

# Vervoer/Transport

## De “nautische fout”-exceptie van de Hague Rules<sup>1</sup>

*M.L. Hendrikse en N.J. Margetson<sup>2</sup>*

<b>Inleiding</b> .....	480
<b>1. Wat wordt verstaan onder “navigation”?</b> .....	481
<b>2. Wat wordt verstaan onder “management”</b> .....	483
<b>De primary purpose test</b> .....	485
<i>Eigen visie</i> .....	486
<i>Alternatief voor de primary purpose test</i> .....	487

### SAMENVATTING

*De “nautische fout”-exceptie is de belangrijkste exceptie van de vervoerder en tevens de meest controversiële ontheffingsgrond van de Hague (Visby) Rules. De exceptie ontheft de vervoerder van aansprakelijkheid voor schade als gevolg van een handeling, onachtzaamheid of nalatigheid bij de navigatie of behandeling van het schip. In deze bijdrage wordt aan de hand van internationale rechtsvergelijking onderzocht wat wordt bedoeld met “navigatie of behandeling van het schip”. Er wordt geconcludeerd dat “navigation” in de zin van de exceptie vergelijkbaar is met lezing van het woord navigatie zoals dat in de zeevaart wordt gehanteerd.*

*Uitleg van de woorden “behandeling van het schip” is soms moeilijk. Het komt voor dat een schadeveroorzakende handeling zowel kan worden gekwalificeerd als behandeling van de lading als behandeling van het schip. In het eerste geval zal de vervoerder in beginsel aansprakelijk zijn. In het tweede geval zal hem een beroep op de nautische fout-exceptie open staan. Er zijn verschillende benaderingen om de vraag op te lossen of er uiteindelijk sprake is van behandeling van de lading of behandeling van het schip.*

### RÉSUMÉ

*L’exception “faute nautique” est l’exception la plus importante du transporteur et également cause d’exonération la plus controversée des Hague (Visby) Rules. L’exception exonère le transporteur de la responsabilité pour les dommages causés par un acte, une distraction ou un manquement dans la navigation ou l’administration du navire. Dans cette contribution, nous examinerons, à l’aide d’une comparaison en droit international, ce qui est visé par “la navigation ou l’administration du navire”. On en conclut que “navigation”, au sens de l’exception, est comparable au terme “navigation” tel qu’il est utilisé en navigation maritime.*

*La définition des mots “administration du navire” est parfois difficile. Il arrive qu’un acte dommageable puisse être qualifié tant comme administration de la cargaison que comme administration du navire. Dans le premier cas, le transporteur sera en principe responsable. Dans le deuxième cas, il pourra invoquer l’exception de la faute nautique. Différentes approches sont permises pour résoudre la question de savoir s’il est finalement question de l’administration de la cargaison ou de l’administration du navire.*

### INLEIDING

De zogenaamde nautische fout-exceptie is de eerste in de rij van 17 excepties die in artikel IV, lid 2, HVR aan de orde komen (vgl. voor de Belgische situatie art. 91, A, IV, 2°, a t/

m q, Zeewet). De eerste ontheffingsgrond van artikel IV, lid 2, aanhef en *sub a* luidt:

<sup>1</sup> Zie ook over dit onderwerp M.L. HENDRIKSE en N.J. MARGETSON, *Capita Zeerecht*, Deventer, Kluwer, 2004, p. 92-103.

<sup>2</sup> Dr. M.L. HENDRIKSE is docent/onderzoeker bij de afdeling Privaatrecht A van de Universiteit van Amsterdam en rechter-plaatsvervanger in de Rechtbank Utrecht. Mr. ing. N.J. MARGETSON is Professional support lawyer bij NautaDutilh advocaten, notarissen en belastingadviseurs te Amsterdam/Rotterdam en onderzoeker en docent bij de afdeling Privaatrecht A van de Universiteit van Amsterdam.

“Neither the carrier nor the ship shall be responsible for loss or damage arising or resulting from:

a. Act, neglect, or default of the master, mariner, pilot or the servants of the carrier in the navigation or in the management of the ship”<sup>3</sup>.

De “nautische fout”-exceptie is de belangrijkste exceptie van de vervoerder<sup>4</sup> en tevens de meest controversiële exceptie<sup>5</sup> van de Hague Rules. Zoals Boonk terecht opmerkt is de, in de praktijk gebruikelijke, uitdrukking “nautische fout” strikt genomen niet correct<sup>6</sup>. Immers schade ten gevolge van elke handeling ten aanzien van *management of the ship* en *navigation* valt onder de exceptie. Van een fout hoeft geen sprake te zijn<sup>7</sup>. Hieronder zal desalniettemin de in de praktijk

gangbare uitdrukking “nautische fout” worden gehanteerd of, korthedshalve, “de exceptie”. Hieronder worden de volgende vragen besproken:

1. Wat is “navigation of the ship”?
2. Wat is “management of the ship”?

Over beide begrippen is veel te doen geweest in de rechtspraak<sup>8</sup>. Gezien de ontstaansgeschiedenis van de exceptie is de Engelse en Amerikaanse rechtspraak vanaf de eerste toepassing van de exceptie van belang voor de uitleg van de exceptie<sup>9</sup>. Hieronder zal een uiteenzetting worden gegeven van de opvattingen in de moderne literatuur. Naast Amerikaanse, Australische en Engelse rechtspraak zal Nederlandse en Belgische rechtspraak worden beschouwd.

## 1. WAT WORDT VERSTAAN ONDER “NAVIGATION”?

Aan het begin van de vorige eeuw was er veel discussie omtrent de uitleg van het woord “navigation”<sup>10</sup>. Derhalve acht Carver uitspraken van voor de Hague Rules van weinig waarde<sup>11</sup>. Een uitzondering acht Carver echter de zaak *Canada Shipping*<sup>12</sup> waarin de rechter Bowen overwoog: “Navigation must mean something having to do with the sailing of the ship; that is, of course the sailing of the ship having regard to the fact that she is a cargo-carrying ship”<sup>13</sup>.

Navigatie omvat beslissingen genomen op zee, maar ook beslissingen genomen tijdens het verblijf van het schip in de haven<sup>14</sup>. Opmerking verdient dat de navigatiehandeling bedoeld in de exceptie de navigatie van het schip betreft waarop ladingschade is opgetreden. Indien er sprake is van een navigatiehandeling van een ander schip die ladingschade veroorzaakt dan zal de “perils of the sea”-exceptie van toepassing kunnen zijn<sup>15</sup>. Met “navigation” wordt bedoeld zee-

vaartkundige aspecten van navigatie en niet commerciële, economische of juridische aspecten van de behandeling van het schip<sup>16</sup>. Dus indien een kapitein de vervoerovereenkomst verkeerd interpreteert en naar de verkeerde haven vaart, zal er geen sprake zijn van een navigatiehandeling in de zin van de exceptie. Ook een fout in de stuwage van het schip zal niet onder “navigation” in de zin van de exceptie vallen<sup>17</sup>.

Het onderscheid tussen “navigation” die onder de exceptie valt en “navigation” die met commerciële aspecten van de behandeling van een schip verbonden is, is niet altijd gemakkelijk te maken. Vroeger was de gedachte dat de toepassing van de exceptie werd begrensd door de tijd<sup>18</sup>. Het tijdvak waarin de exceptie zou gelden was van vertrek tot aankomst, tenzij na aankomst weer verder moest worden gevaren. In andere woorden was het tijdvak begrensd door het moment van vertrek uit de eerste positie naar aankomst in de laatste

<sup>3</sup>. Vgl. art. 91, A, IV, 2<sup>a</sup>, a, Zeewet: “Noch de vervoerder, noch het schip zijn aansprakelijk wegens verlies of schade ontstaan als gevolg van of voortvloeiende uit: a) Een handeling, onachtzaamheid of nalatigheid van de kapitein, een lid van de bemanning, de loods of van enig persoon in dienst van de vervoerder, gepleegd bij de navigatie of het voeren van het schip”.

<sup>4</sup>. G. TREITEL en F.M.B. REYNOLDS, *Carver on Bills of Lading*, Londen, Sweet & Maxwell, 2001 (hierna CARVER 2001), p. 501.

<sup>5</sup>. Zie onder meer J. HARE, *Shipping Law and Admiralty jurisdiction in South Africa*, Kenwyn, Juta & Co. 1999 (hierna HARE 1999), p. 630.

<sup>6</sup>. H. BOONK, *Zeevervoer onder cognossement*, Arnhem, Gouda Quint, 1993 (BOONK 1993), p. 172.

<sup>7</sup>. Zie bijvoorbeeld *Benlawers*, Hof Amsterdam 18 april 1968, S&S 1968, 65.

<sup>8</sup>. Zie S.C. BOYD, A.S. BURROWS en D. FOXTON, *Scrutton on Charterparties and Bills of Lading*, Londen, Sweet & Maxwell, 1996 (hierna SCRUTTON 1996), p. 239. Dit geldt met name voor het begrip *management of the ship*.

<sup>9</sup>. Vóór de Harter Act bestond de vrijtekening van schade ten gevolge van handelingen of fouten “in the navigation of the ship” al, als vrijtekenbeding op cognossementen. Die exceptie werd in 1885 door de Liverpool Steamship Owners’ Association uitgebreid met de additionele uitsluiting voor aansprakelijkheid ten gevolge van handelingen of fouten in het “management” van het schip. Acht jaar later werd die exceptie opgenomen in de Harter Act. Zie S. ROYER, *Hoofdzaken der Vervoerdersaansprakelijkheid in het Zeerecht*, (diss. Leiden), Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1959 (hierna ROYER 1959), p. 460.

<sup>10</sup>. SCRUTTON 1996, p. 242 en de aldaar vermelde jurisprudentie.

<sup>11</sup>. CARVER 2001, p. 501.

<sup>12</sup>. *Canada Shipping Co./British Shipowners’ Mutual Protection Assn.*, [1889] Q.B.D. 342 op p. 344.

<sup>13</sup>. Zie CARVER 2001, p. 501.

<sup>14</sup>. CARVER 2001, p. 501; GASKELL 2000, p. 278 alsmede *The Hill Harmony*, [2001] 1 *Lloyd’s Rep.* 147.

<sup>15</sup>. *The Xantho*, (1887) 12 A.C. 503. Zie ook COOKE e.a., 2001, p. 962.

<sup>16</sup>. J. COOKE e.a., *Voyage Charters*, Londen, LLP, 2001 (hierna COOKE e.a. 2001), p. 962.

<sup>17</sup>. COOKE e.a., 2001, p. 962-963. COOKE lijkt de mening van CARVER niet aan te hangen ten aanzien van uitspraken van vóór de opstelling van de Hague Rules en verwijst naar uitspraken uit 1908 en 1879.

<sup>18</sup>. *The Carron Park*, (1890) 15 P.D. 203 en *The Accomac*, (1890) 15 P.D. 208. Zie ook COOKE e.a. 2001, p. 963.

bestemming. Daarmee zou een fout gemaakt in de berekening van de koers niet onder de exceptie vallen indien de foutieve berekening was gemaakt vóór vertrek van het schip.

In de zaak *The Hill Harmony*<sup>19</sup> oordeelde het House of Lords evenwel dat een eenvoudige temporele afbakening van het toepassingsgebied van de exceptie niet helemaal juist is. Immers het moment waarop een beslissing over de navigatie van een schip wordt genomen, is niet van invloed op de inhoud en gevolgen van die beslissing<sup>20</sup>.

Onder verwijzing naar de zaak *Poeldijk* merkt Boonk op dat handelingen die in het spraakgebruik duidelijk onder navigatiehandelingen vallen, niet noodzakelijkerwijs als navigatie in de zin van de exceptie worden aangemerkt<sup>21</sup>. In de zaak *Poeldijk* werd de kapitein verweten dat hij eerder en sterker had moeten afwijken van zijn koers om ladingschade te voorkomen. Het hof oordeelde dat het handelen van de kapitein niet onder de exceptie viel omdat het eerder en sterker van koers veranderen slechts ladingschade aan een deel van de lading (flessen kwik) zou hebben voorkomen<sup>22</sup>. Het Hof overwoog:

“Van een door de kapitein bij de navigatie gepleegde nalatigheid, hetgeen geïntimeerde subsidiair heeft aangevoerd, is evenmin gebleken. De in dit verband door geïntimeerde bedoelde maatregelen die de kapitein bij de navigatie zou hebben nagelaten, te weten vaart verminderen en eerder en sterker devieren, zouden immers blijkbaar uitsluitend hebben moeten geschieden ten bate van een deel van de lading, te weten van de containers met de flessen kwik, en niet in het kader van een goede navigatie”.

Wij verschillen van mening met Boonk. Naar onze mening blijkt uit de overweging niet dat hiermee een andere uitleg van het woord navigatie wordt gegeven dan gangbaar is in het dagelijks gebruik. Goede navigatie volgens het hof *in casu* en goede navigatie in het dagelijkse spraakgebruik is immers het verplaatsen van een voertuig van een bekende positie naar een gewenste positie langs van tevoren vastgestelde criteria<sup>23</sup>. Daarbij is niet uitgesloten dat ladingschade ontstaat door bijvoorbeeld scheepsbewegingen. Zoals het hof terecht overwoog wordt dergelijke schade niet gedekt door de exceptie. Veilig navigeren wil niet zeggen dat er een garantie van geen ladingschade is. Het voorkomen van ladingschade gebeurt naar onze mening door de maatregelen te treffen zoals genoemd in artikel III, lid 2.

Royer leidt uit de historie van de exceptie en de verdragsgeschiedenis van de Hague Rules af dat met “navigation” wordt bedoeld gedragingen op zee en onder “management” gedragingen zowel op zee als tijdens het oponthoud van het schip in de havens<sup>24</sup>. Dit onderscheid is volgens Royer van belang bij de interpretatie van de woorden “management” en “navigation”.

Royer schrijft dat het niet gemakkelijk is de woorden “navigatie” en “behandeling” te definiëren en meent dat het beter is de betekenis van het woord “navigation” af te bakenen door middel van voorbeelden<sup>25</sup>. Het woord “behandeling” zal dan geen omschrijving meer behoeven, omdat daaronder dan die gedragingen in de nautische sfeer vallen welke niet als navigatie zijn aan te merken.

Royer noemt de volgende voorbeelden van wat hij noemt “tekortkomingen in de navigatie:

- nalaten om in geval van machineschade tijdig ter reparatie een noodhaven binnen te lopen;
- zee kiezen in weerwil van een stormwaarschuwing van de meteorologische dienst;
- verzuim om van de diensten van een loods te maken, waar dit verplicht, althans noodzakelijk is;
- verzuim in het bijwerken van kaarten tijdens de reis met recente gegevens;
- onjuiste keuze van een ankerplaats<sup>26</sup>.

Tevens noemt Royer strandingen en aanvaringen die het gevolg zijn van tekortkomingen in de navigatie van het schip, voorzover niet het gevolg van onzeewaardigheid. Samenvattend in de woorden van Royer is navigatie “handelingen in de sfeer van de stuurmanskunst”. Royer verwijst tevens naar de definitie van Blussé van Oud-Alblas die spreekt van “handelingen, waarbij het zeemanschap in engere zin betrokken wordt”. Royer concludeert dat ruwweg gezegd kan worden dat tekortkomingen in de navigatie van het schip op de brug van het schip worden begaan en tekortkomingen in de behandeling van het schip in de overige delen van het schip<sup>27</sup>. Cleveringa spreekt over “een tekort aan schipperskunst” en noemt de volgende voorbeelden: “besluiten en handgrepen ter leiding van de vaart; het nalaten van een radiopeiling; en het onvoldoende raadplegen van de beschikbare kaarten<sup>28</sup>”.

Stevens merkt onder verwijzing naar verschillende Belgische literatuurbronnen op dat over de betekenis van het begrip navigatie weinig twijfel bestaat<sup>29</sup>.

<sup>19</sup> *The Hill Harmony*, [2001] 1, *Lloyd's Rep.*, 147.

<sup>20</sup> Zie ook COOKE e.a. 2001, p. 963.

<sup>21</sup> *Poeldijk*, Hof 's-Gravenhage 3 oktober 1980, S&S 1981, 1.

<sup>22</sup> BOONK 1993, p. 172.

<sup>23</sup> Definitie afkomstig uit Y. DRAAISMA e.a., “Leerboek Navigatie 1”, *De Boer Maritiem* 1979.

<sup>24</sup> ROYER 1959, p. 483-485.

<sup>25</sup> ROYER hanteert de Nederlandse vertaling van de woorden “navigation” en “management”.

<sup>26</sup> ROYER 1959, p. 484.

<sup>27</sup> ROYER 1959, p. 485.

<sup>28</sup> R.P. CLEVERINGA, *Zeerecht*, vierde druk, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1961 (hierna CLEVERINGA 1961), p. 490.

<sup>29</sup> F. STEVENS, *Vervoer onder cognossement*, Gent, Larcier, 2001 (hierna STEVENS 2001), p. 221.

Uit het hierboven staande volgt dat “navigation” in de zin van de exceptie vergelijkbaar is met lezing van het woord navigatie zoals dat in de zeevaart wordt gehanteerd. Onder

“navigation” kan worden verstaan de kunst om een schip snel en veilig, van een bekende positie naar een gewenste positie te brengen.

## 2. WAT WORDT VERSTAAN ONDER “MANAGEMENT”

Het woord “management of the ship” wordt in de Nederlandse literatuur en wetgeving vertaald met “behandeling van het schip”. De uitleg van het woord “management” heeft tot veel disputen geleid en er is veel kritiek op het gebruik van een dergelijk onduidelijk woord. Royer citeert enige passages uit de verdragsgeschiedenis waaruit die kritiek blijkt<sup>30</sup>. Hieronder worden de visies van een aantal auteurs besproken, waarna onze eigen visie wordt gegeven.

Carver meent dat ook rechtspraak van voor de HR bij de uitleg van het woord “management” van belang is<sup>31</sup>. Hij verwijst naar *The Glenochil* waarin, onder vigeur van de Harter Act, werd geoordeeld dat het ballasten tijdens het lossen van de lading een “management”-handeling is<sup>32</sup>. Carver meent dat het “management”-element van de exceptie van toepassing kan zijn tijdens lossen en laden en zelfs vóór het laden en na het lossen<sup>33</sup>.

Carver wijst erop dat het van belang is de exceptie te onderscheiden van de verplichting van de vervoerder van zorg voor de lading *ex* artikel III, lid 2. Onder Engels recht is die verplichting in beginsel een “non-delegable duty”, hetgeen betekent dat de vervoerder in beginsel altijd verantwoordelijk is voor die zorg<sup>34</sup>.

De beste weergave van het bereik van de uitdrukking “management of the ship” wordt volgens Carver gegeven in een *dissenting judgement* van Lord Justice Greer in de Court of

Appeal-zaak *Gosse Millard Ltd./Canadian Government Merchant Marine Ltd. (The Canadian Highlander)*.

Overwogen werd: “If the cause of the damage is solely, or even primarily, a neglect to take reasonable care of the cargo, the ship is liable, but if the cause of the damage is a neglect to take reasonable care of the ship, or some part of it, as distinct from the cargo, the ship is relieved from liability; but if the negligence is not negligence towards the ship, but only negligent failure to use the apparatus of the ship for the protection of the cargo, the ship is not so relieved”<sup>35</sup> (curs. auteurs). Het House of Lords heeft deze overweging gevolgd<sup>36</sup>.

Viscount Sumner overweegt in het House of Lords: “If the navigation is of the entire ship, so must the management be”. Sumner verduidelijkt het voorgaande door te overwegen dat een schadeveroorzakende handeling (Sumner spreekt over neglect) weliswaar een directe handeling kan zijn ten aanzien van slechts een deel van het schip of de scheepsuitrusting, maar deze dient uiteindelijk te resulteren in: “... neglect in the management of the ship...” waarmee het schip als geheel wordt bedoeld.

Als voorbeelden van “management” geeft Carver<sup>37</sup>: (i) het nalaten bij zwaar weer de presennings te schalken<sup>38</sup> waardoor zeewater het ruim kon binnendringen<sup>39</sup>; (ii) ladingsschade door onoplettendheid bij het innemen van drinkwa-

<sup>30</sup>. ROYER 1959, p. 463-464. ROYER citeert onder meer BLUSSÉ (A, Blussé van Oud-Alblas, *De Hague Rules in de Brusselse Conventie 1924* (diss. Leiden), Leiden, S.C. van Doesburgh, 1929) waar BLUSSÉ op p. 153 schrijft: “Het is allerminst overeenkomstig de eisen, welke men aan een nationale wet, laat staan aan een internationale conventie, mag stellen, dat daarin een formule als deze gebezigd wordt. Waar zij tot nu toe een onzekere jurisprudentie heeft ten gevolge gehad, wordt door de Conventie een onzekere toestand in de hand gewerkt, die ten eenenmale ongewenst is”.

<sup>31</sup>. CARVER 2001, p. 501. Ook COOKE e.a. 2001, p. 963 merkt op dat uitspraken van vóór de Hague Rules met betrekking tot het woord “management” nog steeds van toepassing zijn. Dit in tegenstelling tot uitspraken over “navigation” omdat het woord “navigation” in verschillende contexten werd gehanteerd. COOKE e.a. verwijzen naar de hierboven besproken uitspraak *Canadian Highlander* ter motivering van de stelling.

<sup>32</sup>. *The Glenochil*, [1896] p. 10.

<sup>33</sup>. Opgemerkt dient te worden dat de exceptie, net zoals de Hague Rules in het algemeen, alleen geldt wanneer de vervoerder bezig is met het nakomen van zijn verbintenis uit de vervoerovereenkomst. Het verdrag geldt krachtens art. 2 *jo.* art. 1 *sub b jo.* art. 1 *sub e* vanaf het moment dat de goederen geladen zijn tot het moment waarop ze gelost zijn. Deze termijn wordt ook aangeduid met het begrip “tackle to tackle.” Hiermee wordt bedoeld het moment dat de scheepskraan is ingepikt om te laden totdat de scheepskraan is uitgepikt na het lossen.

<sup>34</sup>. Zie evenwel met betrekking tot de verplichting om te laden en te stuwen de Nederlandse uitspraak HR 12 januari 1968, *S&S* 1968, 10, *NJ* 1968, 112 (*De Favoriet*) waarin de Hoge Raad overwoog: “dat de vervoerder, die blijkens art. 468, lid 2, K. verplicht is zorg te dragen voor de behoorlijke stuwage van de vervoerde goederen, weliswaar de stuwage aan de afzender kan overlaten maar – naar uit art. 510, lid 2, van het Wetboek volgt – een daarop berustend, hem in zijn persoonlijke verhouding tot de afzender toekomstig verweermiddel niet kan tegenwerpen aan de regelmatige cognossementhouder, tenzij deze wist dat de stuwage door de afzender is geschied”. Onder Nederlands recht is de verplichting van zorg voor de lading dus niet een “non-delegable duty” zoals onder Engels en Amerikaans recht. Zie ook de recente Engelse uitspraak *Jindal Iron and Steel Co Limited and others v. Islamic Solidarity Shipping Company Jordan Inc.*, [2004] UKHL 49, “Jordan II”.

<sup>35</sup>. *Gosse Millard Ltd./Canadian Government Merchant Marine Ltd. (The Canadian Highlander)*, 29 LL.L.L.R 190.

<sup>36</sup>. *Gosse Millard Ltd./Canadian Government Merchant Marine Ltd. (The Canadian Highlander)*, 32 LL.L.L.R 91. In CARVER 2001 op p. 502, voetnoot 60 wordt opgemerkt dat het House of Lords de spelling “Millerd” hanteert, terwijl de naam door de lagere instanties als “Millard” werd geschreven.

<sup>37</sup>. CARVER 2001, p. 503.

<sup>38</sup>. Dit is nautische taal waarmee bedoeld wordt doeken (presennings) over de luikdeksels leggen en die doeken verzekeren met een systeem van stangen, zodat ze bij slecht weer goed blijven zitten.

<sup>39</sup>. *International Packers London Ltd./Ocean SS Co. Ltd.*, [1955] 2 Lloyd’s Rep., 218.

ter<sup>40</sup> en (iii) fout bij de bediening van een koelapparaat dat zowel voor koeling van de lading als voor het koelen van andere delen van het schip werd gebruikt<sup>41</sup>.

Carver<sup>42</sup> geeft de volgende voorbeelden die niet als “management” doch als zorg voor de lading werden aangemerkt: diefstal door werknemers van een stuwadoor<sup>43</sup>, schade door regenwater dat door niet goed afgedekte luiken het ruim binnenkomt terwijl het schip in de haven is<sup>44</sup> en schade door verkeerde behandeling van de koelinstallatie door de hoofdwerktuigkundige<sup>45</sup>.

Omdat uit de bewoording van de exceptie niet blijkt dat een schadetoebrengende handeling een *fout* dient te zijn maar elke handeling kan zijn, lijkt het, volgens Carver<sup>46</sup>, dat ook opzet of roekeloosheid van de personen genoemd in de exceptie aansprakelijkheid zullen blokkeren.

Vermoedelijk geldt deze gedachte in Nederland niet. Hof 's-Gravenhage overwoog in *Quo Vadis*<sup>47</sup>: “Zoals de rechtbank terecht heeft overwogen kan Kroezen zijn contractuele weer (verkeerde behandeling van het schip) ook tegen de op onrechtmatige daad gegronde vordering opwerpen. Dat wordt niet anders indien Kroezen een ernstige fout kan worden verweten *zolang er geen sprake is van aan opzet grenzende grove schuld als in 3.3 omschreven*” (curs. auteurs).

Cooke e.a. merken – net zoals Carver – op dat rechtspraak van vóór invoering van de Hague Rules nog steeds relevant is<sup>48</sup>. Met “management” wordt bedoeld het “management” van het schip. Als de schadeveroorzakende handeling alleen betrekking heeft op de lading dan valt die handeling niet onder de exceptie. Een voorbeeld van een schadeveroorzakende handeling die niet onder de exceptie valt, is de eerdergenoemde zaak *Hourani/T. & J. Harrison*<sup>49</sup>. In die zaak werd geoordeeld dat diefstal door stuwadoors niet door de exceptie wordt gedekt. Cooke e.a. citeren ook de overweging van Lord Justice Greer uit *Gosse Millard*<sup>50</sup> om een algemene uitleg van de het woord “management” te geven. Uit die overweging concluderen Cooke e.a. dat de hoofdvraag is of de schadeveroorzakende handeling een handeling was die betrekking had op zorg voor de lading of dat die handeling een handeling was die deel uitmaakte van de behandeling van het schip<sup>51</sup>. Deze vraag is niet altijd gemakkelijk te

beantwoorden. In de zaak *Rowson/Atlantic Transport Co.* werd bijvoorbeeld geoordeeld dat een fout in de bediening van de koelinstallatie een fout in het “management” van het schip was omdat de koelinstallatie zowel voor de koeling van de lading, maar ook ter koeling van de scheepsvoorraden van het schip zelf werden gebruikt<sup>52</sup>. Cooke e.a. merken op dat de leden van de House of Lords duidelijk aan de juistheid van die uitspraak twijfelden, maar dat de uitspraak desalniettemin in stand is gebleven<sup>53</sup>. *In casu* werd de koeling immers voor grote delen van de scheepsvoorraden gebruikt. Wellicht was de uitspraak anders uitgevallen als de verhoudingen tussen scheepsvoorraden en lading anders lagen.

Sommige machines aan boord zijn alleen van belang voor de behandeling van de lading. Bijvoorbeeld de koelmachines voor de vriesruimen van een schip dat vlees vervoert. Sommige delen van de machinekamer zijn louter gerelateerd aan “management” van het schip zoals de voortstuwingsmachines. Andere delen van het schip kunnen – afhankelijk van de omstandigheden – betrekking hebben op de lading of “management” van het schip. De rechter Wright overwoog in de zaak *Foreman and Ellams* dat luiken in slecht weer nodig zijn voor de bescherming van het schip, maar in de haven of tijdens mooi weer, ze nodig zijn om de lading te beschermen<sup>54</sup>. In de zaak *Canadian Highlander*<sup>55</sup> raakte de lading beschadigd doordat regenwater de – niet goed afgedichte – luiken kon binnendringen. De vervoerder beriep zich op de exceptie. Het House of Lords overwoog dat er een verschil is tussen gebrek aan zorg voor de lading en gebrek aan zorg voor het schip waaruit indirect ladingschade volgt. Alleen dat laatste valt onder de exceptie. Het gebrek afsluiten van de luiken betrof alleen zorg voor de lading. De luiken waren weliswaar geopend om werkzaamheden aan het schip te verrichten. Zeildoek was echter over het luik gespannen ter bescherming van de lading. Door het verkeerd omgaan met het zeildoek kwam regenwater bij de lading met als gevolg schade aan de lading. Het verkeerd omgaan met de zeildoeken was een handeling ten aanzien van de lading. Derhalve viel *in casu* de ladingschade als gevolg van het binnengetreden regenwater niet onder de werking van de exceptie.

Om het onduidelijke begrip behandeling van het schip nader

40. Minnesota Mining and Manufacturing (Australia) Pty Ltd./Ship Novoaltaisk (1972) 2 N.S.W.L.R. 476.

41. *Rowson/Atlantic Transport Co. Ltd.*, [1903] K.B. 666 (Een zaak onder de Harter Act.).

42. CARVER 2001, p. 502-503.

43. Hourani/T. & J. Harrison, 28 LL.L.L.R. 120 en Leash River Tea Co. Ltd./British India S.N. Co. Ltd., [1967] 2 Q.B. 250.

44. *Canadian Highlander* (zie hierboven).

45. Foreman & Ellams Ltd./Federal S.N. Co. Ltd., [1928] 2 K.B. 424.

46. CARVER 2001, p. 503.

47. *Quo Vadis*, Hof 's-Gravenhage 13 maart 2001, S&S 2002, 82.

48. COOKE e.a. 2001, p. 964.

49. Hourani/T. & J. Harrison, 28 LL.L.L.R. 120.

50. Zie hierboven.

51. COOKE e.a. 2001, p. 965.

52. *Rowson/Atlantic Transport Co.*, (1903) 2 K.B. 666 (een zaak onder de Harter Act.).

53. COOKE e.a. 2001, p. 965.

54. Aldus de rechter Wright in de zaak *Foreman and Ellams/Federal Steam Navigation Co.*, (1928) K.B. 424.

55. *Gosse Miljard/Canadian Government Merchant Marine*, 32 LL.L.L.R. 91.

vorm te geven worden in de Belgische literatuur de volgende voorbeelden genoemd:

- “de bemanning die, alvorens een dubbelbodemtank te vullen met het oog op de stabiliteit van het vaartuig in slecht weder, nalaat controle uit te oefenen over het goed dichtdraaien van een kraan die access geeft tot een ‘deeptank’ waar goederen gestuwd werden, controleert of een kraan goed dicht is gedraaid waardoor lading in een andere tank beschadigd wordt,...;”
- wanneer de koopwaar schade lijdt tengevolge van waterinfiltratie afkomstig van een ballasttank waarvan het opvullen niet tijdig gestaakt werd door de bemanning,...;”
- het niet-tijdig sluiten van de ventilatiekoker van het stuurgerei<sup>56</sup>.

Stevens merkt op dat de rechtspraak inzake de nautische fout onvermijdelijk casuïstisch is. Hij noemt evenwel een aantal handelingen die doorgaans in de Belgische literatuur als behandeling van de lading (en dus niet behandeling van het schip) worden beschouwd:

- “ventilatie van de ruimen;
- controle van de temperatuur van de koelruimen;
- peilen en leegpompen van de bilges;
- behoorlijk afsluiten van peilbuizen, mangaten en andere openingen die toegang geven tot de laadruimen<sup>57</sup>.

Uit het bovenstaande volgt dat nalatigheid in navigatie of behandeling van het schip dient te worden onderscheiden van nalatigheid in de zorg van de lading<sup>58</sup>. Aansprakelijkheid voor schade ten gevolge van nalatigheid in navigatie of behandeling van het schip kan worden uitgesloten door een beroep op de exceptie. Schade tengevolge een tekortkoming in de zorg voor de lading kan echter een schending opleveren van in beginsel de verplichtingen *ex* artikel III, lid 2.

## De primary purpose test

Vaak is voornoemd onderscheid niet duidelijk te maken. Immers een nalatige handeling kan zowel van invloed zijn op het schip als op de lading<sup>59</sup>. De US Supreme Court heeft zich over deze problematiek onder vigeur van de Harter Act<sup>60</sup> uitgesproken in de zaak *The Germanic*<sup>61</sup>. Voornoemde

zaak is al bijna een eeuw het belangrijke precedent van de US Supreme Court<sup>62</sup>. *In casu* lag het schip langs de kade. Het schip was zwaar bedekt met ijs (circa 213 ton). Omdat het schip reeds drie dagen achter schema liep, werd lading uit alle vijf luiken tegelijk gelost. Tegelijkertijd werd steenkool geladen. Het schip was instabiel en maakte slagzij waardoor water naar binnen liep en het schip uiteindelijk zonk. De reder beriep zich op de exceptie stellende dat de schade een gevolg was van “management of the ship”<sup>63</sup>. De ladingbelanghebbende stelde dat de schade een gevolg was van gebrek aan redelijke zorg voor de lading. De US Supreme Court stelde in de volgende overweging de zogenaamde *primary purpose test*: “If the primary purpose is to affect the ballast of the ship, the change is management of the vessel; but if... the primary purpose is to get the cargo ashore, the fact that it also affects the trim of the vessel does not make it the less a fault of the class which the first section removes from the operation of the third. We think it plain that a case may occur which, in different aspect falls within both sections; and if that be true, the question which section is to govern must be determined by the primary nature and object of the acts which cause the loss” (curs. auteurs).

Dit was een beslissing onder vigeur van de Harter Act. Het gecursiveerde verwijst naar “the first section” en “the third”. Bedoeld is artikel 1 en artikel 3 van de Harter Act. In artikel 1 van de Harter Act staat dat alle exoneratiebedingen voor nalatigheid bij de zorg voor de lading nietig zijn. In artikel 3 staat dat indien redelijke zorg voor zeewaardigheid is betracht de vervoerder niet aansprakelijk is voor schade door navigatiehandelingen of in de behandeling van het schip. Onder de HVR wordt de *primary purpose test*<sup>64</sup> nog steeds gehanteerd<sup>65</sup>.

In de zaak *The Iron Gippisland*<sup>66</sup> ontstond schade aan een lading “Singapore Gas Oil” (hierna “ADO”). ADO is een ontvlambaar product. Om te voorkomen dat zich explosieve mengsels ontwikkelen wordt de tank waar het product in wordt vervoerd eerst gevuld met inert (onbrandbaar) gas. *In casu* werd de lading ADO besmet door verkeerde toepassing van het inerte gas. De vraag was of verkeerde toepassing van het inerte gas een handeling was betreffende behandeling van de lading of een handeling was betreffende behandeling van het schip. Bij de beoordeling van die vraag werd overwogen:

<sup>56</sup>. I. DE WEERDT, *Zeerecht*, deel 2, *E.T.L.* 2003, p. 137-138, Antwerpen.

<sup>57</sup>. STEVENS 2001, p. 224.

<sup>58</sup>. Zie ook N. GASKELL e.a., *Bills of Lading: Law and contracts*, Londen, LLP, 2000, p. 279.

<sup>59</sup>. M.F. STURLEY, “An overview of the considerations involved in handling the cargo case”, *TMLJ* 1997, p. 263-358 (hierna STURLEY 1997), 1997, p. 307.

<sup>60</sup>. 46 USC App. Sec. 190 e.v.

<sup>61</sup>. *Oceanic Steam Nav. Co./Aitkin (The Germanic)*, 196 U.S. 589 (1905). Zie hierover ook STURLEY 1997, p. 307.

<sup>62</sup>. STURLEY 1997, p. 307.

<sup>63</sup>. De uitspraak stamt uit 1905 toen schepen steenkool stookten als brandstof voor de voortstuwing. Steenkool laden is dus een handeling ten behoeve van het schip. De steenkool is geen lading maar brandstof.

<sup>64</sup>. Zie ook over deze test A. VON ZIEGLER, *Haftungsgrundlage im internationalen Seefrachtrecht*, Baden-Baden, Nomos, 2002, p. 224-225 en p. 231-232; T.J. SCHOENBAUM, *Admiralty and Maritime Law*, St. Paul, West Group, 2001, p. 608 en HARE 1999, p. 631.

<sup>65</sup>. Zie recent nog de *Isla Fernadina*-case, [2000] 2 *Lloyd's Rep.*, 15, 35.

<sup>66</sup>. *The Iron Gippisland*, [1994] 1 *Lloyd's Rep.*, 335.

“It is true that inert gas systems were installed on tankers fundamentally for the protection of the vessel. However, *the purpose of the inert gas system is primarily to manage the cargo*, not only for the protection of the cargo but for the ultimate protection of the vessel from adverse consequences associated with that cargo and, in my view, damage occasioned to cargo by mismanagement of the inert gas system cannot be categorized as neglect or fault in the management of the ship”<sup>67</sup> (curs. auteurs).

Hoewel het inerte gas zowel voor het schip als voor de lading wordt gebruikt, is de “primary purpose” van het gas behandeling van de lading. Derhalve is een schadeveroorzakende handeling ten aanzien van het gas niet aan te merken als “management of the ship” in de zin van de exceptie.

In Carver’s 1982<sup>68</sup> wordt gewezen op een verschil in uitleg van de uitdrukking “management of the ship” onder Amerikaans en Engels recht. Amerikaanse uitspraken over de uitleg van het woord “management” worden als juist aangemerkt in Engelse gerechten<sup>69</sup>. Echter onder Amerikaans recht worden herhaaldelijk uitspraken gewezen waarin wordt geoordeeld dat handelingen verricht voordat het schip aan de reis begonnen is, niet onder de exceptie vallen. Onder Engels recht bestaat die beperking van de werking van de exceptie niet<sup>70</sup>.

### Eigen visie

Voor uitleg van het begrip management is rechtspraak van vóór de Hague Rules nog steeds relevant. De eerste Engelse uitspraak waarin het woord “management” werd uitgelegd is de zaak *Ferro*<sup>71</sup>. In die zaak werd geoordeeld dat het stuwen van de lading niet onder het begrip “management of the ship” valt. De rechter Gorell Barnes overwoog: “It seems to me a perversion of terms to say that the management of a ship has anything to do with the stowage of the cargo”.

In de zaak *Glenochil*<sup>72</sup> wordt duidelijk onderscheid gemaakt tussen handelingen betreffende “management” van het schip en handelingen niet betreffende “management” of the ship. Overwogen werd met betrekking tot dat onderscheid: “...,

but the distinction,..., is one between want of care of cargo and want of care of vessel indirectly affecting the cargo”. Vervolgens werd in dezelfde zaak overwogen dat een handeling verricht ten behoeve van de veiligheid van het schip zelf en niet primair ten behoeve van de lading, onder het begrip “management” valt. In *The Germanic*<sup>73</sup> is door de US Supreme Court onder vigeur van de Harter Act de “primary purpose test” ontwikkeld. Deze leidraad is, zoals hierboven al is aangegeven, nog steeds van belang in zaken onder vigeur van de HVR of de daarop gebaseerde COGSA-wetgevingen.

In de zaak *Rowson/Atlantic Transport Company*<sup>74</sup> citeerde de rechter Kennedy de volgende overweging uit de zaak *Rodney*<sup>75</sup>: “... the words “faults or errors in the management of the vessel” include improper *handling of the ship as a ship*, which affects the safety of the cargo,...” (curs. auteurs). Uit het gecursiveerde blijkt dat de handeling een handeling ten behoeve van het schip dient te betreffen, zodat een handeling die de lading betreft niet onder de exceptie valt.

Vaak zal het probleem zijn gelegen in de kwalificatie van een gedraging. De vraag is dan of het een gedraging primair ten behoeve van het schip betreft of een gedraging primair ten behoeve van de lading. Zie bijvoorbeeld het verschil in kwalificatie van de schadeveroorzakende gedraging in de meer genoemde zaak *Canadian Highlander*<sup>76</sup>. Lord Scrutton vond het openlaten van de luiken, waardoor regen binnen kan komen en de lading beschadigd raakt, een handeling ten behoeve van het schip. Die luiken stonden immers open omdat dat nodig was voor reparaties aan het schip. Aan de andere kant overweegt de rechter Greer in die zaak:

“... the evidence in this case failed to establish any want of care of the vessel, but only want of care of the cargo, consisting of a failure to use the hatch covers and tarpaulins sufficiently to afford adequate protection of the cargo”.

De uitleg van het woord “management” is naar onze mening niet moeilijk. De “primary purpose test” is immers duidelijk. De moeilijkheid is gelegen in de kwalificatie van de schadeveroorzakende handelingen. De moeilijkheid is de vaststelling of de handeling is te zien als een handeling primair ten

<sup>67</sup>. *The Iron Gipsland*, [1994] 1 *Lloyd’s Rep.*, 335 op p. 358.

<sup>68</sup>. R. COLINVAUX, *Carver’s Carriage by Sea* (vol. 1), Londen, Steven & Sons, 1982 (hierna CARVER’s 1982), p. 149.

<sup>69</sup>. CARVER’s 1982, p. 149. Zie echter de mening van de rechter Lord SCRUTTON in de Court of Appeal-zaak *Canadian Highlander* (29 LL.L.L.R. 190 op p. 193) waar SCRUTTON opmerkt: “For reasons it is unnecessary to indicate the United States of America have not been, except in some exceptional periods, a ship owning country, and they have approached shipping matters from the point of view of the cargo-owners. I cannot think that their decisions, while treated with great respect, should necessarily control the shipping decisions of the Courts of the greatest ship owning country in the world”. Deze opmerking dient natuurlijk te worden gelezen in het licht van de situatie zoals die in 1927 was. Engeland had toen de grootste vloot ter wereld. Blijkbaar is dat reden geweest voor Lord SCRUTTON om het niet zo nauw te nemen met de eis van objectieve rechtspraak. Het geciteerde lijkt erop te duiden dat SCRUTTON bij twijfel in het voordeel van de vervoerder zou beslissen.

<sup>70</sup>. CARVER’s 1982, p. 149.

<sup>71</sup>. *Ferro*, [1893], p. 38. Zie ook de verwijzing naar die zaak door de rechter Bankes in de zaak *Hourani/Harrison*, 28 LL.L.L.R. 120, 122.

<sup>72</sup>. *Glenochil*, (1896), p. 10.

<sup>73</sup>. Zie hierboven.

<sup>74</sup>. *Rowson/Atlantic Transport Company*, (1903) 1 K.B. 114.

<sup>75</sup>. *Rodney*, [1900], p. 112.

<sup>76</sup>. 29 LL.L.L.R. 190.

behoefte van het schip of een handeling primair ten behoeve van de lading<sup>77</sup>.

Van belang is echter dat de exceptie de verplichting van artikel III, lid 2, niet tot een lege huls maakt. Derhalve dient de exceptie eng te worden uitgelegd.

### *Alternatief voor de primary purpose test*<sup>78</sup>

Stevens bespreekt het volgende alternatief dat uit twee fasen bestaat. Allereerst dient men zich af te vragen of de bewuste handeling ook zou zijn verricht als er geen lading aan boord was geweest. Beschouw bijvoorbeeld de hierboven besproken zaak *Iron Gripsland*. Door verkeerd gebruik van inert gas raakte de lading gecontamineerd. De primary purpose test bracht geen antwoord op de vraag of de handeling primair ten behoeve van de lading of primair ten behoeve van het schip werd verricht. Een strikte uitleg van de exceptie leidde tot aansprakelijkheid van de vervoerder.

Bij toepassing van de door Stevens genoemde methode is het antwoord op de vraag of ADO zou worden toegevoegd indien er geen lading aan boord was waarschijnlijk ontkenkend. Dat wil zeggen dat de handeling wordt gezien verkeerde behandeling van de lading zodat de vervoerder de ontheffing niet kan invoeren. De methode van Stevens geeft *in casu* hetzelfde resultaat. Immers, als er geen lading aan boord was geweest dan was ADO niet nodig geweest. Dat wil dus zeggen dat de handeling niet als *management of the ship* kan worden gekwalificeerd.

Indien de handeling ook zou zijn uitgevoerd als er wel lading aan boord was geweest, betekent nog niet dat de handeling noodzakelijkerwijs als *management of the ship* dient te worden aangemerkt. Doorslaggevend is het schaderisico dat door de handeling gecreëerd wordt<sup>79</sup>. Indien het niet of slecht uitvoeren van de bewuste handeling primair of uitsluitend schade aan de lading oplevert gaat het om behandeling van de lading. Dit is bijvoorbeeld het geval met het leeg pompen van de bilges. Wanneer deze handeling niet behoorlijk wordt uitgevoerd zal in eerste instantie de lading oplopen vanwege het feit dat er water in de laadruimte indringt. Een beperkte hoeveelheid water in de ruimen brengt de stabiliteit van het schip evenwel niet in gevaar en leidt ook niet tot schade aan het schip. Een dergelijke handeling is dan ook te

zien als een behandeling ten behoeve van de lading waarvoor de vervoerder aansprakelijk is. Levert daarentegen het niet of slecht uitvoeren van de handeling in kwestie een primair of uitsluitend risico of schade aan het schip op, dan is behandeling van het schip aan de orde. Dit doet zich bijvoorbeeld voor met het innemen van bunkers. Wanneer er een verkeerde kwaliteit bunkers wordt ingenomen zal in eerste instantie het schip schade ondervinden. In dit geval kan dus wel van *management of the ship* worden gesproken en is de zeevervoerder niet aansprakelijk.

Door Stevens is aangetoond dat deze alternatieve benadering in bepaalde gevallen tot andere oplossingen leidt<sup>80</sup>. Hij verwijst daar naar Hof van Beroep te Antwerpen 5 oktober 1982: het onnodig op te hoge temperatuur houden van de bunkers. Dergelijke handeling creëert nauwelijks risico voor het schip (het schip lijdt geen schade doordat de bunkers warmer zijn dan noodzakelijk), maar wel voor de lading. Ook noemt hij Hof van Beroep te Brussel 22 februari 1973: aansluiting van de bunkerslangen op de verkeerde pijp waardoor de olie in het ruim terecht kwam. Een verkeerde aansluiting creëert geen risico voor het schip (wanneer men olie in het ruim pompt in plaats van in de bunkertanks, is dit uiteraard wel vervelend, maar het schip wordt hierdoor niet beschadigd), maar wel voor de lading.

De door Stevens geschetste voorbeelden uit de rechtspraak leiden naar onze mening ten onrechte tot het oordeel dat in de laatstgenoemde casus verkeerde behandeling van bunkers wordt aangemerkt als een fout in de behandeling van de lading. Wij kunnen ons dan ook niet vinden in de alternatieve benadering daar waar deze tot onredelijke uitkomsten leidt. Immers, reeds een objectieve lezing en de teleologische interpretatie van de exceptie brengen mee dat verkeerde behandeling van de brandstof van het schip nooit kan worden aangemerkt als verkeerde behandeling van de lading. Brandstof is noodzakelijk voor de voorstuwing van schip. Alleen daar waar de brandstof primair bedoeld is voor het conditioneren van de lading zal er sprake kunnen zijn van een verkeerde behandeling van de lading als die brandstof per abuis in het ruim komt en de lading vervuult.

De primary purpose test benadert naar onze mening dan ook het doel en de strekking van de exceptie de alternatieve methode van Stevens.

<sup>77</sup>. Zie ook STEVENS 2001, p. 222.

<sup>78</sup>. Zie uitgebreid over dit alternatief Stevens 2001, p. 222-223.

<sup>79</sup>. Hof van Cassatie 21 maart 1985, *R.W.* 1985-86, 112.

<sup>80</sup>. Zie Stevens 2001, p. 222. Hij verwijst daar naar Hof van Beroep Antwerpen 5 oktober 1982, en Hof van Beroep Brussel 22 februari 1973, *R.H.A.* 1974, 48.