



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Eigen gebrek in het transportverzekeringsrecht

Brouwer, H.M.B.

Publication date

2017

Document Version

Other version

License

Other

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Brouwer, H. M. B. (2017). *Eigen gebrek in het transportverzekeringsrecht*. Paris.

General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

Hoofdstuk 4

Eigen gebrek en causaliteit in het vervoerrecht³⁷⁵

4.1 Inleiding

4.1.1 Een staaltje vervoerrechtspraktijk

Een schip met aan boord een container leren koffers uit Uruguay reist van de haven van Porto Alegre, Brazilië, naar Rotterdam, Nederland. Daarna vervolgt de container zijn reis over land naar een leerbewerkingsbedrijf te Waalwijk, Nederland. Tijdens het vervoer is er niets bijzonders voorgevallen. Bij aankomst blijkt sprake van schimmelvorming op de koffers en de partij die aanvankelijk beoogd had de koffers te kopen, weigert de lading koffers af te nemen. De schimmel op de koffers kan te wijten zijn aan de (te) hoge temperaturen en de temperatuurschommelingen (al dan niet door de plaats van de container bovenaan in de laadruimte) tijdens het vervoer. Het is echter ook mogelijk dat de koffers zonder extra maatregelen niet bestand waren tegen de normale omstandigheden tijdens dit type van vervoer in deze tijd van het jaar. De schadeoorzaak kan, met andere woorden, ook eigen gebrek van de koffers zijn. De vervoerder is onder de overeenkomst niet aansprakelijk voor schade ontstaan door eigen gebrek. Een discussie ontspint zich tussen de vervoerder en de ladingbelanghebbende over wie voor de schade aan de koffers aansprakelijk is.³⁷⁶ In de vervoerrechtelijke praktijk is een dergelijke discussie regelmatig aan de orde. Een aantal vragen komt daarbij onmiddellijk op en is uitgangspunt voor dit hoofdstuk.

4.1.2 De definitie van eigen gebrek

De titel van dit hoofdstuk lijkt voor zich te spreken. De term ‘eigen gebrek’ blijkt echter voor meer dan één uitleg vatbaar. Het is dus van belang om meteen de verschillende vormen van eigen gebrek te onderscheiden.

In dit hoofdstuk gebruik ik eigen gebrek in ruime zin. Dat wil zeggen de definitie die voortvloeit uit diverse (wettelijke/verdragsrechtelijke) bepalingen waarin aansprakelijkheid wordt uitgesloten op grond van *inherent vice* (eigen gebrek) van de goederen.³⁷⁷ In Angelsaksische landen hanteert men veelal de definitie van *inherent*

375. Reeds eerder gepubliceerd in TVR 2015, afl. 3, p. 71-91.

376. Dit voorbeeld is in grote mate geïnspireerd op de casus in het arrest *Anna Maersk*, Hof Den Haag 29 mei 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BY3542.

377. Zie, bijvoorbeeld, artikel 17 lid 2 CMR: ‘The carrier shall however be relieved of liability if the loss, damage or delay was caused by (...) inherent vice of the goods (...)’ en artikel 18 lid 2 Verdrag van Montreal: ‘However, the carrier is not liable if and to the extent it proves that the destruction, or loss of, or damage to, the cargo resulted from (...): a) inherent defect, quality or vice of that cargo; b) defective packing of that cargo performed by a person other than the carrier or its servants or agents; (...)’.

vice die volgt uit de zeerechtspraktijk. Clarke merkt op dat in de CMR geen definitie wordt gegeven van *inherent vice* en dat het daarom voor de hand ligt aanknoping te zoeken bij de uitleg in het nationale recht. Hij definieert *inherent vice* vervolgens als:

‘(...) a defect in the goods which, by its development through ordinary processes going on in those goods, tends to the injury or destruction of the goods, to such an extent that the goods do not survive the normal rigours of the journey in question or remain fit for their normal commercial purpose for a reasonable time after delivery.’³⁷⁸

Hij verwijst bij deze definitie naar de zaak *Blower vs. The Great Western Railway Company*.³⁷⁹ In casu moest een os vervoerd worden van D naar N. Gedurende de reis is de os ontsnapt uit de vrachtwagen waarin hij werd vervoerd en is hij gedood. Vervolgens was aan de orde of de Railway Company al dan niet aansprakelijk was voor de dood van het dier. Nadat Willes J eerst heeft vastgesteld dat het geen uitgemakte zaak is of een trein beschouwd kan worden als een vervoermiddel dat geschikt is voor veevervoer, stelt hij verder:

‘The question as to their liability may turn on the distinction between accidents which happen by reason of some vice inherent in the animals themselves or disposition producing unruliness or phrensy, and accidents which are not the result of inherent vice or unruliness of the animals themselves.’

En voorts:

‘By the expression “vice,” I do not, of course, mean moral vice in the thing itself or its owner, but only that sort of vice which by its internal development tends to the destruction or the injury of the animal or thing to be carried, and which is likely to lead to such a result.’³⁸⁰

Clarke maakt derhalve van deze uitspraak gebruik als uitgangspunt voor de interpretatie van het begrip *inherent vice* in de CMR. Van belang bij de uitleg is dus dat het gebrek door zijn interne ontwikkeling zorgt voor tenietgaan of schade van het te vervoeren/vervoerde goed en dat dit tenietgaan of de schade ook een logisch gevolg is van die interne ontwikkeling.

Tetley omschrijft ‘*inherent vice*’ als ‘the unfitness of the goods to withstand the ordinary incidents of the voyage, given the degree of care which the shipowner is

378. M.A. Clarke, *International carriage of goods by road: CMR*, Oxford: Informa Law 2014 (zesde druk) (hierna: Clarke 2014), p. 398. Hij verwijst bij deze definitie naar *Blower vs. The Great Western Railway Company* (1872) LR CP 655, 662, per Willes J. Naar deze zaak verwijst bijvoorbeeld ook Singh in het kader van de uitleg van de *inherent-vice*-exceptie in de H(V)R, zie L. Singh, *The Law of Carriage of Goods by Sea*, West Sussex: Bloomsbury Professional Ltd 2011, 13.8.

379. *Blower vs. The Great Western Railway Company* (1872) LR CP 655, 662, per Willes J.

380. *Blower vs. The Great Western Railway Company* (1872) LR CP 655, 662-663.

required by the contract to exercise in relation to the goods'.³⁸¹ Hij merkt daarbij op dat dit de gangbare definitie is in Engeland, Amerika, Frankrijk en België. Wat hem betreft zou nog moeten worden toegevoegd aan de passage 'the ordinary incidents of the voyage' dat het dan gaat om 'as contemplated by the parties'.³⁸²

Om met succes onder zijn aansprakelijkheid uit te komen, kan de vervoerder alleen dan een beroep doen op *inherent vice* van de goederen als de *vice* ook daadwerkelijk *inherent* is.³⁸³ Het gebrek moet, met andere woorden, onafscheidelijk zijn verbonden aan de zaak als een essentiële karaktereigenschap, hetzij permanent aanwezig, hetzij ontstaan door een interne ontwikkeling. Dit blijkt eveneens uit de uitspraak T.M. Noten B.V. vs. Harding uit 1989.³⁸⁴ In die zaak maakte condens uit vervoerde handschoenen de kartonnen dozen waarin zij werden vervoerd nat waardoor de handschoenen beschimmelden. De lading was verzekerd onder de bepalingen van the Institute of Cargo Clauses (All Risks) die de volgende uitsluiting bevatten:

'This insurance (...) shall in no case be deemed to extend to cover loss damage or expense proximately caused by (...) inherent vice or nature of the subject matter insured.'

The Court of Appeal overwoog in casu dat de echte oorzaak van de schade niet was gelegen in de condens die inwerkte op de buitenkant van de handschoenen maar in het overmatige vocht dat in de handschoenen zat bij aanvang van de reis. Bingham LJ overweegt in dit kader:

'(...) urged that a broad common sense commercial view be taken as to the real or dominant cause of the damage. By that test the cause of this damage was the natural behaviour of the gloves in giving off moisture.'

En verder overweegt hij in reactie op het verweer van de ladingbelanghebbende:

'I do not for my part think that this answer given by the plaintiffs would appeal to the common sense of the business or seafaring man. He would not understand how the water which had caused the damage could be regarded as coming from a source external to the goods, but would on the uncontradicted findings regard the gloves as the obvious and sole source of the water. (...) Damage may be caused by inherent vice without being inevitable (...). It does not therefore avail the plaintiffs to prove only that other cargoes were shipped without damage.'

En hij vervolgt:

381. Zie W. Tetley, *Marine Cargo Claims*, Quebec: Les Editions Yvon Blais Inc. 2008 (vierde druk) (hierna: Tetley 2008), p. 1143.

382. Het moge overigens duidelijk zijn dat hij de definitie bezigt in de context van het zeevervoer nu hij in zijn boek *Marine Cargo Claims* behandelt. Hij spreekt daarom ook van 'the shipowner' in zijn definitie.

383. Zie in gelijke zin Clarke 2014, 236 h.

384. T.M. Noten B.V. vs. Harding [1990] Lloyd's Rep. 283.

‘There was, on the evidence, no combination of fortuitous events, and the defendant never undertook to insure the plaintiffs against the occurrence of hot and humid weather.’

In deze zaak slaagde de vervoerder er derhalve in om onder zijn aansprakelijkheid uit te komen omdat de oorzaak van de schade wel degelijk een *inherent vice* was en de ladingbelanghebbende niet succesvol aanvoerde dat de schade veroorzaakt was door een external, fortuitous event. Niets ongewoons of ongewensts heeft zich tijdens welk gedeelte van de reis dan ook voorgedaan. Nu bovendien blijkt dat de handschoenen zelf de schimmel veroorzakende vochtigheid hebben afgegeven, lijkt het vanuit het oogpunt van ‘common sense of the business or seafaring man’ meer dan evident dat de schadeoorzaak een *inherent vice* van de handschoenen is.

Naar Engels recht hoeft de vervoerder bij een beroep op eigen gebrek van de goederen overigens niet exact aan te tonen waar het gebrek vandaan komt. Het is voldoende als hij kan bewijzen dat het verlies of de schade is ontstaan doordat de goederen van nature de eigenschap hebben die dit veroorzaakt.³⁸⁵ De eis dat het gebrek wel inherent aan de zaak moet zijn, blijft overeind. Het gebrek moet derhalve wel van binnenuit komen en latent aanwezig zijn; als een gebrek in de zaak ontstaat door een externe factor is er derhalve geen sprake van *inherent vice*.

Enkele typische gevallen van *inherent vice* zijn goederen die niet goed genoeg verpakt zijn om de reis te doorstaan (zoals bijvoorbeeld zacht fruit of zeer breekbaar glaswerk of keramiek) en natuurlijk verval van bederfelijke waar (rotten van sinaasappelen).

Het begrip ‘eigen gebrek’ kan men omschrijven als ‘gebrekkige eigenschap of tekortkoming aan een zaak zelf, waardoor het teniet gaat of beschadigd geraakt’³⁸⁶ of anderszins bijvoorbeeld als ‘een slechte eigenschap van een zaak, dus niet veroorzaakt door de inwerking van een buiten de verzekerde zaak liggend evenement. Ook wel vice propre of *inherent vice* genoemd’.³⁸⁷ Deze definities lijken er in het vervoerrecht derhalve op te duiden dat de oorzaak van de schade, het verlies of de vertraging niet gelegen mag zijn in het vervoer zelf om een beroep op eigen gebrek als grond voor uitsluiting van aansprakelijkheid te laten slagen. De schade mag immers niet veroorzaakt zijn door de inwerking van een buiten de verzekerde zaak liggend evenement. Verschillende situaties in de vervoerspraktijk (en in het vervoerrecht) waarbij eigen gebrek een rol speelt, zijn denkbaar. Hieronder zal ik kort drie denkbare situaties bespreken.

1. Eigen gebrek van de te vervoeren/vervoerde goederen

Een goed voorbeeld in het geval van eigen gebrek van de goederen is mijns inziens het vervoer van sinaasappelen. Inherent aan sinaasappelen is dat zij kunnen rotten. Dit kan gebeuren omdat ze niet onder de juiste omstandigheden (zoals temperatuur en vochtigheid) worden vervoerd maar ook doordat ze niet deugdelijk zijn verpakt.

385. Zie in gelijke zin Clarke 2014, 236 h.

386. Deze definitie is afkomstig uit www.jw.juridischwoordenboek.com.

387. Deze definitie van eigen gebrek is afkomstig van www.encyclo.nl.

Het kan ook zijn dat zij bederven omdat het rottingsproces reeds aanvangt vóór vervoer of juist omdat de reis langer duurt dan gepland. Bijna altijd treedt eigen gebrek op samen met een andere schadeoorzaak. Eigen gebrek is dan veelal de factor die de schade bevordert, vergroot of doet intreden.³⁸⁸

2. Eigen gebrek van de verpakking

Schade aan de goederen kan ook ontstaan wanneer de goederen niet deugdelijk genoeg zijn verpakt om de reis ongeschonden te doorstaan. Bij de bespreking van eigen gebrek van de verpakking speelt meteen de vraag op wat men als verpakking kan beschouwen en aan welke eisen verpakking moet voldoen. Het is in dat kader een interessant gegeven of de verpakking moet worden beschouwd als een onderdeel van de verzekerde zaak. In het verlengde daarvan is het van belang of een gebrekkige verpakking van de goederen als een eigen gebrek van de goederen kan worden gezien. Als voorts de verpakking inderdaad moet worden beschouwd als een onderdeel van de verzekerde zaak, komt onmiddellijk de vraag op of een container in dat verband ook als een verpakking kan worden gezien en vervolgens of een ondeugdelijke container dan een eigen gebrek oplevert. Hoe zit het dus in dat geval met het vervoer van goederen in een container die niet adequaat uitgerust blijkt te zijn voor de te vervoeren goederen omdat hij een eigen gebrek heeft zoals bijvoorbeeld een gat of een defecte koelinstallatie?

3. Eigen gebrek van het vervoermiddel

In de situatie dat het vervoermiddel een eigen gebrek bevat, worden de te vervoeren goederen beschadigd of gaan ze verloren doordat het vervoermiddel vanwege een eigen gebrek niet voldoende geëquipeerd is voor het vervoeren van de goederen.

Bij dit hoofdstuk betrek ik de drie vormen van eigen gebrek in het vervoerrecht, zoals ik hierboven heb weergegeven: eigen gebrek van de te vervoeren/vervoerde goederen; eigen gebrek van de verpakking en eigen gebrek van het vervoermiddel. Vanzelfsprekend is het onderscheid groot tussen de ontheffingsgrond van eigen gebrek van de goederen en eigen gebrek van het vervoermiddel dat veelal verhindert dat de vervoerder zich op een ontheffingsgrond kan beroepen. Het is van belang beide vormen te behandelen, niet in de laatste plaats omdat eigen gebrek van de verpakking regelmatig tussen de wal en het schip (om maar even bij vervoerrechtelijke termen te blijven) blijkt te vallen.³⁸⁹ Regelmatig blijken eigen gebrek van de goederen en eigen gebrek van het vervoermiddel met elkaar in een causaliteitskwestie verwickeld.

4.1.3 De kwestie eigen gebrek in het vervoerrecht

Dikwijls is de dekking van schade die veroorzaakt is door eigen gebrek, uitgesloten. Het kan echter wel wettelijk toegestaan zijn om schade en/of verlies door eigen gebrek te verzekeren. Bepalingen in vervoerrechtelijke wetgeving en verdragen ontslaan de vervoerder vaak van aansprakelijkheid als de schade en/of het verlies

388. Zie hierover eveneens Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX 2012/444.

389. Dit komt duidelijk naar voren in paragraaf 4.6, waar het eigen gebrek van de container aan de orde is.

is ontstaan door een eigen gebrek van goederen. Als tevoren vaststaat dat de vervoerder toch niet aansprakelijk is voor die schade, lijkt het voor de vervoerder niet opportuun om zich daarvoor te verzekeren. Het is dus van belang voor de vervoerder om dit risico in te kunnen schatten. Welk criterium hanteert men in het vervoerrecht om vast te stellen of sprake is van eigen gebrek? Deze hoofdvraag probeer ik te beantwoorden aan de hand van de volgende deelvragen:

- a. Maakt men per verdragsrechtelijk regime gebruik van een verschillend criterium om vast te stellen of sprake is van eigen gebrek?
- b. Gebruikt men in de landen die ik bij mijn onderzoek betrek, gelijke criteria om eigen gebrek vast te stellen? Zo niet, dan kan het interessant zijn bij het sluiten van de overeenkomst te kiezen voor een specifieke rechterlijke instantie die de geschillen beslecht.
- c. Is de verpakking een onderdeel van de zaak en, in het verlengde daarvan, kan een gebrekkige verpakking worden gekwalificeerd als eigen gebrek van de zaak? Bij de beantwoording van deze vraag komt een aantal deelvragen bijna automatisch aan de orde. Deze zal ik in dat kader eveneens proberen te beantwoorden:
- d. Kan een container gezien worden als verpakking van de goederen?
- e. Zo ja, kan een container dan ook worden beschouwd als een onderdeel van de verzekerde zaak?
- f. Zo ja, kan een ondeugdelijke container dan worden gezien als een eigen gebrek van de zaak?

4.1.4 Rechtsvergelijking en internationale regelingen

In onderhavig onderzoek betrek ik een rechtsvergelijkende component. Nederland heeft immers als handelsrechtelijke natie veel te maken met grensoverschrijdend vervoer en daarom ook met internationale regelingen die daarop van toepassing zijn. Rechtsvergelijking is dus van belang omdat deze internationale regelingen, deze verdragen, veelvuldig een eigen-gebrek-bepaling kennen. Idealiter zouden deze bepalingen uniform moeten worden uitgelegd.³⁹⁰ Internationale regelingen als de Hague (Visby) Rules (hierna: H(V)R) zouden dan namelijk uniform moeten worden uitgelegd.³⁹¹ Daarmee zou de uitleg van de bepalingen rechtstreeks van belang zijn voor zowel de Nederlandse rechtspraktijk als voor de internationale vervoer(sverzekerings)praktijk.

In sommige vervoerrechtelijke verdragen wordt de aansprakelijkheid van de vervoerder (al dan niet dwingendrechtelijk³⁹²) uitgesloten wanneer sprake is van een

390. De wenselijkheid van een uniforme uitleg van internationale regelingen heb ik (en anderen ook) reeds eerder benadrukt. Zie H.M.B. Brouwer, M.L. Hendrikse & N.J. Margetson, 'Uniforme uitleg van internationale handelsrechtelijke regelingen', *NTHR* 2005, afl. 2, p. 45-55.

391. Zie M.L. Hendrikse, 'Verzekering en de (internationale) handel: de transportverzekering en de kredietverzekering', in: S.E. van Hall e.a. (red.), *Capita Internationaal Handelsrecht*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2013, p. 230 en M.L. Hendrikse & N.J. Margetson, 'Uniform International Commercial Law: The Phenomena of Unification, Uniform Construction and Uniform Application', *EJCCCL* 2009, afl. 2, p. 89.

392. De CMR is, bijvoorbeeld, van dwingend recht op grond van artikel 41 CMR. De CIM daarentegen is slechts van semidwingend recht op grond van artikel 5 CIM.

inherent vice.³⁹³ Het is van belang om in dat kader de volgende vragen te beantwoorden:

- Kan van deze exoneratie worden afgeweken ten gunste van de ladingbelanghebbende?
- Bij welke vorm van eigen gebrek wordt de aansprakelijkheid van de vervoerder eigenlijk uitgesloten?

Voor dit onderzoek beschouw ik de H(V)R en de Rotterdam Rules (hierna: RR),³⁹⁴ de CMR,³⁹⁵ de CIM³⁹⁶ en het Verdrag van Montreal³⁹⁷. Ik betrek bij mijn onderzoek de jurisprudentie en literatuur uit Engeland, Nederland, Duitsland en België omdat deze landen een belangrijk aandeel hebben in de vervoerrechtelijke wereld door hun economische en geografische positie. Bovendien zijn België en Duitsland belangrijk omdat daarmee vanuit Nederland vaak vervoerovereenkomsten worden gesloten. Daarenboven zijn deze ons omringende landen door hun economische positie belangrijke vervoerslanden. Het is het recht van onze buurlanden, die tevens zeer belangrijke handelspartners van Nederland zijn. Het is interessant om Engeland bij dit onderzoek te betrekken daar een van de belangrijkste internationale, vervoerrechtelijke regelingen – namelijk de H(V)R – haar oorsprong vindt in het Angelsaksische recht. Het is derhalve van belang om literatuur en jurisprudentie uit Engeland te onderzoeken en zo tot een zuivere vergelijking van de uitleg en toepassing van die regeling te komen. Ook een praktische reden ligt trouwens ten grondslag aan de keuze om deze landen te betrekken bij mijn onderzoek. De jurisprudentie en literatuur uit deze landen is voldoende toegankelijk om te kunnen raadplegen en te gebruiken ten behoeve van het onderhavige onderzoek.

4.2 Eigen gebrek in het wegvervoerrecht

De bepaling die de (uitsluiting van) aansprakelijkheid regelt in geval van eigen gebrek in het internationale wegvervoer staat, zoals reeds eerder vermeld, in artikel 17 lid 2 CMR.³⁹⁸ De vervoerder is dus ontheven van aansprakelijkheid ingeval de schade, het verlies of de vertraging van de goederen te wijten is aan ‘*inherent vice of the goods*’. Wat verstaat men echter onder *inherent vice of the goods* bij toepassing van de CMR? En hoe verhoudt deze bepaling zich tot die in lid 3 van hetzelfde artikel?³⁹⁹ Op grond van deze bepaling kan de vervoerder zich immers niet aan zijn

393. Of ingeval het een Franse bepaling betreft ‘*vice propre*’.

394. Beide regelingen bevatten bepalingen van goederenvervoer (gedeeltelijk of geheel) over zee.

395. Deze Convention Relative au Contrat de Transport International de Marchandises par Route regelt dus vervoer van goederen over de weg.

396. Deze Convention Internationale concernant le Transport des Marchandises par Chemins de Fer regelt derhalve vervoer van goederen over het spoor.

397. Voluit is dit het Verdrag tot het brengen van eenheid in enige bepalingen inzake het internationale luchtvervoer (Convention for the Unification of Certain Rules for International Carriage by Air), dat is gesloten in Montreal op 28 mei 1999 en het regelt dus het internationale luchtvervoer (van zowel goederen als personen). Bij mijn onderzoek beperk ik me echter tot de bepalingen betreffende goederenvervoer.

398. Zie de derde voetnoot van dit hoofdstuk.

399. Artikel 17 lid 3 CMR luidt: ‘The carrier shall not be relieved of liability by reason of the defective condition of the vehicle used by him in order to perform the carriage, or by reason of the wrongful act or neglect of the person from whom he may have hired the vehicle or of the agents or servants of the latter.’

aansprakelijkheid onttrekken indien het voertuig (een) gebrek(en) vertoont.⁴⁰⁰ Wat onder de CMR verstaan dient te worden onder *inherent vice* was reeds aan de orde in paragraaf 4.1. Clarke merkt op dat men voor de uitleg moet aansluiten bij nationaal recht nu een definitie ontbreekt in de CMR.⁴⁰¹

Als schade is ontstaan door meer dan een oorzaak waarvan één een *inherent vice* en een andere de gebrekkigheid van het voertuig is, dan is in beginsel de vervoerder aansprakelijk voor dat deel van de schade dat is veroorzaakt door de gebrekkigheid van het voertuig. Hij is echter niet aansprakelijk voor de schade ontstaan door *inherent vice* van de vervoerde goederen. Als de schade is ontstaan door een eigen gebrek aan het voertuig, kan de vervoerder zich niet exoneren met een beroep op artikel 17 lid 2 CMR omdat een beroep hierop wordt ondermijnd door de bepaling in artikel 17 lid 3 CMR. De verhouding tussen deze twee leden van artikel 17 CMR zorgt veelal voor interessante kwesties waarbij causaliteit en bewijslast een grote rol spelen.

Over de bewijslast in dezen vindt men niets terug in de CMR maar uit de rechtspraak blijkt dat deze bij de eiser ligt. De bewijslast met betrekking tot het voertuig zal dan doorgaans bij de ladingbelanghebbende liggen. Het is echter aan de vervoerder om te bewijzen dat geen sprake was van een gebrekkig voertuig. Dit is overigens een zware bewijslast, juist omdat het niet ondenkbaar is dat een gebrek aan het voertuig ontstaan is door een verkeerd gebruik van het voertuig of door de slechte rijstijl van de chauffeur.⁴⁰²

Een voorbeeld van een beroep op artikel 17 lid 2 CMR dat niet slaagt omdat daar door artikel 17 lid 3 CMR een stokje voor wordt gestoken, is een zaak geweest door de Rechtbank Rotterdam in december 2013.⁴⁰³ In deze zaak had de trekker van de vervoerder een klapband gekregen waardoor de vrachtwagencombinatie in het Verenigd Koninkrijk van de weg was geraakt. Zij kwam vervolgens op haar kop/zijkant in de greppel terecht. Door dit ongeval ontstond schade waarvoor de vervoerder aansprakelijk werd gesteld. Voorts ontstond over deze aansprakelijkheid een geschil. De vervoerder 'heeft echter gesteld dat hij op grond van artikel 17 lid 2 CMR is ontheven van deze aansprakelijkheid, omdat het verlies en de beschadiging van de goederen het gevolg zijn van een omstandigheid die hij als vervoerder niet heeft kunnen vermijden en waarvan hij de gevolgen niet heeft kunnen verhinderen', en voorts 'heeft [hij] gesteld dat en toegelicht waarom de klapband in zijn visie niet is terug te voeren op enig handelen van hemzelf of op gebreken in zijn voertuig'.⁴⁰⁴ De ladingbelanghebbende heeft echter aangevoerd dat 'geen beroep op artikel 17 lid 2 CMR toekwam, omdat niet zou worden voldaan aan de eis dat de vervoerder stelt en bewijst dat hij alle in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs van een zorgvuldig vervoerder te vergen maatregelen heeft genomen om het verlies/de schade te voorkomen'.⁴⁰⁵ Vervolgens ontbreekt het aan de nodige gegevens om de toedracht vast te kunnen stellen en de rechtbank overweegt:

400. Zie hierover uitgebreid Clarke 2014, 75 f.

401. Zie Clarke 2014, 236 h.

402. Clarke geeft hier als voorbeeld een lekke band als gevolg van het raken van de stoerprand en het in brand vliegen door oververhitte remmen. Zie Clarke 2014, 75 f.

403. Rb. Rotterdam 11 december 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:10730.

404. Rb. Rotterdam 11 december 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:10730, r.o. 5.5.

405. Rb. Rotterdam 11 december 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:10730, r.o. 5.5.

‘Hoe precies de toedracht van de klapband en van het van de weg raken is geweest, wordt uit de stukken niet duidelijk. (...) Stukken waaruit concreet naar voren komt dat de band is doorboord door een van buiten komend voorwerp, of dat op het betreffende weggedeelte nog andere soortgelijke voorwerpen zijn aangetroffen, zijn evenmin overgelegd.’⁴⁰⁶

En voorts overweegt zij:

‘Op grond van artikel 18 lid 1 CMR rust het bewijs van de stelling, dat het verlies of de beschadiging van de lading door een van de in artikel 17 lid 2 CMR genoemde feiten is veroorzaakt, op [gedaagde] [dat is hier de vervoerder, HMBB].’⁴⁰⁷

Omdat de essentiële gegevens voor de bewijsvoering ontbreken en ook niet meer kunnen worden ingebracht overweegt de rechtbank op dit punt:

‘De consequentie hiervan is dat het beroep op overmacht wordt verworpen en [gedaagde] aansprakelijk is voor de schade.’⁴⁰⁸

In casu was het voor een geslaagd beroep op artikel 17 lid 2 CMR derhalve noodzakelijk om aan te tonen dat wél de nodige voorzorgsmaatregelen waren getroffen om te voorkomen dat aansprakelijkheid op grond van artikel 17 lid 3 CMR kon worden vastgesteld. Daarbij is eveneens van belang dat met succes kan worden bewezen dat de oorzaak voor het ontstaan van het gebrek aan het vervoermiddel is gelegen in een van buiten komend evenement en niet voortspuit uit een gebrek inherent aan het vervoermiddel zelf. Omdat de vervoerder dat hier onvoldoende had bewezen, kon hij zich niet met succes beroepen op artikel 17 lid 2 CMR om onder zijn aansprakelijkheid uit te komen. Het is dus belangrijk om aan te tonen dat er een causaal verband is tussen het ontstaan van de schade en een van buiten komend onheil. Onvoldoende is de stelling van de vervoerder dat de oorzaak niet gelegen is in een gebrek aan het voertuig noch in enig handelen van hem zelf; hij moet immers zelfs expliciet bewijzen dat hij (in dit geval bijvoorbeeld) de klapband niet heeft kunnen verhinderen en dat deze is ontstaan door een evenement dat buiten zijn macht lag. Op de vervoerder rust derhalve de (zware!) bewijslast om aan te tonen dat hij zich terecht beroept op de exoneratie uit artikel 17 lid 2 CMR en daarenboven dat hij niet aansprakelijk is op grond van artikel 17 lid 3 CMR. Loyens omschrijft de aansprakelijkheid van de wegvervoerder hier dan ook terecht als risicoaansprakelijkheid.⁴⁰⁹ De wegvervoerder is zelfs aansprakelijk voor een gebrek als het vervoermiddel is gehuurd of door een andere vervoerder ter beschikking is gesteld. Het bewijs van behoorlijke zorg, dat in het zeerecht volstaat, is voor de wegvervoerder niet voldoende om bij een eigen gebrek van het vervoermiddel onder zijn aansprakelijkheid uit te komen. Dit is anders als het vervoermiddel ter beschikking is gesteld door de afzender of door de hoofdvervoerder aan de onder-

406. Rb. Rotterdam 11 december 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:10730, r.o. 5.7.

407. Rb. Rotterdam 11 december 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:10730, r.o. 5.8.

408. Rb. Rotterdam 11 december 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:10730, r.o. 5.8.

409. J. Loyens, *Handboek transportrecht*, Antwerpen: Intersentia 2011 (hierna: Loyens 2011), p. 135-136.

vervoerder. De ondervoerder is dan niet aansprakelijk tegenover de geadresseerde op grond van artikel 17 lid 2 CMR.⁴¹⁰

Dit ligt overigens eveneens anders in het geval dat een trailer met goederen door de opdrachtgever aan de vervoerder ter beschikking is gesteld en die hij alleen dient aan te koppelen, naar de plaats van bestemming te trekken en daar weer los te koppelen. Van een dergelijke situatie was sprake in een zaak uit 2007 waarbij ten gevolge van een brand een trailer alsmede de zich daarop bevindende goederen beschadigd zijn geraakt, dan wel verloren zijn gegaan.⁴¹¹ Aan de orde was de vraag of de omstandigheid dat de trailer door de eiser ter beschikking is gesteld en dus niet door de vervoerder was ingebracht, een beroep op overmacht ingevolge artikel 17 lid 2 CMR rechtvaardigde, zoals de vervoerder stelde en door de eiser werd betwist. De rechtbank oordeelde:

‘In redelijkheid kan niet worden volgehouden dat de in artikel 17 lid 3 neergelegde verplichting van een vervoerder om in te staan voor het door hem gebruikte voertuig of materiaal, zich ook dient uit te strekken tot de trailer die met goederen beladen door de opdrachtgever ter beschikking is gesteld en met betrekking waartoe de opdracht slechts luidt om deze aan te koppelen, naar de plaats van bestemming te trekken en daar weer los te koppelen, zoals hier het geval is.’⁴¹²

Voorts legt de rechtbank nog uit dat zij let op de samenhang tussen lid 3 en 2 van artikel 17 CMR en dat de conclusie dan moet zijn, dat het eigen gebrek van de door de opdrachtgever ter beschikking gestelde trailer een beroep van de vervoerder op overmacht als bedoeld in artikel 17 lid 2 CMR rechtvaardigt.

Deze uitspraak geeft aan dat het van betekenis is om het verband tussen lid 2 en 3 van artikel 17 CMR niet uit het oog te verliezen. Dit is volgens mij niet meer dan logisch vanuit het perspectief van billijkheid. Indien dit niet het geval zou zijn, zou de vervoerder immers nooit met succes een beroep kunnen doen op een eigen gebrek wanneer het voertuig iets mankeert. De zorgplicht die op hem rust op grond van artikel 17 lid 3 CMR mag ver gaan maar iets wat aantoonbaar buiten zijn macht ligt, zou mijns inziens geen belemmering voor hem moeten vormen voor een succesvol beroep op de exoneration uit artikel 17 lid 2 CMR. Volgens Loyens gaat deze zorgplicht overigens ver: tot *uiterste zorg* ten aanzien van de lading is de vervoerder verplicht. Deze wordt ‘slechts begrensd door situaties waarin de schade enkel door absurde maatregelen van de zijde van de wegvervoerder vermeden had kunnen worden’, aldus Loyens.⁴¹³

Met ‘defective condition of the vehicle’ uit artikel 17 lid 3 CMR doelt de regeling niet alleen op het voertuig als vervoermiddel maar ook op zijn geschiktheid om goederen van een bepaalde soort aan te nemen en te bewaren. Het gaat er daarbij echter niet alleen om dat het vervoermiddel geschikt moet zijn om weerstand te

410. Zie in gelijke zin Loyens 2011, p. 136.

411. Rb. Amsterdam 1 augustus 2007, ECLI:NL:RBAMS:2007:BB3935.

412. Rb. Amsterdam 1 augustus 2007, ECLI:NL:RBAMS:2007:BB3935, r.o. 4.5.

413. Loyens 2011, p. 72.

bieden aan externe factoren zoals regen en sneeuw tijdens het vervoer.⁴¹⁴ Een vervoermiddel dient daarenboven van binnen schoon te zijn; dit verstaat men in de rechtspraak eveneens onder de geschiktheid voor het vervoer.⁴¹⁵ Of het voertuig in goede conditie is, hangt niet alleen af van de staat van het voertuig zelf maar ook van de geschiktheid om goederen van een bepaalde soort te vervoeren. Zo'n ongeschikt voertuig wordt alleen dan beschouwd als een gebrekkig voertuig in de zin van artikel 17 lid 3 CMR als de ongeschiktheid feitelijk een contractbreuk door de vervoerder is. Dit is het geval als de goederen ongeschikt zijn voor het overeengekomen vervoer, bijvoorbeeld als het gaat om een overeenkomst tot het vervoer van temperatuurgevoelige goederen.⁴¹⁶

Artikel 17 lid 3 CMR is feitelijk een uitzondering op de exceptie van artikel 17 lid 2 CMR en de bewijslast zou, zoals gezegd, bij de eiser moeten liggen. Overigens laat dit onverlet dat in sommige gevallen er plaats is voor partiële toerekening. Als naast het kapotte voertuig een andere oorzaak is aan te wijzen waarvoor de vervoerder geëxonerend is, kan hij, mits hij voldoende bewijs levert voor een geslaagd beroep op die exoneratie, voor het gedeelte dat daardoor is veroorzaakt onder zijn aansprakelijkheid uit komen.⁴¹⁷ Een beroep op de aansprakelijkheidsuitsluitingsgrond uit artikel 17 lid 2 CMR slaagt doorgaans alleen als het gebrek aan het voertuig niet al bestond bij aanvang van de reis maar voortkomt uit iets dat het voertuig tijdens de reis overkomt, dat zijn oorzaak heeft in iets buiten het voertuig en dat niet te vermijden was.

Wanneer de aansprakelijkheidsperiode voor de vervoerder begint en eindigt, blijkt in grote lijnen uit de bepaling in artikel 17 lid 1 CMR.⁴¹⁸ Met deze bepaling blijft nog enige onduidelijkheid bestaan doordat niet nader is omschreven wat men bedoelt met 'la prise en charge' enerzijds en met 'la livraison' anderzijds. Dit moet derhalve op andere wijze worden ingevuld. Koller pleit ervoor om aan te sluiten bij de verplichtingen van de vervoerder zoals die voortvloeien uit de vervoerovereenkomst.⁴¹⁹ Margetson gaat eveneens uit van wat contractueel is overeengekomen en voegt daaraan toe dat daaruit moet blijken wanneer de vervoerder 'macht heeft over'.⁴²⁰ Haak besteedt ook uitgebreid aandacht aan de begrippen 'inontvangstneming' en 'aflevering' van artikel 17 lid 1 CMR die de periode afbakenen waarbinnen de vervoerder aansprakelijk is.⁴²¹ Haak constateert meteen al, en mijns inziens te

414. Dat dit van belang is, blijkt, bijvoorbeeld, uit de zaak *Walek vs. Chapman & Ball* [1980] 2 Lloyd's Rep. 279. In deze zaak overwoog Mocatta J dat een gat in het dek van de trailer niet onvermijdelijk was en kon niet met succes een beroep worden gedaan op de exoneratie van artikel 17 lid 2 CMR.

415. Zie in gelijke zin *Clarke* 2014, 75 f.

416. Zie eveneens *Clarke* 2014, 75 f.

417. Zie hierover eveneens *Clarke* 2014, 75 f.

418. Deze bepaling luidt: 'Le transporteur est responsable de la perte totale ou partielle ou de l'avarie, qui se produit entre le moment de la prise en charge de la marchandise et celui de la livraison, ainsi que du retard à la livraison.'

419. Zie I. Koller, *Transportrecht, Kommentar zu Spedition, Gütertransport und Lagergeschäft*, München: C.H. Beck Verlag 2013 (hierna: Koller 2013), p. 1036.

420. Zie S.W. Margetson, 'De toepasselijkheid van de CMR ingevolge art. 1', in: M.L. Hendrikse & Ph.H.J.G. van Huizen, *CMR: Internationaal vervoer van goederen over de weg* (NTHR-reeks, deel 3), Zutphen: Uitgeverij Paris 2005, p. 39.

421. Zie K.F. Haak, *De aansprakelijkheid van de vervoerder ingevolge de CMR* (diss. Utrecht), Den Haag: Stichting Vervoeradres 1984 (hierna: Haak 1984), p. 201-209.

recht, dat de periode van aansprakelijkheid natuurlijk langer is dan louter gedurende de periode tussen het moment van inontvangstneming en aflevering van de goederen. Deze aansprakelijkheid kan dan enerzijds voortvloeien uit de overeenkomst en anderzijds uit het nationale recht dat via ipr-verwijzingsregels van toepassing is.⁴²² In beginsel staan de begrippen ‘inontvangstneming’ en ‘aflevering’ los van de feitelijke begrippen ‘laden’ en ‘lossen’. Dit is niet verwonderlijk gezien het feit dat bij de invulling van deze begrippen de vervoerswijze van essentieel belang is. Zo is er bijvoorbeeld een groot verschil in de manier van laden en lossen (en bijbehorende aansprakelijkheid) tussen zeevervoer en wegvervoer.⁴²³ Om de periode van aansprakelijkheid aan te kunnen duiden is het volgens mij ook van belang om niet alleen af te gaan op de bewoordingen van de CMR-bepaling(en) maar ook de afspraken die voortvloeien uit de vervoerovereenkomst erbij te betrekken.

Haak onderscheidt overigens een restrictieve en een extensieve uitleg van het begrip ‘eigen gebrek’.⁴²⁴ Bij de eerste gaat het om een gebrek dat wezensvreemd is aan het betreffende goed terwijl men bij een extensieve uitleg het verband tussen de (aard van de) goederen en een normaal uitgevoerd transport van doorslaggevend belang acht.⁴²⁵ Haak is van mening dat de ruimere uitleg moet worden gehanteerd mede op basis van de wetshistorie van de CMR. Voor de uitleg van artikel 17 lid 3 CMR ligt dat gecompliceerder volgens Haak. Het is niet duidelijk welke interpretatie daar gehanteerd dient te worden. Sommigen zijn van mening dat steeds als een voertuig niet geschikt blijkt voor het betreffende overeengekomen vervoer, de vervoerder op grond van artikel 17 lid 3 CMR aansprakelijk is. Anderen gaan ervan uit dat de vervoerder nog wel een beroep kan doen op andere schadeveroorzakende omstandigheden.⁴²⁶ Het is overigens van belang stil te staan bij het feit dat voor artikel 17 lid 3 CMR geen bewijsrechtelijke bepaling is opgenomen waardoor het aan de vervoerder is om te bewijzen ‘dat de schadeveroorzakende omstandigheden niet aan een gebrek van het voertuig kunnen worden toegeschreven’.⁴²⁷ Bij het ontbreken van eenduidige rechtspraak op dit punt neigt Haak ernaar om bij het beantwoorden van de vraag of het voertuig geschikt was voor het concrete overeengekomen vervoer, aansluiting te zoeken bij de vervoerovereenkomst en wat partijen daarin zijn overeengekomen. De oplossing van het vraagstuk hangt dan af van de redelijke zorg die de vervoerder in de gegeven omstandigheden met het oog op de vervoerovereenkomst zal moeten aanwenden enerzijds en anderzijds van het vervullen van de informatie- en controleplicht aan de zijde van de rechthebbende.⁴²⁸

De bewijslastverdeling in geval van enerzijds een beroep door de vervoerder op artikel 17 lid 2 CMR en anderzijds een beroep op artikel 17 lid 3 CMR door de ladingbelanghebbende was een punt van twist in de zaak *Ulster Swift*.⁴²⁹ *Varkenskar-*

422. Zie in gelijke zin Haak 1984, p. 201-202.

423. Zie hierover uitgebreid Haak 1984, p. 203-209, p. 207.

424. Zie Haak 1984, p. 156.

425. Zie in gelijke zin Haak 1984, p. 157.

426. Zie hierover uitgebreid Haak 1984, p. 168.

427. Zie in gelijke zin Haak 1984, p. 168.

428. Zie Haak 1984, p. 169.

429. *Ulster-Swift Ltd and Another vs. Taunton Meat Haulage Ltd*, Court of Appeal 13 januari 1977, [1977] R.T.R. 475.

kassen werden van Ierland naar Zwitserland vervoerd en op de overeenkomst was de CMR van toepassing. Bij aankomst in Zwitserland bleek het vlees bedorven en werd het vernietigd door of althans op last van de Zwitserse voedsel- en warenautoriteit. De aangesproken vervoerder stelt dat het bederf van het vlees veroorzaakt is door ‘risks inherent in the nature of the refrigerated meat’ en hij voegt daaraan nog toe dat hij heeft voldaan aan ‘all steps incumbent on them with respect to the choice, maintenance and use of the vehicle’.⁴³⁰ The Court of Appeal acht de vervoerder echter aansprakelijk. Megaw LJ overweegt in dit kader:

‘It is clear (...) that the excessive temperature which gave rise to the deterioration of the pork was itself caused by something which occurred during the transit, outside the normal incidents of the transit. (...) on balance of probability the “likely period of excessive temperature,” in the sense already explained, was during the transit, and was not at the time of loading; and that the carrier had failed to take some, unidentified, step which he ought to have taken.’⁴³¹

The Court of Appeal bekrachtigt de eerdere uitspraak en het is evident dat de bewijsvoering een lastig element blijkt. Maar Megaw LJ overweegt in dezen:

‘The judge was, in our view, on the true meaning and intent of this provision, entitled to hold that the carrier had failed to discharge the burden of proof on him under this paragraph if the judge correctly came to the conclusion, on all the evidence, that it was more likely than not that the carrier had failed to take some step incumbent on him.’⁴³²

Men kan volgens Megaw LJ de aansprakelijkheid van de vervoerder vaststellen wanneer deze niet slaagt in het bewijs dat hij wél de noodzakelijke stappen heeft gezet die hij als vervoerder moest zetten. Het zou te ver voeren (en wellicht ook minder voor de hand liggen) als de ladingbelanghebbende zou moeten bewijzen dat bepaalde vereiste stappen door de vervoerder niet zouden zijn gezet. Het gaat in dergelijke zaken dus niet zozeer om hoe de bepalingen uit de CMR geïnterpreteerd dienen te worden maar meer om ‘that, in English law, it is not necessary for a plaintiff to prove what was the precise, specific event by reason of which his goods were lost while in the custody of the carrier’.⁴³³

Op grond van artikel 41 CMR is de eigen-gebrek-bepaling van dwingend recht; een beding in de overeenkomst dat hiervan afwijkt, is derhalve nietig indien de CMR van toepassing is op de vervoerovereenkomst. In de overeenkomst kan dus niet worden opgenomen een beding waarbij de vervoerder de aansprakelijkheid op zich neemt ingeval schade, vertraging of verlies ontstaat door een eigen gebrek van de

430. De uiteenzetting van de casus *Ulster-Swift Ltd and Another vs. Taunton Meat Haulage Ltd*, Court of Appeal 13 januari 1977, [1977] R.T.R. 475, 476.

431. *Ulster-Swift Ltd and Another vs. Taunton Meat Haulage Ltd*, Court of Appeal 13 januari 1977, [1977] R.T.R. 475, 482.

432. *Ulster-Swift Ltd and Another vs. Taunton Meat Haulage Ltd*, Court of Appeal 13 januari 1977, [1977] R.T.R. 475, 487.

433. *Ulster-Swift Ltd and Another vs. Taunton Meat Haulage Ltd*, Court of Appeal 13 januari 1977, [1977] R.T.R. 475, 487.

goederen (ergo dat afwijkt van artikel 17 lid 2 CMR). Anderzijds is het eveneens niet mogelijk voor de vervoerder om contractueel onder zijn aansprakelijkheid uit te komen als schade ontstaat door een eigen gebrek van het voertuig, waarvoor hij op grond van artikel 17 lid 3 CMR aansprakelijk is.

4.3 Eigen gebrek in het zeevervoerrecht

Eigen gebrek wordt voor het zeerecht geregeld in artikel 4 lid 2 (en ook in lid 6, waarin een bepaling staat voor ontvlambare stoffen) van de H(V)R. In de Rotterdam Rules staat eveneens een bepaling opgenomen (artikel 17 lid 3 onderdeel g RR).

Als de vervoerder een beroep doet op het feit dat hij niet aansprakelijk is omdat de goederen een eigen gebrek bevatten, beroept hij zich feitelijk op een van de excepties uit artikel 4 (in casu lid 2 en 6) H(V)R. Veelvuldig is daarbij echter in het geding of hij zich wel heeft gehouden aan de overriding obligations, waartoe hij verplicht is op grond van artikel 3 H(V)R.⁴³⁴

De bewijslastverdeling bij de toepassing van de H(V)R is erg casuïstisch en hangt af van welke exceptie wordt ingeroepen; er is geen heersende leer op dit punt in geval van ladingschades.⁴³⁵ Wel staat vast dat indien de vervoerder zich niet heeft gehouden aan de plichten die op grond van artikel 3 H(V)R op hem rusten, hij niet onder zijn aansprakelijkheid uit kan komen tenzij hij aantoont dat een gedeelte van de schade ook zou zijn ontstaan als hij zich wel aan zijn overriding obligations zou hebben gehouden.

De Rechtbank Rotterdam overweegt in dit kader bijvoorbeeld:

‘De enkele omstandigheid dat ladingschade is ontstaan tijdens het zeevervoer brengt nog geen aansprakelijkheid van de vervoerder onder de HVR mee. Daartoe moet sprake zijn van niet of onvoldoende naleven van de verbintenissen van de vervoerder zoals bepaald in artikel 3 lid 1 en lid 2 HVR. Echter, de omstandigheid dat ladingschade is ontstaan tijdens het zeevervoer brengt in de onderhavige gevallen mee dat de gedaagden dienen te bewijzen dat zij de ladingen behoorlijk en zorgvuldig hebben behandeld als bedoeld in artikel 3 lid 2 HVR, met name wat betreft de stuwage ervan.’⁴³⁶

In onderhavige zaak werd hout vervoerd van Zweden naar de Verenigde Staten en de pakketten hout arriveerden beschadigd in de Verenigde Staten. Op de vervoerovereenkomst waren de H(V)R van toepassing. Betwist werd vervolgens tussen partijen de aansprakelijkheid van de vervoerder. Deze laatste beriep zich op de exceptie ‘insufficiency of packaging’, artikel 4 lid 2 aanhef en onderdeel n H(V)R. De vervoerder moest vervolgens aantonen dat hij de lading heeft behandeld volgens de verplichtingen die op hem rusten op grond van artikel 3 lid 2 H(V)R. In concreto

434. Zie hierover uitgebreid N.J. Margetson, *The system of liability of articles III and IV of the Hague (Visby) Rules* (diss. Amsterdam UvA), Zutphen: Paris Legal Publishers 2008.

435. Zie in gelijke zin N.J. Margetson, ‘Enige opmerkingen over de bewijslastverdeling naar Engels en Nederlands recht onder de Rotterdam Rules vergeleken met de H(V)R’, *NTHR* 2010, afl. 5 (hierna: Margetson 2010), p. 203.

436. Zie Rb. Rotterdam 9 januari 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BY8881, r.o. 2.8.

ging het daarbij om de vraag of de vervoerder inderdaad de pakketten hout in ‘boxshaped’ ruimen van wand tot wand, compact en met opvulling van gaten in en langs de stuwen heeft gestuwd, zodanig dat de pakketten hout niet konden bewegen en vastzetten daarvan niet nodig was. De ladingbelanghebbende had namelijk niet aangevoerd dat de gevolgde ‘wijze van stuwage, mits deugdelijk uitgevoerd, niet de vereiste behoorlijke en zorgvuldige behandeling van de ladingen oplevert’.⁴³⁷ Als de vervoerder dit kan bewijzen, is hij niet (of slechts gedeeltelijk) aansprakelijk voor de schade. Op de vervoerder rust derhalve de bewijslast met betrekking tot het naleven van de overriding obligations nadat hij heeft gesteld dat sprake is van een exceptie die hem zou ontslaan van aansprakelijkheid.⁴³⁸

Andere voorbeelden van de casuïstische bewijslastverdeling vindt men in de Engelse zeerechtspraktijk. Een uitspraak uit 2010 van the High Court of Justice illustreert dat onder andere.⁴³⁹ In casu ging het om transport van druiven van Chili naar Europa (Engeland, Nederland en Zweden) in koelcontainers.⁴⁴⁰ De druiven kwamen beschadigd aan; een bepaalde hoeveelheid was bedorven, een andere uitgedroogd en weer een andere verslechterde van conditie onmiddellijk nadat ze was blootgesteld aan de omgevingstemperatuur. De ladingbelanghebbenden stellen de vervoerder aansprakelijk voor de schade die volgens hen is ontstaan door te lange periodes van ‘power off’ gedurende de reis. De vervoerder stelt echter niet aansprakelijk te zijn op grond van een aantal expliciet uitgesloten oorzaken als inherent vice, gebrekkige verpakking en slechte stuwage.⁴⁴¹ Op grond van de standaardbepalingen uit het cognossement is de vervoerder ontheven van aansprakelijkheid indien hij aantoonde dat de schade is ontstaan door een aantal expliciet genoemde oorzaken behoudens tegenbewijs van ladingbelanghebbende. De ladingbelanghebbende hoeft niet de oorzaak van de schade aan te wijzen als de vervoerder zich niet met succes op een van de gronden voor uitsluiting van aansprakelijkheid kan beroepen.⁴⁴² In het kader van de bewijslast die in dezen op de vervoerder rust, overweegt Mr Justice Flaux dan:

‘(...) the burden is on the carrier to show what proportion of the damage is attributable to that cause for which it is not responsible. To the extent that it cannot do so, the carrier is liable for the entirety of the damage which has occurred (...).’⁴⁴³

437. Rb. Rotterdam 9 januari 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BY8881, r.o. 2.8.

438. Na de geciteerde zaak in eerste aanleg, is (nog) niets gepubliceerd op Rechtspraak.nl.

439. *Exportadora Valle De Colina S.A. trading as Exportadora Santa Elena, Exportadora Seedless Valley S.A., Worldwide Growers Chile S.A., Hars & Hagebauer Limited, EU Fruit Logistics B.V. vs. A.P. Moller-Maersk A/S trading as Maersk Line* (hierna: *Exportadora Santa Elena vs. Maersk*), High Court of Justice Queen’s Bench Division Commercial Court, 9 december 2010, [2010] EWHC 3224 (Comm).

440. Er was hier overigens dus sprake van gecombineerd vervoer. Eerst werden de containers in Chili immers over de weg vervoerd naar de terminal om daarna verscheept te worden naar Europa.

441. De relevante passages uit de standaard bill of lading, gehanteerd door de vervoerder, heeft Mr Justice Flaux geciteerd in *Exportadora Santa Elena vs. Maersk*, High Court of Justice Queen’s Bench Division Commercial Court, 9 december 2010, [2010] EWHC 3224 (Comm), r.o. 22.

442. Zie *Exportadora Santa Elena vs. Maersk*, High Court of Justice Queen’s Bench Division Commercial Court, 9 december 2010, [2010] EWHC 3224 (Comm), r.o. 30.

443. *Exportadora Santa Elena vs. Maersk*, High Court of Justice Queen’s Bench Division Commercial Court, 9 december 2010, [2010] EWHC 3224 (Comm), r.o. 179.

In casu was de vervoerder aansprakelijk op grond van de omstandigheid dat hij niet of althans onvoldoende bewijs leverde van het feit dat sprake was van een aansprakelijkheidsuitsluitingsgrond, zoals bepaald in de bill of lading. De lading-belanghebbende kon volstaan met aantonen dat de schade was ontstaan gedurende de periode van vervoer. Zij leverde overigens overtuigend bewijs dat de schade ontstaan was doordat de ‘power off’, die in principe was toegestaan, te lang had geduurd. Om recht op schadevergoeding te hebben was dat laatstgenoemde bewijs overigens niet eens vereist.

In de volgende illustratieve zaak die in 1994 voor de Court of Appeal kwam ging het om schade ontstaan tijdens het lossen van olie uit een tanker, ‘The Fiona’.⁴⁴⁴ In deze zaak ging de rederij in beroep tegen een beslissing van de Commercial Court. In die beslissing werd overwogen dat de rederij niet onder haar aansprakelijkheid uit kon komen voor schade en verlies ontstaan door een explosie aan boord van haar tanker. Aan de orde was de kwestie of de ‘overriding obligation’ van ‘seaworthiness’ (artikel 3 lid 1 H(V)R) eraan in de weg stond om de eigenaren van lading aansprakelijk te stellen op grond van artikel 4 lid 6 H(V)R in verband met gevaarlijke lading.

In deze zaak waren de schade en het verlies gedeeltelijk veroorzaakt door een tekortkoming in het zeewaardig maken van het schip, waartoe de reder verplicht is op grond van artikel 3 lid 1 H(V)R en de rederij had dus geen kans van slagen bij haar claim om onder haar aansprakelijkheid uit te komen. Ook in beroep is overwogen dat in dit geval de rederij niet onder haar aansprakelijkheid uit komt. Ongeacht of de brandstof kan worden beschouwd als ‘co-operating cause’ of anderszins, blijft voor de rederij de ‘overriding obligation’ bestaan die haar verplicht zorg te dragen voor de zeewaardigheid van het schip. In deze zaak brengen de feiten dus met zich mee dat geen plaats is voor de aansprakelijkheidsuitsluiting — artikel 4 H(V)R — nu sprake is van een tekortkoming in de nakoming van de plicht het schip zeewaardig te maken — artikel 3 H(V)R. Bij het inroepen van een exceptie is steeds de verhouding tussen de excepties en de overriding obligations (dus de wisselwerking tussen artikel 3 en 4 H(V)R) doorslaggevend voor de bewijslastverdeling en het cognossement kan daarbij van invloed zijn.

Dit blijkt eveneens uit een uitspraak van het Hof Amsterdam uit 1988.⁴⁴⁵ Het hof bepaalde ook daar de bewijslastverdeling aan de hand van de specifieke omstandigheden van het geval.⁴⁴⁶ De *Aegean Wave*-zaak is een goed voorbeeld waarbij schade is ontstaan die enerzijds te wijten is aan eigen gebrek van de goederen waarvoor de vervoerder niet aansprakelijk was en anderzijds het gevolg zou kunnen zijn van de omstandigheden aan boord, zoals onvoldoende ventilatie en gebrekkige koeling, waarvoor de vervoerder wel aansprakelijk was. In deze zaak werd fruit in iets te rijpe toestand gelost. De vervoerder was niet op de hoogte van de gesteldheid van het fruit bij inladen en hij behoorde daar ook niet van op de hoogte te zijn. In de vervoerovereenkomst was een ‘onbekendheidsclausule’ opgenomen. Het hof heeft

444. Mediterranean Freight Services Ltd vs. BP Oil International Ltd (*The Fiona*), Court of Appeal 7 juli 1994, [1994] C.L.C. 808.

445. Hof Amsterdam 19 mei 1988, S&S 1988/113 (*Aegean Wave*).

446. Zie hierover uitgebreid Margetson 2010, p. 205.

overwogen dat de vervoerder met een beroep op deze clause de door de afzender gestelde conditie van de lading bij het inladen ter discussie mocht stellen, tenzij hij deze reeds bij inladen kende of behoorde te kennen:

‘(...) moet in de onderhavige zaak weliswaar van de gelding van de desbetreffende onbekendheidsclausule worden uitgegaan en daarmee van het recht van de vervoerder om de kwaliteit van het fruit ten tijde der inlading ter discussie te stellen, maar daarmee is (...) nog niets beslist omtrent de verdeling der bewijslast.’⁴⁴⁷

En het hof vervolgt:

‘(...) Voorts moet aan het als vaststaand aan te nemen feit, dat de te rijpe conditie al aanwezig was bij de verscheping, (...) mede gelet op de omstandigheid (...) dat op de transportomstandigheden in prima vista niets valt aan te merken, behoudens tegenbewijs, het vermoeden worden ontleend dat de geleden schade, bestaande uit de minderwaarde van het fruit, volledig is geleden als gevolg van dit “eigen gebrek” van het fruit.’⁴⁴⁸

Margetson stelt in het artikel waarin hij bovengenoemde zaak uitgebreid bespreekt, dat een schoon cognossement niet per definitie ‘bewijst’ dat de bederfelijke goederen in goede staat zijn ingeladen.⁴⁴⁹ Hij citeert ter illustratie het Hof Den Haag dat in 1972 overwoog:

‘In een zaak als de onderhavige, waarin het gaat om verpakt goed dat in beginsel bederfelijk is en waaraan tijdens het vervoer over zee schade is opgekomen door bederf, brengt de omstandigheid dat daarvoor bij de inlading een schoon cognossement is afgegeven niet zonder meer met zich mee, dat voorshands aangenomen moet worden dat het goed bij de inlading in gezonde, vervoersgeschikte, staat verkeerde en dat bij de lossing gebleken schade is te wijten aan een oorzakelijk gebeuren tijdens het vervoer. Immers de vermelding op het cognossement dat de partij zich bevond “in apparent good order and condition” heeft in de eerste plaats slechts betrekking op de toestand zoals die bij algemeen en globaal onderzoek werd bevonden, en slaat bovendien uitsluitend op de uiterlijke toestand van hetgeen zich daarin bevond, voorzover die toestand door de “open mesh” van de zakken waarneembaar was. Bijgevolg rust op appellante de bewijslast omtrent de gezonde, vervoersgeschikte, staat van de uien bij inlading.’⁴⁵⁰

De vermelding van ‘in apparent good order and condition’ duidt er eigenlijk dus op dat de goederen op het blote oog in goede staat verkeren. Dat is ook voldoende voor de vervoerder en in dat kader ligt het ook voor de hand om bij de ladingbelanghebbende de bewijslast te leggen.

447. Hof Amsterdam 19 mei 1988, S&S 1988/113 (*Aegean Wave*), r.o. 3.

448. Hof Amsterdam 19 mei 1988, S&S 1988/113 (*Aegean Wave*), r.o. 3.

449. Margetson 2010, p. 205.

450. Hof Den Haag 18 november 1972, S&S 1973/54 (*Krymica*), r.o. 5.

Deze voorbeelden laten duidelijk de casuïstische tendens zien bij het vaststellen van het criterium voor de bewijslast wanneer men een exceptie inroept tegenover de overriding obligations uit de H(V)R.

Royer behandelde deze kwestie eveneens in zijn proefschrift.⁴⁵¹ Volgens Royer rust bij een beroep op de eigen-gebrek-bepaling de bewijslast op de vervoerder om aan te tonen, 'dat de betrokken verliezen, hoezeer zij ook normaal zijn, hun oorzaak vinden in een eigen gebrek of in de bijzondere aard der lading'.⁴⁵² Voorts gaat hij in op de vraag wat moet worden verstaan onder 'een verborgen gebrek, de bijzondere aard of een eigen gebrek' van de lading. Het antwoord daarop ligt volgens Royer voor de hand: 'Hieronder vallen alle vormen van ongeschiktheid der lading om opgewassen te zijn tegen de normale voorvallen der reis, de gebruikelijke wijze van stuwage van soortgelijke goederen daaronder begrepen'.⁴⁵³ Royer onderkent verder de causaliteitsproblematiek die komt kijken bij het vaststellen of 'in concreto de bijzondere aard, dan wel verkeerde behandeling der vervoerde goederen als oorzaak van de schade moet worden beschouwd'.⁴⁵⁴ Daarbij is van belang welke zorgvuldigheidsplicht rust op de vervoerder bij het vervoer van goederen (al dan niet afhankelijk van welke specifieke aard deze zijn). De wijze waarop de vervoerder de lading moet behandelen wordt volgens Royer bepaald door de aard van de lading.⁴⁵⁵ Vervolgens moet de vervoerder er alles aan hebben gedaan wat redelijkerwijs in zijn vermogen lag om het ontstaan van de schade te vermijden wil hij een geslaagd beroep kunnen doen op de aansprakelijkheidsontheffing. De invulling van die eis wordt mede bepaald door de (te verwachten) kennis van de vervoerder omtrent de bijzondere lading. Dit laatste is overigens dikwijls afhankelijk van de inlichtingen die de afzender hem daarover heeft verschaft. Royer stelt ten slotte 'dat de vervoerder, die zich te zijner bevrijding op de onderhavige bepaling wil beroepen, zal hebben te stellen en desnodig te bewijzen, dat het betrokken eigen gebrek of de bijzondere aard der lading een zodanig karakter bezat, dat hij de schadelijke gevolgen ervan ondanks behoorlijke en zorgvuldige behandeling zijnerzijds dier lading redelijkerwijs niet had kunnen voorkomen'.⁴⁵⁶ Voorts wijst Royer erop dat er ook situaties denkbaar zijn waar de bewijslast niet bij de vervoerder ligt maar op de ladingbelanghebbende rust:

'Indien de goederen namelijk worden afgeleverd in dezelfde uiterlijke staat, waarin zij ten vervoer werden aangeleverd, doch na aflevering blijkt, dat er niettemin een gebrek aan kleeft, rust op de ladingbelanghebbende immers de last om aan te tonen, dat dit gebrek op het tijdstip van de aanlevering ten vervoer nog niet bestond'.⁴⁵⁷

451. S. Royer, *Hoofdzaken der vervoerdersaansprakelijkheid in het zeerecht* (diss. Leiden), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1959 (hierna: Royer 1959), p. 625-631.

452. Royer 1959, p. 627.

453. Royer 1959, p. 627-628.

454. Royer 1959, p. 629.

455. Zie Royer 1959, p. 630.

456. Zie Royer 1959, p. 630.

457. Zie Royer 1959, p. 631.

Von Ziegler bespreekt evenals Royer uitvoerig de zorgplicht van de zeevervoerder in het kader van zijn aansprakelijkheid.⁴⁵⁸ Eerst komt de zorgplicht, die de zeevervoerder heeft voor de ‘seaworthiness’ en ‘fitness’ van het schip, aan bod. Volgens Von Ziegler is voldaan aan de zorgplicht van de zeevervoerder ‘wenn er alles unternommen hat, was eine vernünftige, ordentliche und brauchenkundige Person unternehmen würde, um das Schiff in seetüchtigen Zustand zu bringen’.⁴⁵⁹ De vraag of sprake is van ‘gehöriger Sorgfalt’ valt vervolgens in twee deelvragen uiteen:

- ‘ – Hat der Seefrachtführer die *Art von Massnahmen* ergriffen, die eine vernünftige und vorsichtige Person mit Branchenkenntnissen ergreifen würde?
- Hat der Seefrachtführer diese Massnahmen *auch tatsächlich* mit vernünftigem Branchenkönnen, Sorgfalt und Kompetenz *ausgeführt*?⁴⁶⁰

Voorts gaat Von Ziegler in op het vaststellen van die zorgplicht en aan de hand van welke maatstaven dat moet gebeuren. Hij concludeert dan:

‘Das kontinental-europäische Recht erkennt allgemein, dass die gehörige Sorgfalt (...) mit dem Grundsatz des “*bonus pater familias*” gleichzusetzen ist. Es ist bemerkenswert und erfreulich, dass der Sorgfaltsbegriff der Haager Regeln sowohl im angloamerikanischen wie auch im kontinental-europäischen Seefrachtrecht den *übereinstimmenden Test der objektivierten Sorgfalt eines vernünftigen, ordentlichen und branchenkundigen Seefrachtführers* erhalten hat, dessen Wurzeln bis tief in die jeweilige Rechtstradition (*bonus pater familias*; reasonable man) reichen.’⁴⁶¹

Von Ziegler is blij te bemerken dat deze continentaal-Europese maatstaven aansluiten bij de opvatting uit te gaan van de common sense die voortvloeit uit de Engelse jurisprudentie (Von Ziegler spreekt over ‘angloamerikanischen Seefrachtrecht’).⁴⁶²

Later bespreekt Von Ziegler de bewijslast in geval van eigen gebrek als ontheffingsgrond.⁴⁶³ Hij geeft daarbij aan dat het aan de vervoerder is te bewijzen dat de oorzaak van de schade gelegen is in het eigen gebrek. Vervolgens onderscheidt hij vijf bijzonderheden die uit de bewijslastverdeling volgen:

‘Unterschiedliche Bedeutung der “verborgenen Mängel” und der “dem Gute eigene Mängel” im Beweislastsystem der Haager Regeln; Erleichterte Beweisführung des Seefrachtführers hinsichtlich der verborgenen und dem Gute eigenen Mängel; “Skripturhaftung” und Unterscheidung zwischen äusserlich erkennbarem und äusserlich nicht erkennbarem Zustand;

458. Zie A. von Ziegler, *Haftungsgrundlage im internationalen Seefrachtrecht*, Zürich: Schulthess Juristische Medien AG 2002 (hierna: Von Ziegler 2002), p. 85-89 en 103.

459. Zie Von Ziegler 2002, p. 105.

460. Von Ziegler 2002, p. 106.

461. Von Ziegler 2002, p. 110.

462. Deze besprak ik al eerder; zie paragraaf 4.1.1.

463. Von Ziegler 2002, p. 303-316.

Haftungsbefreiung trotz "Skripturhaftung"?; Erläuterungen in Bezug auf Ladungstüchtigkeit und Ladungsfürsorge.⁴⁶⁴

Het voert te ver om deze vijf bijzonderheden hier uitgebreid te bespreken maar het is van belang te zien dat Von Ziegler diepgaand de bewijskracht van het cognossement aan de orde stelt. In geval van een schoon cognossement is er een prima-facie-bewijs dat de vervoerder aansprakelijk is. Tegenbewijs staat voor de vervoerder overigens open. Hij kan tegenover de derde te goeder trouw aantonen dat hij niet wist of kon weten van het eigen gebrek van de goederen op het moment dat zij in zijn macht kwamen. Feitelijk is het een lastig weerlegbaar bewijsvermoeden omdat hij dan alsnog moet bewijzen dat er sprake was van een eigen gebrek van de goederen.

Tetley benadrukt eveneens het bewijsvermoeden waarbij de aansprakelijkheid in beginsel op de vervoerder rust tenzij hij dit met succes weerlegt:

'The carrier having received the goods in good order under a clean bill of lading and having received bad order receipts on delivery is prima facie liable for the loss or damage, which is presumed to have occurred while the goods were in its custody.'⁴⁶⁵

Door de toevoeging van prima facie (op het eerste gezicht) kan men stellen dat hier sprake is van een weerlegbaar bewijsvermoeden. Tetley voegt daaraan toe dat de vervoerder succesvol kan weerleggen als hij aantoonst dat het verlies of de schade is ontstaan door een van de exceptions uit artikel 4 lid 2 onderdeel a-q H(V)R. Deze bewijskwesitie is volgens Tetley veelvuldig aan de orde geweest in uitspraken uit de Verenigde Staten, Canada, Engeland en Europa.

Tetley verwijst bijvoorbeeld naar de zaak *Caemint Food, Inc. vs. Brasileiro* waarbij goederen van Brazilië naar de Verenigde Staten werden vervoerd en sommige pakketten vochtig de plaats van bestemming bereikten.⁴⁶⁶ In casu slaagde de lading-belanghebbende er niet in te bewijzen dat de schade was ontstaan gedurende de periode waarin de goederen in de macht van de vervoerder waren. Prima-facie-bewijs dat de goederen onder een schoon cognossement in goede conditie waren ingeladen was onvoldoende omdat de goederen in pakketten waren aangeleverd en ingeladen. Daardoor was het voor de vervoerder niet mogelijk eventuele schade te constateren die was ontstaan voorafgaand aan het inladen. In een andere zaak werd bovendien nog eens bevestigd bij wie welke bewijslast lag.⁴⁶⁷ Rouleau J overweegt daar onder meer:

'(...) the plaintiff bears the burden of proving that the goods were damaged while in the carrier's possession; this is generally accomplished by proof that the goods were tendered in good condition to the carrier, and were ultimately received in a damaged condition. (...) the carrier must show

464. Zie Von Ziegler 2002, p. 432-443.

465. Zie W. Tetley, 'The burden and order of proof in marine cargo claims', 2004, www.mcgill.ca/maritimelaw/maritime-admiralty (hierna: Tetley 2004), p. 4.

466. Zie *Caemint Food, inc., vs. Lloyd Brasileiro Companhia de Navegação*, U.S. Court of Appeals, second circuit, 28 april 1981, 1981 A.M.C. 1801.

467. Zie *Francosteel Corp. vs. Fednav Ltd.*, 7 september 1990, 1991 A.M.C. 1078.

that the damage fits within an excepted clause of the Hague Rules; if he succeeds, the onus shifts to the plaintiff to adduce evidence that the damage was caused by the carrier's negligence. If, on the other hand, the carrier cannot establish that the damage is due to an excepted cause, the burden remains on him to prove that the loss was not caused by his negligence.⁴⁶⁸

In deze zaak was het eveneens onvoldoende om prima-facie-bewijs te leveren dat de goederen, die (net als in voorgaande casus) verpakt waren, vochtvrij en in goede conditie waren voorafgaand aan het inladen. Om aan te tonen dat de goederen in goede toestand ten vervoer zijn afgeleverd, moet de ladingbelanghebbende derhalve meer bewijs hebben dan het prima-facie-bewijs waarvan hij initieel gebruik kan maken. Dat geldt met name in geval van goederen die verpakt worden aangeleverd en waarvan de vervoerder geen inschatting kan maken op basis van zijn waarneming.

Deze bewijslastverdeling, waarbij de aansprakelijkheid in beginsel op de vervoerder rust tenzij hij dit met succes weerlegt, is volgens Tetley afkomstig uit 'the common law principle that he who seeks to rely upon an exception in his contract must bring himself within it'.⁴⁶⁹ Om de bewijslast voor de vervoerder te illustreren verwijst Tetley, onder meer, naar de zaak *Gosse Millerd Ltd. vs. Canadian Government Merchant Marine Ltd.*⁴⁷⁰ Viscount Sumner overweegt in onderhavige zaak dat de bewijslast bij de vervoerder ligt, vooral ook nu die zich beroept op een exceptie die hem onder zijn aansprakelijkheid zou kunnen doen uitkomen terwijl het voor de hand ligt dat hij de op hem rustende 'overriding obligations' onvoldoende heeft nageleefd. Sumner verwoordt het als volgt:

'As the cargo in question was shipped in good order and condition and was delivered damaged, in a manner which was preventible and ought not to have been allowed to occur, there was sufficient evidence of a breach by the carrier of his obligations under Art. III., r. 2, of the Act of 1924, to shift to him the onus of bringing the cause of the damage specifically within Art. IV., r. 2, so as to obtain the relief for which it provides.'⁴⁷¹

Sumner gaat vervolgens in op de specifieke casus en de mogelijke oorzaken die de schade veroorzaakt zouden (kunnen) hebben. Voorts besluit hij zijn overweging met:

'(...) unless it be held that negligence merely in discharging cargo is negligence in the management of the ship, it is incumbent on the shipowner, on whom the whole burden of proving this defence falls, to show how

468. *Francosteel Corp. vs. Fednav Ltd.*, 7 september 1990, 1991 A.M.C. 1078, 1081.

469. Tetley 2004, p. 5.

470. Deze zaak is bekend als 'Gosse Millard' of 'The Canadian Highlander', zaak *Gosse Millerd Ltd. vs. Canadian Government Merchant Marine Ltd.*, House of Lords, [1929] A.C. 223, (1928) 32 Ll. L. Rep. 91 at p. 95 (H.L.). Zie hierover tevens N.J. Margetson, *The system of liability of articles III and IV of the Hague (Visby) Rules* (diss. Amsterdam UvA), Zutphen: Paris Legal Publishers 2008, p. 80.

471. Zie *Gosse Millerd Ltd. vs. Canadian Government Merchant Marine Ltd.*, House of Lords, [1929] A.C. 223, p. 234.

much damage was done in the subsequent operations, because it is only in respect of them that he can claim protection. (...)'⁴⁷²

Sumner geeft derhalve expliciet aan dat voldoende bewijs van de vervoerder essentieel is om onder zijn aansprakelijkheid uit te komen met een beroep op een exceptie uit artikel 4 H(V)R. Hij gaat er daarbij (mijns inziens terecht) van uit dat 'negligence merely in discharging cargo' niet te verwarren is met 'negligence in the management of the ship'. Juist daarom is het van belang dat de vervoerder nauwgezet aantoont welke opeenvolgende verrichtingen welke schade hebben veroorzaakt. Alleen daarmee kan hij feitelijk aantonen welk gedeelte van de schade dus niet is ontstaan door 'negligence in the management of the ship' maar door werkzaamheden die niet vallen onder de verplichtingen die hij heeft op basis van de overriding obligations. Sumner brengt helder onder woorden dat de bewijslast bij de vervoerder, die zich beroept op een exceptie, ligt en bovendien dat dit ook het meest voor de hand ligt. Voorts pleit deze uitleg voor de mogelijkheid van proportionele verdeling van de aansprakelijkheid. Sumner gaat daar overigens niet expliciet op in anders dan door zijn bewoordingen 'to show *how much damage* [cursivering HMBB] was done in the subsequent operations' en 'to show *to what extent* [cursivering HMBB] in money'.

Tetley wijst overigens op het verschil in bewijslast onder de H(V)R enerzijds en in Marine Insurance anderzijds. In het zeevervoerrecht dient de vervoerder te bewijzen dat sprake is van een 'inherent vice' en dat deze de schade heeft veroorzaakt en kan vervolgens de ladingbelanghebbende nog het tegendeel proberen te bewijzen. Bij Marine Insurance daarentegen is een geslaagd beroep op 'inherent vice' door de verzekeraar waarbij bovendien komt vast te staan dat 'any fortuitous external accident or casualty' niet heeft plaatsgevonden, volgens Tetley voldoende om onder zijn dekkingsverplichting uit te komen.⁴⁷³ Hij waarschuwt in dit kader ervoor dat het derhalve niet verstandig is om Marine Insurance-maatstaven te hanteren bij een ladingclaim onder de H(V)R juist vanwege onder meer het verschil in bewijslast. Onder de H(V)R kan de vervoerder zich succesvol beroepen op een 'inherent vice' van de goederen maar het staat de ladingbelanghebbende vervolgens vrij om te bewijzen dat een fout van de vervoerder of zijn nalatigheid de schade of het verlies heeft vergroot.⁴⁷⁴ Tetley concludeert dan ook dat het steeds een wisselwerking is tussen enerzijds de zorg die de vervoerder moet betrachten en het beroep op een exceptie als 'inherent vice'. Hierbij hangt een en ander niet alleen af van de bewoordingen in de overeenkomst of wat impliciet is overeengekomen maar ook van wat gebruikelijk is. Het is bijvoorbeeld niet vereist te koelen indien dit niet uitdrukkelijk is overeengekomen tenzij dit een impliciet gebruik is, ventileren is daarentegen wel vereist en schade ontstaan door niet of onvoldoende ventilatie zal dan ook op het conto van de vervoerder komen.⁴⁷⁵

472. Zie *Gosse Millerd Ltd. vs. Canadian Government Merchant Marine Ltd.*, House of Lords, [1929] A.C. 223, p. 241.

473. Zie hierover uitgebreid Tetley 2008, p. 1143-1144.

474. Tetley 2008, p. 1150-1151.

475. Zie in gelijke zin Tetley 2008, p. 1158-1159.

Ook Ponet stelt de bewijslastverdeling om de aansprakelijkheid binnen het internationale zeevervoer vast te stellen, uitvoerig aan de orde.⁴⁷⁶ Hij bespreekt in dat kader eerst het bewijs van behoorlijke zorg, die de vervoerder moet betrachten ten aanzien van de lading. Daarna bespreekt hij het bewijs van reisverlies dat van geval tot geval moet worden beoordeeld.⁴⁷⁷ Voorts gaat hij achtereenvolgens in op de bewijslast bij reisverlies tijdens vervoer van koffie; hout; graangewassen; rollen papier; melkpoeder; olie; gescheurde zakken; thee in kisten; grondnotenolie in vaten en maïs in bulk. Ditzelfde doet hij in geval van verhitting van achtereenvolgens cheddardaas, vismeel in zakken, maïs, maniok, tapioca, rijstkiemkoekmeel, Kash fish – meststoffen, gezouten huiden en boekweit. Vervolgens bespreekt hij nog apart verlies in geval van vervoer van huiden, wanneer gisting is opgetreden en bij een lange reisduur. Daarna gaat hij in op roestvorming bij blikken en staal en schade aan onverpakte auto's en machines enzovoort. Ponet bespreekt gedetailleerd elke mogelijke schadeoorzaak die kan leiden tot een (succesvol) beroep op een ontheffingsgrond door de vervoerder mits deze laatste erin slaagt te bewijzen dat hij heeft voldaan aan de zorgplicht. Het voert te ver om per mogelijke schadeoorzaak en per type te vervoeren goederen in te gaan op de bijzondere eisen die aan het bewijs worden gesteld. Duidelijk wordt wel dat op de vervoerder een grote bewijslast rust om aan te tonen dat hij voldoende zorg heeft gedragen voor de *specifieke* lading. Zo schrijft Ponet, bijvoorbeeld, over condensatieschade:

‘Onder eigen gebrek/aard van de koopwaar wordt doorgaans begrepen het gebrek of de eigen aard van een goed, dat niet in staat is de reis zonder schade te verdragen. (...) De omstandigheid dat maniokchips uit hun aard onderhevig zijn aan zweeten, ontslaat de zeevervoerder niet noodzakelijk van aansprakelijkheid wegens zweet- of verschroeiingsschade. Dit kenmerk van de goederen is bekend en kan doelmatig worden bestreden door aangepaste stuwning en ventilatie. De zeevervoerder is met zulk element bekend en heeft, door het vervoer te aanvaarden, laten verstaan dat zijn schip voor zulk vervoer geschikt was. (...) Het kan niet als voldoende redelijke zorg voor de lading worden beschouwd wanneer de vervoerder een niet-verdubbelde mattengarnering bij ventilatiekokers en luikhoofden aanbrengt, welke niet voldoende condensatiewater ingevolge ruimzweet opslorpt, daar waar de normale juiste bekleding zulks wel doet. De zeevervoerder beroept zich onder zulke omstandigheden ten onrechte op het eigen gebrek van de lading.’⁴⁷⁸

De uitleg van Ponet en de uitvoerige beschrijving bevestigen het feit dat de rechtspraak omtrent de ontheffingsgronden uit de H(V)R casuïstisch is. Verder maakt het mijns inziens duidelijk dat per geval moet worden vastgesteld wat het causaal verband is tussen de ontheffingsgrond en de schade waarbij voor de zorgplicht van de vervoerder ten aanzien van de lading een belangrijke rol is weggelegd. Overigens is het een vertrouwenwekkende gedachte dat een beroep op een ontheffingsgrond zeker niet onmogelijk blijkt. De vervoerder moet weliswaar qua bewijs sterk in

476. F. Ponet, *De overeenkomst van internationaal zeevervoer onder cognossement*, Antwerpen: Kluwer 1991 (hierna: Ponet 1991).

477. Ponet 1991, p. 357.

478. Ponet 1991, p. 376-377.

zijn schoenen staan. Indien hij er echter in slaagt zijn zorgplicht ten aanzien van de lading te bewijzen en vervolgens overtuigend kan bewijzen dat hij niet op de hoogte was of kon zijn van het eigen gebrek van de goederen (waarbij de eis aan het bewijs per product verschilt), lijkt een beroep op de ontheffingsgrond grote kans van slagen te hebben.

Loyens bespreekt de bewijslast onder het regime van zowel de H(V)R als de Belgische Zeewet. Loyens wijst er eerst op dat de zeevervoerder in het cognossement een voorbehoud moet maken voor die goederen die bij inontvangstneming al zichtbaar gebreken vertonen.⁴⁷⁹ Als de goederen bij aankomst zijn beschadigd 'door een verborgen gebrek zonder dat deze goederen uit hun aard voorbestemd zijn om na verloop van tijd een dergelijk gebrek te vertonen (bv. schimmelvorming), draagt de vervoerder de bewijslast dat dit gebrek verborgen was en bestond, minstens in de kiem (niet waarneembaar vocht binnen in de verpakking), voor de aanneming ten vervoer'.⁴⁸⁰

Artikel 17 lid 3 Rotterdam Rules bepaalt dat de vervoerder ontheven is van aansprakelijkheid indien het verlies, de schade of de vertraging is ontstaan door een limitatief opgesomd aantal oorzaken.⁴⁸¹ Voor onderhavig onderzoek zijn derhalve de exoneraties onder f, g, j en k van belang. Deze sluiten immers de aansprakelijkheid van de vervoerder uit wanneer sprake is van fire on the ship (f); latent defects not discoverable by due diligence (g); inherent defect, quality of vice of the goods (j) of insufficiency or defective condition of packing or marking not performed by or on behalf of the carrier (k). Uitspraken waarbij een beroep op artikel 17 lid 3 RR werd gedaan, zijn (nog) niet te raadplegen. Wellicht heeft men in de praktijk er ook nog geen beroep op gedaan omdat al bij voorbaat de bewijsvoering kansloos was voor de vervoerder. Deze bepalingen maken het overigens mogelijk om de aansprakelijkheid tussen de vervoerder en de ladingbelanghebbende mogelijk te maken.⁴⁸²

Artikel 17 lid 2 RR geeft immers aan wanneer de vervoerder geheel of gedeeltelijk is bevrijd van aansprakelijkheid en in lid 3 staan de ontheffingsgronden specifiek

479. Loyens 2011, p. 131.

480. Loyens 2011, p. 131.

481. Artikel 17 lid 3 luidt: "The carrier is also relieved of all or part of its liability pursuant to paragraph 1 of this article if, alternatively to proving the absence of fault as provided in paragraph 2 of this article, it proves that one or more of the following events or circumstances caused or contributed to the loss, damage, or delay: (a) Act of God; (b) Perils, dangers, and accidents of the sea or other navigable waters; (c) War, hostilities, armed conflict, piracy, terrorism, riots, and civil commotions; (d) Quarantine restrictions; interference by or impediments created by governments, public authorities, rulers, or people including detention, arrest, or seizure not attributable to the carrier or any person referred to in article 18; (e) Strikes, lockouts, stoppages, or restraints of labour; (f) Fire on the ship; (g) Latent defects not discoverable by due diligence; (h) Act or omission of the shipper, the documentary shipper, the controlling party, or any other person for whose acts the shipper or the documentary shipper is liable pursuant to article 33 or 34; (i) Loading, handling, stowing, or unloading of the goods performed pursuant to an agreement in accordance with article 13, paragraph 2, unless the carrier or a performing party performs such activity on behalf of the shipper, the documentary shipper or the consignee; (j) Wastage in bulk or weight or any other loss or damage arising from inherent defect, quality, or vice of the goods; (k) Insufficiency or defective condition of packing or marking not performed by or on behalf of the carrier; (l) Saving or attempting to save life at sea; (m) Reasonable measures to save or attempt to save property at sea; (n) Reasonable measures to avoid or attempt to avoid damage to the environment; or (o) Acts of the carrier in pursuance of the powers conferred by articles 15 and 16."

482. Zie in gelijke zin Loyens 2011, p. 114.

opgesomd. Indien de vervoerder aantoont dat schade, verlies of vertraging daardoor is ontstaan, is hij ook geheel of gedeeltelijk ontheven van aansprakelijkheid. Daartegenover staat echter lid 4 dat bepaalt dat de vervoerder geheel of gedeeltelijk aansprakelijk is als de ladingbelanghebbende kan aantonen dat de schade, het verlies of de vertraging te wijten is aan een fout van de zeevervoerder.⁴⁸³ Tetley laat zich overigens bijzonder kritisch uit over de Rotterdam Rules:

'The Rotterdam Rules are a valiant effort, but are exceedingly complicated, verbose and repetitive and are therefore difficult to understand by shippers, carriers, charterers, consignees, on-carriers etc. and to put into effect. The Rotterdam Rules also disregard a century and a half of international carriage of goods law drafting style, vocabulary, jurisprudence and internationally accepted definitions. The Rotterdam Rules were proposed by the United States of America, which has only the Hague Rules of 1924 in force (being US COGSA 1936), the United States not having adopted the Visby Rules, the Hamburg rules or the Multimodal Convention. The Rotterdam Rules thus only benefit the United States and even then are so out of step with modern practices already adopted internationally as set out above that they would not benefit even American shippers, carriers, freightforwarders, charterers and on-carriers.'⁴⁸⁴

Het voert te ver om in dit artikel verder in te gaan op de kritische opmerkingen van Tetley over de Rotterdam Rules maar het is zeer goed voorstelbaar dat de diepgewortelde H(V)R-traditie in het zeerecht nog steeds zegeviert. Dit zou tevens een verklaring kunnen zijn waarom er tot op heden nauwelijks rechtspraak voorhanden is waar de Rotterdam Rules in het geding zijn.

De H(V)R worden in beginsel beschouwd als dwingend recht 'in die zin dat er niet ten nadele van de lading van mag worden afgeweken met als uitzondering het bijzondere transport en het vervoer van levende dieren'.⁴⁸⁵ Volgens mij kan het systeem dan dus feitelijk worden gezien als van semidwingend recht. De vervoerder mag op grond van artikel 5 H(V)R immers contractueel afwijken van de bepalingen in het verdrag om zijn rechten en ontheffingen geheel of gedeeltelijk op te geven of zijn aansprakelijkheden en verplichtingen te vermeerderen maar dit moet in het cognossement worden opgenomen.⁴⁸⁶ Bovendien mogen deze afwijkingen geen strijd met de openbare orde opleveren en zij kunnen hem niet ontslaan van de zorgverplichtingen die hij heeft jegens ondergeschikten, de behandeling van de goederen en de zeewaardigheid van het schip.⁴⁸⁷ Concreet mag de vervoerder dus

483. Zie eveneens Loyens 2011, p. 76.

484. Zie www.mcgill.ca/maritimelaw/mcc4th.

485. Zie in gelijke zin G.J. van der Ziel, 'Het UNCITRAL-ontwerp voor een nieuw zeevervoersverdrag', *TVR* 2004, afl. 2, p. 45.

486. Zie artikel 5 H(V)R. Dit luidt immers: 'A carrier shall be at liberty to surrender in whole or in part all or any of his rights and immunities or to increase any of his responsibilities and obligations under this Convention, provided such surrender or increase shall be embodied in the bill of lading issued to the shipper. (...).'

487. In artikel 6 H(V)R staat per slot van rekening: 'Notwithstanding the provisions of the preceding articles, a carrier, master or agent of the carrier and a shipper shall in regard to any particular goods be at liberty to enter into any agreement in any terms as to the responsibility and liability of the carrier for such goods, and as to the rights and immunities of the carrier in respect of such

afwijken van de regeling alleen dan als het ten gunste van de ladingbelanghebbende is.

Op grond van artikel 79 lid 1 RR⁴⁸⁸ is elk beding nietig dat afwijkt van de dwingend-rechtelijke werking van de verdragsbepalingen. Tenzij in het verdrag anders is bepaald, zijn bepalingen die direct of indirect de verplichtingen of de aansprakelijkheid van de vervoerder uitsluiten of beperken, nietig. Het is de vervoerder derhalve wel toegestaan zijn aansprakelijkheid te vergroten of te vermeerderen. Dit is, op grond van artikel 79 lid 2 RR overigens niet toegestaan aan de partijen, genoemd in dit artikel (zoals de shipper, de controlling party en de houder van het transportdocument).⁴⁸⁹

De zeevervoerder kan dus niet makkelijk onder zijn aansprakelijkheid uit komen tenzij hij zich met succes beroept op een van de ontheffingsgronden. Anderzijds is het wel mogelijk om contractueel vast te leggen dat de vervoerder aansprakelijk is ook in situaties waarvoor hij in beginsel op grond van de bepalingen van de RR ontheven van aansprakelijkheid was. Dit kan aantrekkelijk zijn voor de ladingbelanghebbende en zal regelmatig leiden tot onderhandelingen (waarbij natuurlijk ook de zeevervoerzekerings een belangrijke rol zal spelen).

4.4 Eigen gebrek in het luchtvervoerrecht

Uitsluiting van aansprakelijkheid indien de schade of het verlies van de goederen te wijten is aan eigen gebrek wordt voor vervoer van goederen door de lucht geregeld in artikel 18 lid 2 Verdrag van Montreal (hierna: VvM).⁴⁹⁰ Deze bepaling lijkt sterk op haar equivalent in het Verdrag van Warschau.⁴⁹¹ In die bepaling stond echter dat de vervoerder zich alleen dan op deze ontheffingsgrond kon beroepen indien de schade 'solely' was veroorzaakt door een eigen gebrek.⁴⁹² Bewust heeft men er in het VvM voor gekozen het woord 'solely' niet meer te laten terugkeren in de tekst van de bepaling zodat het mogelijk is om in voorkomende gevallen de aan-

goods, or his obligation as to seaworthiness, so far as this stipulation is not contrary to public policy, or the care or diligence of his servants or agents in regard to the loading, handling, stowage, carriage, custody, care and discharge of the goods carried by sea, provided that in this case no bill of lading has been or shall be issued and that the terms agreed shall be embodied in a receipt which shall be a non-negotiable document and shall be marked as such. An agreement so entered into shall have full legal effect.'

488. Dit artikel luidt: '1. Unless otherwise provided in this Convention, any term in a contract of carriage is void to the extent that it: (a) Directly or indirectly excludes or limits the obligations of the carrier or a maritime performing party under this Convention; (b) Directly or indirectly excludes or limits the liability of the carrier or a maritime performing party for breach of an obligation under this Convention; or (c) Assigns a benefit of insurance of the goods in favour of the carrier or a person referred to in article 18.'

489. Zie hierover eveneens H. Boonk, 'De Rotterdam Rules en de betekenis daarvan voor het huidige recht', *NTHR* 2010, afl. 3, p. 87.

490. Artikel 18 lid 2 VvM luidt: 'However, the carrier is not liable if and to the extent it proves that the destruction, or loss of, or damage to, the cargo resulted from one or more of the following: a) inherent defect, quality or vice of that cargo; b) defective packing of that cargo performed by a person other than the carrier or its servants or agents; (...).'

491. Dit verdrag uit 1929 regelde lange tijd het luchtvervoer.

492. Zie hierover uitgebreid I. Koning, *Aansprakelijkheid in het luchtvervoer. Goederenvervoer onder de verdragen van Warschau en Montreal* (diss. Rotterdam), Zutphen: Uitgeverij Paris 2007 (hierna: Koning 2007), p. 200.

sprakelijkheid proportioneel te verdelen. Niet langer dient de schade uitsluitend en alleen veroorzaakt te zijn door een eigen gebrek voor een succesvol beroep op deze ontheffingsgrond door de vervoerder.

In het VvM gaat men uit van objectieve risicoaansprakelijkheid, waar in het Verdrag van Warschau nog geen sprake van was.⁴⁹³ Zonder dat een fout moet worden bewezen is de luchtvervoerder aansprakelijk met uitzondering van die gevallen die specifiek en limitatief staan opgesomd in het verdrag. Voor schade ontstaan in alle andere gevallen is de vervoerder aansprakelijk louter en alleen omdat de schade is ontstaan tijdens het luchtvervoer.⁴⁹⁴

Voor de interpretatie van de bepaling kan enerzijds aansluiting worden gezocht bij de uitleg van de exceptie in het zeerecht en anderzijds bij de uitleg van artikel 17 CMR, die ontheffing van vervoerdersaansprakelijkheid in het wegvervoerrecht regelt.⁴⁹⁵ Een voorbeeld in dezen is een zaak uit 1987.⁴⁹⁶ In onderhavige zaak was luchtvervoer van kalveren van Canada naar India overeengekomen. Een aantal kalveren was dood bij aankomst in India en enkele kalveren stierven in de periode direct na aankomst. Vervolgens twistten partijen of sprake was van 'inherent defect, quality or vice of the cargo carried'. Voorts citeert Austin J enige definities en overweegt:

'In the light of the definitions noted above, it seems to me that the phrase "inherent defect" might apply in the case of a machine which fell apart during the flight because it was so constructed as to be unable to stand the normal incidents of flight. The same phrase would not apply in the case of flowers which froze during carriage because the aircraft was not heated and there was no reason for the shipper to believe it would be heated. In that event, the carrier might turn to the word "quality" and rely on it'.⁴⁹⁷

Vervolgens overweegt Austin J dat hier een *leading case* uit het Engelse zeerecht goed van pas komt.⁴⁹⁸

'(...) the shipment of wet salted fish from Glasgow to Genoa. They arrived in a deteriorated state. (...) "It follows that whether there is an inherent defect or vice must depend upon the kind of transit required by the contract. If this contract had required refrigeration, there would have been no inherent vice. But as it did not, there was inherent vice because the

493. Zie in gelijke zin Loyens 2011, p. 73-74.

494. Zie ook Loyens 2011, p. 76-77.

495. Zie Koning 2007, p. 183 en 200 en M.A. Clarke & D. Yates, *Contracts of carriage by land and air*, London: Informa 2008 (hierna: Clarke & Yates 2008), p. 389.

496. Canada (Attorney General) vs. Flying Tiger Line Inc., 14 oktober 1987, 61 O.R. (2d) 673 (hierna: *Flying Tiger Line*).

497. *Flying Tiger Line*, nr. 14.

498. *Albacora vs. Wescott and Laurance* [1966] 2 Lloyd's Rep. 53. Deze zaak wordt door Clarke & Yates als *leading case* aangeduid. Zie Clarke & Yates 2008, p. 389.

goods could not stand the treatment which the contract authorized or required". This was a contract for carriage by sea rather than by air.⁴⁹⁹

Het blijkt dus gebruikelijk of tenminste bruikbaar om een zeerechtscasus te hanteren bij de uitleg van een bepaling in het luchtvaartrecht.

Zoals blijkt uit de tekst van artikel 18 lid 2 VvM kan de luchtvervoerder behalve op grond van eigen gebrek van de goederen eveneens op grond van de gebrekkige verpakking van de goederen worden ontheven van zijn aansprakelijkheid. Dit laatste blijkt uit artikel 18 lid 2 onderdeel b VvM. Op grond van deze bepaling is de vervoerder niet aansprakelijk voor de schade indien en voor zover deze is veroorzaakt door de gebrekkige verpakking. De afzender is onder het VvM in beginsel verplicht de goederen deugdelijk te verpakken.⁵⁰⁰ Reuschle merkt op dat deze uitsluiting van aansprakelijkheid vooropstelt dat de vervoerder of zijn hulppersonen de verpakking van de goederen niet op zich hebben genomen. Het VvM regelt niet op wie de verpakkingsplicht rust. In de situatie waarbij de vervoerder de verpakkingsplicht contractueel op zich neemt, is het voor de vervoerder vanzelfsprekend niet meer mogelijk om onder zijn aansprakelijkheid uit te komen met een beroep op de gebrekkige verpakking van de goederen.⁵⁰¹ De verdragstekst vermeldt overigens evenmin aan welke eisen de verpakking moet voldoen noch vindt men dergelijke vereisten terug in de wetshistorie.⁵⁰² Het ligt daarom voor de hand om ook hier aansluiting te zoeken bij een andere internationale regeling, een internationaal verdrag voor vervoer, om invulling te geven aan het vereiste van een deugdelijke verpakking. In de literatuur twist men er nog over welke regeling dat zou moeten zijn.

Clarke en Yates gaan ervan uit dat vanwege de onduidelijkheid in zowel de verdragstekst als de verdragshistorie men aansluiting moet zoeken bij het nationale recht en bij de uitleg van analoge bepalingen in andere vervoerrechtelijke verdragen zoals bijvoorbeeld de H(V)R.⁵⁰³

Deze mening ventileert Clarke trouwens eveneens ten aanzien van de interpretatie van de *inherent-vice*-bepaling in de CMR.⁵⁰⁴ De suggestie om bij onduidelijkheid in een verdragstekst aan te sluiten bij nationaal recht komt dus niet helemaal uit de lucht vallen. Toch is (het bepalen van) de definitie volgens mij niet de enige doorslaggevende factor bij de interpretatie van een bepaling maar kan vaststaande jurisprudentie, de zogenaamde *leading cases*, eveneens uitkomst bieden. Daarbij aansluiten zal trouwens minstens net zo goed de rechtszekerheid bevorderen. Clarke en Yates geven aan dat de vaststelling op basis van nationale wetgeving wordt aangevuld met de interpretatie, ontwikkeld in de rechtspraak op andere vervoerrechtelijke gebieden. Zij zijn van mening dat dit bijdraagt aan de uniformiteit van

499. *Flying Tiger Line*, nr. 15.

500. Zie hierover eveneens F. Reuschle, *Montrealer Übereinkommen, Kommentar*, Berlin: De Gruyter Recht 2005 (hierna: Reuschle 2005), p. 220-221, nr. 67-70.

501. Zie in gelijke zin Reuschle 2005, p. 221, nr. 69.

502. Zie hierover ook Koning 2007, p. 201.

503. Zie in gelijke zin Clarke & Yates 2008, p. 389.

504. Dit was reeds aan de orde in paragraaf 4.2. Ik verwees daar naar Clarke 2014, 236 h.

interpretatie.⁵⁰⁵ De aanpak van Clarke en Yates om aan te knopen bij de nationale wetgeving, levert mijns inziens te weinig uniformiteit van de uitleg op.⁵⁰⁶ Nationale uitleg van begrippen is vanzelfsprekend onvermijdelijk bij afwezigheid van een internationaal rechtsprekend orgaan dat zich toelegt op geschillen waarbij een specifiek verdrag van toepassing is. De kans op uniformiteit is echter wel groter wanneer de regeling die men hanteert bij de interpretatie van een bepaling, gelijk is voor de verschillende landen; wanneer men aansluiting zoekt bij de interpretatie van een bepaling uit een verdrag en dus niet bij die van een bepaling uit de nationale wetgeving. Met het oog op de uniformiteit verdient dat zeker de voorkeur boven het hanteren van de interpretatie afkomstig uit nationale wetgeving. De CMR is evenwel niet in alle landen van toepassing maar enkel in Europa en enige Euraziatische landen.

Koning is eveneens van mening dat men moet aansluiten bij de interpretatie van een ander vervoerrechtelijk verdrag. Haar voorkeur gaat daarbij uit naar die van het Brussels Cognossemmentsverdrag. Zij merkt, mijns inziens terecht, op dat de CMR slechts beperkte reikwijdte heeft omdat dit verdrag voornamelijk van toepassing is op Europees wegvervoer terwijl het zeerechtelijk verdrag een veel grotere reikwijdte heeft, die in elk geval tot ver buiten Europa loopt en, zoals Koning het omschrijft, mondiale werking heeft.⁵⁰⁷

Het is raadzaam om, zoals Koning voorstelt, voor de interpretatie van een deugdelijke verpakking te rade te gaan bij de uitleg van de H(V)R totdat er aan de hand van de rechtspraak voldoende duidelijkheid bestaat over de uitleg van de bepaling.

Op grond van artikel 49 is het VvM van dwingend recht en zijn afwijkende bedingen in de vervoerovereenkomst of in andere bijzondere overeenkomsten nietig.⁵⁰⁸ Dit houdt in dat op grond van het VvM de uitsluiting van de aansprakelijkheid van de vervoerder niet kan worden omzeild. Het is niet mogelijk voor de vervoerder om op andere wijze alsnog de aansprakelijkheid 'op zich te nemen' terwijl hij op grond van het verdrag is uitgesloten van aansprakelijkheid.

4.5 Eigen gebrek in het recht van het vervoer per spoor

Artikel 23 lid 2 CIM bevat een bepaling die eigen gebrek voor het vervoer per spoor regelt:

‘Le transporteur est déchargé de cette responsabilité dans la mesure où la perte, l’avarie ou le dépassement du délai de livraison a eu pour cause

505. Zie Clarke & Yates 2008, p. 389.

506. Koning is overigens dezelfde mening toegedaan, zie Koning 2007, p. 201.

507. Zie Koning 2007, p. 201.

508. Artikel 49 Verdrag van Montreal luidt namelijk: ‘Any clause contained in the contract of carriage and all special agreements entered into before the damage occurred by which the parties purport to infringe the rules laid down by this Convention, whether by deciding the law to be applied, or by altering the rules as to jurisdiction, shall be null and void.’

(...) un vice propre de la marchandise (détérioration intérieure, déchet de route, etc.) (...).⁵⁰⁹

De vervoerder is dus ontheven van aansprakelijkheid wanneer het verlies, de schade of het overschrijden van de tijdslimiet van het vervoer te wijten is aan een eigen gebrek van het goed. Wat hieronder moet worden verstaan wordt, niet gelimiteerd, opgesomd tussen haakjes. Bij de opzet van de CIM is daarnaast, in tegenstelling tot die van de CMR duidelijk gekozen voor een meer uitgebreide omschrijving van verschillende, specifieke ontheffingsgronden in tegenstelling tot het slechts beperkt noemen van het overkoepelend begrip 'inherent vice' als grond voor ontheffing van aansprakelijkheid. In artikel 23 lid 3 CIM staat een aantal specifieke ontheffingsgronden. In beginsel veronderstelt men dat de vervoerder aansprakelijk is voor verlies van of schade aan de goederen of wanneer het vervoer langer duurt dan overeengekomen. Vervolgens kan de vervoerder proberen om onder deze veronderstelde aansprakelijkheid uit te komen door zich te beroepen op een van de verweren gegeven in artikel 23 CIM.⁵¹⁰ Een van de verweren, genoemd in lid 2 van het artikel is 'an inherent defect in the goods (decay, wastage etc.)' en daarbij gaat men ervan uit dat met 'inherent defect' hetzelfde wordt bedoeld als met 'inherent vice'. De bewijslast rust op de vervoerder. Dit is expliciet bepaald in artikel 25 lid 1 CIM. Bij een beroep op artikel 23 lid 3 CIM heeft de vervoerder het bewijsvoordeel en is het aan de verweerder om te bewijzen dat geen sprake is (geweest) van een van de risico's die staan opgesomd in artikel 23 lid 3 CIM. De rechtsgrond hiervoor staat in artikel 25 lid 2 CIM. Lid 2 en 3 van artikel 23 onderscheiden zich derhalve van elkaar door de bewijslast. Sowiezo heeft de vervoerder een zekere zorgplicht en bij een beroep op artikel 23 lid 2 CIM, gaat het feitelijk om 'circumstances which the carrier could not avoid and the consequences of which he was unable to prevent'.⁵¹¹ Als daarvan sprake is en de vervoerder heeft voldaan aan zijn zorgplicht dan leidt dit, bij een terecht beroep op artikel 23 lid 2 CIM mogelijksterwijs naar de aansprakelijkheid van de spoorweg.

Artikel 23 lid 3 onderdeel b en d CIM is voor onderhavig punt met name van belang omdat daar de vervoerder wordt uitgesloten van aansprakelijkheid wanneer de schade is ontstaan door gebrekkige verpakking (b) of door de aard van de vervoerde zaak (d). De bewijslast rust hier dus op de verweerder omdat de vervoerder slechts feitelijk hoeft te (doen) constateren en het aan de ladingbelanghebbende is om aan te tonen dat een van deze risico's niet de schade heeft veroorzaakt.⁵¹² Het is de ladingbelanghebbende op wie de plicht rust de te vervoeren goederen adequaat

509. Zie artikel 23 lid 2 Règles uniformes concernant le Contrat de transport international ferroviaire des marchandises (CIM), Appendice B à la Convention relative aux transports internationaux ferroviaires (COTIF) du 9 juin 1999, Valable dès le 1er juillet 2006, Etat 1er décembre 2010, Edition CIT (Comité international des transports ferroviaires). Het verdrag is opgesteld in drie authentieke talen, beginnend met Frans. In het Engels wordt 'vice propre un vice propre de la marchandise (détérioration intérieure, déchet de route, etc.)' vertaald met 'inherent defect in the goods (decay, wastage etc.)' en in het Duits met 'besondere Mängel des Gutes (inneren Verderb, Schwund usw.)'.

510. Zie in gelijke zin Clarke & Yates 2008, p. 258.

511. Zie Clarke & Yates 2008, p. 258.

512. Deze bewijslast staat in artikel 25 lid 2 CIM: 'Lorsque le transporteur établit que la perte ou l'avarie a pu résulter, étant donné les circonstances de fait, d'un ou de plusieurs des risques particuliers prévus à l'article 23, § 3, il y a présomption qu'elle en résulte. L'ayant droit conserve toutefois le droit de prouver que le dommage n'a pas eu pour cause, totalement ou partiellement, l'un de ces risques.'

verpakt aan te leveren aan de vervoerder. De schade is vaak mede veroorzaakt door een van de gevallen opgesomd in artikel 23 lid 3 CIM. De ladingbelanghebbende zal in die gevallen steeds moeten aantonen dat de oorzaak van de schade eveneens aan de vervoerder te wijten is. In zulke gevallen wordt dan de aansprakelijkheid proportioneel verdeeld.

Er is echter geen recente rechtspraak voorhanden, hetgeen erop zou kunnen duiden dat spoorvervoerders nauwelijks een beroep doen op deze ontheffingsgrond. Een mogelijke verklaring daarvoor is dat het voor de vervoerder praktisch niet haalbaar is om met succes aan te tonen dat de schade aan de goederen is veroorzaakt door een eigen gebrek.

Overigens kan slechts een beperkt aantal personen op grond van artikel 23 CIM de vervoerder succesvol aansprakelijk stellen dan wel verweer voeren, te weten de afzender en de geadresseerde.⁵¹³

Belangrijk is het in dit kader ook om kort nog stil te staan bij de periode waarin de vervoerder mogelijk aansprakelijk is voor schade aan, vertraging of verlies van de goederen. In artikel 23 lid 1 CIM staat deze periode aangeduid als 'à partir de la prise en charge de la marchandise jusqu'à la livraison'. Dit suggereert een handeling van de vervoerder die bewaking of althans toezicht en controle inhoudt.⁵¹⁴

De bewoordingen van de CIM lijken hiermee die van de CMR te volgen. In artikel 17 lid 1 CMR is de aansprakelijkheidsperiode immers als volgt omschreven: 'entre le moment de la prise en charge de la marchandise et celui de la livraison'.

Deze uniforme regeling is van semidwingend recht in zoverre dat de vervoerder af mag wijken van de bepalingen in het verdrag indien het zijn aansprakelijkheid vergroot of vermeerdert. Bedingen die anderszins afwijken van de bepalingen in dit verdrag zijn nietig.⁵¹⁵

4.6 Eigen gebrek van de container

4.6.1 Inleiding

In paragraaf 4.1 staat reeds een aantal kwesties genoemd die zich voordoen bij het vraagstuk van eigen gebrek van de container. Zo speelt bijvoorbeeld, zoals aangegeven, onmiddellijk de vraag of een container een onderdeel van de verzekerde zaak is. Beschouwt men de container als verpakking van de zaak en is de verpakking een onderdeel van de zaak? Als men een container inderdaad ziet als verpakking en daarmee als onderdeel van de zaak, levert een ondeugdelijke container dan een eigen gebrek op? Hoe zit het bovendien in dat geval met het vervoer van goederen in een container die niet adequaat uitgerust blijkt te zijn voor de te vervoeren

513. Dit volgt uit artikel 44 CIM: 'Personnes qui peuvent actionner le transporteur § 1 Sous réserve des §§ 3 et 4, les actions judiciaires fondées sur le contrat de transport appartiennent: a) à l'expéditeur jusqu'au moment où le destinataire a (...) b) au destinataire à partir du moment où il a (...).'

514. Zie hierover eveneens Clarke & Yates 2008, p. 258 en Koller 2013, p. 1404.

515. Dit blijkt uit artikel 5 CIM: 'Sauf clause contraire dans les présentes Règles uniformes, est nulle et de nul effet toute stipulation qui, directement ou indirectement, dérogerait à ces Règles uniformes. La nullité de telles stipulations n'entraîne pas la nullité des autres dispositions du contrat de transport. Nonobstant cela, un transporteur peut assumer une responsabilité et des obligations plus lourdes que celles qui sont prévues par les présentes Règles uniformes.'

goederen omdat hij een eigen gebrek heeft zoals bijvoorbeeld een lek of een defecte koelinstallatie?

4.6.2 Verplichtingen voortvloeiend uit de H(V)R

Margetson gaat uitgebreid in op deze kwestie.⁵¹⁶ In zijn artikel beantwoordt hij de vraag of de vervoerder aansprakelijk is onder de H(V)R voor ladingschade veroorzaakt door de ongeschiktheid van zijn container. Het blijkt dat men daar verschillend mee omgaat onder de verscheidene rechtssystemen. Margetson besteedt ter illustratie aandacht aan de zaak *NDS Provider*.⁵¹⁷

De Hoge Raad overwoog in die zaak:

‘Ingevolge art. 3 lid 1 HVR dient de zeevervoerder voor en bij de aanvang van de reis redelijke zorg aan te wenden voor: het zeewaardig maken van het schip (onder a), het behoorlijk bemannen, uitrusten en bevoorraden van het schip (onder b) en het geschikt maken en in goede staat brengen van de ruimen, koel- en vrieskamers en alle andere delen van het schip waarin zaken worden geladen om deze daarin te bergen, te vervoeren en goed te houden (onder c). De tekst van art. 3 lid 1, aanhef en onder c, HVR geeft geen eenduidig antwoord op de vraag of de in een geval als het onderhavige door de vervoerder aan de afzender voor het vervoer van de lading ter beschikking gestelde containers moeten worden aangemerkt als deel van het schip waarin lading wordt vervoerd dan wel met dergelijke laadruimte op een lijn moeten worden gesteld. Ook de door het Comité Maritime International (CMI) in 1997 gepubliceerde en openbaar toegankelijke wordingsgeschiedenis (*The travaux préparatoires (...)*) verschaft op dit punt geen duidelijkheid. Zoals blijkt uit de in de aanvullende conclusie van de Advocaat-Generaal (...) ontbreekt in de kring van bij de CMI aangesloten staten een heersende opvatting omtrent de juiste uitleg van deze bepaling. Onder dergelijke omstandigheden komt bij de uitleg van een bepaling van eenvormig privaatrecht als art. 3 lid 1, aanhef en onder c, HVR beslissende betekenis toe aan het doel en de strekking van die bepaling (...).’⁵¹⁸

En voorts overwoog de Hoge Raad:

‘De strekking van de zorgplicht van de vervoerder uit art. 3 lid 1, aanhef en onder a-c, HVR is dat het schip de lading moet beschermen tegen de gevaren van de zee, zodat het geschikt is om de lading te vervoeren, ook wel aangeduid als de “cargoworthiness” of ladinggeschiktheid van het schip (zie de aanvullende conclusie van de Advocaat-Generaal onder 6). Zulks brengt mee, dat de vervoerder ook ervoor dient te zorgen dat door hem speciaal voor het vervoer aan boord van het schip ter beschikking

516. N.J. Margetson, ‘Liability of the carrier under the Hague (Visby) Rules for cargo damage caused by unseaworthiness of its containers’, *JIML* vol. 14, issue 2, march/april 2008 (hierna: Margetson in *JIML* 2008), p. 153-161.

517. HR 1 februari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BA5799 (*NDS Provider*) (hierna: ECLI:NL:HR:2008:BA5799).

518. ECLI:NL:HR:2008:BA5799, r.o. 4.3.

gestelde containers geschikt zijn om de daarin geplaatste lading te vervoeren. Deze zorgplicht brengt mee dat, zoals in dezelfde mate geldt voor het ruim van het schip, in die containers geen water kan binnendringen. (...) op termijn de HVR te gaan vervangen expliciet wordt bepaald dat tot de delen van het schip waartoe de zorgplicht van de vervoerder zich uitstrekt ook de door de vervoerder ter beschikking gestelde containers behoren. Door in het onderhavige geval voor het vervoer van de lading containers ter beschikking te stellen waarin als gevolg van roestvorming gaten waren ontstaan waardoor tijdens het vervoer zeewater eenvoudig de containers kon binnendringen, heeft NDAL de op haar als zeevervoerder rustende zorgplicht veronachtzaamd. (...).⁵¹⁹

De Hoge Raad gaat in deze zaak er dus van uit dat een container die door de vervoerder ter beschikking is gesteld ‘cargo-worthy’ moet zijn en dat de plicht van due diligence, bepaald in artikel 3 lid 1 H(V)R, ook geldt ten aanzien van dergelijke containers.⁵²⁰

Margetson betreft interpretaties onder verschillende rechtsstelsels bij zijn onderzoek naar de uitleg van dit vraagstuk. Er is een aantal gezichtspunten te onderscheiden. In België lijkt men het gezichtspunt van de Hoge Raad, zoals hiervoor besproken, eveneens te hanteren. Margetson haalt daarbij De Wit aan, die bevestigt dat de container weliswaar geen onderdeel van het schip is maar dat de due-diligenceplicht om de cargotanks geschikt voor het ontvangen van de te vervoeren goederen te maken, zich uitstrekt tot deze plicht ten aanzien van de container.⁵²¹ Voorts verwijst Margetson naar Von Ziegler die van mening is dat het afhankelijk is van wie de container verschaft of de vervoerder verantwoordelijk is voor de toestand ervan.⁵²²

Uiteindelijk gaat Margetson in op enkele *duties* (plichten) die op de vervoerder rusten: ‘due diligence to make the ship seaworthy’, ‘the duty regarding the cargo’ en de ‘overriding nature of the duties of the carrier’.⁵²³ Van de eerste plicht kan niet contractueel worden afgeweken, de tweede plicht kan niet worden gedelegeerd en blijft derhalve eveneens rusten op de vervoerder. Voor wat betreft de overriding obligations in combinatie met een oorzaak waarvoor aansprakelijkheid aan de zijde van de vervoerder is uitgesloten op grond van de H(V)R, heerst er volgens Margetson onduidelijkheid hoe men daar in Nederland mee omgaat. Waar men in Engeland de mogelijkheid van proportionele verdeling van de aansprakelijkheid in dergelijke gevallen openlaat, lijkt daar in Nederland minder ruimte voor. Indien daar schade ontstaat door het handelen in strijd met een overriding obligation, is de vervoerder aansprakelijk ongeacht of hij kan aantonen dat (een deel van) de schade is ontstaan door een oorzaak waarvoor hij niet aansprakelijk is op grond van de excepties, zoals die zijn bepaald in de H(V)R.⁵²⁴

519. ECLI:NL:HR:2008:BA5799, r.o. 4.4.

520. Zie in gelijke zin Margetson in *JIML* 2008, p. 153.

521. Zie Margetson in *JIML* 2008, p. 155.

522. Zie Margetson in *JIML* 2008, p. 155.

523. Zie Margetson in *JIML* 2008, p. 158-160.

524. Zie Margetson in *JIML* 2008, p. 160.

Daartegenover is het zeer gebruikelijk om clauses in de bills of lading op te nemen waarin staat dat de vervoerder niet aansprakelijk is als er schade ontstaat aan de vervoerde goederen in een container die niet door de vervoerder is geladen.⁵²⁵

Dit alles bij elkaar optellend, komt Margetson tot de conclusie dat indien we er terecht van uitgaan dat een container geen onderdeel is van het schip, de plicht die voortvloeit uit artikel 3 lid 1 H(V)R niet geldt voor containers. Maar omdat de container wel kan worden beschouwd als een object dat vervoerd dient te worden, zijn de plichten die voortvloeit uit artikel 3 lid 2 H(V)R evenzeer van toepassing op de container.⁵²⁶ Uit deze conclusie leidt Margetson voorts af dat de kwestie van vervoerdersaansprakelijkheid voor schade ontstaan door een gebrekkige container (van de vervoerder) zal worden bepaald door de vervoerovereenkomst.

Tetley gaat ook uitvoerig in op de containerkwestie. Hij benadrukt dat de vervoerder op grond van artikel 3 lid 2 H(V)R naar behoren zorg moet betrachten ten aanzien van de lading. Hij voegt daaraan toe dat de vervoerder echter geen speciale zorg hoeft na te leven tenzij dit specifiek is overeengekomen.⁵²⁷ Hij stelt verder dat eigen gebrek een ruim begrip is in de context van een container. Het gaat dan niet alleen om een gebrek aan de goederen in de container maar het kan bijvoorbeeld ook bestaan uit een verborgen ongeschikte stuwage.⁵²⁸ Dus als de verzender bijvoorbeeld een (koel)container heeft geladen, dan zal hij meer moeten bewijzen dan alleen aantonen dat de vervoerder een schoon cognossement heeft afgegeven. Hij zal dan namelijk moeten bewijzen dat de goederen bij inladen in goede conditie waren. De woorden 'clean on board' op het cognossement helpen hem daar nauwelijks bij. Zij verwijzen slechts naar de van de buitenkant zichtbare toestand van de container.⁵²⁹ Bovendien mag de vervoerder er niet eenvoudigweg op vertrouwen dat een clause in het cognossement zijn aansprakelijkheid wegneemt en de bewijslast omkeert omdat dit te veel in strijd is met de H(V)R.⁵³⁰ Wanneer de vervoerder de container heeft geladen, zal hij het eigen gebrek van de goederen moeten aantonen om onder zijn aansprakelijkheid uit te komen. Het uitgangspunt is dan dat hij een redelijke kans gehad heeft om de kwaliteit van de goederen te onderzoeken.⁵³¹ Als uit het cognossement blijkt dat het de vervoerder is toegestaan om de temperatuur te controleren in een koelcontainer dan kan hij aansprakelijk zijn voor schade door ontdooien als de goederen wel bij de juiste temperatuur zijn geladen en blijkt dat deze niet is gehandhaafd gedurende het vervoer. Maar als anderszids kan worden aangetoond dat de verkeerde temperatuur een fout is van de verzender, dan zal deze aansprakelijk zijn voor de daardoor ontstane schade.⁵³² Uit elk voorbeeld dat Tetley gebruikt, wordt duidelijk dat hij, mijns inziens terecht, vindt dat het sterk afhankelijk is van wie de container heeft verstrekt voor de vraag wie aansprakelijk is en bij wie welke bewijslast ligt. Hij voegt daaraan toe dat door een gebrekkige container de zeewaardigheid van het schip in het geding kan komen.

525. Ook Margetson benadrukt dit punt, Margetson in *JIML* 2008, p. 156.

526. Zie Margetson in *JIML* 2008, p. 161.

527. Zie Tetley 2008, p. 1561.

528. Zie Tetley 2008, p. 1563.

529. Zie Tetley 2008, p. 1563-1564.

530. Zie Tetley 2008, p. 1170.

531. Zie in gelijke zin Tetley 2008, p. 1169.

532. Zie in gelijke zin Tetley 2008, p. 1564.

Dit zou in strijd zijn met de plicht van due diligence die volgt uit artikel 3 lid 1 H(V)R als de container zou worden gezien als onderdeel van het schip. Indien dit niet het geval is, en Tetley is ertoe geneigd daarvan uit te gaan, dan valt deze gebrekkige container weliswaar niet onder de plicht van due diligence uit artikel 3 lid 1 H(V)R maar zal de vervoerder nog altijd aansprakelijk kunnen zijn voor fouten met betrekking tot laden, stuwen en vervoeren omdat hij hiermee zorgvuldig en voorzichtig moet omgaan.⁵³³ Dat geldt overigens niet in elke situatie. Als de verzen- der de container ter beschikking heeft gesteld en geladen en daarop een schade volgt (bijvoorbeeld door het vlam vatten van een gevaarlijke, niet bekendgemaakte lading), is het zeer goed denkbaar dat de vervoerder niet aansprakelijk is op grond van het onvoldoende betrachten van due diligence. Hij had immers in dit geval geen weet van de inhoud van de container en geen goede reden om te veronderstellen dat het hier ging om mogelijk schadelijke lading.⁵³⁴

Het House of Lords heeft zich in 2004 (nog eens) uitgelaten over de aansprakelijkheid voor laden en stuwen.⁵³⁵ Lord Steyn buigt zich over de vraag of het is toegestaan om contractueel vast te leggen dat de aansprakelijkheid voor handelingen zoals laden en stuwen wordt neergelegd bij de verzender in plaats van bij de reder. Hij citeert een passage uit *Scrutton on Charterparties and Bills of Lading* uit 1996 om het dan geldige standpunt te omschrijven:

‘The whole contract of carriage is subject to the Rules, but the extent to which loading and discharging are brought within the carrier’s obligations is left to the parties themselves to decide. Thus, if the carrier has agreed to load, stow or discharge the cargo, he must do so properly and carefully, subject to any protection which he may enjoy under article IV. But the Rules do not invalidate an agreement transferring the responsibility for these operations to the shipper, charterer or consignee.’

Lord Steyn geeft aan dat dit zijns inziens een accurate omschrijving is van de status quo in dezen.⁵³⁶ Het beroep wordt dan ook verworpen in casu.⁵³⁷ Het blijkt op grond van deze uitspraak van het House of Lords derhalve nog steeds⁵³⁸ mogelijk om deze aansprakelijkheid in de overeenkomst op een andere partij te laten rusten en dat is dus niet in strijd met artikel 3 H(V)R. Dit stemt immers overeen met de praktijk waarbij dikwijls overeen wordt gekomen dat laden, stuwen en lossen door de verzender plaatsvindt en daarbij sluit het House of Lords aan.

533. Zie hierover eveneens Tetley 2008, p. 1565.

534. Zie in gelijke zin Tetley 2008, p. 932.

535. In de zaak *Jindal Iron & Steel Co Ltd vs. Islamic Solidarity Shipping Co Jordan Inc* (hierna: *The Jordan II*), House of Lords 25 november 2004, [2005] 1 W.L.R. 1363.

536. *The Jordan II*, House of Lords 25 november 2004, [2005] 1 W.L.R. 1363, 1368.

537. *The Jordan II*, House of Lords 25 november 2004, [2005] 1 W.L.R. 1363, 1375.

538. Het House of Lords sluit namelijk aan bij de zaak *GH Renton & Co Ltd vs. Palmyra Trading Corp of Panama* (*The Caspiana*), House of Lords 5 december 1956, [1957] A.C. 149.

4.6.3 Container als verpakking van de goederen

4.6.3.1 Hoge Raad

De Hoge Raad heeft zich in 1996 al eens uitgelaten over de vraag of men een container kan (of zou moeten) beschouwen als verpakking van de goederen.⁵³⁹ In onderhavige zaak werden planten vervoerd van Guatemala naar Amsterdam en was schade ‘proximately caused by (...) *inherent vice*’ uitgesloten van dekking onder toepassing van de Institute Cargo Clauses. Door een achteraf gebleken (vastgelegd op een zogenoemde Ryan recorder) te hoge temperatuur in de container zijn de planten beschadigd. In de procedure wordt betwist of de container valt onder de verzekerde zaak. Het Haviltex-criterium toepassend heeft de Hoge Raad het beroep tegen de uitspraak van het hof verworpen:

‘(...) het verzekerd voorwerp is de container, inhoudende een niet nader omschreven hoeveelheid planten, dat de te hoge temperaturen in de container een gevolg zijn van een “*inherent vice*” van die container, en dat de schade die daarvan het gevolg is geweest, niet is gedekt. Zou de container niet het verzekerd object zijn, dan is deze toch als verpakking onderdeel van de verzekerde planten en biedt de verzekering evenmin dekking.’⁵⁴⁰

In casu overwoog de Hoge Raad derhalve impliciet dat een container inderdaad kan worden gezien als verpakking van de goederen en de A-G merkte in dezen op dat de rechtbank expliciet van mening was dat de container geen verpakking was en het hof hier impliciet tegenin was gegaan:

‘De juistheid van diens kwalificatie van de container als verpakking heeft het hof dus in het midden gelaten. Dat maakt het oordeel niet onbegrijpelijk want ook als men die kwalificatie met de rechtbank onjuist zou vinden, dan impliceert dat nog niet dat Nieuw Rotterdam de container niet mede als het in de polis omschreven gevaarsobject heeft kunnen beschouwen.’⁵⁴¹

4.6.3.2 *Ondeugdelijke container een eigen gebrek van de zaak of van een container sui generis?*

Op grond van het hiervoor besproken arrest lijkt men een container in de Nederlandse rechtspraak te beschouwen als verpakking van de goederen. Meteen komt de vraag op of een ondeugdelijke container dan kan worden gezien als een eigen gebrek van de zaak. De vraag die daaraan voorafgaat, is of men de verpakking van de goederen beschouwt als onderdeel van de goederen. Uit de hiervoor genoemde casus kan men overigens eveneens afleiden dat verpakking tot onderdeel van de goederen wordt gerekend. In het verlengde daarvan kan men stellen dat een on-

539. HR 7 juni 1996, NJ 1996/697.

540. HR 7 juni 1996, NJ 1996/697, r.o. 3.2.1.

541. HR 7 juni 1996, NJ 1996/697 (concl. A-G Asser, punt 2.16).

deugdelijke container een eigen gebrek van de goederen is. Margetson stelt echter mijns inziens terecht dat de container meer is dan alleen verpakking. Dit neemt overigens geenszins weg dat volgens mij een container in geen geval kan worden beschouwd als een vervoermiddel. Als de keuze dus is tussen vervoermiddel of verpakking en daarmee onderdeel van de vervoerde goederen, kies ik onherroepelijk voor de tweede optie. Mocht echter de vernuftige oplossing van Margetson tevens tot de keuzemogelijkheden behoren, dan zal de optie van de container *sui generis* zeker prevaleren.⁵⁴² Dit heeft niet in de laatste plaats mijn voorkeur omdat door deze oplossing de mogelijkheid ontstaat om een specifiek contract de regels te laten beheersen betreffende aansprakelijkheid voor de container.

4.6.3.3 *Visie op containerkwestie in het transportverzekeringsrecht*

Voor wat betreft het *transportverzekeringsrecht* gaan Van Tiggele-van der Velde en Wansink er overigens ook van uit dat de container moet worden beschouwd als verpakking van de zaak.⁵⁴³ Daarmee geldt een gebrek aan de container als een gebrekkige verpakking. Deze kan vervolgens worden gezien als een onderdeel van de zaak. Dit blijkt ook uit een aantal door hen aangehaalde casus uit het Nederlandse transportverzekeringsrecht. De meest illustratieve casus bij hun uiteenzetting over de containerkwestie in het transportverzekeringsrecht is trouwens de uitspraak van de Hoge Raad uit 1996 die hiervoor reeds aan de orde is geweest.

Blom stelt in zijn dissertatie eveneens de vraag of 'beschadiging door een gebrekkige verpakking dient te worden aangemerkt als een eigen gebrek'.⁵⁴⁴ Het is Blom niet duidelijk waarom deze vraag (ook weer aangaande het *transportverzekeringsrecht*) steeds bevestigend wordt beantwoord. Hem lijkt verdedigbaar 'dat de verpakking geen deel uitmaakt van de verzekerde zaak tenzij uit de polisvoorwaarden anderszins volgt'.⁵⁴⁵ En hij vervolgt: 'Voor vervoer van zaken met containers lijkt hetzelfde te gelden aangezien een container onder omstandigheden als verpakking wordt beschouwd.'

4.6.3.4 *Balans*

Mijns inziens is het helder om een container te beschouwen als verpakking van de goederen en niet als een vervoermiddel. Een container zelf is immers geen vervoermiddel maar een laadbak om goederen in te vervoeren.⁵⁴⁶ Als vervolgens de vraag is of men een container zou moeten rekenen tot verpakking als onderdeel van de goederen of tot vervoermiddel, lijkt het me voor de hand liggen om voor de eerste omschrijving te kiezen. Met Blom ben ik het overigens wel eens dat theoretisch te betwisten is of verpakking beschouwd dient te worden als onderdeel van de goede-

542. Margetson in *JIML* 2008, p. 161.

543. Zie in gelijke zin Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX 2012/450.

544. A. Blom, *Causaliteit in het verzekeringsrecht* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2006 (hierna: Blom 2006), p. 95.

545. Blom 2006, p. 96.

546. Regelmatig treft men het woord 'laadbak' aan in definities van het begrip 'container'. Onder meer gebruikt www.mijnwoordenboek.nl deze omschrijving.

ren.⁵⁴⁷ Aan de andere kant is in veel gevallen (zoals bij een partij bulkgoederen) de lading niets (althans ‘valt’ – soms letterlijk – ‘als los zand uit elkaar’) zonder het ondersteunend omhulsel van de container. Daardoor komt het er praktisch wel op neer dat de verpakking onderdeel van de goederen is. Dit laatste zou er dan ook voor pleiten om een ondeugdelijke container te zien als een eigen gebrek van de goederen die in de container vervoerd worden. Het lijkt niet meer dan billijk om bij schade aan goederen, ontstaan doordat zij in een ondeugdelijke container vervoerd zijn, die niet door de vervoerder ter beschikking is gesteld, hem te ontheffen van zijn aansprakelijkheid. Vanzelfsprekend niet dan nadat hij met succes heeft aangetoond dat de schade is veroorzaakt door die ondeugdelijke container en hij zich van zijn zorgplicht ten aanzien van de lading heeft gekwet. Daarnaast bestaat de mogelijkheid dat de vervoerder zelf de container ter beschikking heeft gesteld aan de ladingbelanghebbende. Op de vervoerder zal dan een grotere aansprakelijkheid rusten. Omdat er derhalve zoveel factoren meespelen, is het mijns inziens het meest verkieslijk om aansluiting te zoeken bij de oplossing die Margetson aandraagt in zijn artikel en een container te beschouwen als een *sui generis*. Bij deze oplossing ligt het dan voor de hand om ook in een separate overeenkomst voor de container *sui-generis*-bepalingen op te nemen die de aansprakelijkheid regelen.

4.7 Conclusie en aanbevelingen

De criteria ten aanzien van de uitleg van het begrip ‘eigen gebrek’ verschillen per verdrag niet wezenlijk van elkaar en komen eveneens min of meer overeen in de landen die bij het verdrag zijn aangesloten.

Wel valt op dat er in het zeerecht meer ruimte lijkt te zijn weggelegd voor de vervoerder om een beroep op de ontheffingsgrond eigen gebrek te doen slagen. Enerzijds maken de op hem rustende overriding obligations de bewijslast ten aanzien van zijn zorgplicht groot maar anderzijds heeft hij, mits voldaan aan die zorgplicht, recht van spreken. Als hij succesvol aantoonde dat hij voldoende zorg ten aanzien van de lading heeft betracht, ligt, met andere woorden, de weg voor hem open om aan te tonen dat er sprake was van een eigen gebrek van de goederen en hem derhalve niets te verwijten valt. Dat geldt daarentegen voor, bijvoorbeeld, het wegvervoer in veel mindere mate. Indien de wegvervoerder namelijk een beroep op deze ontheffingsgrond wil doen, is dat mijns inziens een stuk lastiger. De zorgplicht van de vervoerder is in de regeling (de CMR) veel minder expliciet vastgelegd. Juist daarom maakt dat de bewijslast voor de vervoerder (dat hij aan die zorgplicht heeft voldaan) zwaarder. Het lijkt er overigens wel op dat hier geleidelijk verandering in komt doordat men steeds meer aansluiting zoekt bij de uitleg in het zeevervoer. Net als in het zeevervoer zal het dus sterk afhankelijk van het geval zijn of een beroep op de ontheffingsgrond zal slagen maar wordt het wellicht iets eenvoudiger om aan te tonen dat aan de zorgplicht is voldaan.

Het is ergo voor de vervoerder van belang om bij het aangaan van de vervoervereenkomst in overweging te nemen om sommige aansprakelijkheden op zich te nemen. Dit geldt met name voor die aansprakelijkheden waarvan toch al blijkt dat

547. Blom 2006, p. 96. Blom stelt daar dat verdedigbaar is dat de verpakking geen deel uitmaakt van de verzekerde zaak.

het in de praktijk moeilijk is om daarvan ontheven te worden op grond van het toepasselijke internationale verdrag. Aan de andere kant kan het een punt van aandacht voor de vervoerder zijn om zich er bij aanvang van de vervoerovereenkomst van te vergewissen dat de door hem te vervoeren lading zich in goede staat bevindt. Daarbij zij echter aangetekend dat veel goederen niet geschikt zijn voor dergelijk onderzoek voorafgaand aan de reis wanneer zij zich, bijvoorbeeld, eenmaal in een afgesloten container bevinden of op andere wijze adequaat zijn verpakt.

Het blijkt voorts dat niet altijd voldoende evident is welke bewijslast op wie rust. Om voor beide partijen meer rechtszekerheid te creëren en het voor de vervoerder (en diens transportverzekeraar) beter mogelijk te maken zijn risico in te schatten, raad ik aan een bepaling in de vervoerovereenkomst op te nemen waarin staat waaraan het bewijs moet voldoen voor een geslaagd beroep op een aansprakelijkheidsuitsluitingsgrond, zoals eigen gebrek, door de vervoerder. Met andere woorden een bepaling waarin is geregeld hoe dit bewezen moet worden.

Daarbij zal dan ook een bepaling dienen te worden opgenomen die het tegenbewijs expliciteert. Daarnaast zou ik ervoor willen pleiten om steeds expliciet in de overeenkomst aan te geven op wie de bewijslast rust van enerzijds het bestaan van het eigen gebrek en ook hoe deze zich verhoudt ten opzichte van de bewijslast ten aanzien van het hebben voldaan aan de zorgplicht. Een dergelijke bepaling zou dan kunnen worden toegevoegd daar waar wordt geregeld hoe het bewijs moet worden geleverd.

Deze bepaling zou, bijvoorbeeld, kunnen luiden:

‘The burden of proof of inherent vice of the goods will lie upon the carrier. He has to show that the inherent vice already existed before shipment. A specific document will be able to establish the evidence. To prove the opposite, the onus will be on the plaintiff who has to show the inherent vice manifested itself during the journey and in the meantime was due to breach of the duty of care from the carrier. Determination of the causation can only take place by objective standards.’

In het geval de goederen per container worden vervoerd, is het raadzaam expliciet vast te leggen bij wie de zorg ligt voor een container die voldoet aan de eisen die de te vervoeren goederen met zich meebrengen. Dit kan ofwel in de vervoerovereenkomst ofwel in een overeenkomst voor het containervervoer sui generis.

Bij het laden van de container is het overigens niet onverstandig om een extra controle uit te voeren. Zo kan de vervoerder bij aanvang van de reis vaststellen of de goederen en hun verpakking zijn voorbereid op de voorgenomen reis.

In het algemeen neemt men aan dat een container heeft te gelden als de verpakking van de goederen. Een (gebrekkige) verpakking beschouwt men voorts als een (gebrekkig) onderdeel van de zaak. Bij elke vorm van vervoer zou, volgens deze redenering, de aansprakelijkheid niet op de vervoerder rusten indien de schade aan de vervoerde goederen te wijten is aan het vervoer in een gebrekkige container. De container ziet men immers als verpakking van de goederen en de verpakking van de goederen op haar beurt weer als onderdeel van de zaak. Het is echter wel mogelijk om in de overeenkomst vast te leggen dat de vervoerder aansprakelijkheid op zich neemt indien de ladingbelanghebbende aantoonbaar sprake is van schade

ontstaan door de gebrekkigheid van de container. Dit kan in sommige gevallen een mooi onderhandelingspunt zijn. In dergelijke gevallen zal de vervoerder bij het inladen van de containers wellicht meer op zijn *qui-vive* moeten zijn en pas akkoord gaan met de afgifte van een schoon *cognossement* nadat hij zich ervan heeft verzekerd dat de container adequaat kan dienen voor het voorgenomen vervoer van de goederen die hij bevat. Als er echter niets is vastgelegd in de vervoerovereenkomst zou de vervoerder niet aansprakelijk zijn voor schade ontstaan door de gebrekkigheid van de container. Een aparte overeenkomst voor het vervoer per container *sui generis* kan een goede uitkomst bieden om de (verdeling van de) aansprakelijkheid vast te leggen.

Tot slot lijkt het me derhalve zinvol aan de vervoerovereenkomst een overeenkomst te verbinden waarin een en ander wordt overeengekomen betreffende het containervervoer *sui generis*. Het is aanbevelenswaardig om in die overeenkomst onder meer te regelen wie aansprakelijk is voor schade aan de lading ontstaan tijdens het containervervoer en op wie de zorgplicht rust voor een deugdelijke container. Dergelijke bepalingen zouden dan als volgt kunnen luiden:

‘For damage, caused by inherent vice during transport of (a) container(s), will be liable the party who is responsible for loading and stowage of the container. The plaintiff must be able to show a certified document which proves that the goods weren’t afflicted with the inherent vice before loading.’

‘Upon the container carrier lies the duty for sufficient care with respect to the container. Prior to the carriage he has to make sure that the container is fit for the intended transport. During transport he has to check the container for adequacy to carry the goods transported and in case of inadequacy he must take required action. The carrier has to be able to prove due diligence by reporting his checks and undertaken actions.’

Indien de vervoerder deze documenten kan overleggen, staat tegenbewijs open voor de ladingbelanghebbende om aan te tonen dat de zorgplicht toch is geschonden. Met deze bepalingen zou de rechtszekerheid meer gewaarborgd moeten zijn waarbij het belang van het goed controleren en documenteren is benadrukt. Daarbij is overigens nog altijd de casuïstische benadering onvermijdelijk door de fysieke omstandigheden die steeds verschillend zijn en voor een belangrijk deel een bijdrage leveren aan het bewijs. Niettemin is door deze bepalingen vastgelegd wie welk bewijs moet leveren en, daaraan voorafgaand, wie welke zorg moet betrachten waardoor volgens mij het uitgangspunt alvast een stap in de goede richting is.