Demurrage- en detentiekosten:

als de klok niet meer tikt

"Zeevervoerders verdienen meer met het aanrekenen van kosten van demurrage en detention dan met vracht".

Of wie dit zou beweren enige overdrijving niet schuwt, dan wel het bij het rechte eind heeft laat ik in het midden maar uit een interim rapport (Fact Finding Investigation NO. 28) van de Amerikaanse Federal Maritime Commission (FMC) dat exact 7 maand geleden (nl. op 4 september 2018) werd gepubliceerd bleek dat in 2014 de inkomsten van demurrage en detention van shipping lines in de Verenigde Staten met 90 % is gestegen in vergelijking met 2013, gevolgd door een stijging met nog eens 86 % in 2015 om in 2016 met 23 % te dalen en om vervolgens terug met 30 % te stijgen in 2017.

in het rapport werd gesteld dat deze cijfers niet volledig kunnen verklaard worden door slechte weersomstandigheden en/of congestieproblemen. Er is dus iets anders aan de hand.

Het cijfermateriaal heeft uiteraard enkel betrekking op de toestand in de Verenigde Staten en of ze zonder meer kunnen worden geëxtrapoleerd naar een Europese context staat zeker niet vast maar de hieruit naar voren komende tendens wordt in de logistieke sector eigenlijk wel zo aangevoeld.

1

Dat met overliggelden geld wordt verdiend is niet nieuw en op zich niet eens verkeerd. Meer dan 100 jaar geleden kwam reeds rechtspraak tot stand waarin dit onomwonden werd bevestigd[1].

De problematiek van de oplopende overliggelden is zeker niet nieuw maar lijkt recent toch scherper te worden aangevoeld en de aandacht te trekken van niet enkel de FMC maar ook FIATA[2], overheden en uiteraard de goederenbelanghebbenden zelf die naar wegen zijn gaan zoeken om hierop te reageren. We zien dat in de voorbije jaren rechtspraak tot stand kwam die een einde lijkt te maken aan de zogenaamde 'parkeermetervorderingen' die rederijen wel eens plegen te stellen.

De introductie van de "Best Practice Guide" van FIATA omschrijft de problematiek diplomatisch en evenwichtig als volgt:

> *FIATA acknowledges that demurrage and detention charges are a valid and important tool for shipping lines to ensure that their equipment is*

[1] Zo onder meer in de zaak : Houlder Brothers and Co Ltd. v. Commissioner of Public Works [1908] AC 276.

[2] FIATA Multimodal Transport Institute Working Group Sea kondigde op 3 oktober 2018 de release aan van haar "Best Practice Guide" 'focusing on the charging of demurrage and detention'.

being returned as fast as possible and users exceeding the contractual duration of use should be charged accordingly.

However, merchants should not be subjected to unjust and unreasonable charges. In this context, there are strong indications that shipping lines abuse the charging of demurrage and detention to maximise profits. It is understood that shipping lines have been suffering in a very tough business environment and do everything they can to develop revenue streams that are not necessarily derived from freight. FIATA does not believe that forwarders and shippers should be subjected to predatory pricing of this nature, especially as delays often occur through no fault of the forwarder / shipper.

Het zou al te ongenuanceerd zijn de oorzaken van de oplopende overliggelden uitsluitend toe te schrijven aan overmatige 'commerciële ijver' langs de zijde van de zeevervoerders, al lijkt het wel dat deze door de tarievendruk het mes zijn gaan zetten in de vrije periodes waardoor overliggelden veel sneller zijn gaan lopen. Daarenboven werden vaak de tarieven verhoogd.

De kortere 'free time' verhoogt de complexiteit van de maritieme supplychain en creëert uitdagingen voor de bestemmeling van de goederen. Wegvoerders krijgen minder marge om de transportopdrachten efficiënt en duurzaam in te plannen. In de praktijk worden de overliggelden zelfs soms naar de transporteur doorgeschoven waardoor hun marges nog kleiner worden.

Andere factoren die de overligkosten in de hand werken zijn de toename van de scheepsgrootte, terminalcongestie, gewijzigde procedures op de terminals naar aanleiding van verplichte weging van containers, een actiever controlebeleid door de douane enz…

Deze factoren liggen misschien niet geheel maar toch grotendeels buiten de greep van de rechtbanken.

Tariefafspraken behoren bovendien tot de sfeer van de contractuele vrijheid.

Hierbij kan dan wel de bedenking worden gemaakt of deze contractuele vrijheid wel steeds ten volle dient te spelen aangezien de ladingontvanger vaak niet degene zal zijn die beslist wie voor het zeevervoer zal instaan en derhalve de vervoersovereenkomst sluit. Hij krijgt deze voorwaarden en de kosten dan ook vaak als een koude hap op zijn bord gepresenteerd, zeker wanneer de zeevervoerder weigert de goederen vrij te geven zonder betaling van deze kosten en zijn retentierecht uitoefent.

Er speelt ook een strategisch belang: de kosten die ontstaan uit demurrage en eventueel detention zijn dermate bepalend dat een bestemmeling zal kunnen besluiten om zijn lading in de goedkoopste haven te ontvangen, dit wil in de praktijk dan zeggen een haven waar geen of minder congestieproblemen spelen, waarvan het binnenland beter ontsloten is, waar minder sociale onrust (met

risico op stakingen) heerst, de douane en de terminaloperators vlotter werken, waar overslag op en het navervoer met lichters beter georganiseerd is enz…

Waar bepaalde rechtspraak alvast wel heeft ingegrepen is in het stopzetten van zogenaamde parkeermetervorderingen.

"*To seek to generate an unending stream of free income*" zo omschreef de High Court of Justice Queen's bench division, Commercial Court het in haar arrest van 12 februari 2015 in de zaak van MSC tegen Cottonex Anstalt.

Ook zeer recent heeft Het Hof van Beroep te Antwerpen in een principes arrest van 18 maart 2019 (dat is dus goed twee weken geleden - het arrest was nog onbestaand toen ik me voornam hierover deze uiteenzetting te geven) een einde gemaakt aan het eindeloze verderlopen van overliggelden.

Zij heeft hiermee de eveneens recent tot stand gekomen rechtspraak van de Ondernemingsrechtbank Antwerpen (toen nog Rechtbank van Koophandel) in deze zin bevestigd met die nuance dat de Rechtbank de situatie had beoordeeld toepassing makend van Belgisch recht, terwijl het Hof tot hetzelfde resultaat kwam wanneer zij het geschil beoordeelde aan de hand van het (toenmalige toepasselijke) Franse recht.

Hoewel het Hof dus Frans recht toepaste, valt m.i. uit haar motivering en dan voornamelijk uit de passage "*doch eveneens op basis van het Frans recht*" af te
3 leiden dat indien het Hof de situatie naar Belgisch recht had dienen te beoordelen, zij tot eenzelfde resultaat zou zijn gekomen.

Zowel naar Engels recht[3] als naar Belgisch recht maakt demurrage een forfaitaire vergoeding van contractuele schade uit.

Het verschuldigd zijn van demurragekosten is doorgaans voorzien in een cognossementvoorwaarde (aldus in wezen een schadebeding), waarnaar bovendien vaak wordt verwezen in de boekingsbevestiging waarin de vrije periode en de gehanteerde tarieven worden meegedeeld, terwijl deze ook kunnen voorkomen op het aankomstbericht.

In wezen zijn deze kosten dan ook verschuldigd ingevolge een schadebeding.

Zulk beding levert voor de schuldeiser, in dit geval de zeevervoerder, het voordeel op dat hij niet moet bewijzen weldegelijk schade te hebben geleden en evenmin de omvang van deze schade te bewijzen. Dit voordeel speelt zowel naar Belgisch als naar Engels recht[4]

Bovendien laat het opnemen van een dergelijk beding in de cognossementvoorwaarden toe deze forfaitaire schadevergoeding ook van de

[3] H. Tiberg, Law of Demurrage, 4e editie, Londen, Sweet & Maxwell, 1995, p. 522.

[4] Bénédicte Gréant, Overliggelden: een vergelijkende studie in IHT 16/2, Tijdschrift voor internationale Handel en Transportrecht – Maritiem, Larcier, 313 randnummer 7 en de aldaar geciteerde rechtsleer en rechtspraak.

derde cognossementhouder te vorderen hoewel deze het vervoer niet eens heeft geboekt en evenmin in staat is geweest om (rechtstreeks) de cognossement-voorwaarden te negotiëren.

Dat dergelijk beding toch aan de bestemmeling kan worden tegengesteld, volgt uit het feit dat in de mate deze aanspraak wil maken op afgifte van de goederen, hij de beperkingen en de modaliteiten dient te aanvaarden waaraan de zeevervoerder zijn verbintenis heeft onderworpen.

Deze bestemmeling kan bovendien de in het cognossement doorgaans opgenomen '*Merchant clause'* worden tegengesteld waarbij de gebruikelijk zeer ruim omschreven '*Merchant*' aansprakelijk wordt gesteld voor alle kosten die ontstaan ten gevolge van het transport.

Zowel de High Court Of Justice als het Antwerpse Hof van Beroep traden beperkend op ten aanzien van de door de zeevervoerder bedongen en aangerekende overliggelden, doch de manier waarop ze hiertoe kwamen was geheel verschillend.

Ik stel voor even van naderbij de manier te bekijken waarop dit gebeurde.

4 Laat ons eerst de casus bespreken die behandeld werd door de High Court Of Justice;

De feiten die aan deze uitspraak ten grondslag lagen schetsen zich als volgt:

Een bedrijf dat gevestigd is in Liechtenstein verkoopt katoen aan een klant gevestigd in Bangladesh en boekt het zeevervoer bij MSC. De lading bevindt zich in 35 containers die door de bestemmeling niet worden afgehaald. De containers verblijven vervolgens gedurende een periode van drie en een half jaar in de haven van Chittagong en MSC vordert hiervoor overliggelden.

Anders dan naar Belgisch of Nederlands recht is het voor de Engelse rechter in principe niet mogelijk een boetebeding te matigen.

Naar Engels recht maakt men immers het onderscheid tussen '*penalty clauses*' en '*liquidated damages clauses*' waarbij een boetebeding dat wordt aangemerkt als een penalty clause eenvoudigweg nietig is. Dit is niet zo voor een liquidated damages clause.

Penalty clauses zijn clausules die vooraf de schade onredelijk hoog inschatten en zijn dus niet afdwingbaar voor een rechter[5]. Men spreekt in dit verband van de '*unenforceability*' waardoor het beding in principe nietig wordt verklaard[6]. Volledigheidshalve dient er wel te worden op gewezen dat de zogenaamde

[5] Court of Appeal (Verenigd Koninkrijk) 6 april 2006, Euro London Appointments Ltd v Claessens International Ltd [2006] EWCA Civ 385, r.o. 17.

[6] H. Schelhaas, 'het boetebeding in het Europese contractenrecht', AA 11/2004, p. 809-812.

'*commercial justification*' de rechter de mogelijkheid laat om een '*penalty*' toch opeisbaar te laten zijn.

Deze commercial justification kan worden ingeroepen in de context van meer complexe zakelijke overeenkomsten waarbij partijen, die grote spelers in de markt zijn, terdege hebben onderhandeld en hierin zijn bijgestaan.

In dergelijke gevallen kan worden geoordeeld dat de commerciële zekerheid van partijen zwaarder dient door te wegen[7]

Liquidated damages clausules die overdreven overkomen geven geen aanleiding tot matiging maar kunnen door de rechter wel worden aanzien als een penalty waardoor degene die ze hebben bedongen er geen beroep meer op kan doen.

Centraal staat de vraag of zij qua voorziene vergoeding in verhouding zijn met de verwachtte schade veroorzaakt door de niet-nakoming of wanprestatie (breach of contract)[8].

De High Court Of Justice kwam in de zaak MSC t./ Cottonex Anstalt dan ook niet via een matiging[9] maar wel middels een andere weg tot een inperking van oplopende overliggelden.

Het Hof oordeelde namelijk dat aan het dagelijks oplopen van demurragekosten een einde kwam wanneer het commerciële doel van het contract was weggevallen[10] en situeerde dit moment in het haar voorgelegde geval op het tijdstip dat MSC had voorgesteld de containers te verkopen aan de afzender Cottonex en deze zulks had afgewezen aangezien de containers vanaf dan als verloren dienden te worden beschouwd[11].

Volgens het Hof had MSC vanaf dan[12] geen rechtsgeldig belang meer om het contract in leven te houden en deed zij dit enkel nog om demurrage kosten te kunnen blijven aanrekenen.

MSC kreeg enkel demurragekosten toegekend vanaf het verstrijken van de vrije periode tot aan het moment dat het contract ten einde kwam doordat het haar commerciële doel was verloren (en dit naast een vergoeding voor de vervangingskost voor de containers).

---

[7] Supreme Court (Verenigd Koninkrijk) 4 november 2015, Cavendish Square Holdings BV v Makdessi [2015] UKSC 67.

[8] House of Lords (Verenigd Koninkrijk) 19 november 1904, Clydebank Engineering and Shipbuilding Co Ltd v Don Jose Ramos Yzquierdo y Castaneda [1905] AC 6, [1904] UKHL 3.

[9] "*As discussed, demurrage is payable whether or nog any loss is being suffered and for so long as the payment obligation continues. There is therefore no scope for reducing the period for which demurrage is payable by relying on the mitigation principle*".

[10] "*The commercial purpose of the adventure had become frustrated*".

[11] *"In commercial terms the containers had been lost. They could no longer be redelivered in the context of the original adventure (if at all)".*

[12] Cottonex was volgens het Hof "*in repudiation of the contract as from that date*".

Vervolgens kijken we even de casus waarover het Hof van Beroep te Antwerpen oordeelde in de zaak CMA- CGM t./ Aseco Container Services e.a.

Eerst een korte schets van het relevante Belgische recht:

Vorderingen tot betaling van demurragekosten hebben geen betrekking op de huur van containers maar betreffen contractuele vorderingen die voortkomen uit het niet nakomen van overeengekomen laad- en lostijden[13].

Tarieven die voorzien in demurrage/detention kosten vormen in wezen een 'strafbeding'[14].

Dergelijk 'strafbeding'[15] kan naar Belgisch recht uitsluitend een vergoedend en niet een punitief[16] karakter hebben.

In tegenstelling tot het Engelse recht, kent het Belgische recht de rechter wel degelijk en zelfs uitdrukkelijk een matigingsbevoegdheid toe. Deze ligt vervat in art. 1231 B.W.[17]

Indien het vastgestelde bedrag de potentiële schade manifest te boven gaat, dan mag het door de rechter, zelfs ambtshalve gematigd worden[18].

Deze matiging kent een ondergrens, namelijk de werkelijke schade[19] zonder dat de rechter verplicht wordt een overdreven strafbeding te herleiden tot de

[13] ORB Antwerpen, 12e kamer, 20 maart 2019, A/15/12281, inzake CMA CGM t./ Robema (onuitgeg.).

[14] Zie Antwerpen vierde kamer, 1 februari 2010, inzake 200/AR/2361 (onuitgeg.): "*Nu de (detention charges, ook wel "demurrage" genoemd =) verletschade (overligdagen) wordt aangerekend als de teruggave niet binnen de overeengekomen termijn plaatsvindt, betreft dit een schadevergoeding wegens vertraging in de teruggave van de containers*".

[15] Luidens art. 1226 B.W. is een 'strafbeding': "*Een beding waarbij een persoon zich voor het geval van niet-uitvoering van de overeenkomst verbindt tot betaling van een forfaitaire vergoeding van de schade die kan worden geleden ten gevolge van de niet- uitvoering van de overeenkomst*" .

[16] Ook het Hof van Cassatie ziet de als strafbeding bepaalde geldsom enkel als een forfaitaire schadevergoeding voor de mogelijke schade die de schuldeiser lijdt ten gevolge van het niet nakomen van die verbintenis. Cass. 28 april 2011, Pas. 2011, 1991.

[17] Art. 1231 Luidt als volgt:

§ 1. De rechter kan, ambtshalve of op verzoek van de schuldenaar, de straf die bestaat in het betalen van een bepaalde geldsom verminderen, wanneer die som kennelijk het bedrag te boven gaat dat de partijen konden vaststellen om de schade wegens de niet-uitvoering van de overeenkomst te vergoeden. In geval van herziening kan de rechter de schuldenaar niet veroordelen tot een kleinere geldsom dan bij gebrek aan strafbeding verschuldigd zou zijn geweest.

§ 2. De straf kan door de rechter worden verminderd wanneer de hoofdverbintenis gedeeltelijk is uitgevoerd.

§ 3. Ieder beding dat strijdig is met de bepalingen van dit artikel wordt voor niet-geschreven gehouden.

[18] Voor het tot stand komen van de wet van 23 november 1998 en waarmee de matigingsbevoegdheid werd ingevoerd, werd door het Hof van Cassatie in haar arrest van 17 april 1970 nog geoordeeld dat een schadebeding dat een strafbeding en dus een private straf uitmaakte absoluut nietig was (hetgeen in lijn ligt met hoe naar Engels recht thans nog steeds wordt omgegaan met een 'penalty clause') al werd door lagere rechtspraak wel eens tot matiging overgegaan in plaats van tot nietigverklaring - zie Cass. 17 april 1970, Arr. Cass. 1970, 754 met concl. Adv.-Gen. E. Krings, Pas. 1970, 711 nadien nog bevestigd in latere rechtspraak van het Hof.

[19] Art. 1231 § 1 laatste lid B.W.: *"In geval van herziening kan de rechter de schuldenaar niet veroordelen tot een kleinere geldsom dan bij gebrek aan strafbeding verschuldigd zou zijn geweest".*

werkelijk geleden schade[20]. Het strafbeding behoudt dan ook haar forfaitaire karakter.

De feiten die ten grondslag lagen aan de zaak waarover het Hof van Beroep te Antwerpen uitspraak deed waren similair aan deze in de MSC t./ Cottonex Anstalt zaak. Ook hier bleef de zeevervoerder achter met containers, zij het dat deze niet eens werden verscheept omdat degene die de boeking had gedaan niet was betaald door diens principaal. Hierdoor werden de 6 containers geïmmobiliseerd en liepen de door de zeevervoerder gevorderde kosten op tot meer dan € 35.000.

Op te merken valt dat het Hof van oordeel was dat de vordering van de zeevervoerder diende te beoordeeld toepassing makende van het destijds toepasselijke Franse recht.

Zoals reeds eerder toegelicht valt de 'precedentwaarde' van dit arrest m.i. echter niet als beperkt naar Frans recht te worden aanzien[21].

Het Hof oordeelde:

> *"Samen met de eerste rechter oordeelt het Hof dat tarieven die voorzien in demurrage/detention in wezen een forfaitair schadebeding betreffen gezien ze de regeling van schade beogen. Verder oordeelde de eerste rechter terecht dat alhoewel het aangerekende forfaitaire tarief (à rato van € 60/dag) marktconform is, dergelijk beding van een grootorde dient te zijn dat hierdoor de door CMA potentieel voorzienbare schade wordt gedekt. De eerste rechter maakte deze beoordeling op basis van het Belgisch recht, doch eveneens op basis van het Frans recht (van toepassing ter beoordeling van de vordering) meent het Hof dat in toepassing van de toenmalige artikels 1150 en 1152 van het Frans burgerlijk wetboek op het moment van de uitvoering van de overeenkomst, dat het aangerekende dagtarief na het verstrijken dan de vrije periode niet als manifest overdreven overkomt (verwijzend naar het gegeven dat de containers deel uitmaken van de uitrusting/exploitatiemiddelen van een zeeschip), de situatie verandert echter wanneer een dergelijk tarief wordt aangerekend voor een bijzonder lange periode (zoals in casu méér dan een jaar).*
>
> *Conform de matigingsbevoegdheid [van de rechter] naar Frans recht oordeelt het Hof dat wanneer een container niet wordt terugbezorgd binnen het jaar na verstrijken van de vrije periode, deze voor de*

[20] Cass. 22 oktober 2004, Arr. Cass. 2004, 1654, Pas. 2004, 1633, RW 2005-6, 460 waar het Hof in niet mis te verstane bewoordingen oordeelt: "*Denken dat de rechter verplicht is het bedrag van het strafbeding te verminderen tot de werkelijk geleden schade, berust op een onjuiste rechtsopvatting".*

[21] Opnieuw: uit de passage "*doch eveneens op basis van het Frans recht*", valt af te leiden dat indien het Hof de situatie naar Belgisch recht had dienen te beoordelen, zij tot eenzelfde resultaat zou zijn gekomen.

rederij als "verloren" dient beschouwd te worden (waarbij desgevallend deze de vervangwaarde ervan kan factureren alsmede de detentiekosten voor de verstreken periode). Het Hof oordeelt dat het aanrekenen van detentiekosten voor een periode na dat jaar niet langer van aard [is] om de mogelijke schade voor de laattijdige teruggave ervan te dekken en niet in aanmerking voor dagvergoeding kom[t] aangezien ze als "manifest overdreven" dienen beschouwd te worden (in toepassing van het toenmalige artikel 1152 van het Frans burgerlijk wetboek). Dit manifest overdreven karakter wordt in hoofdzaak geschraagd op het feit dat de kosten in een wanverhouding staan met het voorwerp van de overeenkomst en het beperkt nadeel in hoofde van CMA (en dit in het licht van de nieuwwaarde van een container)"

Zowel de High Court Of Justice in de zaak MSC t./ Cottonex Anstalt als het Hof van Beroep te Antwerpen in de zaak CMA-CGM t./ Aseco Container Services e.a. beperken beiden het doorlopen in de tijd van overliggelden maar voor de High Court of Justice stopt de parkeermeter wanneer de overeenkomst als commercieel beëindigd dient te worden beschouwd, voor het Hof van Beroep te Antwerpen één jaar na het verstrijken van de vrije periode.

8

Engelse rechters zullen dan ook in de toekomst op zoek moeten gaan naar het tijdstip waarop "*the commercial purpose of the adventure has become frustrated*", terwijl Belgische rechters, gezien hun matigingsbevoegdheid en in de mate zij zich op dezelfde lijn willen stellen als die van het Hof van Beroep te Antwerpen, zullen kunnen volstaan met te rekenen tot een jaar na het verstrijken van de vrije periode.

Bénédicte Gréant[22] brengt hier enige nuance aan door er terecht op te wijzen dat door de Rechtbank van Koophandel te Antwerpen (in het door haar besproken vonnis van de Rechtbank van Koophandel Antwerpen van 28 januari 2015, dat op dit punt volledig in overeenstemming is met het besproken arrest van het Hof van Beroep van 18 maart 2019), eerder voorzichtig wordt omgesprongen met haar matigingsbevoegdheid waarbij de Rechtbank een drempel legt om te matigen.

Uit de overwegingen in het vonnis zoals die op dit punt werden bijgetreden door het Hof, valt het besef en het inzicht op dat wanneer het gehanteerde tarief van overliggelden al te streng zou worden beoordeeld en gematigd, dit tot gevolg zou kunnen hebben dat te weinig haast wordt gemaakt bij de teruggave van de containers die op zich deel uitmaken van de uitrusting/ exploitatiemiddelen van een (duur) zeeschip.

[22] Bénédicte Gréant, Overliggelden: een vergelijkende studie in IHT 16/2, Tijdschrift voor internationale Handel en Transportrecht – Maritiem, Larcier, 310.

De matiging werd door de Rechtbank, hierin gevolgd door het Hof, dan ook doorgevoerd door het verderlopen in de tijd van de overligkosten te beperken eerder dan het tarief bij te stellen, hetgeen in theorie evenzeer een mogelijkheid zou zijn geweest.

Wanneer evenwel de matiging zou zijn toegepast op het tarief, zou dit de weg hebben geopend om ook overliggelden die verschuldigd zijn voor een relatief korte overschrijding van de vrije periode te matigen waardoor deze hun aanmoedigende karakter zouden dreigden te verliezen.

Meester Gréant stelt zich bij wege van tweede nuance ook de vraag of de High Court of Justice in haar besproken arrest niet toch een eerste stap zet in de richting van een soort matigingsbevoegdheid.

Voor de volledigheid en om de berekening van overliggelden helemaal mogelijk te maken, is het van belang er op te wijzen dat naar Engels recht de kosten van demurrage beginnen te lopen vanaf de wanprestatie, terwijl naar Belgisch recht de schuldenaar hiertoe eerst in gebreke moet worden gesteld.

Aangezien overliggelden het karakter hebben van een forfaitair schadebeding (naar tekst van de wet: strafbeding), is het aanrekenen ervan overeenkomstig art. 1146 B.W. immers afhankelijk van een in gebreke stelling[23].

De schuldenaar wordt luidens art. 1139 B.W. in gebreke gesteld, hetzij door een aanmaning of door een andere daarmee gelijkstaande akte[24], hetzij door de overeenkomst zelf, wanneer deze bepaalt dat de schuldenaar zal in gebreke zijn zonder dat enige akte nodig is en door het enkel verschijnen van de vervaltijd.

Dus ook wanneer in de cognossementvoorwaarden en/of het aankomstbericht wordt voorzien in een vrije periode, waarna kosten verschuldigd zijn, is in principe (en behoudens een contractuele afwijking) alsnog een aanmaning verschuldigd[25].

Stel dat de bestemmeling aan de zeevervoerder zou laten weten de goederen niet te willen ontvangen, zou in het licht van de rechtspraak van het Hof van

[23] Art. 1146 B.W.: *"Schadevergoeding is dan eerst verschuldigd wanneer de schuldenaar in gebreke is zijn verbintenis na te komen, behalve indien hetgeen de schuldenaar zich verbonden heeft te geven of te doen, niet kon gegeven of gedaan worden dan binnen een bepaalde tijd, die hij heeft laten voorbijgaan".*

[24] Naar vorm komt dit neer op "*elke akte die een sommatie bevat waaruit de schuldenaar noodzakelijk heeft moeten opmaken dat hij in gebreke werd gesteld om zijn verbintenis na te komen*"(zie Cass. 28 maart 1994, Arr. Cass 1994, 319, Pas. 1994, 317 en R.W. 1994- 95, 499) terwijl naar inhoud "*de ingebrekestelling niet méér behoeft in te houden dan de duidelijke en ondubbelzinnige uitdrukking van de wil van de schuldeiser om de hoofdverbintenis te zien uitvoeren*" (zie eveneens Cass. 16 sptember 1983, Arr. Cass. 1983- 84, 45 Pas. 1984, 48, R.W. 1984 -85, 464).

[25] *Dies non interpellat pro homine.*

Cassatie wél kunnen geoordeeld worden dat een ingebrekestelling niet meer is vereist[26].

Naar Engels recht is een aanmaning helemaal niet vereist en volstaat de eenvoudige vaststelling dat de goederenbelanghebbende de vrije periode heeft miskend[27].

<u>Een ander verschil tussen het Engelse en het Belgische recht heeft betrekking op de mate waarin van de zeevervoerder wordt vereist dat deze de schade beperkt.</u>

Naar Belgisch recht wordt de schadebeperkingsplicht in contractuele sfeer afgeleid uit art. 1134 derde lid B.W. dat bepaalt dat overeenkomsten te goeder trouw ten uitvoer moeten worden gebracht[28].

Deze regel legt aan de schuldeiser echter niet de verplichting op om de schade in de mate van het mogelijke te beperken, maar gebiedt hem niettemin in een geest van loyaliteit, alle redelijke maatregelen te nemen die de schade kunnen matigen of binnen zekere grenzen houden.

Rechtbanken kunnen oordelen dat het nalaten om passende maatregelen te nemen ter beperking of ter voorkoming van de schade een schuldig verzuim uitmaakt waardoor de schuldeiser met betrekking tot die schade zijn aanspraak op vergoeding verliest. Het criterium is wat van de normaal zorgvuldige persoon onder dezelfde omstandigheden mag worden verwacht.

Ook in het reeds besproken arrest CMA-CGM t./ Aseco Container Services e.a. werd door het Hof van Beroep te Antwerpen nagegaan of de zeevervoerder zijn plicht om de schade (t.t.z. de kosten) te beperken was nagekomen, zij het weliswaar (opnieuw) onder de toepassing van Frans recht.[29]

Deze schadebeperking kan in de praktijk de vorm aannemen van de verkoop van de goederen na hiertoe bij Beschikking te zijn gemachtigd ingevolge een verzoek tot pandverzilvering. Eveneens zou in theorie kunnen worden gedacht aan het strippen van de containers om de inhoud ervan elders op te slaan maar in dit geval zouden dan allicht (ook) daar bewaringskosten beginnen te lopen waarbij

[26] Cass. 17 januari 1992, Arr. Cass. 1991-92, 436, Pas. 1992, 421 en TBH 1993, 237, noot M.E. Storme.

[27] H. Tiberg, Law Of Demurrage, 4e editie, Londen, Sweet & Maxwell, 1995, p. 539.

[28] Merk inzake de notie 'goede trouw' het contrast op met de visie van Lord Justice Moore-Bick in de besproken zaak MSC t./ Cottonex Anstalt stellende dat "*the recognition of a general duty of good faith would be a significant step in the development of our law of contract with potentially far-reaching consequences*" gevolgd door de waarschuwing: "*there is, in my view, a real danger that if a general principle of good faith were established it would be invoked as often to undermine as to support the terms in which the parties have reached agreement*".

[29] Het Hof oordeelde: *"Verder heeft de eerste rechter terecht geoordeeld dat CMA geen nalatigheid kan worden verweten in haar plicht de schade (de kosten) te beperken (…) CMA bewijst voldoende naar recht dat de goederen door de douane- administratie pas werden vrijgegeven voor export bij bericht van 9 juli 2013 zodat het verzoekschrift tot pandverzilvering van 23 september 2013 niet als laattijdig kan worden beschouwd. De verkoop volgde eveneens binnen een redelijke termijn (…)"*.

het niet de bedoeling kan zijn dat deze kosten ten laste vallen van de zeevervoerder die de goederen bij een derde in bewaring geeft. Idem voor wat betreft de overige hieraan verbonden kosten zoals deze voor het strippen van de containers.

Dat naar Engels recht de zeevervoerder niet gehouden is om de schade te beperken, komt duidelijk naar voor in de uitspraak inzake MSC t./ Cottonex[30].

Een vonnis van de 12e kamer van de Ondernemingsrechtbank Antwerpen van 20 maart 2019 in de zaak CMA CGM t./ Robema en TSD, geeft dan weer een andere kijk in de beoordeling naar Frans recht van een vordering van aanslepende demurragekosten.

In deze zaak had de zeevervoerder gepleit dat demurrage (en bewaringskosten) als een accessorium van de vracht dienen te worden beschouwd. In het door de Rechtbank te beoordelen geval werden de goederen, verpakt in 2 containers, ter bestemming (Tunis) niet afgehaald. Conform de relevante bepalingen van het Tunesisch douanewetboek zouden de goederen 4 maand na aankomst in Tunis door de douane in beslag zijn genomen. De zeevervoerder vorderde evenwel demurragekosten voor een periode van circa 3 jaar.

De Rechtbank oordeelde dat in de mate deze kosten als een accessorium van de
11 vracht worden beschouwd, zij niet meer kunnen worden aangerekend nadat de prestaties van de zeevervoerder een einde hadden genomen[31].

Zij stelde vast dat de zeevervoerder deze kosten nochtans bleef aanrekenen voor de periode waarna de containers aan de douane waren overgedragen en de terminal hadden verlaten.

Vervolgens overwoog zij als volgt:

> *"De rechtbank begrijpt niet [dat] CMA CGM kosten blijft aanrekenen, terwijl zij niet langer enige verantwoordelijkheid voor deze goederen draagt. Er is dan ook niet langer sprake van diensten of prestaties die door CMA CGM worden geleverd. Aldus is de aanrekening van kosten voor deze containers niet langer verantwoord vanaf het ogenblik dat de douane in het bezit is gesteld van de containers.*

[30] *"Both on this authority and on principle, I think it clear that, in circumstances where the parties have agreed the amount payable by the Shipper as damages for its breach of contract, there is no scope for reducing that amount on the ground that the Carrier has failed not take reasonable steps to mitigate its loss. The purpose and effect of a liquidated damages clause is to make proof of the claimant's actual loss unnecessary and irrelevant. Since the Claimant's entitlement to the agreed damages does not depend on whether any loss that it did suffer ought reasonably to have mitigated".*

[31] Bovendien werd geoordeeld dat uit de definitie van demurrage zoals opgenomen in de cognossementvoorwaarden, volgt dat van zodra de containers de terminal hebben verlaten, geen demurrage meer kan worden aangerekend.

Vanaf dit ogenblik was CMA CGM niet langer in staat om haar contractuele verplichtingen onder het contract van zeevervoer – zijnde de materiële aflevering van de lading- na te komen".

Het hoeft weinig uitleg dat de "*frustration of the commercial purpose of the adventure"* hier met onverborgen blik om de hoek komt kijken.

De Ondernemingsrechtbank Antwerpen sloot zich hiermee overigens aan bij een arrest van het Hof van Beroep van Aix-en –Provence van 8 september 2010 waarin op grond van dezelfde motieven de klok eveneens werd stilgezet op het moment dat de zeevervoerder de goederen niet meer kon afleveren (in dit geval omdat ze waren gestolen)[32].

De Rechtbank oordeelde dat elke verderzetting van het contract, met als enige oogmerk om bijkomende stillig- of bewaringskosten te kunnen innen, rechtsmisbruik uitmaakt[33].

De Rechtbank (nogmaals: die de zaak beoordeelde naar Frans recht) ging mee in de zienswijze van de zeevervoerder dat overliggelden een toebehoren van de vracht uitmaken, dat deze derhalve kaderen in de vervoerovereenkomst … om vervolgens de val te laten dichtklappen door vast te stellen dat aan de verplichtingen van de zeevervoerder een einde kwam toen de goederen in beslag werden genomen zodat deze vanaf dan geen overliggelden meer te vorderen heeft.

Opmerkelijk maar consequent met de door haar gevolgde lijn oordeelde de Rechtbank bovendien dat aangezien de douane naliet initiatieven te nemen om over te gaan tot openbare verkoop van de goederen, het aan de zeevervoerder zelf toekwam de vrijgave van de containers te bekomen (en dus niet aan de goederenbelanghebbende).

De Rechtbank hield echter alle opties open en stelde dat indien men de overliggelden (en bewaringskosten) niet beschouwt als een toebehoren van de vracht maar als een schadebeding, hetgeen naar haar oordeel meer aansloot met de realiteit, deze in aanmerking komen voor matiging.

Net als het Hof van Beroep twee dagen eerder stelde de Rechtbank vast dat naar Frans recht (het destijds toepasselijke art. 1152 van de Franse Code Civil) schadebedingen kunnen worden gematigd.

---

[32] Cour d'appel d'Aix-en-Provence, 8 september 2010, nr. 2010/336 : *"S'agissant des frais d'immobilisation, ceux- ci ne peuvent être raisonnablement exigés postérieurement au vol dénoncé à la société (…) le 12 décembre sauf à admettre que ceux-ci seraient dûs indéfiniment. En effet, il est acquis qu'à compter de cette date l'obligation de donnes à laquelle était tenue la Société (…) ne pouvait être exécutée en nature (…)"* .

[33] Vergelijk met de overweging in de zaak MSC t./Cottonex Anstalt: *"(…) it is illegitimate to keep the contract open for the sole purpose of claiming demurrage if it is clear that no such loss is being suffered*" .

Waar vervolgens misschien verwacht zou kunnen worden dat de Rechtbank de matiging zou doorvoeren door het lopen van de demurragekosten te beperken tot één jaar, oordeelde zij echter als volgt:

> *"In het allerbeste geval zou CMA CGM aanspraak kunnen maken op de stillig- en bewaringskosten gedurende de periode dat zij effectief de bewaring en de verantwoordelijkheid over deze containers heeft gehad.*
>
> *Gelet op de houding van CMA CGM, die doelbewust de rechtbank en de partijen heeft trachten te misleiden omtrent de werkelijkheid van de door haar verrichte prestaties en de periode gedurende dewelke zij de containers heeft bijgehouden, herleidt de rechtbank de gevorderde kosten tot nul.*
>
> *Enkel de bedragen die de restwaarde van de containers vertegenwoordigen komen voor vergoeding in aanmerking"*

Of de precedentwaarde van dit vonnis van de Ondernemingsrechtbank van 20 maart 2019 zich -net zoals dit van het arrest van het Hof van Beroep van 18 maart 2019- verder uitstrekt dan tot de toepassing van Frans recht, lijkt mij te betwijfelen zodat het veel te vroeg is om in dezen te gewagen van een brug van de Belgische naar de Engelse rechtspraak.

13

We zagen hoe recente Engelse en Belgische rechtspraak, ook al werd toepassing gemaakt van Frans recht, zich beperkend heeft uitgesproken ten aanzien van 'parkeermetervorderingen'.

De situatie in Nederland is mij veel minder bekend en gezien de samenstelling van het gezelschap zou ik er mij overigens niet aan wagen hierover stellige uitspraken te doen.

Zoals reeds vermeld kan een 'strafbeding' naar Belgisch recht uitsluitend een vergoedend en geen punitief[34] karakter hebben.

Wat ik dacht te hebben begrepen -en U zal mij zo dadelijk corrigeren wanneer ik de bal mis sla- is dat dit naar Nederlands recht (Art. 6:91 en 94 Nederlands

[34] Ook het Hof van Cassatie ziet de als strafbeding bepaalde geldsom enkel als een forfaitaire schadevergoeding voor de mogelijke schade die de schuldeiser lijdt ten gevolge van het niet nakomen van die verbintenis. Cass. 28 april 2011, Pas. 2011, 1991.

Burgerlijk Wetboek) niet zo is en het boetebeding kan strekken tot zowel schadevergoeding als aansporing tot nakoming[35].

De matigingsbevoegdheid van de rechter zou dan weer zijn opgenomen in art. 6:94 lid 1 BW naast de redelijkheid en billijkheid uit art. 6:248 BW.

Wat ik eveneens meende te hebben begrepen is dat in de zakelijke contractuele sfeer het arrest Intrahof/Bart Smit de laatste stand van zaken weergeeft voor wat betreft de matiging van contractuele boetes[36].

Deze zou inhouden dat slechts wanneer de toepassing van een boetebeding in de gegeven omstandigheden tot een onaanvaardbaar resultaat leidt, de rechter van zijn bevoegdheid tot matiging gebruik mag maken. Hij moet daarbij letten op de verhouding tussen de daadwerkelijk geleden schade en de hoogte van de boete, de aard van de overeenkomst, de inhoud en strekking van het beding en de omstandigheden waaronder het is ingeroepen.

Of Nederlandse rechtbanken (op uitspraken van arbitrale colleges heb ik weinig zicht) net als hun Belgische en Franse collega's met deze matigingsbevoegdheid aan de slag zijn gegaan is mij, spijts enig verricht opzoekingswerk, niet gekend maar zal me -dank zij het aanwezige gezelschap- allicht snel duidelijk worden gemaakt.

Vlaardingen, 4 april 2019

Frank Vennekens

Ondervoorzitter van de Ondernemingsrechtbank Antwerpen

Voorzitter van de 1e Maritieme Kamer

[35] A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, Mr. C. Assers Handleiding tot beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 6. Verbintenissenrecht Deel I*.Boetebeding, inleidende opmerkingen, Deventer: Kluwer 2014.

[36] HR 27 april 2007, ECLI:NL:PHR:2007:AZ6638, NJ 2007/262 (Intrahof/Bart Smit).