

De aansprakelijkheid voor wrakopruimingskosten van ‘verdwenen’ schepen

Een bespreking van het *Qubio*-arrest in het licht van huidig en toekomstig recht

De Hoge Raad heeft zich in het *Qubio*-arrest van 10 juli 2015 moeten uitlaten over artikel 10 Wrakkenwet. Aan de orde was de vraag of de beheerder van een vaarwater op grond van dit artikel zijn onder de Wrakkenwet gemaakte kosten kan verhalen op de scheepseigenaar, zelfs wanneer het wrak niet verwijderd hoeft of hoefde te worden. De Hoge Raad beantwoordt deze vraag bevestigend. De auteur beargumenteert dat de Hoge Raad in het arrest een toetsing *ex tunc* voor ogen lijkt te hebben: kon de beheerder op het moment dat hij de kosten voor het nemen van de wrakopruimingsmaatregelen maakte, op basis van de op dat moment beschikbare informatie redelijkerwijs overgaan tot het maken van die kosten? Wanneer vervolgens achteraf blijkt dat de gevaren van het niet verwijderen niet zodanig waren dat het niet noodzakelijk is of was het wrak op te ruimen, zou dat niet tot de conclusie mogen leiden dat de scheepseigenaar niet voor de *ex tunc* genomen maatregelen aansprakelijk is. Naast deze bespreking van het arrest zelf en de achterliggende Wrakkenwet, bespreekt de auteur ook het (mogelijke) belang van dit arrest voor de toekomstige Wet Bestrijding Maritieme Ongevallen.

1. Inleiding

Op 14 april 2015 is het in 2007 tot stand gekomen Internationale Verdrag van Nairobi inzake het opruimen van wrakken (hierna: het Wrakopruimingsverdrag) in werking getreden voor een aantal landen. Nederland is vooralsnog niet een van die landen. Het Wrakopruimingsverdrag biedt de verdragsstaten mogelijkheden om te bewerkstelligen dat wrakken van zeeschepen binnen hun Exclusieve Economische Zone snel en adequaat worden verwijderd. Verder biedt het verdrag mogelijkheden om op te treden tegen bijna zinkende of strandende schepen en al dan niet losgeslagen lading die een gevaar opleveren voor het scheepvaartverkeer, het marie-

ne milieu of andere kustbelangen.¹ De implementatie van het Wrakopruimingsverdrag zal in de Nederlandse wet hoofdzakelijk gestalte krijgen in de Wet Bestrijding Maritieme Ongevallen (hierna: WBMO). De WBMO ligt momenteel nog als wetsvoorstel bij het parlement.² Zodra de WBMO in werking treedt, zal dit gevolgen hebben voor bestaande wetgeving die hetzelfde regelt als de WBMO. Zo zal de Wet Bestrijding Ongevallen Noordzee (hierna: WBON) in zijn geheel komen te vervallen.³ Verder zal de inwerkingtreding van WBMO gevolgen hebben voor de Wrakkenwet.⁴ Het toepassingsbereik van die wet zal aanzienlijk worden beperkt. De Wrakkenwet zal niet (meer) van toepassing zijn op wrakken in de zin van de WBMO.⁵ De *facto* betekent dit dat de Wrakkenwet alleen nog van toepassing zal zijn voor opruiming van voorwerpen die niet afkomstig zijn van zeeschepen (bijv. vliegtuigwrakken) en op niet-zeeschepen die zijn vastgeraakt op en langs de binnenwateren, alsmede op te water geraakte zaken of auto's langs de binnenvaarwegen.⁶ Het verhaalsrecht van de beheerder op het geborgene onder de Wrakkenwet blijft onverkort gelden. Dit verhaalsrecht zal ook gaan gelden voor wrakken die geborgen zijn met toepassing van de WBMO.⁷

Ondanks de inwerkingtreding van de WBMO, blijft de meer dan zeventig jaar oude Wrakkenwet relevant voor de (maritieme) rechtspraktijk. Dat er na meer dan zeventig jaar nog steeds vragen blijven bestaan over de Wrakkenwet, blijkt uit een recent arrest van de Hoge Raad. Het betreft het *Qubio*-arrest van 10 juli 2015.⁸ In dit arrest heeft de Hoge Raad zich moeten uitlaten over artikel 10 Wrakkenwet. Kan de beheerder op grond van dit artikel zijn onder de Wrakkenwet gemaakte kosten verhalen op de scheepseigenaar, ook al hoeft het wrak niet verwijderd te worden? In deze bijdrage aandacht voor deze vraag en het antwoord van de Hoge Raad. De wijze van behandelen is als volgt. Hierna volgt eerst een bespreking van artikel 10 Wrakkenwet (paragraaf 2). Vervol-

* Mr. A. van Hal is werkzaam als advocaat bij advocatenkantoor Smallegange N.V. te Rotterdam. De auteur dankt mr. J.F. van der Stelt en mr. P.F.W.A. van Dam voor hun waardevolle opmerkingen over eerdere versies van deze bijdrage.

1. *Kamerstukken II* 2014/15, 34069, 3, p. 1 (MvT).
2. Regels ten aanzien van de bestrijding van maritieme ongevallen, met inbegrip van wijziging van Boek 8 van het Burgerlijk Wetboek en enige andere wetten, ter uitvoering van het op 18 mei 2007 tot stand gekomen Verdrag van Nairobi inzake het opruimen van wrakken (Wet bestrijding maritieme ongevallen) met dossiernummer 34069.
3. *Kamerstukken II* 2014/15, 34069, 3, p. 3 (MvT).
4. Wet van 19 juli 1934, tot vaststelling van bepalingen omtrent de opruiming van vaartuigen en andere voorwerpen, in openbare wateren gestrand, gezonken of aan den grond geraakt of in waterkeeringen of andere waterstaatswerken vastgeraakt (*Stb.* 1934, 401).
5. *Kamerstukken II* 2014/15, 34069, 3, p. 7 (MvT).
6. *Kamerstukken II* 2014/15, 34069, 3, p. 7 (MvT).
7. Zie het nieuwe artikel 12a Wrakkenwet in: *Kamerstukken II* 2014/15, 34069, 2, p. 16 (Wetsvoorstel). Zie ook: *Kamerstukken II* 2014/15, 34069, 3, p. 7 (MvT).
8. HR 10 juli 2015, ECLI:NL:HR:2015:1836 (*Qubio*).

gens volgt een uiteenzetting van de feiten en het procesverloop in het *Qubio*-arrest (paragraaf 3). Daarna volgen enkele opmerkingen over het arrest (paragraaf 4). In de vijfde paragraaf komt het toekomstig recht aan bod; is dit arrest relevant voor de WBMO? De zesde en laatste paragraaf bevat de conclusie.

2. Artikel 10 Wrakkenwet

Artikel 10 Wrakkenwet luidt als volgt:

'De kosten, krachtens deze wet gemaakt, komen, voor zooveel zij niet door belanghebbenden zijn terugbetaald, of uit de opbrengst van het krachtens artikel 6 verkochte kunnen worden gekweten, ten laste van den beheerder, onverminderd diens bevoegdheid om de krachtens dit artikel te zijnen laste komende kosten te verhalen op dengene, die volgens de wet daarvoor aansprakelijk is.'

Artikel 10 vormt het sluitstuk van de Wrakkenwet. Wanneer een vaartuig of een ander voorwerp is gestrand, is gezonken, of aan de grond is geraakt in openbare wateren (incl. territoriale wateren), is de beheerder van dat water bevoegd tot opruiming over te gaan.⁹ Wanneer die beheerder vervolgens kosten maakt voor opruiming, berging, verlichting, bewaking of vervoer van het wrak,¹⁰ mag hij deze kosten verhalen op het geborgene.¹¹ Korthals Altes spreekt in dit verband over een aansprakelijkheid *in rem* van de belanghebbende bij het wrak.¹² Deze *in-rem*-aansprakelijkheid van de belanghebbende komt voort uit de nalatigheid van de scheepseigenaar om het wrak zelf op te ruimen. De beheerder heeft dit verhaalsrecht onverschillig hoe en waarom het wrak tot obstakel werd. Zover hoeft het niet te komen. Het staat belanghebbenden vrij om het geborgene op te vorderen. Vereist is daarvoor wél dat zij de kosten van de beheerder vergoeden of daarvoor zekerheid stellen.¹³ In de praktijk melden de belanghebbenden zich veelal niet en maakt de beheerder gebruik van zijn verhaalsrecht. De kosten van de wrakopruiming overtreffen

de waarde van het geborgene vrijwel steeds. Een (groot) deel van zijn kosten kan de beheerder dan ook veelal niet verhalen op het geborgene. Omdat het hier kosten betreft die gemaakt zijn in het algemeen belang, komen deze kosten op grond van artikel 10 Wrakkenwet in beginsel voor rekening van de beheerder.¹⁴ Echter, dit is wél onverminderd de bevoegdheid van de beheerder om deze kosten te verhalen op degene die volgens de wet daarvoor aansprakelijk is.¹⁵ Deze verhaalsvordering van de beheerder op de volgens de wet aansprakelijke partij dient gekwalificeerd te worden als een vordering uit onrechtmatige daad.¹⁶ Getuige het slot van artikel 10 Wrakkenwet, beoogt dit artikel (en de Wrakkenwet in zijn geheel) géén eigen vorm van verhaal en aansprakelijkheid te scheppen voor een restant van de (wrakopruimings)kosten. De Wrakkenwet sluit aan bij al bestaande gronden voor verhaal en aansprakelijkheid.¹⁷ De beheerder zal zijn vordering moeten baseren op het 'gemene' recht. Uit de parlementaire geschiedenis¹⁸ en literatuur¹⁹ blijkt dat tot 1994 alleen de partijen die opzettelijk het zinken hadden veroorzaakt of daar schuld aan hadden, aansprakelijk waren voor het restant van de opruimingskosten. Naast de scheepseigenaar konden dit ook derden zijn. Veelal waren het aanvaringen die het zinken tot gevolg hadden. Zij die schuld aan de aanvaring hadden en daarmee aan het zinken, waren aansprakelijk voor het restant van de opruimingskosten.²⁰ Uit de jurisprudentie van vóór 1994 blijkt wél dat de Staat een belang moest hebben bij het opruimen van het wrak.²¹ Ook ná 1994 kan schuld hebben aan het zinken ertoe leiden dat een partij aansprakelijk is voor het restant van de opruimingskosten. Echter, een vereiste is dit niet meer. Sinds het arrest van de Hoge Raad in de zaak *Staat/August de Meijer*²² kan een partij ook aansprakelijk zijn voor de opruimingskosten wanneer hij of zij niet verwijtbaar heeft gehandeld. In dit arrest overweegt de Hoge Raad het volgende:

'Het onderdeel doet daartoe een beroep op HR 7 mei 1982, NJ 1983, 478 en HR 4 november 1988, NJ 1989, 854, waarin is beslist dat "degene wiens zaak op eens anders per-

9. Artikel 1 Wrakkenwet.

10. Artikel 2 lid 4 Wrakkenwet.

11. Artikel 6 Wrakkenwet.

12. A. Korthals Altes, *Prijs der Zee. Raakolak van redding, strandrecht en wrakwetgeving* (diss. Amsterdam UvA), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1973, p. 223.

13. Artikel 5 Wrakkenwet.

14. Zie *Kamerstukken II 1883/84*, 183, 3, p. 2 (MvT) bij de Wet betreffende de opruiming en beheer van vaartuigen enz. in binnenwateren gestrand, gezonken, aan den grond geraakt of vastgeraakt van 23 juli 1885 (*Stb.* 151). Deze wet is de voorloper van de huidige Wrakkenwet (artikel 12 Wrakkenwet).

15. Het gaat het bestek van deze bijdrage te buiten om uitgebreid in te gaan op het privaatrechtelijk verhaal van kosten onder de Wrakkenwet door de beheerder. Voor een uitgebreide bespreking hierover en de 'doorkruisingsleer' kan men o.m. terecht bij L.J.J. Rogier, 'De opruiming van scheepswrakken en het Verdrag van Nairobi', in: M.A.I.H. Hoeks e.a. (red.), *Verbindend recht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 427-441. In HR 15 januari 1999, *AB 2000/196 (Eemshorn)* is bepaald dat de weg van het privaatrechtelijk verhaal onder de Wrakkenwet voor de beheerder mogelijk is.

16. HR 14 december 1979, *S&S 1980/25 (Otrate)*; Zie hierover ook: L.J.J. Rogier, 'De opruiming van scheepswrakken en het Verdrag van Nairobi', in: M.A.I.H. Hoeks e.a. (red.), *Verbindend recht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 429-433.

17. A. Korthals Altes, *Prijs der Zee. Raakolak van redding, strandrecht en wrakwetgeving* (diss. Amsterdam UvA), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1973, p. 225.

18. *Kamerstukken II 1883/84*, 183, 3, p. 2 (MvT).

19. A. Korthals Altes, *Prijs der Zee. Raakolak van redding, strandrecht en wrakwetgeving* (diss. Amsterdam UvA), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1973, p. 223.

20. Zie o.m.: Hof Den Haag 10 januari 1986, *S&S 1986/124*. Het was niet altijd een aanvaring die aanleiding tot aansprakelijkheid gaf. Schuld is ook aangenomen in het geval waar de onstabiele van het schip tot het zinken leidde. Zie o.m.: Hof Den Haag 24 oktober 1969, *S&S 1971/2* en Rb. Rotterdam 3 februari 1984, *S&S 1984/3 (Ruhr)*.

21. Zie o.m. Rb. Rotterdam 15 maart 1974, *NJ 1976/133 (Smaal/Staat)*, waarbij het opruimen noodzakelijk was in verband met de belangen van de scheepvaart en Rb. Rotterdam 3 februari 1984, *S&S 1984/3 (Ruhr)*, waarbij werkzaamheden verricht zouden gaan worden op de plaats waar de gezonken laadkisten lagen.

22. HR 14 oktober 1994, *NJ 1995/720*, m.nt. MS (*August de Meijer*). Zie over deze uitspraak o.m. G.J. van der Ziel, 'Hoge Raad 14 oktober 1994 (Kraan 2)', in: K.F. Haak, *Uitspraak & Uitleg. Rechtspraak zee- en vervoerrecht*, Deventer: Kluwer 1998, p. 172-175; en L.J.J. Rogier, 'De opruiming van scheepswrakken en het Verdrag van Nairobi', in: M.A.I.H. Hoeks e.a. (red.), *Verbindend recht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 427-441.

ceel terecht komt (hetgeen inbreuk maakt op diens eigendom), ook al valt hem daarvan op zichzelf geen verwijt te maken, terstond nadat hij van de situatie op de hoogte is gekomen jegens die ander gehouden is die zaak van dat perceel te verwijderen en door dat na te laten jegens die ander onrechtmatig handelt". Het betrof hier respectievelijk een omgewaaide boom en uit een hoger gelegen tuin afkomstig "tuinmateriaal". De voor dergelijke gevallen geformuleerde regel is niet zonder meer van toepassing in de situatie dat een voorwerp is terechtgekomen op de bodem van een vaarwater, zonder dat de eigenaar van dat voorwerp daarvan een verwijt valt te maken. In dat geval zal voor diens aansprakelijkheid voor de kosten van opruiming in beginsel vereist zijn dat de beheerder van het water stelt, en zonodig bewijst, dat de gevaren verbonden aan het niet verwijderen van dat voorwerp zo groot zijn dat zij hem redelijkerwijs tot verwijdering noopten. Het voorgaande brengt mee dat de door het onderdeel verdedigde opvatting niet als juist kan worden aanvaard.²³

Deze regel is herhaald in het *Danah*-arrest uit 2002.²⁴ Onder het 'droge' recht is het enkele niet verwijderen van een op een perceel van ander terechtgekomen voorwerp onrechtmatig.²⁵ Deze regel geldt ook wanneer voorwerpen terechtkomen op de bodem van een vaarwater, met dien verstaande dat de beheerder van het vaarwater in zo'n geval moet aantonen dat opruiming redelijkerwijs geboden is gegeven het gevaar bij het niet verwijderen van het wrak. De arresten in de zaken *Staat/August de Meijer* en *Danah* hebben de posities van beheerders aanzienlijk verbeterd.²⁶ Als eerste geldt dat de beheerder er een aansprakelijke persoon bij heeft gekregen in het geval een ander dan de eigenaar schuld heeft aan het zinken. Waar de beheerder voorheen alleen zijn pijlen kon richten op de schuldige partij, kan hij het restant van de wrakopruijningskosten nu ook verhalen op de scheepseigenaar. Verder moesten beheerders voorheen bewijzen dat het zinken het gevolg was van de opzet of schuld van een partij. Naar het huidige recht moeten zij enkel aantonen dat de wrakopruijning redelijkerwijs geboden was gezien de gevaren verbonden aan het niet verwijderen van het wrak (bijv. in verband met scheepvaart- of kuststaatbelangen). De vraag is hoe deze 'verkapte' risicoaansprakelijkheid toegepast wordt in een geval waarbij er géén noodzaak blijkt te zijn (geweest) om een wrak op te ruimen. Kan een beheerder in een dergelijk geval dan zijn gemaakte kosten voor bijvoorbeeld het markeren van de laatst bekende positie van het schip verhalen op de scheepseigenaar? Deze vraag stond centraal in de *Qubio*-zaak.

3. Feiten en procesverloop

Van der Schalk was eigenaar van het plezierjacht *Qubio*. In de ochtend van 3 augustus 2009 voer Van der Schalk samen

met zijn zoon op de Noordzee. Toen zij ergens tussen Scheveningen en Stellendam voeren, hoorden vader en zoon een harde klap. Deze klap was afkomstig van de voorzijde van het schip. De *Qubio* zonk vervolgens. Wat de oorzaak is van de klap en het uiteindelijke zinken, blijft onopgehelderd. Vader en zoon werden opgepikt door een voorbijvarende sleper, die hen in veiligheid bracht. Diezelfde dag rukte een schip van Rijkswaterstaat uit om de *Qubio* te lokaliseren en te markeren. De *Qubio* werd niet gevonden. Rijkswaterstaat plaatste twee kardinale boeien op de plaats waar de sleper vader en zoon had opgepikt. Rijkswaterstaat plaatste deze kardinale boeien omwille van de veiligheid van het vaarwaterverkeer. Kardinale boeien worden voornamelijk gelegd op bredere vaarwateren, meren en op zee ter markering van obstakels en/of afzonderlijke gevaren. Deze kardinale boeien hebben een geel-zwarte kleurencombinatie en kunnen voorzien zijn van verlichting.²⁷ Ongeveer drie weken na het plaatsen van de boeien, haalde Rijkswaterstaat de boeien weer op. De kosten voor het leggen en ophalen van de boeien bedragen € 18 234,40. De Staat der Nederlanden (hierna: de Staat) spreekt Van der Schalk aan tot vergoeding van deze kosten. Grondslag van deze vordering is artikel 10 Wrakkenwet jo. artikel 6:162 BW. Van der Schalk voert verweer tegen de vordering.

In eerste aanleg en in hoger beroep vond de Staat géén lusterend oor. De rechtbank²⁸ en het gerechtshof²⁹ wezen de vordering van de Staat af. Beide instanties zijn van oordeel dat de Staat de kosten van het markeren van de *Qubio* niet kan verhalen op de scheepseigenaar op grond van artikel 10 Wrakkenwet jo. artikel 6:162 BW. De rechtbank nam géén aansprakelijkheid van de scheepseigenaar aan omdat onder meer niet gebleken is dat de scheepseigenaar onrechtmatig heeft gehandeld. De rechtbank wees er in dit verband onder meer op dat er geen noodzaak méér was het schip op te ruimen, nu het kennelijk diep genoeg in de zeebodem gezonken was.³⁰ In hoger beroep voerde de Staat aan dat de aansprakelijkheid van de scheepseigenaar erin ligt dat hij heeft nagelaten het wrak te markeren. Ook daarin volgt het gerechtshof de Staat niet. Het gerechtshof is van mening dat niet gebleken is dat de scheepseigenaar onrechtmatig heeft gehandeld door het wrak niet te markeren. Zo mocht de scheepseigenaar onder meer het wrak zelf niet markeren.³¹

In cassatie oordeelt de Hoge Raad echter anders. Nadat A-G Wuisman tot de conclusie is gekomen dat de eigenaar van de *Qubio* wél aansprakelijk is voor de markeringskosten,³² volgt ook de Hoge Raad. De Hoge Raad begint de relevante overwegingen met een uiteenzetting van het geldende recht voor wat betreft wrakopruijning en het verhaal van gemaakte kosten door de beheerder. Met verwijzing naar de eerder besproken arresten *Staat/August de Meijer* en *Danah*, herhaalt de Hoge Raad dat een scheepseigenaar bij het niet ver-

23. HR 14 oktober 1994, NJ 1995/720, m.nt. MS (*August de Meijer*), r.o. 3.5.

24. HR 8 maart 2002, S&S 2002/70 (*Danah*).

25. Zie o.m. HR 7 mei 1982, NJ 1983/478; HR 4 november 1988, NJ 1989/854.

26. G.J. van der Ziel, 'Hoge Raad 14 oktober 1994 (Kraan 2)', in: K.F. Haak, *Uitspraak & Uitleg. Rechtspraak zee- en vervoerrecht*, Deventer: Kluwer 1998, p. 175.

27. Zie: International Association of Marine Aids to Navigation and Lighthouse Authorities Maritime Buoyage System (www.iala-aism.org/).

28. Rb. Arnhem 21 december 2011, S&S 2012/110 (*Qubio*).

29. Hof Arnhem-Leeuwarden 11 februari 2014, S&S 2014/97 (*Qubio*).

30. Rb. Arnhem 21 december 2011, S&S 2012/110 (*Qubio*), r.o. 4.4.

31. Hof Arnhem-Leeuwarden 11 februari 2014, S&S 2014/97 (*Qubio*), r.o. 4.11.

32. PHR 3 april 2015, ECLI:NL:PHR:2015:410.

wijderen van een wrak pas onrechtmatig handelt wanneer er sprake is van een situatie waarbij de gevaren verbonden aan het niet verwijderen van het wrak zo groot zijn dat deze de beheerder redelijkerwijs tot verwijdering noopten. Vervolgens overweegt de Hoge Raad dat er in deze zaak géén noodzaak tot verwijdering was. De Qubio bleek immers verdwenen, althans diep genoeg weggezakt in de zeebodem. De Staat zag dan ook (terecht) géén noodzaak meer om het jacht van de zeebodem te verwijderen. Omdat de noodzaak tot verwijderen ontbrak, lijkt de conclusie dan ook te moeten zijn dat de eigenaar van de Qubio niet onrechtmatig heeft gehandeld jegens de beheerder. Immers, het enkele feit dat de scheepseigenaar het wrak niet van de zeebodem verwijderde, is onvoldoende om onrechtmatigheid aan te nemen. De Hoge Raad meent echter anders. Hij overweegt als volgt:

'3.3.4. De onderdelen betogen terecht dat ook in een zodanig geval [een geval waarbij verwijdering van het voorwerp niet nodig is – AvH] aansprakelijkheid van de eigenaar van het voorwerp bestaat. Grondslag van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad van de eigenaar van het voorwerp in de arresten Staat/August de Meijer en Staat/KMT is het niet-voldoen aan de daarin genoemde verwijderingsplicht. Het in die arresten voor die aansprakelijkheid gestelde vereiste dat de gevaren verbonden aan het niet-verwijderen van het voorwerp zo groot zijn dat zij de beheerder van het vaarwater redelijkerwijs tot verwijdering nopen, heeft als strekking dat deze aansprakelijkheid bij vaarwater alleen op haar plaats is als de beheerder daarvan in verband met de gevaren die aan de aanwezigheid van het voorwerp zijn verbonden, redelijkerwijs tot het nemen van maatregelen is genoodzaakt. Ook indien verwijdering van het voorwerp door de beheerder niet nodig is of blijkt te zijn, maar het voorwerp (mogelijk) wel een zodanig gevaar voor de scheepvaart vormt dat in verband daarmee redelijkerwijs maatregelen noodzakelijk zijn, zoals het markeren van de plaats waar het voorwerp is gezonken, al dan niet slechts van tijdelijke aard of uit voorzorg, bestaat daarom grond voor die aansprakelijkheid. De omstandigheid dat de eigenaar van het voorwerp niet bevoegd is om zelf die maatregelen te treffen, maar dat slechts de beheerder van het vaarwater daartoe bevoegd is, staat niet aan het ontstaan van deze aansprakelijkheid in de weg.'

Noodzaak tot verwijdering alleen is dus niet meer vereist voor aansprakelijkheid van de scheepseigenaar voor de wrakopruimingskosten van de beheerder. De Hoge Raad 'rekt' de regel uit de arresten *August de Meijer* en *Danah* (lees: *Staat/KMT*) op. Ook wanneer er géén noodzaak blijkt te bestaan een wrak op te ruimen, kan een scheepseigenaar aansprakelijk zijn voor de (wrakopruimings)kosten van de beheerder. Vereist is in dat geval wél dat het wrak (mogelijk) een zodanig gevaar voor de scheepvaart vormt dat in verband daarmee redelijkerwijs (tijdelijke en/of voorzorgs)maatregelen nodig zijn.

4. Ex tunc of ex nunc?

Bij een nadere bestudering van het *Qubio*-arrest, dwalen de gedachten van de auteur af naar Albert Einstein. Deze wereldberoemde natuurkundige zou ooit eens tegen een van zijn studenten het volgende hebben gezegd: 'The result is correct, but the proof is faulty. (...) The main thing is the content, not the mathematics.'³³ Voor het *Qubio*-arrest lijkt hetzelfde te gelden; het 'result' is begrijpelijk, maar aan de 'proof' lijkt nog een en ander te schorten. Hoewel ook hier geldt dat het meeste gewicht toe moet komen aan het uiteindelijke oordeel ('the content'), moeten de overwegingen tot dat oordeel ('the mathematics') het oordeel wel kunnen dragen. Naar de mening van de auteur, slaat de Hoge Raad een aantal stappen over om tot een op zichzelf begrijpelijk oordeel te komen. De bespreking van het arrest volgt nadat aandacht is besteed aan de vraag die in cassatie niet aan de orde gekomen is: 'Zijn de gemaakte markeringskosten überhaupt kosten die vallen onder het bereik van de Wrakkenwet?' Deze markeringsmaatregelen zijn genomen om de gezonken *Qubio*, althans de plek waar zij was gezonken, waarneembaar te maken voor het scheepvaartverkeer ter voorkoming van een aanvaring.³⁴ Deze kosten maakt de beheerder in het voorstadium van de wrakopruiming. Dit zijn kosten die naar de mening van de auteur vallen onder het bereik van artikel 2 lid 4 Wrakkenwet en de daar genoemde kosten. Partijen hebben in cassatie dus terecht over dit punt niet gediscussieerd. Het punt waarover partijen wél hebben gediscussieerd heeft geleid tot een overweging van de Hoge Raad die op het eerste gezicht aan duidelijkheid te wensen overlaat.

Zoals gezegd, is voor de aansprakelijkheid van de scheepseigenaar voor de kosten van de beheerder alléén plaats als de beheerder redelijkerwijs tot het nemen van de wrakopruimingsmaatregelen genoodzaakt was in verband met de gevaren die aan de aanwezigheid van het wrak zijn verbonden. De aanwezigheid van 'gevaren' en de noodzaak tot het redelijkerwijs nemen van maatregelen zijn onlosmakelijk met elkaar verbonden. Zonder aanwezige 'gevaren' is er géén noodzaak tot het redelijkerwijs nemen van maatregelen. Tot zover is de relevante overweging van de Hoge Raad nog te volgen. Dan volgt de volgende volzin:

'(...) Ook indien verwijdering van het voorwerp door de beheerder niet nodig is of blijkt te zijn, maar het voorwerp (mogelijk) wel een zodanig gevaar voor de scheepvaart vormt dat in verband daarmee redelijkerwijs maatregelen noodzakelijk zijn, zoals het markeren van de plaats waar het voorwerp is gezonken, al dan niet slechts van tijdelijke aard of uit voorzorg, bestaat daarom grond voor die aansprakelijkheid. (...)'

Ook wanneer er géén noodzaak is tot verwijdering, kan het wrak (mogelijk) wél een zodanig gevaar voor de scheepvaart vormen dat in verband daarmee redelijkerwijs maatregelen noodzakelijk zijn, aldus de Hoge Raad. Deze zin leidt tot méér vragen dan hij beantwoordt. Hoe kan zich een situatie

33. Walter Isaacson, *Einstein. His life and universe*, London: Pocket Books 2008, p. 161.

34. Vgl. Hof 's-Hertogenbosch 2 november 1965, *NJ* 1967/142; en Hof Den Haag in: HR 15 januari 1999, *NJ* 1999/306 (*Eemshoorn*). Zie ook: Rb. Rotterdam 28 september 1995, *S&S* 1996/26 voor een zaak buiten de context van de Wrakkenwet betreffende het verhaal van kosten gemaakt met het oog op de veiligheid van de scheepvaartroute.

voordoen waarbij de gevaren verbonden aan de aanwezigheid van het wrak niet groot genoeg zijn om te noodzaken een wrak te verwijderen, maar waarbij de gevaren wél van dien aard zijn dat het wrak gemarkeerd moet worden? Naar de mening van de auteur is er óf sprake van een situatie die noodzaakt tot het nemen van maatregelen óf niet. Immers, wanneer een wrak gemarkeerd moet worden omdat het een gevaar vormt, lijkt daarmee vast te staan dat het wrak beter verwijderd kan worden. Waarom zou er anders een noodzaak bestaan het overige scheepvaartverkeer op de hoogte te stellen van de aanwezigheid van het wrak? Pas wanneer deze overweging van de Hoge Raad gelezen wordt in samenhang met de conclusie van A-G Wuisman vallen de puzzelstukjes op hun plaats. A-G Wuisman schrijft het volgende:

'(...) Deze laatste omstandigheid laat onverlet dat [verweerder] een inbreuk op het eigendomsrecht van de Staat heeft doen ontstaan waaraan, naar de Staat in redelijkheid heeft kunnen aannemen zo lang hem nog niet bekend was dat het jacht in de zeebodem verdwenen was, een zodanig gevaar voor het overige vaarverkeer was of kon zijn verbonden dat het aanbrengen van een markering geboden was. (...)'³⁵

Op het moment dat de Staat de markeringsmaatregelen trof, was het lot van de Qubio onduidelijk. Zolang het lot van de Qubio hem nog onbekend was, heeft de Staat redelijkerwijs kunnen en mogen aannemen dat het schip een zodanig gevaar voor het overige scheepvaartverkeer was of kon zijn. Het samenspel van de overwegingen van de Hoge Raad en de A-G heldert de vermoedelijke bedoeling van de Hoge Raad op. In het licht van de opmerkingen van de A-G, begrijpt de auteur het Qubio-arrest zo dat de Hoge Raad uit wenst te gaan van een toetsing *ex tunc* van de noodzaak tot het nemen van de wrakopruijningsmaatregelen. De vraag die dan bij een toetsing *ex tunc* beantwoord moet worden is of de beheerder op het moment dat hij de kosten voor het nemen van de wrakopruijningsmaatregelen maakte, hij daartoe op dat moment redelijkerwijs kon en mocht overgaan. Kon en mocht de beheerder op basis van de op *dat moment* beschikbare informatie aannemen dat het wrak een zodanig gevaar voor het scheepvaartverkeer vormde of zou kunnen vormen? Wanneer vervolgens achteraf blijkt dat de gevaren van het niet verwijderen niet zodanig waren dat het niet noodzakelijk is of was het wrak op te ruimen, zou dat niet tot de conclusie mogen leiden dat de scheepseigenaar niet voor de *ex tunc* genomen maatregelen aansprakelijk is.³⁶ Hoe het Qubio-arrest uiteindelijk in de rechtspraak toegepast zal worden, zal nog moeten worden gezien. Naar de mening van de auteur zijn er nog een paar onbeantwoorde vragen in dit verband. Zo is het de vraag hoe het Qubio-arrest (en de uitleg daarvan) zich verhoudt tot wrakopruijningskos-

ten die gemaakt worden voor een langere periode (bijv. voor verlichting en bewaking van het wrak). Tot welk moment zijn deze 'voortdurende' wrakopruijningskosten voor rekening van de aansprakelijke scheepseigenaar? Tot het moment dat duidelijk is dat het wrak géén gevaar vormt voor het scheepvaartverkeer en niet verwijderd hoeft te worden? Of is de scheepseigenaar aansprakelijk tot het moment dat het maken van deze kosten gestaakt wordt? Naar de mening van de auteur zou een redelijke toepassing van de regel uit het Qubio-arrest ertoe moeten leiden dat de scheepseigenaar enkel en alleen aansprakelijk is voor de kosten die gemaakt worden tot het moment dat duidelijk wordt dat het wrak géén gevaar (méér) vormt voor het scheepvaartverkeer. In beginsel zou de scheepseigenaar dan niet aansprakelijk zijn voor de opruijningskosten die vanaf dat moment gemaakt worden. Dit is uiteraard anders voor kosten die onlosmakelijk verbonden zijn met het nemen van de maatregelen. Te denken valt bijvoorbeeld aan het markeren van het wrak door middel van bebakening. Het verwijderen van de bebakening is onlosmakelijk verbonden met de *ex tunc* genomen maatregelen. Om die reden is het redelijk om aan te nemen dat dergelijke kosten óók voor rekening komen van de aansprakelijke scheepseigenaar.

5. Qubio en de WBMO

Zoals in de inleiding al besproken, zal het wettelijke regime voor wat betreft de wrakopruijning van zeeschepen een grote verandering ondergaan. Zodra de WBMO in werking treedt, zal de Wrakwet niet langer van toepassing zijn op wrakken in de zin van de WBMO. Onder een 'wrak' verstaat de WBMO een als gevolg van een maritiem ongeval³⁷ gezonken of gestrand zeeschip³⁸ of deel daarvan met inbegrip van zaken die zich aan boord bevinden of hebben bevonden, alsmede een zaak die op zee verloren is en is gestrand, gezonken of op zee op drift geraakt is en een schip dat op het punt staat te stranden of te zinken.³⁹ Ten aanzien van de 'wrakken' en de verwijdering daarvan bevat de WBMO een regeling die bestaat uit drie kernelementen. Deze drie kernelementen zijn de volgende:

- i. de WBMO biedt de Staat de bevoegdheid om wrakken van zeeschepen binnen de Nederlandse EEZ en de Nederlandse binnen- en territoriale wateren te verwijderen wanneer deze wrakken een gevaar opleveren voor de scheepvaart en/of het mariene milieu;
- ii. de WBMO bevat een risicoaansprakelijkheid voor de scheepseigenaar voor de kosten die de Staat maakt voor het rapporteren, lokaliseren, markeren en opruimen van een wrak;

35. PHR 3 april 2015, ECLI:NL:PHR:2015:410.

36. Een vergelijkbare redenering is terug te vinden het arrest van de Hoge Raad in de zaak *Grabow/Comeback* (HR 19 september 1997, S&S 1998/13). In dit arrest overweegt de Hoge Raad in verband met maatregelen ter voorkoming of beperking van waterverontreinigingsschade (artikel 6:92 lid 2 aanhef en onderdeel a BW), dat voldoende is dat degene die zodanige kosten maakt, op grond van de ten tijde van het maken van deze kosten beschikbare gegevens in redelijkheid ervan mocht uitgaan dat schade dreigde. Het is niet van belang of achteraf, op grond van andere gegevens, kan worden vastgesteld dat waterverontreiniging zou zijn uitgebleven indien de preventieve maatregelen niet zouden zijn genomen.

37. Een maritiem ongeval in de zin van de WBMO is een aanvaring, een stranding of een ander navigatie-incident of een ander voorval aan boord van het schip of daarbuiten waardoor materiële schade aan een schip of zijn lading wordt veroorzaakt of dreigt te worden veroorzaakt. Artikel 1 aanhef en onderdeel d WBMO.

38. Een schip in de zin van de WBMO is een zeeschip, ongeacht het type, met inbegrip van draagvleugelboten, luchtkussenvaarttuigen, onderwatervaartuigen, drijvende vaartuigen en drijvende platforms, met uitzondering van platforms die ter plaatse worden ingezet bij de exploitatie, exploitatie of productie van minerale rijkdommen van de zeebodem. Artikel 1 aanhef en onderdeel b WBMO.

39. Artikel 1 aanhef en onderdeel e WBMO.

- iii. de WBMO bevat bepalingen over de verplichte verzekering van de scheepseigenaar en een daaraan gekoppeld rechtstreeks vorderingsrecht van de benadeelde op verzekeraars.⁴⁰

Het gaat het bestek van deze bijdrage te buiten om de WBMO uitgebreid te bespreken.⁴¹ In deze bijdrage komt slechts aan bod de vraag of het *Qubio*-arrest ook relevantie heeft voor de WBMO.

Wanneer een 'wrak' in de zin van de WBMO zich bevindt binnen de Nederlandse EEZ of op de Nederlandse binnen- of territoriale wateren, kent de WBMO de Nederlandse Staat de bevoegdheid toe maatregelen te nemen om het 'wrak' op te ruimen. Ondanks dat de WBMO de Staat de bevoegdheid geeft om 'wrakken' te verwijderen, rust de primaire verplichting daartoe niet op zijn schouders. De primaire verplichting daartoe ligt bij de scheepseigenaar.⁴² Shaw spreekt in dit verband zelfs over de 'core obligation' van de scheepseigenaar onder het Wrakopruiingsverdrag.⁴³ Wanneer een scheepseigenaar verzuimt om aan die opruimverplichting te voldoen, heeft de Staat de bevoegdheid het wrak langs de meest praktische en snelle weg te doen opruimen.⁴⁴ Het betreft wél een geclausuleerde bevoegdheid. Het 'wrak' moet wél een gevaar opleveren voor de scheepvaart en/of het mariene milieu.⁴⁵ De WBMO definieert het begrip 'gevaar' als elke situatie of dreiging die een gevaar of belemmering vormt voor de scheepvaart of naar redelijkerwijs verwacht kan worden zal uitmonden in grote schadelijke gevolgen voor het mariene milieu of schade aan de kustlijn of daarmee samenhangende belangen van een of meer staten.⁴⁶ Wanneer de Staat redenen heeft om aan te nemen dat een wrak een gevaar vormt, draagt hij er zorg voor dat alle redelijkerwijs uitvoerbare maatregelen worden getroffen om de precieze locatie van het wrak vast te stellen, aldus artikel 7 lid 2 WBMO. Het is aan de Minister van Infrastructuur en Milieu om te bepalen of een wrak een gevaar vormt, aldus artikel 8

lid 1 WBMO. De minister neemt deze beslissing wanneer zij met inachtneming van de criteria van artikel 6 Wrakopruiingsverdrag gronden daartoe aanwezig acht. Op grond van dit artikel worden alle omstandigheden meegewogen die zouden kunnen noodzaken tot het opruimen van het wrak bij het bepalen of een wrak een gevaar vormt. De niet-uitputtende lijst⁴⁷ van artikel 6 Wrakopruiingsverdrag vermeldt dat de minister bij het bepalen of een wrak een gevaar vormt rekening dient te houden met onder meer het type, de omvang en constructie van het wrak, de nabijheid van scheepvaartroutes, de hoogte van het wrak boven of onder het wateroppervlak bij het laagste astronomisch getij en de nabijheid van installaties, pijpleidingen, telecommunicatiekabels en vergelijkbare structuren buitengaats. De beslissing dat het wrak een gevaar is, leidt ertoe dat de Staat in actie moet komen. Zo zal de Staat er dan zorg voor moeten dragen dat het wrak gemarkeerd wordt overeenkomstig het toepasselijke internationaal aanvaarde systeem voor bebakening.⁴⁸ Nadat de Staat het wrak deugdelijk gemarkeerd heeft, dient hij er vervolgens zorg voor te dragen dat de bijzonderheden van de markering van het wrak worden bekendgemaakt met behulp van alle gepaste middelen, met inbegrip van zeevaartkundige publicaties. Verder dient de Staat de beschikking dat het wrak een gevaar is mee te delen aan de eigenaar van het schip en de vlaggenstaat. Met onder meer de vlaggenstaat dient de Staat verder te overleggen over de met betrekking tot het wrak te treffen maatregelen. Zodra dit alles gebeurd is, komt men aan bij het daadwerkelijke opruimen van het wrak en de daarmee samenhangende voorschriften in artikel 9-13 WBMO. Uiteraard zullen er kosten gemoeid zijn met de maatregelen die de Staat zal nemen ter zake van het lokaliseren, markeren en verwijderen van het wrak. Onder de WBMO is de scheepseigenaar alleen dan aansprakelijk voor deze kosten wanneer het wrak een 'gevaar' vormt in de zin van de WBMO.⁴⁹ Deze risicoaansprakelijkheid zal te vinden zijn in (het nieuwe) artikel 8:656 BW. Ook onder de WBMO geldt dat de Staat niet zonder meer de kosten voor getroffen

40. Deze drie hoofdbeginselen zijn ontleend aan een Working Paper van Nederland, Duitsland en het Verenigd Koninkrijk uit 1994. Zie ook: R. Shaw, 'The Nairobi Wreck Removal Convention', in: *CMJ Yearbook 2009*, p. 402-416, m.n. p. 408; en W. Irving, 'The Nairobi Convention: Reforming wreck removal in New Zealand', 24 *A&NZ Mar LJ* 2010, p. 90.

41. Voor een beter begrip van de WBMO en het Wrakopruiingsverdrag zie o.m.: J.E. de Boer, 'The International Laws on Wreck Removal: Special Focus on the IMO Draft Convention on Wreck Removal', *TVR* 2001, afl. 5, p. 154-156; J.E. de Boer, 'Het perspectief van Nairobi', *TVR* 2008, afl. 2, p. 53-56; T.C. Wiersma, 'Het Nairobi Wrakopruiingsverdrag 2007 in het licht van de praktijk', *TVR* 2008, afl. 2, p. 57-64; L. Howlett, 'Nairobi International Convention on the Removal of Wrecks 2007', in: *CMJ Yearbook 2007-2008*, 2009, p. 341-345; R. Shaw, 'The Nairobi Wreck Removal Convention', in: *CMJ Yearbook 2009*, p. 402-416, m.n. p. 412; W. Irving, 'The Nairobi Convention: Reforming wreck removal in New Zealand', 24 *A&NZ Mar LJ* 2010, p. 76-92; N.A.M. Gutiérrez, *Limitation of Liability in International Maritime Conventions. The relationship between global limitation conventions and particular liability regimes*, London: Routledge 2011, p. 167-175; S. Dromgoole & C. Forrest, 'The Nairobi Wreck Removal Convention 2007 and hazardous historic shipwrecks', *LMCLQ* 2011, afl. 1, p. 92-122; en L.J.J. Rogier, 'De opruiming van scheepswrakken en het Verdrag van Nairobi', in: M.A.I.H. Hoeks (red.), *Verbindend recht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 427-441.

42. Artikel 9 WBMO. Zie ook *Kamerstukken II* 2014/15, 34069, 3, p. 2 (MvT).

43. R. Shaw, 'The Nairobi Wreck Removal Convention', in: *CMJ Yearbook 2009*, p. 402-416, m.n. p. 412.

44. Artikel 13 lid 1 WBMO. Uiteraard geldt daarbij wel dat de getroffen maatregelen in verhouding moeten staan tot het gevaar dat het wrak oplevert. Het gebruik van de woorden 'meest praktische en snelle weg' in de WBMO geeft de Staat geen vrijbrief buitenproportionele maatregelen te treffen. De maatregelen mogen hetgeen redelijkerwijs noodzakelijk is om het wrak te verwijderen niet overstijgen. Zie *Kamerstukken II* 2014/15, 34057 (R2043), 3, p. 7 (MvT) en T.C. Wiersma, 'Het Nairobi Wrakopruiingsverdrag 2007 in het licht van de praktijk', *TVR* 2008, afl. 2, p. 61.

45. Artikel 1 aanhef en onderdeel f WBMO jo. artikel 8-13 WBMO.

46. Artikel 1 aanhef en onderdeel f WBMO.

47. *Kamerstukken II* 2015/15, 34069, 3, p. 18 (MvT).

48. Artikel 8 lid 2 WBMO. Bijv. overeenkomstig het International Association of Marine Aids to Navigation and Lighthouse Authorities Maritime Buoyage System (www.iala-aism.org/).

49. Vgl. ontwerpartikel 8:656 lid 1 BW in samenhang met de paragrafen 2.3 en 2.4 van de WBMO. De geregistreerde eigenaar van een wrak is aansprakelijk voor de kosten van het lokaliseren, markeren en opruimen van het wrak overeenkomstig die paragrafen. Uit de artikelen in die paragrafen blijkt dat voor het maken van die kosten vereist is dat is vastgesteld dat het wrak een 'gevaar' vormt. Zie bijvoorbeeld artikel 8 lid 2 aanhef en onderdeel a WBMO: 'Indien Onze Minister (...) heeft vastgesteld dat een wrak een gevaar vormt, draagt hij er zorg voor dat: a. alle redelijke maatregelen worden getroffen om het wrak te markeren (...) en artikel 13 lid 1 jo. artikel 10 aanhef en onderdeel a WBMO. Zie in dit verband ook W. Irving, 'The Nairobi Convention: Reforming wreck removal in New Zealand', 24 *A&NZ Mar LJ* 2010,

wrakopruimingsmaatregelen kan verhalen op de scheepseigenaar. Ook onder de WBMO moet er een noodzaak bestaan om het wrak op te ruimen wil de scheepseigenaar aansprakelijk zijn voor de kosten die de Staat maakt voor het lokaliseren, markeren en opruimen van het wrak. De regel uit de arresten van de Hoge Raad over de Wrakkenwet en over de aansprakelijkheid van de scheepseigenaar wordt naar de mening van de auteur onder de WBMO voortgezet. Onverlet het feit dat de scheepseigenaar niet-verwijtbaar heeft gehandeld, moet hij alsnog de wrakopruimingskosten van de Staat vergoeden wanneer de Staat aannemelijk maakt dat het wrak een 'gevaar' vormde in de zin van de WBMO. De vraag is of de Staat ook zijn kosten voor het markeren, lokaliseren en opruimen kan en mag verhalen op de scheepseigenaar wanneer achteraf blijkt dat het 'wrak' géén 'gevaar' vormde. De parlementaire en verdragsgeschiedenis bij en de literatuur over het Wrakopruimingsverdrag en de WBMO geven géén antwoord op die vraag. Naar de mening van de auteur zouden de overwegingen uit het *Qubio*-arrest de Staat hier ter wille kunnen zijn. Wanneer de Staat op basis van beschikbare gegevens ten tijde van het maken van de kosten er redelijkerwijs van uit kon en mocht gaan dat het 'wrak' een gevaar vormde, zal de Staat ook onder de WBMO de scheepseigenaar vermoedelijk kunnen aanspreken voor deze kosten. Het is naar de mening van de auteur niet van belang of achteraf, op grond van andere gegevens, wordt vastgesteld dat er géén gevaar bestond op het moment van het maken van de kosten. Ook onder de WBMO lijkt een toetsing *ex tunc* in plaats van *ex nunc* op zijn plaats bij de beoordeling of een scheepseigenaar aansprakelijk is voor de kosten die Staat maakt voor het lokaliseren, markeren en verwijderen van een wrak.

6. Conclusie

Het *Qubio*-arrest is een nadere invulling op de doctrine met betrekking tot het verhaal van (wrakopruimings)kosten onder Wrakkenwet op de scheepseigenaar. Scheepseigenaren (en hun verzekeraars) moeten sinds 10 juli 2015 er rekening mee houden dat zij niet alléén aansprakelijk zijn voor de (wrakopruimings)kosten van de beheerder wanneer *uiteindelijk* blijkt dat er een noodzaak bestond tot verwijderen van het wrak. Ook wanneer die noodzaak er *achteraf* niet blijkt te zijn geweest en de beheerder toch kosten heeft gemaakt, is het mogelijk dat de beheerder zijn kosten kan verhalen op de scheepseigenaar. Het is dan aan de beheerder om aannemelijk te maken dat hij op het moment van het maken van de (wrakopruimings)kosten redelijkerwijs kon en mocht aannemen dat het wrak een gevaar vormde of zou kunnen vormen.

p. 90, die het feit dat de Staat slechts mag optreden op grond van het Wrakopruimingsverdrag wanneer het wrak een gevaar is voor het mariene milieu en/of de scheepvaart, beschouwt als reden voor het aannemen van een risicoaansprakelijkheid voor de scheepseigenaar.