

Gedrag van toen, normen van nu?

*W.H. van Boom en J.M. Barendrecht**

1. INLEIDING

Met moeite hebben wij de verleiding weerstaan om deze inleiding een frivolere naam mee te geven, zoals bijvoorbeeld 'de tijd heelt alle wonden' of 'de tijd zal het leren'. Meestal zijn dit soort gemeenplaatsen zo juist dat men ze zonder gevaar kan gebruiken als opschrift voor een inleiding. Maar wat betreft het aansprakelijkheidsrecht liggen de zaken gecompliceerder. Als het om aansprakelijkheid gaat, heelt de tijd geen wonden. Hooguit is, wanneer de benadeelde na verloop van geruime tijd een schadeclaim geldend wil maken, zijn positie verzwakt. Door tijdsverloop kan bijvoorbeeld een beroep op verjaring of rechtsverwerking mogelijk geworden zijn, is cruciaal bewijsmateriaal verloren gegaan, heeft de aansprakelijke rechtspersoon opgehouden te bestaan of biedt de aansprakelijkheidsverzekeraar geen dekking meer. Aan de kant van de dader kunnen soortgelijke verschijnselen optreden. Dit zijn nauwelijks gronden om te veronderstellen dat de tijd aansprakelijkheidswonden heelt.

De gedachte dat 'de tijd het zal leren' is evenmin hoopgevend. Met deze wijsheid wordt namelijk vaak aangeduid dat datgene wat men thans niet weet of niet zeker weet, in de toekomst wellicht duidelijker zal worden. Maar in aansprakelijkheidskwesties is het leed dan vaak al geleden. Een van de remedies die in het aansprakelijkheidsrecht zijn gevonden voor dergelijke onzekerheid over de toekomst, is het verplichten tot een hoge mate van voorzichtigheid. De onzekerheid die de toekomstige tijd per definitie met zich brengt, moet namelijk geminimaliseerd worden. Daarom kan degene die een activiteit ontplooit die na enige jaren schadelijk blijkt te zijn, zich tegen een latere aansprakelijkheidsclaim niet zomaar verweren met een beroep op de juridische variant op 'de tijd zal het leren' (c.q. 'de tijd heeft het inmiddels geleerd'). Het ontplooiën van een nieuwe activiteit verplicht

* Mr. W.H. van Boom en prof. mr. J.M. Barendrecht zijn verbonden aan het Centrum voor Aansprakelijkheidsrecht, Katholieke Universiteit Brabant te Tilburg.

tot onderzoek naar de risico's verbonden aan die activiteit.¹ Ook als ten tijde van introductie geen zekerheid bestaat over mogelijke risico's op lange termijn, kan toch onbetamelijkheid worden verweten wanneer in dit opzicht onvoldoende rekening is gehouden met de toekomst. De dader moet dus in zekere zin vooruit kijken.

Omgekeerd moeten juristen in dit soort gevallen vaak achteruit kijken. Als bijvoorbeeld een product dat twintig jaar geleden werd geïntroduceerd, thans schadelijke bijwerkingen blijkt te hebben, dan wordt de delictuele aansprakelijkheid van de producent voornamelijk bepaald door de vraag of zijn gedragingen *destijds* onbetamelijk waren.² En dus moet de vraag of het opspuiten van een terrein met vervuild havenslib onbetamelijk is, worden beoordeeld volgens de inzichten die ten tijde van het opspuiten bestonden.³ En of het onbetamelijk is om een terrein als bouwgrond uit te geven waarvan men weet dat er in het verleden chemisch afval is gestort, moet worden beoordeeld naar de rechtsopvattingen ten tijde van uitgifte.⁴

Gedragingen van toen worden getoetst aan de normen van toen; het lijkt zo vanzelfsprekend. Maar de vanzelfsprekendheid van dit uitgangspunt botst soms op de werkbaarheid, en heel soms zelfs ook op de redelijkheid ervan. Want in veel gevallen zal het niet gemakkelijk zijn om gedragingen van twintig tot dertig jaar geleden thans op juiste waarde schatten. Dat geldt zeker wanneer geschreven normen destijds ontbraken. Weet u met nauwkeurigheid en objectiviteit het maatschappelijk leven van zeg vijftwintig jaar geleden te schetsen? Leggen we nu werkelijk maatstaven van toen aan? En zo ja, is dat dan per definitie redelijk?

Dit zijn moeilijke vragen, waar wij geenszins pasklare antwoorden op hebben. We trachten in deze bijdrage daarom niet antwoorden te formuleren, maar we volstaan met een voorlopige analyse van de

1. Zie voor producten bijv. HR 22 oktober 1999, NJ 2000, 159 nt. ARB (Koolhaas Bleiswijk BV e.a./Rockwool), r.o. 3.5. Vgl. L. Dommering-van Rongen, A&V 2000/2, p. 23-24.
2. Vgl. bij risicoaansprakelijkheid voor gebrekkige producten het ontwikkelingsrisico-verweer, dat een zelfde functie lijkt te vervullen. Zie art. 6:185 lid 1 sub *e* BW; vgl. ook art. 6:173 BW en art. 6:175 BW, die vergelijkbare voorwaarden stellen in het bekendheidsvereiste.
3. Hof Den Haag, te kennen uit HR 9 oktober 1992, NJ 1994, 288 (Maassluis/Rotterdam).
4. HR 19 februari 1993, NJ 1994, 290 nt. CJHB (Groningen/Zuidema).

materie. Met dat in het achterhoofd bestuderen we daarom nader de werkbaarheid (§ 2) en de redelijkheid (§ 3) van het uitgangspunt dat aansprakelijkheid voor gedragingen uit het verleden moet worden beoordeeld volgens de normen zoals die destijds golden. We besluiten (§ 4) met een inventarisatie van de mogelijke denkrichtingen voor de toekomst.

2. TOEPASSING *NU* VAN NORMEN VAN *TOEN*

2.1 *Beoordeling door de rechter met behulp van de eigen rechtsovertuiging*

Hoe kan de rechter vaststellen welke ongeschreven normen in het verleden golden? De rechter zal daarbij onder meer de op dat moment geldende rechtsovertuigingen moeten vaststellen.⁵ Doet hij dat voor het heden, of voor een kort geleden verstreken moment, dan zal dat weinig problemen opleveren, mede omdat de rechter te rade kan gaan bij zijn eigen rechtsovertuiging, die normaal gesproken dicht bij de in Nederland levende rechtsovertuigingen zal liggen, omdat de rechter deel uit maakt van de rechtspraktijk waarin die rechtsovertuigingen tot uiting komen. Maar de rechtsovertuigingen kunnen gedurende een procedure al aanmerkelijk veranderen. Gaat het om enkele jaren, dan zal de rechter die beoordeling nog wel op eigen gezag kunnen verrichten.

Voorbeelden leveren twee recente verontreinigingszaken. In de eerste zaak, *Sijpesteijn vs. Oyens*, nam het hof aan dat de verkoper van een woonhuis de plicht heeft om – met het oog op eventuele verontreiniging – spontaan mededeling te doen van de aanwezigheid van een olietank in de tuin.⁶ Nu hij dit niet had gedaan, mocht hij volgens het hof de overeengekomen exoneratie niet inroepen. De Hoge Raad oordeelt echter dat de verkeersopvattingen ten tijde van het sluiten van deze koopovereenkomst (medio 1990) niet meebrachten dat een verkoper per definitie, en dus ongeacht zijn feitelijke kennis over eventuele verontreiniging, gehouden was tot een dergelijke mededeling, althans niet op straffe van het geen beroep mogen doen op een overeengekomen exoneratie. In de tweede zaak, *Durlinger vs. Laura Bakens BV*, had het hof aangenomen dat op de

5. Art. 3:12 BW.

6. HR 22 november 1996, NJ 1997, 527 nt. WMK.

verkoper van een woonhuis de betamelijkheidsplicht rust om voordat hij tot verkoop overgaat, de hem bekende olietank te inspecteren op eventuele lekkages. Ook die norm ging de Hoge Raad te ver.⁷ Het hof had volgens de Hoge Raad moeten aangeven of deze plicht ook in 1989 (het jaar waarin de verkoop plaatsvond) al op verkopers rustte, en zo ja waar dit oordeel op berustte. De Hoge Raad vindt het blijkbaar niet voor zich spreken dat deze norm destijds al bestond.

Deze rechtspraak doet de vraag rijzen of sinds 1989-1990 de verkeersopvattingen zich hebben gewijzigd, in die zin dat van een verkoper inmiddels wél mag worden verwacht dat hij over de eventuele aanwezigheid van een ondergrondse stookolietank – door eigen onderzoek gestaafde – mededelingen doet. Dit lijkt ons niet onaanvaardbaar, aangezien de wetgever en plaatselijke overheden inmiddels verstrekkingen regelgeving en bestuurlijke activiteiten hebben ontplooid die huiseigenaren waarschijnlijk wel hebben doordrongen van de mogelijke schade die ondergrondse olietanks kunnen veroorzaken.⁸

2.2 Beoordeling op basis van wetgeving, beleidsnota's en rechtspraak uit het verleden

Het lijkt niet heel moeilijk om in 1996 het tijdsbeeld van 1990 voor ogen te krijgen teneinde vast te stellen welke normen de ongeschreven maatschappelijke betamelijkheid of verkeersopvattingen met zich brachten. Maar het voorbeeld laat wel al zien dat juristen ook dan geneigd zijn om houvast te zoeken bij geschreven tekst, zoals wetgeving of beleidsnota's omtrent ondergrondse olietanks. Dat houvast biedt de rechtspraak zelf ook. Wordt de Hoge Raad in 2010 geconfronteerd met een geval van sluipende schade door een langdurig lekkende olietank, dan kan het arrest *Sijpesteijn vs. Oyens* dienen als aanknopingspunt voor de vraag wat de verkeersopvattingen in 1990 meebrachten voor (verkopers)aansprakelijkheid. Denkbaar is dus dat de rechter verwijst naar vroegere rechtspraak waarin ook reeds betamelijkheidsnormen werden geformuleerd voor een geval dat destijds speelde.⁹

7. HR 28 november 1997, NJ 1998, 658 nt. WMK.

8. Besluit opslaan in ondergrondse tanks, Stb. 1993, 46 (inmiddels: Stb. 1998, 414) en de zogenaamde actie 'Tankslag', gericht op verwijdering van particuliere olietanks.

9. Vgl. bijv. HR 9 oktober 1998, NJ 1998, 895 (Swart/Berkhof), met verwijzing naar

Hoe langer geleden het gedrag waarover moet worden geoordeeld zich heeft voorgedaan, des te groter zal – zo denken wij – de neiging zijn om bij het formuleren van de ongeschreven betamelijkheidsnorm aan te knopen bij geschreven (rechts)bronnen.¹⁰ De bodemsaneringsrechtspraak getuigt hiervan. De civiele rechter heeft in die rechtspraak – die voornamelijk dateert van begin jaren negentig – een reconstructie gemaakt van beleidsontwikkelingen en wetgeving sinds de vroege jaren zestig, ter beantwoording van de vraag vanaf welk moment vervuilers er rekening mee moesten houden dat de Staat zich het belang van de schone bodem zou gaan aantrekken en dat als gevolg daarvan kosten van bodemsanering voor de Staat zouden ontstaan.¹¹ In de zaak *Van Wijngaarden vs. Staat* beslist het Hof Den Bosch, na bespreking van de historische ontwikkeling van het overheidsbeleid, dat dit moment ‘begin jaren zeventig’ moet worden geplaatst, en voor Van Wijngaarden ‘vanaf 1972’. De Hoge Raad oordeelt vervolgens dat hij zelfstandig de ontwikkeling van de maatschappelijke opvattingen kan beoordelen, ‘aangezien die opvattingen naar voren komen uit parlementaire stukken.’ Bovendien is een uitspraak van de Hoge Raad hierover wenselijk omdat de verschillende rechters uiteenlopende tijdstippen hanteren, hetgeen de rechtszekerheid en rechtseenheid niet ten goede komt. Wat volgt in het arrest *Van Wijngaarden vs. Staat* is een opsomming van parlementaire stukken, waaruit blijkt dat ergens tussen 1970 en 1980 de omslag heeft plaatsgevonden. Uiteindelijk legt de Hoge Raad, zoals bekend, het omslagpunt met een min of meer vaste datum op 1 januari 1975.¹²

HR 30 juni 1978, NJ 1978, 685 nt. GJS (Ebele Dillema I), ten bewijze dat slachtofferbescherming in het verkeersaansprakelijkheidsrecht reeds in 1978 werd aangenomen voor een ongeval uit 1970.

10. Zie Hof Amsterdam 16 oktober 1997, TMA 1999/4, p. 128 nt. J.V. van Ophem (Amsterdam Fertilizers/DSM) voor een geval waarin dit waarschijnlijk niet geschiedde met als gevolg dat verkoper DSM bij een koopovereenkomst uit 1982 een mededelingsplicht werd opgelegd volgens de stand van het recht van 1997.
11. Zie HR 9 februari 1990, NJ 1991, 462 nt. CJHB (Staat/Van Amersfoort), r.o. 4.1-4.2 en Hof Den Bosch 23 april 1990, r.o. 4.6, te kennen uit HR 24 april 1992, NJ 1993, 643 (Van Wijngaarden/Staat).
12. HR 24 april 1992, NJ 1993, 643 (Van Wijngaarden/Staat). Het ‘prikken’ van een vast tijdstip, zoals de Hoge Raad dat deed in dit arrest, kan overigens welkom houvast bieden bij de reconstructie van maatschappelijke betamelijkheid in de verleden tijd. Vgl. J.M. Barendrecht, De toekomst van het aansprakelijkheidsrecht in

Het is een betrekkelijk veilige wijze om, zoals in *Van Wijngaarden vs. Staat*, de betamelijkheidsnorm op de tijdsbalk te plaatsen met behulp van parlementaire stukken. Maar dat kan natuurlijk niet altijd. En zelfs als het gaat om het vaststellen van de ontwikkeling in de jaren zeventig van de maatschappelijke opvattingen over bodemverontreiniging, lijkt het minder juist om alleen te vertrouwen op geschreven bronnen zoals parlementaire stukken. Geven parlementaire stukken wel een volledig beeld van de (destijds) levende maatschappelijke opvattingen?

Het is kortom begrijpelijk dat de rechter houvast zoekt in geschreven (rechts)bronnen, maar het zou niet juist zijn om bijvoorbeeld de inwerkingtreding van relevante regelgeving per definitie als het moment te kiezen waarop de betamelijkheid tot een bepaalde handeling verplicht. De plicht om betamelijkheid in acht te nemen is toch vooral ook een ongeschreven norm. Stel bijvoorbeeld dat in de gezondheidkundige literatuur in ons land sinds midden jaren tachtig is gewezen op de legionella-risico's verbonden aan bubbelbaden, dan staat het de rechter vrij om aan te nemen dat door de bubbelbadbranche in acht te nemen maatschappelijke betamelijkheid sinds het einde van de jaren tachtig met zich brengt dat zij hun kopers daarover instrueren en bij openbare tentoonstellingen de nodige voorzorgsmaatregelen treffen.¹³ Aan het thans formuleren van een dergelijke betamelijkheidsnorm staat afwezigheid van wettelijke voorschriften niet in de weg.

2.3 Beoordeling op basis van medische en vakmatige inzichten

Beoordeling van gedrag in het verleden is vaak niet mogelijk op basis van geschreven rechtsbronnen uit die tijd. Wanneer die ontbreken komt de rechter in een moeilijk parket. Hij is aangewezen op het

drievoud, in: J.M. Barendrecht, E. Bauw (red.), *Privaatrecht in de 21e eeuw - aansprakelijkheidsrecht*, Deventer: Kluwer 1999, p. 72. Het voordeel van hanteerbaarheid en rechtseenheid weegt dan op tegen het soms wat arbitraire karakter van een vast tijdstip. Bovendien zou de rechter de mogelijkheid kunnen laten bestaan om, zoals in *Van Wijngaarden vs. Staat* (r.o. 3.8 i.f.), in uitzonderlijke gevallen af te wijken van de vaste datum. Een vast tijdstip is met name dan nuttig indien het toegepast kan worden in een groot aantal vergelijkbare rechtszaken, dus bijvoorbeeld bij massale claims van verschillende slachtoffers tegen verschillende producenten van identiek gebrekkige producten.

13. Vgl. Pres. Rb. Alkmaar 23 december 1999, te vinden op: www.rechtspraak.nl, dossiernr. AA4000.

invullen van de betamelijkheidsnorm van art. 6:162 BW aan de hand van algemene noties als de Kelderluik-criteria: de mate van voorzienbaarheid van het nadeel, de kans dat dit nadeel zich verwezenlijkt, de omvang van het eventuele nadeel en de kosten van eventuele veiligheidsmaatregelen. Bij ernstige risico's, zoals die van asbestgerelateerde kanker, zal het dan vaak hangen op de voorzienbaarheid. Om te kunnen beoordelen wat men destijds behoorde te doen, zal de rechter dan met name moeten vaststellen over welke kennis de dader destijds beschikte om zijn gedrag te kunnen bepalen. Met welke risico's kon hij destijds redelijkerwijs rekening houden? Welke veiligheidsmaatregelen waren destijds redelijkerwijs mogelijk? Daar zit echter ook weer een normatieve kant aan: door op de werkgever al dan niet een zwaardere onderzoeksplicht naar risico's en veiligheidsmaatregelen te leggen, kan de aansprakelijkheid worden verzwaaard dan wel verlicht.

In de recente rechtszaken tegen scheepswerf De Schelde gaat het bijvoorbeeld steeds om de aansprakelijkheid jegens oud-werknemers die in de jaren vijftig of zestig bij de werf asbestgerelateerde kanker hebben opgelopen. Wanneer nu, twintig tot veertig jaar later, de ziekte zich openbaart, moet worden geconstateerd dat destijds specifieke wetgeving en concreet overheidsbeleid ontbraken. De rechter kan daar dus geen houvast aan ontlenen, maar toch moet hij beoordelen vanaf welk tijdstip de werkgever maatregelen had behoren te treffen tegen destijds alom bekende, en ook tegen minder bekende gezondheidsgevaaren van asbest. Of de werkgever in zijn zorgplicht tekortschoot, kan nu slechts worden beoordeeld door reconstructie van de destijds geldende maatschappelijke betamelijkheid. De Hoge Raad overweegt in *Cijsouw vs. De Schelde II*:¹⁴

'dat de vraag of De Schelde in strijd met art. 1638x heeft gehandeld, moet worden beoordeeld naar de in de betrokken periode geldende normen die, wanneer zoals hier het geval is wettelijke normen ontbreken of onvoldoende zijn uitgewerkt, mede worden bepaald door de toen geldende maatschappelijke opvattingen.'

Dat De Schelde niet meer of anders deed dan andere scheepswerven destijds deden, betekent nog niet dat in overeenstemming met de toenmalige maatschappelijke opvattingen werd gehandeld. Maar wat is dan een goed indicator voor de destijds levende maatschappelijke

14. HR 2 oktober 1998, NJ 1999, 683 nt. JBMV.

opvattingen?

In deze asbestzaken lijkt inderdaad veel nadruk te liggen op de ontwikkelingen in de medische wetenschap en hetgeen werkgever behoorde te doen met die inzichten.¹⁵ In de medische literatuur was voor, en in toenemende mate ná de Tweede Wereldoorlog, gewezen op verschillende risico's van asbest en werden aanbevelingen gedaan om die risico's terug te brengen. Aan die inzichten wordt veel waarde gehecht en, alhoewel de werkgever wel een termijn wordt geboden om de medische inzichten op de werkvloer te implementeren, wordt wel van hem verwacht dat hij zelfstandig – dat wil zeggen: ook zonder dat er door toezichthoudende overheidsinstanties op maatregelen wordt aangedrongen – een juiste inschatting van de risico's maakt met behulp van de meest recente medische inzichten.

Deze plicht om 'iets te doen' met medische inzichten zal ongetwijfeld ook een belangrijke rol gaan spelen in eventuele tabaksclaims.¹⁶ In de jaren vijftig en zestig was al materiaal voorhanden dat op de (mogelijke) gezondheidsrisico's van roken wees. Hadden tabaksproducenten toen al maatregelen moeten treffen, zoals het aanbrenge van waarschuwingen op productverpakkingen?

3. BEOORDELING VAN DEZE AANPAK

3.1 *Leggen we de lat achteraf te hoog?*

In hoeverre levert deze aanpak redelijke resultaten op? Soms is er twijfel of we niet te streng zijn over het verleden. In *Cijsouw vs. De Schelde II* (1998) wordt in essentie geoordeeld dat de werkgever ook in 1949 al de zorgplicht had om toe te zien op naleving van de vereiste (maar let wel: ongeschreven) veiligheidsmaatregelen, ongeacht of naleving in vergelijkbare bedrijven toen gebruikelijk was.¹⁷ In *Janssen vs. Nefabas* (1990) was de uitkomst dat een goed werkgever al in 1948

15. Zie bijv. Hof Den Haag 25 februari 1997 (*Cijsouw/De Schelde II*), Hof Den Haag 4 maart 1997 (*De Schelde/Wijkhuizen*), A&V 1997/3, p. 74 nt. Ch.H. van Dijk.

16. Vgl. ook A.T. Bolt en J. Spier, *Handelingen NJV 1996-I*, p. 385, A-G Spier, conclusie voor HR 2 oktober 1998, NJ 1999, 683 nt. JBMV (*De Schelde/Erven Cijsouw*), alwaar bijv. voorspellingen worden gedaan over aansprakelijkheid voor RSI. Vgl. over deze zgn. nieuwe risico's ook *Kamerstukken II 1996/97*, 25 000 XV, nr. 58, p. 4 (kabinetsstandpunt n.a.v. rapport commissie De Ruiters) en N. Frenk, *NJB 1999*, p. 1547 e.v.

17. Zie r.o. 3.3.3.

jegens zijn werknemers verplicht was om zichzelf zoveel mogelijk op de hoogte te stellen van de gezondheidsgevaaren verbonden aan asbest.¹⁸ Dat zijn stuk voor stuk zware zorgplichten, waarvan het minst genomen twijfelachtig is of deze ook aan het einde van de jaren veertig kenbaar waren aan werkgevers. Door veertig á vijftig jaar na dato te oordelen dat de betamelijkheid ook toen al deze plichten met zich bracht, bestaat het risico dat de rechter strengere normen toepast dan toen werkelijk gangbaar waren. En als de normen destijds ook werkelijk al zo streng waren, dan waren ze in elk geval niet altijd kenbaar voor werkgevers. Die konden uiteraard geen kennis nemen van deze (latere) rechtspraak, en destijds was er geen rechtspraak die in deze richting wees. Dat die rechtspraak ontbrak, is goeddeels toe te schrijven aan het feit dat werkgeversaansprakelijkheid tot afschaffing van de Ongevallenwet in 1967 min of meer wettelijk uitgesloten was.¹⁹ Vranken vraagt zich daarom terecht af of hier werkelijk normen van toen worden toegepast.²⁰ En zo zal het er misschien ook aan toegaan bij tabakclaims. Maar is het reëel om in de 21ste eeuw te oordelen dat een ongeschreven betamelijkheidsnorm tabaksproducenten er reeds in de jaren '50 en '60 van de vorige eeuw toe noopte om bijvoorbeeld te waarschuwen tegen de (mogelijke) gezondheidsgevaaren van roken? Wij zijn er niet zeker van.

3.2 Vervorming van de gedragstoets tot impliciete risicotoedeling?

Waar geen onbetamelijkheid is volgens de relevante opvattingen en inzichten ten tijde van de daad, is geen aansprakelijkheid. Waar geen aansprakelijkheid is, blijft een groep benadeelden met de schade zitten. Dat is inherent aan een stelsel van aansprakelijkheidsrecht dat een gedragstoets aanlegt en op basis daarvan verplaatsing van geleden schade mogelijk maakt. Wel kennen wij binnen het leerstuk van de onrechtmatige daad specifieke aansprakelijkheden die ook dan ontstaan wanneer de aansprakelijke ten tijde van zijn daad niet onbetamelijk handelde. Gedacht kan worden aan overheidsaansprakelijkheid voor toepassing van dwangmiddelen en voor vernietigde beschikkingen en aan de aansprakelijkheid van de beslag-

18. HR 6 april 1990, NJ 1990, 573 nt. PAS (Janssen/Nefabas).

19. Zie uitgebreid H. Vinke, *Werknemerscompensatie bij beroepsgebonden schade*, Den Haag: SDU 1997, p. 1 e.v.

20. Noot onder HR 2 oktober 1998, NJ 1999, 683 (De Schelde/Erven Cijssouw).

legger.²¹ Maar die gevallen zien kort gezegd op de risicotoedeling bij het vervallen van een in eerste instantie aanwezige rechtvaardigingsgrond, en worden – voor zover het de overheid betreft – gerechtvaardigd door openlijke ‘policy’-argumenten. Het is niet waarschijnlijk dat een dergelijke risicotoedeling ook past bij gedragingen van particulieren uit het verleden.

Maar wie weet: misschien ziet de Hoge Raad in het massale karakter van enerzijds geldelijk gewin en anderzijds gezondheidschade veroorzaakt door productie van tabaksproducten, aanleiding om – met referte aan overheidsaansprakelijkheid – aansprakelijkheid van tabaksproducenten aan te nemen, met als grondslag dat het redelijker is om dergelijke schade voor rekening van ‘het collectief’ van tabaksproducenten te brengen dan om de individuele benadeelde er mee te laten zitten. Met gedragstoetsing zou dat echter niet zoveel meer te maken hebben. Een dergelijke aansprakelijkheid voor niet-onrechtmatige gedragingen uit het verleden zou voorspelbaarheid – en dus rechtszekerheid en verzekeraarbaarheid²² – opofferen aan ‘verdelende rechtvaardigheid’. Dat gaat zeer ver. Geconstateerd kan echter worden dat dit in wezen ook gebeurt als men thans een uiterst strenge betamelijkheidsnorm formuleert voor gedragingen uit het verleden, die destijds minst genomen niet kenbaar was (en wellicht ook niet gold).

3.3 Slachtofferbescherming?

Wat zich hier wreekt is, zoals zo vaak, de dubbele doelstelling van het aansprakelijkheidsrecht. Uit het oogpunt van preventie en het bewaken van de redelijkheid richting de dader zal men moeten afstemmen op de normen die golden ten tijde van het handelen van de dader. Maar bezien vanaf de andere kant van de causale keten, waar het slachtoffer zich bevindt en waar de doelstelling van compensatie moet worden gerealiseerd, is het beeld anders. Het slachtoffer, en degenen die hem bescherming willen verlenen, zullen de neiging hebben de normen aan te leggen die voor slachtofferbescherming golden ten tijde van het

21. Zie recentelijk HR 13 januari 1995, NJ 1997, 366 nt. CJHB (Ontvanger/Bos).

22. Zie over aansprakelijkheid ‘met terugwerkende kracht’ (en de verzekeringsaspecten daarvan) bijv. T. Hartlief en J. Spier, A&V 1994/2, p. 27 e.v. en M. Faure, A&V 1998/1, p. 1 e.v. Vgl. voor het rechtszekerheidsargument HR 9 februari 1990, NJ 1991, 462 nt. CJHB (Staat/Van Amersfoort), r.o. 3.1.4.

ontstaan van het slachtofferschap. Waarom, zo zullen zij zich afvragen, zou een slachtoffer van lang geleden veroorzaakte schade in de huidige tijd minder bescherming krijgen dan soortgelijke slachtoffers, alleen omdat de causale keten in zijn geval in de tijd is uitgerekte? Het is een vraag die gerechtvaardigd is, al is het binnen het bestek van het geldende systeem wel duidelijk hoe het antwoord moet luiden.

Ondertussen is er wel behoefte om het slachtoffer in dit soort situaties tegemoet te komen. Behalve door oprekking van dat wat als gedragsnorm voor het verleden wordt aangenomen, ziet men dat sommige categorieën slachtoffers enige compensatie krijgen van de Staat. Voor bepaalde asbestslachtoffers geldt dat bijvoorbeeld.²³

3.4 Een algemenere risicoverdeling bij 'longtail-risico's'?

Men zou zich kunnen voorstellen dat voor dit type gevallen structurelere oplossingen worden bedacht. Er komen steeds nieuwe producten op de markt en er worden nieuwe werkmethoden ontwikkeld. Normaal gesproken zal bij het ontstaan van nieuwe economische activiteiten vrij snel duidelijk zijn welke de risico's daarvan zijn. Dan kan het aansprakelijkheidsrecht corrigerend optreden en zullen mede onder invloed daarvan snel de nodige veiligheidsmaatregelen zijn ontwikkeld en genomen.

Soms duurt het echter langer voordat de risico's bekend worden: asbest, milieugevaarlijke werkwijzen, borstprothesen, en tabak zijn de bekendste voorbeelden. Dan kan een product of activiteit inmiddels zo wijd zijn verspreid en 'ingeburgerd', dat massaschades ontstaan en dat de bovengeschetste problemen bij de beoordeling van de aansprakelijkheid opkomen. Men zou dit als een algemeen risico van maatschappelijke vooruitgang kunnen zien, waarvoor bijzondere oplossingen gerechtvaardigd zijn.

De Hoge Raad heeft in de 30 september-arresten al eens op dit element gezinspeeld, maar hij heeft daarbij gekozen voor het geheel laten vervallen van aansprakelijkheid.²⁴ Men zou ook kunnen kiezen voor een oplossing waarbij dergelijke risico's worden verdeeld over de betrokkenen: degenen die de achteraf schadelijk blijkende activiteiten hebben ontplooid en hun verzekeraars, hun huidige

23. Regeling tegemoetkoming asbestslachtoffers, Stct. 2000/16, p. 9.

24. HR 30 september 1994, NJ 1996, 196-199 nt. CJHB, r.o. 3.8.1.

consumenten die daarvan ook profiteren, de overheid en de slachtoffers. In wezen is dat ook het soort oplossingen die in de Verenigde Staten aan het ontstaan is voor de tabaksclaims. Fabrikanten in de vorm van schadeloosstellingen, huidige consumenten in de vorm van prijsstijgingen, overheid en slachtoffers in de vorm van voor hun rekening blijvende schade, dragen ieder hun deel bij aan de oplossing.

De vraag is natuurlijk of het aansprakelijkheidsrecht het middel moet zijn om een dergelijke verdeling tot stand te brengen. Dat zou op basis van een 'creatieve' toepassing van art. 6:162, 6:97, 98, 101, 102 en 109 BW wel mogelijk zijn, maar misschien is het beter om hiervoor een separate wettelijke voorziening te treffen.²⁵ Een goede en evenwichtige oplossing van deze problematiek zou wel een groot deel van de soms bovenmatige druk op het aansprakelijkheidsrecht wegnemen. Want het is de laatste decennia heel vaak over dit type problemen gegaan.

4. UITLEIDING

We hadden deze slotparagraaf een obligate titel als 'blik vooruit' of 'lessen voor de toekomst' kunnen meegeven. Wat betreft het aansprakelijkheidsrecht liggen de zaken echter gecompliceerder. Er zijn tegenstrijdige factoren en belangen die hun plaats binnen het aansprakelijkheidsrecht opeisen. Zo is er bijvoorbeeld de druk op het aansprakelijkheidsrecht om 'long tail'-aansprakelijkheid te creëren, ook daar waar naar alle waarschijnlijkheid geen sprake was van onbetamelijk gedrag.²⁶ Daarmee hangt samen dat de maatschappelijke functie van het aansprakelijkheidsrecht verandering ondergaat. Steeds vaker wordt het aansprakelijkheidsrecht over één kam geschoren met alternatieve schadeloosstellingen zoals die uit sociale verzekeringen en bijzondere voorzieningen als het Schadefonds geweldsmisdrijven, de Wet tegemoetkoming rampschade en andere regelingen ten behoeve

25. Zie over dergelijke schadefondsen bijv. L. Dommering-van Rongen, *Schade vergoeden door Fondsvorming*, oratie 1996, J.P. Hustinx en C.J.J.M. Stolker, VA 1997/2, p. 58 e.v.

26. Tekenend in dit verband is ook de toenemende druk op art. 3:310 BW bij verjaring van 'long tail' letselschadegevallen.

van specifieke groepen van getroffen en.²⁷

Er zijn echter grenzen: het aansprakelijkheidsrecht is ongeschikt om als sociale zekerheid voor schrijnende (letsel)schadegevallen te dienen. Het aansprakelijkheidsrecht is namelijk niet alleen een middel om leed met financiële tegemoetkomingen te verzachten, maar vooral ook een gedragstoets gericht tot de dader. We moeten echter wel constateren dat het aansprakelijkheidsrecht voor de rechter het enige instrument is om de schade zoveel als mogelijk daar neer te leggen waar hij haar *wil* neerleggen. De rechter beschikt voor ‘long tail’-schadegevallen namelijk niet over de mogelijkheid om een alternatief schadefonds in het leven te roepen, waarmee de lasten worden gespreid over alle belanghebbenden. De rechter kan niet of nauwelijks beleidskeuzes maken voor bijvoorbeeld genormeerde schadevergoeding, vaste vergoedingsmaxima en omslagpercentages.

Efficiënte en voor alle betrokkenen billijke oplossingen moeten daarom misschien beter buiten de rechter, buiten het aansprakelijkheidsrecht worden gevonden. Maar hoe krijg je partijen daartoe om tafel? Welke prikkel is er bijvoorbeeld voor thans producerende tabaksproducenten om vrijwillig tot vorming van een fonds over te gaan om de kosten van gezondheidszorg voor tabaksslachtoffers te dekken? Het Ministerie van VWS is inmiddels – zo hebben we uit persberichten begrepen – wel benieuwd naar de mogelijkheden op dit punt. Moet dat worden opgevat als een uitnodiging aan de tabaksindustrie om aan de onderhandelingstafel plaats te nemen, met wettelijke accijnsmaatregelen of verhaalswetgeving als stok achter de deur?²⁸

Het gaat hier om belangrijke kwesties die nadere overdenking verdienen. Is het bijvoorbeeld wel wenselijk om producenten van ‘vandaag’ de schade ‘van toen’ te laten vergoeden, bijvoorbeeld in de vorm van een wettelijk omslag- en fondsstelsel?²⁹ En als men aan een wettelijk kader denkt, hoe moet dat er dan uitzien? Moet het beperkt

27. Zie over deze ontwikkelingen bijv. T. Hartlief, *Ieder draagt zijn eigen schade*, oratie Leiden 1997 en M. Faure en T. Hartlief, *NJB* 1998, p. 1135 e.v.

28. Het doet denken aan de ‘deal’ die vuurwapenfabrikant Smith & Wesson onlangs met de Amerikaanse federale overheid sloot; de vuurwapenfabrikant verplichtte zich tot zorgvuldiger productie en afzet, in ruil voor verval van aansprakelijkheid jegens de federale overheid voor gezondheidskosten door vuurwapengebruik.

29. Zie daarover bijv. M.G. Faure en T. Hartlief, *RM Themis* 1998/7, p. 218 e.v.

zijn tot specifieke gevallen van 'long tail'-schade?³⁰ Of moet er een algemene 'wet op de fondsvorming' komen waarmee het aansprakelijkheidsrecht desgewenst (bij AMvB) buiten werking kan worden gesteld? Hoe moet het recht op schadevergoeding worden genormeerd of gemaximeerd? Moet het aansprakelijkheidsrecht geheel uitgesloten worden, of is een restfunctie zinvol? Wij denken dat dit de vragen zijn waar de rechtswetenschap en rechtspraak zich de komende jaren in toenemende mate mee bezig zullen moeten houden. Dan toch maar de 'blik vooruit'...?

30. Blijkens een bericht in Vrij Nederland (11 december 1999) staat een dergelijke specifieke wet de DES-fabrikanten voor ogen; zij schijnen bereid te zijn een schadefonds te voeden, indien ze in ruil daarvoor van verdere aansprakelijkheid worden ontheven.