



Universiteit
Leiden
The Netherlands

**Informatieplichten. Over kennis en verantwoordelijkheid in
contractenrecht en buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht**
Jansen, K.J.O.

Citation

Jansen, K. J. O. (2012, April 4). *Informatieplichten. Over kennis en verantwoordelijkheid in contractenrecht en buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*. Kluwer, Deventer. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/18673>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/18673>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Cover Page



Universiteit Leiden



The handle <http://hdl.handle.net/1887/18673> holds various files of this Leiden University dissertation.

Author: Jansen, Kasper Jochem Olivier

Title: Informatieplichten : over kennis en verantwoordelijkheid in contractenrecht en buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht

Issue Date: 2012-04-04

4 | Informatieplichten in het aansprakelijkheidsrecht

4.1 INLEIDING

4.1.1 Algemeen

In het contractenrecht vormen informatieplichten, zoals bleek in par. 3.1.1, een min of meer vanzelfsprekend verschijnsel. Waar twee partijen elkaar opzoeken om gezamenlijk een transactie aan te gaan, in de hoop daar beiden voordeel uit te trekken, dringt de gedachte zich op dat van die partijen kan worden gevergd dat zij zich voldoende inspannen ter voorkoming van teleurstellingen, bij zichzelf of bij de wederpartij. In het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht, waar het gaat om partijen die in beginsel niets met elkaar te maken hebben, behalve in die zin dat de een de ander (beweerdelijk) schade heeft toegebracht, ligt die gedachte op het eerste gezicht veel minder voor de hand.¹

Toch is het verschil tussen de beide rechtsgebieden bij nader inzien minder groot. Zoals contracteren een inherente kans op teleurstellingen in zich bergt, zo is meer in het algemeen het leven in de maatschappij niet zonder risico. Van deelnemers aan het maatschappelijk verkeer kan worden gevergd dat zij zichzelf en anderen tot op zekere hoogte tegen die risico's in bescherming nemen. Het moge zo zijn dat de relatie tussen dader en slachtoffer in het aansprakelijkheidsrecht normaliter niet op een vrijwillige keuze berust, dat neemt niet weg dat ook in die verhouding een adequate wijze van communiceren geboden is. Deze gedachte is in essentie van oudsher aanvaard. Illustratief is de volgende, veel geciteerde passage uit de Digesten:

*'Si putator ex arbore ramum cum deiceret vel machinarius hominem praetereuntem occidit, ita tenetur, si in publicum decidat nec ille proclamavit, ut casus eius evitari possit. Sed Mucius etiam dixit, si in private idem accidisset, posse de culpa agi: culpam autem esse, quod cum a diligente provideri poterit, non esset provisum aut tum denuntiatum esset, cum periculum evitari non possit.'*²

1 Vgl. Vranken 1989, p. 152. Zie par. 5.4.4 voor een nadere uitwerking (vanuit een breder perspectief).

2 D. 9, 2, 31: 'Als een bomensnoeier door het naar beneden werpen van een tak, of iemand die op een bouwsteiger bezig was, een passerende slaaf heeft gedood, is hij alleen dan aansprakelijk als de tak op de openbare weg is gevallen en hij niet 'van onderen' heeft geroepen, zodat het ongeval dat die slaaf trof, voorkomen had kunnen worden. Maar

Hier klinken reeds de basiselementen van het leerstuk der informatieplichten, zoals dat tot op de dag van vandaag in het aansprakelijkheidsrecht functioneert. De *waarschuwingplicht* van de dader wordt vooropgesteld: wie een onverantwoord risico in het leven roept zonder zijn medemens daarvoor te waarschuwen ('*nec ille proclamavit*'), is aansprakelijk voor de geleden schade. Ter rechtvaardiging van deze aansprakelijkheid wordt gewezen op de *onderzoekspflicht* van de dader: hij draagt schuld, omdat hij de risico's niet heeft voorzien, die een zorgvuldig man had kunnen voorzien ('*cum a diligente provideri poterit, non esset provisum*'). Bij de uitwerking van de geschonden waarschuwingplicht komt ook de *onderzoekspflicht van het slachtoffer* tot uitdrukking: de waarschuwingplicht strekt ertoe het slachtoffer in staat te stellen de dreigende schade te vermijden ('*ut casus eius evitari possit*'), hetgeen kennelijk betekent dat geen aansprakelijkheid bestaat indien de schade louter aan diens eigen onoplettendheid te wijten is.

In een klassieke casus als de onderhavige doet het 'inlezen' van informatieplichten wellicht geforceerd aan. Dat heeft te maken met de vanzelfsprekendheid van het betrokken risico. Om te begrijpen dat men passanten behoort te waarschuwen voor het gevaar van een vallende tak, behoeft de bomen snoeier geen onderzoek te doen naar de Wet van Newton (daargelaten dat die ten tijde van het opstellen van de casus nog niet bestond). Ook de gedachte dat het slachtoffer zijn eigen schade zou moeten dragen indien hij tijdig was gewaarschuwd, spreekt in een geval als het onderhavige zozeer vanzelf, dat in dit verband de verwijzing naar een 'waarschuwingplicht' van de dader en een 'onderzoekspflicht' van het slachtoffer enigszins overdreven klinkt. De zeggingskracht van informatieplichten is optimaal waar het 'verborgen' risico's betreft, die niet op voorhand voor alle betrokkenen kenbaar zijn. Dit verklaart waarom de twintigste eeuw – met haar voortschrijdende ontwikkeling van wetenschap en techniek, resulterend in wat tegenwoordig wel de 'kenniseconomie' of 'informatiemaatschappij' wordt genoemd³ – heeft geleid tot een doorbraak van informatieplichten in het aansprakelijkheidsrecht (vgl. par. 2.1.3). Van Dam signaleert deze tendens en trekt de lijnen verder door. Hij meent niets minder dan een 'kwalitatieve aansprakelijkheid voor informatie' aan de horizon te zien glore:

'Waar dieren het risico van de agrarische samenleving vormden, motorrijtuigen dat van de gemotoriseerde samenleving, en gebrekkige producten en milieuverontreiniging dat van de geïndustrialiseerde samenleving, vormen gebrekkige informatie of gebrek aan informatie de risico's van de informatiemaatschappij. Naast de (...)

Mucius heeft gezegd dat er, zelfs als dit ongeval zich had voorgedaan op particulier terrein, op grond van schuld geprocedeerd zou kunnen worden. Er is 'schuld', meent hij, als men iets niet heeft voorzien, terwijl het door een zorgvuldig man wel voorzien had kunnen worden, of als er pas gewaarschuwd is op een moment dat het gevaar niet meer vermeden kon worden.' (vert. Spruit e.a. 1994, p. 731-732).

3 Vgl. De Boeck 2000, p. 1.

kwalitatieve aansprakelijkheden voor zaken en personen, zou er ook over een kwalitatieve aansprakelijkheid voor informatie kunnen [worden] gesproken.⁴

Voorlopig is het nog niet zo ver. Wel is duidelijk dat informatieplichten, in het bijzonder waarschuwingsplichten, in de afgelopen decennia een steeds grotere rol zijn gaan spelen in het aansprakelijkheidsrecht. De vraag rijst welke gevolgen deze ontwikkeling heeft voor de rechtsverhouding tussen dader en slachtoffer. Staat in het aansprakelijkheidsrecht, evenals in het contractenrecht (par. 3.1.2), nog altijd de zelfredzaamheid van partijen voorop? Of is het punt bereikt waarop potentiële slachtoffers in beginsel, behoudens goede redenen voor het tegendeel, dienen te worden gewaarschuwd voor de risico's die hen bedreigen?

4.1.2 Zelfredzaamheid of altruïsme?

Van oudsher wordt aangenomen dat het aansprakelijkheidsrecht berust op het beginsel dat ieder zijn eigen schade draagt.⁵ De gedachte is dat het aannemen van aansprakelijkheid telkens een bijzondere rechtvaardiging vergt, te vinden in het objectieve recht. Bij gebreke van een juridische grondslag voor aansprakelijkheid – zoals art. 6:162 BW of één van de overige wettelijke bepalingen inzake delictuele aansprakelijkheid – staat de benadeelde in juridisch opzicht met lege handen. Schade die rechtens niet aan enige aansprakelijke persoon kan worden toegerekend, komt als 'toeval' voor eigen rekening. *Casum sentit dominus*, zeiden de Romeinen reeds.

In de afgelopen decennia hebben steeds meer auteurs de betekenis van het beginsel 'ieder draagt zijn eigen schade' in twijfel getrokken. Zo beschouwt Nieuwenhuis het beginsel als een tautologisch gegeven zonder juridische betekenis:

'Het 'beginsel' dat ieder zijn eigen schade draagt, is niet meer dan een tautologie, een natuurlijk uitgangspunt. De schade ligt waar ze valt. Wie struikelt en zijn been breekt, draagt zelf zijn leed. Het is de kunst de financiële consequenties vervolgens af te wentelen op een ander, en zo van de eigen schade andermans schade te maken.'⁶

4 Van Dam 2000, nr. 1103.

5 Zie reeds D. 50, 17, 151, alsmede bijv. Slagter 1952, p. 158; Klaassen 1991, p. 7; Hartlief 1997, p. 11; Schut 1997, p. 2; Asser/Hartkamp 4-III (t/m de tiende druk van 1998), nr. 12; Sieburgh 2000, p. 12-14, 23; Faure & Hartlief 2002, p. 8; WRR 2008, p. 59; Engelhard & Van Maanen 2008, nr. 1, 4; Lindenberg 2009, nr. 5; Spier e.a. 2009, nr. 2, 14 (Van Maanen) en 9 (Spier); Jansen 2009a, nr. 5; en Brahn/Reehuis 2010, nr. 600. Vgl. ook art. VI-1:101(2) DCFR en voorts de toelichting bij art. 1:101 PETL, p. 19 (Koziol).

6 Nieuwenhuis 1997a, p. 8-9. Zie in gelijke zin bijv. Van Dam 2000, nr. 2; Jansen 2009a, nr. 5; en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* (2011), nr. 19.

Andere auteurs gaan een stap verder en menen dat het beginsel, als gevolg van de stormachtige ontwikkeling van het aansprakelijkheidsrecht gedurende de afgelopen decennia, in zijn tegendeel is verkeerd. Naar huidig recht zou geleden schade in beginsel moeten worden vergoed, tenzij er goede redenen zijn voor het tegendeel. 'Alterum non laedere' (berokken de ander geen schade) zou daarmee tot *uitgangspunt* van het aansprakelijkheidsrecht zijn verheven.⁷ Weer andere auteurs kiezen, onder de gezaghebbende leiding van Hartkamp en Sieburgh,⁸ een tussenpositie. Zij betogen dat het aannemen van aansprakelijkheid een *afweging* vergt van de adagia 'ieder draagt zijn eigen schade' en 'berokken de ander geen schade'. Het vooropstellen van één van beide achten zij ondoelmatig, nu het in het aansprakelijkheidsrecht gaat (althans zou moeten gaan) om het treffen van een juiste balans.⁹

Hoe moet over deze pogingen tot verwerping c.q. relativering van het adagium 'ieder draagt zijn eigen schade' worden gedacht? Om met de opvatting van Hartkamp en Sieburgh te beginnen: niemand zal betwisten dat het in het aansprakelijkheidsrecht gaat om een afweging van eigen en andermans verantwoordelijkheid. Tussen vrijheid en verantwoordelijkheid bestaat zeggend een 'eeuwig conflict'.¹⁰ Dat wil echter niet zeggen dat ons recht een helder uitgangspunt in vraagstukken van aansprakelijkheid ontbeert.¹¹ Wie schade lijdt door toedoen van een ander, staat in een procedure tot vergoeding van die schade niet op voorhand even sterk als zijn wederpartij. De benadeelde begint met 1-0 achterstand: niet alleen op processueel niveau (art. 150 Rv), maar ook in materiële zin heeft hij iets uit te leggen. Geen van de wettelijke aansprakelijkheidsbepalingen vertrekt van het neutrale standpunt dat geleden schade in beginsel evengoed aan de dader als aan de benadeelde kan worden toegerekend. Uitgangspunt is daarentegen dat voor het aannemen van aansprakelijkheid een deugdelijke *grondslag* is vereist, hetgeen tevens de bestaansreden van de betreffende bepalingen vormt. Zo beschouwd is iedere aansprakelijkheidsbepaling de uitzondering die de regel bevestigt: geleden schade blijft in beginsel voor eigen rekening.¹²

Bij de totstandkoming van art. 6:162 BW heeft de wetgever het bedoelde uitgangspunt uitdrukkelijk vooropgesteld en uitvoerig onderbouwd:

7 Zie bijv. Drion 1988, p. 336-337; Nieskens-Isphording 1991, p. 54-55; Stutterheim 1991, p. 2-3; Langelaar 1997, p. 1587; en Dommering-van Rongen 1998, p. 154, alsmede (iets terughoudender) Verburgh 1980, p. 173; en Spier 1999, p. 1. Vgl. ook Chao-Duivis 2005, p. 13 e.v., die het 'veroorzakingsprincipe' als leidend beginsel van het aansprakelijkheidsrecht beschouwt.

8 Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* (2011), nr. 18.

9 Zie bijv. Sieburgh 2000, p. 1-2, 5, 33, 35; Sieburgh 2001, p. 594; Keirse 2003, p. 14; en Drion 2005, p. 201-202. Vgl. ook Van Dam 1989, p. 2-3; en Van Dam 2000, nr. 1-2.

10 Aldus bijv. Slagter 1952, p. 1. Zie in gelijke zin bijv. Schut 1974, p. 57, alsmede (vanuit rechtsvergelijkend perspectief) Larenz/Canaris 1994, p. 350; en Van Dam 2006, nr. 715.

11 Zie in gelijke zin bijv. Engelhard & Van Maanen 2008, nr. 4.

12 Vgl. Asser/Hartkamp 4-III (t/m de tiende druk van 1998), nr. 13 en 17.

‘Dat ieder die schade bij een ander veroorzaakt, tot vergoeding daarvan gehouden zou moeten zijn, is niet vol te houden, ook niet als men hierbij onder veroorzaakt ‘adequaat veroorzaakt’ verstaat. Voortdurend brengt in de samenleving de een aan de ander voorzienbare schade toe, zowel in de zin van *lucrum cessans* als van *damnum emergens*, zonder dat iemand verdedigt dat aan die ander deswege een aanspraak op schadevergoeding zou moeten toekomen. (...) De overheid die door de aanleg van wegen het gemotoriseerd verkeer mogelijk maakt en de fabrikant die motorrijtuigen in de handel brengt die zeer snel kunnen rijden, weten met zekerheid dat mede ten gevolge van hun activiteiten letsel en zaakbeschadiging zullen ontstaan. Toch wordt nergens ter wereld om die reden de overheid of de fabrikant aansprakelijk gesteld voor de gevolgen van verkeersongevallen’.¹³

Ook de Hoge Raad hanteert tot op de dag van vandaag het bedoelde uitgangspunt. Dat blijkt bijvoorbeeld op het terrein der gevaarstelling, alwaar op grond van vaste jurisprudentie wordt aangenomen dat het toebrengen van schade door het scheppen van gevaar slechts onder bijzondere omstandigheden tot aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad kan leiden.¹⁴ Meer in het algemeen is de Hoge Raad van oordeel dat geleden schade in beginsel voor eigen rekening blijft, zoals blijkt uit de volgende overweging in het arrest *Lambregts/IHM* uit 1994:

‘De enkele omstandigheid dat een handeling heeft plaatsgevonden als gevolg waarvan iemand schade lijdt, brengt (...) nog niet mee dat een op onrechtmatige daad gegronde aanspraak op vergoeding daarvan bestaat.’¹⁵

Al met al hoeft niet te worden gevreesd, zoals Hartkamp en Sieburgh suggereren, dat het eeuwige conflict tussen vrijheid en verantwoordelijkheid tot grondbeginsel van ons aansprakelijkheidsrecht is verheven. De opvatting dat geleden schade naar huidige maatstaven in beginsel moet worden vergoed, vindt *a fortiori* geen steun in het geldende recht. Wel is duidelijk dat de rechtsontwikkeling van de afgelopen decennia een ‘uitdijende reikwijdte van het aansprakelijkheidsrecht’ heeft teweeggebracht.¹⁶ Is daarmee het aloude adagium dat ieder zijn eigen schade draagt gereduceerd tot een zuiver tautologisch uitgangspunt, zoals *Nieuwenhuis c.s.* beweren? Die gevolgtrekking gaat mij te ver. Het – inderdaad onvermijdelijke – feitelijke gegeven dat ‘schade ligt waar ze valt’, heeft mijns inziens ook een normatieve betekenis, in die zin dat geleden schade bij gebreke van een deugdelijke grondslag voor aansprakelijk-

13 TM, PG Boek 6, p. 605-606.

14 Zie met name HR 23 juni 1995, *NJ* 1995, 730 (RZG/Koetje), r.o. 3.3; en voorts de rechtspraak, vermeld in *Onrechtmatige daad I* (Jansen), art. 162, lid 2, aant. 87.6.2.

15 HR 27 mei 1994, *NJ* 1994, 590 (*Lambregts/IHM*), r.o. 3.5. Zie in gelijke zin recent bijv. Rb. Roermond 23 november 2011, *LJN* BU5452, r.o. 4.6.

16 Vgl. Bolt & Spier 1996, p. 365 e.v.

heid behoort te (blijven) liggen waar zij valt.¹⁷ Verhelderend is de volgende passage bij Larenz/Canaris:

‘Den Ausgangspunkt bildet (...) der Grundsatz casum sentit dominus, wonach die Folgen eines zufälligen Ereignisses von demjenigen zu tragen sind, den sie treffen. Diese Maxime ist entgegen einem verbreiteten Mißverständnis keineswegs eine bloße Notlösung, sondern weist im Gegenteil einen elementaren Gerechtigkeitsgehalt auf, weil in ihr die Selbstverständlichkeit zum Ausdruck kommt, daß jedermann sein ‘allgemeines Lebensrisiko’ selbst zu tragen hat und es nicht einfach auf andere Privatrechtssubjekte abwälzen kann.’¹⁸

Dat geleden schade in beginsel voor eigen rekening blijft, is dus niet voor niets. De gedachte is dat het lijden van schade tot op zekere hoogte behoort tot het ‘algemene levensrisico’, dat ieder mens als deelnemer aan het maatschappelijk verkeer zélf behoort te dragen. Het moge zo zijn dat door veranderende maatschappelijke opvattingen de *omvang* van dat algemene levensrisico in toenemende mate is beperkt, daaruit mag niet worden afgeleid dat het adagium ‘casum sentit dominus’ van zijn juridische betekenis is beroofd.¹⁹

Voor het leerstuk der informatieplichten is het voorgaande van bijzonder belang. Het betekent dat waarschuwingsplichten, hoewel in de praktijk veelvuldig gehanteerd, in systematische zin een *uitzonderingspositie* innemen in het aansprakelijkheidsrecht. Voor het aannemen van aansprakelijkheid wegens schending van een waarschuwingsplicht moeten, met andere woorden, goede argumenten worden gevonden in de omstandigheden van het geval, op grond waarvan mag worden geconcludeerd dat de geleden schade in casu uitstijgt boven het ‘algemene levensrisico’ dat justitiabelen zelf behoren te dragen. In zoverre staat in het aansprakelijkheidsrecht, evenals in het contractenrecht, de zelfredzaamheid van partijen – zo men wil: hun eigen onderzoeksplicht – principieel voorop. Valk verwoordt een en ander als volgt:

‘Ieder onzer is doorlopend in allerlei gevaar. De aard en grootte van de ons bedreigende gevaren wisselt; dat we elk uur aan ze blootstaan blijft. Een rechtsstelsel dat van de verschillende rechtssubjecten verlangt dat zij elkaar – op straffe van aansprakelijkheid – voor ieder gevaar waarschuwen, laat zich eenvoudig niet denken. Vrijwel iedere menselijke activiteit – want het is vooral het menselijk handelen dat gevaren meebrengt – zou er onmogelijk door worden. In het algemeen wordt ons het zwijgen over de gevaren die onze medeburgers bedreigen dan ook niet als een onrechtmatige daad toegerekend.’²⁰

17 Aldus ook Hartlief 1997, p. 24; en Engelhard & Van Maanen 2008, nr. 1.

18 Larenz/Canaris 1994, p. 351.

19 Vgl. Asser/Hartkamp 4-III (t/m de tiende druk van 1998), nr. 13 en 15.

20 Valk 1993, p. 127.

Het betoog van Valk wordt ten volle ondersteund door het nu te bespreken Kelderluik-arrest.²¹

4.1.3 Het standaardarrest: Kelderluik

Op 23 februari 1961 bezocht Maastrichtenaar Mathieu Duchateau het Amsterdamse café 'De Munt' aan de Singel 522. Toen hij, in de woorden van A-G van Oosten, 'hoog nodig zijn gevoeg moest doen', begaf Duchateau zich naar de toiletten achterin de zaak. Dat zou geen reden zijn geweest voor een standaardarrest van de Hoge Raad, als er niet een geopend kelderluik in de weg had gelegen. Het was Sjouwerman, een werknemer van Coca-Cola, die deze juridische buitenkans creëerde. Met zijn gevaarzettend handelen jegens één caféganger bewerkstelligde hij in civielrechtelijke zin een veilige haven voor vele slachtoffers van nadien: de introductie van een algemeen beoordelingskader voor onzorgvuldig gedrag.

De toedracht was als volgt. Vlak voor de valpartij was Sjouwerman in de kelder afgedaald om te zien of daar lege colaflessen stonden. Ter voorbereiding had hij de ter plaatse aanwezige vloermat opgerold, een aantal stoelen verschoven en het kelderluik, dat vlak voor de toiletdeuren was gesitueerd, geopend. Drie kratten met lege flessen, die hij in de kelder aantrof, had hij opgestapeld op de vloer voor het keldergat. Vervolgens begaf Sjouwerman zich naar de bar van het café, om ook daar lege flessen te verzamelen. Toen Duchateau, die naar eigen zeggen 'stipt over het middenpad zijn weg vervolgde', de deur van het herentoilet bereikte, viel hij in het nog immer geopende kelderluik. Ernstig beenletsel, resulterend in een maandenlang revalidatieproces, was het gevolg. Duchateau vorderde schadevergoeding van Coca-Cola, daartoe stellende dat haar werknemer Sjouwerman onder de gegeven omstandigheden onrechtmatig had gehandeld door 'het verzuimen en achterwege laten van de noodzakelijke beveiligingsmaatregelen'.

De rechtbank, die tijdens een descende vaststelde dat de deur van het herentoilet door de aanwezigheid van de opgestapelde kratjes slechts half kon worden geopend, wees de vordering af, daartoe overwegende 'dat alleen de uiterste onoplettendheid en zorgeloosheid bij Duchateau er oorzaak van heeft kunnen zijn dat hij in het keldergat is gestapt, aangezien de aanwezigheid van de kistjes zelve een met normale voorzichtigheid reagerende persoon zou hebben genoopt te kijken waar hij zijn voet neerzette'. Ook het hof benadrukte allereerst de eigen verantwoordelijkheid van Duchateau. Het geopende kelderluik was 'duidelijk (...) zichtbaar', zodat Duchateau kennelijk 'niet op de omgeving van het herentoilet heeft gelet, toen hij daarbij was gekomen'. Anderzijds hechtte het hof ook belang aan een getuigenverklaring van de eigenaar van het café, inhoudende dat deze het keldergat altijd barricadeerde

21 HR 5 november 1965, NJ 1966, 136 m.nt. GJS (Kelderluik).

met stoelen, indien hij het moest openen. Nu Sjouwerman dat volgens het hof 'ook gemakkelijk' had kunnen doen, en hij er bovendien 'rekening mede had behoren te houden, dat bezoekers aan de toegang tot het toilet wellicht niet hun volledige aandacht zouden besteden', achtte het hof Coca-Cola voor vijftig procent aansprakelijk voor de geleden schade.

In cassatie klaagt Coca-Cola dat Duchateau zélf tegenover de politie had verklaard – althans volgens de (door Duchateau betwiste) stellingen van Coca-Cola in feitelijke instanties – dat hij het geopende kelderluik voorafgaand aan zijn valpartij had waargenomen. Tegen die achtergrond acht Coca-Cola 's hofs oordeel onbegrijpelijk en onjuist, 'omdat niemand een dergelijk roekeloos en onvoorzichtig gedrag behoeft te voorzien'. De Hoge Raad verwerpt het cassatieberoep. In principiële bewoordingen stelt hij voorop:

'dat alleen in het licht van de omstandigheden van het gegeven geval kan worden beoordeeld of en in hoever aan iemand die een situatie in het leven roept welke voor anderen bij niet-inachtneming van de vereiste oplettendheid en voorzichtigheid gevaarlijk is, de eis kan worden gesteld, dat hij rekening houdt met de mogelijkheid dat die oplettendheid en voorzichtigheid niet zullen worden betracht en met het oog daarop bepaalde veiligheidsmaatregelen neemt; dat daarbij dient te worden gelet niet alleen op de mate van waarschijnlijkheid waarmee de niet-inachtneming van de vereiste oplettendheid en voorzichtigheid kan worden verwacht, maar ook op de hoegrootheid van de kans dat daaruit ongevallen ontstaan, op de ernst die de gevolgen daarvan kunnen hebben, en op de mate van bezwaarlijkheid van te nemen veiligheidsmaatregelen'.

Tegen deze achtergrond verenigt de Hoge Raad zich met 's hofs onrechtmatigheidsoordeel. Sjouwerman heeft 'voor bezoekers die aan hun omgeving niet hun volledige aandacht zouden besteden, een ernstig gevaar (...) geschapen, hetwelk hij (...) met eenvoudige middelen had kunnen voorkomen'. Onder die omstandigheden mocht het hof Sjouwerman verwijten 'dat hij met de mogelijkheid van zodanige onoplettendheid geen rekening heeft gehouden en heeft nagelaten met het oog daarop maatregelen, als door het Hof aangegeven, te treffen', aldus de Hoge Raad.

Het belang van het arrest schuilt niet zozeer in deze concrete uitkomst. Dat het openen van een luik in de vloer doorgaans gepaard moet gaan met een duidelijke waarschuwing of een andere maatregel ter voorkoming van ongevallen, behoeft nauwelijks betoog. Het geopende kelderluik is een klassieke bron van gevaar voor nietsvermoedende passanten, zoals een reeks van jurisprudentie illustreert.²² De principiële betekenis van het arrest schuilt vooral

22 Zie voor eerdere 'Kelderluik-arresten' (waarin de Hoge Raad zich overigens nog terughoudend toont) HR 2 maart 1906, W 8347 (Smith/E. Pluribus Unum); en HR 18 april 1940, NJ 1941, 130 m.nt. EMM (Cohen/Van Saane en Amsterdam IV). Zie voor recentere gevallen (waarin wel onrechtmatigheid werd aangenomen) bijv. Rb. Amsterdam 15 december 1999, VR 2000, 96; Rb. Amsterdam 10 juni 2003, VR 2003, 174; en Rb. 's-Hertogenbosch 6 augustus

in de wijze waarop de Hoge Raad de toepasselijke zorgvuldigheidsnorm vormgeeft. Hij benadrukt allereerst het contextgebonden karakter van de veiligheidsnormen bij gevaarstelling, door te overwegen dat de omstandigheden van het geval beslissend zijn. Vervolgens wijst hij op het bijzondere belang van een viertal specifieke omstandigheden, die in de jurisprudentie en literatuur over gevaarstelling naam hebben gemaakt als de 'Kelderluikfactoren' (par. 4.3.5). Of degene die een gevaar in het leven roept veiligheidsmaatregelen moet treffen, is afhankelijk van (i) de waarschijnlijkheid van onoplettendheid van de potentiële slachtoffers, (ii) de kans dat daaruit ongevallen ontstaan, (iii) de ernst van de mogelijke gevolgen daarvan en (iv) de bezwaarlijkheid van te nemen veiligheidsmaatregelen.

Hoewel deze Kelderluikfactoren, gezien hun formulering en jurisprudentiële achtergrond, primair zijn bedoeld voor 'ongevallen' in de klassieke zin, is hun juridische betekenis daartoe mijns inziens niet beperkt.²³ Zij verwijzen naar de basale risicoafwegingen die ieder mens in het dagelijks leven wordt geacht te maken,²⁴ zodat zij in beginsel toepasbaar zijn in het *gehele* aansprakelijkheidsrecht, althans waar het gaat om de toepassing van informatieplichten en andere zorgplichten van delictuele aard. Dat wordt bevestigd door vergelijking met buitenlandse aansprakelijkheidsstelsels, die dikwijls vergelijkbare gezichtspunten hanteren bij de invulling van de ongeschreven zorgvuldigheidsmaatstaf (par. 2.7.5 en 2.8.3). Intussen moet men zich in dit verband niet blind staren op de Kelderluikfactoren, die immers niet uitpuddend of autonoom zijn bedoeld.²⁵ Het gaat uiteindelijk om de vraag of, in het licht van de algehele *context*, de laedens was gehouden zich de belangen van de gelaedeerde aan te trekken door het doen van een waarschuwing of door het anderszins betrachten van zorg (par. 4.2.10).

Tegen deze achtergrond acht ik de door sommige auteurs verdedigde opvatting, dat het Kelderluik-arrest getuigt van een rechtseconomische visie

2008, L/JN BI0701, NJF 2009, 253. Zie voorts nog Rb. Rotterdam 21 april 1995, A&V 1996, p. 47-50 m.nt. G.H. Lankhorst (waarin geen onrechtmatigheid werd aangenomen, omdat het slachtoffer een herhaalde, indringende waarschuwing had genegeerd); en Rb. Amsterdam 27 december 2006, L/JN AZ6722, NJF 2007, 241 (waarin nadere maatregelen achterwege mochten blijven wegens de professionele setting van het ongeval). Zie nader over de Kelderluik-jurisprudentie Van Maanen 2008, p. 42 e.v.

23 Aldus ook Hartlief 2002, p. 484; en Verheij 2005, nr. 30, alsmede (meer impliciet) Valk 1993, p. 51, 62-63; Hartlief 2004a, p. 872; Van Rossum 2005, p. 74-76; en Jansen 2009a, nr. 21. Vgl. voorts HR 11 november 2005, NJ 2008, 460 m.nt. G.J.J. Heerma van Voss onder 465 (Bayar/Wijnen), waarin de Hoge Raad de Kelderluikfactoren toepast in het kader van art. 7:658 BW (par. 4.6.4).

24 Zie bijv. Verheij 2005, nr. 16; Engelhard & Van Maanen 2008, nr. 33; en Van Maanen 2008, p. 43. Vgl. ook Larenz/Canaris 1994, p. 414, die de hier bedoelde gezichtspunten (althans het Duitse equivalent daarvan) 'im Rahmen des vorrechtlichen, 'alltäglichen' Umgangs mit Risiken' plaatst. Anders Brüggemeier 2006, p. 64, die over de (hieronder te bespreken) 'Learned Hand-formula' opmerkt dat deze vooral aansluit bij het risicomangement van ondernemingen.

25 Zie par. 4.3.5 voor een nadere uitwerking.

op de onrechtmatige daad,²⁶ minder gelukkig. De gedachte is dat de Hoge Raad met zijn arrest aansluiting heeft willen zoeken bij de zogenaamde 'Learned Hand-formula', ontleend aan een beroemde, rechtseconomisch getinte uitspraak van de Amerikaanse rechter Hand uit 1947. Naar aanleiding van de vraag of de eigenaar van een binnenschip, dat op drift raakte en vervolgens zonk, had moeten zorgen voor de permanente aanwezigheid van een schipper aan boord, overwoog Learned Hand:

'Since there are occasions when every vessel will break from her moorings, and since, if she does, she becomes a menace to those about her; the owner's duty, as in other similar situations, to provide against resulting injuries is a function of three variables: (1) The probability that she will break away; (2) the gravity of the resulting injury, if she does; (3) the burden of adequate precautions. Possibly it serves to bring this notion into relief to state it in algebraic terms: if the probability be called P; the injury, L; and the burden, B; liability depends upon whether B is less than L multiplied by P: i.e., whether B less than PL.'²⁷

In Amerika is de algebraïsche formule van Learned Hand onthaald als de ideale rekensom voor efficiënte zorg. 'If the cost of safety measures (...) exceeds the benefit in accident avoidance to be gained by incurring that cost, society would be better off, in economic terms, to forgo accident prevention', aldus bijvoorbeeld Posner in een klassiek opstel over de rechtseconomische aspecten van *negligence*.²⁸ In Nederland klinken tegen de achtergrond van het Kelderluik-arrest vergelijkbare geluiden. 'Door de kosten van zorg af te wegen tegen de schade die ermee kan worden voorkomen, kan het optimale zorgniveau worden bepaald', aldus bijvoorbeeld Visscher naar aanleiding van het arrest.²⁹ De charmante eenvoud van zulke formules is bedrieglijk.³⁰ Nog afgezien van de vraag hoe factoren als de 'kans op ongevallen', de 'ernst van de mogelijke gevolgen' en de 'bezwaarlijkheid van te nemen veiligheidsmaatregelen' in rechte op waarde kunnen worden geschat,³¹ is een zó eenzijdige focus op de *kosten* van risico en voorzorg in juridisch opzicht onverantwoord. Financiële argumenten zijn in dit verband zeker relevant, maar niet doorslaggevend (par. 4.3.6).

Voor het leerstuk der informatieplichten is het voorgaande van bijzonder belang. Het betekent dat de Kelderluikfactoren als zodanig niet beslissend behoren te zijn voor de aanvaarding van een delictuele waarschuwingsplicht,

26 Vgl. bijv. Kerkmeester 1993, p. 770-771; Visscher 2005, p. 65 e.v.; en Van Maanen 2008, p. 45.

27 United States v. Carroll Towing Co. 159 F.2d 169 (2d Cir. 1947), p. 173, *per* L. Hand.

28 Posner 1972, p. 32-33.

29 Visscher 2005, p. 65. Vgl. ook Van Boom 2003a, p. 23, die meent dat 'de waarde van een levensjaar ook in het aansprakelijkheidsrecht een zinvol hulpmiddel [kan] zijn om baten van voorzorg mee uit te drukken'.

30 Aldus ook Valk 1993, p. 51-52; Brüggemeier 2006, p. 68-70; en Nieuwenhuis 2007, p. 14-16. Zie voorts de toelichting bij art. 4:102 PETL, p. 79 (Widmer).

31 Vgl. Engelhard & Van Maanen 2008, nr. 33, aan het slot.

althans niet wanneer men die Kelderluikfactoren zuiver rechtseconomisch opvat. In de meeste gevallen van gevaarzetting 'kost' een waarschuwing weinig of niets: van alle vormen van voorzorg is de waarschuwing normaliter – althans in financieel opzicht – de minst bezwaarlijke variant.³² Aangenomen dat nagenoeg ieder risico, hoe gering of uitzonderlijk ook, door het doen van een waarschuwing (nader) kan worden ingeperkt, zou in de hier bedoelde gevallen de rechtseconomische benadering vrijwel steeds een waarschuwingsplicht indiceren, reeds op grond van de voorzienbaarheid van het risico en de financiële onbezwaarlijkheid van de te geven waarschuwing. Dat is niet in lijn met het geldende recht.³³ Omgekeerd mag – anders dan auteurs als Posner suggereren – uit het enkele feit dat het doen van een waarschuwing onder bijzondere omstandigheden méér zou kosten dan de financiële omvang van het betrokken risico rechtvaardigt,³⁴ niet zonder meer worden afgeleid dat die waarschuwing rechtens achterwege mag blijven. De aanbieder van een riskant beleggingsproduct zal onervaren beleggers onder omstandigheden – al is hun belegde vermogen nog zo klein – moeten waarschuwen voor de betrokken risico's, ook indien hij daardoor zijn product in feite uit de markt prijst.³⁵

Al met al is de principiële betekenis van het Kelderluik-arrest voor het leerstuk der informatieplichten mijns inziens vooral gelegen in de eerste alinea van de hierboven geciteerde rechtsoverweging. De aanvaarding van een delictuele informatieplicht is afhankelijk van de *context* van de verweten gedraging. Of en in hoeverre de laedens rekening moet houden met onvoorzichtigheid aan de zijde van de gelaedeerde, en in verband daarmee een waarschuwing moet doen of andere voorzorgsmaatregelen moet treffen, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Bij gebreke van zulke omstandigheden blijft de schade voor eigen rekening van de gelaedeerde. Zo beschouwd kiest de Hoge Raad hier, evenals in het contractenrecht, de eigen verantwoordelijkheid van justitiabelen ter zake van het vergaren van informatie uitdrukkelijk tot uitgangspunt. In par. 4.1.2 bleek reeds dat deze 'strikte' benadering is geboden door de grondgedachte dat iedere deelnemer aan het maatschappelijk verkeer zijn 'algemene levensrisico' zelf te dragen heeft.

32 Zie bijv. Barendrecht & Van den Akker 1999, p. 62; Van Boom 2003a, p. 33; Giesen 2005, p. 48; en Behić 2008, p. 130. Zie (ter nuancering) ook Pape 2009, p. 181-182, die in het kader van de productenaansprakelijkheid wijst op de kosten van het ontwerp van een waarschuwingsetiket en op de potentiële gevolgen voor de afzet van het betreffende product. Vgl. ook de in par. 2.8.4 besproken Engelse jurisprudentie, waarin gewicht wordt toegekend aan de *maatschappelijke kosten* van een waarschuwing.

33 Zie bijv. HR 9 december 1994, *NJ* 1996, 403 m.nt. CJHB (Zwiepende tak), besproken in par. 4.4.2.

34 Vgl. Giesen 2005, p. 49-50, die signaleert dat de kosten van een (effectieve) waarschuwing in de praktijk veel hoger kunnen zijn dan men op het eerste gezicht zou denken.

35 Zie bijv. HR 5 juni 2009, *LJN* BH2815, *RvdW* 2009, 683 (De Treek/Dexia), besproken in par. 4.8.5.

4.1.4 Plan van behandeling

Het vervolg van dit hoofdstuk behelst een inventarisatie van de informatieplichten die voortvloeien uit het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht. Waar in hoofdstuk 3 de informatieplichten bij *dwaling* het leeuwendeel van de materie vormden, ligt in het onderhavige hoofdstuk de nadruk op de informatieplichten bij *gevaarzetting*. De behandeling daarvan in par. 4.3 e.v. wordt voorafgegaan door een algemene analyse van de onrechtmatige daad (art. 6:162 BW), als meest prominente grondslag voor delictuele aansprakelijkheid (par. 4.2). De risicoaansprakelijkheden van afdeling 6.3.2 e.v. BW komen aan de orde in par. 4.5, gevolgd door de werkgeversaansprakelijkheid van art. 7:658 BW in par. 4.6. De daarop volgende paragraaf staat in het teken van afdeling 6.3.3A e.v. BW, inzake oneerlijke handelspraktijken en misleidende reclame (par. 4.7). De aansprakelijkheid van dienstverleners – die tot op zekere hoogte als ‘contractueel’ kan worden getypeerd en derhalve (gedeeltelijk) in Boek 7 BW is geregeld (vgl. par. 3.11.2) – wordt behandeld in par. 4.8, waarbij met name de bijzondere zorgplicht van financiële dienstverleners wordt belicht (par. 4.8.3 e.v.).

4.2 ONRECHTMATIGE DAAD

4.2.1 Algemeen

De onrechtmatige daad vormt van oudsher een van de belangrijkste grondslagen voor het aannemen van delictuele informatieplichten (par. 2.1.3). Dat is vooral te danken aan het ‘algemeen fonds’ van de ongeschreven zorgvuldigheidsnormen uit art. 6:162 lid 2 BW. Deze contextgebonden normen vertalen het abstracte vraagstuk van delictuele aansprakelijkheid in de concrete vraag of de laedens, mede gelet op zijn kennis omtrent de kans op schade (par. 4.2.11), onder de gegeven omstandigheden was gehouden tot zorg voor de belangen van de gelaedeerde. Of het nu gaat om het openen van een kelderluik in de vloer³⁶ of het aanbrengen van een bussluis in het wegdek,³⁷ om het neerzetten van een emmertje natronloog op straat³⁸ of het in het verkeer brengen van asbestcementplaten,³⁹ om het deponeren van een taxusstruik op een afvalhoop⁴⁰ of het storten van rottende uien langs de weg,⁴¹ telkens

36 Vgl. HR 5 november 1965, *NJ* 1966, 136 m.nt. GJS (Kelderluik), besproken in par. 4.1.3.

37 Vgl. HR 20 maart 1992, *NJ* 1993, 547 m.nt. CJHB (Bussluis), besproken in par. 4.4.6.

38 Vgl. HR 8 januari 1982, *NJ* 1982, 614 m.nt. CJHB (Natronloog), besproken in par. 4.4.10.

39 Vgl. HR 25 november 2005, *NJ* 2009, 103 m.nt. I. Giesen (Eternit/Horsting), besproken in par. 4.2.15.

40 Vgl. HR 22 april 1994, *NJ* 1994, 624 m.nt. CJHB (Taxus), besproken in par. 4.4.10.

41 Vgl. HR 7 april 2006, *LJN* AU6934, *NJ* 2006, 244 (Bildtpollen/Miedema), besproken in par. 4.3.11.

rijst de vraag of de laedens het betrokken risico kende dan wel behoorde te kennen, of hij in dit verband nader onderzoek had moeten doen en of hij tegen die achtergrond gelaedeerden had moeten waarschuwen, dan wel andere maatregelen had moeten treffen ter voorkoming van de schade. Hiermee is niet gezegd dat het *gehele* leerstuk van de onrechtmatige daad in de sleutel van informatieplichten kan worden geplaatst. Het wettelijk kader van art. 6:162 e.v. BW bestrijkt immers meer dan alleen de vergaring en verstrekking van informatie in de delictuele sfeer. Een nadere analyse van dat wettelijk kader volgt in par. 4.2.3 e.v. Hieronder wordt allereerst aandacht besteed aan de theoretische *grondslag* van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. Schuld en risico zijn de begrippen die daarbij centraal staan.

4.2.2 Schuld of risico?

Over het onderscheid tussen schuld en risico als potentiële grondslagen voor delictuele aansprakelijkheid is vooral in de twintigste eeuw uitvoerig gediscussieerd. Op het hoogtepunt van de industriële revolutie, tegen het einde van de negentiende eeuw, drong het besef door dat het aloude *culpa*-begrip, opgevat in de klassieke betekenis van persoonlijke verwijtbaarheid,⁴² niet langer kon fungeren als exclusieve grondslag voor delictuele aansprakelijkheid. De mechanisatie van de maatschappij had, behalve ongekende rijkdom, ook ongekende risico's teweeggebracht, die zelfs met inachtneming van redelijke voorzorg niet altijd konden worden vermeden. Scholten schetst in zijn dissertatie uit 1899 een intrigerend tijdsbeeld:

Waar vroeger het enkele feit der samenleving voor de individuen een geringe risico voor schade meebracht, en zij alleen dan nadeel ondervonden, als de een *onrechtmatig* in de belangen van den ander ingreep, is dit nu anders geworden, is ieder elken dag en voortdurend aan een reeks van gevaren voor zijn persoon of vermogen blootgesteld. Waar toen een diligence hoogstens een enkele maal iemand overreed, komt nu jaarlijks een vrij groot aantal menschen bij spoorwegongelukken om. Waar het ons haast niet denkbaar is, dat een diligence schade veroorzaakt aan het vermogen van een ander, of een buitengewoon onbekwame of moedwillige koetsier mocht ergens de ruiten inrijden, is de vermogensvermindering, die dagelijks velen door toedoen der spoorwegen lijden, aanzienlijk. Dan brandt een dennebosch af door een vonk uit den locomotief, dan stort een huis in door het dreunen der voorbijrijdende treinen, of worden dieren schrikachtig en voorgoed onbruikbaar, dan weer bederft de neerslaande rook geheele landerijen.⁴³

42 Over de mate van objectivering van het schuldbegrip gedurende de negentiende eeuw bestaat overigens verschil van mening. Vgl. Schut 1969, p. 270; Van Maanen 1986, p. 192-194; en Klaassen 1991, p. 8.

43 Scholten 1899, p. 12-13.

Deze voorbeelden doen ons gevoelen, aldus Scholten, ‘dat de billijkheid een aansprakelijkheid eischt voor schade, die verder gaat dan die uit schuld alleen’.⁴⁴ In de twintigste eeuw is naarstig gezocht naar een grondslag voor zulk een aansprakelijkheid.⁴⁵ De rechtspraak koos een pragmatische oplossing, door het schuldbegrip geleidelijk te verruimen. Steeds vaker werd bij gebreke van persoonlijke verwijtbaarheid de aansprakelijkheid gebaseerd op schuldconstructies, zoals een gefingeerde schuld, een vermoeden van schuld of een geobjectiveerde schuld.⁴⁶ De literatuur ging een stap verder, door te erkennen dat geleden schade onder omstandigheden ook *buiten* schuld voor rekening van de dader kon worden gebracht. Ter rechtvaardiging van het hier bedoelde *risicobeginsel* – dat in abstracto weinig funderend vermogen bezit⁴⁷ – werd doorgaans verwezen naar meer concrete overwegingen van risicoverdeling, zoals de omstandigheid dat de schade het gevolg was van een door de dader in het leven geroepen gevaar voor personen of zaken (het *gevaarzettingsbeginsel*), de omstandigheid dat de schade was ontstaan bij de uitoefening van een winstgevende activiteit door de dader (het *profijtbeginsel*) of de omstandigheid dat de dader, bijvoorbeeld in verband met (de mogelijkheid van) een verzekering, beter dan het slachtoffer in staat was de schade te dragen (het *draagkrachtbeginsel*).⁴⁸ De meerderheid der auteurs erkende intussen dat geen van deze beginselen de ultieme rechtvaardiging kon bieden voor alle gevallen van aansprakelijkheid zonder schuld. De heersende leer stelde zich dan ook op het voorzichtige standpunt dat aansprakelijkheid hier uiteindelijk tot de *billijkheid* moest worden herleid,⁴⁹ de grondslag die kennelijk ook Scholten in zijn dissertatie reeds voor ogen had.⁵⁰

Inmiddels mag de discussie ‘schuld of risico’ min of meer als afgerond worden beschouwd. Het nieuwe BW van 1992 stelt de schuld nog altijd principieel voorop als primaire grondslag voor toerekening van een onrechtmatige daad aan de dader, maar biedt ook ruimte om de schade krachtens de in het verkeer geldende opvattingen ‘voor zijn rekening’ te brengen (art. 6:162 lid 3

44 Scholten 1899, p. 20.

45 Zie voor een overzicht van de belangrijkste opvattingen bijv. Schut 1963, p. 29 e.v.; Klaassen 1991, p. 9 e.v.; en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* (2011), nr. 27-30.

46 Zie bijv. Schut 1969, p. 270-271; Schut 1997, p. 26; en Sieburgh 2000, p. 119-120 en 126 e.v. Vgl. ook de jurisprudentie, vermeld in Onrechtmatige daad I (Jansen), art. 162, Algemeen, aant. 6.3, die overigens mede in het teken staat van een verruimd onrechtmatigheidsbegrip.

47 Vgl. Slagter 1952, p. 55; Schut 1969, p. 272; Nieuwenhuis 1997a, p. 8; en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* (2011), nr. 27.

48 Zie bijv. Slagter 1952, p. 61-62; Schut 1963, p. 31-37; Klaassen 1991, p. 10-11; Schut 1997, p. 27-28; Van Dunné 2004b, p. 154-155, 173-232 en 461-485; Verheij 2005, nr. 7; Spier in Spier e.a. 2009, nr. 9; en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* (2011), nr. 27.

49 Zie bijv. Spier in Spier e.a. 2009, nr. 9; en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* (2011), nr. 30. Kritisch over deze ‘nietszeggende’ grondslag is Schut (Schut 1997, p. 32), die zelf in zijn proefschrift de ‘rechtelijke verantwoordelijkheid’ als alternatief heeft aangedragen (Schut 1963, p. 38 e.v.).

50 Zie Scholten 1899, p. 20 (hierboven geciteerd) en bijv. p. 153.

BW).⁵¹ Ook overigens is de invloed van het risicobeginsel in vergelijking met het oude recht gegroeid, doordat in afdeling 6.3.2 e.v. BW diverse (nieuwe) kwalitatieve aansprakelijkheden zijn geïntroduceerd, die tot op zekere hoogte derogeren aan de vereisten van onrechtmatigheid en toerekenbaarheid (par. 4.5.1). Nochtans is van een ‘overwoekering’ van het schuldbeginsel door het risicobeginsel, zoals door sommigen aanvankelijk gevreesd,⁵² naar huidig recht geen sprake. In de jurisprudentie wordt bij toepassing van art. 6:162 BW de schuldvraag, ondanks de mogelijkheid van toerekening krachtens de in het verkeer geldende opvattingen, nog altijd consequent vooropgesteld.⁵³ De Europese opstellers van het DCFR betitelen tegen deze achtergrond de verwijzing naar de verkeersopvattingen in art. 6:162 lid 3 BW zelfs als ‘a provision seemingly devoid of any practical significance’.⁵⁴ Ook de kwalitatieve aansprakelijkheden van afdeling 6.3.2 e.v. BW zijn sinds hun introductie in 1992 zeker geen ‘eigen leven’ gaan leiden.⁵⁵ Het lijkt er veeleer op dat deze limitatief opgesomde, nauw omliggende risicoaansprakelijkheden in termen van praktische relevantie hun meerdere moeten erkennen in de open schuldnorm van art. 6:162 BW. Bovendien wordt in de literatuur aangenomen dat óók die risicoaansprakelijkheden nog wezenlijk door het schuldbeginsel worden beïnvloed (par. 4.5.1). Tegen deze achtergrond kan gevoeglijk worden ingestemd met Schut, die schuld en risico betitelt als begrippen die ‘in elkaar overlopen als twee kleuren waterverf’.⁵⁶ Hetzelfde concludeert Van Dam op basis van rechtsvergelijkende gegevens:

‘The dichotomy between negligence and strict liability is outdated. Legislators and courts look for the right balance by mixing negligence and strict elements, sometimes fine-tuning this mix by (partially) shifting the burden of proof from the claimant to the defendant. (...) The old steeled frameworks of 19th and 20th century tort law (*fault and risk, faute et risque, Verschulden und Gefährdung*) are no longer

51 Vgl. Handelingen II, PG Boek 6, p. 644, alwaar wordt opgemerkt dat de wettelijke regeling der onrechtmatige daad ‘het schuldelement niet zal loslaten’; en TM, PG Boek 6, p. 606, alwaar wordt opgemerkt dat de handhaving van het schuldbeginsel niet wegneemt dat ook bij gebreke van verwijtbaarheid ‘in vele gevallen’ een aanspraak op schadevergoeding wordt toegekend.

52 Vgl. Schut 1996, p. 283.

53 Zie bijv. Jansen 2009a, nr. 25, alsook de rechtspraak, vermeld in Onrechtmatige daad I (Jansen), art. 162, lid 3, aant. 7 e.v. Vgl. voor het oude recht reeds Van Maanen, Spier & Sterk 1990, p. 143, alwaar op basis van uitvoerig jurisprudentieonderzoek wordt geconcludeerd dat ‘geen algemene verschuiving in de richting van risico [valt] te constateren’.

54 Von Bar & Clive 2009, p. 3099 (notes bij art. VI-1:101 DCFR).

55 Vgl. Hartkamp 2010a, nr. 22 en 23 (sub 4); en Van Maanen 2011a, p. 232.

56 Schut 1969, p. 273. Zie in gelijke zin bijv. Van Dam 2000, nr. 1004; Hartlief 2011, p. 285; en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* (2011), nr. 28. Vgl. ook Nieuwenhuis 1989, p. 194 (en identiek Nieuwenhuis 2007, p. 130), die het onderscheid tussen schuld en risico geheel verwerpt.

opponents but need to cooperate in order to achieve the appropriate results for the 21st century.⁵⁷

Al met al heeft de ontwikkeling van ons aansprakelijkheidsrecht in de afgelopen eeuw geleid tot een *synthese* van schuld en risico.⁵⁸ Informatieplichten vormen in zekere zin het *trait-d'union* tussen de beide beginselen. Waar persoonlijke verwijtbaarheid als grondslag voor aansprakelijkheid tekortschiet, kan door het aannemen van onderzoeksplichten en waarschuwingsplichten aan de zijde van de laedens het schuldbegrip worden opgerekend of, zo men wil, geobjectiveerd. Aldus kunnen billijke oplossingen worden bereikt, zonder dat de beoordeling onttaardt in een klakkeloze risicoverdeling. Het redeneren in termen van informatieplichten voorkomt dus een 'doorschieten' in de richting van zuivere risicoaansprakelijkheid en bewerkstelligt dat het aansprakelijkheidsrecht primair gericht blijft op de veroordeling van falend gedrag.⁵⁹ Mede gezien het in par. 4.1.2 besproken uitgangspunt dat ieder zijn eigen schade draagt, mag worden geconcludeerd dat het aansprakelijkheidsrecht nog altijd wordt beheerst door het *schuldbeginsel*, waar nodig aangevuld met elementen van risicoverdeling.⁶⁰ De nu volgende analyse van het wettelijk kader voor onrechtmatige daad moge dat verduidelijken.

4.2.3 Wettelijk kader

Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad vergt, zoals elke juridische constructie, het bestaan van een relatie tussen norm en feit.⁶¹ Drie feitelijkheden staan in dit verband centraal: de dader, zijn schadeveroorzakende gedraging en de daaruit voortvloeiende belangenaantasting bij de benadeelde.⁶² De relatie die art. 6:162 BW aanbrengt tussen norm en feit is dienovereenkomstig driërlei. Het artikel vereist allereerst een relatie tussen norm en gedraging: er moet sprake zijn van een *onrechtmatige daad*, gelegen in de inbreuk op een recht, de schending van een wettelijke plicht of het doen of nalaten in strijd met een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm (lid 2). Deze normschending moet aan de dader *toerekenbaar* zijn, wegens schuld of wegens een oorzaak die krachtens de wet of de in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt (lid 3). Aldus wordt tevens een relatie gelegd tussen de geschonden norm en de dader. Ten slotte vereist het artikel ook een relatie tussen norm en belangen-

57 Van Dam 2006, nr. 1005.

58 Deze ontwikkeling is enigszins vergelijkbaar met de in par. 3.5.4 beschreven synthese van de twee opvattingen over dwaling in het contractenrecht (wilsgebrek vs. gedragstoetsing).

59 Vgl. Nieuwenhuis 1989, p. 195 en (identiek) Nieuwenhuis 2007, p. 131.

60 Vgl. Schut 1969, p. 272, die betoogt 'dat in elk schuldbegrip een stuk risico zit'.

61 Vgl. Asser/Vranken** (1995), nr. 108.

62 Vgl. Brüggemeier 1999, p. 43, die de drie-eenheid van dader, benadeelde en hun onderlinge verhouding als de traditionele 'Anatomie eines Delikts' betitelt.

aantasting, in die zin dat voor aansprakelijkheid is vereist dat de geschonden norm strekte tot bescherming tegen de schade zoals de benadeelde die heeft geleden. Het gaat hier om het *relativiteitsvereiste*, dat behalve in het woord 'jegens' van lid 1 ook afzonderlijk tot uitdrukking komt in art. 6:163 BW.⁶³

Informatieplichten uit hoofde van art. 6:162 BW manifesteren zich vooral waar het artikel de zojuist bedoelde relatie tussen norm en feit legt. Zij vormen in dit verband de brug tussen de feitelijke kennis van partijen en hun rechtelijke verantwoordelijkheid (vgl. par. 1.1). Buiten het normatieve kader van onrechtmatigheid, toerekenbaarheid en relativiteit ligt het aannemen van informatieplichten mijns inziens minder voor de hand. De twee resterende vereisten voor aansprakelijkheid op grond van art. 6:162 BW – schade en causaal verband (lid 1) – zien op de overwegend feitelijke relatie tussen de schadeveroorzakende gedraging en de belangenaantasting. Natuurlijk is ook die relatie normatief gekleurd, zoals bijvoorbeeld blijkt uit de verwijzing naar de 'aard van de aansprakelijkheid' in art. 6:98 BW,⁶⁴ maar voor het aannemen van informatieplichten biedt het schadevergoedingsrecht mijns inziens minder goede aanknopingspunten. De traditionele aandacht voor de 'voorzienbaarheid' van de schade als gezichtspunt ter vaststelling van causaal verband in de zin van art. 6:98 BW maakt het voorgaande niet anders.⁶⁵ Aangenomen wordt immers dat dit begrip hier overwegend objectief moet worden ingevuld en dat de subjectieve verwachtingen van partijen omtrent de omvang van de schade daarbij hoogstens zijdelings van belang kunnen zijn.⁶⁶ Beslissend is uiteindelijk of de schade in de ogen van de *rechter* – of een door hem in het leven geroepen 'maatman'⁶⁷ – kan worden beschouwd als het 'redelijkerwijze te verwachten gevolg' van de gedraging.⁶⁸ Tegen deze achtergrond vind ik de gedachte van Tjittes, dat in dit verband een mededelingsplicht zou kunnen rusten op de partij die een uitzonderlijke, normaliter als 'onvoorzienbaar' te kwalificeren schadepost voorziet (op straffe van verlies van een eventuele aanspraak op vergoeding daarvan),⁶⁹ minder voor de hand liggend. Mijns inziens behoort veeleer de objectieve waarschijnlijkheid van de schade in dit verband centraal te staan dan de vraag of partijen in het licht van hun onderlinge communicatie

63 Vgl. Onrechtmatige daad I (Jansen), art. 163, aant. 1.1.

64 Vgl. Schadevergoeding (Boonekamp), art. 98, aant. 29.

65 Zie over het verband tussen causaliteit en voorzienbaarheid uitvoerig Köster 1963, p. 8 e.v.

66 Zie in die zin bijv. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* (2009), nr. 71-72; en Schadevergoeding (Boonekamp), art. 98, aant. 31.2, met verwijzing naar HR 18 december 1987, NJ 1988, 439 m.nt. G (Amro/Bromet), r.o. 3.7.

67 Vgl. art. 3:201 sub a PETL, dat verwijst naar 'the foreseeability of the damage to a reasonable person'.

68 Zo luidde de aloude formulering van de 'adequatieleer', die voor de invulling van art. 6:98 BW nog altijd relevant wordt geacht. Zie bijv. HR 1 juli 1977, NJ 1978, 84 m.nt. GJS (Gasbuis), alsmede Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* (2009), nr. 56 en 69.

69 Zie Tjittes 2008, p. 1, die zich overigens toespitst op de werking van art. 6:98 BW in *contractuele* verhoudingen.

de geleden schade hebben (moeten) voorzien.⁷⁰ Voorkomen moet worden dat de causaliteitsvraag onttaardt in dezelfde afweging van zorgplichten die ook de vestiging der aansprakelijkheid beheerst.

4.2.4 Art. 6:162 lid 2 BW: rechtsinbreuk

Met inachtneming van het voorgaande kan de rol van informatieplichten binnen het wettelijk kader van art. 6:162 BW nader worden afgebakend. Het onrechtmatigheidsvereiste van lid 2 wordt zeker niet in alle gevallen beïnvloed door overwegingen omtrent kennis, informatievergaring en informatieverstrekking. Er bestaan 'objectieve' normen van delictuele aard, waarvan de toerekenbare schending zonder meer aansprakelijkheid oplevert, ongeacht de vraag of de dader wist of behoorde te weten van enige kans op schade, en ongeacht de vraag of hij het slachtoffer daarvoor op afdoende wijze heeft gewaarschuwd. Deze normen vinden hun onderdak in de eerste twee onrechtmatigheidsrubrieken van art. 6:162 lid 2 BW, inzake inbreuk op een subjectief recht en schending van een wettelijke plicht (waarover par. 4.2.9).

Inbreuk op een subjectief recht levert volgens de parlementaire geschiedenis,⁷¹ bevestigd door vaste rechtspraak en literatuur,⁷² *eo ipso* een onrechtmatige daad op. De achterliggende gedachte is dat de rechtsorde door het aanwijzen van subjectieve rechten bepaalde fundamentele belangen erkent, die als zodanig voor bescherming in aanmerking komen. Scholten formuleerde het in 1911 kernachtig als volgt:

'Onrecht is hier niet de overtreding van eenig speciaal gebod, maar elke niet te rechtvaardigen aanranding van het individu in deze zijnen machtskring.'⁷³

Deze benadering, die de onrechtmatigheid van het schadeveroorzakende gedrag zoekt in de beschermwaardigheid van het getroffen belang, is vanuit rechtsvergelijkend oogpunt niet uniek. Zij kan worden herleid tot § 823 I van het Duitse BGB, waarin eveneens de belangen aantasting het primaire aanknopingspunt vormt voor het aannemen van onrechtmatigheid (par. 2.7.4). Met art. 6:162 BW heeft de Nederlandse wetgever kennelijk een compromis beoogd tussen deze Duitse belangenleer en de gedragstoetsing die bekend is uit het

70 Vgl. Brunner 1981, p. 213, die in dit verband de waarschijnlijkheid 'naar ervaringsregels' aandraagt als (objectief) criterium.

71 Zie TM, PG Boek 6, p. 614.

72 Zie bijv. Sieburgh 1997, p. 629; Sieburgh 2000, p. 58 e.v.; Jansen 2000, p. 298; Jansen 2009a, nr. 13; Van Maanen in Spier e.a. 2009, nr. 32; Brahn/Reehuis 2010, nr. 608; en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* (2011), nr. 47. Zie voorts de literatuur en jurisprudentie, vermeld in Onrechtmatige daad I (Jansen), art. 162, lid 2, aant. 3.

73 Scholten 1911, p. 138. Zie in gelijke zin thans bijv. Valk 1992, p. 54-55; Sieburgh 1997, p. 630-631; Sieburgh 2000, p. 61-62; en Van Maanen in Spier e.a. 2009, nr. 32-33.

Franse *faute*-regime (vgl. par. 2.6.3).⁷⁴ De rechtsinbreuk wordt immers in lid 2 gepresenteerd als zelfstandige onrechtmatigheidsrubriek, náást het handelen in strijd met ongeschreven zorgvuldigheidsnormen.

De keuze tussen beide benaderingen – rechtsinbreuk of onzorgvuldigheid – is in de praktijk geen lood om oud ijzer. De bijzondere bescherming die art. 6:162 BW aan de rechthebbende op een subjectief recht toekent, komt concreet tot uitdrukking in de door het artikel geboden verdeling van de *bewijslast*.⁷⁵ Wie het slachtoffer is geworden van de inbreuk op een subjectief recht, kan ter onderbouwing van zijn beroep op onrechtmatigheid in beginsel volstaan met het stellen (en zo nodig bewijzen) van de betreffende rechtsinbreuk. Het is vervolgens aan de aangesproken partij om, met een beroep op een rechtvaardigingsgrond in de zin van art. 6:162 lid 2 BW, aan te tonen dat zijn gedraging desalniettemin geoorloofd was. Rechtsinbreuk is dus *prima facie* onrechtmatig: behoudens tegenbewijs is hier, mét de belangenaantasting, de onrechtmatigheid gegeven. Zo beschouwd is de positie van het slachtoffer van een rechtsinbreuk aanmerkelijk sterker dan die van het gemiddelde slachtoffer van een onrechtmatige daad.⁷⁶

In het voorgaande ligt besloten dat de inbreuk op een subjectief recht onder omstandigheden *geoorloofd* kan zijn, namelijk in verband met de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond. De aanvankelijke kwalificatie van het inbreukmakende gedrag als *eo ipso* onrechtmatig wordt dan in tweede instantie bijgesteld.⁷⁷ Sommige auteurs tonen zich kritisch over een dergelijk 'heen-en-terugredeneren'.⁷⁸ Mijns inziens vindt het zijn rechtvaardiging in de hoogwaardigheid van de betrokken belangen, de subjectieve rechten waar het hier om gaat.⁷⁹ 'Eigendom is het meest omvattende recht dat een persoon op een zaak kan hebben' (art. 5:1 BW). 'Ieder heeft, behoudens bij of krachtens de wet te stellen beperkingen, recht op onaantastbaarheid van zijn lichaam' (art. 11 Gw). Een rechtsorde die zulke absolute rechten erkent, aanvaardt ook dat een inbreuk daarop in beginsel 'onrechtmatig' is, tenzij de inbreukmakende partij aannemelijk weet te maken dat onder de gegeven omstandigheden een uitzon-

74 Vgl. Nieuwenhuis 2008, p. 3-4.

75 Zie bijv. Hartlief & Van Maanen 1995, p. 41-42; Schut 1997, p. 50; Sieburgh 1997, p. 631; Sieburgh 2000, p. 62; Jansen 2001, p. 299; en Van Maanen in Spier e.a. 2009, nr. 32 en 40.

76 Vgl. Onrechtmatige daad I (Jansen), art. 162, lid 2, aant. 4 en 63 e.v., alwaar blijkt dat de rechthebbende op een subjectief recht ook *buiten* de gevallen van rechtsinbreuk een aanvullende bescherming geniet.

77 Vgl. Valk 1992, p. 54-55, die het onrechtmatigheidsoordeel over inbreukmakend gedrag tegen deze achtergrond betitelt als een 'voorlopig rechtsoordeel'.

78 Aldus Hijma 1991a, p. 340. Vgl. voorts bijv. Van Dam 2000, nr. 838.

79 Zie voor een uitvoerig overzicht van de hier bedoelde subjectieve rechten Onrechtmatige daad I (Jansen), art. 162, lid 2, aant. 7-43.

dering moet worden aanvaard.⁸⁰ Dat is geen onnodige omhaal van woorden, maar het resultaat van een evenwichtige verdeling van de bewijslast.⁸¹

4.2.5 Vervolg; informatieplichten bij rechtsinbreuk?

Het wettelijke uitgangspunt dat de inbreuk op een subjectief recht *eo ipso* onrechtmatig is, impliceert dat de 'informatie context' van de rechtsinbreuk – de vraag of de dader wist c.q. behoorde te weten van enige kans op schade en of hij die kennis eventueel met het slachtoffer had moeten delen, mede in het licht van diens eigen verantwoordelijkheid – in beginsel niet ter zake doet. De rechtsinbreuk is naar haar aard een *objectieve* onrechtmatighedsrubriek, niet gerelateerd aan de subjectieve gesteldheid van partijen of aan het concrete verloop van hun onderlinge communicatie. Voor de toepassing van informatieplichten is hier zo beschouwd geen plaats.

In twee opzichten moet nochtans het voorgaande worden genuanceerd. Allereerst zij bedacht dat met de vaststelling van de onrechtmatigheid nog niet de aansprakelijkheidsvraag is beantwoord. Voor het aannemen van aansprakelijkheid is tevens *toerekenbaarheid* van de normschending vereist (art. 6:162 lid 3 BW) en juist in dat kader kan de subjectieve gesteldheid van partijen een cruciale rol spelen (par. 4.2.16). De vuilnisman die behalve het gereedstaande grofvuil ook een splinternieuwe fiets afvoert naar de vuilnisbelt, pleegt inbreuk op het eigendomsrecht van de eigenaar van die fiets. Of deze onrechtmatige daad hem ook kan worden toegerekend, zal afhangen van de vraag of de vuilnisman erop mocht vertrouwen dat de fiets ter plaatse als grofvuil was neergezet en of hij dienaangaande nader onderzoek had moeten doen, een en ander mede tegen de achtergrond van de eigen verantwoordelijkheid van de eigenaar, die de vuilnisman voor zijn vergissing had kunnen behoeden. Voor zover aldus de eigen verantwoordelijkheid van de eigenaar niet reeds in het kader der toerekenbaarheid is verdisconteerd, kan zij bovendien nog aan de orde komen bij de toepassing van het *relativiteitsvereiste* als bedoeld in art. 6:163 BW. De redenering luidt dan dat de aansprakelijkheid vervalt omdat de benadeelde zich door zijn eigen onvoorzichtige gedrag aan het beschermingsbereik van de geschonden norm heeft onttrokken.⁸² Zo beschouwd is de constatering dat de rechtsinbreuk een objectief karakter heeft,

80 Vgl. TM, PG Boek 6, p. 614.

81 Vgl. Jansen 2001, p. 299, die meent dat een redenering als de onderhavige niet 'gekunsteld' is maar 'juist beeldend [uitdrukt] waar het op aankomt'.

82 Vgl. Lankhorst 1992, p. 103-106; en Onrechtmatige daad I (Jansen), art. 163, aant. 26.

slechts van geringe praktische betekenis: de vaststelling der *aansprakelijkheid* wordt uiteindelijk (mede) door subjectieve elementen beïnvloed.⁸³

In de tweede plaats moet worden bedacht dat in geval van rechtsinbreuk ook het onrechtmatigheidsoordeel zélf tot op zekere hoogte aan subjectivering onderhevig kan zijn. Ik doel op de invloed van ongeschreven *rechtvaardigingsgronden*,⁸⁴ die juist in dit verband een cruciale rol kunnen vervullen. De arts die een ontstoken blindedarm verwijdert, pleegt inbreuk op de lichamelijke integriteit, maar handelt desondanks rechtmatig, omdat hij normaliter zal opereren – of geacht mag worden te opereren – met toestemming van zijn patiënt.⁸⁵ Voor aanvaarding van deze rechtvaardigingsgrond is vereist dat de (veronderstelde) toestemming berust op een voldoende geïnformeerde keuze van de patiënt (*informed consent*). De arts heeft in dit verband (dus) een informatieplicht omtrent de risico's van de behandeling (art. 7:448 BW), behalve voor zover die risico's van algemene bekendheid mogen worden geacht (par. 4.8.2). In zoverre heeft de patiënt hier dus ook een eigen verantwoordelijkheid.⁸⁶ Een vergelijkbare benadering kan worden gekozen in de zojuist besproken casus van de door de vuilnisman afgevoerde fiets. De eigen verantwoordelijkheid van de eigenaar kan hier, behalve in het kader der toerekenbaarheid en relativiteit, ook (reeds) aan de orde komen bij de beantwoording van de vraag of aan de zijde van de eigenaar sprake is van stilzwijgende toestemming⁸⁷ of risicoaanvaarding.⁸⁸ De kenmerkende zwart/wit-beoordeling van de rechtsinbreuk maakt dan plaats voor een open afweging van verantwoordelijkheden over en weer.

4.2.6 Vervolg; leer Smits

Aangenomen dat, zoals bleek in de voorgaande paragraaf, het objectieve karakter van de rechtsinbreuk in belangrijke mate wordt gerelativeerd door

83 Praktische betekenis heeft de bedoelde constatering slechts in zoverre, dat inbreukmakend of onwetmatig gedrag, ook bij gebreke van toerekenbaarheid en zelfs bij gebreke van schade, ex art. 6:162 jo. 3:296 BW kan worden *verboden*, behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond. Zie par. 4.2.17.

84 Zie voor een uitvoerig overzicht Onrechtmatige daad I (Jansen), art. 162, lid 2, aant. 119-256.

85 Vgl. Stolker 1988, p. 39; en Giesen 1997, p. 35. Zie over toestemming als rechtvaardigingsgrond bijv. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* (2011), nr. 94; en Onrechtmatige daad I (Jansen), art. 162, lid 2, aant. 189 e.v., waarvan in het bijzonder aant. 196 (over toestemming bij rechtsinbreuk).

86 Vgl. Onrechtmatige daad VI.3 (Slabbers), aant. 10.2.1.

87 Zie over stilzwijgende toestemming als rechtvaardigingsgrond Onrechtmatige daad I (Jansen), art. 162, lid 2, aant. 198-199.

88 Zie over risicoaanvaarding als rechtvaardigingsgrond Onrechtmatige daad I (Jansen), art. 162, lid 2, aant. 205 e.v., alwaar ook blijkt dat ondanks de verwerping van risico-aanvaarding als afzonderlijke rechtsfiguur in HR 28 juni 1991, NJ 1992, 622 m.nt. CJHB (Natrappen), r.o. 3.4, deze rechtvaardigingsgrond in de praktijk nog altijd een belangrijke rol speelt.

de subjectiverende invloed van aanpalende leerstukken (rechtvaardigingsgronden, toerekenbaarheid en relativiteit), rijst de vraag of de rechtsinbreuk ook *als zodanig* aan subjectivering onderhevig kan zijn. In de literatuur, waar vanouds een zekere onvrede heeft bestaan over de vermeende ‘starheid’ van de onderhavige onrechtmatigheidsrubriek,⁸⁹ is die vraag meer dan eens bevestigend beantwoord. Reeds in 1911 betoogde Scholten dat voor een geslaagd beroep op rechtsinbreuk is vereist dat de aantasting van het subjectieve recht *opzettelijk* geschiedde.⁹⁰ Tot op de dag van vandaag vindt deze (achterhaalde⁹¹) opvatting weerklink in de literatuur.⁹² Belangrijker is de bekende leer Smits, die sinds zijn introductie halverwege de vorige eeuw niet meer weg te denken is uit het onrechtmatige daadsrecht.⁹³ Smits betoogde dat een rechtsinbreuk eerst onrechtmatig kan worden geacht, indien zij (tevens) in strijd is met een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm. Dat betekende volgens Smits niet dat het feit van de rechtsinbreuk als zodanig irrelevant was. Smits meende namelijk ‘dat het rechtsoordeel vastgelegd in een erkend subjectief recht ons van dienst kan zijn, een *factor* kan vormen, bij de beslissing of in een gegeven geval onmaatschappelijk is gehandeld.’⁹⁴ Nog altijd vindt deze opvatting – hoewel in strijd met een bewuste keuze van de wetgever – steun bij een gezaghebbende groep auteurs.⁹⁵

De populariteit van de leer Smits is niet verbazingwekkend. Zij adresseert een belangrijk en reëel probleem: klakkeloze toepassing van het inbreukcriterium leidt tot onaanvaardbare resultaten. Dat *iedere* aantasting van een subjectief recht als zodanig onrechtmatig is, ongeacht de toedracht en de verdere omstandigheden van het geval, kan niet goed worden volgehouden.⁹⁶ Dat zou bijvoorbeeld dwingen tot de gevolgtrekking dat het veroorzaken van letsel of zaakschade automatisch kwalificeert als een onrechtmatige daad.⁹⁷ Terecht heeft (ook) de rechtspraktijk deze consequentie, die onverenigbaar is met het

89 Vgl. bijv. Hijma 1991a, p. 341-342, die de rechtsinbreuk (evenals de wetsschending) betitelt als een ‘onnodig grofmazig’ onrechtmatigheidscriterium, dat ‘als zodanig (te) weinig nuancerings’ toelaat.

90 Zie Scholten 1911, p. 139, alwaar Scholten overweegt dat ‘een gewilde aantasting altijd, een niet gewilde alleen dan onrechtmatig is als zij gevolg is van een gedrag dat anders is dan maatschappelijk betaamt’.

91 Vgl. Onrechtmatige daad I (Jansen), art. 162, lid 2, aant. 55. Zie ook reeds Rutten 1953, p. 444; en Hofmann/Drion/Wiersma 1959, p. 83.

92 Zie bijv. Schut 1997, p. 53; Van Maanen in Spier e.a. 2009, nr. 36; en Brahn/Reehuis 2010, nr. 603. Vgl. ook (vanuit rechtshistorisch perspectief) Van Maanen 1986, p. 185-186, 187.

93 Vgl. Nieuwenhuis 2008, p. 17, die de leer Smits een van de ‘never ending stories’ van juridisch Nederland noemt.

94 Smits 1940, p. 375 (curs. toegevoegd). Zie in gelijke zin Smits 1940, p. 389 en 402.

95 Zie bijv. Van Maanen 1986, p. 227-228; Van Dam 1989, nr. 56 e.v.; Hijma 1991a, p. 341-342; Roelvink 1994, p. 331; Hartlief & Van Maanen 1995, p. 64; Schut 1997, p. 52-53; Van Dam 2000, nr. 832 e.v.; Van Dunné 2004b, p. 240-243; en Verheij 2005, nr. 15.

96 Aldus ook TM, PG Boek 6, p. 614.

97 Vgl. de annotatie van C.J.H. Brunner bij HR 9 december 1994, NJ 1996, 403 (Zwiepende tak), sub 2.

in par. 4.1.2 genoemde uitgangspunt dat ieder zijn eigen schade draagt, nooit aanvaard. Reeds in 1910 besliste de Hoge Raad dat de weigering van de 'Zutphense Juffrouw' om op verzoek van haar onderbuurman de hoofdkraan te sluiten, in verband met het feit dat beneden een lekkage was ontstaan die de aldaar opgeslagen voorraad leer bedreigde, als zodanig niet kwalificeerde als een inbreuk op het subjectieve recht van haar onderbuurman.⁹⁸ In het bekende arrest Breda/Nijs uit 1981 toonde de Hoge Raad zich opnieuw terughoudend, door te oordelen dat het enkele feit dat een gemeente gas, water en elektriciteit leverde aan de bewoners van een gekraakt pand, en daartoe tegen de wil van de eigenaar gebruik maakte van de leidingen van dat pand, géén rechtsinbreuk opleverde.⁹⁹ Illustratief is ook het Taxus-arrest uit 1994, waarin het ging om het overlijden van paarden door het eten van een giftige taxusstruik. In cassatie betoogde Hulsbosch, de eigenaar van de paarden, dat zijn buurvrouw Verkoulen, die de betreffende struik onder het bereik van de paarden op haar afvalhoop had gedeponereerd, niet alleen aansprakelijk was wegens schending van een zorgvuldigheidsnorm, maar ook wegens inbreuk op zijn eigendomsrecht, omdat de taxusstruik door de afrastering tussen hun beider percelen zou hebben heen gestoken. De Hoge Raad verwierp dit betoog, daartoe overwegende dat 'een inbreuk op het eigendomsrecht van Hulsbosch, die uitsluitend bestaat in het boven diens grond hebben van een gedeelte van een losliggende struik, nog niet een aansprakelijkheid [vestigt] voor een vergiftiging als hier heeft plaatsgevonden, in het bijzonder niet indien degeen die de struik aldus heeft neergelegd, niet wist of behoefde te weten dat die struik vergiftig was.'¹⁰⁰ Het aannemen van een onrechtmatige rechtsinbreuk vergt dus méér dan alleen de aantasting van een subjectief recht, zoveel is duidelijk.

Is nu de door Smits en zijn navolgers bepleite *oplossing* van het gesignaleerde probleem de juiste? Mijns inziens luidt het antwoord ontkennend. Wie het onrechtmatigheidsoordeel in gevallen van rechtsinbreuk principieel relateert aan de vraag of het inbreukmakende gedrag onzorgvuldig was, miskent niet alleen de systematiek van art. 6:162 lid 2 BW, maar bewerkstelligt ook – en dat is belangrijker – een onnatuurlijke rolverdeling tussen partijen in het processuele debat.¹⁰¹ Indien iemand bij een vechtpartij een messteek heeft opgelopen, ligt het niet voor de hand om van hem te vergen dat hij ter onderbouwing van zijn vordering tot schadevergoeding aantoont dat de dader in het licht van de algehele context van de vechtpartij 'onzorgvuldig' heeft gehandeld. Het slachtoffer wordt dan opgezadeld met de stelplecht en bewijs-

98 HR 10 juni 1910, W 9038 (Zutphense Juffrouw), alwaar de Hoge Raad overwoog 'dat deze bloot passieve houding voorzeker niet uitmaakt een door haar ondernomen inbreuk op rechten van Nijhof'.

99 HR 25 september 1981, NJ 1982, 315 m.nt. CJHB (Breda/Nijs), r.o. 2.

100 HR 22 april 1994, NJ 1994, 624 m.nt. CJHB (Taxus), r.o. 3.3.

101 Zie in gelijke zin Jansen 2001, p. 299. Vgl. ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* (2011), nr. 97 (aan het slot).

last van een contextgebonden onrechtmatigheid, terwijl het veeleer voor de hand ligt om, gelet op het fundamentele gewicht van de lichamelijke integriteit als privaatrechtelijk belang, voorshands uit te gaan van een onrechtmatige rechtsinbreuk en vervolgens de wederpartij in de gelegenheid te stellen aannemelijk te maken dat haar gedrag, bijvoorbeeld wegens noodweer of noodweereces (art. 40 Sr.),¹⁰² gerechtvaardigd was (vgl. par. 4.2.4). Het heeft er alle schijn van dat ook de aanhangers van de leer Smits er zo over denken. Zo laat Van Dam zijn pleidooi tégen de rechtsinbreuk als zelfstandige onrechtmatigheidsrubriek volgen door de relativiserende stelling dat het in dit verband ‘voor de hand [ligt] dat de rechter de onrechtmatigheid behoudens tegenbewijs door de veroorzaker aanneemt, in elk geval indien er sprake is van het direct veroorzaken van personen- of zaakschade’.¹⁰³ Per saldo bereikt Van Dam hiermee – via een dogmatische omweg – het eindresultaat dat ook de wetgever bij de invoering van art. 6:162 BW voor ogen stond.

4.2.7 Vervolg; een alternatief

Het lijkt (dus) alleszins mogelijk om de aanhangers van de leer Smits tegemoet te komen zónder te tornen aan het wettelijk uitgangspunt dat de inbreuk op een subjectief recht *eo ipso* onrechtmatig is.¹⁰⁴ De sleutel ligt in de *afbakening* van het begrip rechtsinbreuk, zoals Sieburgh in haar dissertatie overtuigend heeft aangetoond. Sieburgh betoogt, in navolging van de Toelichting-Meijers,¹⁰⁵ dat onder een rechtens relevante inbreuk (slechts) moet worden verstaan de situatie waarin de verweten gedraging zélf, dus ongeacht haar gevolgen, een aantasting van het subjectieve recht vormt.¹⁰⁶ Zij baseert deze stelling op het algemene uitgangspunt dat onrechtmatigheid de schadeveroorzakende *gedraging* kwalificeert, en niet de schadelijke gevolgen ervan.¹⁰⁷ Als voorbeeld van een ‘echte’ rechtsinbreuk, waarbij inbreukmakend gedrag en rechtsaantasting samenvallen, noemt Sieburgh de situatie van een ten onrechte gelegd beslag:

‘Met het leggen van beslag is de inbreuk op het recht van de beslagene gegeven. De gedraging zelf is de inbreuk. Dat het beslag is gelegd op redelijke gronden en

102 Zie voor de civielrechtelijke aspecten van noodweer(exces) Onrechtmatige daad I (Jansen), art. 162, lid 2, aant. 167-170 resp. art. 162, lid 3, aant. 64.

103 Van Dam 2000, nr. 839.

104 Zie voor het navolgende betoog reeds Jansen 2007, p. 226.

105 Zie TM, PG Boek 6, p. 614, alwaar wordt opgemerkt dat de onrechtmatigheid met de aantasting van het subjectieve recht gegeven is indien ‘de gedraging zelf de inbreuk oplevert’. Vgl. ook Hofmann/Drion/Wiersma 1959, p. 84, waarnaar Sieburgh eveneens verwijst.

106 Zie Sieburgh 1997, p. 632-633; en Sieburgh 2000, p. 64-65.

107 Zie Sieburgh 1997, p. 630; en Sieburgh 2000, p. 62-63. Vgl. voor dit uitgangspunt TM, PG Boek 6, p. 612-613.

met verlot van de rechter levert een rechtvaardigingsgrond op. Mocht deze achteraf wegvallen dan is de onrechtmatigheid van het gedrag gegeven. De onrechtmatigheidsvraag wordt positief beantwoord, zonder dat daaraan een zorgvuldigheidstoetsing voorafgaat.¹⁰⁸

Deze benadering is aantrekkelijk omdat daarmee, in de geest van de wetgever, een evenwichtige verdeling van de bewijslast wordt bewerkstelligd (vgl. par. 4.2.4). Tegelijkertijd heeft het in mijn ogen iets geforceerds om in dit verband beslissende consequenties te verbinden aan een strikt onderscheid tussen gedraging en gevolgen. In een gejuridiseerde feitenconstellatie als die van de beslaglegging lijkt dat nog wel plausibel, maar zodra het gaat om fysieke handelingen van partijen van vlees en bloed rijzen er problemen. Zo moet in de benadering van Sieburgh kennelijk worden aangenomen dat het steken met een mes wél, maar het afschieten van een kogel níet kwalificeert als rechtsinbreuk, omdat in het eerste geval de schadeveroorzakende gedraging samenvalt met de aantasting van een subjectief recht, terwijl in het tweede geval die aantasting *voortvloeit* uit de gedraging (het overhalen van de trekker). Zulke redeneringen – die in wezen nogal willekeurig zijn, omdat zij staan of vallen met de wijze waarop men het schadeveroorzakende gedrag omschrijft¹⁰⁹ – bieden de rechtspraak niet veel houvast. Daarbij komt mijns inziens een principieel bezwaar. Aangenomen dat bij rechtsinbreuk niet zozeer de laakbaarheid van de gedraging, als wel de beschermwaardigheid van het getroffen *belang* centraal staat (par. 4.2.4), is het ongerijmd om in dit verband uitgerekend de belangenaantasting buiten beschouwing te laten. 'Waar nu de inbreuk op eens anders recht juist zijn onrechtmatigheidskarakter ontleent aan de *gevolgen* der handeling', aldus reeds Scholten in 1911,¹¹⁰ moeten die gevolgen mijns inziens ook worden meegenomen bij de vaststelling van de rechtsinbreuk.¹¹¹

Gezien het voorgaande lijkt het mij zuiverder om bij de afbakening van het begrip rechtsinbreuk aansluiting te zoeken bij de *noodzakelijkheid* van de belangenaantasting als gevolg van de verweten gedraging. Bij het vaststellen van een onrechtmatige rechtsinbreuk gaat het naar mijn mening niet zozeer

108 Aldus Sieburgh 1997, p. 634. Zie ook Sieburgh 2000, p. 64-66, alwaar zij voorts het bouwen op andermans grond en de onrechtmatige huiszoeking als voorbeelden van 'echte' inbreuk noemt.

109 Vgl. Tjong Tjin Tai 2005, p. 365, die pleit voor aanknoping bij het normale spraakgebruik ('doodschieten' i.p.v. 'afvuren van een kogel').

110 Zie Scholten 1911, p. 139. Vgl. ook Van Maanen 1986, p. 180, die opmerkt dat 'het inbreuk-kriterium verwijst naar de *gevolgen* van gedrag', alsmede Hartlief & Van Maanen 1995, p. 43, die betogen dat de inbreukmakende gedraging 'vanwege de gevolgen die ze meebrengt' als onrechtmatig wordt aangemerkt. Enigszins *anders* TM, PG Boek 6, p. 614, noot 5, waar wordt volgehouden dat bij rechtsinbreuk de normschending centraal staat.

111 Overigens ontkomt ook Sieburgh daar niet aan, met dien verstande dat zij de schadelijke gevolgen van het inbreukmakende gedrag slechts wil onderkennen voor zover deze met dat gedrag *samenvallen* (zie boven).

om de vraag of de verweten gedraging zelf de aantasting van het subjectieve recht *is*, maar of zij een dergelijke aantasting noodzakelijkerwijs *veroorzaakt*. Betreft het een gedraging die naar ervaringsregelen onvermijdelijk leidt tot de aantasting van eens anders subjectief recht, dan kan die gedraging als rechtsinbreuk worden beschouwd, zodat zij *prima facie* als onrechtmatig kwalificeert. Gaat het daarentegen om een gedraging waarvan de gevolgen in het algemeen onzeker zijn, zodat een inschatting van die gevolgen ten tijde van het verrichten daarvan voor de laedens veeleer een kwestie was van weging van goede en kwade kansen, dan is de maatschappelijke zorgvuldigheid de aangewezen onrechtmatigheidsrubriek.¹¹² Juist in dát kader kan immers die weging van goede en kwade kansen, mede tegen de achtergrond van de persoon van de dader, plaatsvinden. De hier bepleite benadering van de rechtsinbreuk is vergelijkbaar met de bekende theorie van de 'rechtstreekse inbreuk', zoals verdedigd door Rutten.¹¹³ Zij vormt tevens een (versoepelde) variant van de opvatting van Sieburgh, in die zin dat zowel intrinsiek inbreukmakend gedrag als noodzakelijk *inbreukveroorzakend* gedrag eronder kan worden begrepen.

Vat men het begrip rechtsinbreuk conform het bovenstaande op als de 'noodzakelijke' of 'onvermijdelijke' inbreuk op een subjectief recht, dan kan zonder bezwaar worden vastgehouden aan het wettelijke uitgangspunt dat rechtsinbreuk, behoudens tegenbewijs, *eo ipso* onrechtmatig is. Aldus blijft het objectieve karakter van deze onrechtmatigheidsrubriek gewaarborgd en is duidelijk dat voor het aannemen van informatieplichten, afgezien van de in par. 4.2.5 besproken nuanceringen, geen plaats is. Dat intussen de rechtsinbreuk wel degelijk mogelijkheden tot nuancering biedt, en dus geenszins voldoet aan het profiel van de 'starre' onrechtmatigheidsrubriek, dat van oudsher aan haar kleeft, blijkt uit het nu te bespreken arrest Unocal c.s./Conoco c.s. uit 2005.¹¹⁴

4.2.8 Vervolg; Unocal c.s./Conoco c.s.

De Amerikaanse oliemaatschappijen Unocal en Conoco hielden zich in de jaren tachtig van de vorige eeuw bezig met het krachtens vergunning winnen van delfstoffen in verschillende 'blokken' van het Nederlandse continentaal plat. Het blok waarin eiseres Unocal werkzaam was, grensde aan het blok van

112 Vgl. bijv. Rb. Utrecht 23 februari 2011, *LJN* BP7551, *NJF* 2011, 241, waarin het ging om een 'toevalstreffer' met een geweer, waarvan de kogel afketste tegen een lantaarnpaal, door een slaapkamerraam drong en aldaar een slapende vrouw trof. In r.o. 2.10 kwalificeert de rechtbank het handelen van de schutter als onzorgvuldig.

113 Zie Rutten 1953, p. 442-443, die als 'stelregel' formuleert: 'Volgens het criterium 'inbreuk op eens anders recht' mag in het algemeen een daad slechts dan als onrechtmatig worden gequalificeerd, wanneer die inbreuk daardoor rechtstreeks wordt teweeg gebracht.'

114 HR 14 oktober 2005, *NJ* 2007, 270 (Unocal c.s./Conoco c.s.).

verweerster Conoco. In 1985 is Conoco begonnen met de exploitatie van een aardoliestructuur die zich uitstrekte tot onder het blok van Unocal. In de jaren 1984 en 1985 hebben partijen gegevens uitgewisseld met betrekking tot hun werkzaamheden in de beide blokken. Na 1985 vond een dergelijke uitwisseling niet meer plaats. Unocal heeft in de onderhavige procedure (onder meer) een verklaring voor recht gevorderd dat Conoco door exploitatie van de bedoelde aardoliestructuur onrechtmatig jegens haar handelde. Ter onderbouwing van deze vordering voerde Unocal aan dat Conoco inbreuk maakte op haar exclusieve subjectieve recht op winning van de in haar vergunningsgebied aanwezige delfstoffen, althans dat Conoco maatschappelijk onbetamelijk handelde door Unocal niet in te lichten over de 'overloop' van de aardoliestructuur tussen de beide blokken. Conoco verweerde zich hiertegen (onder meer) met de stelling dat zij, zo zij al olie aan het blok van Unocal had onttrokken (hetgeen zij betwistte), daartoe gerechtigd was. Voorts voerde Conoco aan dat zij nooit had geweten, en ten tijde van de procedure nog steeds niet wist, of de door haar geëxploiteerde aardoliestructuur daadwerkelijk 'overliep' naar het blok van Unocal.

De rechtbank wees de vordering van Unocal zonder omwegen af, omdat zij uit de toepasselijke Mijnewet continentaal plat afleidde 'dat een vergunninghouder gerechtigd is aardolie te winnen via boringen welke uitsluitend in zijn eigen blok hebben plaats gevonden, ook al betreft dit olie die toestroomt uit een ander blok'. 'Dit is ook logisch', aldus de rechtbank, 'omdat in vele gevallen niet valt na te gaan waar de gewonnen olie precies vandaan komt'. Hiermee toonde de rechtbank zich een voorstander van de zogenaamde 'rule of capture', een uit het Anglo-Amerikaanse recht afkomstige regel die kortweg inhoudt dat degene die als eerste een natuurlijke hulpbron bemachtigt, daarvan de rechtmatige eigenaar wordt.¹¹⁵

In hoger beroep koos het hof voor een meer genuanceerde benadering. Enerzijds stelde het hof voorop dat uit de onderhavige winningsvergunningen 'het exclusieve recht' voortvloede om in het betreffende vergunningsgebied aardolie te winnen, met uitsluiting van ieder ander. Anderzijds erkende het hof ook de grenzen van dit exclusieve recht, door te overwegen dat de onttrekking van aardolie vanuit een aangrenzend vergunningsgebied slechts een onrechtmatige rechtsinbreuk oplevert, voor zover het gaat om een 'economisch winbare hoeveelheid'. Afgezien van dit inbreukcriterium formuleerde het hof voorts een zorgvuldigheidsnorm, inhoudend dat de vergunninghouder die redelijkerwijs moet aannemen dat er sprake is van de onttrekking van een economisch winbare hoeveelheid aardolie, zijn benadeelde concurrent daarover informeert. Een en ander werd door het hof samengevat in de navolgende

115 Zie over de 'rule of capture' uitvoerig de conclusie van A-G Spier voor HR 14 oktober 2005, NJ 2007, 270 (Unocal c.s./Conoco c.s.), sub 8, alwaar Spier betoogt dat deze regel 'geen grote werfkracht heeft' (sub 8.6).

‘regel’, waarin zowel de sporen van de zorgvuldigheidsnorm als van het inbreukcriterium waarneembaar zijn:

‘De regel houdt in dat een vergunninghouder die aardolie onttrekt uit een veld dat overloopt in een aangrenzend vergunningsgebied, waarvoor een ander houder is van een winvergunning, onrechtmatig inbreuk maakt op het subjectieve recht van die ander op exclusieve winning van aardolie uit dat aangrenzend gebied, indien hij redelijkerwijs moet aannemen dat door hem olie aan het vergunningsgebied van die ander is of wordt onttrokken in zodanige hoeveelheid dat het om een, vanuit het oogpunt van de andere vergunninghouder gezien, economisch winbare hoeveelheid gaat en hij de ander niet informeert en geen overleg met die ander opent over het sluiten van een eenmakingsovereenkomst.’¹¹⁶

De uitkomst van ‘s hofs tussenarrest, dat in cassatie centraal stond, was dat enerzijds van onzorgvuldigheid aan de zijde van Conoco niet was gebleken, omdat tot in de jaren negentig geen onderzoeksgegevens beschikbaar waren waaruit de bedoelde overloop ondubbelzinnig bleek, zodat Conoco hierover ook geen mededeling had hoeven doen, maar dat anderzijds wel sprake was van een potentiële rechtsinbreuk, omdat vaststond dat Conoco 500.000 vaten olie aan het vergunningsgebied van Unocal had onttrokken.¹¹⁷ Ter beantwoording van de vraag of het hier om een ‘economisch winbare hoeveelheid’ ging, gelastte het hof een deskundigenbericht en, daarop vooruitlopend, een comparatie van partijen.

In cassatie klaagt Conoco, kort gezegd, dat het hof zich had moeten concentreren op de zorgvuldigheidstoetsing, en geen (zelfstandige) betekenis had mogen toekennen aan de rechtsinbreuk. De door het hof geformuleerde ‘regel’ acht Conoco onjuist, voor zover daarin besloten ligt ‘dat Conoco inbreuk heeft gemaakt op een subjectief recht van Unocal en dat die inbreuk jegens Unocal een onrechtmatige daad oplevert zonder dat daarvoor (tevens) is vereist dat Conoco jegens Unocal in strijd heeft gehandeld met de zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer betamelijk is’. In r.o. 8.4.2 verwerpt de Hoge Raad dit pleidooi voor de leer Smits:

‘Het hof heeft geoordeeld dat de onttrekking van olie door Conoco c.s. uit blok Q1 een inbreuk vormt op het subjectieve recht van Unocal c.s. om exclusief vanuit blok Q1 olie te winnen, mits die door Conoco c.s. onttrokken olie voor Unocal c.s. op enigerlei wijze economisch winbaar is, en daaraan de gevolgtrekking verbonden dat Conoco c.s. dusdoende onrechtmatig handelen tegenover Unocal c.s. Dit oordeel is juist. Een inbreuk op een exclusief recht is immers een onrechtmatige daad,

116 Hof ‘s-Gravenhage 18 december 2003, r.o. 1.2, te kennen uit HR 14 oktober 2005, NJ 2007, 270 (Unocal c.s./Conoco c.s.).

117 Zie resp. r.o. 6 en 7.2 van ‘s hofs arrest.

behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond (vgl. HR 12 maart 2004, C02/264, *RvdW* 2004, 46, rov. 3.16).¹¹⁸

Hiermee valt ook het doek voor de voortbouwende klacht van Conoco, inhoudend dat van een onrechtmatige inbreuk op het subjectieve recht van Unocal eerst sprake zou kunnen zijn indien voor Conoco *voorzienbaar* was geweest dat zij een voor Unocal economisch winbare hoeveelheid aardolie aan het vergunningsgebied van Unocal onttrok. A-G Spier toonde zich in zijn conclusie al afkerig van een dergelijke subjectivering van de rechtsinbreuk, die er volgens hem toe zou leiden 'dat het met een bijl inhakken op een persoon die men ten onrechte al dood waant geen inbreuk (op het recht op leven) is'. 'Erg aantrekkelijk kan ik die gedachte niet vinden', aldus Spier met gevoel voor understatement.¹¹⁹ In r.o. 8.5 bestempelt ook de Hoge Raad de hier bedoelde opvatting als 'onjuist'.

Ook overigens sluit de Hoge Raad zich aan bij de door het hof aangenomen (potentiële) rechtsinbreuk. Conoco's beroep op de 'rule of capture', in cassatie herhaald, wordt met zoveel woorden verworpen. In navolging van het hof erkent de Hoge Raad het subjectieve recht van Unocal om, met uitsluiting van ieder ander, de economisch winbare hoeveelheden aardolie in haar vergunningsgebied te exploiteren (r.o. 8.2.2):

'De Rule of Capture in de door Conoco c.s. voorgestane zin is niet als geldende regel van Nederlands recht toepasselijk op de uit hoofde van de Mijnwet continentaal plat verleende winningsvergunning. Het hof heeft met juistheid overwogen dat de winningsvergunning de vergunninghouder het exclusieve recht geeft om in zijn vergunningsgebied olie te winnen en dat het onttrekken van olie uit een ander vergunningsgebied, waarvoor een ander houder is van een winningsvergunning, een inbreuk vormt op het subjectieve recht van die ander, mits de onttrokken olie voor de andere vergunninghouder op enigerlei wijze economisch winbaar was.'¹²⁰

Het principale cassatieberoep van Unocal stond in het teken van de beweerde onzorgvuldigheid van Conoco, gelegen in het nalaten Unocal te informeren over de overloop van de door haar geëxploiteerde aardoliestructuur naar het vergunningsgebied van Unocal. Volgens het hof was van schending van een dergelijke informatieplicht, bij gebreke van voorzienbaarheid, geen sprake.

118 De verwijzing (uit het origineel) ziet op HR 12 maart 2004, *NJ* 2009, 549 m.nt. P.B. Hugenholtz onder 551 (*XS4ALL c.s./Ab.Fab*), r.o. 3.16, alwaar de Hoge Raad hetzelfde overwoog t.a.v. de inbreuk op het subjectieve recht van een internetprovider, welke was gelegen in het tegen diens wil gebruik maken van de computercapaciteit, de transmissiecapaciteit en het klantenbestand van de provider door de verzending van 'spam'.

119 Zie de conclusie van A-G Spier, sub 9.15.

120 Ter onderbouwing verwijst de Hoge Raad naar de wetsgeschiedenis van de Mijnwet continentaal plat, zoals uitvoerig besproken door A-G Spier in zijn conclusie voor het arrest, sub 8.44 e.v.

In cassatie klaagt Unocal over deze subjectieve benadering.¹²¹ 'In het algemeen pleegt men immers reeds een onrechtmatige daad (...) ingeval de kans dat men door het plegen van die daad inbreuk maakt op een subjectief recht van een ander dan wel zich gedraagt in strijd met hetgeen in het maatschappelijk verkeer betaamt zo groot is, dat men zich van die daad had behoren te onthouden', aldus Unocal. De Hoge Raad verwerpt deze objectieve benadering van de maatschappelijke betamelijkheid en sluit zich aan bij het contextgebonden zorgvuldigheidsoordeel van het hof. Beslissend is of en, zo ja, vanaf welk moment Conoco redelijkerwijs had moeten aannemen dat zij een economisch winbare hoeveelheid olie aan het gebied van Unocal onttrok (r.o. 10.4):

'Voor zover de onderdelen klagen dat het hof het aanvangstijdstip van de in het kader van de bedoelde zorgvuldigheidsnorm onderzochte informatie- en overlegplicht ten onrechte ervan heeft laten afhangen of Conoco c.s. redelijkerwijs moesten aannemen dat zij een economisch winbare hoeveelheid olie aan blok Q1 onttrokken of zouden onttrekken, falen zij, omdat de door het hof toegepaste maatstaf juist is. 's hofs oordeel dat niet is komen vast te staan dat Conoco c.s. op enig moment vóór 1992 redelijkerwijs hadden moeten aannemen dat zij een economisch winbare hoeveelheid olie onttrokken of zouden onttrekken aan blok Q1 en dat de bedoelde informatie- en overlegplicht in de gegeven omstandigheden niet op Conoco c.s. rustte, is niet onbegrijpelijk en is toereikend gemotiveerd.'

Uiteindelijk volgt verwerping van de beide cassatieberoepen, zodat de door het hof geformuleerde 'regel' overeind blijft. Vanuit dogmatisch oogpunt schuilt het belang van het arrest vooral in de principiële afwijzing van de leer Smits (r.o. 8.4.2) en in de uitdrukkelijke verwerping van Conoco's pleidooi voor subjectivering van de rechtsinbreuk (r.o. 8.5). Voor de praktijk is intussen belangwekkend dat het arrest illustreert hoezeer óók bij rechtsinbreuk ruimte bestaat voor afstemming van het onrechtmatigheidsoordeel op de omstandigheden van het geval. De wijze waarop hof en Hoge Raad in casu een potentiële rechtsinbreuk aanvaarden, getuigt geenszins van de 'botte bijl' waarmee de onderhavige onrechtmatigheidsrubriek doorgaans wordt geassocieerd. Uit beide uitspraken spreekt de genuanceerde gedachte dat oliemaatschappijen die werkzaam zijn in aangrenzende vergunningsgebieden van het continentaal plat, tot op zekere hoogte de onttrekking van olie uit elkaars gebieden moeten dulden. Hun 'exclusieve recht' op winning van de in hun vergunningsgebied aanwezige olie ziet enkel op de voorraden die economisch winbaar zijn, omdat logischerwijze alleen aan die voorraden een vermogensrechtelijk belang kan worden ontleend.¹²² Van rechtsinbreuk is derhalve eerst sprake indien het ene bedrijf een economisch winbare hoeveelheid olie onttrekt aan het vergun-

121 Waar Conoco als 'dader' belang had bij een subjectieve (dus soepele) toepassing van het inbreukcriterium, streefde Unocal als 'slachtoffer' juist een objectieve (dus strenge) toepassing van de zorgvuldigheidsnorm na.

122 Vgl. r.o. 1.3 sub a van 's hofs arrest.

ningsgebied van het andere bedrijf, en zodoende winst maakt ten koste van dat andere bedrijf.

Zoals het hof terecht benadrukt,¹²³ gaat het hier om een zuiver objectieve toets. Wat kwalificeert als 'economisch winbare hoeveelheid' kan worden *berekend*; het is niet afhankelijk van de kennis van partijen en het concrete verloop van hun communicatie. Zodra de onttrekking het niveau van het economisch winbare bereikt, is er naar objectieve maatstaven sprake van een 'noodzakelijke inbreuk' op het exclusieve recht van de vergunninghouder (vgl. par. 4.2.7). Een dergelijke onttrekking is, ongeacht de voorzienbaarheid ervan, in beginsel onrechtmatig. Per saldo bevestigt het arrest, niettegenstaande zijn genuanceerde inhoud, het objectieve karakter van de rechtsinbreuk, zoals in par. 4.2.5 vooropgesteld.

4.2.9 Art. 6:162 lid 2 BW: wetsschending

Evenals de inbreuk op een subjectief recht kwalificeert de schending van een wettelijke plicht volgens de wetsgeschiedenis,¹²⁴ bevestigd door vaste jurisprudentie van de Hoge Raad,¹²⁵ *eo ipso* als onrechtmatige daad. Dit betekent dat ook hier de 'informatie context' van het onrechtmatige gedrag – afgezien van de in par. 4.2.5 besproken nuancerings – niet ter zake doet. In zijn bekende jurisprudentie over het verhaal van bodemsaneringskosten door de overheid heeft de Hoge Raad deze regel in verband gebracht met het relativiteitsvereiste van art. 6:163 BW, door te overwegen dat in geval van wetsschending 'niet afzonderlijk behoeft te worden vastgesteld dat de dader bedacht was of behoorde te zijn op de belangen van de benadeelde die de geschonden norm beoogt te beschermen.'¹²⁶

Anders dan bij de rechtsinbreuk volgt uit het objectieve karakter van de wetsschending niet noodzakelijkerwijs dat informatieplichten hier buiten de orde zijn. Er bestaan immers tal van *geschreven* informatieplichten, die met zoveel woorden in de wet zijn vastgelegd. Men denke bijvoorbeeld aan de waarschuwingsplichten van tabaksfabrikanten ('roken is dodelijk') en financiële dienstverleners ('in het verleden behaalde resultaten bieden geen garantie voor de toekomst').¹²⁷ Zulke informatieplichten vallen buiten het bestek van dit

123 Zie r.o. 1.3 sub c van 's hofs arrest.

124 Zie TM, PG Boek 6, p. 615.

125 Zie de jurisprudentie, vermeld in Onrechtmatige daad I (Jansen), art. 162, lid 2, aant. 67.

126 HR 30 september 1994, NJ 1996, 199 m.nt. CJHB (Van den Brink/Staat), r.o. 4.3.2. Vgl. ook HR 30 september 1994, NJ 1996, 196 m.nt. CJHB (Staat/Shell), r.o. 3.8.4, waaruit blijkt dat voor het aannemen van onzorgvuldigheid juist wél kenbaarheid van de belangenaantasting is vereist (par. 4.2.11).

127 Zie art. 2 Tabakswet jo. art. 1 Aanduidingenbesluit Tabaksproducten resp. art. 4:19 lid 4 Wet op het financieel toezicht jo. art. 51a lid 3 sub d Besluit gedragtoezicht financiële ondernemingen Wft.

onderzoek, omdat zij zijn losgekoppeld van het subjectieve perspectief van de betrokken partijen (vgl. par. 1.3). Het gaat hier niet om de vraag wat partijen in het concrete geval aan kennisvergaring of -verstrekking mochten verwachten, maar om een door de wetgever in abstracto voorgeschreven wijze van informatie-uitwisseling. Dit betekent bijvoorbeeld dat de tabaksfabrikant of financiële dienstverlener die zijn wettelijke waarschuwingsplicht schendt óók onrechtmatig handelt, indien vaststaat dat de consument in kwestie reeds afdoende bekend was met de betrokken informatie (vgl. par. 4.3.13). Het gaat hier, met andere woorden, om zuiver objectieve informatieplichten, berustend op een incidentele keuze van de wetgever. Zo beschouwd zijn deze informatieplichten voor het leerstuk der informatieplichten minder relevant.

Het voorgaande laat onverlet dat de wetgever bij de codificatie van een informatieplicht uiteraard kan kiezen voor een zekere mate van subjectivering, resulterend in een wettelijke informatieplicht met een 'open' karakter.¹²⁸ Zo bepaalt de wettelijke regeling inzake oneerlijke handelspraktijken in art. 6:193d lid 2 BW dat de handelaar geen 'essentiële informatie welke de gemiddelde consument nodig heeft om een geïnformeerd besluit over een transactie te nemen' mag weglaten of verbergen. Het vierde lid voegt daaraan toe dat in dit verband rekening moet worden gehouden met de 'feitelijke context', waaronder de vraag of de handelaar in kwestie maatregelen heeft genomen om de informatie 'langs andere wegen' ter beschikking van de consument te stellen. De wetgever creëert aldus een open norm voor informatieverstrekking, die materieel niet veel verschilt van hetgeen de maatschappelijke zorgvuldigheid in gevallen als hier bedoeld zou kunnen meebrengen (vgl. par. 4.7.3). Hiermee verschuift de aandacht als vanzelf naar de belangrijkste grondslag voor het aannemen van delictuele informatieplichten: het ongeschreven recht van art. 6:162 lid 2 BW.

4.2.10 Art. 6:162 lid 2 BW: onzorgvuldigheid

De derde onrechtmatigheidsrubriek van art. 6:162 lid 2 BW, strijd met 'hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt', is in de praktijk veruit de belangrijkste. Dat is te danken aan de flexibiliteit van de ongeschreven normen waar het hier om gaat. Deze maatschappelijke zorgvuldigheidsnormen, wier gelding sinds het arrest *Lindenbaum/Cohen* uit 1919 algemeen is aanvaard,¹²⁹ bieden de mogelijkheid voor afstemming van het onrechtmatigheidsoordeel op de omstandigheden van het geval. Ieder zorgvul-

128 Vgl. *Onrechtmatige daad I* (Jansen), art. 162, lid 2, aant. 71.

129 HR 31 januari 1919, *NJ* 1919, 161 (*Lindenbaum/Cohen*), nader besproken in par. 2.1.3.

digheidsoordeel is naar zijn aard een *contextgebonden* oordeel, dat op de maat van de betrokken partijen en hun onderlinge rechtsverhouding is gesneden.¹³⁰

De casuïstische (feiten)rechtspraak op het terrein van de zorgvuldigheidsnormen heeft op het eerste gezicht een enigszins onbestemd karakter, in die zin dat daaraan geen alomvattend 'zorgvuldigheids criterium' ten grondslag lijkt te liggen.¹³¹ Toch biedt de rechtspraak van de Hoge Raad, in het bijzonder die op het terrein der gevaarzetting,¹³² wel degelijk aanknopingspunten voor de formulering van een dergelijk criterium. In het bekende Bushalte-arrest uit 1987 ging het om de vraag of mevrouw Bey, door bij een bushalte zonder omkijken een stap achteruit te doen en aldus de achter haar staande mevrouw Guyt ten val te brengen, maatschappelijk onzorgvuldig had gehandeld. Volgens de Hoge Raad had het hof de juiste maatstaf toegepast, door te oordelen dat van onzorgvuldigheid eerst sprake zou zijn, indien mevrouw Bey met haar gedrag 'meer risico nam dan redelijkerwijze verantwoord was'.¹³³ Tegen deze achtergrond wordt in de literatuur aangenomen dat de maatschappelijke zorgvuldigheid eist dat men een ander niet blootstelt aan een groter risico dan onder de gegeven omstandigheden redelijkerwijs verantwoord is en waarop een normaal mens bedacht moet zijn.¹³⁴ In meer toegespitste bewoordingen wordt ook wel gezegd dat het gaat om een beoordeling van de *gerechtvaardigde verwachtingen* over en weer.¹³⁵ Hartkamp en Sieburgh brengen dit criterium op aansprekende wijze in verband met het in par. 4.1.2 besproken uitgangspunt, dat ieder zijn eigen schade dient te dragen:

'De mens maakt deel uit van de samenleving en bij de benutting van zijn vrijheid om te handelen rust op hem een zekere verantwoordelijkheid met betrekking tot

130 Zie over het belang van de context in dit verband bijv. Van Dunné 2004b, p. 145; Hartlief 2002, p. 490; Hartlief 2004a, p. 868-869; Jac. Hijma, NJ-annotatie bij HR 12 mei 2000, NJ 2001, 300 (Verhuizende zusjes), sub 5; Van der Wiel 2007a, p. 180; en Van Maanen in Spier e.a. 2009, nr. 48. Vgl. ook HR 7 april 2006, LJN AU6934, NJ 2006, 244 (Bildtpollen/Miedema), r.o. 3.3, alwaar de Hoge Raad wijst op het belang van de 'aard van de gedraging'. Zie verder de bespreking van het Kelderluik-arrest in par. 4.1.3.

131 Zie bijv. Van Boom 2003a, p. 4-5.

132 In par. 4.1.3 werd reeds betoogd dat het gevaarzettingsleerstuk goede aanknopingspunten biedt voor een samenhangende beschouwing van het zorgvuldigheidsvraagstuk als geheel.

133 HR 11 december 1987, NJ 1988, 393 m.nt. G (Bushalte), r.o. 3.2. De vordering van mevrouw Guyt (althans haar ziektenkostenverzekeraar) werd afgewezen.

134 Zie bijv. Asser/Hartkamp 4-III (t/m de elfde druk van 2002), nr. 45; Hartlief 2002, p. 486; Tjong Tjin Tai 2005, p. 366; Jansen 2009a, nr. 21; en Brahn/Reehuis 2010, nr. 606, alsmede de conclusie van P-G Hartkamp voor HR 28 mei 2004, NJ 2005, 105 m.nt. CJHB (Jetblast), sub 11. Vgl. ook de jurisprudentie, vermeld in Onrechtmatige daad I (Jansen), art. 162, lid 2, aant. 87.1.2.

135 Zie bijv. Hartlief 2004a, p. 870-871; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* (2011), nr. 56; en Onrechtmatige daad I (Jansen), art. 162, lid 2, aant. 86.1.3. Vgl. ook de NJ-annotatie van Jac. Hijma bij HR 12 mei 2000, NJ 2001, 300 (Verhuizende zusjes), sub 5. Vgl. voorts het in par. 4.3.8 besproken arrest HR 28 mei 2004, NJ 2005, 105 m.nt. CJHB (Jetblast), r.o. 3.4.3, waarin de Hoge Raad voor de beoordeling van de toereikendheid van een gegeven waarshuwing de gerechtvaardigde verwachting van effectiviteit beslissend acht.

de belangen van zijn medemensen. Dit gaat niet zover dat hij zijn eigen belangen moet verwaarlozen en dat hij bij al zijn gedragingen ten aanzien van eens anders persoon of goed de uiterst denkbare prudentie in acht moet nemen. Hij moet zijn eigen belangen en die van een ander tegen elkaar afwegen en zich daarbij laten leiden door hetgeen mensen onderling in de maatschappij in redelijkheid van elkaar kunnen *verwachten*.¹³⁶

De hier gepresenteerde maatstaf voor het aannemen van delictuele zorgvuldigheidsnormen in het algemeen leent zich ook voor de aanvaarding van delictuele informatieplichten in het bijzonder. Of in een concreet geval van schadeveroorzaking de laedens kan worden aangesproken wegens schending van een waarschuwingsplicht, zal afhangen van de vraag of, gelet op de gerechtvaardigde verwachtingen over en weer, de laedens was gehouden zich de belangen van de gelaedeerde aan te trekken door het doen van een waarschuwing (par. 4.3.2). Omgekeerd zal ook de aanvaarding van een delictuele onderzoeksplicht aan de zijde van de gelaedeerde afhangen van hetgeen partijen over en weer redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten (par. 4.3.12).

Ter vermindering van misverstand zij bedacht dat het hier, althans bezien vanuit de positie van het slachtoffer, niet gaat om de positieve verwachting van een bepaalde mate van zorg. De nietsvermoedende cafébezoeker die op weg naar het toilet in een kelderluik valt, zal niet op voorhand hebben gerekend op een waarschuwing (vgl. par. 2.4.2). Nochtans kan achteraf worden geoordeeld dat hij had *mogen* vertrouwen op een waarschuwing,¹³⁷ nu de reden van zijn onbezorgdheid was gelegen in het feit dat op voorhand voor hem geen kenbaar gevaar te duchten viel.¹³⁸ Het enigszins fictieve karakter van deze constructie kan worden omzeild door te redeneren dat in elk geval de *dader* ten tijde van zijn schadeveroorzakende gedraging niet had mogen vertrouwen op een volmaakte mate van oplettendheid aan de zijde van het slachtoffer.

Meer in het algemeen lijkt dat persoonlijke perspectief van de dader bij de toepassing van ongeschreven zorgvuldigheidsnormen van bijzonder belang.¹³⁹ De conclusie dat iemand meer risico heeft genomen dan redelijkerwijs verantwoord was, veronderstelt immers dat het betreffende risico bij hem bekend was of behoorde te zijn. De kwalificatie van onzorgvuldigheid noopt, met andere woorden, tot onderzoek naar de kennis van de laedens ten tijde

136 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* (2011), nr. 56 (curs. toegevoegd).

137 Vgl. HR 5 november 1965, *NJ* 1966, 136 m.nt. GJS (Kelderluik), besproken in par. 4.1.3.

138 Vgl. C.J.H. Brunner, die in zijn *NJ*-annotatie bij HR 6 november 1981, *NJ* 1982, 567 (Prikpatiëntje), sub 2, opmerkt dat het achterwege laten van gebruikelijke voorzorgsmaatregelen in beginsel onzorgvuldig is, 'mede doordat op de aanwezigheid daarvan veelal zal worden vertrouwd'.

139 Vgl. Jansen 2007, p. 228.

van zijn schadeveroorzakende gedraging. In de nu volgende paragraaf wordt het hier bedoelde 'kennisvereiste' nader uitgewerkt.

4.2.11 Vervolg; kennisvereiste

In kwesties van maatschappelijke zorgvuldigheid speelt de kennis van de laedens een cruciale rol.¹⁴⁰ Voor de kwalificatie van een schadeveroorzakende gedraging als 'onzorgvuldig' is vereist dat degene die deze gedraging verrichtte, heeft geweten of had behoren te weten dat hij daarmee de belangen van anderen in gevaar bracht. Dit blijkt vooral duidelijk op het terrein der gevaarstelling. Volgens vaste jurisprudentie reikt de in het maatschappelijk verkeer betamende zorgvuldigheid 'niet zo ver dat men (...) ook voorzorgsmaatregelen zou moeten nemen, indien men niet weet en ook geen redenen heeft om aan te nemen dat er enig gevaar dreigt'.¹⁴¹ Tegen deze achtergrond is bijvoorbeeld de botanische leek die door het deponeren van een giftige taxusstruik op een afvalhoop het overlijden van paarden veroorzaakt, niet aansprakelijk voor de geleden schade indien moet worden aangenomen dat hij de giftigheid van die struik kende noch behoorde te kennen.¹⁴² En evenzo handelt niet onrechtmatig de agrariër die door het storten van uien op een dijk de schimmelziekte 'koprot' veroorzaakt bij de zaaiuien op een nabijgelegen veld, indien vaststaat dat hij wist noch behoorde te weten van het risico van de verspreiding van koprot.¹⁴³ Steeds hangt het onrechtmatigheidsoordeel, althans in kwesties van maatschappelijke zorgvuldigheid, af van de vraag of de laedens in het concrete geval 'beter' wist of had moeten weten.¹⁴⁴

Het stellen van het hier bedoelde kennisvereiste is noodzakelijk met het oog op de *legitimatie* van ongeschreven zorgvuldigheidsnormen.¹⁴⁵ Kenmerk van deze normen is dat zij niet op voorhand door de wetgever worden afgekondigd, maar achteraf door de rechter worden opgelegd, variërend van geval tot geval. Dat (desalniettemin) van justitiabelen mag worden gevergd dat zij hun gedrag erop afstemmen, volgt uit de maatschappelijke vanzelfsprekendheid van deze normen. De zorgvuldigheidsnormen behoren, in de woorden van Nieuwenhuis, tot het 'publieke domein':

140 Zie bijv. Vranken 1989, p. 162-163; Van Dam 1989, p. 133; Vranken 1990, p. 213; Bolt & Spier 1996, p. 163-164; Van Dam 2000, nr. 903; Tjong Tjin Tai 2005, p. 367-368; Visscher 2005, p. 94 e.v.; Jansen 2006, p. 1 e.v.; Tjong Tjin Tai 2006, p. 148; en Vloemans 2010, p. 7-8. Zie voorts uitvoerig de conclusie van A-G Keus voor HR 29 april 2011, *LJN* BP0567, *NJ* 2011, 406 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (Melchemie/Delbanco c.s.), sub 2.2 e.v.

141 Aldus HR 23 juni 1989, *VR* 1991, 154 m.nt. H.A. Bouman (Surfplank), r.o. 3.3.

142 Zie HR 22 april 1994, *NJ* 1994, 624 m.nt. CJHB (Taxus), r.o. 3.4.3, besproken in par. 4.4.10.

143 Zie HR 7 april 2006, *LJN* AU6934, *NJ* 2006, 244 (Bildtpollen/Miedema), r.o. 3.3, besproken in par. 4.3.11.

144 Zie ook de (overige) jurisprudentie, vermeld in *Onrechtmatige daad I* (Jansen), art. 162, lid 2, aant. 88.6.2.

145 Aldus ook (in het kader van art. 7:658 BW) Lindenbergh 2009, nr. 26.2.

‘Ongeschreven recht bestaat en het kan worden *gekend*, niet alleen door de rechter, maar ook door de overige leden van de samenleving. Er zijn regels die, hoewel niet gepubliceerd, niettemin behoren tot het publieke domein, dat wil zeggen toegankelijk zijn voor iedereen die over een redelijk inzicht beschikt. (...) Hun ruime bekendheid danken zij aan de omstandigheid dat zij zo verklaarbaar zijn. (...) Het betreft plichten die daarom ook zonder voorafgaande publicatie kunnen worden opgelegd omdat iedereen op zijn vingers kan natellen dat ze bestaan. Hier dient echter ook de grens te worden getrokken.’¹⁴⁶

Terecht benadrukt Nieuwenhuis dat het ‘publieke domein’ niet alleen de kern, maar ook de *buitengrens* van het ongeschreven recht vormt. Iemand die iets doet waaraan volgens zijn (geobjectiveerde) kennis geen enkel risico is verbonden, handelt niet onzorgvuldig. Zou in dit verband geen rekening worden gehouden met hetgeen de laedens wist of behoorde te weten, dan zou de maatschappelijke zorgvuldigheid zo hoog worden opgeschroefd, dat justitiablen er realiter niet meer aan zouden kunnen voldoen.¹⁴⁷ Dat zou niet alleen principieel onjuist, maar ook maatschappelijk ongewenst zijn, omdat het zou kunnen leiden tot geforceerd gedrag van deelnemers aan het maatschappelijk verkeer. In een poging elk denkbaar risico te vermijden, zouden zij zich onnatuurlijk kunnen gaan gedragen, met alle negatieve maatschappelijke gevolgen van dien.¹⁴⁸

Uit het ongeschreven karakter van maatschappelijke zorgvuldigheidsnormen volgt dus de noodzaak hun strekking te beperken tot ‘bescherming van belangen van anderen waarop de dader bedacht moest zijn’.¹⁴⁹ Het kennisvereiste heeft dienovereenkomstig betrekking op de voorzienbaarheid van de *belangenaantasting*. Dit betekent dat niet alleen het in abstracto bestaande *risico*, maar ook de in concreto dreigende *verwezenlijking* daarvan bij de laedens

146 Nieuwenhuis 1988a, p. 76-77; en (identiek) Nieuwenhuis 2007, p. 9-10, die in dit verband verwijst naar Cicero’s *De officiis*. Vgl. ook Nieuwenhuis 1997a, p. 11.

147 Aldus wnd. A-G Bloembergen in zijn conclusie voor HR 22 april 1994, *NJ* 1994, 624 m.nt. CJHB (Taxus), sub 3.1; en in gelijke zin de conclusie van A-G Keus voor HR 29 april 2011, *LJN* BP0567, *NJ* 2011, 406 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (Melchemie/Delbanco c.s.), sub 2.2. Vgl. ook Van Dam 2000, nr. 903, die het rekening houden met onbekende risico’s omschrijft als ‘een slag in de lucht’; alsmede Hartlief 2009, p. 58 en Vloemans 2010, p. 7, welke auteurs benadrukken dat bij gebreke van voorzienbaarheid geen gedragsbeïnvloeding kan uitgaan van ongeschreven normen.

148 Vgl. voor dit streven naar ‘normalisering’ van gedrag bijv. Hartlief 2002, p. 488-489; en Hartlief 2004b, p. 112, alsmede de NJ-annotatie van W.C.L. van der Grinten bij HR 11 december 1987, *NJ* 1988, 393 (Bushalte), sub 1.

149 Aldus HR 30 september 1994, *NJ* 1996, 196 (Staat/Shell), r.o. 3.8.4. Zie in gelijke zin reeds HR 27 januari 1984, *NJ* 1984, 536 m.nt. G (Verstekeling). Zie over de hier blijvende relatie van het kennisvereiste met het relativiteitsvereiste Onrechtmatige daad I (Jansen), art. 163, aant. 51.

bekend moet zijn geweest.¹⁵⁰ Voor onzorgvuldigheid wegens het deponeren van een giftige taxusstruik op een afvalhoop in de nabijheid van paarden is bijvoorbeeld niet alleen vereist dat de dader de giftigheid van taxus als zodanigkende of behoorde te kennen, maar ook dat hij wist of behoorde te weten dat de in casu gedeponeerde struik een taxusstruik was en dat er zich in de directe omgeving daarvan paarden bevonden, die daardoor in gevaar konden worden gebracht.¹⁵¹ Evenzo is voor onzorgvuldigheid wegens het produceren van asbestementplaten die bij 'verspaning' door eindafnemers een ernstig risico voor de volksgezondheid opleveren, niet alleen vereist dat de producent bekend was of behoorde te zijn met het gevaar van asbest als zodanig, maar ook dat hij wist of behoorde te weten van het hier aan de orde zijnde gevaarlijke gebruik van de platen, gelegen in het verspanen ervan.¹⁵² Kennis van potentiële risico's dient dus steeds gepaard te gaan met kennis van de *actuele dreiging* daarvan. Dit betekent niet dat voor het aannemen van onzorgvuldigheid telkens is vereist dat de laedens de door hem veroorzaakte belangenaantasting daadwerkelijk heeft voorzien.¹⁵³ In twee opzichten kan van zijn feitelijke kennis ter zake worden geabstraheerd. In de nu volgende paragraaf wordt dat nader uitgewerkt.

4.2.12 Vervolg; objectivering & generalisering

Bij de toepassing van het kennisvereiste beschikt de rechter over twee instrumenten, die het mogelijk maken onzorgvuldigheid aan te nemen ondanks het feit dat de laedens de door hem veroorzaakte belangenaantasting niet daadwerkelijk heeft voorzien. In de eerste plaats is de kennis van de laedens aan *objectivering* onderhevig: beslissend is hetgeen de laedens wist óf behoorde te weten.¹⁵⁴ Schiet de subjectieve kennis van de laedens tekort, dan kan worden getoetst aan de geobjectiveerde kennis van een gemiddelde, vergelijkbare persoon. Het kennisniveau van deze 'maatman' vormt vervolgens de norm waaraan ook de laedens had moeten voldoen. Een bekend voorbeeld van (vérgaande) objectivering is te vinden in het Natronloog-arrest uit 1982, waarin

150 Vgl. HR 5 november 1965, *NJ* 1966, 136 m.nt. GJS (Kelderluik), besproken in par. 4.1.3; en de conclusie van A-G Wuisman voor HR 25 juni 2010, *LJN* BM1672, *RodW* 2010, 815, sub 2.17. Vgl. ook par. 4.3.9, waar wordt betoogd dat het tweede element (kennis omtrent de kans op verwezenlijking van het risico) door toepassing van een *onderzoekspllicht* kan worden geobjectiveerd.

151 Vgl. HR 22 april 1994, *NJ* 1994, 624 m.nt. CJHB (Taxus), r.o. 3.4.3, besproken in par. 4.4.10.

152 Vgl. HR 25 november 2005, *NJ* 2009, 103 m.nt. I. Giesen (Eternit/Horsting), besproken in par. 4.2.15.

153 Vgl. Franken 2010, p. 200.

154 Zie over objectivering bijv. Van Dam 2000, nr. 909; Jansen 2006, p. 14-18; en de conclusie van A-G Keus voor HR 29 april 2011, *LJN* BP0567, *NJ* 2011, 406 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (Melchemie/Delbanco c.s.), sub 2.4. Zie par. 5.2.4 e.v. voor een nadere uitwerking (vanuit een breder perspectief).

de Hoge Raad oordeelde dat iemand die een onbekende vloeistof, afkomstig uit een schoonmaakhok, aan de vuilnisophaaldienst meegeeft, behoudens gegronde redenen voor het tegendeel ervan moet uitgaan dat deze stof gevaar voor personen of zaken kan opleveren.¹⁵⁵ Het contextgebonden karakter van zulke objectiverende redeneringen – hetwelk in het casuïstisch geformuleerde Natronloog-arrest bijzonder sterk tot uitdrukking komt – brengt mee dat bij de vaststelling van het geobjectiveerde kennisniveau rekening kan worden gehouden met de eventuele bijzondere capaciteiten van de laedens, bijvoorbeeld in verband met zijn maatschappelijke positie of professionele deskundigheid.¹⁵⁶ De objectivering is dus aan *differentiatie* onderhevig,¹⁵⁷ zij het dat deze differentiatie enkel kan leiden tot een bijstelling van het geobjectiveerde kennisniveau naar *boven*.¹⁵⁸ Versoepeling van de toepasselijke zorgvuldighedsnorm wegens onverschoonbare naïviteit is dus niet aan de orde, zoals ook blijkt uit de nevenschikte formule ‘kennen óf behoren te kennen’.

De tweede manier waarop de laedens in dit verband kan worden ‘afgekend’ op hem onbekende risico’s is door middel van *generalisering*.¹⁵⁹ Hiermee wordt bedoeld dat de onzorgvuldigheid, bij gebreke van specifieke kennis omtrent de in concreto veroorzaakte belangen aantasting, wordt gekoppeld aan hetgeen de laedens *in algemene zin* wist of behoorde te weten omtrent de aan zijn gedrag verbonden risico’s. De gedachte is dat onbekendheid met het specifieke risico in kwestie niet uitsluit dat de laedens reeds met het oog op enig *ander* risico, dat hem wél bekend was of behoorde te zijn, zijn schadeveroorzakende gedrag achterwege had moeten laten. Had de laedens door afstemming van zijn gedrag op de hem bekende risico’s ook het concrete, onbekende risico kunnen vermijden, dan doet zijn specifieke onwetendheid in casu niet langer ter zake, zo luidt de redenering. Generaliserende constructies als hier bedoeld komen in de jurisprudentie op grote schaal voor, vooral waar het gaat om de aansprakelijkheid voor onvoorziene gevolgen van een op zichzelf bekend gevaar.¹⁶⁰ Zo oordeelde de Hoge Raad in de bekende asbestzaak Cijssouw / De Schelde dat bekendheid met het risico van ‘asbestose’ als gevolg van blootstelling aan asbest in beginsel ook aansprakelijkheid rechtvaardigt voor de gevolgen van ‘mesothelioom’, een andere asbestziekte die pas later

155 HR 8 januari 1982, *NJ* 1982, 614 m.nt. CJHB (Natronloog), r.o. 4. Zie de bespreking van dit arrest in par. 4.4.10, waar wordt betoogd dat de onderhavige objectivering neerkomt op de toepassing van een delictuele *onderzoeksplicht*.

156 Vgl. Vranken 1990, p. 197.

157 Zie over differentiatie bijv. Van Dam 2000, nr. 912; en Jansen 2006, p. 16.

158 Zie bijv. Meijers 1958, p. 302; Schut 1963, p. 59; Schut 1966, p. 251; Valkhoff 1966, p. 30; Schut 1979, p. 405; Sieburgh 2000, p. 93-94; Jansen 2006, p. 62; en Tjong Tjin Tai 2006, p. 148.

159 Zie over generalisering bijv. Van Dam 2000, nr. 904; Jansen 2006, p. 19-20; en de conclusie van A-G Keus voor HR 29 april 2011, *LJN* BP0567, *NJ* 2011, 406 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (Melchemie/Delbanco c.s.), sub 2.5 e.v. Zie ook par. 5.2.6, waar generalisering als een bijzondere vorm van objectivering wordt gepresenteerd.

160 Vgl. Jansen 2006, p. 20. Ook in het bovengenoemde Natronloog-arrest was sprake van generalisering (zie r.o. 5).

als zodanig werd ontdekt.¹⁶¹ Illustratief is voorts het Legionella-arrest, waarin het ging om aansprakelijkheid voor de grootschalige legionellabesmetting tijdens de Westfriese Flora van 1999. In de procedure kwam vast te staan dat de aangesproken whirlpoolhandelaar had verzuimd om bepaalde 'normale en weinig kostbare veiligheidsmaatregelen' te treffen met betrekking tot de waterkwaliteit in zijn whirlpool. De buitengewoon ernstige gevolgen van dit verzuim, die samenhangen met het verschijnsel 'aërosolvorming', konden echter bezwaarlijk als kenbaar voor hem worden beschouwd. Toch werd hier aansprakelijkheid aangenomen, omdat de whirlpoolhandelaar ten minste *in algemene zin* op de hoogte had moeten zijn van het feit dat door zijn nalatigheid een ernstig gevaar voor de volksgezondheid kon ontstaan.¹⁶²

Objectivering en generalisering hebben gemeen dat zij ertoe strekken de laedens verantwoordelijk te stellen voor risico's die hij niet heeft voorzien, maar waarop hij naar het oordeel van de rechter zijn gedrag wel had moeten afstemmen. Het laat zich aanzien dat zulke constructies, indien tot het uiterste doorgevoerd, kunnen leiden tot ondermijning van het kennisvereiste, dat hierboven zo fundamenteel is gebleken. Vrijwel elke belangenaantasting kan immers met wijsheid achteraf als 'voorzienbaar' worden bestempeld en in vrijwel elk geval van schadeveroorzaking kan achteraf worden betoogd dat de laedens met het oog op enig (ander) risico zijn gedrag had moeten aanpassen.¹⁶³ Aldus blijft echter van het kennisvereiste als 'constituerend element' van de zorgvuldigheidsnorm weinig over.¹⁶⁴ Het is dus zaak om objectivering en generalisering met beleid te hanteren. Daarbij moet mijns inziens de idee van gedragsnormering leidend zijn. Het gaat erom dat de laedens wordt afgerekend op risico's die hij redelijkerwijs heeft kunnen vermijden, uitgaande van de gemiddelde kennis van een vergelijkbaar persoon. Dit betekent dat objectivering beperkt dient te blijven tot risico's die daadwerkelijk 'voorzienbaar' waren ten tijde van de schadeveroorzakende gedraging. Zij mag niet ontwaarden in een klakkeloze risicoverdeling achteraf, zonder aandacht voor kennis en kunde van de laedens.¹⁶⁵ Generalisering dient, op haar beurt, beperkt te blijven tot voorzienbare *categorieën* van belangenaantasting, waarmee ik bedoel dat de laedens slechts aansprakelijk kan worden gehouden voor de gevolgen van een onvoorzienbaar risico, indien dat risico kan worden beschouwd als een variant van een ander risico, dat wél voorzienbaar voor hem

161 HR 25 juni 1993, *NJ* 1993, 686 m.nt. PAS (Cijssouw I), r.o. 3.6.

162 Dat lijkt althans de strekking van het arrest. Zie HR 29 november 2002, *NJ* 2003, 549 m.nt. JBMV (Legionella), r.o. 3.6.4, waar de Hoge Raad met een marginale toetsing 's hofs feitelijke oordeel ter zake sauveert.

163 Dit (psychologisch verklaarbare) verschijnsel, dat de perceptie van een risico wordt gekleurd door de verwezenlijking ervan, wordt ook wel aangeduid als de *hindsight bias*. Zie par. 4.3.6.

164 De term is van Vranken 1990, p. 213.

165 Zie Jansen 2006, p. 63-64.

was.¹⁶⁶ Generalisering is, met andere woorden, slechts toelaatbaar indien de betrokken risico's gezien hun aard en ernst zozeer van gelijke orde zijn, dat kennis van de laedens omtrent het ene, voorzienbare risico voldoende was voor een (onbewuste) afstemming van zijn gedrag op het andere, onvoorzienbare risico. Recente rechtspraak van de Hoge Raad biedt steun voor deze visie.¹⁶⁷

Het voorgaande moet niet worden beschouwd als een pleidooi voor rechterlijke terughoudendheid, maar voor zorgvuldigheid. Objectivering en generalisering kunnen zonder reserve worden toegepast, zolang men zich bewust is van het kennisvereiste dat erachter schuilgaat, en waaraan deze constructies hun betekenis ontleenen. Een vérgaande mate van objectivering zoals aan de orde in het Natronloog-arrest acht ik in de betreffende context gerechtvaardigd, omdat ook zonder nader onderzoek voor de leek begrijpelijk is dat onbekende vloeistoffen uit een schoonmaakhok een potentiële bron van gevaar vormen (par. 4.4.10). De generaliserende aanpak in Cijsouw/De Schelde acht ik eveneens gerechtvaardigd, nu in casu vaststond dat de ziekte mesotheliom was veroorzaakt door een mate van blootstelling aan asbest die reeds met het oog op het kenbare risico van asbestose had moeten worden vermeden.¹⁶⁸ Daarentegen gaat mij de klakkeloze generalisering uit het Legionella-arrest te ver. De hier aangesproken whirlpoolhandelaar was bekend met de gevaren van een slechte waterkwaliteit, maar verkeerde – zoals zo velen destijds – in de veronderstelling dat die gevaren zich slechts konden verwezenlijken indien er in zijn whirlpool werd *gebaad*. In casu waren evenwel, als gevolg van het relatief onbekende fenomeen 'aërosolvorming', *omstanders* het slachtoffer geworden van die slechte waterkwaliteit. Het gevaar dat zich had verwezenlijkt was, kortom, van een andere orde dan het door de laedens voorziene, en niet reëel geachte, gevaar. Generalisering was hier in die zin, althans vanuit een oogpunt van gedragsnormering, misplaatst. Het onrechtmatigheidsoordeel lijkt veeleer te zijn ingegeven door overwegingen van *risicoverdeling*.¹⁶⁹ Hiermee rijst de vraag welke rol zulke overwegingen spelen bij de toepassing van het kennisvereiste. In de navolgende paragrafen wordt dat nader onderzocht, speciaal tegen de achtergrond van de problematiek van de 'nieuwe risico's'.

166 Zie Jansen 2006, p. 66-68, met verwijzing naar Engelse rechtspraak. In gelijke zin Tjong Tjin Tai 2005, p. 366. Vgl. ook Vloemans 2010, p. 11, die iets dergelijks bepleit in het kader van art. 6:98 BW.

167 Zie HR 17 februari 2006, *LJN AU6927*, *NJ* 2007, 285 m.nt. C.J.H. Brunner (Van Buuren/Heesbeen), r.o. 4.5; HR 31 maart 2006, *LJN AU6092*, *NJ* 2011, 250 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (Nefalit/Erven Karamus), r.o. 3.8; en HR 9 juli 2010, *LJN BL3262*, *RvdW* 2010, 898 (Enschedeese vuurwerkramp), r.o. 4.7.

168 Vgl. HR 17 februari 2006, *LJN AU6927*, *NJ* 2007, 285 m.nt. C.J.H. Brunner (Van Buuren/Heesbeen), waarin zulks – i.v.m. de (beweerdelijk) geringe intensiteit van de blootstelling aan asbest – niet vaststond, zodat de Hoge Raad generalisering niet toelaatbaar achtte (r.o. 4.7).

169 Aldus ook (instemmend) Van Dunné 2004b, p. viii.

4.2.13 Vervolg; nieuwe risico's

Risico's vervullen in het aansprakelijkheidsrecht een merkwaardige dubbelrol. Enerzijds zijn het de onzekerheden waarmee ieder mens te maken heeft, en waarop tot op zekere hoogte moet worden geanticipeerd. Anderzijds zijn het de gegevens waarmee de gelaedeerde in concreto is geconfronteerd, en waarvan hij de schadelijke gevolgen wenst te verhalen op de dader.¹⁷⁰ De rechter staat voor de paradoxale opgave om de potentiële waarschijnlijkheid te beoordelen van risico's die zich in werkelijkheid reeds hebben verwezenlijkt.¹⁷¹ Deze beoordeling is daarom zo ingewikkeld, omdat daarbij moet worden 'teruggeredeneerd' in de tijd.¹⁷² Het kennisvereiste, zoals in par. 4.2.11 geïntroduceerd, wordt immers gekenmerkt door een *tijdsdimensie*: beslissend is hetgeen de laedens ten tijde van zijn schadeveroorzakende gedraging wist of behoorde te weten omtrent het door hem gecreëerde risico.¹⁷³ 'Gedrag van toen' mag niet met 'normen van nu' worden beoordeeld.¹⁷⁴ Het verbod van terugwerkende kracht geldt, met andere woorden, ook voor *ongeschreven* normen.¹⁷⁵

De onderhavige problematiek doet zich speciaal gevoelen waar het de zogenaamde 'nieuwe risico's' betreft.¹⁷⁶ Deze doen zich voor indien door technologische of maatschappelijke ontwikkeling een nieuwe bron van gevaar opkomt, respectievelijk een reeds bestaande bron van gevaar als zodanig wordt ontdekt. Aangezien de betreffende kennis normaliter niet ineens, maar geleidelijk ontstaat, is meestal sprake van een overgangperiode, waarin het bestaan en de reikwijdte van de betreffende risico's nog niet volledig (kunnen) worden onderkend. Illustratief is de ontstaansgeschiedenis van het asbestrisico. Werd asbest halverwege de twintigste eeuw nog beschouwd als een ideaal bouwen isolatiemateriaal, na verloop van tijd rees in de wetenschap, en later ook in de betreffende bedrijfstakken, twijfel op dit punt, uiteindelijk resulterend in de ontdekking van asbestziekten als asbestose en (later) mesothelioom.¹⁷⁷ De vraag vanaf welk moment de asbestverwerkende industrie hierop had

170 Het is dit onderscheid tussen onzekere risico's op macroniveau en gegeven risico's op microniveau dat ten grondslag ligt aan de 'risicospreiding' die verzekering mogelijk maakt. Vgl. Hartlief 2009, p. 73-74.

171 Vgl. Van Boom 2001, p. 3.

172 Vgl. HR 25 november 2005, NJ 2009, 103 m.nt. I. Giesen (Eternit/Horsting), r.o. 3.3, besproken in par. 4.2.15.

173 Zie over de hier bedoelde tijdsdimensie Jansen 2006, p. 20-22. Vgl. ook Schut 1963, p. 59; Vranken 1990, p. 197; en Vranken 1994, p. 421-422.

174 Aldus Van Boom & Barendrecht 2000, p. 46.

175 Zie Onrechtmatige daad I (Jansen), art. 162, lid 2, aant. 86.3.

176 Zie daarover bijv. Van Boom 2001, p. 3 e.v.; Faure & Hartlief 2002, p. 2 e.v.; Keirse 2007, p. 1 e.v.; Van Orsouw 2007, p. 23 e.v.; en WRR 2008, p. 96-99.

177 Vgl. Van Boom 2001, p. 4-5, die overigens vooral een *mentaliteitsverandering* t.a.v. het asbestrisico signaleert, in die zin dat de al langer in de medische wetenschap bekende gezondheidsrisico's pas later door overheid en bedrijfsleven serieus werden genomen.

moeten anticiperen, kan achteraf vrijwel niet categorisch worden beantwoord.¹⁷⁸ In een andere context, ter zake van het verhaal van bodemsaneringskosten door de overheid, heeft de Hoge Raad zich eens gewaagd aan een *hard and fast rule*, door uit te spreken dat het in beginsel vanaf 1 januari 1975 voor ondernemingen voldoende duidelijk had moeten zijn dat de overheid zich het belang van bodemsanering zou gaan aantrekken.¹⁷⁹ Daarbij speelde een belangrijke rol dat de totstandkoming van het betreffende saneringsbelang tamelijk precies uit de parlementaire geschiedenis kon worden afgeleid.¹⁸⁰ In het algemeen lijkt echter het formuleren van zulke ‘keerpunten in kennis’ niet reëel. Veeleer gaat het hier om een beoordeling van de *tijdgeest* ten tijde van de schadeveroorzakende gedraging,¹⁸¹ die naar zijn aard meestal geen scherp en eenduidig beeld oplevert.

De geschetste problematiek van de nieuwe risico's is als zodanig niet nieuw. In par. 4.2.2 werd beschreven hoe in de twintigste eeuw is gezocht naar juridische mogelijkheden om de toenmalige nieuwe risico's, samenhangend met de industrialisatie van de maatschappij, het hoofd te bieden. Geconcludeerd werd dat deze zoektocht heeft geleid tot de introductie van elementen van risicoverdeling in het aansprakelijkheidsrecht, zij het (vooralsnog) zonder afschaffing van het schuldbeginnsel als primaire grondslag voor aansprakelijkheid. De huidige postindustriële maatschappij confronteert ons andermaal met nieuwe risico's. In vergelijking met de klassieke risico's van weleer zijn de hedendaagse nieuwe risico's minder ‘tastbaar’ van aard, zodat het (nog) moeilijker is daarop te anticiperen. Nieuwenhuis heeft hierop gewezen:

‘De nieuwe risico's waarmee we worden geconfronteerd (radio-activiteit, genetische modificatie van planten en dieren, gaten in de ozon-laag) hebben gemeen dat zij niet vatbaar zijn voor rechtstreekse, zintuiglijke waarneming. Kennis van deze risico's is ‘ervaringloos weten’. Het gevaar verbonden aan een val in een keldergat kan ik mij helder voor de geest halen. Gaten in de ozonlaag kan ik met het blote oog niet zien, en wetenschap omtrent hun gevaren heb ik van horen zeggen.’¹⁸²

De vraag rijst of deze ontwikkeling noopt tot een ultieme herbezinning op de grondslagen van ons aansprakelijkheidsrecht. Is met de opkomst van *onzichtbare* nieuwe risico's wellicht het moment aangebroken om het klassieke schuldbeginnsel ten enenmale te verruilen voor (enigerlei variant van) het risicobeginnsel? Verschillende auteurs lijken tot een positieve beantwoording van die vraag geneigd. In uiteenlopende bewoordingen betogen zij dat objectief

178 Vgl. HR 25 november 2005, *NJ* 2005, 103 m.nt. I. Giesen (Eternit/Horsting), besproken in par. 4.2.15.

179 Zie HR 24 april 1992, *NJ* 1993, 643 m.nt. CJHB onder 644 (Van Wijngaarden/Staat), r.o. 3.8. Zie nader over de hier bedoelde jurisprudentie Jansen 2006, p. 34-37.

180 Vgl. Van Boom & Barendrecht 2000, p. 48-50.

181 Vgl. Vranken 1990, p. 212.

182 Nieuwenhuis 1997a, p. 8. Vgl. ook Vloemans 2010, p. 3.

gevaarverhogend gedrag in beginsel moet (kunnen) leiden tot aansprakelijkheid.¹⁸³ De gedachte is blijkbaar dat het kennisvereiste onder omstandigheden kan worden geëcarteerd op grond van overwegingen van risicoverdeling. Ter onderbouwing wordt vaak verwezen naar een moderne variant van het risicobeginsel, die gedurende de afgelopen jaren steeds meer aandacht heeft gekregen in de literatuur. Ik doel op het 'voorzorgsbeginsel', dat in de volgende paragraaf nader wordt besproken.

4.2.14 Vervolg; voorzorgsbeginsel?

Het voorzorgsbeginsel is een uit het milieurecht afkomstig beginsel, dat erop neerkomt dat bij dreiging van ernstige (milieu)schade het ontbreken van wetenschappelijke zekerheid omtrent de oorzaak daarvan niet mag worden aangegrepen als reden voor het uitstellen van voorzorgsmaatregelen ter voorkoming van die schade.¹⁸⁴ Het beginsel is ontwikkeld als beleidsprincipe,¹⁸⁵ en eist als zodanig van bestuurders een proactieve omgang met risico's waarvan het bestaan vooralsnog onzeker is.¹⁸⁶ *Better safe than sorry*, is de achterliggende gedachte.¹⁸⁷ Anno 2000 is het beginsel door de Europese Commissie omarmd als 'essentieel onderdeel van haar beleid' inzake risicobeheer.¹⁸⁸ Sindsdien zijn in Nederland diverse verkennende rapporten over het beginsel verschenen,¹⁸⁹ evenals juridische artikelen waarin de civielrechtelijke betekenis van het beginsel voor (vooral) de problematiek van de nieuwe risico's in kaart is gebracht.¹⁹⁰

In 2008 kreeg het debat een nieuwe impuls, met het verschijnen van een lijvig rapport van de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR),

183 Zie in die zin bijv. Van Dunné 1990, p. 627-628; Van Dunné 1997b, p. 245; Braams 2002, p. 174; Braams 2003, p. 149; Olaerts 2003, p. 120; Van Dunné 2004b, p. viii en 174; Cousy 2008, p. 52; Franken 2008, p. 2058; en Spier 2008, p. 2522. Vgl. ook (iets terughoudender) Van Boom 2001, p. 12.

184 Aldus de klassieke formulering van het voorzorgsbeginsel in principle 15 van de Rio Declaration on Environment and Development (1992), beschikbaar via <www.unep.org>. Voor nadere achtergrondinformatie zij hier verwezen naar Onrechtmatige daad VIII.6 (Bauw), aant. 16.

185 Vgl. Olaerts 2003, p. 116.

186 Vgl. WRR 2008, p. 124-127.

187 Vgl. bijv. Braams 2003, p. 147; en Cousy 2008, p. 58.

188 Mededeling van de Commissie over het voorzorgsbeginsel d.d. 2 februari 2000, COM/2000/1 def., p. 2. Vgl. ook art. 191 lid 2 VWEU, betreffende het Europese milieubeleid.

189 Zie bijv. SER 2002, p. 83, 87; Gezondheidsraad 2003, p. 43 e.v.; en Gezondheidsraad 2008, p. 37 e.v. Zie voorts WRR 2008 (hierna te behandelen).

190 Zie bijv. (neutraal) Wiggers-Rust 2004, p. 35 e.v.; Van der Wiel 2007b, p. 53-54; Hartlief 2009, p. 96-97; alsmede (negatief) Bergkamp & Hanekamp 2003, p. 123 e.v.; Olaerts 2003, p. 114 e.v.; Pieterman e.a. 2006, p. 2 e.v.; De Jong 2011, p. 2839-2840; en voorts (positief) Braams 2002, p. 171 e.v.; Braams 2003, p. 147 e.v.; Cousy 2008, p. 52 e.v.; Franken 2008, p. 2056 e.v.; Spier 2008, p. 2521 e.v.; Vloemans 2010, p. 3 e.v.; en Franken 2010, p. 185 e.v.

waarin toepassing van het voorzorgsbeginsel als 'algemeen uitgangspunt voor het fysieke veiligheidsbeleid' wordt bepleit.¹⁹¹ Opmerkelijk is dat het beginsel in dit rapport niet langer uitsluitend als beleidsprincipe wordt gepresenteerd, maar ook als juridisch uitgangspunt. Van bedrijven en andere professionele organisaties wordt 'een adequate organisatie en informatiehuishouding' gevergd, 'waarin actief gezocht wordt naar *potentiële* risico's en waarin informatie daarover op tijd degenen bereikt die afwegingen kunnen maken en zo nodig – proactief – maatregelen kunnen nemen.'¹⁹² Tegen deze achtergrond pleit de WRR zelfs voor codificatie van het voorzorgsbeginsel in art. 3:12 BW, specifiek met het oog op de verantwoordelijkheid van rechtspersonen die een 'maatschappelijke positie' bekleden.¹⁹³ De desbetreffende aanbeveling is door de regering niet overgenomen,¹⁹⁴ maar zij illustreert wel het grote gezag dat het voorzorgsbeginsel inmiddels in brede kring heeft verworven.¹⁹⁵

Wat heeft het voorzorgsbeginsel te betekenen voor het civiele aansprakelijkheidsrecht? De pleitbezorgers benadrukken dat toepassing van het beginsel zou moeten leiden tot de erkenning van een geheel nieuwe categorie van 'onzekere' of 'potentiële' risico's.¹⁹⁶ De gedachte is dat het klassieke onderscheid tussen bekende en onbekende risico's niet langer volstaat, nu reeds het *vermoeden* van een risico onder omstandigheden tot actie zou moeten nopen. Veelal wordt deze gedachte geïllustreerd door verwijzing naar een buitenjuridische bron: de voormalige Amerikaanse Minister van Defensie Donald Rumsfeld, die tijdens een persconferentie in 2002 onderscheid maakte tussen *known knowns* (het bekende), *known unknowns* (het onzekere) en *unknown unknowns* (het onbekende).¹⁹⁷ Het vernieuwende van het voorzorgsbeginsel zou zijn gelegen in de erkenning van die tweede categorie als potentiële grondslag voor aansprakelijkheid. Voortaan zou ook op 'kenbaar-onbekende' risico's moeten worden geanticipeerd.

Tegen deze visie kunnen allereerst bezwaren van terminologische aard worden aangevoerd. De aanhangers van het voorzorgsbeginsel streven kennelijk een soort kwadratuur van het risicobegrip na, zoals blijkt uit de opmerking van Cousy 'dat het betreffende risico de kans is dat er een risico zou kunnen zijn'.¹⁹⁸ De aantrekkelijkheid van deze taalvondst springt niet in het oog.

191 WRR 2008, p. 18 en 163.

192 WRR 2008, p. 125. Aldus ook reeds Van Dam 1989, p. 152; en Van Dam 2000, nr. 915.

193 WRR 2008, p. 170-171.

194 Brief van de Minister van VROM d.d. 2 april 2009, *Kamerstukken II 2008/09*, 28089, nr. 23, p. 12.

195 Vgl. ook EHRM 27 januari 2009, *RvdW 2009*, 990 (Tatar c.s./Roemenië), r.o. 69, sub II.B.h, waar uitdrukkelijk naar het voorzorgsbeginsel wordt verwezen.

196 Zie in die zin bijv. Van der Wiel 2007b, p. 49-50; Franken 2008, p. 2057; Cousy 2008, p. 52; en Vloemans 2010, p. 3. Vgl. ook WRR 2008, p. 104.

197 Zie bijv. Van der Wiel 2007b, p. 49-50; Spier 2008, p. 2523; en Cousy 2008, p. 53 (de tussen haakjes geplaatste vertalingen zijn ontleend aan Van der Wiel).

198 Cousy 2008, p. 54.

In par. 4.2.13 werd reeds vooropgesteld dat risico's per definitie onzeker zijn.¹⁹⁹ Sinds het Kelderluik-arrest wordt algemeen aangenomen dat de schending van een zorgvuldigheidsnorm afhankelijk is van (onder meer) 'de hoogroetheid van de kans' dat door verwezenlijking van een risico schade ontstaat.²⁰⁰ Zo beschouwd draait het in het zorgvuldigheidslerstuk om niets anders dan onzekerheid en voorzorg. Het kennisvereiste brengt echter mee dat de bedoelde kansberekening, die in de toepassing van het zorgvuldigheidscriterium besloten ligt, eerst aan de orde kan komen indien vaststaat dat de laedens tenminste wist of behoorde te weten van enig risico. In die zin is het onzuiver om bij de toepassing van het kennisvereiste de normale classificatie van risico's in termen van bekendheid te doorkruisen met een indeling in termen van waarschijnlijkheid (respectievelijk onzekerheid), die eerst in een later stadium, namelijk bij de invulling van de geldende zorgvuldigheidsnorm, centraal zou moeten staan.

Achter de tautologie van het begrip 'potentiële risico's' gaat mijns inziens ook een inhoudelijk misverstand schuil. De aanhangers van het voorzorgsbeginsel lijken te veronderstellen dat in de klassieke benadering de laedens slechts aansprakelijk is indien hij weet of behoort te weten van een objectief bepaalbaar, wetenschappelijk bewezen risico. Dat is echter niet het geval. Het gaat erom of hij kennis draagt van een risico dat naar *maatschappelijke* opvattingen redelijkerwijs onverantwoord is. De gerechtvaardigde verwachtingen van justitiabelen, die in dit verband beslissend zijn (par. 4.2.10), worden hooguit ten dele gekleurd door inzichten uit de wetenschap. Maatschappelijke zorgvuldigheidsnormen kunnen dus niet met wetenschappelijke risicoanalyses op één lijn worden gesteld. Dienovereenkomstig betekent het feit dat een risico in de wetenschap onomstotelijk is bewezen geenszins dat justitiabelen daarop onder alle omstandigheden bedacht moeten zijn.²⁰¹ Omgekeerd sluit het feit dat in de wetenschap vooralsnog onzekerheid bestaat omtrent aard en reikwijdte van een risico geenszins uit dat daarop naar maatstaven van zorgvuldigheid reeds moet worden geanticipeerd.²⁰² Dat is voorwaar geen bewijs van de gelding van het voorzorgsbeginsel – want er zijn oneindig veel onzekere risico's waarop naar maatstaven van zorgvuldigheid níet hoeft te worden geanticipeerd –, maar van het natuurlijke 'engagement' van zorgvuldigheidsnormen met ontwikkelingen in de maatschappij.²⁰³ Wetenschappelijk omstreden risico's kunnen in de maatschappij zodanig dreigende vormen aannemen,

199 Vgl. echter Cousy 2008, p. 53; en De Vries 2010, p. 158, die deze tegenwerping niet overtuigend achten.

200 HR 5 november 1965, *NJ* 1966, 136 m.nt. GJS (Kelderluik), besproken in par. 4.1.3.

201 Vgl. HR 22 april 1994, *NJ* 1994, 624 m.nt. CJHB (Taxus), besproken in par. 4.4.10.

202 Vgl. de conclusie van A-G Verkade bij HR 25 november 2005, *NJ* 2009, 103 m.nt. I. Giesen (Eternit/Horsting), sub 5.44, geciteerd in par. 4.2.15. Zie in gelijke zin ook Braams 2002, p. 177; Braams 2003, p. 147; en Spier 2008, p. 2523, die tegen deze achtergrond (enigszins misleidend) betogen dat het voorzorgsbeginsel reeds geldt.

203 Zie daarover Castermans 2009, p. 53-55.

dat het gerechtvaardigde verwachtingspatroon van justitiabelen een proactieve omgang met die risico's vereist, nog voordat het wetenschappelijke bewijs geleverd is.²⁰⁴ Een en ander kan worden geïllustreerd aan de hand van het nu te bespreken arrest Eternit/Horsting uit 2005,²⁰⁵ waarin het ging om een 'nieuw risico' dat inmiddels een klassieke status heeft verworven: asbest.

4.2.15 Vervolg; Eternit/Horsting

In 2002 wordt bij Horsting, verweerster in cassatie, mesotheliom ontdekt. Zij stelt dat deze ziekte is veroorzaakt door blootstelling aan asbeststof tijdens de bouw van een machineloods op het terrein van haar ouders in 1971, waarbij door Eternit geleverde asbestcementplaten zijn verspaand. Horsting is naar eigen zeggen met het vrijgekomen asbeststof geconfronteerd toen zij de kleding uitklopte van haar broers, die bij de bouw van de machineloods hadden geassisteerd, en het erf aanveegde waarop de platen waren verspaand. Horsting vordert in kort geding schadevergoeding op grond van art. 6:162 BW,²⁰⁶ daartoe stellende dat Eternit als producent anno 1971 de gebruikers van de door haar geleverde asbestcementplaten had moeten waarschuwen voor de aan het verspanen verbonden gezondheidsrisico's, die Eternit destijds bekend waren.

In beide feitelijke instanties wordt de vordering van Horsting toegewezen.²⁰⁷ Het hof bestempelt, in navolging van de voorzieningenrechter, het onderhavige verspanen van asbestcementplaten anno 1971 als een 'redelijkerwijs te verwachten gebruik' van de platen (r.o. 7). Ook het daaruit voortvloeiende risico van mesotheliom was volgens het hof destijds bij Eternit genoegzaam bekend. Reeds uit de Memorie van Toelichting bij de Silicosewet uit 1949 kon 'het gevaar van verspreiding van asbesthoudend stof bij het vervaardigen en het verzagen van asbestelementplaten' worden afgeleid. Voorts wijst het hof in dit verband op een uit 1970 daterend verslag van een bijeenkomst van het Koninklijk Instituut van Ingenieurs, waarbij de toenmalige directeur van

204 Zie bijv. Dommering-van Rongen 1991, p. 165; en Franken 2010, p. 200. Overigens is voor toewijzing van een vordering tot *schadevergoeding* wél een voldoende mate van wetenschappelijke zekerheid vereist, met het oog op de vaststelling van causaal verband. Vgl. Franken 2008, p. 2058, die tegen deze achtergrond betoogt dat het voorzorgsbeginsel wel verbodsvorderingen maar geen schadeclaims kan funderen.

205 HR 25 november 2005, NJ 2009, 103 m.nt. I. Giesen (Eternit/Horsting).

206 Het betrof een geval van productenaansprakelijkheid (par. 4.5.6), maar aangezien de schadeveroorzakende gedraging in de jaren zeventig plaatsvond, kon de huidige regeling van art. 6:185 e.v. BW daarop niet worden toegepast. Vgl. de conclusie van A-G Verkade, sub 4.4.

207 Zie Rb. Almelo (vzr.) 22 mei 2003, TMA 2003, p. 164 e.v.; en Hof Arnhem 13 april 2004, NJ 2004, 612.

Eternit, ir. Bijleveld, aanwezig was.²⁰⁸ Blijkens het verslag heeft Bijleveld aan dr. J. Stumphius, één van de sprekers en auteur van het in 1969 verschenen proefschrift 'Asbest in een bedrijfsbevolking', vragen gesteld over de risico's van asbest, waarop hem met zoveel woorden, en onder verwijzing naar concrete voorbeelden uit het buitenland, te kennen was gegeven dat blootstelling aan asbeststof mesothelioom kan veroorzaken. Tegen deze achtergrond oordeelt het hof 'dat het bewuste gevaar aan Eternit, een internationaal opererend bedrijf, in 1970-1971 bekend was althans bekend had behoren te zijn' (r.o. 4.7). De slotsom luidt dat Eternit met het oog op het redelijkerwijs te verwachten gebruik van de door haar geleverde asbestcementplaten, en gelet op haar kennis omtrent de aan dit gebruik verbonden ernstige gevaren, 'de voor de hand liggende en weinig kostbare maatregel van een waarschuwing had moeten nemen'. Van het feit dat zij dit niet heeft gedaan valt haar, aldus het hof, 'een ernstig verwijt' te maken' (r.o. 4.8).

In cassatie houdt 's hofs feitelijk gekleurde oordeel omtrent de bekendheid van het asbestrisico anno 1971 stand.²⁰⁹ Onder verwijzing naar zijn eerdere arrest Hertel/Van der Lugt, dat een geval van blootstelling aan asbest op de werkvloer betrof,²¹⁰ overweegt de Hoge Raad (r.o. 3.3):

'De rechtmatigheid van het handelen van Eternit moet worden beoordeeld in het licht van de maatschappelijke opvattingen ten tijde van de aan Eternit verweten gedragingen of nalatigheden. Daarbij verdient opmerking dat vanaf het moment waarop binnen de maatschappelijke kring waartoe Eternit behoort, bekend moest worden geacht dat aan het werken met asbest gevaren voor de gezondheid zijn verbonden, een verhoogde zorgvuldigheidsnorm had te gelden met het oog op de belangen van diegenen die zich bevinden in de directe nabijheid van een plaats waar met asbest wordt gewerkt. Het is afhankelijk van de omstandigheden van het geval en van de toentertijd bestaande kennis en inzichten, welke veiligheidsmaatregelen vanaf dat moment van Eternit konden worden verwacht. In dat verband zijn mede van belang de mate van zekerheid dat het werken met asbest gezondheidsrisico's meebracht en de aard en ernst van die risico's.'

Tegen deze achtergrond acht de Hoge Raad de door het hof in navolging van de voorzieningenrechter aangenomen waarschuwingsplicht van Eternit niet rechtens onjuist of onbegrijpelijk, met name gelet op 's hofs verwijzing naar de Memorie van Toelichting bij de Silicosewet uit 1949 en de vaststelling van het hof (i) dat Eternit een internationaal opererend bedrijf was, (ii) dat in de periode 1970-1971 in elk geval onder deskundigen bekend was dat vrijkomend

208 Zie voor een precieze beschrijving van de status en herkomst van het verslag, die in 's hofs arrest niet erg duidelijk tot uitdrukking komen, de conclusie van A-G Verkade, sub 5.6.2.

209 Slechts voor wat betreft 's hofs verwerping van Eternits beroep op verjaring volgt vernietiging. Zie voor het vervolg na verwijzing Hof 's-Hertogenbosch 25 maart 2008, NJ 2009, 104, waarin het verjaringsberoep alsnog sneeft.

210 Zie HR 17 december 2004, NJ 2006, 147 m.nt. C.J.H. Brunner (Hertel/Van der Lugt c.s.), waarvan r.o. 3.7 sub c vrijwel gelijkkluidend was.

asbest mesotheliom zou kunnen veroorzaken en (iii) dat de directeur van Eternit deze wetenschap al vóór 1971 feitelijk moest hebben gehad.

Annotator Giesen noemt het arrest een 'stevige klap' voor de asbestindustrie.²¹¹ Hij trekt verregaande conclusies, bijvoorbeeld door te suggereren dat de Hoge Raad de Kelderluikfactoren terzijde schuift en zelfs het onderscheid tussen onrechtmatigheid en toerekenbaarheid niet langer leidend acht.²¹² Blijkbaar roept de 'verhoogde zorgvuldigheidsnorm' waarvan de Hoge Raad gewaagt,²¹³ navenant hooggespannen verwachtingen op. In werkelijkheid is er, gezien vanuit een principiële optiek, weinig bijzonders aan de hand. De Hoge Raad stelt in r.o. 3.3 traditioneel het kennisvereiste voorop. Hij benadrukt, conform de klassieke idee van gedragsnormering, de tijdsdimensie van dit vereiste (par. 4.2.13), door te overwegen dat de rechtmatigheid van het handelen van Eternit moet worden beoordeeld 'in het licht van de maatschappelijke opvattingen ten tijde van de aan Eternit verweten gedragingen of nalatigheden'. Dienovereenkomstig trad de 'verhoogde zorgvuldigheidsnorm' volgens de Hoge Raad eerst in werking 'vanaf het moment waarop binnen de maatschappelijke kring waartoe Eternit behoort, bekend moest worden geacht dat aan het werken met asbest gevaren voor de gezondheid zijn verbonden'. Ook de *inhoud* van de 'verhoogde zorgvuldigheidsnorm' doet alleszins vertrouwd aan: het is afhankelijk van 'de omstandigheden van het geval en van de toentertijd bestaande kennis en inzichten', mede in verband met 'de mate van zekerheid dat het werken met asbest gezondheidsrisico's meebracht en de aard en ernst van die risico's', welke veiligheidsmaatregelen vanaf dat moment van Eternit konden worden verwacht.²¹⁴ Zo beschouwd lijkt de 'verhoogde zorgvuldigheidsnorm' vooral van symbolische betekenis.²¹⁵ Van een wezenlijke verscherping van het klassieke zorgvuldigheidscriterium is hoegenaamd geen sprake.

De strenge benadering waarvan het arrest getuigt vindt mijns inziens haar verklaring en rechtvaardiging niet in een verscherpt aansprakelijkheidsregime, maar in de onmiskenbare nalatigheid van Eternit zelf. Haar trof inderdaad, zoals het hof overwoog, een 'ernstig verwijt'. Mag in het algemeen van bedrijven reeds een zeker informatiemanagement worden verwacht,²¹⁶ voor Eternit gold dat aan het begin van de jaren zeventig in het bijzonder. Aangenomen dat destijds onder deskundigen in binnen- en buitenland een groeiende be-

211 I. Giesen, NJ-annotatie bij HR 25 november 2005, NJ 2009, 103 (Eternit/Horsting), sub 11.

212 Idem, resp. sub 7 en 9.

213 Deze formulering lijkt overigens, wat er zij van de juridische betekenis, taalkundig minder geslaagd. Vgl. T. Hartlief in zijn NJ-annotatie bij HR 11 maart 2005, NJ 2010, 309 (ABN AMRO/N.), sub 4.

214 Deze overweging verwijst kennelijk naar de (eerste drie) Kelderluikfactoren. Vgl. par. 4.3.5.

215 Vgl. de NJ-annotatie van Giesen, sub 7, die meent dat 'onduidelijk' is wat de verhoogde zorgvuldigheidsnorm precies inhoudt.

216 Aldus bijv. Van Dam 1989, p. 152; Van Dam 2000, nr. 915; Tjittes 2001, p. 45-48; en Barendrecht e.a. 2002, p. 157. Vgl. ook WRR 2008, p. 125.

zorgdheid bestond over de veiligheid van het product asbest, kon Eternit als internationaal opererende producent haar handen niet langer in onschuld wassen. De ‘maatschappelijke kring’ waartoe Eternit behoorde (vgl. r.o. 3.3), was niet de eerste de beste. Haar directeur nam als ingenieur persoonlijk deel aan het wetenschappelijke debat over de veiligheid van zijn product, en zat zodoende dicht bij het vuur. Het moge zo zijn dat in de wetenschap vooralsnog onzekerheid bestond over de precieze reikwijdte van het asbestrisico,²¹⁷ hetgeen met name voor *asbestverwerkende* bedrijven van die tijd nog een bevrijdende omstandigheid kon opleveren,²¹⁸ voor Eternit als *producent* van asbest kon deze marginale onzekerheid niet langer rechtvaardigen dat zij op de oude voet doorging met het vervaardigen van een product waarvan de veiligheid minst genomen in het geding was. Een acute productiestop was weliswaar nog niet geboden zolang het wetenschappelijke debat hierover voortduurde, maar een waarschuwing van eindgebruikers voor de mogelijke gevaren van verspaning was intussen ruimschoots geïndiceerd.²¹⁹ A-G Verkade dacht er kennelijk ook zo over:

‘Dat het hof een waarschuwingsplicht – ook naar de normen van 1970/1971 – heeft aangenomen lag (...) in de rede. Wie bekend is met (misschien) nog onvoldoende bewezen, maar niettemin serieus gesignaleerde, ernstige gezondheidsrisico’s bij een bepaalde wijze van (voor de hand liggend) gebruik, dient de betrokken (eind-)gebruikers te attenderen op maatregelen die die risico’s wegnemen of althans minimaliseren’.²²⁰

Al met al getuigt het arrest mijns inziens van een behartigenswaardige, genuanceerde visie op de problematiek van de nieuwe risico’s. Enerzijds is voor een bijzondere behandeling van deze nieuwe risico’s – derogerend aan het kennisvereiste (par. 4.2.11) – geen plaats, omdat de laedens niet met terugwerkende kracht mag worden afgerekend op risico’s waarop hij zijn gedrag redelijkerwijs niet heeft *kunnen* afstemmen. Eerst vanaf het moment waarop binnen de

217 Vgl. het cassatiemiddel van Eternit, sub 3.2.1, waar (tevergeefs) wordt gewezen op de aanvankelijke wetenschappelijke onzekerheid omtrent de gezondheidsrisico’s van verschillende soorten asbest en omtrent het verband tussen de wijze van asbestblootstelling en het concrete gezondheidsrisico.

218 Vgl. HR 17 februari 2006, *LJN AU6927*, *NJ* 2007, 285 m.nt. C.J.H. Brunner (Van Buuren/Heesbeen), r.o. 4.7, waarin werd geoordeeld dat een verwarmingsinstallatiebedrijf (mogelijk) niet aansprakelijk was voor de door haar werknemer opgelopen asbestziekte mesotheliom, gelet op de ten tijde van het dienstverband bestaande onzekerheid omtrent het verband tussen ‘duur en intensiteit’ van de asbestblootstelling en het concrete gezondheidsrisico. Zie in gelijke zin de annotatie van A.J. Van bij Rb. Zwolle (ktr.) 27 januari 2010, *LJN BL0950*, *JA* 2010, 49, sub 9.

219 Aldus ook (in een vergelijkbaar geval van ‘thuisbesmetting’) Hof Arnhem 11 mei 2010, *LJN BM5180*, *NJF* 2010, 270, r.o. 4.16. Vgl. voorts par. 3.6.4, waar bleek dat in de precontractuele sfeer een vergelijkbare ‘mededelingsplicht omtrent onzekerheid’ kan gelden.

220 Zie de conclusie van A-G Verkade bij HR 25 november 2005, *NJ* 2009, 103 (Eternit/Horsting), sub 5.44.

maatschappelijke kring waartoe de laedens behoort, bekend is of geacht mag worden te zijn dat er sprake is van een maatschappelijk onverantwoord risico, kan van de laedens proactief handelen ter voorkoming van schade worden gevergd. Anderzijds blijkt uit het arrest dat voor een bijzondere behandeling van nieuwe risico's, op grond van het voorzorgsbeginsel of anderszins, ook geen *noodzaak* bestaat, omdat naar maatstaven van zorgvuldigheid reeds een proactieve omgang kan worden gevergd met risico's waarvan het bestaan vooralsnog onzeker is. Bij twijfel over de realiteit van een nieuw risico zal, zoals Van der Wiel terecht opmerkt, beslissend zijn of de heersende mate van onzekerheid van dien aard is dat het *redelijkerwijs onverantwoord* is daar niet naar te handelen.²²¹ Dat is de vertrouwde, contextgebonden maatstaf die in alle vraagstukken van zorgvuldigheid centraal staat (par. 4.2.10). Per saldo komt het (ook) hier aan op een beoordeling van de gerechtvaardigde verwachtingen over en weer.

4.2.16 Art. 6:162 lid 3: toerekenbaarheid

In par. 4.2.3 bleek reeds dat delictuele informatieplichten, behalve in het kader van de onrechtmatigheid, ook bij de beoordeling van de *toerekenbaarheid* een rol kunnen spelen. Het gaat hier met name om *onderzoeksplichten* aan de zijde van de laedens, die bewerkstelligen dat ook een in onwetendheid gepleegde onrechtmatige daad krachtens art. 6:162 lid 3 BW aan de laedens kan worden toegerekend.²²² Een klassieke illustratie wordt gevormd door de jurisprudentie over inbreuk op auteursrechten door uitvoerende musici. Reeds in 1920 oordeelde de Hoge Raad dat van degene die bij de uitvoering van een muziekstuk zijn medewerking verleent, onder omstandigheden 'gevorderd kan worden, dat hij onderzoekt of door de openbare uitvoering van dat stuk wellicht het auteursrecht van een derde wordt geschonden'.²²³ Onder het oude BW waren dergelijke onderzoeksplichten gesitueerd in het kader van het schuld-begrip,²²⁴ dat in de loop van de twintigste eeuw een steeds objectievere lading kreeg.²²⁵ Naar huidig recht kunnen de verkeersopvattingen van art. 6:162 lid 3 BW als grondslag dienen,²²⁶ al lijken de meeste feitenrechtters nog steeds

221 Van der Wiel 2007b, p. 58.

222 Zie voor een inventarisatie Onrechtmatige daad I (Jansen), art. 162, lid 3, aant. 26 e.v.

223 Aldus HR 4 juni 1920, *NJ* 1920, 720 (accompagnateur), op p. 721. In casu achtte de Hoge Raad een dergelijke onderzoeksplicht overigens niet zonder meer gegeven, nu het ging om 'een accompagnateur, wiens taak vergeleken met die van den zanger, dien hij op de piano begeleidt, van zeer ondergeschikten aard kan zijn'.

224 Vgl. HR 18 juni 1920, *NJ* 1920, 797 (eveneens betreffende een muziekuivoering).

225 Vgl. Sieburgh 2000, p. 116 e.v.

226 In dit verband zij bedacht dat ook de precontractuele informatieplichten ex art. 6:228 BW veelal op de verkeersopvattingen worden gebaseerd (par. 2.2.3).

geneigd de hier bedoelde onderzoeksplichten te behandelen in het kader van de schuldvraag.²²⁷

Uit art. 6:162 lid 3 BW kunnen verder ook *waarschuwingsplichten* van de gelaedeerde worden afgeleid, in die zin dat een onrechtmatige daad verschoonbaar kan zijn, indien de laedens niet of onvoldoende door de gelaedeerde is geattendeerd op feiten of omstandigheden die voor het inzicht in de onrechtmatigheid van zijn gedraging van belang waren.²²⁸ Een zodanige waarschuwingplicht kan bijvoorbeeld worden gelezen in het arrest Staat/Van der Veen, waarin het ging om de aanvaring van een onverlichte boei door een binnenvaartschip. Volgens de Hoge Raad was de schipper jegens de Staat niet aansprakelijk voor de schade aan de boei, omdat 'de scheepvaart op de aanwezigheid en de verlichting van boeien mag vertrouwen, tenzij men er van op de hoogte is of behoort te zijn dat een boei niet aanwezig is of een licht niet brandt'. Kennelijk had de Staat de onwetende schipper in casu moeten waarschuwen voor de onverlichte toestand van de boei.²²⁹

Toegevoegde waarde hebben de hier bedoelde informatieplichten met name op het terrein van de rechtsinbreuk en de wetsschending. In par. 4.2.5 bleek reeds dat zij hier kunnen dienen ter nuancering van het objectieve karakter van deze beide onrechtmatigheidsrubrieken. Gegeven het wettelijke uitgangspunt dat rechtsinbreuk en wetsschending *eo ipso* onrechtmatig zijn, ongeacht de 'informatie context' van het onrechtmatige gedrag, kan de vraag of de dader wist c.q. behoorde te weten van enige kans op schade en of hij die kennis eventueel met het slachtoffer had moeten delen, respectievelijk de vraag of het slachtoffer in dit verband een eigen verantwoordelijkheid droeg, bij uitstek in het kader van de toerekening tot uitdrukking komen.²³⁰ Bij de schending van ongeschreven zorgvuldigheidsnormen, die naar hun aard reeds verweven zijn met de omstandigheden van het geval (par. 4.2.10), bestaat aan een dergelijke subjectivering achteraf doorgaans minder behoefte. Het meewegen van de informatie context behelst hier veelal een herhalingsoefening.²³¹

227 Vgl. Onrechtmatige daad I (Jansen), art. 162, lid 3, aant. 26 e.v.

228 Zie voor een inventarisatie Onrechtmatige daad I (Jansen), art. 162, lid 3, aant. 22 e.v. (zie m.n. aant. 24).

229 HR 23 september 1977, NJ 1978, 100 m.nt. GJS (Staat/Van der Veen). Overigens ging deze waarschuwingplicht van de Staat niet zo ver, dat de schipper slechts aansprakelijk zou zijn indien hij zich daadwerkelijk *bewust* was geweest van het ontbreken van verlichting (zoals het hof in zijn met succes bestreden arrest had geoordeeld).

230 Vgl. TM, PG Boek 6, p. 618.

231 Vgl. Hofmann/Drion/Wiersma 1959, p. 90, die opmerken dat, uitgaande van 'ad hoc' geformuleerde zorgvuldigheidsnormen, 'van een aanvullend schuldvereiste nauwelijks sprake meer kan zijn'.

4.2.17 Vervolg; onrechtmatigheid vs. toerekenbaarheid

Gelet op het voorgaande wordt in de literatuur het wetssystematische onderscheid tussen onrechtmatigheid en toerekenbaarheid gerelativeerd.²³² Vooral de aanhangers van de leer Smits zien weinig ruimte voor deze tweedeling, aangezien in hun visie de contextgebonden zorgvuldigheid als alomvattend criterium voor onrechtmatigheid fungeert (par. 4.2.6). Hierboven bleek dat ik de rechtsinbreuk en de wetsschending als zelfstandige onrechtmatigheidsrubrieken beschouw, hetgeen impliceert dat ik in dit verband ook de toegevoegde waarde van het toerekenbaarheidsvereiste erken. Meer in het algemeen, ook in vraagstukken van zorgvuldigheid, zou ik willen pleiten voor een heldere afbakening van normschending en toerekening.²³³ Jurisprudentiële 'shortcuts', zoals het rechtstreeks baseren van aansprakelijkheid op de in het verkeer geldende opvattingen van art. 6:162 lid 3 BW,²³⁴ moeten mijns inziens worden vermeden. Instructief is de volgende passage bij Hofmann/Drion/Wiersma:

'Ook bij de ongeschreven normen heeft men te doen met een voor meer dan één geval geldende regel. Ook hier kan er plaats zijn voor overtreding van de norm zonder schuld, o.a. bij ontoerekeningsvatbaarheid, aanwezigheid van een schulduitsluitingsgrond of dwaling t.a.v. de feiten.'²³⁵

Deze erkenning van 'onzorgvuldigheid zonder schuld' is niet alleen van dogmatisch belang. Op grond van art. 6:162 jo. 3:296 BW kan immers een onrechtmatige daad als zodanig worden verboden, ongeacht de toerekenbaarheid.²³⁶ Voor de beoordeling van een verbodsvordering is dus de afbakening van het onrechtmatigheidsbegrip cruciaal.

Intussen rijst wel de vraag hoe het bedoelde onderscheid moet worden gemaakt, met name op het terrein van de ongeschreven zorgvuldigheidsnormen. De heersende leer gaat ervan uit dat onrechtmatigheid de daad kwalificeert en toerekenbaarheid het verband tussen daad en dader.²³⁷ Daaruit wordt afgeleid dat bij de vaststelling van onrechtmatigheid slechts objectieve omstandigheden mogen worden meegewogen, betrekking hebbende op de daad zelf, en dat subjectieve omstandigheden, betreffende de persoon van de dader, (eerst) in het kader van de toerekening aan de orde mogen komen. Dienovereenkomstig omschrijft Schut onrechtmatigheid als 'een moeten-vermijden,

232 Zie bijv. Van Dam 2000, nr. 704; Verheij 2005, nr. 17.3; en Van Maanen in Spier e.a. 2009, nr. 67.

233 Zie voor het navolgende betoog reeds Jansen 2007, p. 226-227.

234 Zie bijv. Rb. Maastricht 11 februari 2004, *NJF* 2004, 310, r.o. 3.4.

235 Hofmann/Drion/Wiersma 1959, p. 90.

236 Zie TM, PG Boek 6, p. 613. Vgl. ook Hofmann/Drion/Wiersma 1959, p. 103.

237 Zie bijv. Verheij 2005, nr. 12.1; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* (2011), nr. 105; en Sieburgh 2000, p. 81.

ongeacht de persoon van de dader' en toerekenbaarheid als 'een kunnen-vermijden, mede gelet op de persoon van de dader'.²³⁸ Ook Sieburgh pleit in haar proefschrift nadrukkelijk voor een dergelijke objectieve onrechtmatigheidstoetsing:

'Een gedraging is onrechtmatig als zij in strijd is met een norm die voor iedereen geldt. Kenmerken van de concrete dader komen in het kader van de toerekening aan de orde.'²³⁹

Het is de vraag of een zo strikte scheiding tussen daad en dader in de praktijk haalbaar is.²⁴⁰ Wenselijk is zij in elk geval niet. Zoals aan het slot van par. 4.2.10 werd opgemerkt, moet de invulling van ongeschreven zorgvuldigheidsnormen juist ook met inachtneming van het (subjectieve) perspectief van de dader geschieden. De vraag of hij onder de gegeven omstandigheden meer risico heeft genomen dan redelijkerwijs verantwoord was, kan niet bevredigend worden beantwoord zonder aandacht te besteden aan de 'kenmerken van de concrete dader'. De vrees van Sieburgh dat aldus een zorgvuldigheidsnorm wordt aanvaard die niet 'voor iedereen geldt', is ongegrond. Door contextgebonden toetsing wordt immers gestreefd naar een maatstaf die voor iedere vergelijkbare persoon onder vergelijkbare omstandigheden heeft te gelden. Viney en Jourdain verwoorden dit fraai door te stellen dat 'le propre de l'homme raisonnable consiste précisément à ajuster son comportement aux circonstances auxquelles il se trouve confronté à chaque instant'.²⁴¹

Ongeschreven zorgvuldigheidsnormen zijn dus van nature aan subjectivering onderhevig.²⁴² Derhalve moet het strikte onderscheid tussen daad en dader, evenals de daarmee samenhangende strikt objectieve invulling van het onrechtmatigheidsbegrip, worden verworpen. Dat is intussen geen reden voor het verlaten van het klassieke onderscheid tussen onrechtmatigheid en toerekenbaarheid. Het moge zo zijn dat tussen lid 2 en lid 3 van art. 6:162 BW in vraagstukken van zorgvuldigheid geen waterscheiding bestaat, de overgang van de onrechtmatigheidstoetsing naar de toerekening markeert in dit verband wel degelijk een belangrijke wisseling van het *perspectief*. Bij de vraag naar de schending van een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm staat de verweten gedraging voorop. Subjectieve eigenschappen van de dader spelen hier slechts een ondersteunende rol, ter beantwoording van de 'hoofdvraag' of de dader onder de gegeven omstandigheden onzorgvuldig heeft gehandeld. Illustratief

238 Schut 1997, p. 37.

239 Sieburgh 2000, p. 81. De uitwerking van haar betoog volgt op p. 81-95, met een heldere samenvatting op p. 94-95.

240 Mij is – althans op het terrein van de zorgvuldigheidsnormen – geen jurisprudentie bekend waarin zij wordt gerealiseerd.

241 Viney & Jourdain 2006, nr. 464.

242 Vgl. Hofmann/Drion/Wiersma 1959, p. 103; en Engelhard & Van Maanen 2008, nr. 37. Zie ook par. 4.2.11 e.v. (over het kennisvereiste) en par. 4.4.3 e.v. (over zuiver nalaten).

is de bekende jurisprudentie over het profiteren van een wanprestatie, waarin kennis van de laedens als noodzakelijke, maar niet als voldoende voorwaarde voor onrechtmatigheid wordt beschouwd.²⁴³ Bij de *toerekening* van het onzorgvuldige gedrag komt de persoon van de dader in het volle licht te staan. Hier hebben diens subjectieve eigenschappen en intenties een zelfstandige – en in potentie doorslaggevende – betekenis. Weliswaar behoeven zij daarbij vaak geen afzonderlijke behandeling meer, omdat de toerekenbaarheid reeds besloten ligt in het contextgebonden zorgvuldigheidsoordeel, maar dat doet aan het belang van de geschetste perspectiefwisseling niet af. Zónder erkenning daarvan zou immers de enkele kwade intentie of laakbare geestesgesteldheid reeds voldoende kunnen zijn voor het aannemen van aansprakelijkheid. Terecht wordt een zodanige zuiver subjectieve aansprakelijkheid in de literatuur verworpen.²⁴⁴

4.2.18 Tussenconclusie

Hierboven is gebleken dat delictuele informatieplichten zich met name voordoen op het terrein van de ongeschreven zorgvuldigheidsnormen. Het gaat daarbij telkens om de vraag of de laedens meer risico heeft genomen dan redelijkerwijs verantwoord was, door de gelaedeerde niet tegen diens eigen onwetendheid of onoplettendheid in bescherming te nemen (par. 4.2.10). Voor het aannemen van onzorgvuldigheid wegens schending van een informatieplicht is tenminste vereist dat de laedens wist of behoorde te weten van de betrokken risico's (par. 4.2.11 e.v.). Dat geldt ongeacht of die risico's nieuw of klassiek, onzeker of waarschijnlijk, wetenschappelijk omstreden of onomstotelijk bewezen waren (par. 4.2.13 e.v.). Is aan het hier bedoelde kennisvereiste voldaan, dan dient een contextgebonden toetsing aan de normen van maatschappelijke zorgvuldigheid vervolgens uit te wijzen, welke veiligheidsmaatregelen in concreto redelijkerwijze van de laedens konden worden verlangd. De gerechtvaardigde verwachtingen van laedens en gelaedeerde zijn in dat verband beslissend (par. 4.2.10).

Tegen deze achtergrond worden in de navolgende paragrafen de delictuele informatieplichten uit hoofde van de maatschappelijke zorgvuldigheid geanalyseerd. De *waarschuwingsplicht* van de laedens komt, als meest prominente variant, allereerst aan bod (par. 4.3.1 e.v.). De nauw daarmee samenhangende *onderzoekspflicht* van de laedens volgt in par. 4.3.9 e.v. De eigen *onderzoekspflicht van de gelaedeerde* komt, als complement van waarschuwingsplicht en onderzoekspflicht van de laedens, aan bod in par. 4.3.12 e.v. Over de *verhouding* tussen de waarschuwingsplicht van de laedens enerzijds en de onderzoekspflicht van de gelaedeerde anderzijds handelen par. 4.3.15 e.v.

243 Zie de jurisprudentie, vermeld in Onrechtmatige daad II.3 (Van der Wiel), aant. 122.

244 Zie bijv. Sieburgh 2000, p. 156; en Nieuwenhuis 2003, p. 67.

De analyse wordt toegespitst op het zorgvuldigheidsvraagstuk. Dit betekent dat het onrechtmatigheidsvereiste als grondslag voor delictuele informatieplichten centraal staat (art. 6:162 lid 2 BW). Aan de vereisten van toerekenbaarheid (art. 6:162 lid 3 BW) en relativiteit (art. 6:163 BW) wordt hieronder geen afzonderlijke aandacht meer besteed,²⁴⁵ aangezien zij – alhans waar het de toepassing van ongeschreven zorgvuldigheidsnormen betreft – een nauwe samenhang met de onrechtmatigheid vertonen.²⁴⁶

4.3 ONRECHTMATIGE DAAD; INFORMATIEPLICHTEN

4.3.1 Waarschuwingplicht van de laedens

Volgens de hedendaagse opvattingen spreekt het min of meer vanzelf dat uit de maatschappelijke zorgvuldigheid van art. 6:162 lid 2 BW onder omstandigheden waarschuwingplichten kunnen worden afgeleid. Vooral op het terrein der gevaarstelling neemt de toepasselijke zorgvuldigheidsnorm dikwijls de vorm aan van een waarschuwingplicht: een actieve zorgplicht van de laedens, strekkend tot bescherming van de onwetende gelaedeerde tegen diens eigen onoplettendheid.²⁴⁷ Vanuit een historisch perspectief is dat niet vanzelfsprekend. Van oudsher wordt namelijk de waarschuwingplicht veeleer gebruikt ter *negatieve* afbakening van het onrechtmatigheidsoordeel. Illustratief is het betoog van Meijers anno 1935, dat 'het niet-opvolgen van gegeven waarschuwingen of algemeene veiligheidsvoorschriften door den benadeelde' een 'ongeschreven rechtvaardigingsgrond' kan opleveren, in verband met de gedachte 'dat men mag handelen met een grooter gevaar voor de onrechtmatig of roekeloos handelende persoon, dan onder normale omstandigheden toegelaten is'.²⁴⁸ De in par. 4.1.1 geciteerde passage uit de Digesten getuigt van dezelfde klassieke benadering: de bomensnoeier is aansprakelijk voor het laten vallen van een tak, *tenzij* hij passanten op afdoende wijze waarschuwt. Het waarschuwen doet de onrechtmatigheid vervallen. Van een positieve 'waarschuwingplicht', die de onrechtmatigheid *fundeert*, is (nog) geen sprake. Sinds de tweede helft van de twintigste eeuw is in de jurisprudentie een nieuwe, meer onomwonden benadering waarneembaar (vgl. par. 2.1.3). Hoewel de waarschuwing nog altijd wel als rechtvaardigingsgrond wordt gehanteerd,²⁴⁹ wordt het onrechtmatigheidsoordeel tegenwoordig, alhans in vraagstukken

245 Zie over de betekenis van deze vereisten voor de delictuele informatieplichten par. 4.2.3, 4.2.5 en 4.2.16.

246 Over de samenhang van onrechtmatigheid en toerekening handelt par. 4.2.17. Zie over de samenhang van onrechtmatigheid en relativiteit HR 30 september 1994, NJ 1996, 196 m.nt. CJHB (Staat/Shell), r.o. 3.8.4.

247 Zie voor diverse voorbeelden Onrechtmatige daad I (Jansen), art. 162, lid 2, aant. 88.5.

248 Meijers 1935-1936, p. 580.

249 Zie de jurisprudentie, vermeld in Onrechtmatige daad I (Jansen), art. 162, lid 2, aant. 229.

van maatschappelijke zorgvuldigheid,²⁵⁰ steeds vaker *rechtstreeks* gekoppeld aan de vraag of een waarschuwing is verstrekt. De waarschuwingsplicht fungeert aldus zélf als de toepasselijke zorgvuldigheidsnorm.

Tegen een dergelijke 'directe werking' van waarschuwingsplichten in het kader van de maatschappelijke zorgvuldigheid bestaat weinig bezwaar, zolang de klassieke functie van de waarschuwing als rechtvaardigingsgrond niet geheel uit het oog wordt verloren.²⁵¹ Voor de meeste delictuele waarschuwingsplichten geldt dat zij een afgeleid karakter hebben, in die zin dat zij hun gelding ontlenen aan het risicovolle gedrag van de laedens dat eraan vooraf is gegaan (par. 2.4.1). Een bomensnoeier hoeft niet 'van anderen' te roepen omdat passanten het recht hebben te weten wanneer hij zijn takken neergooit. De ratio van deze waarschuwingsplicht is dat passanten gevrijwaard dienen te blijven van onverantwoorde risico's, waarop zij hun gedrag redelijkerwijs niet kunnen afstemmen. Dienovereenkomstig is hier onrechtmatig niet zozeer het nalaten van een waarschuwing voor vallende takken, als wel het afzagen van een tak boven het hoofd van nietsvermoedende passanten. De hedendaagse focus op de vraag of voor eenmaal gecreëerde risico's is gewaarschuwd, mag er dus niet toe leiden dat de aandacht geheel verschuift van de primaire schadeveroorzakende gedraging naar het 'risicomangement' dat daarop (al dan niet) is gevolgd.²⁵² Het gaat hier tenslotte om de vraag wat de laedens in termen van risicoschepping heeft *gedaan*, niet om hetgeen hij in termen van informatieverstrekking heeft *nagelaten*. In de (lagere) rechtspraak lijkt dit uitgangspunt soms te worden miskend.²⁵³

Het voorgaande is niet alleen van principiële betekenis, maar heeft ook praktische consequenties op het processuele vlak. Wanneer men de delictuele waarschuwingsplicht presenteert als de toepasselijke zorgvuldigheidsnorm zelve, volgt uit de hoofdregel van art. 150 Rv dat de gelaedeerde de bewijslast draagt van de schending daarvan en van het bestaan van causaal verband

250 Het laat zich aanzien dat in gevallen van rechtsinbreuk en wetsschending, waarin de onrechtmatigheid in beginsel gegeven is, de waarschuwing als rechtvaardigingsgrond ook heden ten dage nog een praktische meerwaarde biedt. Vgl. (voor wat betreft de rechtsinbreuk) par. 4.2.5.

251 Vgl. Eijsbouts 1993, p. 515 e.v., die meer in het algemeen de ontwikkeling van positief geformuleerde zorgvuldigheidsnormen bekritiseert. Zie voor een nadere bespreking van zijn betoog par. 2.1.4.

252 Zie par. 5.3.1 voor een nadere uitwerking (vanuit een breder perspectief).

253 Zie bijv. Hof Arnhem 26 mei 2009, *LJN* BJ0833, *NJF* 2009, 357, r.o. 4.7, waarin het hof eerst een waarschuwingsplicht van de exploitant van een pompstation aanvaardt (omtrent het gevaar van losliggende pompplanken), vervolgens constateert dat causaal verband tussen de schending daarvan en de geleden schade ontbreekt (het slachtoffer zou toch wel zijn gestruikeld) en ten slotte de vordering afwijst zonder nog (kenbare) aandacht te besteden aan de mogelijkheid van andere voorzorgsmaatregelen. Vgl. ook par. 4.3.13, met verwijzing naar Hof Leeuwarden 29 juni 2006, *LJN* BN0792.

tussen schending en schade.²⁵⁴ Bij betwisting door de laedens zal de gelaedeerde dus in beginsel moeten bewijzen dat hij *niet* gewaarschuwd is en dat, ware dat wél gebeurd, de schade zou zijn *uitgebleven*. In de meeste gevallen van schadeveroorzaking door onzorgvuldig gedrag is dat geen logische verdeling van de bewijslast. Zo ligt het bij letsel door gevaarstelling veeleer voor de hand om, conform de klassieke benadering, de gelaedeerde te belasten met het bewijs van het gevaarzettend handelen en de laedens vervolgens (zo nodig) toe te laten tot het bewijs van een afdoende waarschuwing.²⁵⁵ Evenzo ligt het voor de hand om hier in beginsel causaliteit aan te nemen, indien de gelaedeerde heeft bewezen of voorshands voldoende aannemelijk is dat tussen het ontstane letsel en de gevaarstelling als zodanig oorzakelijk verband bestaat. De vraag of een eventuele waarschuwing als voorzorgsmaatregel effect zou hebben gesorteerd, behoort vervolgens tot de bewijslast van de laedens, die immers de noodzaak tot waarschuwen in het leven heeft geroepen.²⁵⁶ Met in achtneming van deze processuele kanttekening wordt in de nu volgende paragrafen de delictuele waarschuwingsplicht, conform hedendaags gebruik, als autonome zorgvuldigheidsnorm gepresenteerd.

4.3.2 Vervolg; vereisten

Anders dan de precontractuele mededelingsplicht bij dwaling (art. 6:228 lid 1 sub b BW) is de delictuele waarschuwingsplicht uit hoofde van de maatschappelijke zorgvuldigheid niet met zoveel woorden in de wet vastgelegd. De aanvaarding van waarschuwingsplichten in het kader van art. 6:162 BW verloopt dientengevolge niet volgens een vast patroon. Nu de achterliggende problematiek van informatievergaring en -verstrekking in essentie dezelfde is als bij dwaling,²⁵⁷ ligt het voor de hand hier tot op zekere hoogte aansluiting te zoeken bij het rijke leerstuk dat daaromtrent in het contractenrecht is opgebouwd. Daarvoor bestaat temeer aanleiding, nu met name de jurisprudentie

254 Aldus bijv. (voor wat betreft de uit de bijzondere zorgplicht van een bank voortvloeiende waarschuwingsplicht) HR 11 juli 2008, *LJN* BC8967, *RvdW* 2008, 749 (Eiser c.s./Fortis), r.o. 4.3.

255 *Anders* Rb. Haarlem 7 april 2010, *LJN* BM0511, *JA* 2010, 69, waarin eiseres, die met haar hoofddoek bekneld was geraakt in het mechaniek van een 'kart', m.i. ten onrechte werd belast met het bewijs van de stelling dat de exploitant van de kartbaan niet had gewaarschuwd voor het onderhavige risico.

256 Vgl. (buiten het terrein der gevaarstelling) HR 5 juni 2009, *LJN* BH2815, *RvdW* 2009, 683 (De Treek/Dexia), r.o. 5.5.3, waar de Hoge Raad oordeelt dat bij schending van een waarschuwingsplicht door een financiële dienstverlener het causaal verband in de zin van art. 6:162 BW in beginsel is gegeven.

257 Men kan de 'dwaling', opgevat in haar neutrale betekenis van een onjuiste voorstelling van zaken, beschouwen als een algemeen privaatrechtelijk fenomeen, dat in reikwijdte de grenzen van art. 6:228 BW verre te buiten gaat. Vgl. Drion 1972, die bijv. ook dwaling bij onrechtmatige daad bespreekt.

op het terrein der gevaarzetting reeds de voor deze aansluiting benodigde ingrediënten bevat. In par. 4.2.10 werd uit die jurisprudentie afgeleid dat de *gerechtvaardigde verwachtingen* van partijen kunnen dienen als maatstaf voor het aannemen van delictuele informatieplichten over en weer. Deze maatstaf vertoont een significante gelijkenis met de tweezijdige benadering die in het contractenrecht wordt gehanteerd ter invulling van de precontractuele informatieplichten bij dwaling (par. 3.5.4). Het laat zich aanzien dat op die basis een zekere onderlinge afstemming van (pre)contractuele mededelingsplichten en delictuele waarschuwingsplichten mogelijk is, gegeven het feit dat de beide informatieplichten voortvloeien uit het ongeschreven recht (respectievelijk uit de precontractuele goede trouw en de maatschappelijke zorgvuldigheid).²⁵⁸

De precontractuele mededelingsplicht bij dwaling is, zo bleek in par. 3.6.1, onderworpen aan een drietal 'basisvereisten', die alle betrekking hebben op de kennis van de wederpartij van de dwalende. Voor een geslaagd beroep op art. 6:228 lid 1 sub b BW is vereist dat de wederpartij ten tijde van het sluiten van de overeenkomst bekend was of geacht mocht worden te zijn met respectievelijk (i) de feiten waaromtrent werd gedwaald, (ii) het causaal verband tussen die dwaling en de gesloten overeenkomst en (iii) de mogelijkheid van een dwaling. In het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht wordt op vergelijkbare wijze gewicht toegekend aan de kennis van de aangesproken partij, zoals bleek in par. 4.2.11. Het delictuele kennisvereiste kan tegen de achtergrond van het dwalingsleerstuk nader worden gespecificeerd, speciaal voor gevallen van onzorgvuldigheid wegens schending van een waarschuwingsplicht. Voor het aannemen van een delictuele waarschuwingsplicht is dan vereist dat de laedens (i) wist of behoorde te weten van het *risico* waarvoor hij diende te waarschuwen, (ii) wist of behoorde te weten van de (potentiële) *schade* door verwezenlijking daarvan en (iii) rekening moest houden met *onoplettendheid* aan de zijde van de gelaedeerde. Deze driedeling is in lijn met de (eerste drie) Kelderluikfactoren, die in de jurisprudentie over gevaarzetting thans reeds fungeren als vaste maatstaf voor het aannemen van waarschuwingsplichten omtrent gevaar (par. 4.3.5). Buiten het gevaarzettingsleerstuk kan mijns inziens gevoeglijk van dezelfde basisvereisten worden uitgegaan,²⁵⁹ nu zij verwijzen naar de premissen die logischerwijze aan *iedere* plicht tot informatieverstrekking ten grondslag liggen: kennis omtrent de mede te delen informatie en kennis omtrent de relevantie daarvan (par. 5.3.3).

In het dwalingsleerstuk fungeren de basisvereisten voor het aannemen van een mededelingsplicht als 'voortraject' van de contextgebonden afweging die

258 Zie par. 5.4.3 e.v. voor een nadere uitwerking (vanuit een breder perspectief). Zie over de verhouding tussen precontractuele goede trouw en maatschappelijke zorgvuldigheid par. 2.2.4.

259 Vgl. par. 4.1.3, waar meer in algemene zin werd betoogd dat het gevaarzettingsleerstuk goede aanknopingspunten biedt voor een samenhangende beschouwing van het zorgvuldigheidsvraagstuk als geheel.

bij de toetsing aan de verkeersopvattingen – als exponent van de precontractuele redelijkheid en billijkheid²⁶⁰ – centraal staat (par. 3.6.1). In het aansprakelijkheidsrecht kan van een vergelijkbaar model worden uitgegaan. De hier vereiste kennis van de laedens vormt een noodzakelijke, maar geen voldoende voorwaarde voor onrechtmatigheid (par. 4.2.11). Dienovereenkomstig impliceert het feit dat de laedens bekend was of behoorde te zijn met het betrokken risico, de dreigende schade en de potentiële onoplettendheid van het slachtoffer, als zodanig niet dat hij daarvoor had moeten waarschuwen.²⁶¹ Van geval tot geval zal moeten worden beoordeeld of de laedens, door een waarschuwing achterwege te laten, meer risico heeft genomen dan redelijkerwijs verantwoord was (par. 4.2.10). Bijgevolg moet aan de drie basisvereisten een vierde vereiste worden toegevoegd, dat op één lijn kan worden gesteld met de verkeersopvattingen uit het dwalingsleerstuk. Gezien het wettelijk kader van de onrechtmatige daad (art. 6:162 lid 2 BW) ligt het voor de hand hier de *maatschappelijke zorgvuldigheid* als criterium te hanteren.²⁶² Per saldo gaat het dan om de vraag of de laedens, gegeven zijn kennis omtrent (i) het betrokken risico, (ii) de dreigende schade en (iii) de potentiële onoplettendheid van het slachtoffer, (iv) naar maatstaven van zorgvuldigheid was gehouden tot een waarschuwing.

4.3.3 Vervolg; basisvereisten

De drie basisvereisten voor het aannemen van een delictuele waarschuwingsplicht, zoals in de voorgaande paragraaf geïntroduceerd, hebben in hun totaliteit betrekking op de voorzienbaarheid van de belangenaantasting. Onder die noemer zijn zij reeds besproken in par. 4.2.11, bij de behandeling van het kennisvereiste. Aldaar werd opgemerkt dat de laedens niet slechts het potentiële risico, maar ook de dreigende verwezenlijking daarvan moet hebben voorzien. Dat laatste element komt hier meer expliciet tot uitdrukking in de vereisten (ii) en (iii). Uitgaande van de kenbaarheid van het betrokken risico kan het nalaten van een waarschuwing eerst kwalificeren als onzorgvuldig, indien vaststaat dat de laedens ook de dreigende schade heeft voorzien en bovendien begreep of behoorde te begrijpen dat het slachtoffer daarop (mogelijk) onvoldoende bedacht zou zijn.²⁶³ Voor risico's die wel kenbaar maar niet reëel zijn, hetzij omdat er geen voorzienbare schade uit voortvloeit, hetzij

260 Zie nader over de verhouding tussen redelijkheid en billijkheid enerzijds en verkeersopvattingen anderzijds par. 2.2.3.

261 Vgl. par. 3.6.1, alwaar werd betoogd dat uit het feit dat aan de drie basisvereisten is voldaan, niet reeds – ook niet in beginsel – een mededelingsplicht bij dwaling mag worden afgeleid.

262 Keuze voor de verkeersopvattingen zou hier kunnen leiden tot een ongewenste vertroebeling van het onderscheid tussen onrechtmatigheid en toerekenbaarheid, aangezien art. 6:162 lid 3 BW de 'in het verkeer geldende opvattingen' als maatstaf voor *toerekening* presenteert. Zie nader par. 4.2.17.

263 Vgl. (instemmend) Giesen 2004, p. 38.

omdat mag worden verwacht dat potentiële slachtoffers er zélf reeds voldoende op zullen anticiperen, behoeft niet te worden gewaarschuwd, omdat het nalaten van een waarschuwing hier niet redelijkerwijs onverantwoord is (par. 4.2.10).²⁶⁴

Vergeleken met het eerste basisvereiste, betreffende de kenbaarheid van het risico, is de praktische betekenis van de twee andere basisvereisten, betreffende de kenbaarheid van de dreigende verwezenlijking daarvan, relatief gering. Vereiste (ii), om te beginnen, is in de praktijk aan een hoge mate van *generalisering* onderhevig (par. 4.2.12). Voor het aannemen van onzorgvuldigheid volstaat in de regel aan de zijde van de laedens een zeer globale vorm van kennis omtrent de potentiële schade.²⁶⁵ Zo oordeelde de Hoge Raad in zijn arrest over psychiatrische kliniek ‘t Ruige Veld’, waarin het ging om aansprakelijkheid van de kliniek voor brandstichting door een ontsnapte patiënte, dat reeds het feit dat aan het weglomen van de patiënte een verhoogd gevaar voor ‘enigerlei schade aan derden’ was verbonden, voor de kliniek een reden had moeten zijn om nadere maatregelen ter voorkoming van het weglomen te treffen. Kenbaarheid van de in concreto geleden schade en van de precieze toedracht ervan werd niet noodzakelijk geacht.²⁶⁶

Vereiste (iii), betreffende de kenbaarheid van de onoplettendheid van potentiële slachtoffers, is in de praktijk eveneens van geringe betekenis, omdat in dit verband een hoge mate van *objectivering* (par. 4.2.12) bewerkstelligt dat vele vormen van onoplettendheid achteraf als ‘voorzienbaar’ kunnen worden bestempeld.²⁶⁷ Dit blijkt vooral op het terrein der gevaarzetting, waar de laedens volgens vaste jurisprudentie in aanmerking dient te nemen dat niet alle slachtoffers ‘steeds de nodige voorzichtigheid en oplettendheid zullen betrachten’.²⁶⁸ Deze verplichting tot anticipatie op onvoorzichtigheid, die in het verleden overigens niet altijd vanzelfsprekend is geweest (par. 2.1.3), volgt goed beschouwd uit de aard van de verweten gedraging. Gevaarzetting behelst immers (normaliter) niet een rechtstreekse belangenaantasting, maar enkel het in het leven roepen van een situatie ‘welke voor anderen bij niet-inachtneming van de vereiste oplettendheid en voorzichtigheid gevaarlijk is’.²⁶⁹ Het spreekt min of meer vanzelf dat bij de invulling van de desbetref-

264 Aldus ook Schut 1974, p. 25.

265 Zie Jansen 2006, p. 20. Vgl. ook de conclusie van A-G Keus voor HR 29 april 2011, L/JN BP0567, NJ 2011, 406 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (Melchemie/Delbanco c.s.), sub 2.3, 2.8.

266 HR 12 mei 1995, NJ 1996, 118 m.nt. JdB (‘t Ruige Veld), r.o. 3.7.

267 Overigens is in dit verband ook *generalisering* mogelijk. Vgl. HR 11 november 2005, NJ 2008, 460 m.nt. G.J.J. Heerma van Voss onder 465 (Bayar/Wijnen), r.o. 3.3.2, besproken in par. 4.6.4.

268 Aldus HR 20 maart 1992, NJ 1993, 547 m.nt. CJHB (Bussluis), r.o. 3.3. Zie voorts de jurisprudentie, vermeld in Onrechtmatige daad I (Jansen), art. 162, lid 2, aant. 88.8.2 e.v.

269 Aldus HR 5 november 1965, NJ 1966, 136 m.nt. GJS (Kelderluik). Vgl. ook Tjong Tjin Tai 2006, p. 154.

fende zorgvuldigheidsnorm een zekere mate van onvoorzichtigheid van de kant van het slachtoffer wordt ingecalculeerd.²⁷⁰

Hiermee is niet gezegd dat vereiste (iii) in feite illusoir is. Zodra namelijk aan de zijde van het slachtoffer sprake is van een mate van onvoorzichtigheid die uitstijgt boven hetgeen de laedens redelijkerwijs moest verwachten, kan van onrechtmatigheid geen sprake (meer) zijn, omdat dan niet kan worden gezegd dat de laedens meer risico heeft genomen dan redelijkerwijs verantwoord was.²⁷¹ Zo oordeelde de Hoge Raad in zijn arrest Gekantelde vrachtwagen dat de beheerder van een onverharde, smalle verbindingsweg niet behoefde te waarschuwen voor het risico dat een brede en zware vrachtwagen op die weg zou wegzakken en kantelen, indien 'ook voor de niet steeds oplettende en voorzichtige bestuurder aanstonds duidelijk had moeten zijn dat deze weg voor het gebruik daarvan door een zware vrachtwagencombinatie – hoogstwaarschijnlijk – ongeschikt was.'²⁷² Hartlief betoogt naar aanleiding van het arrest dat de laedens 'zijn zorg moet afstemmen op wat, gegeven wat hij weet en dus kan verwachten, 'normaal' is in de zin van een reëel scenario, niet dat hij gehouden is zijn zorg af te stemmen op de mogelijkheid dat een enkele 'gek' de getroffen maatregelen niet op juiste waarde weet te schatten.'²⁷³ Toegespitst op de delictuele waarschuwingsplicht is deze visie bij uitstek behartigenswaardig; met overloze 'common sense warnings' is niemand gebaat (par. 4.3.13).

In par. 3.6.2 werd, ten aanzien van de mededelingsplicht bij dwaling, gepleit voor een terughoudende mate van objectivering van de drie basisvereisten, in verband met hun preliminaire karakter. In het aansprakelijkheidsrecht kan iets dergelijks worden betoogd. Hoewel bij de vaststelling van de kennis van de laedens in het algemeen ruimte bestaat voor objectivering (par. 4.2.12), mag die objectivering hier mijns inziens niet resulteren in de toepassing van een *onderzoekspflicht*.²⁷⁴ De basisvereisten voor het aannemen van een waarschuwingsplicht betreffen immers het voortraject van de onrechtmatigheidsstoetsing. Een contextgebonden beoordeling van de gerechtvaardigde verwachtingen over en weer moet uiteindelijk uitwijzen of de laedens naar maatstaven van zorgvuldigheid was gehouden tot een waarschuwing. Wordt reeds in het voortraject een 'onderzoekspflicht' uit hoofde van de waarschuwingsplicht' aanvaard, dan dreigt een soort exponentiële objectivering, die de menselijke

270 Vgl. Van Dam 2000, nr. 822. Zie over de hier bedoelde 'anticipatieplicht' ook Behiç 2008, p. 143 e.v.

271 Zie in die zin bijv. Hartlief 2004a, p. 871; Verheij 2005, nr. 16; en Onrechtmatige daad I (Jansen), art. 162, lid 2, aant. 88.8.5.

272 HR 26 september 2003, NJ 2003, 660 (Gekantelde vrachtwagen), r.o. 3.7, besproken in par. 4.4.7.

273 Hartlief 2004a, p. 871. Zie in gelijke zin de conclusie van A-G Spier voor het arrest 'Gekantelde vrachtwagen', sub 3.11 en 3.22.

274 Zie meer in het algemeen over de onderzoekspflicht als verschijningsvorm van objectivering par. 5.2.6.

maat overstijgt. De verplichting tot waarschuwen wordt dan afgeleid uit de verplichting tot het doen van onderzoek. Wil men recht doen aan de idee van gedragsnormering, zoals in par. 4.2.12 werd bepleit, dan kunnen zulke redeneringen – die overigens ook niet uitblinken in inzichtelijkheid – beter worden vermeden.²⁷⁵ Dat wil niet zeggen dat naar maatstaven van zorgvuldigheid op de laedens nooit een onderzoeksplicht kan rusten. Een dergelijke onderzoeksplicht kan echter naar mijn mening slechts worden aanvaard, indien vaststaat dat de laedens tenminste de *dreiging* van een belangenaantasting door verwezenlijking van een vooralsnog onbekend, nader te onderzoeken risico heeft (moeten) voorzien (par. 4.3.9).

4.3.4 Vervolg; gezichtspunten

In het dwalingsleerstuk wordt de precontractuele mededelingsplicht, na afwikkeling van de drie basisvereisten, ingevuld door een contextgebonden toetsing aan de verkeersopvattingen. In par. 3.6.3 bleek dat de gezichtspunten die bij deze toetsing centraal staan, in drie categorieën kunnen worden ingedeeld. Zij hebben telkens betrekking op (i) de aard van de rechtsverhouding, (ii) de aard van de mede te delen informatie en (iii) de aard van de betrokken belangen. Bij de invulling van de delictuele waarschuwingsplicht aan de hand van de maatschappelijke zorgvuldigheid kan mijns inziens van dezelfde drie categorieën van gezichtspunten worden uitgegaan. Illustratief is art. 4:102(1) PETL,²⁷⁶ waar de ‘required standard of conduct’ in algemene zin als volgt wordt omschreven:

‘The required standard of conduct is that of the reasonable person in the circumstances, and depends, in particular, on the nature and value of the protected interest involved, the dangerousness of the activity, the expertise to be expected of a person carrying it on, the foreseeability of the damage, the relationship of proximity or special reliance between those involved, as well as the availability and the costs of precautionary or alternative methods.’

Uit de verwijzing naar de deskundigheid van de laedens (‘the expertise to be expected’) en zijn relatie met het slachtoffer (‘the relationship of proximity or special reliance between those involved’) blijkt het belang van het eerste gezichtspunt, de aard van de rechtsverhouding. Het tweede gezichtspunt, de aard van de informatie waarvoor moet worden gewaarschuwd, ligt besloten in de verwijzing naar de ernst van het gevaar (‘the dangerousness of the activity’) en de voorzienbaarheid van de schade (‘the foreseeability of the

²⁷⁵ Vgl. Tjong Tjin Tai 2007, p. 2545, die – m.b.t. gevallen van ‘zuiver nalaten’ (par. 4.4.3) – opmerkt dat de laedens geen uitvoering kan geven aan een waarschuwingsplicht indien hij niet daadwerkelijk weet dat er iets is om voor te waarschuwen.

²⁷⁶ Zie daarover nader par. 2.9.4.

damage').²⁷⁷ Het derde gezichtspunt, de aard van de betrokken belangen, wordt met zoveel woorden vooropgesteld ('the nature and value of the protected interest involved') en komt ook tot uitdrukking aan het slot, bij de bezwaarlijkheid van de te treffen voorzorgsmaatregelen ('the availability and the costs of precautionary or alternative methods').

Het belang van de drie (categorieën van) gezichtspunten vindt bevestiging in de jurisprudentie. De *aard van de rechtsverhouding*, om te beginnen, lijkt op het eerste gezicht wellicht een minder passend criterium voor de beoordeling van de primair 'feitelijke' relatie tussen dader en slachtoffer van een onrechtmatige daad,²⁷⁸ maar blijkt bij nader inzien ook in de delictuele sfeer vaak bijzonder relevant. Zonneklaar is dat bijvoorbeeld indien de zorgplicht van de laedens (mede) wordt beheerst door een contractuele rechtsverhouding, zoals op het terrein van de werkgeversaansprakelijkheid voor arbeidsongevallen en beroepsziekten (par. 4.6.2) en de bancaire aansprakelijkheid voor riskante financiële transacties (par. 4.8.3). Maar ook bij afwezigheid van een dergelijke (pre)contractueel getinte relatie worden de gerechtvaardigde verwachtingen van partijen, die in dit verband immers beslissend zijn (par. 4.2.10), vanzelfsprekend door hun onderlinge verhouding beïnvloed. Reeds in 1929 betoogde Van Brakel: 'men kan de vraag wat maatschappelijk behoorlijk is, toch slechts beantwoorden als men ook rekening houdt met de omstandigheden, waarin de dader verkeerde en de bijzonderheden van zijn verhouding tot den benadeelde'.²⁷⁹

Dienovereenkomstig heeft bij letsel door sport en spel volgens vaste jurisprudentie van de Hoge Raad een verhoogde aansprakelijkheidsdrempel te gelden, omdat deelnemers aan sport en spel 'in redelijkheid tot op zekere hoogte gevaarlijke, slecht gecoördineerde, verkeerd getimede of onvoldoende doordachte handelingen of gedragingen waartoe die activiteit uitlokt of die daarin besloten liggen, van elkaar moeten verwachten'.²⁸⁰ Evenzo zijn er aanwijzingen dat de Hoge Raad in geval van kleinschalige ongelukken in de privésfeer terughoudend is met het aannemen van aansprakelijkheid, kennelijk in verband met de bijzondere rechtsverhouding die tussen familieleden, vrienden en intimi kan bestaan.²⁸¹ Voorts is er jurisprudentie waaruit blijkt dat de hoedanigheid van de potentiële slachtoffers relevant kan zijn voor de

277 Vgl. de toelichting bij art. 4:102 PETL, p. 78 (Widmer).

278 Vgl. par. 2.2.4, aan het slot, waar werd betoogd dat ook in de delictuele sfeer kan worden gesproken van een (door de maatschappelijke zorgvuldigheid beheerste) *rechtsverhouding* tussen de betrokken partijen.

279 Van Brakel 1929, p. 10.

280 Aldus HR 28 maart 2003, NJ 2003, 718 m.nt. CJHB onder 719 (Witmarsumer Merke), r.o. 3.7. Zie voorts de jurisprudentie, vermeld in Onrechtmatige daad I (Jansen), art. 162, lid 2, aant. 93.2.

281 Zie bijv. HR 12 mei 2000, NJ 2001, 300 m.nt. JH (Verhuizende zusjes). Vgl. ook de bijbehorende NJ-annotatie van Jac. Hijma, sub 5. Zie voorts de jurisprudentie en literatuur, vermeld in Onrechtmatige daad I (Jansen), art. 162, lid 2, aant. 95.4.

invulling van de geldende zorgvuldigheidsnorm.²⁸² Indien de laedens bijvoorbeeld rekening moest houden met de aanwezigheid van extra kwetsbare slachtoffers, zoals bij gevaarzetting ten opzichte van jonge kinderen,²⁸³ kan er aanleiding zijn voor een verscherpt aansprakelijkheidsregime.

Sinds enkele jaren lijkt de Hoge Raad het belang van de delictuele rechtsverhouding uitdrukkelijk te onderkennen, nu hij in zijn arrest Bildtpollen/Miedema de Kelderluikfactoren heeft uitgebreid met de ‘aard van de gedraging’ als vijfde gezichtspunt.²⁸⁴ De formulering is waarschijnlijk ontleend aan Van Dam, die eerder al op dit gezichtspunt had gewezen ter verklaring van de terughoudende rechtspraak op het gebied van bijvoorbeeld de ongelukkige samenloop van omstandigheden en sport en spel.²⁸⁵ In de literatuur is positief gereageerd op de omarming van het nieuwe gezichtspunt door de Hoge Raad.²⁸⁶ Inderdaad schuilt er een meerwaarde in, zij het dat de formulering naar mijn smaak onvoldoende geprofileerd is.²⁸⁷ De pleitbezorgers hebben kennelijk – en op zichzelf terecht – voor ogen dat de schadeveroorzakende gedraging in zijn (sportieve, particuliere of anderszins bijzondere) *context* moet worden beschouwd. Die context kan echter bezwaarlijk als gezichtspunt dienen, omdat deze het overkoepelende beoordelingskader in vraagstukken van zorgvuldigheid vormt (par. 4.2.10). In het Kelderluik-arrest overwoog de Hoge Raad dat ‘alleen in het licht van de omstandigheden van het gegeven geval’ kan worden beoordeeld of een schadeveroorzakende gedraging in strijd is met een veiligheidsnorm.²⁸⁸ Dat nu in dit verband de ‘aard’ van die gedraging moet worden meegewogen is nauwelijks een relevante verbijzondering, eerder een open deur. Het specifieke aspect waarop kennelijk wordt gedoeld, is de aard van de *rechtsverhouding* tussen laedens en gelaedeerde, waaraan de gedraging haar bijzondere kleur ontleent. Dat is het gezichtspunt dat hierboven werd vooropgesteld.

Het tweede gezichtspunt ziet op de *aard van de betrokken informatie*, dat wil zeggen – vertaald naar de delictuele context – de aard van het risico waarvoor de potentiële slachtoffers dienden te worden gewaarschuwd. In het licht van de Kelderluikfactoren zal in dit verband niet alleen de *omvang* van dat risico relevant zijn, derhalve de waarschijnlijkheid van de verwezenlijking ervan en de ernst van de te verwachten gevolgen, maar ook de *kenbaarheid* van dat risico voor de betrokken partijen. Als vuistregel kan worden aanvaard

282 Zie Onrechtmatige daad I (Jansen), art. 162, lid 2, aant. 88.7.

283 Zie bijv. HR 25 september 1981, NJ 1982, 254 m.nt. CJHB (Laadschop). Zie voorts de jurisprudentie, vermeld in Onrechtmatige daad I (Jansen), art. 162, lid 2, aant. 95.2.

284 Zie HR 7 april 2006, LJN AU6934, NJ 2006, 244 (Bildtpollen/Miedema), r.o. 3.3, besproken in par. 4.3.11.

285 Zie Van Dam 2000, nr. 811, aangehaald door P-G Hartkamp in zijn conclusie voor het arrest Bildtpollen/Miedema, sub 19. Zie in gelijke zin reeds Van Dam 1989, p. 210.

286 Zie bijv. Hartlief 2007a, p. 116; en Van der Wiel 2007a, p. 180.

287 Vgl. Hartlief 2007a, p. 116, die de formulering eveneens ‘minder treffend’ acht.

288 HR 5 november 1965, NJ 1966, 136 m.nt. GJS (Kelderluik), besproken in par. 4.1.3.

dat de waarschuwingsplicht zich eerder aandient, naarmate de kans op verwezenlijking van het betrokken risico c.q. de ernst van de dreigende schade toeneemt, terwijl omgekeerd het aannemen van een waarschuwingsplicht minder voor de hand ligt, naarmate het risico (ook) voor de potentiële slachtoffers eenvoudiger traceerbaar was (vgl. par. 4.3.12 e.v.). Een en ander is in overeenstemming met het dwalingsleerstuk, waar behalve het belang van de te verstrekken informatie ook de traceerbaarheid ervan relevant wordt geacht voor de invulling van de precontractuele mededelingsplicht (par. 3.6.3).

Het derde gezichtspunt, de *aard van de betrokken belangen*, bleek in de hierboven geciteerde omschrijving van de 'required standard of conduct' uit art. 4:102 PETL van bijzonder belang. De gerechtvaardigde belangen van het slachtoffer, waarmee die omschrijving begint,²⁸⁹ en de gerechtvaardigde belangen van de dader, waarmee zij eindigt, markeren als het ware de onder- en de bovengrens van de zorgvuldigheidsnorm. Dat wordt bevestigd door de jurisprudentie op het terrein der gevaarzetting. De Kelderluikfactoren, die hier sinds 1965 gemeengoed zijn,²⁹⁰ strekken immers tot het uitvoeren van de hier bedoelde belangenafweging. De eerste drie Kelderluikfactoren, betreffende de waarschijnlijkheid van onoplettendheid, de kans op ongevallen en de ernst van de voorzienbare schade, zien primair op de belangen van het *slachtoffer*. Als zodanig zijn zij van *positieve* betekenis voor de invulling van de zorgvuldigheidsnorm. Naarmate de kans op ernstige schade groeit, ligt ook het aannemen van onzorgvuldigheid meer voor de hand. De vierde Kelderluikfactor, betreffende de bezwaarlijkheid van te nemen voorzorgsmaatregelen, heeft primair betrekking op de belangen van de *dader*. Deze Kelderluikfactor is dienovereenkomstig van *negatieve* betekenis voor de invulling van de zorgvuldigheidsnorm. Naarmate het treffen van voorzorgsmaatregelen bezwaarlijker is, ligt het aannemen van onzorgvuldigheid wegens het achterwege laten van die maatregelen minder voor de hand. In de navolgende paragraaf worden de eerste drie Kelderluikfactoren nader uitgewerkt. Een behandeling van de vierde Kelderluikfactor volgt in par. 4.3.6.

4.3.5 Vervolg; Kelderluikfactoren

De Kelderluikfactoren zijn ontwikkeld als gezichtspunten voor het onrechtmatigheidsoordeel in gevaarzettingssituaties.²⁹¹ Het zijn omstandigheden waarop volgens de Hoge Raad 'dient te worden gelet' bij de beantwoording

289 Blijkens de toelichting bij art. 4:102 PETL, p. 76-77, kunnen in dit verband overigens in voorkomende gevallen ook (reeds) de belangen van de *dader* worden meegewogen.

290 HR 5 november 1965, *NJ* 1966, 136 m.nt. GJS (Kelderluik), besproken in par. 4.1.3.

291 Zie HR 5 november 1965, *NJ* 1966, 136 m.nt. GJS (Kelderluik), besproken in par. 4.1.3, alwaar overigens werd betoogd dat de Kelderluikfactoren zich lenen voor (overeenkomstige) toepassing over de volle breedte van het zorgvuldigheidsleerstuk.

van de vraag of van de laedens kan worden gevegd dat hij met het oog op de onoplettendheid van potentiële slachtoffers bepaalde voorzorgsmaatregelen neemt. Dienovereenkomstig zijn de Kelderluikfactoren noodzakelijke noch voldoende voorwaarden voor onrechtmatigheid. Zij zijn ondergeschikt aan de algehele *context* van het gevaarzettende gedrag, die voor de invulling van de geldende zorgvuldigheidsnorm beslissend is (par. 4.2.10).²⁹² Er bestaat ook geen vaste rangorde tussen de Kelderluikfactoren onderling. Zij fungeren als communicerende vaten,²⁹³ in die zin dat bijvoorbeeld de bezwaarlijkheid van de te nemen voorzorgsmaatregelen een minder grote rol speelt naarmate de ernst van de voorzienbare gevolgen toeneemt.²⁹⁴ Illustratief is de volgende passage bij Larenz/Canaris, waar het Duitse equivalent van de Kelderluikfactoren wordt behandeld (vgl. par. 2.7.5):

‘Da diese Parameter und erst recht ihre Abwägungen gegeneinander so gut wie niemals einer exakten Quantifizierung zugänglich sind (...), erlauben sie nicht die Bildung fester Tatbestände, sondern lediglich ‘komparativer’ Sätze nach Art eines ‘beweglichen’ Systems; man kann also nicht viel mehr sagen als: je größer die Gefahr, je schlimmer der drohende Schaden und je geringer der Vermeidungsaufwand ist, desto eher besteht eine Gefahrabwendungspflicht.’²⁹⁵

Tegen deze achtergrond moet, zoals Spier terecht betoogt, worden gewaakt voor een ‘mechanische toepassing’ van de Kelderluikfactoren.²⁹⁶ Zij zijn niet meer – maar ook niet minder – dan een nuttig aanknopingspunt voor de onderbouwing van het oordeel dat de laedens onder de gegeven omstandigheden meer risico heeft genomen dan redelijkerwijs verantwoord was (par. 4.2.10).

Van de vier Kelderluikfactoren hebben de eerste twee, betreffende de waarschijnlijkheid van onoplettendheid van de potentiële slachtoffers en de kans op daaruit voortvloeiende ongevallen, in de praktijk een relatief prominent karakter. Gezamenlijk zien deze factoren op de omvang van het betrokken risico, of – in termen van gevaarstelling – op de *kans op ongevallen*. Het gaat hier niet om een natuurwetenschappelijke kansberekening (vgl. par. 4.2.14). De invulling van ‘hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt’ geschiedt door te onderzoeken hoe in de maatschappelijke kring waartoe de laedens behoorde, over de realiteit van het betrokken risico

292 Vgl. Hartlief 2004a, p. 868.

293 Aldus bijv. Van Dam 1989, p. 111; Bolt & Spier 1996, p. 176; en Van der Wiel 2007a, p. 178.

294 Vgl. de conclusie van P-G Hartkamp voor HR 28 mei 2004, *NJ* 2005, 105 m.nt. C.J.H. Brunner (Jetblast), sub 12.

295 Larenz/Canaris 1994, p. 414.

296 Zie de conclusie van A-G Spier voor HR 9 juli 2010, *LJN* BL3262, *RvdW* 2010, 898 (Enschedese vuurwerkramp), sub 9.10.2.

werd gedacht.²⁹⁷ In zoverre lijkt de klacht van Van Boom, dat de feitenrechter bij de invulling van de kans op ongevallen te gevoelsmatig te werk gaat en onvoldoende aandacht besteedt aan kwantitatieve gegevens,²⁹⁸ misplaatst.²⁹⁹ Juist doordat de rechter zich in dit verband bedient van ervaringsregels en intuïtieve inzichten, wordt gewaarborgd dat de menselijke maat de leidraad blijft in vraagstukken van zorgvuldigheid (vgl. par. 4.2.11).

Bij de toepassing van de eerste twee Kelderluikfactoren geldt als uitgangspunt dat de enkele *mogelijkheid* van een ongeval, als verwezenlijking van aan bepaald gedrag inherent gevaar, onvoldoende is voor het aannemen van onrechtmatigheid.³⁰⁰ Dit betekent dat in het maatschappelijk verkeer een zekere mate van risicoschepping geoorloofd wordt geacht. Dat is in overeenstemming met de hoofdregel dat schadeveroorzakend gedrag eerst onzorgvuldig is, indien men daarmee meer risico neemt dan redelijkerwijs verantwoord is (par. 4.2.10). In zoverre fungeert de 'kans op ongevallen' als een soort minimumvoorwaarde voor onzorgvuldigheid. Zelfs indien de dreigende schade ernstig is (de derde Kelderluikfactor) en het treffen van voorzorgsmaatregelen onbezwaarlijk (de vierde Kelderluikfactor), zal van onzorgvuldigheid geen sprake kunnen zijn, zolang de kans op ongevallen niet uitstijgt boven hetgeen in het maatschappelijk verkeer redelijkerwijs verantwoord wordt geacht. Dienovereenkomstig besliste de Hoge Raad in zijn bekende arrest *Zwiepende tak* dat het gedrag van Werink, die tijdens een boswandeling tegen een tak had geschopt, welke vervolgens terugzwiepte in het oog van Hudepohl, niet onrechtmatig was, omdat 'zodanig gevaarscheppend gedrag slechts onrechtmatig is indien de mate van waarschijnlijkheid van een ongeval als gevolg van dat gedrag zo groot is, dat de dader zich naar maatstaven van zorgvuldigheid van dat gedrag had moeten onthouden.'³⁰¹

Tegen de achtergrond van deze jurisprudentie heeft Tjong Tjin Tai betoogd dat het gevaarzettingsleerstuk door een 'risicodrempel' wordt beheerst. In zijn visie verloopt de invulling van de zorgvuldigheidsnorm in twee stappen: eerst moet worden vastgesteld dat er een reële kans op ongevallen bestond en vervolgens – lees: alleen dan – kan men toekomen aan een beoordeling van de te treffen voorzorgsmaatregelen. Dienovereenkomstig acht Tjong Tjin Tai uitgesloten 'dat er een verplichting kan zijn om eenvoudige veiligheidsmaatregelen te nemen, hoewel de kans op ongevallen gering is.'³⁰² Deze visie

297 Vgl. HR 25 november 2005, *NJ* 2009, 103 m.nt. I. Giesen (Eternit/Horsting), r.o. 3.3, besproken in par. 4.2.15.

298 Van Boom 2003a, p. 9 e.v. Zie in gelijke zin Giard & Van Boom 2006, p. 367.

299 Aldus ook Tjong Tjin Tai 2005, p. 369; en A-G Spier in zijn conclusie voor HR 3 oktober 2008, *LJN* BD7478, *NJ* 2008, 530 (Rederij Bakker/Schilder), sub 3.2.1.

300 Zie de jurisprudentie, vermeld in *Onrechtmatige daad I* (Jansen), art. 162, lid 2, aant. 88.1.3.

301 HR 9 december 1994, *NJ* 1996, 403 m.nt. CJHB (*Zwiepende tak*), r.o. 3.4, besproken in par. 4.4.2.

302 Tjong Tjin Tai 2005, p. 367. Zie ook zijn samenvatting op p. 374. Zie in gelijke zin Giesen 2004, p. 38, die de hier bedoelde risicodrempel als 'ingangsvoorwaarde' aanduidt.

lijkt mij, hoezeer ook voor veel gevallen van gevaarstelling correct, in haar algemeenheid toch onjuist.³⁰³ De ‘kans op ongevallen’ is natuurlijk een factor van belang, maar het betreft hier niet een noodzakelijke voorwaarde voor onzorgvuldigheid. Dat geldt overigens voor geen van de vier Kelderluikfactoren, die, zoals hierboven bleek, telkens in onderling verband en in het licht van de algehele context van het schadeveroorzakende gedrag moeten worden bezien. Aldus kan bijvoorbeeld de *aard van de rechtsverhouding* tussen partijen (par. 4.3.4) meebrengen dat, ondanks het bestaan van een niet meer dan geringe kans op ongevallen, de weinig bezwaarlijke maatregel van een waarschuwing moet worden getroffen.³⁰⁴ Illustratief is een uitspraak van het Hof Arnhem, waarin het ging om de rechtsverhouding tussen een garagebedrijf en twee bejaarde klanten, die gewond raakten toen tijdens het oppompen van hun autobanden door een monteur – geheel onverwacht – een ontploffing plaatsvond. Het feit dat de kans op een ongeval als het onderhavige ‘verwaarloosbaar’ was, ontsloeg de garage in casu niet van haar plicht om, conform de aanbevelingen van haar eigen brancheorganisatie, veiligheidsmaatregelen te treffen.³⁰⁵

De derde Kelderluikfactor, betreffende de *ernst van de mogelijke gevolgen* van een ongeval, ligt rechtstreeks in het verlengde van de eerste twee. Naarmate de kans op ernstige of omvangrijke schade groter is, zal het schadeveroorzakende gedrag eerder kwalificeren als onzorgvuldig. In dit verband wordt een kans op personenschade begrijpelijkerwijs als ernstiger beschouwd dan een kans op zaakschade of – *a fortiori* – een kans op zuivere vermogensschade.³⁰⁶ Dit betekent dat vooral in geval van voorzienbaar letsel tamelijk strenge zorgvuldigheidsnormen gelden.³⁰⁷ Nochtans kan de ernst van de mogelijke gevolgen, evenmin als de andere drie Kelderluikfactoren, als zodanig beslissend zijn voor de invulling van de zorgvuldigheidsnorm. Zo oordeelde de Hoge Raad in zijn bekende arrest over de zusjes Monique en Wendy Jansen, die bij het verhuizen van een kast een ongelukkige draaimanoeuvre maakten, resulterend in ernstig armletsel van Wendy, dat de handelwijze van Monique ‘een ongeval als het onderhavige niet onder alle omstandigheden zodanig waarschijnlijk [maakte], dat Monique zich naar de eisen van de haar jegens Wendy betamende zorgvuldigheid daarvan had behoren te onthouden’.³⁰⁸

303 Aldus ook A-G Spier in zijn conclusie voor het arrest HR 9 juni 2006, *LJN* AV4315, *RvdW* 2006, 597, sub 5.2-5.3; Novakovski 2006, p. 106-107; en Van der Wiel 2007a, p. 178.

304 Vgl. de conclusie van A-G Spier voor HR 28 oktober 2011, *LJN* BQ2324, *RvdW* 2011, 1313 (Beganovic/ROC), sub 7.12, die betoogt dat met name in een ‘afhankelijkheidsrelatie’ zelfs bij ‘niet al te grote kansen op potentieel ernstig letsel’ aansprakelijkheid kan worden aangenomen.

305 Hof Arnhem 7 juli 2009, *LJN* BK4834, *NJF* 2010, 24, r.o. 4.8.

306 Zie bijv. Bolt & Spier 1996, p. 176; Van Dam 2000, nr. 804; en Van Maanen in Spier e.a. 2009, nr. 47. Aldus ook uitdrukkelijk art. 2:102 PETL.

307 Vgl. Van Dam 1989, p. 111, die zelfs een ‘duidelijke tendens’ in de jurisprudentie ontwaart om de zorgvuldigheidsnorm te laten *samenvallen* met het toebrengen van letsel.

308 HR 12 mei 2000, *NJ* 2001, 300 m.nt. JH (Verhuizende zusjes), r.o. 4.3.

Kennelijk stonden in dit geval de eerste twee Kelderluikfactoren, betreffende de kans op ongevallen, aan het aannemen van onzorgvuldigheid in de weg, hoewel de derde Kelderluikfactor juist vóór het aannemen onzorgvuldigheid leek te pleiten.³⁰⁹ Annotator Hijma, die de terughoudende beslissing van de Hoge Raad toejuicht, zoekt de ratio mede in de 'bijzondere context' van de onderhavige verhuizing door ongeoefende gezusters. 'Het komt mij voor dat in een dergelijke context tussen de betrokkenen 'verlaagde' zorgvuldighedsnormen gelden, zodat bij het aansprakelijkheidsoordeel terughoudendheid past', aldus Hijma.³¹⁰ Hier weerklinkt andermaal de *aard van de rechtsverhouding* als cruciaal gezichtspunt voor onzorgvuldigheid (par. 4.3.4).

4.3.6 Vervolg; bezwaarlijkheid van voorzorgsmaatregelen

Met de vierde Kelderluikfactor, de bezwaarlijkheid van de te treffen voorzorgsmaatregelen, verschuift het perspectief (mede) naar de belangen van de *dader* (par. 4.3.4). In hoeverre kon, gegeven de kans op ongevallen en de ernst van de mogelijke gevolgen, van hem worden gevergd dat hij het slachtoffer tegen diens onoplettendheid in bescherming nam? In dit verband speelt allereerst de feitelijke *mogelijkheid* van voorzorgsmaatregelen een rol.³¹¹ Tot het (absoluut of praktisch) onmogelijke zal de laedens naar maatstaven van zorgvuldigheid niet gehouden zijn, zij het dat onmogelijkheid van voorzorg wel kan meebrengen dat de laedens zijn redelijkerwijs onverantwoorde gedrag *achterwege* moet laten.³¹² Zo oordeelde de Hoge Raad dat een gemeente die door het aanbrengen van een 'busluis' in het wegdek een potentieel gevaar voor onoplettende weggebruikers creëert, 'door deugdelijke beveiligingsmaatregelen, zoals waarschuwingen, ervoor zorg behoort te dragen dat de veiligheid van personen en zaken voldoende gewaarborgd blijft' en dat, indien deze veiligheid niet voldoende kan worden gewaarborgd, de gemeente van een zodanige inrichting van de weg dient 'af te zien'.³¹³

Behalve de feitelijke mogelijkheid kan ook de maatschappelijke *gebruikelijkheid* van voorzorgsmaatregelen een rol spelen,³¹⁴ in die zin dat op de aan-

309 Vgl. r.o. 4.3 aan het slot, waar de Hoge Raad overweegt dat aan zijn oordeel niet kan afdoen 'dat het ongeval bij Wendy tot ernstig letsel heeft geleid'. Die overweging lijkt overigens in zoverre niet helemaal exact, dat blijktens het Kelderluik-arrest de *mogelijke* gevolgen en niet de *feitelijke* gevolgen beslissend zijn.

310 Jac. Hijma, NJ-annotatie bij het arrest Verhuizende zusjes, sub 5.

311 Vgl. art. 4:102(1) PETL, alwaar de 'availability' van voorzorgsmaatregelen wordt vooropgesteld.

312 Zie Onrechtmatige daad I (Jansen), art. 162, lid 2, aant. 88.3.1. Vgl. voorts art. 3:11, tweede volzin BW, dat van een vergelijkbare gedachte getuigt (besproken in par. 2.2.2, aan het slot).

313 HR 20 maart 1992, NJ 1993, 547 m.nt. CJHB (Busluis), r.o. 3.3.

314 Zie HR 7 april 2006, LJN AU6934, NJ 2006, 244 (Bildtpollen/Miedema), r.o. 3.3, besproken in par. 4.3.11.

wezigheid van gebruikelijke voorzorgsmaatregelen veelal mag worden vertrouwd.³¹⁵ De strenge uitkomst van het Legionella-arrest, hierboven besproken in par. 4.2.12, was bijvoorbeeld mede ingegeven door de gedachte dat de aangesproken whirlpoolhandelaar had verzuimd ‘ten minste de normale en weinig kostbare veiligheidsmaatregelen’ te treffen met betrekking tot de waterkwaliteit in zijn whirlpools.³¹⁶

Hiermee is tevens de aandacht gevestigd op het gezichtspunt dat bij de vaststelling van de vereiste voorzorg praktisch het belangrijkste is: de *bezwaarlijkheid* van te treffen voorzorgsmaatregelen. Het gaat hier om het gewicht van de opoffering die de laedens zich moet getroosten, teneinde de belangen van het slachtoffer te behartigen. Eenvoudige en goedkope veiligheidsmaatregelen zullen naar maatstaven van zorgvuldigheid eerder van de laedens kunnen worden gevergd dan veiligheidsmaatregelen die financieel, maatschappelijk, praktisch of anderszins bezwaarlijker zijn.³¹⁷ Tegen deze achtergrond is bijvoorbeeld geoordeeld dat het plaatsen van ‘onrusthekken’ rondom de ontwaakbedden in een ziekenhuis redelijkerwijs kan worden gevergd teneinde te voorkomen dat patiënten na narcose uit hun bed vallen,³¹⁸ terwijl het plaatsen van hekken langs treinperrons, ter voorkoming van het risico dat treinreizigers in de ‘interface’ tussen perronwand en trein belanden, als te bezwaarlijk werd gekwalificeerd.³¹⁹

De casuïstische rechtspraak op dit terrein bevestigt dat de bezwaarlijkheid van de te treffen voorzorgsmaatregelen niet geïsoleerd mag worden beschouwd, zoals ook de andere drie Kelderluikfactoren nooit op zichzelf de doorslag mogen geven (par. 4.3.5). Bij de toepassing van de vierde Kelderluikfactor is met name van belang, dat tussen het dreigende risico en de vereiste mate van voorzorg een *balans* wordt getroffen, in die zin dat de te treffen voorzorgsmaatregelen in een redelijke verhouding staan tot de in concreto dreigende belangenaantasting.³²⁰ Dienovereenkomstig wordt bijvoorbeeld aangenomen dat de *financiële* bezwaarlijkheid van voorzorgsmaatregelen, hoewel als zodanig zeker relevant,³²¹ nooit beslissend kan zijn voor het on-

315 Aldus de NJ-annotatie van C.J.H. Brunner bij HR 6 november 1981, *NJ* 1982, 567 (Prikpatiëntje), sub 2.

316 HR 29 november 2002, *NJ* 2003, 549 m.nt. JBMV (Legionella), r.o. 3.6.4.

317 Zie de jurisprudentie, vermeld in *Onrechtmatige daad I* (Jansen), art. 162, lid 2, aant. 88.3.2 e.v.

318 Zie HR 13 januari 1995, *NJ* 1997, 175 m.nt. CJHB (De Heel/Korver).

319 Zie HR 5 juni 2009, *LJN* BH9290, *RvdW* 2009, 695 (Eiser/ProRail), waarin de Hoge Raad het cassatieberoep met toepassing van art. 81 RO verwierp. Vgl. de conclusie van A-G Spier, sub 3.8, die het plaatsen van hekken in casu ‘geen reële optie’ achtte.

320 Vgl. Van Dam 2000, nr. 801.

321 Aldus reeds HR 9 januari 1942, *NJ* 1942, 295 (Wegdek Ferwerderadeel), p. 412. Vgl. ook (in het kader van art. 6:174 BW) NvW, PG Boek 6 (Inv.), p. 1394; en HR 17 december 2010, *LJN* BN6236, *RvdW* 2011, 7 (Dijkdoorbraak Wilnis), r.o. 4.4.5. Zie voorts uitdrukkelijk art. 4:102 lid 1 PETL, alsmede bijv. Novakovski 2006, p. 111; en Teuben 2006, p. 177. *Anders*

rechtmatigheidsoordeel.³²² Van Dam betoogt terecht dat kostenoverwegingen pas doorslaggevend zijn 'als de financiële belasting in geen verhouding staat tot het dreigende risico en dit risico bovendien zo duidelijk is, dat het maatschappelijk verkeer zich daarop kan instellen.'³²³ Uit het citaat blijkt, afgezien van een verwijzing naar de kans op ongevallen, ook het belang van de in par. 4.3.4 behandelde algemene gezichtspunten, met name de *aard van de betrokken informatie*, en meer in het bijzonder de *traceerbaarheid* daarvan.

Ook in een ander opzicht is het van belang om de (on)bezwaarlijkheid van voorzorgsmaatregelen niet klakkeloos tot leidraad te nemen bij de invulling van de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm. Hier dreigt bij uitstek het gevaar van de *hindsight bias*.³²⁴ Als het ongeval zich eenmaal heeft verwezenlijkt, dienen zich tal van voorzorgsmaatregelen aan, waarmee de in casu geleden schade ogenschijnlijk eenvoudig had kunnen worden vermeden. Annotator Brunner heeft, in zijn annotatie bij het in par. 4.3.5 genoemde arrest Zwiepense tak, gewaarschuwd voor het risico om zulke *mogelijke* voorzorgsmaatregelen in retrospectief als rechtens *vereist* te kwalificeren:

'Is letsel of zaakschade ontstaan, dan is achteraf meestal wel aan te wijzen hoe die schade had kunnen worden voorkomen door extra voorzorgsmaatregelen te nemen. De verleiding is dan groot om te zeggen, dat het nalaten van die voorzorgsmaatregelen onzorgvuldig was. Dat is te gemakkelijk, zoals deze zaak goed illustreert.'³²⁵

De door Brunner gesignaleerde verleiding is extra groot indien, zoals in de praktijk vaak gebeurt, de laedens achteraf, door schade (en schande) wijs geworden, alsnog bepaalde voorzorgsmaatregelen treft. De feitenrechter lijkt soms geneigd daaruit af te leiden dat de betreffende maatregelen – die kennelijk niet onoverkomelijk bezwaarlijk waren voor de laedens – reeds van begin af aan hadden moeten worden getroffen.³²⁶ Aan die neiging moet krachtig weerstand worden geboden, want zij leidt tot de merkwaardige situatie dat de laedens het achteraf treffen van nadere voorzorgsmaatregelen in zijn eigen belang beter achterwege kan laten. Terecht betoogde Meijers reeds: 'Wat na de handeling geschiedt, kan natuurlijk geen invloed op haar al of niet recht-

Spier in Spier e.a. 2009, nr. 110, die betoogt dat financiële armslag 'geen rol' speelt in het kader van art. 6:162 BW.

322 Zie de jurisprudentie, vermeld in *Onrechtmatige daad I* (Jansen), art. 162, lid 2, aant. 88.3.3. Zie meer in het algemeen over de relevantie van rechtseconomische overwegingen in het kader van de zorgvuldigheidstoetsing par. 4.1.3.

323 Van Dam 2000, nr. 817.

324 Zie daarover bijv. Van Boom 2003a, p. 14-16; Giesen 2005, p. 71; Giard & Van Boom 2006, p. 362-363; en Van Orsouw 2007, p. 25-27.

325 C.J.H. Brunner, NJ-annotatie bij HR 9 december 1994, NJ 1996, 403 (Zwiepense tak), sub 3.

326 Vgl. bijv. Hof Arnhem 9 juni 2009, LJN BJ4354, JA 2009, 138, r.o. 5.10.

matigheid hebben.³²⁷ Dat geldt voor voorzorgsmaatregelen in het bijzonder. Eenmaal getroffen voorzorgsmaatregelen leveren als zodanig een illustratie van hetgeen de laedens had *kunnen* ondernemen ter voorkoming van de geleden schade. Of hij dit ook had *moeten* doen, zal naar maatstaven van maatschappelijke zorgvuldigheid, met inachtneming van de omstandigheden ten tijde van de schadeveroorzaking, moeten worden beoordeeld.³²⁸

Voor de delictuele waarschuwingsplicht is het voorgaande van bijzonder belang. Heeft iemand schade geleden door toedoen van een ander, dan kan achteraf vrijwel altijd worden betoogd dat die schade door een waarschuwing had kunnen worden vermeden. Kostbaar of onoverkomelijk bezwaarlijk is een waarschuwing bijna nooit (par. 4.1.3). Klakkeloze toepassing van de vierde Kelderluikfactor zou aldus kunnen leiden tot de consequentie dat voor ieder potentieel risico moet worden gewaarschuwd. Uit het voorgaande blijkt dat het geldende recht deze consequentie (terecht) niet aanvaardt. Steeds moet, in het licht van de algehele context van de schadeveroorzakende gedraging, worden onderzocht of de laedens door het achterwege laten van een waarschuwing meer risico nam dan *redelijkerwijs verantwoord* was (par. 4.2.10). In de volgende paragraaf wordt de inhoud van deze contextgebonden waarschuwingsplicht nader uitgewerkt.

4.3.7 Vervolg; inhoud van de waarschuwingsplicht

Het past bij de emancipatie van de waarschuwingsplicht – ooit ontwikkeld als rechtvaardigingsgrond voor gevaarzettend gedrag, thans uitgegroeid tot een veiligheidsnorm van zelfstandige betekenis (par. 4.3.1) – dat in rechtspraak en literatuur ook de *inhoud* van die waarschuwingsplicht in toenemende mate is uitgewerkt. Werd anno 1906 nog aangenomen dat de vraag hoe men potentiële slachtoffers dient te waarschuwen voor gevaar ‘in hare algemeenheid niet voor beantwoording vatbaar is’,³²⁹ negentig jaar later was het besef doorgedrongen dat een waarschuwing tenminste voldoende *concreet* diende te zijn.³³⁰ Dit werd afgeleid uit het arrest Annema/Staat uit 1996, waarin de Hoge Raad als cassatieklacht honoreerde dat de in casu gegeven waarschuwing onvoldoende informatie bevatte over ‘het specifieke gevaar zoals zich dit heeft verwezenlijkt’. Het ging om een vordering tegen de wegbeheerder in verband

327 Meijers 1958, p. 308. Vgl. ook art. 6:186 lid 2 BW (waarover par. 4.5.7), alsmede Van Boom 2003a, p. 15-16; en Van Orsouw 2007, p. 28.

328 De (feiten)rechter mag een beroep op naderhand getroffen veiligheidsmaatregelen dus niet zonder meer als irrelevant passeren. Vgl. HR 11 november 2005, *NJ* 2008, 460 m.nt. G.J.J. Heerma van Voss onder 465 (Bayar/Wijnen), r.o. 3.3.2, besproken in par. 4.6.4.

329 Aldus de marginale toetsing van ‘s hofs feitelijke oordeel omtrent de toereikendheid van een mondelinge waarschuwing voor een keldergat in HR 2 maart 1906, W 8347 (Smith/E. Pluribus Unum).

330 Vgl. Giesen 2005, p. 32.

met een verkeersongeluk als gevolg van losliggend split. Volgens de Hoge Raad viel niet in te zien dat een weggebruiker die, zoals in casu, met borden voor het gevaar van 'opspattende stenen' was gewaarschuwd, terstond diende te beseffen dat hij daarmee ook voor 'slipgevaar' werd gewaarschuwd.³³¹

Du Perron heeft, in zijn annotatie bij het arrest Annema/Staat, de gedachtegang van de Hoge Raad nader uitgewerkt, door te stellen dat bij de beoordeling van een gegeven waarschuwing doorslaggevende betekenis toekomt aan de vraag 'of valt te verwachten dat die waarschuwing zal leiden tot handelen of nalaten waardoor het betrokken gevaar wordt vermeden'.³³² In het hieronder te behandelen Jetblast-arrest uit 2005 heeft de Hoge Raad deze opvatting tot de zijne gemaakt.³³³ Beslissend is, met andere woorden, de *te verwachten effectiviteit* van de gegeven waarschuwing.

In de praktijk zal die effectiviteit in belangrijke mate afhangen van de vraag in hoeverre de waarschuwing door de gewaarschuwde persoon werd (althans geacht mocht worden te worden) *begrepen*.³³⁴ Dit betekent, meer in het bijzonder, dat bij het geven van een waarschuwing bijvoorbeeld rekening moet worden gehouden met de hoedanigheid van de gewaarschuwde persoon en met diens (kenbare) deskundigheid.³³⁵ In het verlengde hiervan zal de waarschuwing soms, met het oog op buitenlandse slachtoffers, moeten worden vertaald.³³⁶ Men herkent hier het gezichtspunt van de *aard van rechtsverhouding*, zoals hierboven besproken in par. 4.3.4. Ook de *aard van de betrokken informatie* is relevant, in die zin dat de waarschuwing concreter zal moeten zijn, naarmate het gevaar in kwestie meer specifiek of ongebruikelijk van aard is.³³⁷ In het verlengde hiervan kan worden geëist dat een waarschuwing die

331 HR 6 september 1996, *NJ* 1998, 415 m.nt. CJHB (Annema/Staat), r.o. 3.4.1.

332 Du Perron 1996, p. 176. Vgl. ook Van Dam 2000, nr. 823, die van belang acht, 'in hoeverre van een waarschuwing daadwerkelijk effect is te verwachten'.

333 HR 28 mei 2004, *NJ* 2005, 105 m.nt. CJHB (Jetblast), r.o. 3.4.3. Vgl. ook de conclusie van P-G Hartkamp, sub 20, alwaar de visie van Du Perron, mede tegen de achtergrond van het Kelderluik-arrest, uitdrukkelijk werd onderschreven.

334 Zie bijv. Dommering-van Rongen 1991, p. 169; Van Dam 2000, nr. 823; Giesen 2005, p. 61-65; 't Hart & Du Perron 2006, p. 104; Van Dam 2006, nr. 807-3; en Onrechtmatige daad I (Jansen), art. 162, lid 2, aant. 88.5.2. Vgl. ook (in de contractuele sfeer) par. 3.6.5, en het aldaar gemaakte onderscheid tussen 'materiële' en 'formele' duidelijkheid.

335 Vgl. Van Wassenaer van Catwijck & Jongeneel 1995, p. 41; Hartlief 2004a, p. 870; en 't Hart & Du Perron 2006, p. 58.

336 Zie bijv. Hekster 2004, p. 131; en Bauw 2008, nr. 17. Vgl. ook Rb. Amsterdam 15 december 1999, *VR* 2000, 96, r.o. 9, alsmede de conclusie van P-G Hartkamp voor HR 28 mei 2004, *NJ* 2005, 105 m.nt. CJHB (Jetblast), sub 19-20. Zie ook Dommering-van Rongen 1991, p. 169, die opmerkt dat i.p.v. een vertaling ook pictogrammen kunnen worden gebruikt.

337 Aldus bijv. (in het kader van de productenaansprakelijkheid) Dommering-van Rongen 1991, p. 168. Vgl. ook HR 20 maart 1992, *NJ* 1993, 547 m.nt. CJHB (Busluis), besproken in par. 4.4.6; HR 6 september 1996, *NJ* 1998, 415 m.nt. CJHB (Annema/Staat); en HR 28 mei 2004, *NJ* 2005, 105 m.nt. CJHB (Jetblast). In zoverre is dus het vereiste van concretisering uit Annema/Staat opgegaan in de effectiviteitsnorm uit het Jetblast-arrest. Vgl. Giesen 2005, p. 34.

op relatief complexe of omvangrijke materie betrekking heeft, nader wordt toegelicht (bijvoorbeeld door middel van pictogrammen of tekstuele dan wel mondelinge uitleg),³³⁸ respectievelijk wordt samengevat.³³⁹ Ook de *aard van de betrokken belangen* is in dit verband relevant, in die zin dat de gegeven waarschuwing vanzelfsprekend indringender zal moeten zijn, naarmate het betrokken gevaar ernstiger is.³⁴⁰ Brunner zegt beeldend 'dat bij groot gevaar grote waarschuwborden passen'.³⁴¹ Met name waar het gaat om acuut levensgevaar zal dus een onopvallende, vage of neutrale waarschuwing niet volstaan, aangezien men normaliter niet mag verwachten dat een dergelijke waarschuwing het gewenste effect zal sorteren. Per saldo zijn hier, zoals meer in het algemeen in het zorgvuldigheidssleerstuk (par. 4.2.10), de gerechtvaardigde verwachtingen over en weer beslissend.³⁴²

Giesen heeft in zijn Utrechtse oratie over de delictuele waarschuwingsplicht kritiek geuit op het Jetblast-arrest. Volgens Giesen, die zich in dit verband baseert op inzichten uit de cognitieve psychologie, pakt de door de Hoge Raad gehanteerde 'effectiviteitsnorm' niet goed uit. Hij vreest dat deze ertoe leidt dat iedereen probeert 'steeds weer dé ultieme waarschuwing te gebruiken', met als gevolg dat er teveel gewenning aan dit soort waarschuwingen zal ontstaan. Bovendien valt volgens Giesen aan de 'te zware norm' van de Hoge Raad niet te voldoen, omdat de waarschuwende persoon op grond van die norm hoe dan ook aansprakelijk zal zijn indien er, ondanks een gegeven waarschuwing, schade is ingetreden. Dan is immers die gegeven waarschuwing (blijkbaar) onvoldoende effectief geweest, zo redeneert Giesen.³⁴³ Deze kritiek lijkt niet terecht, aangezien de Hoge Raad in het Jetblast-arrest uitdrukkelijk spreekt van de te *verwachten* effectiviteit van de waarschuwing. In dit verband is dus wel degelijk een zekere mate van objectivering mogelijk en geboden, in die zin dat men de waarschuwing niet steeds op de meest roekeloze persoon behoeft af te stemmen.³⁴⁴ Was de gegeven waarschuwing in concreto zodanig vormgegeven, dat ook voor de niet steeds oplettende en voorzichtige slacht-

338 Vgl. de NJ-annotatie van C.J.H. Brunner bij HR 20 maart 1992, NJ 1993, 547 (Bussluis), sub 1; en de conclusie van P-G Hartkamp voor HR 28 mei 2004, NJ 2005, 105 m.nt. CJHB (Jetblast), sub 19-20. Zie ook Giesen 2005, p. 78, die overigens signaleert dat psychologisch onderzoek de effectiviteit van pictogrammen in twijfel trekt (vgl. par. 1.4).

339 Aldus, voor wat betreft de omvangrijke, wettelijk voorgeschreven waarschuwingen van financiële dienstverleners, 't Hart & Du Perron 2006, p. 127-131 (zie ook p. 116-118).

340 Aldus bijv. (m.b.t. de productenaansprakelijkheid) Schut 1974, p. 25; en Dommering-van Rongen 1991, p. 168. Vgl. ook Giesen 2005, p. 62-63, die onder verwijzing naar psychologisch onderzoek pleit voor afstemming van bijv. kleurstelling, vormgeving en woordkeuze van de waarschuwing op de urgentie van het gevaar.

341 Aldus de annotatie van C.J.H. Brunner bij het in par. 4.4.6 besproken arrest HR 20 maart 1992, NJ 1993, 547 (Bussluis), sub 1.

342 Aldus ook Hartlief 2004a, p. 870.

343 Giesen 2005, p. 68-69, 82-86 en 88-90. Zie ook zijn samenvatting in AV&S 2006, p. 3-8.

344 Aldus bijv. Hartlief 2004a, p. 871; Tjong Tjin Tai 2005, p. 372; Pape 2006, p. 380; Behiç 2008, p. 131-132; en Franken 2009, p. 199. Giesen 2005, p. 35 erkent dit zelf overigens ook.

offers 'aanstonds duidelijk had moeten zijn' welk gevaar er dreigde en welke reactie daarop was vereist, dan is van onrechtmatigheid geen sprake.³⁴⁵ De suggestie dat de Hoge Raad de waarschuwingsplicht in het Jetblast-arrest als een soort resultaatsverbintenis hanteert,³⁴⁶ lijkt in die zin onjuist.

De hierboven bepleite *objectivering* van de waarschuwingsplicht – of (preciezer gezegd) objectivering van de kennis van de te waarschuwen persoon – volgt mijns inziens rechtstreeks uit de strekking van de delictuele waarschuwingsplicht. Deze strekt naar haar aard niet tot een gegarandeerde verhindering van schade, maar tot bescherming van slachtoffers tegen hun eigen onoplettend en onvoorzichtig gedrag.³⁴⁷ Met een contractueel getinte term zou men kunnen zeggen dat de waarschuwingsplicht primair 'informed consent' aan de zijde van het slachtoffer beoogt (par. 2.3.3). Vrijwaring van schade is daarvan hooguit het (gewenste) gevolg. Een en ander betekent, zo concludeert Franken terecht, dat een waarschuwing óók toereikend kan zijn, als deze niet is opgevolgd.³⁴⁸ Iets dergelijks werd in par. 3.6.5 betoogd ten aanzien van de precontractuele mededelingsplicht op grond van art. 6:228 lid 1 sub b BW. Houdt men deze kanttekening in het achterhoofd, dan is voor de – op zichzelf begrijpelijke – bezorgdheid van Giesen c.s. over de gevolgen van een 'effectieve waarschuwingsplicht' geen grond.

Behalve aan objectivering is de kennis van de te waarschuwen persoon, en daarmee de reikwijdte van de delictuele waarschuwingsplicht, ook aan *generalisering* onderhevig (vgl. par. 4.2.12). De hierboven vooropgestelde vuistregel dat een waarschuwing voldoende concreet dient te zijn, gaat althans naar mijn mening niet zo ver, dat de gelaedeerde steeds voor de in concreto dreigende schade moet worden gewaarschuwd.³⁴⁹ Voor de gerechtvaardigde verwachting dat een waarschuwing zal leiden tot een handelen of nalaten waardoor het betrokken gevaar wordt vermeden, zal immers in het algemeen volstaan dat de betrokken *categorie* van gevaar voldoende concreet wordt aangeduid. Dienovereenkomstig betoogt Tjong Tjin Tai dat voldoende is dat de potentiële slachtoffers dankzij de gegeven waarschuwing 'een indruk krijgen wat voor *soort* gevaar zij kunnen verwachten en waarom'.³⁵⁰ Is er in concreto sprake van twee verschillende risico's die met elkaar samenhangen – zoals in de zaak Annema/Staat, waarin naast het risico van opspattende stenen ook slipgevaar bestond –, dan zal bij de beantwoording van de vraag of een

345 Vgl. HR 26 september 2003, NJ 2003, 660 (Gekantelde vrachtwagen), r.o. 3.7.

346 Vgl. bijv. (afgezien van Giesen) 't Hart & Du Perron 2006, die op p. 58 spreken van de 'plicht om effectief te waarschuwen' en op p. 114 betogen dat een waarschuwing eerst toereikend is als de gewaarschuwde persoon 'zijn gedrag aanpast', hetgeen zij op p. 114-115 bekritisseren. Op p. 51 tonen zij zich overigens genuanceerder.

347 Aldus ook Tjong Tjin Tai 2005, p. 372.

348 Franken 2009, p. 199.

349 Aldus ook Franken 2009, p. 199, onder verwijzing naar Rb. Amsterdam 17 december 2008, LJN BG7225, NJ 2009, 311, r.o. 5.63.

350 Tjong Tjin Tai 2005, p. 372.

waarschuwing voor het ene risico (tevens) volstaat als voorzorgsmaatregel met het oog op het andere risico beslissend zijn of de beide risico's gezien hun aard en ernst zozeer van gelijke orde zijn, dat de kennis van de gelaedeerde omtrent het ene risico, waarvoor met zoveel woorden is gewaarschuwd, voldoende was voor een (onbewuste) afstemming van zijn gedrag op het andere, daarmee samenhangende risico, waarvoor níet uitdrukkelijk was gewaarschuwd.³⁵¹

Al met al is de delictuele waarschuwingsplicht zeker niet absoluut, in die zin dat zij slechts zou kunnen worden nagekomen door de mogelijkheid van schade geheel uit te sluiten. Wel zij eraan herinnerd dat uit het Kelderluik-arrest tot op zekere hoogte een verplichting tot anticipatie op onvoorzichtig gedrag van de potentiële slachtoffers voortvloeit (par. 4.3.3). Dit betekent enerzijds dat met een waarschuwing niet altijd zal kunnen worden volstaan, en dat naast of in plaats van die waarschuwing soms *fysieke maatregelen* ter voorkoming van de dreigende schade moeten worden getroffen.³⁵² Het betekent anderzijds dat een waarschuwing, indien geïndiceerd, tot op zekere hoogte moet worden afgestemd op het voorzienbaar roekeloze gedrag van de potentiële slachtoffers. In zoverre rust op de laedens, als uitvloeisel van zijn waarschuwingsplicht, ook een zekere *onderzoekspflicht* aangaande de te verwachten effectiviteit van de waarschuwing.³⁵³ Een en ander kan worden geïllustreerd aan de hand van het nu te bespreken Jetblast-arrest uit 2005.³⁵⁴

4.3.8 Vervolg; Jetblast

Op 6 mei 2000 bevond verzoekster tot cassatie, mevrouw M. Hartmann, zich op Maho Beach, op het eiland Sint Maarten. Zij stond op de openbare weg, bij een hek dat de afscheiding vormde tussen die weg en de start- en landingsbaan van het vliegveld 'Princess Juliana'. De betreffende locatie is een geliefde plek voor vliegtuigspotters. Staand bij het hek kunnen zij zich vergapen aan de grote toestellen die op korte afstand met een donderend lawaai af- en aanvliegen.³⁵⁵ Deze spectaculaire attractie is echter niet zonder risico. Aan het genoemde hek was tenminste één bord bevestigd met de tekst: 'Warning!

351 Vgl. par. 4.2.12, waar m.b.t. generalisering van de kennis van de laedens hetzelfde criterium werd gesuggereerd. Zie in gelijke zin ook Du Perron 1996, p. 176.

352 Vgl. de jurisprudentie, vermeld in Onrechtmatige daad I (Jansen), art. 162, lid 2, aant. 88.4.4.

353 Anders dan de in par. 4.3.3 verworpen 'onderzoekspflicht uit hoofde van de waarschuwingsplicht' is de onderhavige onderzoekspflicht niet een 'voortrein' maar een 'verlengstuk' van de waarschuwingsplicht (vgl. par. 2.3.1). Men kan ook zeggen dat het doen van een (effectieve) waarschuwing hier een zeker onderzoek *implicert*. Zie par. 3.6.5 voor een vergelijkbare onderzoekspflicht als uitvloeisel van de precontractuele mededelingsplicht.

354 HR 28 mei 2004, NJ 2005, 105 m.nt. CJHB (Jetblast).

355 Vgl. <<http://www.sint-maarten.net/St-Maarten-Beaches/MahoBay.html>>, met de wervende tekst: 'Don't forget to bring your camera, because nowhere else a Boeing 747 will be passing as close over your head as on Maho Beach.'

Low flying and departing aircraft blast can cause physical injury'. Op de bewuste dag in mei werd mevrouw Hartmann op ruwe wijze met de betekenis van deze waarschuwing geconfronteerd. Toen een Boeing 747 van luchtvaartmaatschappij Air France op slechts vijftig meter afstand opsteeg, deed zich een zogeheten 'jetblast' voor. Door deze krachtige 'straalstroom' werd Hartmann de lucht in geblazen, om vervolgens neer te vallen op de rotsen van Maho Beach. Zij liep hierdoor letsel op en geraakte in een shock.

In de onderhavige procedure heeft mevrouw Hartmann een verklaring voor recht verzocht dat de exploitant van het vliegveld, PJIAE, aansprakelijk was voor de door haar als gevolg van het ongeval geleden materiële en immateriële schade. Daartoe voerde Hartmann aan dat PJIAE onrechtmatig, namelijk in strijd met een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm, had gehandeld door na te laten maatregelen te treffen die Hartmann zouden hebben beschermd tegen de door het vliegtuig van Air France veroorzaakte jetblast. Ten verwere betoogde PJIAE (onder meer) dat door het plaatsen van een waarschuwingsbord een voldoende mate van voorzorg was betracht. Het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba ging hierin mee, door te overwegen dat Hartmann gezien de tekst van het gehanteerde waarschuwingsbord 'op de hoogte kon zijn' van het gevaar waaraan zij mogelijk zou worden blootgesteld. Tegen deze achtergrond kwam het hof, in navolging van het Gerecht in Eerste Aanleg, tot een afwijzing van de verzochte verklaring voor recht.

De Hoge Raad kiest voor cassatie op principiële gronden. In r.o. 3.4.1 vestigt hij allereerst de aandacht op het contextgebonden karakter van de zorgvuldigheidsnormen bij gevaarstelling (par. 4.2.10), door een vrijwel letterlijke verwijzing naar het Kelderluik-arrest.³⁵⁶ In r.o. 3.4.3 sluit hij zich, voor wat betreft de toereikendheid van een gegeven waarschuwing, uitdrukkelijk aan bij de in par. 4.3.7 besproken visie van Du Perron:

'Voor het antwoord op de vraag of een waarschuwing kan worden beschouwd als een afdoende maatregel met het oog op bescherming tegen een bepaald gevaar, is van doorslaggevende betekenis of te verwachten valt dat deze waarschuwing zal leiden tot een handelen of nalaten waardoor dit gevaar wordt vermeden.'

De toereikendheid van een gegeven waarschuwing is dus volgens de Hoge Raad afhankelijk van de *te verwachten effectiviteit* ervan. Voor zover het hof, uitgaande van de vaststelling dat Hartmann dankzij het waarschuwingsbord 'op de hoogte kon zijn' van het jetblast-gevaar, deze maatstaf had miskend, getuigt zijn oordeel van een onjuiste rechtsopvatting. Mocht het hof wél van de bedoelde maatstaf zijn uitgegaan, dan is er sprake van een motiveringsgebrek. In dit verband acht de Hoge Raad met name van belang dat Hartmann onbestreden had gesteld dat het waarschuwingsbord op grote schaal door

356 HR 5 november 1965, NJ 1966, 136 m.nt. GJS (Kelderluik), besproken in par. 4.1.3.

vliegtuigspotters werd genegeerd. De onderhavige waarschuwing wás, kortom, niet effectief en PJIAE had dat op voorhand kunnen voorzien.

Annotator Brunner toont zich kritisch over het arrest, dat volgens hem getuigt van onvoldoende aandacht voor de eigen verantwoordelijkheid van het slachtoffer:

‘Het recht moet mensen beschermen die het slachtoffer worden van door anderen geschapen gevaren die zij niet kenden. Maar of het recht ook hen moet beschermen die zich bewust begeven in gevaren die door een ander zijn geschapen, maar waartegen zij afdoende gewaarschuwd zijn, waag ik te betwijfelen. Roekeloosheid van het slachtoffer komt m.i. niet voor rekening van degene die het gevaar heeft geschapen.’³⁵⁷

Brunners waarschuwing voor delictueel paternalisme is op zichzelf terecht.³⁵⁸ Tegen bewuste roekeloosheid is geen enkele waarschuwing opgewassen en het is daarom zinloos en ongewenst om de inhoud van de waarschuwingsplicht daarop af te stemmen (vgl. par. 4.3.13). In casu was echter een dergelijke mate van roekeloosheid aan de zijde van mevrouw Hartmann niet vastgesteld.³⁵⁹ Wel stond vast dat het door PJIAE geplaatste waarschuwingsbord, met zijn tamelijk cryptische omschrijving van het jetblast-risico, onvoldoende effect had op vliegtuigspotters in het algemeen, hetgeen als zodanig veeleer een argument was om aan te nemen dat PJIAE rekening moest houden met deze voorzienbare onvoorzichtigheid van de potentiële slachtoffers (vgl. par. 4.3.3), door een indringender waarschuwing te doen uitgaan. Dat was kennelijk ook de (uiteindelijke) visie van het hof, dat na verwijzing oordeelde dat, gezien de grote mate van waarschijnlijkheid dat niet op het door PJIAE geplaatste waarschuwingsbord zou worden gelet, mede in verband met het feit dat de waarschuwing op dat bord ‘niet bijzonder indringend’ en ook ‘onvoldoende duidelijk’ was, alsmede gelet op het feit dat de gevolgen van een eventueel ongeluk ernstig konden zijn, het betreffende waarschuwingsbord ontoereikend was. De verzochte verklaring voor recht werd alsnog uitgesproken. Het beroep op eigen schuld van mevrouw Hartmann werd verworpen.³⁶⁰

4.3.9 Onderzoeksplicht van de laedens

Aan het slot van par. 4.3.3 werd reeds betoogd dat uit de maatschappelijke zorgvuldigheid onder omstandigheden ook een *onderzoeksplicht* van de laedens kan voortvloeien, naast de waarschuwingsplicht die in de voorgaande paragra-

357 Aldus de NJ-annotatie van C.J.H. Brunner bij het Jetblast-arrest, sub 2.

358 Vgl. over contractueel paternalisme Nieuwenhuis 2009.

359 Dit constateert ook Brunner in zijn NJ-annotatie, sub 2.

360 Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba 18 maart 2005, NJ 2005, 302.

fen is behandeld.³⁶¹ Betoogd werd dat deze onderzoeksplicht, evenals de waarschuwingsplicht, is onderworpen aan het kennisvereiste, zoals behandeld in par. 4.2.11. Dit betekent dat naar maatstaven van zorgvuldigheid eerst een onderzoeksplicht kan worden aangenomen, indien vaststaat dat de laedens tenminste wist of behoorde te weten van de *mogelijkheid* dat door verwezenlijking van het betrokken risico schade zou ontstaan. Meer concreet dient een dergelijke onderzoeksplicht zich aan, indien het gaat om risico's waarvan de potentiële dreiging als zodanig wel bekend is, maar de actuele kans op verwezenlijking nader moet worden onderzocht.³⁶² Een treffende illustratie wordt gevormd door de jurisprudentie op het terrein van de kabelschades.³⁶³ Volgens deze jurisprudentie rust op 'grondroerders', gelet op het algemeen bekende feit dat er zich in de bodem kabels en leidingen bevinden, de verplichting om, voorafgaand aan het uitvoeren van graafwerkzaamheden, onderzoek te doen naar de aanwezigheid van kabels en leidingen, en naar de exacte ligging daarvan.³⁶⁴ In een andere context overwoog de Hoge Raad bijvoorbeeld dat op de bestuurder van een laadschop, die weet dat er zich kinderen bevinden in de directe omgeving van zijn voertuig, maar deze kinderen door zijn beperkte waarnemingsmogelijkheden vanuit het voertuig niet kan zien, de verplichting rust om bij het achteruit rijden maatregelen te treffen ter voorkoming van een aanrijding, bijvoorbeeld door het te hulp roepen van een collega.³⁶⁵

Van gelijke orde zijn de onderzoeksplichten die in het gevaarzettingsleerstuk van oudsher worden aanvaard waar het gaat om de bijzondere risico's die voortvloeien uit gevaarlijke stoffen en gebrekkige zaken (vgl. par. 4.4.9). Illustratief is een klassiek arrest uit 1933, betreffende een arbeidsongeval door de ontploffing van een acetylenecilinder bij het uitvoeren van laswerkzaamheden. De verhuurder van deze cilinder was jegens de werknemer uit hoofde van onrechtmatige daad aansprakelijk, nu hij de cilinder had afgeleverd aan de werkgever 'zonder zich vooraf te vergewissen, dat de cylinder van eene behoorlijke vulmassa was voorzien'.³⁶⁶ Een vergelijkbare onderzoeksplicht kan worden gelezen in het bekende Natronloog-arrest, waarin werd geoordeeld

361 Zie ook par. 4.2.16, waar de onderzoeksplicht uit hoofde van het toerekenbaarheidsvereiste (art. 6:162 lid 3 BW) werd behandeld. Zie voor een inventarisatie van de desbetreffende jurisprudentie *Onrechtmatige daad I* (Jansen), art. 162, lid 3, aant. 26 e.v.

362 Vgl. par. 4.2.11, waar werd overwogen dat het kennisvereiste op beide elementen betrekking heeft. Toepassing van een onderzoeksplicht als hier bedoeld leidt dus tot objectivering van het tweede element (kennis omtrent de kans op verwezenlijking van het betrokken risico).

363 Zie de jurisprudentie, vermeld in *Onrechtmatige daad I* (Jansen), art. 162, lid 3, aant. 30.3.

364 Deze onderzoeksplicht, die voorheen in vaste jurisprudentie uit art. 6:162 BW werd afgeleid, is inmiddels gecodificeerd in art. 2 Wet informatie-uitwisseling ondergrondse netten (Wion). Zie ook art. 7 e.v.

365 HR 25 september 1981, NJ 1982, 254 m.nt. CJHB (Laadschop). Zie in gelijke zin HR 13 april 1962, NJ 1964, 394 (Moes/Van der Leest), waarin werd geoordeeld dat de machinist van een 'dragline' niet de giek mocht laten vallen, zonder zich ervan te vergewissen dat zijn collega (het latere slachtoffer) zich op veilige afstand bevond.

366 HR 6 april 1933, NJ 1933, 881 m.nt. EMM (Acetylenecilinder).

dat men een emmertje met een onbekende vloeistof, afkomstig uit een schoonmaakhok, niet zonder nadere voorzorgsmaatregelen bij het vuilnis mag neerzetten.³⁶⁷ In de recente Melchemie-zaak had het hof eveneens een onderzoeksplicht omtrent een 'bijzonder gevaar' aanvaard. Het ging hier om een brand als gevolg van de ondeugdelijke opslag door CMI van een voorraad calciumhypochloriet, toebehorend aan Melchemie. Nu Melchemie in algemene zin bekend was met de 'bijzondere gevaren van ernstige aard' die waren verboden aan deze oxiderende stof, had zij volgens het hof, na kennisneming van een zorgwekkend rapport over de bedrijfsvoering bij CMI, 'zelf poolshoogte dienen te nemen bij CMI om de veiligheidssituatie in ogenschouw te kunnen nemen en te beoordelen of de aangetroffen situatie uit veiligheidsoogpunt gevolgen moest hebben voor de voorraad die CMI voor haar in opslag had'.³⁶⁸ In cassatie werd dit oordeel overigens vernietigd wegens een motiveringsgebrek.³⁶⁹

Gemeenschappelijk kenmerk van de hier besproken gevallen is dat het gaat om de verwezenlijking van risico's die in abstracto wel bekend zijn, maar waarvan de actuele dreiging in concreto nader moet worden onderzocht. De betreffende risico's zijn dus niet geheel 'onvoorzienbaar' voor de laedens, maar voorsnog onvoldoende 'zichtbaar'. Het verwijt dat hier de laedens wordt gemaakt, is derhalve – de bestuurder van de laadschop indachtig – dat hij zich geen beter 'zicht' heeft verschaft op de realiteit van de voorzienbare risico's. Verder dient de delictuele onderzoeksplicht mijns inziens niet te gaan. Met name lijkt het mij onjuist – goed beschouwd zelfs onmogelijk – om van de laedens te vergen dat hij onderzoek doet naar de reikwijdte van risico's die voor hem niet-kenbaar zijn.³⁷⁰ Een dergelijke 'onderzoeksplicht in het luchtledige', die met name door aanhangers van het voorzorgsbeginsel (par. 4.2.14) wel wordt verdedigd,³⁷¹ schreeft de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm op tot bovenmenselijke proporties. Uit het hieronder te bespreken arrest Bildtpollen/Miedema blijkt dat de Hoge Raad – terecht – zo ver niet wil gaan.³⁷²

De reikwijdte van de delictuele onderzoeksplicht kan nader worden verduidelijkt aan de hand van het door Franken gemaakte onderscheid tussen 'generieke' en 'individuele' causaliteit.³⁷³ Indien onbekend is of een bepaalde handelwijze überhaupt tot schade kán leiden, bijvoorbeeld bij dreiging van vol-

367 HR 8 januari 1982, *NJ* 1982, 614 m.nt. CJHB (Natronloog), r.o. 4, besproken in par. 4.4.10.

368 Hof Arnhem 21 april 2009, *LJN* BI4766, *S&S* 2009, 129, r.o. 4.15 en 4.21.

369 Zie HR 29 april 2011, *LJN* BP0567, *NJ* 2011, 406 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (Melchemie/Delbanco c.s.), r.o. 4.3, besproken in par. 4.4.12.

370 Aldus ook Wiggers-Rust 2004, p. 40.

371 Zie bijv. Van Boom 2001, p. 9, die met zoveel woorden pleit voor 'onderzoek naar het niet-kenbare'. Vgl. ook Braams 2002, p. 177.

372 HR 7 april 2006, *LJN* AU6934, *NJ* 2006, 244 (Bildtpollen/Miedema), besproken in par. 4.3.11.

Zie ook HR 6 oktober 1995, *NJ* 1996, 106 (Baas/Hanford Feeds c.s.), besproken in par. 4.4.11.

373 Zie Franken 2010, p. 186-187.

strekt 'nieuwe risico's', die nog nergens in de wetenschap zijn onderkend (vgl. par. 4.2.13), kan men zeggen dat kennis omtrent de *generieke causaliteit* ontbreekt. In dat geval behoort de laedens – behoudens in geval van een bij wet voorziene risicoaansprakelijkheid³⁷⁴ – vrijuit te gaan, omdat de hier bedoelde schade bij uitstek behoort tot het 'algemene levensrisico' van ieder individu (par. 4.1.2). Bestaat daarentegen enkel onwetendheid omtrent de vraag of een als zodanig bekend risico zich in concreto zal *verwezenlijken*, dan staat de kennis van de *individuele causaliteit* ter discussie. In dat geval kan door toepassing van een delictuele onderzoeksplicht onrechtmatigheid worden aangegomen.

4.3.10 Vervolg; basisvereiste en gezichtspunten

In de voorgaande paragraaf bleek dat voor het aannemen van een delictuele onderzoeksplicht tenminste *kennis van het betrokken risico* – of kennis van de 'generieke causaliteit' – is vereist. Het gaat hier om een basisvereiste, dat op één lijn staat met het eerste van de drie in par. 4.3.2 besproken basisvereisten voor de aanvaarding van een delictuele waarschuwingsplicht. Vereist is dat de laedens wist of behoorde te weten van de *mogelijkheid* dat door verwezenlijking van het betrokken risico schade zou ontstaan.³⁷⁵ Is eenmaal aan dit basisvereiste voldaan, dan zal het – evenals op het terrein van de delictuele waarschuwingsplicht – afhangen van een nadere toetsing aan de maatschappelijke zorgvuldigheid of een onderzoeksplicht daadwerkelijk kan worden aanvaard. In die zin is de delictuele onderzoeksplicht een zorgvuldigheidsnorm als alle andere. Beslissend is de vraag of de laedens meer risico heeft genomen dan onder de gegeven omstandigheden *redelijkerwijs verantwoord* was, door geen onderzoek in te stellen naar de realiteit van de betrokken risico's (vgl. par. 4.2.10). Bij de invulling van deze maatstaf kan gebruik worden gemaakt van de gezichtspunten die in par. 4.3.4, bij de bespreking van de delictuele waarschuwingsplicht, zijn behandeld.

De *aard van de rechtsverhouding*, om te beginnen, speelt bijvoorbeeld op het terrein van de werkgeversaansprakelijkheid uit hoofde van art. 7:658 BW een belangrijke rol (par. 4.6.1). Zo werd in het arrest Janssen/Nefabas, betreffende een werknemer die een asbestziekte had opgelopen op de werkvloer, geoordeeld dat op de werkgever 'een verplichting [rust] om te onderzoeken welke

³⁷⁴ Vgl. echter par. 4.5.9, waar wordt betoogd dat ook de risicoaansprakelijkheden voor zaken zijn onderworpen aan het vereiste van bekendheid van de generieke causaliteit.

³⁷⁵ De andere twee basisvereisten zijn in dit verband niet aan de orde, omdat de kennis omtrent de kans op *verwezenlijking* van het betrokken risico juist door toepassing van een onderzoeksplicht wordt geobjectiveerd (vgl. par. 4.2.11).

gevaaren door hem te verwerken of te produceren stoffen voor zijn werknemers kunnen opleveren'.³⁷⁶

De aard van de betrokken informatie, het tweede gezichtspunt, ziet bijvoorbeeld op de vraag of de te onderzoeken materie gemakkelijk toegankelijk was voor de laedens. Zo speelde in de eerder genoemde Melchemie-zaak een rol dat Melchemie de loodsen van CMI in de jaren voor de brand herhaaldelijk had bezocht, waaruit het hof concludeerde dat ook nu van Melchemie mocht worden verlangd dat zij zich na kennisneming van het rapport 'op de hoogte stelde van de veiligheidssituatie in de loodsen van CMI'.³⁷⁷ Een vergelijkbare redenering lijkt ten grondslag te liggen aan de delictuele onderzoeksplicht van de producent die een nieuw of vernieuwd product op de markt brengt. Volgens vaste jurisprudentie moet hij zich ervan 'vergewissen' welk effect een dergelijk product zal hebben in voor de hand liggende toepassingen ervan en dient hij 'erop toe te zien' dat de eindafnemers hierover worden ingelicht.³⁷⁸ De achterliggende gedachte is kennelijk dat de producent bij uitstek in staat is de betreffende informatie te traceren en over te dragen aan de belanghebbenden. Ook buiten de sfeer van gevaarzetting speelt de traceerbaarheid van de te onderzoeken informatie dikwijls een rol. Zo werd anno 2011 geoordeeld dat de Fortisbank nader onderzoek had moeten doen naar de zogenaamde Ponzi-zwendel van één van haar cliënten, een fraudeur die zonder vergunning had opgetreden als vermogensbeheerder en aldus talloze particuliere beleggers had gedupeerd. De rechtbank achtte van belang dat het betalingsverkeer over de bankrekeningen van de fraudeur 'in hoge mate ongebruikelijk was' en ten dele telefonisch of per handgeschreven formulier had plaatsgevonden. Mede gelet op de 'tamelijk intensieve betrokkenheid' van de medewerkers van de Fortisbank bij de activiteiten van de fraudeur mocht derhalve worden verwacht dat de bank ter zake nader onderzoek deed.³⁷⁹

De aard van de betrokken belangen kan meer concreet worden vertaald in de bekende Kelderluik-factoren (vgl. par. 4.3.4). Het gaat hier, kort gezegd, om een afweging van de ernst van de betrokken risico's tegen de bezwaarlijkheid van het te verrichten onderzoek (par. 4.3.6). Met name indien de gezondheid of lichamelijke integriteit van de potentiële slachtoffers in het geding is, zal dat een gewichtig argument zijn voor het aannemen van een delictuele

376 HR 6 april 1990, NJ 1990, 573 m.nt. PAS (Janssen/Nefabas), r.o. 3.4.

377 Hof Arnhem 21 april 2009, LJV BI4766, S&S 2009, 129, r.o. 4.23. In cassatie volgt op dit punt overigens vernietiging wegens een motiveringsgebrek. Zie HR 29 april 2011, LJV BP0567, NJ 2011, 406 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (Melchemie/Delbanco c.s.), r.o. 4.3, besproken in par. 4.4.12.

378 Aldus bijv. HR 22 oktober 1999, NJ 2000, 159 m.nt. ARB (Koolhaas/Rockwool), r.o. 3.5, besproken in par. 4.5.8.

379 Rb. Rotterdam 13 juli 2011, LJV BR1592, NJF 2011, 317, r.o. 4.16, 4.17 en 4.19. Vgl. ook HR 23 december 2005, NJ 2006, 289 m.nt. M.R. Mok (Fortis/Stichting Volendam), waarop de rechtbank zich baseerde. Zie daarover nader par. 4.8.3.

onderzoeksplicht.³⁸⁰ Tegen die achtergrond spreekt het bijvoorbeeld vanzelf dat degene die met een luchtdrukpistool speelt, zich ervan moet vergewissen of het wapen geladen is, ook als de eigenaar hem verzekert van niet.³⁸¹ In dit licht laat zich ook de strenge uitkomst van de bekende Maassluis-arresten begrijpen, waarin (onder meer) werd geoordeeld dat de Gemeente Maassluis jegens haar inwoners uit hoofde van onrechtmatige daad aansprakelijk was voor de uitgifte van verontreinigde bouwgrond, hoewel de daaraan verbonden gevaren voor de volksgezondheid ten tijde van de uitgifte nog niet algemeen bekend waren. De Hoge Raad verenigde zich met 's hofs oordeel dat 'alarmerende berichten' over de risico's van verontreinigd havenslib destijds reeds aanleiding voor de gemeente hadden moeten vormen tot nader onderzoek, ook al hadden de betreffende berichten vooralsnog slechts betrekking op de schadelijke gevolgen voor land- en tuinbouw.³⁸² Overigens zal daarbij ook de bijzondere, publiekrechtelijk getinte relatie tussen de gemeente en haar inwoners – derhalve de *aard van de rechtsverhouding* – een rol hebben gespeeld.

Al met al heeft de delictuele onderzoeksplicht, zoals alle ongeschreven zorgvuldigheidsnormen (par. 4.2.10), in hoge mate een contextgebonden karakter. Van belang is dat de kennis omtrent het betrokken risico, hierboven gepresenteerd als basisvereiste, geen *voldoende* voorwaarde vormt voor het aannemen van een delictuele onderzoeksplicht. Zou het anders zijn, dan zou reeds de *mogelijkheid* van schade door verwezenlijking van een objectief bekend risico de conclusie rechtvaardigen dat de laedens dit risico had moeten onderzoeken, op straffe van aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. Dit zou leiden tot de extreme consequentie dat naar maatstaven van zorgvuldigheid alle objectief bekende risico's op hun merites moeten worden onderzocht, ongeacht de omstandigheden van het geval. In die benadering zou bijvoorbeeld mevrouw Bey, toen zij bij de bushalte afscheid nam van haar dochter, geen stap hebben mogen verzetten zonder eerst te bezien, of er zich achter haar rug wellicht personen bevonden die daardoor ten val konden komen (zoals mevrouw Guyt).³⁸³ In het nu te bespreken arrest Bildtpollen/Miedema kiest de Hoge Raad – terecht – een terughoudender benadering, door behalve het bedoelde kennisvereiste ook het belang van de omstandigheden van het geval te benadrukken.³⁸⁴

380 Vgl. (opnieuw) HR 6 april 1990, *NJ* 1990, 573 m.nt. PAS (Janssen/Nefabas). Zie voorts de jurisprudentie, vermeld in *Onrechtmatige daad I* (Jansen), art. 162, lid 3, aant. 30.

381 Vgl. Rb. Alkmaar 24 december 2008, *LJN* BH0783, *JA* 2009, 62, r.o. 4.2.

382 HR 9 oktober 1992, *NJ* 1994, 286 m.nt. CJHB onder 289 (Maassluis/bewoners), r.o. 4.2.

383 Vgl. HR 11 december 1987, *NJ* 1988, 393 m.nt. G (Bushalte), besproken in par. 4.2.10.

384 HR 7 april 2006, *LJN* AU6934, *NJ* 2006, 244 (Bildtpollen/Miedema).

4.3.11 Vervolg; Bildtpollen/Miedema

In het voorjaar van 1993 heeft Der Bildtpollen Aanwas BV, beheerder van de Opdijk te Oude Bildtzijl (Friesland), uien gestort langs de dijk, als voer voor schapen. Niet ver daarvandaan had akkerbouwer Miedema een partij zaauien opgeslagen in een loods. Tijdens de opslag bleken Miedema's uien te zijn aangetast door de schimmelziekte 'koprot'. Miedema heeft Bildtpollen hiervoor aansprakelijk gesteld op grond van art. 6:162 BW, daartoe stellende dat de besmetting was veroorzaakt door het rotten van de uienrestanten van Bildtpollen. Volgens Miedema heeft Bildtpollen onzorgvuldig gehandeld door de uienrestanten langs de dijk te laten liggen, wetende dat deze een bron van koprot veroorzakende schimmel zijn, in verband met het risico van de verspreiding van schimmelsporen door de lucht.

In eerste aanleg werd de vordering afgewezen, maar in appel vond Miedema het Hof Leeuwarden aan zijn zijde. Over de onrechtmatigheidsvraag oordeelde het hof kort en krachtig:

'Het hof is van oordeel, dat het doen storten van uien op een dijk als waarvan hier sprake is zonder zorg te dragen voor verwijdering van de restanten, waardoor deze gaan weggroten, in beginsel kan worden aangemerkt als onzorgvuldig handelen jegens uientelers op belendende percelen. Een dergelijk handelen vergroot immers de kans dat plantenziekten worden verspreid (...) en het is de verantwoordelijkheid van de stortende partij dat zij zich tevoren deugdelijk laat voorlichten over mogelijke gevaren verbonden aan het achterblijven van uienrestanten. Aan een en ander doen niet af de mogelijke omstandigheden dat het voeren van uien aan schapen bij dijkbeheerders gebruikelijk is, dat het risico van ziektes door hen niet wordt onderkend en dat bij Bildtpollen geen andere soortgelijke gevallen van aansprakelijkheidsstelling van (wol-)veehouders bekend zijn.'³⁸⁵

Het hof baseerde zijn onrechtmatigheidsoordeel dus op een delictuele *onderzoeksplicht* van Bildtpollen omtrent de 'mogelijke gevaren' van het storten van uien langs de dijk, kennelijk op grond van de gedachte dat deze handelwijze de kans op verspreiding van plantenziekten in het algemeen had vergroot. Door toepassing van de 'omkeringsregel' nam het hof voorts causaal verband aan tussen de onderhavige normschending en de geleden schade.³⁸⁶ Het verweer van Bildtpollen, dat de besmetting evengoed afkomstig kon zijn van een nabijgelegen afvalhoop, werd aldus gepasseerd en de vordering van Miedema lag voor toewijzing gereed.

In cassatie stelt de Hoge Raad, tezamen met P-G Hartkamp, paal en perk aan deze benadering. In drie opzichten gaf 's hofs onrechtmatigheidsoordeel blijk van een onjuiste rechtsopvatting (r.o. 3.3). Ten eerste had het hof miskend

³⁸⁵ Zie 's hofs tussenarrest d.d. 31 oktober 2001, r.o. 5.2.

³⁸⁶ Zie r.o. 5.3 van 's hofs tussenarrest d.d. 31 oktober 2001 en r.o. 10 van 's hofs tussenarrest d.d. 15 september 2003.

dat bij de beoordeling van gevaarzettingsituaties niet alleen de kans op schade – in casu: de kans op verspreiding van plantenziekten – moet worden meegewogen, maar ook de overige omstandigheden van het geval (vgl. par. 4.2.10). Meer in het bijzonder had het hof in casu aandacht moeten besteden aan de Kelderluikfactoren,³⁸⁷ die de Hoge Raad bij deze gelegenheid van een geactualiseerde formulering voorziet.³⁸⁸ Van belang was in dit verband dat Bildtpollen in feitelijke instanties had aangevoerd, onder verwijzing naar voorbeelden uit de praktijk, dat haar handelwijze ‘zeer gebruikelijk’ was.³⁸⁹ Ten tweede – en in het verlengde hiervan – wordt als onjuist bestempeld het oordeel van het hof ‘dat het enkele vergroten van de kans op verspreiding van plantenziekten voldoende is voor het aannemen van onrechtmatigheid’. Dit oordeel is immers onverenigbaar met de vaste regel dat gevaarzettend gedrag eerst onrechtmatig is ‘indien de mate van waarschijnlijkheid van schade als gevolg van dat gedrag zo groot is dat de betrokkene zich naar maatstaven van zorgvuldigheid van dat gedrag had moeten onthouden’.³⁹⁰ Ten slotte moet ook de door het hof aangenomen onderzoeksplicht het ontgelden:

‘Het onderdeel klaagt tot slot over de overweging van het hof dat het de verantwoordelijkheid van de stortende partij is dat zij zich tevoren deugdelijk laat voorlichten over mogelijke gevaren, verbonden aan het achterblijven van uienresten. De in het maatschappelijk verkeer betamende zorgvuldigheid reikt niet zo ver dat op Bildtpollen ook zonder dat zij het risico van verspreiding van koprot kende of behoorde te kennen – het hof heeft hieromtrent niets vastgesteld – de door het hof vermelde verantwoordelijkheid rust (vgl. HR 22 april 1994, nr. 15338, *NJ* 1994, 624). Ook deze klacht is dus terecht voorgesteld.’³⁹¹

De overweging bevestigt het in par. 4.3.9 vooropgestelde uitgangspunt dat voor het aannemen van een delictuele onderzoeksplicht tenminste is vereist dat de laedens wist of behoorde te weten van het betrokken risico. Ter onderbouwing verwijst de Hoge Raad naar het bekende *Taxus*-arrest, waarin werd geoordeeld dat een botanische leek geen verplichting heeft om een plant of struik waarvan hij de giftigheid kent noch behoort te kennen, onder zijn controle te houden of deze te onderzoeken op eventuele giftigheid.³⁹² In de onderhavige zaak ging het niet om een botanische leek, maar om een professio-

387 Vgl. HR 5 november 1965, *NJ* 1966, 136 m.nt. GJS (Kelderluik), besproken in par. 4.1.3.

388 Volgens de Hoge Raad moet worden gelet op ‘de kans op schade, (...) de aard van de gedraging, de aard en ernst van de eventuele schade en de bezwaarlijkheid en gebruikelijkheid van het nemen van voorzorgsmaatregelen’ (r.o. 3.3). Zie over de toevoeging van ‘de aard van de gedraging’ par. 4.3.4.

389 Vgl. de conclusie van P-G Hartkamp, sub 19.

390 Aldus r.o. 3.3, onder verwijzing naar HR 9 december 1994, *NJ* 1996, 403 m.nt. CJHB (Zwiepense tak), besproken in par. 4.4.2. Zie in gelijke zin de conclusie van P-G Hartkamp, sub 17.

391 HR 7 april 2006, *LJN* AU6934, *NJ* 2006, 244 (Bildtpollen/Miedema), r.o. 3.3.

392 HR 22 april 1994, *NJ* 1994, 624 m.nt. CJHB (*Taxus*), r.o. 3.4.3, besproken in par. 4.4.10.

nele dijkbeheerder, zodat een andere uitkomst denkbaar was geweest. Het hof had echter, zoals de Hoge Raad signaleert, niets vastgesteld omtrent de kennis of professionele deskundigheid van Bildtpollen. Zelf had Bildtpollen in rechte uitdrukkelijk ontkend dat zij het risico van de verspreiding van koprot kende of behoorde te kennen, onder verwijzing naar de agrarische vakliteratuur, waarin dit risico tot dan toe niet was gesignaleerd.³⁹³ Indien het hof hierover anders dacht, bijvoorbeeld omdat volgens het hof de maatschappelijke kring waartoe Bildtpollen behoorde, meebracht dat zij nader onderzoek had moeten doen naar het 'nieuwe risico' van verspreiding van koprot door de aanwezigheid van uienrestanten,³⁹⁴ had het hof deze visie nader moeten onderbouwen door verwijzing naar de omstandigheden van het geval.

4.3.12 Onderzoeksplicht van de gelaedeerde

In het dwalingsleerstuk, dat hierboven tot uitgangspunt is genomen bij de analyse van de informatieplichten uit hoofde van art. 6:162 BW, komt de idee van 'informationelle Selbstverantwortung'³⁹⁵ tot uitdrukking in de eigen onderzoeksplicht van de dwalende, die de keerzijde vormt van de mededelingsplicht van de wederpartij (par. 3.6.11). In het aansprakelijkheidsrecht kan iets dergelijks worden betoogd. In par. 4.2.10 werd reeds vooropgesteld dat de *gerechtvaardigde verwachtingen* van laedens en gelaedeerde in vraagstukken van zorgvuldigheid beslissend zijn. Tegen deze achtergrond werd in par. 4.3.2 als (derde) basisvereiste voor het aannemen van een delictuele waarschuwingsplicht geponereerd dat de laedens 'rekening moest houden met onoplettendheid aan de zijde van de gelaedeerde'. Hieruit volgt dat géén waarschuwingsplicht heeft te gelden, indien de laedens erop heeft mogen vertrouwen dat de gelaedeerde reeds bekend was met het betrokken risico en zijn gedrag daarop ook zónder waarschuwing reeds voldoende kon afstemmen. Van Dam verwoordt het, in zijn rechtsvergelijkende handboek over *European tort law*, als volgt:

'No duty to warn nor to inform exists when someone is justified in believing that the potential victim knows about the risk, is aware of it, and is able to behave accordingly.'³⁹⁶

393 Vgl. de conclusie van P-G Hartkamp, sub 18.

394 Vgl. HR 25 november 2005, NJ 2009, 103 m.nt. I. Giesen (Eternit/Horsting), r.o. 3.3, besproken in par. 4.2.15.

395 Zie voor deze (uit het Duitse contractenrecht afkomstige) terminologie bijv. Busch 2008, p. 3, 137; en Eidenmüller e.a. 2008, p. 544-545.

396 Van Dam 2006, nr. 807-3. Zie in gelijke zin bijv. Wilms 1980, p. 516.

Aangenomen dat dus de delictuele waarschuwingsplicht zich níet uitstrekt tot gevaren die bij de gelaedeerde genoegzaam *bekend* mogen worden verondersteld, rijst de vraag in hoeverre de hier bedoelde kennis van de gelaedeerde mag worden geobjectiveerd, meer in het bijzonder door toepassing van een *onderzoeksplicht*. Zeker niet altijd ligt het aannemen van een dergelijke onderzoeksplicht aan de zijde van de gelaedeerde voor de hand. Men denke bijvoorbeeld aan de casus van het Natronloog-arrest.³⁹⁷ Hier woog het gevaarzettend handelen van de schoonmaker – die een emmertje natronloog in een afgesloten zak bij het vuilnis had gezet – zo zwaar, dat de gedachte aan een onderzoeksplicht van de vuilnisman – die de vuilniszak had kunnen controleren op de aanwezigheid van gevaarlijke stoffen – misplaatst overkomt. In andersoortige situaties ligt een dergelijke redenering juist wel voor de hand. Zo blijven alledaagse valpartijen op gladde of bevuilde vloeren veelal voor rekening van het slachtoffer, op grond van de begrijpelijke overweging dat deelnemers aan het maatschappelijk verkeer in het algemeen bedacht dienen te zijn op normale vormen van gladheid of bevuiling van vloeren.³⁹⁸ In het kader van de wegbeheersaansprakelijkheid heeft de Hoge Raad op vergelijkbare wijze geoordeeld dat de wegbeheerder géén waarschuwingsplicht heeft, indien een gevaar op de weg ‘ook voor de niet steeds oplettende en voorzichtige bestuurder aanstonds duidelijk had moeten zijn’.³⁹⁹ Men kan in zulke uitspraken de (impliciete) erkenning van een delictuele onderzoeksplicht aan de zijde van het slachtoffer lezen.

De onmisbaarheid van de hier bedoelde onderzoeksplicht – althans op een conceptueel niveau – laat zich eenvoudig inzien, wanneer men zich realiseert dat zónder erkenning van deze onderzoeksplicht de waarschuwing haar functie als rechtvaardigingsgrond voor gevaarzettend handelen verliest (vgl. par. 4.3.1). Wie aanvaardt dat de laedens zich door het doen van een waarschuwing van aansprakelijkheid kan bevrijden, veronderstelt vanzelfsprekend dat benadeelden zich binnen redelijke grenzen moeten inspannen om de betekenis van deze waarschuwing te doorgronden. Een benadeelde die door onverschoonbare onoplettendheid de gegeven waarschuwing niet heeft waargenomen of begrepen, zal geen baat (mogen) hebben bij een beroep op onbekendheid met het betrokken gevaar. Zijn kennis moet worden geobjectiveerd, onder het motto: ‘een gewaarschuwd mens telt voor twee’. In zoverre is de onderzoeksplicht van het slachtoffer niets meer dan het logisch complement van de delictuele waarschuwingsplicht.⁴⁰⁰

397 HR 8 januari 1982, *NJ* 1982, 614 m.nt. CJHB (Natronloog), besproken in par. 4.4.10.

398 Zie de jurisprudentie, vermeld in *Onrechtmatige daad I* (Jansen), art. 162, lid 2, aant. 95.3.1. Zie ook par. 4.4.1.

399 HR 26 september 2003, *NJ* 2003, 660 (Gekantelde vrachtwagen), r.o. 3.7, besproken in par. 4.3.3.

400 Vgl. over deze logische samenhang tussen informatievergaring en -verstrekking par. 2.3.1.

4.3.13 Vervolg; algemeen bekende risico's

Over de reikwijdte van de zojuist besproken onderzoeksplicht van de gelaedeerde valt in algemene zin betrekkelijk weinig te zeggen, nu deze – als negatieve pendant van de waarschuwingsplicht van de laedens (par. 4.3.12) – is verweven met de omstandigheden van het geval. Ter nadere uitwerking kan wel de 'ondergrens' van deze onderzoeksplicht worden gemarkeerd. Er is namelijk één bijzondere categorie van risico's waarmee de gelaedeerde, ongeacht de omstandigheden van het geval, ook zónder nader onderzoek geacht mag worden bekend te zijn. Ik doel op de *algemeen bekende risico's*: risico's die zó voor de hand liggend zijn, dat zij tot de geobjectiveerde kennis van alle deelnemers aan het maatschappelijk verkeer mogen worden gerekend. Zij kunnen in verband worden gebracht met de processuele 'feiten van algemene bekendheid' (art. 149 lid 2 Rv),⁴⁰¹ met dien verstande dat het hier gaat om risico's die *zonder meer* – dat wil zeggen: ook zónder raadpleging van voor iedereen toegankelijke bronnen, derhalve op basis van alledaagse ervaringsregels – algemeen bekend mogen worden verondersteld.⁴⁰² In de jurisprudentie zijn bijvoorbeeld de gevaren die uitgaan van een scherp mes,⁴⁰³ een hete vloeistof,⁴⁰⁴ een natte vloer⁴⁰⁵ en (sinds 1963) tabak⁴⁰⁶ als zodanig aangemerkt. Ook het feit dat 'beleggen in effecten een risico van vermogensverlies met zich brengt'⁴⁰⁷ is aangeduid als een algemeen bekend risico, evenals de omstandigheid 'dat het regelmatig voorkomt dat bij garages autosleutels uit de brievenbus worden gehengeld'⁴⁰⁸ en voorts het gevaar van 'ernstige infectieziekten in tropische landen door het drinken van water dat zich niet in gesloten flessen bevindt'.⁴⁰⁹

Het belang van de onderscheiding van de onderhavige categorie van algemeen bekende risico's is dat voor zulke risico's logischerwijze niet behoeft

401 Zie daarover bijv. Snijders e.a. 2011, nr. 206, waar feiten van algemene bekendheid worden omschreven als 'feiten die ieder normaal ontwikkeld mens kent of uit voor ieder toegankelijke bronnen kan kennen'.

402 Vgl. Van Dam 2000, nr. 903; en voorts de conclusie van wnd. A-G Bloembergen voor HR 22 april 1994, NJ 1994, 624 m.nt. CJHB (Taxus), sub 1.3.

403 HR 4 oktober 2002, NJ 2004, 175 m.nt. GHvV onder 177 (Laudy/Fair Play), r.o. 3.6.

404 Rb. Haarlem (ktr.) 26 november 2008, LJN BG6281, JA 2009, 46, r.o. 6.

405 Hof Arnhem 23 februari 2010, LJN BL6032, NJF 2010, 144, r.o. 4.10. Vgl. ook HR 2 maart 2007, LJN AZ5834, NJ 2007, 143 (Perez/Casa Grande en Ohem), r.o. 3.5.

406 Rb. Amsterdam 17 december 2008, LJN BG7225, NJ 2009, 311, r.o. 5.61-5.62. In zoverre is een waarschuwing voor de gezondheidsrisico's van tabak thans *civielrechtelijk* niet langer vereist. Vgl. echter de in par. 4.2.9 genoemde *publiekrechtelijke* regelgeving op dit terrein. Zie nader over de geschiedenis van het tabakrisico Keirse 2007, p. 9-14.

407 Aldus bijv. Hof Amsterdam 18 augustus 2009, LJN BJ5445, JOR 2009, 297 m.nt. F.M.A. 't Hart onder 298, r.o. 4.10; Hof Amsterdam 6 oktober 2009, LJN BJ9715, JOR 2009, 298 m.nt. F.M.A. 't Hart, r.o. 4.11; Rb. Utrecht 9 februari 2011, LJN BP5089, r.o. 4.4; en Hof Amsterdam 5 juli 2011, LJN BR2966, NJF 2011, 333, r.o. 4.15.

408 HR 12 maart 2004, NJ 2004, 272 (Sleutelbus), r.o. 3.4.2.

409 HR 26 november 2010, LJN BN9977, NJ 2010, 635 (Jones/Fugro), r.o. 3.4.4.

te worden gewaarschuwd.⁴¹⁰ Ratio is dat de laedens mag verwachten dat de potentiële slachtoffers hiervan reeds op de hoogte zijn, zodat hij in zoverre geen rekening behoeft te houden met onoplettendheid (vgl. par. 4.3.2). Onder verwijzing naar de Duitse rechtspraak zou men kunnen zeggen dat een waarschuwingsplicht hier is uitgesloten, omdat het betrokken risico 'vor sich selbst warnt' (par. 2.7.5). Illustratief is het arrest Lagraauw/Van Schie uit 2008, waarin het ging om werkgeversaansprakelijkheid op grond van art. 7:658 BW voor het (tengevolge van de wind) dichtklappen van de laaddeur van een vrachtwagen. De Hoge Raad begreep het bestreden oordeel van het hof aldus, dat de werkgever in casu geen maatregelen behoefde te nemen of instructies behoefde te geven om het onderhavige risico te beperken, omdat dit specifieke risico 'ook voor terzake niet gewaarschuwde mensen voldoende bekend is'.⁴¹¹ Op die grond bleef 's hofs afwijzing van de vordering van de werknemer in stand.

Om twee redenen is de onderhavige stellingname van bijzonder belang. In de eerste plaats is het voor de laedens onevenredig belastend om te moeten waarschuwen voor de talloze algemeen bekende risico's die ons in het dagelijks leven omringen. In de tweede plaats leidt het stelselmatig waarschuwen voor zulke risico's bij het grote publiek onvermijdelijk tot een zekere onverschilligheid, zodat de beoogde veiligheid van het maatschappelijk verkeer daardoor juist wordt ondermijnd in plaats van bevorderd.⁴¹² Giesen heeft in zijn Utrechtse oratie terecht aandacht gevraagd voor dit gevaar van 'gewenning' aan de waarschuwing, mede tegen de achtergrond van bevindingen uit de cognitieve psychologie.⁴¹³

Het voorgaande betekent niet dat de laedens bij verwezenlijking van een algemeen bekend risico zonder meer vrijuit gaat. Juist het feit dat ook hij daarmee (per definitie) bekend was, kan immers meebrengen dat hij gehouden was de gelaedeerde hiertegen tot op zekere hoogte in bescherming te nemen, door het treffen van adequate veiligheidsmaatregelen.⁴¹⁴ Het derde basisver-

410 Aldus bijv. Schut 1974, p. 25; Wilms 1980, p. 516; Dommering-van Rongen 1991, p. 166; Giesen 2005, p. 42; Van Dam 2006, nr. 807-3; Spier in Spier e.a. 2009, nr. 188; Quist 2010, p. 25; en Bouwens & Duk 2011, p. 233. Zie ook de conclusie van A-G Spier voor HR 9 juli 2004, *NJ* 2005, 260 (Oost/Brands), sub 4.10; en de JOR-annotatie van F.M.A. 't Hart bij Hof Amsterdam 6 oktober 2009, *LJN* BJ9715, *JOR* 2009, 298, sub 8 e.v. Vgl. ten slotte nog (in de contractuele sfeer) De Boeck 2000, p. 434.

411 HR 8 februari 2008, *LJN* BB7423, *NJ* 2008, 93 (Lagraauw/Van Schie), r.o. 3.4.

412 Zie voor een en ander bijv. de conclusie van A-G Spier voor HR 9 juli 2004, *NJ* 2005, 260 (Oost/Brands), sub 5.6; en de JOR-annotatie van F.M.A. 't Hart bij Hof Amsterdam 6 oktober 2009, *LJN* BJ9715, *JOR* 2009, 298, sub 11-12.

413 Zie Giesen 2005, p. 83 e.v. Aldus ook Pape 2008a, p. 74-75, die als oplossing suggereert de inhoud of vormgeving van waarschuwingen regelmatig aan te passen. Vgl. ook par. 1.4, over het gevaar van 'information overload'.

414 Zie bijv. (in het kader van art. 7:658 BW) Hof 's-Hertogenbosch 12 april 2011, *LJN* BQ1285, *JA* 2011, 95, r.o. 4.3.4, waar het hof oordeelt dat de algemene bekendheid van het betrokken risico (de val van een keukentrapje) 'een argument vormt ten gunste van het aannemen van een zorgplicht'. Vgl. ook Spier in Spier e.a. 2009, nr. 187, 188; Bouwens & Duk 2011,

eiste van par. 4.3.2 bewerkstelligt echter dat een *waarschuwing* voor zulke risico's niet is vereist, omdat de laedens erop mag vertrouwen dat de potentiële slachtoffers reeds beschikken over de betreffende informatie. Tot zinloze zorg is de laedens, met andere woorden, niet gehouden. Of, omgekeerd: met vergeefse 'common sense warnings'⁴¹⁵ mag de laedens zich niet onttrekken aan zijn eventuele verantwoordelijkheid om andere, met name *fysieke* veiligheidsmaatregelen te treffen, dan wel zijn gevaarzettend gedrag geheel achterwege te laten (vgl. par. 4.3.1). In de lagere rechtspraak op het terrein van de gevaarzetting wordt dit wel eens miskend, waar feitenrechters – in het voetspoor van partijen – soms geneigd zijn de waarschuwing als 'ultieme' voorzorgsmaatregel te beschouwen.⁴¹⁶

Het principiële uitgangspunt dat voor algemeen bekende risico's niet behoeft te worden gewaarschuwd, verdient in één belangrijk opzicht nuancering. Deze nuancering schuilt in de *invulling* van het begrip algemeen bekende risico's. Vele risico's zijn in abstracto 'algemeen bekend', maar kunnen desondanks in concreto niet door alle potentiële gelaedeerden zonder meer worden voorzien. Dat ieder weldenkend mens bekend is met de gevaren van een openstaand kelderluik, wil bijvoorbeeld niet zeggen dat de caféhouder die in een donkere gang onverhoeds een kelderluik opent, zijn bezoekers niet behoeft te waarschuwen.⁴¹⁷ Onder deze omstandigheden is immers het concrete risico van dít openstaande kelderluik voor de argeloze cafébezoekers niet voorzienbaar.⁴¹⁸ Terecht betogen Van Boom c.s. dan ook dat de vaststelling van algemeen bekende risico's – of, preciezer geformuleerd: de beoordeling van de onrechtmatigheid in verband met het in het leven roepen van algemeen bekende risico's – dient te geschieden met inachtneming van de concrete omstandigheden van het geval.⁴¹⁹ Een treffende illustratie biedt het nu te bespreken arrest Eurosportief/Wesselink.⁴²⁰

p. 233; en HR 25 november 2005, *NJ* 2007, 141 m.nt. C.J.H. Brunner (Eurosportief/Wesselink), r.o. 3.4.2, besproken in par. 4.3.14.

415 Vgl. voor deze terminologie de JOR-annotatie van F.M.A. 't Hart bij Hof Amsterdam 6 oktober 2009, *LJN* BJ9715, *JOR* 2009, 298, sub 16.

416 Vgl. bijv. Hof Leeuwarden 29 juni 2006, *LJN* BN0792, waarin het ging om een werknemer van een betonfabriek die op de werkplek werd gebeld en daardoor van een 'triltafel' viel. In beide feitelijke instanties spitst het debat zich toe op de vraag of de werkgever het telefoneren op de werkplek had moeten verbieden c.q. daarvoor had moeten waarschuwen, terwijl de vraag of de werkplek als zodanig voldeed aan de eisen van art. 7:658 lid 1 BW ogenschijnlijk buiten beschouwing blijft. Zie voor vergelijkbare kritiek par. 4.3.1, met verwijzing naar Hof Arnhem 26 mei 2009, *LJN* BJ0833, *NJF* 2009, 357.

417 Vgl. HR 5 november 1965, *NJ* 1966, 136 m.nt. GJS (Kelderluik), besproken in par. 4.1.3.

418 Vgl. ook (in de contractuele sfeer) par. 3.7.9, waar bleek dat de algemene bekendheid van het gevaar van bodemverontreiniging door ondergrondse olietanks meebrengt dat de verkoper van een woning die bekend is met de aanwezigheid van zo'n olietank, de koper hierop zal moeten attenderen.

419 Van Boom e.a. 2010, p. 42, die de nadruk leggen op 'het relatieve en contextgebonden karakter' van feiten van algemene bekendheid.

420 HR 25 november 2005, *NJ* 2007, 141 m.nt. C.J.H. Brunner (Eurosportief/Wesselink).

4.3.14 Vervolg; Eurosportief/Wesselink

Kuipers, echtgenote van verweerder in cassatie Wesselink, nam deel aan een skeelercursus voor beginners, georganiseerd door Eurosportief. De lessen werden gegeven door instructeur Heesink, op een geasfalteerde skeelerbaan. Voorafgaand aan de eerste les is door Heesink aan de cursisten verteld dat zij een valhelm konden pakken 'als ze daar behoefte aan hadden'. Het gebruik van pols-, elleboog- en kniebeschermers was daarentegen verplicht. Tijdens de derde les is Kuipers, die geen valhelm droeg, door een onbekende oorzaak op haar achterhoofd gevallen. Zij heeft hierdoor ernstig hersenletsel opgelopen, waaraan zij een dag later is overleden. Weduwnaar Wesselink vordert schadevergoeding van Eurosportief,⁴²¹ daartoe stellende dat Eurosportief onrechtmatig heeft gehandeld door niet van haar beginnende cursisten te verlangen dat deze een valhelm droegen. De rechtbank wees deze vordering af, met als motivering dat het 'op de verantwoordelijkheid van de deelnemer zelf aankomt', of hij tijdens de lessen gebruik maakt van een valhelm. Hof en Hoge Raad dachten daar anders over.

In appel nam het hof een uit art. 6:162 BW voortvloeiende waarschuwingsplicht van Eurosportief aan. Volgens het hof levert de skeelersport, juist voor de onderhavige categorie van onervaren cursisten, een verhoogd gevaar voor vallen en daaruit voortvloeiend (hoofd)letsel op (r.o. 4.5-4.6). Tegen deze achtergrond mag van de organisator van een skeelercursus worden verwacht, aldus het hof, 'dat de cursisten voorafgaande aan de cursus indringend worden gewaarschuwd voor die gevaren, aldus dat iedere cursist een afgewogen beslissing kan nemen om tijdens de lessen (en daarbuiten) beschermingsmiddelen te dragen' (r.o. 4.6). Het in casu door Heesink gedane aanbod om desgewenst een valhelm te gebruiken, had volgens het hof 'een louter vrijblijvend karakter' en kon daarom niet worden aangemerkt als 'een dringend advies aan de cursisten' (r.o. 4.7). Tegen deze achtergrond was Eurosportief tekortgeschoten in de op haar rustende 'zorgvuldigheidsverplichting om de cursisten minstgenomen dringend te adviseren een valhelm te dragen'. Als 'aspect' van dit vereiste van dringend advies had volgens het hof te gelden 'dat van de leraar in het kader van zijn voorbeeldfunctie jegens de cursisten kon worden gevergd dat hijzelf tijdens de lessen een helm zou hebben gedragen' (r.o. 4.8). Dat het in casu ging om 'de beoefening van een sport die het risico van vallen met zich brengt', maakt het voorgaande in de visie van het hof niet anders (r.o. 4.9).⁴²²

In cassatie klaagt Eurosportief onder meer dat het hof ten onrechte is voorbijgegaan aan haar betoog dat zij, door zorg te dragen voor een veilige

421 Het ging hier (dus) uitsluitend om overlidenschade in de zin van art. 6:108 BW. Vgl. C.J.H. Brunner, die aan het slot van zijn NJ-annotatie zich erover verbaast dat partijen in casu 'met grote inzet' hebben gestreden over een 'betrekkelijk geringe materiële schade'.

422 Zie voor dit alles 's hofs tussenarrest d.d. 18 oktober 2003.

skeelerbaan en voldoende beschermingsmateriaal, reeds aan haar zorgplicht had voldaan. Deze klacht mist volgens de Hoge Raad feitelijke grondslag. Het hof had immers de getroffen maatregelen in casu *onvoldoende* geacht, zoals volgens de Hoge Raad besloten lag in 's hofs oordeel dat Eurosportief de cursisten minst genomen dringend had moeten adviseren een valhelm te dragen (r.o. 3.4.1).

Voorts betoogt Eurosportief dat het hof gewicht had moeten toekennen aan de omstandigheid dat Kuipers zich door deelname aan de skeelerkursus vrijwillig had blootgesteld aan het daaraan inherente risico van vallen, met eventueel hoofdletsel tot gevolg, 'welk risico van algemene bekendheid is en dus ook voor Kuipers kenbaar en te verwachten was'. De Hoge Raad verwerpt dit betoog (r.o. 3.4.2):

'Dat Kuipers zich vrijwillig heeft blootgesteld aan het risico van een val (op het hoofd) bevrijdde Eurosportief (...) niet noodzakelijkerwijs van haar aansprakelijkheid ter zake van het niet treffen van de met het oog op dat risico bij een skeelerkursus voor beginners geboden veiligheidsmaatregelen'.

De overweging bevestigt dat ook in geval van verwezenlijking van algemeen bekende risico's de laedens aansprakelijk kan zijn wegens een gebrek aan adequate voorzorg, zoals hierboven reeds bleek in par. 4.3.13.

Ten slotte doet Eurosportief in cassatie een beroep op, wat men zou kunnen aanduiden als, de eigen onderzoeksplicht van Kuipers (vgl. par. 4.3.12). Volgens Eurosportief was met het verstrekken en verplicht laten dragen van pols-, elleboog- en kniebeschermers 'reeds voldoende aan Kuipers blijkt (...) gegeven van het risico van een val', zodat Kuipers, mede gezien het aanbod om gebruik te maken van een valhelm, 'heeft moeten begrijpen dat er ook sprake was van een (weliswaar veel kleiner, maar niet uit te sluiten) risico van hoofdletsel'. De Hoge Raad verwerpt dit betoog (r.o. 3.4.6):

'(D)eze klacht stuit af op het niet van een onjuiste rechtsopvatting blijk gevende oordeel van het hof dat voor het antwoord op de vraag of Eurosportief, organisator en leider van de skeelerkursus, dringend had moeten adviseren een valhelm te dragen, niet beslissend is dat Kuipers, beginnend cursist, zelf bedacht had moeten zijn op het risico van een val op het hoofd.'

De Hoge Raad laat dus de waarschuwplicht van Eurosportief, die cursisten 'dringend had moeten adviseren een valhelm te dragen', prevaleren boven de eigen onderzoeksplicht van Kuipers, die 'zelf bedacht had moeten zijn op het risico van een val op het hoofd'. Hoewel de gekozen formulering vraagtekens oproept (par. 4.3.15), valt voor het bereikte resultaat, gelet op de in par. 4.3.4 besproken gezichtspunten, veel te zeggen. Om te beginnen pleitte de *aard van de rechtsverhouding* tussen Eurosportief als professionele organisator van skeelerkursussen en Kuipers als onervaren cursiste als zodanig reeds voor het aannemen van een ruime waarschuwplicht van Eurosportief omtrent de

aan de cursus verbonden risico's. Niet onbelangrijk lijkt in dit verband dat Eurosportief behalve 'dader' ook contractuele wederpartij was, die zich had verbonden Kuipers in te wijden in de skeelersport.⁴²³ Ook de *aard van de betrokken belangen* pleitte duidelijk in het voordeel van Kuipers, nu er sprake was van dreigend levensgevaar, waarvoor Eurosportief zonder enig bezwaar – namelijk zonder extra kosten en ook zonder ernstige consequenties voor haar bedrijfsvoering en concurrentiepositie – had kunnen waarschuwen. Veelzeggend is dat Eurosportief naar aanleiding van het ongeval het gebruik van valhelmen alsnog verplicht heeft gesteld.⁴²⁴

De crux van de zaak is naar mijn indruk gelegen in de *aard van de betrokken informatie*. Het risico van ernstig hoofdletsel dat zich in casu had verwezenlijkt, kan worden beschouwd als een gekwalificeerde variant van het algemeen bekende risico dat deelnemers aan een skeelercursus ten val kunnen komen. Zo bezien had Kuipers allicht kunnen *beredeneren* dat zij hoofdletsel kon oplopen door deelname aan de skeelercursus, maar het ligt voor de hand dat zij – onervaren deelnemer als zij was – de betrokken risico's in eerste instantie vooral met schaafwonden en botbreuken heeft geassocieerd, juist omdat Eurosportief enkel het gebruik van pols-, elleboog- en kniebeschermers verplicht had voorgeschreven. Van de vrijblijvend aangeboden valhelmen ging in dit verband eerder een geruststellende dan een alarmerende werking uit, nu daarbij werd vermeld dat deze enkel waren bestemd voor wie 'daar behoefte aan hadden', terwijl een valhelm in werkelijkheid voor *alle* onervaren cursisten van (levens)belang bleek. Tegen deze achtergrond kan men zeggen dat het algemeen bekende risico van een valpartij in casu bijzonder ernstige proporties had aangenomen, die voor onervaren cursisten niet zonder meer voorzienbaar waren. In zoverre wás het betrokken risico – de reële dreiging van dodelijk letsel – voor onervaren cursisten niet genoegzaam bekend, zodat Eurosportief daarvoor, als professionele organisator van de cursus, had moeten waarschuwen. Een en ander is in overeenstemming met de observatie aan het slot van de voorgaande paragraaf, dat risico's in abstracto algemeen bekend maar niettemin in concreto onvoldoende voorzienbaar kunnen zijn.

4.3.15 Verhouding wederzijdse informatieplichten

Vanuit een dogmatisch perspectief roept het zojuist besproken arrest Eurosportief/Wesselink de vraag op naar de *verhouding* tussen de wederzijdse

423 Deze contractuele context komt in de procedure alleen tot uitdrukking in het (vergeefse) beroep van Eurosportief op een overeengekomen exoneratiebeding (zie r.o. 3.5.2). Voor het overige staat het beoordelingskader van art. 6:162 BW centraal.

424 Zie r.o. 3.1, sub v. Overigens impliceert dit als zodanig niet dat Eurosportief daartoe ook op voorhand reeds verplicht was (aldus bijv. terecht NJ-annotator C.J.H. Brunner). Vgl. over het hier dreigende gevaar van de *hindsight bias* par. 4.3.6.

informatieplichten uit hoofde van art. 6:162 BW, meer in het bijzonder tussen de waarschuwingsplicht van de laedens en de eigen onderzoeksplicht van de gelaedeerde. Bij de bespreking van het dwalingsleerstuk in hoofdstuk 3 werd, voor wat betreft de verhouding tussen de wederzijdse informatieplichten uit hoofde van art. 6:228 BW, gepleit voor het aannemen van een omslagpunt, in die zin dat de plicht tot informatieverstrekking van de ene partij ophoudt waar de plicht tot informatievergaring van de andere partij begint.⁴²⁵ Achtergrond was de tweezijdige benadering die voor de invulling van precontractuele informatieplichten doorslaggevend is (par. 3.5.4). Nu in het aansprakelijkheidsrecht op vergelijkbare wijze gewicht wordt toegekend aan de gerechtvaardigde verwachtingen over en weer (par. 4.2.10), ligt het mijns inziens voor de hand ook hier uit te gaan van een dergelijk omslagpunt.⁴²⁶ Dienovereenkomstig werd hierboven reeds betoogd dat de delictuele waarschuwingsplicht zich niet behoort uit te strekken tot gevaren die bij de gelaedeerde genoegzaam bekend mogen worden verondersteld (par. 4.3.12).

In het zojuist besproken arrest Eurosportief/Wesselink lijkt de Hoge Raad een andere benadering te kiezen.⁴²⁷ In r.o. 3.4.6 overweegt hij immers 'dat voor het antwoord op de vraag of Eurosportief, organisator en leider van de skeelercursus, dringend had moeten adviseren een valhelm te dragen, niet beslissend is dat Kuipers, beginnend cursist, zelf bedacht had moeten zijn op het risico van een val op het hoofd'. Kennelijk kan in de visie van de Hoge Raad de delictuele waarschuwingsplicht ook betrekking hebben op risico's waarop de benadeelde 'zelf bedacht had moeten zijn'. Aldus construeert het college een potentiële overlap tussen de waarschuwingsplicht van de laedens en de onderzoeksplicht van de gelaedeerde, vergelijkbaar met de overlap die in het dwalingsleerstuk tussen mededelingsplicht en onderzoeksplicht wordt aanvaard (par. 3.6.13).

Gelet op hetgeen hierboven werd opgemerkt over 'common sense warnings' (par. 4.3.13), vind ik die benadering minder gelukkig. Uiteraard dient de laedens bij het al of niet verstrekken van een waarschuwing rekening te houden met een zekere mate van onoplettendheid van de potentiële slachtoffers, maar deze verplichting tot anticipatie op onvoorzichtig gedrag is niet oneindig (par. 4.3.3). Van Dam betoogt terecht dat een waarschuwingsplicht geldt 'indien moet worden aangenomen dat de ander geen weet heeft van

425 Zie par. 3.6.13 e.v., waar overigens bleek dat de heersende leer tegenwoordig een andere benadering prefereert, waarin tussen mededelingsplicht en onderzoeksplicht in potentie overlap bestaat.

426 Vgl. par. 2.3.1, waar meer in algemene zin werd gepleit voor een dergelijke complementaire benadering van wederzijdse informatieplichten. Zie par. 5.3.6 voor een nadere uitwerking (vanuit een breder perspectief).

427 HR 25 november 2005, NJ 2007, 141 m.nt. C.J.H. Brunner (Eurosportief/Wesselink). Vgl. echter ook HR 26 september 2003, NJ 2003, 660 (Gekantelde vrachtwagen), r.o. 3.8, waarin de Hoge Raad van een 'omslagpunt' lijkt uit te gaan (par. 4.4.7).

een voor hem relevant risico *of zich dat risico onvoldoende realiseert*.⁴²⁸ De ge-cursiveerde toevoeging is van belang, omdat zij bewerkstelligt dat in een geval als Eurosportief/Wesselink, waarin het slachtoffer strikt genomen op de hoogte kon zijn van het betrokken risico, maar zich daarvan begrijpelijkerwijze – en voorzienbaar voor de laedens – niet voldoende *bewust* is geweest, niettemin schending van een waarschuwingsplicht kan worden aangenomen. Aldus strekt de waarschuwingsplicht – terecht – ook tot bescherming van slachtoffers die beter hadden kunnen weten. De Hoge Raad gaat echter naar mijn smaak te ver, waar hij oordeelt dat de waarschuwingsplicht mede strekt tot bescherming van slachtoffers die beter hadden *moeten* weten. Een zodanige opvatting bombardeert de waarschuwingsplicht tot ‘idiotensicher’. Daarmee is mijns inziens niemand gebaat, ook de potentiële slachtoffers niet.

4.3.16 Vervolg; waarschuwingsplicht prevaleert

Het voorgaande heeft tevens consequenties voor het leerstuk van de *eigen schuld* (art. 6:101 BW). In par. 3.6.14 werd reeds betoogd dat in geval van dwaling wegens schending van een precontractuele informatieplicht geen plaats zou moeten zijn voor een beroep op eigen schuld wegens schending van een onderzoeksplicht, omdat de gelding van een informatieplicht aan de zijde van de wederpartij impliceert dat de dwalende had mogen *vertrouwen* op een adequate informatieverstrekking. In de delictuele sfeer zou ik willen pleiten voor een vergelijkbare ‘digitale’ benadering van de wederzijdse informatieplichten. Aangenomen dat de laedens op grond van art. 6:162 BW aansprakelijk is wegens schending van een delictuele waarschuwingsplicht, ligt het mijns inziens niet voor de hand in het kader van art. 6:101 BW alsnog te oordelen dat de gelaedeerde de schade wegens schending van een onderzoeksplicht (mede) aan zichzelf heeft te wijten. De geldende waarschuwingsplicht berust immers op de gedachte dat de laedens in dit verband *rekening moest houden* met onoplettendheid van het slachtoffer (vgl. par. 4.3.3). Neemt men in het kader van art. 6:101 BW een onderzoeksplicht van de gelaedeerde aan, dan ondergraaft men met terugwerkende kracht het op art. 6:162 BW gebaseerde oordeel dat de laedens meer risico heeft genomen dan redelijkerwijs verantwoord was, door de gelaedeerde niet te waarschuwen. Evenals in de contractuele sfeer zou ik dus willen betogen dat de eigen schuld van het slachtoffer in geval van schending van een delictuele waarschuwingsplicht slechts betrekking kan hebben op andere omstandigheden dan een gebrek aan eigen onderzoek omtrent de informatie die door de wederpartij had moeten worden verstrekt.⁴²⁹ Het niet of onvoldoende onderzoeken van risico’s waarvoor men

428 Van Dam 2000, nr. 823 (curs. toegevoegd).

429 Vgl. par. 3.6.14. Zie par. 5.3.6 voor een nadere uitwerking (vanuit een breder perspectief).

naar maatstaven van zorgvuldigheid had moeten worden gewaarschuwd levert, met andere woorden, in mijn visie geen eigen schuld op.

Een en ander kan worden geïllustreerd aan de hand van het in par. 4.3.14 besproken arrest Eurosportief/Wesselink.⁴³⁰ In feitelijke instanties betwistte Eurosportief niet alleen dat zij onrechtmatig had gehandeld door een waarschuwing voor het risico van hoofdletsel achterwege te laten, maar deed zij tevens een beroep op eigen schuld van Kuipers. Daartoe voerde Eurosportief aan wat zij ook aan haar primaire verweer ten grondslag had gelegd, namelijk dat Kuipers bekend mocht worden verondersteld met het risico van een valpartij, dat Kuipers (derhalve) zelf verantwoordelijk was voor het dragen van een valhelm en dat zij vrijwillig had deelgenomen aan de skeeler-cursus.⁴³¹ Het hof oordeelde, zoals bleek in par. 4.3.14, dat op Eurosportief de verplichting rustte Kuipers 'dringend te adviseren een valhelm te dragen'. Tegen deze achtergrond nam het hof volledige aansprakelijkheid van Eurosportief aan, zonder nog (expliciet) aandacht te besteden aan het vraagstuk van de eigen schuld. De Hoge Raad sanctioneert deze benadering, 'omdat het hof kennelijk en niet onbegrijpelijk in de stellingen van Eurosportief (...) niet een, tegenover de schuld van Eurosportief die gelegen is in het nalaten van een dringend advies een valhelm te dragen, voldoende toegelicht beroep op eigen schuld heeft gelezen' (r.o. 3.6).

De overweging roept associaties op met de bekende prioriteitsregels uit het dwalingsleerstuk, op grond waarvan een precontractuele mededelings- of waarheidsplicht in beginsel prevaleert boven de eigen onderzoeksplicht van de dwalende. In par. 3.6.18 werden deze regels in verband gebracht met de regulering van het processuele debat. Indien de wederpartij wordt aangesproken wegens schending van een precontractuele informatieplicht, is de enkele verwijzing naar de onderzoeksplicht van de dwalende in termen van juridische retoriek 'not a sufficient answer', zo werd betoogd tegen de achtergrond van de Engelse klassieker *Redgrave v Hurd*.⁴³² Een vergelijkbare gedachte kan worden toegepast op het arrest Eurosportief/Wesselink. Ervan uitgaande dat Eurosportief onervaren cursisten als Kuipers dringend had moeten adviseren een valhelm te dragen, is de enkele stelling dat Kuipers bekend mocht worden verondersteld met het risico van een valpartij, geen sterk verweer. In de aanvaarding van de onderhavige waarschuwingsplicht ligt immers besloten dat Kuipers zich, vanwege haar gebrek aan ervaring, juist niet behoefde te realiseren dat het algemeen bekende risico van een valpartij in casu ook het risico van een dodelijke val op het hoofd omvatte (par. 4.3.14). In zoverre was mét de aanvaarding van de onderhavige waarschuwingsplicht ook de eigen schuld van Kuipers een gepasseerd station. De processuele rolverdeling tussen partijen bracht mee dat Eurosportief in het kader van art. 6:101 BW

430 HR 25 november 2005, NJ 2007, 141 m.nt. C.J.H. Brunner (Eurosportief/Wesselink).

431 Zie onderdeel III.2.1 van het cassatiemiddel van Eurosportief.

432 *Redgrave v Hurd* [1881] LR 20 Ch.D. 1, besproken in par. 3.6.15.

diende aan te geven waarom Kuipers *overigens*, dat wil zeggen áfgezien van haar veronachtzaming van het risico van hoofdletsel (waarvoor Eurosportief haar immers had moeten waarschuwen), de schade mede aan zichzelf te wijten had.⁴³³

Een en ander betekent – analoog aan hetgeen in par. 3.6.14 werd betoogd betreffende de contractuele sfeer – dat in geval van schending van een delictuele waarschuwingsplicht de eigen schuld van het slachtoffer moet worden gezocht op een ander niveau, bijvoorbeeld in de sfeer van de risicoaanvaarding. In die zin kan men zeggen dat de waarschuwingsplicht van de laedens – evenals de mededelingsplicht in de precontractuele fase – prevaleert boven de eigen onderzoeksplicht van het slachtoffer.

4.3.17 Tussenconclusie

Hierboven is gebleken dat uit de maatschappelijke zorgvuldigheid van art. 6:162 lid 2 BW wederzijdse informatieplichten van laedens en gelaedeerde kunnen voortvloeien. Voor het aannemen van een *waarschuwingsplicht* aan de zijde van de laedens is, zo bleek in par. 4.3.2 e.v., tenminste vereist dat de laedens wist of behoorde te weten van (i) het betrokken risico, (ii) de dreigende schade en (iii) de potentiële onoplettendheid van het slachtoffer. Uitgaande van deze drie basisvereisten moet vervolgens, in het licht van de omstandigheden van het geval, worden beoordeeld of de laedens (iv) naar maatstaven van zorgvuldigheid was gehouden tot een waarschuwing (par. 4.3.4). Beslis-send is daarbij of de laedens meer risico heeft genomen dan redelijkerwijs verantwoord was, door de gelaedeerde niet te waarschuwen (par. 4.2.10). De aard van de rechtsverhouding, de aard van de betrokken informatie en de aard van de betrokken belangen kunnen in dit verband dienen als gezichtspunten (par. 4.3.4). Laatstgenoemd gezichtspunt komt meer concreet tot uitdrukking in de bekende Kelderluikfactoren, die in situaties van gevaarstelling het vaste beoordelingskader vormen (par. 4.3.5 e.v.). Voor de *inhoud* van de delictuele waarschuwingsplicht geldt de zogenaamde Jetblast-norm, die meebrengt dat een waarschuwing zodanig moet worden vormgegeven, dat daarvan redelijkerwijs het beoogde resultaat – vermindering van de betrokken risico's door de potentiële slachtoffers – mag worden verwacht (par. 4.3.7).

De delictuele *onderzoeksplicht* van de laedens is, op vergelijkbare wijze als de waarschuwingsplicht, onderworpen aan een kennisvereiste. Voor het aannemen van onzorgvuldigheid wegens schending van een onderzoeksplicht is, zo bleek in par. 4.3.9, tenminste vereist dat de laedens wist of behoorde

433 De stelling van Eurosportief dat Kuipers zich in casu *vrijwillig* had blootgesteld aan het normale, aan skeeleren inherente risico van een valpartij (sub III.2.1 van het cassatiemiddel) ging wellicht in die richting, maar blijkbaar achtten hof en Hoge Raad deze stelling onvoldoende onderbouwd.

te weten van de theoretische *mogelijkheid* dat het betrokken risico zich zou verwezenlijken (de 'generieke causaliteit'). Of hij de actuele dreiging daadwerkelijk had moeten onderzoeken, hangt vervolgens af van een nadere toetsing aan de maatstaven van maatschappelijke zorgvuldigheid. Beslissend is, ook hier, of de laedens meer risico heeft genomen dan onder de gegeven omstandigheden redelijkerwijs verantwoord was (par. 4.2.10). De aard van de rechtsverhouding, de aard van de betrokken informatie en de aard van de betrokken belangen kunnen in dit verband, opnieuw, een rol spelen als gezichtspunten. Toepassing van deze gezichtspunten mag overigens niet leiden tot de aanvaarding van een onderzoeksplicht met betrekking tot objectief onbekende risico's, omdat zulks een miskenning van het genoemde kennisvereiste zou opleveren (par. 4.3.11).

De waarschuwingsplicht en de onderzoeksplicht van de laedens vinden hun complement in de eigen *onderzoeksplicht van de gelaedeerde* (par. 4.3.12 e.v.). In het licht van de gerechtvaardigde verwachtingen over en weer (par. 4.2.10) moet worden beoordeeld of onder de gegeven omstandigheden een informatieplicht van de laedens, dan wel een onderzoeksplicht van de gelaedeerde heeft te gelden. Wat betreft de delictuele waarschuwingsplicht heb ik in par. 4.3.13 betoogd dat deze zich níet behoort uit te strekken tot risico's waarmee de gelaedeerde reeds genoegzaam bekend mocht worden verondersteld, zoals algemeen bekende risico's. In het verlengde hiervan heb ik in par. 4.3.15 e.v. gepleit voor het aannemen van een 'omslagpunt' tussen de wederzijdse informatieplichten. Overigens lijkt de Hoge Raad, getuige het in par. 4.3.14 besproken arrest Eurosportief/Wesselink, uit te gaan van een andere benadering, waarin tussen de waarschuwingsplicht van de laedens en de onderzoeksplicht van de gelaedeerde een potentiële 'overlap' bestaat.

Al met al is de aanvaarding van delictuele informatieplichten uit hoofde van de maatschappelijke zorgvuldigheid in hoge mate afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Ter illustratie volgt hieronder een inventarisatie van de betreffende jurisprudentie. Deze inventarisatie wordt toegespitst op gevallen van *gevaarzetting*. In par. 4.1.3 bleek reeds dat het gevaarzettingsleerstuk goede aanknopingspunten biedt voor een samenhangende beschouwing van het zorgvuldigheidsvraagstuk als geheel, met name omdat de Hoge Raad op dit terrein een algemeen beoordelingskader voor onzorgvuldig gedrag heeft ontwikkeld, in de vorm van de Kelderluikfactoren. Tegen die achtergrond worden hieronder vier categorieën van gevaarzetting behandeld, die tezamen een representatief beeld geven van de delictuele informatieplichten in hun totaliteit.

Allereerst komen de klassieke gevallen van 'fysieke gevaarzetting' aan de orde, waarin de gelding van delictuele informatieplichten wordt afgeleid uit het gevaarzettend handelen van de laedens zelf (par. 4.4.1 e.v.). Hiertegenover staan de gevallen van 'zuiver nalaten', waarin juist de passiviteit van de laedens – het achterwege laten van veiligheidsmaatregelen ten aanzien van gevaren die hij niet zelf heeft veroorzaakt – centraal staat (par. 4.4.3 e.v.). In

het verlengde daarvan liggen de gevallen van schending van een 'bijzondere zorgplicht', waarin de laedens wordt verweten dat hij, ondanks een speciale relatie met het slachtoffer of met de plaats van het ongeval, geen maatregelen heeft getroffen ter voorkoming van de verwezenlijking van een (al of niet door hem zelf veroorzaakt) gevaar (par. 4.4.5 e.v.). De laatste hieronder te bespreken categorie heeft betrekking op de gevallen waarin schade ontstaat door de verwezenlijking van 'bijzondere risico's' in verband met het gebruik van gevaarlijke stoffen of gebrekkige zaken (par. 4.4.8 e.v.). Ook hier is het niet zozeer het gevaarlijk handelen van de laedens dat centraal staat, maar veeleer de gevaarlijkheid of gebrekkigheid van een door hem gebruikte stof of zaak.

4.4 ONRECHTMATIGE DAAD; CASUÏSTIEK

4.4.1 Fysieke gevaarzetting

Het meest klassieke toepassingsgebied van de delictuele waarschuwingplicht wordt gevormd door de gevallen van 'fysieke gevaarzetting'. Het gaat hier om gevallen waarin de laedens uit eigen beweging een fysiek gevaar voor personen of zaken creëert. Men denke aan het openzetten van een kelderluik of het doorzagen van een balkonleuning.⁴³⁴ Deze gevallen onderscheiden zich van de hieronder te bespreken gevallen van 'zuiver nalaten' (par. 4.4.3 e.v.), doordat de laedens hier wordt aangesproken wegens de verwezenlijking van een gevaar dat hij zélf in het leven heeft geroepen. Het verwijt dat hier de laedens wordt gemaakt, is derhalve niet zozeer dat hij een waarschuwingplicht heeft geschonden, als wel dat hij een *gevaar* heeft gecreëerd zonder daarvoor te waarschuwen of anderszins voorzorgsmaatregelen te treffen (vgl. par. 4.3.1). Hierin is ook het onderscheid gelegen met de in par. 4.4.5 e.v. besproken gevallen, waarin de schending van een 'bijzondere zorgplicht' centraal staat, los van de vraag of de laedens het betrokken gevaar zelf heeft veroorzaakt. Het onderscheid met de in par. 4.4.8 e.v. te behandelen 'bijzondere risico's' is gelegen in het feit dat bij fysieke gevaarzetting de handeling van de laedens *als zodanig* gevaar oplevert, zonder dat dit is terug te voeren op de bijzonder gevaarlijke eigenschappen van een door de laedens gebruikte stof of zaak. Een goed functionerend kelderluik levert bijvoorbeeld geen gevaar op, zolang de laedens dat luik niet (op een onbewaakt moment) *opent*. Juist de fysieke gedraging van de laedens kwalificeert hier het gevaar.

Op het eerste gezicht lijkt de aanvaarding van een delictuele waarschuwingplicht in gevallen van fysieke gevaarzetting zonder meer voor de hand te liggen. De gedachte dringt zich op dat degene die uit eigen beweging,

434 Vgl. HR 5 november 1965, *NJ* 1966, 136 m.nt. GJS (Kelderluik), besproken in par. 4.1.3; en HR 11 februari 1955, *NJ* 1955, 218 m.nt. LEHR (Doorgezaagde balkonleuning), besproken in par. 2.1.3.

welbewust en zonder noodzaak een fysiek gevaar voor anderen creëert, vanzelfsprekend tot het treffen van voorzorgsmaatregelen is gehouden, juist omdat hier het gevaarzettende *initiatief* geheel van hem uitgaat.⁴³⁵ Men kan deze gedachte beschouwen als uitvloeisel van de *aard van de betrokken informatie* (vgl. par. 4.3.4), in die zin dat de kennis, benodigd voor het tijdig treffen van adequate voorzorgsmaatregelen in de hier bedoelde gevallen logischerwijze bij de laedens berust. Als gevaarzettende partij is hij bij uitstek in staat te anticiperen op het door hem zelf gecreëerde risico. Deze redenering is echter niet altijd doorslaggevend, aangezien ook het *slachtoffer* bekend kan zijn met de bedoelde informatie, derhalve met de dreiging van het gevaar en de noodzaak tot het treffen van voorzorgsmaatregelen. Alsdan ligt het aannemen van een delictuele waarschuwingsplicht juist minder voor de hand (vgl. par. 4.3.13).

Illustratief is de rechtspraak over valpartijen op pas gedweilde vloeren, waarin het vaak draait om de vraag of de laedens – de beheerder van de gedweilde vloer c.q. het schoonmaakbedrijf – had moeten waarschuwen voor het door hem gecreëerde fysieke gevaar ('caution: wet floor'). De tendens van deze rechtspraak lijkt te zijn dat voor *normale* vormen van gladheid, voortvloeiend uit reguliere schoonmaakwerkzaamheden en eenvoudig waarneembaar voor de potentiële slachtoffers, niet behoeft te worden gewaarschuwd.⁴³⁶ *Bijzondere* vormen van gladheid, die 'niet aanstonds te zien' zijn (vanwege de aard van de vloer of het gebruikte schoonmaakmiddel) en waarop de potentiële slachtoffers ook niet goed kunnen anticiperen omdat het dweilen niet op 'vaste tijden en/of dagen' plaatsvindt, kunnen daarentegen wel onrechtmatigheid opleveren.⁴³⁷ Onder die omstandigheden pleit de *aard van de betrokken informatie* voor het aannemen van een delictuele waarschuwingsplicht, aangezien de kennis omtrent het betrokken risico hier beter toegankelijk is voor de schoonmakende partij dan voor de potentiële slachtoffers.

Behalve de aard van de betrokken informatie zijn ook de overige in par. 4.3.4 genoemde gezichtspunten relevant. De *aard van de betrokken rechtsverhouding* speelt bijvoorbeeld een rol, indien een werkgever op de werkvloer een fysiek gevaar voor zijn werknemers creëert. Blijkens art. 7:658 lid 1 BW heeft de werkgever in dit verband een vergaande zorgplicht, uit hoofde van zijn contractuele (arbeids)relatie met de potentiële slachtoffers (par. 4.6.1). Dienovereenkomstig overwoog de Hoge Raad in het arrest Bayar/Wijnen uit 2005 dat de werkgever die een gevaarlijke machine toepast, dient te onderzoeken 'of afdoende preventieve maatregelen mogelijk zijn dan wel of een veiliger wer-

435 Vgl. bijv. de uitspraak van het hof die leidde tot HR 9 december 1994, *NJ* 1996, 403 m.nt. CJHB (Zwiepende tak), besproken in par. 4.4.2.

436 Vgl. de jurisprudentie, vermeld in *Onrechtmatige daad I* (Jansen), art. 162, lid 2, aant. 95.3.1.

437 Aldus bijv. Hof Amsterdam 26 januari 2010, *LJN* BO7591, *NJF* 2010, 155, r.o. 3.5.1. Het gebruik van een emmer met de aanduiding 'caution: wet floor' achtte het hof i.c. onvoldoende, o.m. vanwege het gebrek aan contrast tussen de kleur van deze emmer en de opdruk (r.o. 3.6.2). Vgl. voorts de (overige) jurisprudentie, vermeld in *Onrechtmatige daad I* (Jansen), art. 162, lid 2, aant. 95.3.2.

king van de machine mogelijk is, en, zo dat niet het geval is, of op een voldoende effectieve wijze voor het gevaar kan worden gewaarschuwd'.⁴³⁸ In dit verband staat dus het streven naar *fysieke* veiligheidsmaatregelen voorop. Slechts indien zulke maatregelen onmogelijk zijn, kan de werkgever met een waarschuwing volstaan, mits hij daartoe een 'voldoende effectieve wijze' kiest.

De *aard van de betrokken belangen* zal in gevallen van fysieke gevaarzetting veelal in het voordeel van de potentiële slachtoffers pleiten. Meer in het bijzonder brengen de Kelderluikfactoren (par. 4.3.5) mee, dat ter beperking van fysiek gevaar voor personen of zaken doorgaans vergaande maatregelen moeten worden getroffen. Zo overwoog de Hoge Raad in het arrest Turnongeval, betreffende een turnster die bij een gevaarlijke oefening uit de ringen viel, dat, nu hier sprake was van een 'risico van zeer ernstig letsel', het treffen van 'bijzondere maatregelen ter voorkoming of beperking van de gevolgen' geboden was. Het feit dat die maatregelen 'wellicht niet in alle gevallen voldoende' waren om de gevolgen te voorkomen of aanzienlijk te beperken, deed daaraan volgens de Hoge Raad niet af.⁴³⁹ Van belang is voorts in dit verband dat degene die een fysiek gevaar voor personen of zaken creëert, rekening moet houden met *onoplettendheid* van de potentiële slachtoffers (vgl. par. 4.3.3). Illustratief is het klassieke arrest over de 'doorgezaagde balkonleuning', waarin werd geoordeeld dat de bewoner die zojuist had waargenomen hoe een timmerman zijn balkonleuning doorzaagde, niettemin voor het betreffende risico moest worden gewaarschuwd, omdat de timmerman rekening diende te houden 'met de mogelijkheid zelfs van een zekere onvoorzichtigheid'.⁴⁴⁰

Nochtans pleit de *aard van de betrokken belangen* niet in alle gevallen van fysieke gevaarzetting voor het slachtoffer. Met name indien de kans op ongevallen door verwezenlijking van het betrokken gevaar zeer gering is, behoeft daarvoor normaliter niet te worden gewaarschuwd (vgl. par. 4.3.5). Om die reden was bijvoorbeeld de fysieke gevaarzetting van mevrouw Bey, die bij een bushalte een stap naar achteren deed, resulterend in het vallen van mevrouw Guyt, niet onrechtmatig.⁴⁴¹ Ook de *aard van de betrokken rechtsverhouding* speelde daarbij allicht een rol. Van der Grinten concludeert uit het arrest instemmend dat voetgangers zich als 'gewone mensen' mogen gedragen.⁴⁴² Meer in het algemeen zal het creëren van een gering fysiek gevaar in een informele setting doorgaans geen onrechtmatigheid opleveren. Illustratief is het volgende arrest, waarin werd geoordeeld dat boswandelaars elkaar in

438 HR 11 november 2005, *NJ* 2008, 460 m.nt. G.J.J. Heerma van Voss onder 465 (Bayar/Wijnen), r.o. 3.3.2, besproken in par. 4.6.4.

439 HR 6 oktober 1995, *NJ* 1998, 190 m.nt. CJHB (Turnongeval), r.o. 3.4.

440 HR 11 februari 1955, *NJ* 1955, 218 m.nt. LEHR (Doorgezaagde balkonleuning), besproken in par. 2.1.3.

441 HR 11 december 1987, *NJ* 1988, 393 m.nt. G (Bushalte), besproken in par. 4.2.10.

442 Aldus de *NJ*-annotatie van W.C.L. van der Grinten bij het Bushalte-arrest, sub 1.

beginsel niet behoeven te waarschuwen voor het fysieke gevaar van een 'zwiepende tak'.⁴⁴³

4.4.2 Vervolg; Zwiepende tak

Tijdens een boswandeling geeft de 17-jarige Werink, in aanwezigheid van Hudepohl en twee andere jongens, een schop tegen een tak. Deze ogenschijnlijk onschuldige toedracht heeft vérgaande consequenties, doordat de tak terugzwiept en het rechteroog van Hudepohl raakt, resulterend in blindheid aan dat oog. In de onderhavige procedure stelt Hudepohl Werink uit hoofde van onrechtmatige daad aansprakelijk. Hij verwijt Werink 'zonder enige noodzaak en zonder te waarschuwen tegen een tak te hebben geschopt terwijl hij zich ervan bewust moet zijn geweest dat deze kon zwiepen en daardoor schade kon veroorzaken'.⁴⁴⁴

De rechtbank wil van een dergelijke waarschuwingsplicht onder boswandelaars niet weten. Zij wijst de vordering af, daartoe overwegende (r.o. 7):

'Het – ook onachtzaam, zonder om te kijken – tijdens een boswandeling met vrienden tegen een tak schoppen behoort tot datgene dat de deelnemers van een zodanige wandeling redelijkerwijs van elkaar kunnen verwachten en kan niet worden geduid als een zodanig abnormaal gevaarlijke gedraging dat daarin de voor onrechtmatigheid vereiste maatschappelijke onzorgvuldigheid ligt besloten, en evenmin is de mate van waarschijnlijkheid van het als gevolg daarvan ontstaan van (oog)letsel groot genoeg om daardoor het niet-nalaten van het handelen als onzorgvuldig aan te merken.'

Men herkent hier de *aard van de rechtsverhouding* – de informele relatie tussen een groep vrienden die met elkaar een boswandeling maken – en de *aard van de betrokken belangen* – de geringe kans op ongevallen door het schoppen tegen een tak – als gezichtspunten voor het aannemen c.q. afwijzen van een delictuele waarschuwingsplicht.

Het hof kiest voor een minder genuanceerde benadering. Uitgangspunt moet zijn, aldus het hof in r.o. 3, 'dat Werink zonder noodzaak een schop tegen een tak heeft gegeven en Hudepohl zodoende letsel heeft toegebracht'. In deze nodeloze gevaarzetting ziet het hof een onrechtmatige daad (r.o. 5):

'Het schoppen tegen een tak tijdens een boswandeling is, ook al zou dat een niet ongebruikelijk verschijnsel zijn, slechts aanvaardbaar voor zover daardoor geen gevaar voor verwonding van mede-wandelaars ontstaat. Hudepohl behoefde op

443 HR 9 december 1994, NJ 1996, 403 m.nt. CJHB (Zwiepende tak).

444 Aldus de samenvatting van A-G de Vries Lentsch-Kostense in haar conclusie voor het arrest, sub 2.

een dergelijk gevaar niet verdacht te zijn (...). Werink had zich ervan moeten vergewissen dat hij zonder gevaar voor Hudepohl tegen een tak kon schoppen.’

Kennelijk rechtvaardigt in de visie van het hof reeds het gevaarzettende *initiatief* van Werink de gelding van een delictuele waarschuwingsplicht.⁴⁴⁵ Deze visie, die met de *aard van de betrokken informatie* in verband kan worden gebracht (par. 4.4.1), houdt in cassatie geen stand.

In r.o. 3.4 stelt de Hoge Raad voorop ‘dat niet reeds de enkele mogelijkheid van een ongeval, als verwezenlijking van aan een bepaald gedrag inherent gevaar, dat gedrag onrechtmatig doet zijn’. Deze overweging is in overeenstemming met de vaste regel dat gevaarzettend gedrag eerst onrechtmatig is, indien daardoor een groter risico wordt gecreëerd dan onder de gegeven omstandigheden *redelijkerwijs verantwoord* is (par. 4.2.10). Van een zodanig onverantwoord risico was volgens de Hoge Raad in casu niet gebleken. Met name had het hof geen onderzoek gedaan naar de ‘waarschijnlijkheid van een ongeval als het onderhavige’, aldus de Hoge Raad in r.o. 3.6, die hiermee verwijst naar de eerste twee Kelderluikfactoren (par. 4.3.5). Meer in het bijzonder had het hof niets vastgesteld omtrent ‘de positie, soort en afmetingen van de tak, alsmede de wijze waarop Werink tegen de tak had geschopt, in verband met de plaats waar Hudepohl zich toen ten opzichte van Werink bevond’. Tegen deze achtergrond acht de Hoge Raad de feitelijke basis van ‘s hofs onrechtmatigheidsoordeel – die goed beschouwd niet meer behelsde dan dat Werink tegen een tak had geschopt en dat Hudepohl daardoor in zijn rechteroog was getroffen – onvoldoende. Het college doet de zaak zelf af, door de vordering van Hudepohl ‘niet voor toewijzing vatbaar’ te verklaren (r.o. 3.6). Het vonnis van de rechtbank wordt bekrachtigd.⁴⁴⁶

Annotator Brunner toont zijn instemming met dit resultaat (sub 3):

‘Wie met anderen door struikgewas loopt (...) weet dat hij een tak tegen zich aan kan krijgen. De kans dat daarbij ernstig oogletsel ontstaat is waarschijnlijk miniem. Een algemene regel dat degene die voorop loopt telkens als hij een tak wegduwt of -schopt zich eerst moet vergewissen of een ander achter hem loopt en dan moet waarschuwen, (...) bestaat niet. Daarvoor zou moeten vaststaan (...) dat de kans dat Hudepohl ernstig letsel zou oplopen, zo groot was dat Werink reeds daarom niet tegen de tak had mogen schoppen.’

Terecht signaleert Brunner dat iedere boswandelaar het potentiële gevaar van ‘zwiepende takken’ als zodanig kent. Hiermee is niet gezegd dat nimmer voor zwiepende takken behoefte te worden gewaarschuwd. Risico’s die in abstracto ‘voorzienbaar’ zijn, kunnen immers in concreto voor de potentiële slachtoffers

445 Vgl. de conclusie van A-G De Vries Lentsch-Kostense, sub 10, die meent dat het hof ‘kennelijk zwaar [heeft] laten wegen dat de handeling zonder enige noodzaak werd verricht’.

446 *Anders* de conclusie van A-G De Vries Lentsch-Kostense, die meende dat ‘s hofs oordeel, als verweven met waarderingen van feitelijke aard (conclusie, sub 7), in stand kon blijven.

onvoldoende 'zichtbaar' zijn (vgl. par. 4.3.13). Het zal echter afhangen van de omstandigheden van het geval, en meer in het bijzonder van de kans op ongevallen, of voor zulke risico's moet worden gewaarschuwd. In zijn hierboven geciteerde overweging wijst de Hoge Raad met name op het belang van de kenmerken van de tak, de wijze van schoppen ertegen en de afstand tussen Werink en Hudepohl. Nu het hof daaromtrent niets bijzonders had vastgesteld, moest worden aangenomen dat de kans op ongevallen als het onderhavige (in abstracto) inderdaad 'miniem' was, zoals Brunner terecht betoogt. Daarvan uitgaande was het terecht dat een waarschuwingsplicht hier van de hand werd gewezen. Zouden boswandelaars elkaar telkens moeten waarschuwen voor ieder denkbaar risico van zwiepende takken, dan zouden zij spoedig door de bomen het bos niet meer zien.

4.4.3 Zuiver nalaten

Gevaarlijke situaties zijn veelal te wijten aan enigerlei vorm van 'nalatigheid'. Dat bleek in de hierboven besproken gevallen van fysieke gevaarstelling, waar telkens een tekort aan waarschuwingen of (andere) veiligheidsmaatregelen centraal stond. Strikt genomen is de onrechtmatigheid hier echter niet gelegen in het achterwege laten van adequate voorzorg, maar in de veroorzaking van een gevaar zonder afdoende beveiliging (vgl. par. 4.3.1). De Franse literatuur brengt dit treffend tot uitdrukking door te spreken van 'l'abstention dans l'action'.⁴⁴⁷ Het gaat hier dus gewoonweg om aansprakelijkheid voor actief gevaarzettend handelen. Dat ligt anders in de gevallen van 'zuiver nalaten', waarin de laedens wordt aangesproken wegens de verwezenlijking van risico's die hij niet zelf in het leven heeft geroepen. De gedachte is dan dat de laedens (niet voor het ontstaan maar) voor het *voortbestaan* van deze risico's verantwoordelijk is, nu hij de gelaedeerde daarvoor onvoldoende heeft gewaarschuwd c.q. onvoldoende (andere) veiligheidsmaatregelen heeft getroffen. De enkele nalatigheid, zonder voorafgaand gevaarzettend handelen, wordt hier aangegrepen als grondslag voor onzorgvuldigheid.

Het moge duidelijk zijn dat aansprakelijkheid in geval van zuiver nalaten⁴⁴⁸ op zichzelf niet erg voor de hand ligt. Het aannemen van een rechtsplicht tot handelen ten aanzien van risico's die men niet zelf heeft gecreëerd voert immers ver. Ieder mens verkeert voortdurend in de situatie dat hij schade 'laat' ontstaan en het behoeft geen betoog dat dit niet steeds tot aansprakelijk-

447 Zie bijv. Chabas 1998, nr. 465.

448 Ter vermijding van misverstand zij opgemerkt dat de term 'nalaten' hier in beginsel neutraal moet worden opgevat, als het achterwege laten van *mogelijke* voorzorgsmaatregelen. De normatieve betekenis van 'verzuimen', derhalve het achterwege laten van *rechtens vereiste* voorzorgsmaatregelen, verkrijgt de term pas na kwalificatie van het passieve gedrag van de laedens als onrechtmatige daad. Vgl. Schut 1963, p. 61-62, die tegen deze achtergrond de voorkeur geeft aan de neutrale (maar minder courante) term 'laten'.

heid kan leiden.⁴⁴⁹ Het is kennelijk tegen deze achtergrond, dat de Hoge Raad in het hieronder te bespreken arrest Struikelende broodbezorger heeft geoordeeld dat zuiver nalaten slechts onrechtmatig is, indien de ernst van het betrokken risico 'tot het bewustzijn van de waarnemer is doorgedrongen'.⁴⁵⁰ Dienovereenkomstig wordt in de literatuur aangenomen dat voor aansprakelijkheid wegens zuiver nalaten *concrete kennis* van het betrokken risico aan de zijde van de laedens is vereist.⁴⁵¹ Deze subjectivering van het kennisvereiste⁴⁵² is kennelijk ingegeven door het ontbreken van een handeling als objectief aanknopingspunt voor onrechtmatigheid. Tjong Tjin Tai verwoordt het als volgt:

'Bij aansprakelijkheid voor nalaten is het nalaten omschreven doordat het gaat om aansprakelijkheid voor een (onrechtmatige) *daad*. Van een daad is evenwel sprake als er een zeker oogmerk tot een handeling is (...). Het moet dus gaan om een *daad die een nalaten inhoudt*. Opdat er sprake is van een daad, is er een bewustzijn nodig dat er aanleiding is om te handelen, een bewustzijn van een plicht tot handelen. Die aanleiding moet gevonden zijn in de directe waarneming. (...) Hieruit volgt tevens dat wie de aanleiding niet daadwerkelijk heeft waargenomen, niet aansprakelijk is, geen *daad* heeft gepleegd.'⁴⁵³

Bij gebreke van een 'daad' verschuift dus het onrechtmatigheidsperspectief hier naar de dader. Dat is op zichzelf begrijpelijk, maar het valt niet onmiddellijk in te zien waarom diens kennis in dit verband zuiver subjectief moet worden opgevat. Waarom zou de dader niet aansprakelijk kunnen zijn wegens zuiver nalaten ten aanzien van een risico dat hij onder de gegeven omstandigheden *behoorde* te kennen? Is de hier bedoelde objectivering niet karakteristiek voor de zorgvuldigheidstoetsing in het algemeen (vgl. par. 4.2.12)? Tjong Tjin

449 *Anders* art. 4:103 PETL, dat een min of meer algemene zorgplicht ter zake van zuiver nalaten aanvaardt, indien 'the seriousness of the harm on the one side and the ease of avoiding the damage on the other side point towards such a duty'. In par. 2.9.4 bleek reeds dat deze bepaling niet op een Europese 'communis opinio' berust.

450 HR 22 november 1974, *NJ* 1975, 149 m.nt. GJS (Struikelende broodbezorger), besproken in par. 4.4.4. Aldus ook HR 2 februari 2001, *NJ* 2002, 379 m.nt. HJS (S./Vonk Beheer), r.o. 3.4, betreffende de beroepsaansprakelijkheid van een belastingadviseur. Zie voorts de jurisprudentie op het terrein van de gevaarzetting, vermeld in *Onrechtmatige daad I* (Jansen), art. 162, lid 2, aant. 89.2.

451 Zie bijv. Van Dam 1995, p. 98; Van Dam 2000, nr. 1606; Kortmann 2006, p. 385; Tjong Tjin Tai 2006, p. 161-162; Jansen 2007, p. 224; Tjong Tjin Tai 2007, p. 2544-2545; en Van Maanen in Spier e.a. 2009, nr. 53. Zie ook de conclusie van A-G Timmerman voor HR 12 september 2008, *LJN* BD7596, *RvdW* 2008, 840 (Van Dusseldorp qq/Coutts), sub 3.2; en de conclusie van A-G Keus voor HR 29 april 2011, *LJN* BP0567, *NJ* 2011, 406 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (Melchemie/Delbanco c.s.), sub 2.9, 3.10.

452 Zie nader Jansen 2006, p. 47, waar wordt signaleerd dat de hier vereiste kennis niet alleen subjectief maar ook specifiek is, zodat behalve objectivering ook generalisering lijkt te zijn uitgesloten (vgl. par. 4.2.12).

453 Tjong Tjin Tai 2006, p. 161.

Tai meent dat objectivering in geval van zuiver nalaten is uitgesloten, omdat anders het onmogelijke van de laedens zou worden gevergd:

‘Het gaat bij zuiver nalaten erom of het individu had moeten handelen, en een vereiste daarvoor is dat hij *kon* handelen. (...) Van iemand die een activiteit onderneemt, mogen we verwachten dat hij in staat is die activiteit zorgvuldig uit te voeren, of anders daarvan afziet. Daar is een objectieve toets van zijn kennis en vaardigheden op zijn plaats. (...) Bij een zuiver nalaten daarentegen is de oorzaak van de schade buiten het individu om gelegen en gaat het er alleen om of hij kon helpen om de schade te voorkomen doch dat ten onrechte heeft nagelaten. Als hij evenwel niet daadwerkelijk de vaardigheden of de kennis bezat die voor het voorkomen nodig waren, kon hij daadwerkelijk niets doen en staat zijn nalaten niet in causaal verband met het ontstaan van de schade. (...) Er is geen plicht om voortdurend in staat te zijn te helpen.’⁴⁵⁴

Inderdaad pleit deze gedachtegang voor terughoudendheid in geval van zuiver nalaten. Een absoluut beletsel voor iedere vorm van objectivering zie ik daarin niet. Veelzeggend is dat het Franse recht de mogelijkheid van objectivering op dit terrein uitdrukkelijk aanvaardt.⁴⁵⁵ In dit verband zij ook bedacht dat subjectieve kennis in de door de Hoge Raad bedoelde zin, de daadwerkelijke *bewustheid* van het concrete gevaar, in de praktijk moeilijk te bewijzen is.⁴⁵⁶ In het dwalingsleerstuk speelt een vergelijkbaar probleem, dat daar wordt ondervangen door aan te nemen dat de mededelingsplicht van art. 6:228 lid 1 sub b BW mede betrekking heeft op feiten die men *geacht mag worden te kennen* (par. 3.6.2). De achterliggende gedachte is dat aldus chicaneuze verweren van de wederpartij worden vermeden.⁴⁵⁷ Op het terrein van de aansprakelijkheid voor zuiver nalaten zou ik willen pleiten voor een vergelijkbare, minimale vorm van objectivering.⁴⁵⁸ Deze biedt uitkomst in gevallen waarin, zoals Barendrecht en Van den Akker signaleren, het betrokken risico ‘moeilijk aan de aandacht ontsnapt kan zijn’, zonder dat daadwerkelijke bewustheid kan worden bewezen.⁴⁵⁹

Voor de hier bepleite objectivering bestaat temeer aanleiding, nu volgens de heersende leer concrete kennis van het betrokken risico als zodanig niet *voldoende* is voor het aannemen van aansprakelijkheid wegens zuiver nalaten.

454 Tjong Tjin Tai 2007, p. 2545. Zie in gelijke zin de hieronder in par. 4.4.4 geciteerde overweging van A-G Berger in zijn conclusie voor HR 22 november 1974, NJ 1975, 149 m.nt. GJS (Struikelende broodbezorger).

455 Zie bijv. Chabas 1998, nr. 465, waar als zorgvuldigheidsnorm voor zuiver nalaten wordt voorgesteld ‘ce qu’aurait fait une personne avisée placée dans les mêmes circonstances’. Vgl. ook Tjong Tjin Tai 2007, p. 2544-2545, die deze Franse visie onderkent maar verwerpt.

456 Zie nader over het bewijs van kennis par. 5.2.3.

457 Vgl. Hijma 1991b, p. 663, noot 5.

458 Aldus reeds Jansen 2007, p. 224-225.

459 Barendrecht & Van den Akker 1991, p. 115. Vgl. ook de NJ-annotatie van H.J. Snijders bij HR 2 februari 2001, NJ 2002, 379 (S./Vonk Beheer), sub 4d-4e.

Zo zal tevens sprake moeten zijn van de dreiging van *ernstig letsel*.⁴⁶⁰ Dit betekent bijvoorbeeld dat zuiver nalaten in concernverhoudingen, resulterend in vermogensschade van schuldeisers of aandeelhouders van een vennootschap, normaliter niet (op deze voet) tot aansprakelijkheid zal leiden.⁴⁶¹ Men herkent hier de *aard van de betrokken belangen* als gezichtspunt voor onrechtmatigheid (par. 4.3.4). Meer in het bijzonder spelen op dit terrein ook de bekende Kelderluikfactoren een rol (par. 4.3.5). Dienovereenkomstig wordt in de literatuur aangenomen dat voor aansprakelijkheid wegens zuiver nalaten tevens is vereist dat de laedens daadwerkelijk de *mogelijkheid* had om in te grijpen en dat tussen de bezwaarlijkheid van eventuele voorzorgsmaatregelen enerzijds en de ernst van het betrokken risico anderzijds een *redelijke verhouding* bestond.⁴⁶² Voorts wordt als vereiste gesteld dat de laedens zich ervan bewust was dat het potentiële slachtoffer onder de gegeven omstandigheden niet zélf voor zijn belangen kon opkomen, derhalve *hulpbehoevend* was.⁴⁶³ Hier weerklinkt het bovengenoemde basisvereiste, te weten dat de ernst van het betrokken risico tot het bewustzijn van de laedens is doorgedrongen. In het nu te bespreken arrest Struikelende broodbezorger heeft de Hoge Raad een en ander nader uitgewerkt.⁴⁶⁴

4.4.4 Vervolg; Struikelende broodbezorger

Op 27 maart 1970 kwam broodbezorger De Coninck met zijn bakkersmand ten val toen hij, aangekomen bij het erf van de familie Heddema, struikelde over een laag boven de grond gespannen touwtje. De kinderen Heddema, de kleuters Trudy en Maurice, hadden met dat touwtje gespeeld en waren ten tijde van de valpartij nog steeds ter plaatse, maar hadden nagelaten de broodbezorger te waarschuwen. Laatstgenoemde liep ernstig letsel op, resulterend in arbeidsongeschiktheid. Hij stelde de ouders Heddema aansprakelijk voor het onrechtmatig handelen van hun kinderen, dat volgens De Coninck was gelegen in de schending van een *waarschuwingsplicht*. In beide feitelijke instanties werd deze vordering toegewezen. Pas in cassatie keert het tij.

460 Zie bijv. Van Dam 1995, p. 98 (sub a); Van Dam 2000, nr. 1606 (sub a); en Van Maanen in Spier e.a. 2009, nr. 53 (2^e vereiste).

461 Aldus bijv. Van Andel 2006, p. 50. Vgl. ook de conclusie van A-G Timmerman voor HR 12 september 2008, LjN BD7596, RvdW 2008, 840 (Van Dusseldorp qq/Coutts), sub 3.3. Overigens lijkt aansprakelijkheid wel denkbaar in geval van schending van een *bijzondere zorgplicht*. Zie bijv. Kortmann 2006, p. 387; Bartman & Dorrestein 2009, p. 279; en Huizink 2010, p. 16 e.v. Zie verder par. 4.4.5.

462 Zie bijv. Van Dam 1995, p. 98 (sub b-c); Van Dam 2000, nr. 1606 (sub b-c); en Van Maanen in Spier e.a. 2009, nr. 53 (3^e en 4^e vereiste).

463 Zie bijv. Van Dam 1995, p. 98-99 (sub d); Van Dam 2000, nr. 1606 (sub d); en de annotatie van G.J. Scholten bij het arrest Struikelende broodbezorger (HR 22 november 1974, NJ 1975, 149), aan het slot.

464 HR 22 november 1974, NJ 1975, 149 m.nt. GJS (Struikelende broodbezorger).

Feitelijk uitgangspunt was in deze zaak – bij gebrek aan beter bewijs – dat Trudy en Maurice het bewuste touwtje, waarmee zij op hun erf hadden gespeeld, niet zelf hadden gespannen. De raadsman van de ouders Heddema beweerde in dit verband dat de kleuters ‘nog geen knopen konden leggen’.⁴⁶⁵ De rechtbank zag hierin geen beletsel voor aansprakelijkheid van de ouders. Door namelijk het touwtje ‘te laten hangen’, zonder ervoor te waarschuwen, hadden de kinderen volgens de rechtbank reeds onrechtmatig gehandeld, welke onrechtmatige daad in casu aan de ouders kon worden toegerekend.⁴⁶⁶ Het hof dacht er ook zo over, maar verfijnde de redenering door uitdrukkelijk in het midden te laten ‘of en in hoeverre willekeurige derden bij het ontdekken van deze acute gevaarsituatie rechtens verplicht zouden zijn deze op te heffen of daarvoor te waarschuwen’. Volgens het hof moest een dergelijke ‘rechtsplicht’ in ieder geval worden aangenomen wanneer, zoals in casu, ‘deze gevaarsituatie wordt waargenomen op het eigen erf, aangezien men hiervoor een in het maatschappelijk verkeer aanvaarde en daardoor rechtens relevante verantwoordelijkheid draagt’. Ter verduidelijking voegde het hof nog toe dat de jeugdige leeftijd van de kinderen ‘wel hun schuld aan maar niet de onrechtmatigheid van hun nalaten kan opheffen’.

In cassatie klagten de ouders Heddema met succes over deze objectivering van ‘s hofs onrechtmatigheidsoordeel. Volgens de ouders heeft het hof miskend dat van een rechtsplicht tot het treffen van veiligheidsmaatregelen ten aanzien van een gevaar dat men niet zelf heeft gecreëerd slechts sprake kan zijn ‘indien degeen, die het nemen van deze veiligheidsmaatregelen nalaat, het aan de gevaarsituatie verbonden gevaar als zodanig heeft onderkend of heeft moeten onderkennen’. Volgens de ouders betekent dit ‘dat bij deze vorm van onrechtmatig nalaten de schuld (...) de onrechtmatigheid determineert’. Advocaat-Generaal Berger denkt er precies zo over. Hij overweegt:

‘Aan de hier door het Hof ook voor de kinderen Heddema aangenomen zorgvuldighedenorm (de door het Hof genoemde rechtsplicht) konden die kinderen onmogelijk voldoen, omdat zij de voorwaarde tot gelding van die norm niet konden vervullen nl. het waarnemen op eigen erf van een acute gevaarsituatie. (...) Men kan het ook zo formuleren: aan de kinderen Heddema kan niet worden verweten, dat zij hebben nagelaten de gevaarsituatie op eigen erf op te heffen of er voor te waarschuwen, omdat zij die gevaarsituatie niet als zodanig hebben kunnen onderkennen. Verval van de schuld neemt i.c. mede de grondslag van de onrechtmatigheid weg en daarmee die van de aansprakelijkheid van de ouders.’⁴⁶⁷

Ook de Hoge Raad meent dat het hof onvoldoende aandacht heeft gehad voor de kennis van de kinderen omtrent het onderhavige gevaar. Hij gaat zelfs een

465 Aldus annotator G.J. Scholten, onder verwijzing naar de (niet-gepubliceerde) pleitnota.

466 Wettelijk kader was art. 1403 lid 2 (oud) BW, de voorloper van het huidige art. 6:169 BW.

467 Aldus de conclusie van A-G Berger voor het arrest Struikelende broodbezorger. Zie in gelijke zin de hierboven in par. 4.4.3 geciteerde passage bij Tjong Tjin Tai 2007, p. 2545.

stap verder dan de opsteller van het cassatiemiddel en A-G Berger, door namelijk in dit verband te kiezen voor een zuiver subjectieve toets. In principiële bewoordingen overweegt de Hoge Raad:

‘dat (...) van een rechtsplicht om een waargenomen gevaarssituatie voor het ontstaan waarvan men niet verantwoordelijk is, op te heffen of anderen daarvoor te waarschuwen, in het algemeen ook voor volwassenen alleen sprake kan zijn, wanneer de ernst van het gevaar dat die situatie voor anderen meebrengt tot het bewustzijn van de waarnemer is doorgedrongen, zulks behoudens het bestaan van bijzondere verplichtingen tot zorg en oplettendheid zoals kunnen voortvloeien uit een speciale relatie met het slachtoffer of met de plaats waar de gevaarssituatie zich voordoet’.

Nu uit 's hofs arrest niet bleek dat het onderhavige gevaar tot het *bewustzijn* van de kinderen was doorgedrongen, terwijl volgens de Hoge Raad voor hen ook geen bijzondere zorgplicht gold ten opzichte van het eigen erf,⁴⁶⁸ getuigde 's hofs onrechtmatigheidsoordeel van een onjuiste rechtsopvatting.

Annotator G.J. Scholten toont zijn instemming met de door de Hoge Raad gekozen subjectieve onrechtmatigheidstoets. Iedere waarnemer ziet ‘zo ontzettend veel onrechtmatige situaties’, aldus Scholten, ‘dat het onevenwichtig zou zijn hem rechtens te verplichten daaraan iets te doen’. In par. 4.4.3 werd reeds betoogd dat dit argument, dat in de discussies over zuiver nalaten telkens terugkeert, geen dwingend beletsel vormt voor objectivering. Frappant is dat de ouders Heddema in hun cassatiemiddel hadden aangevoerd dat voor onrechtmatigheid wegens zuiver nalaten is vereist dat de dader het betrokken gevaar ‘heeft onderkend of heeft moeten onderkennen’. Vergelijkbaar is de visie van A-G Berger, die meende dat het erom ging of de kinderen het gevaar hadden ‘kunnen onderkennen’. Beide benaderingen laten, anders dan die van de Hoge Raad, ruimte voor objectivering, met name in gevallen waarin het bewijs van daadwerkelijke bewustheid onmogelijk blijkt. Met de afkeuring van 's hofs zuiver objectieve toetsing kan men gevoeglijk instemmen in een geval waarin het ging om het zuiver nalaten van twee spelende kleuters. De geheel subjectieve benadering die de Hoge Raad daartegenover stelt, schiet echter naar mijn mening haar doel voorbij.

4.4.5 Bijzondere zorgplichten

Kern van het zojuist besproken arrest Struikelende broodbezorger is dat degene die een gevaar waarneemt dat hij niet zelf heeft gecreëerd, slechts gehouden is tot het treffen van veiligheidsmaatregelen, indien de ernst van dat gevaar tot zijn bewustzijn is doorgedrongen. Uit de in par. 4.4.4 geciteerde rechtsover-

468 Zie nader over de hier bedoelde bijzondere zorgplichten par. 4.4.5 e.v.

weging blijkt dat de Hoge Raad in dit verband een *uitzondering* maakt voor waarnemers op wie 'bijzondere verplichtingen tot zorg en oplettendheid' rusten. Ten aanzien van zulke zorgplichtige waarnemers is dus wél de hierboven bepleite objectivering mogelijk.

Gemeenschappelijk kenmerk van de hier bedoelde bijzondere zorgplichten is dat zij van de laedens verlangen dat deze de belangen van potentiële slachtoffers tot op zekere hoogte *actief* behartigt. In verband met de beschermingsstrekking van deze zorgplichten dient de laedens daarbij rekening te houden met een zekere mate van onoplettendheid en onvoorzichtigheid van de potentiële slachtoffers.⁴⁶⁹ De invulling van de bijzondere zorgplichten dient volgens vaste jurisprudentie te geschieden met inachtneming van de omstandigheden van het geval.⁴⁷⁰ Zoals alle ongeschreven zorgvuldigheidsnormen zijn zij dus *contextgebonden* van aard (vgl. par. 4.2.10). Van belang is in dit verband dat toepassing van een bijzondere zorgplicht er niet toe mag leiden dat in feite een risico-aansprakelijkheid wordt gecreëerd voor personen of instanties op wie de zorgplicht rust. Illustratief is het arrest Prikpatiëntje, waarin werd geoordeeld dat niet 'iedere mogelijkheid van flauwvallen van patiënten' een ziekenhuis verplicht tot het nemen van voorzorgsmaatregelen, 'ongeacht kosten of andere bezwaren verbonden aan zulke maatregelen'.⁴⁷¹ Meer in het algemeen wordt van personen of instanties met een bijzondere zorgplicht niet steeds het uiterste gevergd, zoals blijkt uit het in par. 4.4.7 te bespreken arrest Gekantelde vrachtwagen.⁴⁷²

Afgezien van het voorgaande kunnen over de hier behandelde zorgplichten, gelet op hun samenhang met de omstandigheden van het geval, weinig algemene uitspraken worden gedaan. Wel kan een globale typering worden gegeven van het soort situaties waarin deze zorgplichten een rol spelen. In het arrest Struikelende broodbezorger noemt de Hoge Raad immers een tweetal concrete aanknopingspunten voor de aanvaarding ervan. Bijzondere zorgplichten kunnen volgens de Hoge Raad met name voortvloeien uit 'een speciale

469 Aldus bijv. HR 20 maart 1992, *NJ* 1993, 547 m.nt. CJHB (Bussluit), r.o. 3.3; HR 26 september 2003, *NJ* 2003, 660 (Gekantelde vrachtwagen), r.o. 3.6. Vgl. ook HR 27 mei 1988, *NJ* 1989, 29 m.nt. G (Veenbroei), besproken in par. 4.4.6; en HR 28 mei 2004, *NJ* 2005, 105 m.nt. CJHB (Jetblast), besproken in par. 4.3.8.

470 Aldus bijv. HR 9 oktober 1981, *NJ* 1982, 332 m.nt. CJHB (Waterschap Bargerbeek/Juurlink), r.o. 2; HR 12 mei 1995, *NJ* 1996, 118 m.nt. JdB ('t Ruige Veld), r.o. 3.6.2; HR 9 januari 1998, *NJ* 1999, 285 (MeesPierson/Ten Bos c.s.), r.o. 3.6.2; en HR 26 september 2003, *NJ* 2003, 660 (Gekantelde vrachtwagen), r.o. 3.6.

471 HR 6 november 1981, *NJ* 1982, 567 m.nt. CJHB (Prikpatiëntje), r.o. 3. Van belang was daarbij dat het onderhavige 'plotselinge' flauwvallen van het patiëntje zich volgens het hof 'slechts bij hoge uitzondering' voordeed.

472 HR 26 september 2003, *NJ* 2003, 660 (Gekantelde vrachtwagen).

relatie met het slachtoffer of met de plaats waar de gevaarssituatie zich voordoet'.⁴⁷³

Het eerste aanknopingspunt, de speciale relatie met het *slachtoffer*, kan in verband worden gebracht met de *aard van de rechtsverhouding* als gezichtspunt voor onrechtmatigheid (par. 4.3.4). Annotator Scholten noemt als voorbeeld de situatie dat men een slecht ziend persoon helpt met oversteken, zonder hem te wijzen op een obstakel.⁴⁷⁴ In het verlengde hiervan ligt de bijzondere zorgplicht van een psychiatrische inrichting, die volgens de Hoge Raad gehouden is 'zo veel als redelijkerwijs mogelijk erop toe te zien dat [patiënten] derden (of zichzelf) geen schade toebrengen'.⁴⁷⁵ Voorts kan bijvoorbeeld worden gewezen op de bijzondere zorgplichten van beroepsbeoefenaren en (andere) dienstverleners (par. 4.8.1), die eveneens samenhangen met de bijzondere rechtsverhouding tussen laedens en gelaedeerde. In de bancaire sfeer – derhalve buiten het terrein van de gevaarstelling – overwoog de Hoge Raad bijvoorbeeld 'dat de maatschappelijke functie van [een bank] een bijzondere zorgplicht meebrengt, zowel jegens haar cliënten uit hoofde van de met hen bestaande contractuele verhouding, als ten opzichte van derden met wier belangen zij rekening behoort te houden op grond van hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt'.⁴⁷⁶

Het tweede aanknopingspunt, een speciale relatie met de *plaats* waar het gevaar zich voordoet, was bijvoorbeeld aan de orde in het klassieke arrest over de Zutphense juffrouw.⁴⁷⁷ Doordat zij als enige toegang had tot de hoofdkraan waarmee de watertoevoer van de gesprongen leiding kon worden afgesloten, teneinde schade aan een voorraad leer van haar onderbuurman te voorkomen, nam de juffrouw – in de woorden van Huydecoper⁴⁷⁸ – een 'sleutelpositie' in, resulterend in een bijzondere zorgplicht als hier bedoeld.⁴⁷⁹ Ook de in art. 7:658 lid 1 BW verankerde zorgplicht van werkgevers met betrekking tot de veiligheid van de werksfeer kan tot de plaats van de gevaar-

473 Zie HR 22 november 1974, *NJ* 1975, 149 m.nt. GJS (Struikelende broodbezorger), besproken in par. 4.4.4. Vgl. ook Van Dam 1995, p. 48 en 71 e.v., die eveneens ruimte ziet voor bijzondere zorgplichten in geval van een speciale relatie tussen de waarnemer en degene die het gevaar heeft *gecreëerd*.

474 Zie de NJ-annotatie van G.J. Scholten bij het arrest Struikelende broodbezorger.

475 HR 12 mei 1995, *NJ* 1996, 118 m.nt. JdB ('t Ruijge Veld). Zie nader over de bijzondere zorgplichten van ziekenhuizen, psychiatrische inrichtingen en scholen Onrechtmatige daad I (Jansen), art. 162, lid 2, aant. 90.5.

476 HR 9 januari 1998, *NJ* 1999, 285 (MeesPierson/Ten Bos c.s.), r.o. 3.6.2, waarover nader par. 4.8.3.

477 HR 10 juni 1910, *W* 9038 (Zutphense juffrouw).

478 Zie de conclusie van A-G Huydecoper voor HR 25 november 2005, *NJ* 2009, 550 m.nt. P.B. Hugenholtz onder 551 (Lycos/Pessers), sub 45.

479 Vgl. de conclusie van A-G Huydecoper, sub 46, waar voor wat betreft de toepasselijkheid van bijzondere zorgplichten drie gevalstypen worden onderscheiden (het eerste ziet op de bedoelde 'sleutelpositie'). Overigens ging de Zutphense juffrouw destijds nog vrijuit, omdat haar nalaten geen strijd met de wet of inbreuk op een recht opleverde (par. 2.1.3).

zetting worden herleid, namelijk de werkvloer. Voorts kan in dit verband bijvoorbeeld worden gedacht aan de bijzondere zorgplichten van wegbeheerders en terreinbeheerders, die eveneens samenhangen met de plaats waar het gevaar zich voordoet (par. 4.4.6).

Overigens kunnen de ‘plaatsgebonden’ zorgplichten vaak tevens met de *aard van de rechtsverhouding* in verband worden gebracht. Dat geldt bijvoorbeeld voor de eerder genoemde zorgplicht van de werkgever uit hoofde van art. 7:658 lid 1 BW, die behalve aan de plaats van de werkvloer ook aan de contractuele (arbeids)relatie tussen de betrokken partijen is gekoppeld. Op vergelijkbare wijze kunnen de zorgplichten van wegbeheerders en terreinbeheerders in verband worden gebracht met een bijzondere rechtsverhouding tussen de betrokken partijen. Betoogd kan immers worden dat van beheerders van wegen en terreinen – evenals van beroepsbeoefenaren en dienstverleners – een zekere mate van deskundigheid en oplettendheid mag worden verwacht, omdat zij ten opzichte van het publiek, dat van de door hen beheerde wegen en terreinen gebruikmaakt, een ‘maatschappelijke functie’ vervullen. Tjong Tjin Tai stelt in dit verband dat wegbeheerders met een vorm van ‘systeemzorg’ zijn belast. De openbare weg kwalificeert in zijn visie als ‘een object, een systeem, dat onderdeel uitmaakt van het publiek domein, waardoor het publiek ook mag vertrouwen dat dit geen bijzondere gevaren oplevert’.⁴⁸⁰ Een en ander wordt bevestigd door de hieronder te bespreken jurisprudentie.

4.4.6 Vervolg; wegbeheerders en terreinbeheerders

Reeds in 1942 oordeelde de Hoge Raad dat op de beheerder van een weg ‘de verplichting rust er voor te waken, dat de toestand van het wegdek de veiligheid van personen en goederen, wier vervoer met de normale omzichtigheid langs zoo’n weg plaats vindt, niet in gevaar brengt’.⁴⁸¹ Uit deze bijzondere zorgplicht – die overigens ook van invloed is op de risicoaansprakelijkheid van art. 6:174 BW (par. 4.5.3) – is in de lagere rechtspraak bijvoorbeeld een verplichting tot regelmatige inspectie van het wegdek afgeleid.⁴⁸² Voorts is in dit verband bijvoorbeeld aanvaard dat een gemeente in haar hoedanigheid van wegbeheerder op de hoogte behoort te zijn van het ‘strooibeleid’ bij glad weer van haar buurgemeenten.⁴⁸³ Men zou in dergelijke jurisprudentie de gelding van een delictuele *onderzoeksplicht* aan de zijde van de wegbeheerder kunnen lezen (vgl. par. 4.3.9). Ratio is kennelijk, zoals aan het slot van de

480 Tjong Tjin Tai 2006, p. 158.

481 HR 9 januari 1942, *NJ* 1942, 295 (Wegdek Ferwerderadeel). Zie meer recent in gelijke zin bijv. HR 20 maart 1992, *NJ* 1993, 547 m.nt. CJHB (Bussluis), r.o. 3.3.

482 Zie de jurisprudentie, vermeld in *Onrechtmatige daad I* (Jansen), art. 162, lid 2, aant. 90.4, waaruit overigens blijkt dat de wegbeheerder (uiteraard) niet tot een voortdurende inspectie is gehouden. Zie voorts bijv. *Bauw* 2008, nr. 17.

483 Hof Arnhem 11 november 2003, *VR* 2004, 55, r.o. 2.11 (eindarrest).

voorgaande paragraaf reeds werd betoogd, de *aard van de rechtsverhouding* tussen wegbeheerders en weggebruikers, die niet alleen wordt gekenmerkt door deskundigheid aan de zijde van de wegbeheerder, maar (veelal) ook door diens officiële status als openbaar lichaam.

Behalve de aard van de rechtsverhouding speelt ook de *aard van de betrokken informatie* een rol, in die zin dat de beheerders van gevaarlijke wegen en/of terreinen doorgaans bij uitstek in staat zijn de ernst van het betrokken gevaar te beoordelen en de potentiële slachtoffers daarvoor tijdig te waarschuwen. Illustratief is het Veenbroei-arrest, waarin het ging om een vijfjarige jongen die bij het betreden van een buitendijks gebied brandwonden opliep als gevolg van 'veenbroei'. De Staat, beheerder van het betreffende gebied, had niet voor dit gevaar gewaarschuwd en evenmin het betreden van het gebied verboden. Volgens de Hoge Raad had het hof in casu terecht onrechtmatigheid aan de zijde van de Staat aangenomen. Daartoe werd de volgende 'regel' geformuleerd:

'Degene die de zorg voor een terrein heeft, handelt in strijd met hetgeen volgens het ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, wanneer hij, terwijl hij moet verwachten dat het publiek dit terrein zal betreden en weet dat zich op dit terrein een voor het publiek niet steeds waarneembaar gevaar als het onderhavige voordoet, dat aan het publiek niet bekend is, niettemin nalaat maatregelen te nemen zoals een ter plaatse kenbaar verbod het terrein te betreden of waarschuwing voor dit gevaar.'⁴⁸⁴

Uit de overweging blijkt dat de bijzondere zorgplicht van terreinbeheerders ook betrekking kan hebben op gevaren waarop de terreinbeheerder geen invloed heeft gehad, zoals natuurverschijnselen. Het verwijt dat hier de terreinbeheerder wordt gemaakt, is dan ook niet dat hij het gevaar in kwestie heeft *veroorzaakt*,⁴⁸⁵ maar dat hij, wetende van het bestaan ervan, het publiek daarvoor niet voldoende heeft *gewaarschuwd* of anderszins in bescherming heeft genomen. Daarvoor is wel vereist, zoals de Hoge Raad overweegt, dat de terreinbeheerder ter plaatse publiek moest verwachten en voorts dat hij wist dat dit publiek zelf onbekend was met het betrokken gevaar. Dit laatste vereiste is belangrijk, omdat het bewerkstelligt dat de terreinbeheerder niet is gehouden tot zinloze 'common sense warnings' (vgl. par. 4.3.13).

Het ligt voor de hand dat de uitkomst van het Veenbroei-arrest mede is ingegeven door de ernst van het betrokken gevaar, waarvan in dit geval een vijfjarige jongen het slachtoffer was geworden. Hier weerklinkt de *aard van de betrokken belangen* als gezichtspunt. Datzelfde gezichtspunt komt ook tot

484 HR 27 mei 1988, NJ 1989, 29 m.nt. G (Veenbroei), r.o. 3.2.

485 Zou de terreinbeheerder het gevaar zelf (mede) hebben veroorzaakt, dan is dat uiteraard een sterk argument voor onrechtmatigheid (vgl. Van Dam 1995, p. 54), maar in de meeste gevallen van schending van een bijzondere zorgplicht gaat het juist om *nalatigheid* van de beheerder (vgl. par. 4.4.1).

uitdrukking in de eerder genoemde jurisprudentie over wegbeheerders, die de weg zodanig moeten inrichten en onderhouden, dat deze de 'veiligheid van personen en zaken' niet in gevaar brengt. Illustratief is het Bussluit-arrest, waarin het ging om een taxi die, in strijd met een inrijverbod, de busbaan was opgereden en aldaar in een 'bussluit' was beland. De gemeente, die deze bussluit had aangelegd, was wegens schending van haar bijzondere zorgplicht voor de geleden schade aansprakelijk. In r.o. 3.3 voorziet de Hoge Raad die zorgplicht van een stevig fundament:

'Vooropgesteld moet worden dat in het algemeen op de gemeente die moet zorgen dat een openbare weg in goede staat verkeert, de plicht rust ervoor te zorgen dat de toestand van de weg de veiligheid van personen en zaken niet in gevaar brengt. Hieruit vloeit voort dat, wanneer de gemeente ter fysieke ondersteuning van verkeersmaatregelen een weg zodanig inricht dat deze zonder beveiligingsmaatregelen gevaar oplevert voor personen of zaken, zij door deugdelijke beveiligingsmaatregelen, zoals waarschuwingen, ervoor zorg behoort te dragen dat de veiligheid van personen en zaken voldoende gewaarborgd blijft, waarbij de gemeente mede in aanmerking heeft te nemen dat niet alle verkeersdeelnemers steeds de nodige voorzichtigheid en oplettendheid zullen betrachten. Indien deze veiligheid niet voldoende kan worden gewaarborgd, dient de gemeente van een zodanige inrichting van de weg af te zien.'⁴⁸⁶

Het belang van de verkeersveiligheid brengt dus mee dat de wegbeheerder die kiest voor een potentieel gevaarlijke weginrichting weggebruikers dient te waarschuwen of anderszins in bescherming te nemen, waarbij hij rekening moet houden met hun potentiële onvoorzichtigheid en onoplettendheid. In casu had de gemeente een inrijverbod op de busbaan afgekondigd en borden geplaatst met de aanduiding 'bussluit', voorzien van een bijbehorend pictogram. Desalniettemin waren tientallen auto's in de bussluit gereden.⁴⁸⁷ Tegen deze achtergrond achtte het Hof Amsterdam de getroffen veiligheidsmaatregelen onvoldoende, waarbij het met name van belang achtte dat 'het verschijnsel bussluit ten tijde van het ongeval geen algemene bekendheid genoot'.⁴⁸⁸ De Hoge Raad, die deze vaststelling in cassatie tot uitgangspunt neemt,⁴⁸⁹ laat 's hofs desbetreffende oordeel in stand (r.o. 3.3). Wel volgt vernietiging ter zake van het beroep van de gemeente op eigen schuld van de taxichauffeur (r.o. 3.4).

Korthals Altes heeft zich kritisch uitgelaten over het Bussluit-arrest. Hij acht het opmerkelijk dat de Hoge Raad in zijn geciteerde omschrijving van

486 HR 20 maart 1992, NJ 1993, 547 m.nt. CJHB (Bussluit), r.o. 3.3.

487 Zie r.o. 4.4 van 's hofs arrest.

488 Zie r.o. 4.6 van 's hofs arrest.

489 Zie r.o. 3.1 sub 2 van het arrest van de Hoge Raad. Zie instemmend de bijbehorende NJ-annotatie van C.J.H. Brunner, die meent 'dat het verschijnsel ook thans nog niet algemeen bekend is'.

de bijzondere zorgplicht van de wegbeheerder niet langer verwijst naar de 'normale omzichtigheid' van verkeersdeelnemers, die in het oudere arrest Wegdek Ferwerderadeel nog centraal stond. Volgens Korthals Altes getuigt het Bussluit-arrest van een ongerechtvaardigde 'compassie met een wetsovertreder'.⁴⁹⁰ Dat men verschillend over deze zaak kan oordelen, blijkt uit het arrest na verwijzing, waarin het Hof Den Haag alsnog 100 procent eigen schuld aan de zijde van de taxichauffeur aannam, kennelijk om de extreme consequenties van de door de Hoge Raad aanvaarde zorgplicht te vermijden.⁴⁹¹ Inmiddels heeft de Hoge Raad op het terrein van de wegbeheerdersaansprakelijkheid een nieuwe principiële uitspraak gedaan, waarin wél doorslaggevend gewicht werd toegekend aan de eigen verantwoordelijkheid van de weggebruiker. Ik doel op het arrest Gekantelde vrachtwagen, dat in de volgende paragraaf wordt behandeld.⁴⁹²

4.4.7 Vervolg; Gekantelde vrachtwagen

Op een oktoberavond rijdt een zwaarbeladen vrachtwagencombinatie vanaf de geasfalteerde Reeweg in Reimersdaal de Dankerseweg op. De Dankerseweg is een landelijke verbindingsweg, die openstaat voor alle verkeer, maar slechts verhard is met steenslag en grind. Op sommige plaatsen bedraagt de breedte van de weg niet meer dan twee tot tweeënhalve meter. De vrachtwagencombinatie is 2,45 meter breed, volgeladen met mest en weegt in totaal meer dan 43 ton. Op zulk zwaar transport blijkt de Dankerseweg niet berekend. Op een smal gedeelte zakt de combinatie door het wegdek, kantelt en belandt aldus in de naastgelegen sloot. Royal, de verzekeraar van de vrachtwagencombinatie, vordert schadevergoeding van het Waterschap Zeeuwse Eilanden, beheerder van de Dankerseweg, daartoe stellende dat het waterschap maatregelen had moeten treffen ter voorkoming van ongevallen als het onderhavige.

Het hof wees deze vordering (gedeeltelijk) toe, daartoe overwegende dat er in casu sprake was van 'een voor zwaar vrachtverkeer onveilige verkeerssituatie', waarvoor het waterschap als wegbeheerder 'in elk geval [had] moeten waarschuwen, bijvoorbeeld door adequate bebording' (r.o. 6). Anderzijds oordeelde het hof dat ook de bestuurder van de vrachtwagencombinatie onvoldoende voorzichtig was geweest, nu hij – als beroepschauffeur – bij het inrijden van de Dankerseweg moest hebben gezien dat deze onverhard en bijzonder smal was (r.o. 8-9). Tegen deze achtergrond werd de aansprakelijkheid van het waterschap met 50 procent verminderd wegens eigen schuld.

In cassatie klaagt het waterschap dat het hof heeft miskend 'dat een beroepschauffeur, die met een vrachtwagen van 2,45 m. breed en ruim 43 ton

490 Korthals Altes 2006, p. 188 e.v.

491 Zie Hof 's-Gravenhage 15 september 1994, VR 1995, 9.

492 HR 26 september 2003, NJ 2003, 660 (Gekantelde vrachtwagen).

zwaar vanaf een geasfalteerde weg een weg inrijdt die in een landelijk gebied ligt, die zeer smal is en aan beide kanten grenst aan een smalle berm en sloot en die slechts verhard is met grind en steenslag, op eigen risico een dergelijke weg inrijdt, zodat het Waterschap geen maatregelen hoeft te nemen althans niet hoeft te waarschuwen'.⁴⁹³

Deze klacht slaagt. In navolging van het hof neemt de Hoge Raad tot uitgangspunt dat de Dankerseweg voor zwaar vrachtverkeer onveilig was. Volledigheidshalve voegt hij hieraan toe 'dat het Waterschap – naar in het in zoverre niet bestreden oordeel van het hof besloten ligt – als wegbeheerder met deze voor het vrachtverkeer onveilige verkeerssituatie bekend was althans behoorde te zijn' (r.o. 3.5). Vervolgens vestigt de Hoge Raad de aandacht op het contextgebonden karakter van de bijzondere zorgplicht van het waterschap. Onder verwijzing naar het Kelderluik-arrest overweegt hij dat 'alleen in het licht van de omstandigheden van het gegeven geval' kan worden beoordeeld of het waterschap meer risico heeft genomen dan redelijkerwijs verantwoord was, door weggebruikers niet te waarschuwen voor het onderhavige gevaar (r.o. 3.6).⁴⁹⁴ In het verlengde hiervan oordeelt de Hoge Raad dat 'het enkele feit dat de weg niet geschikt was voor zwaar vrachtverkeer' als zodanig nog geen waarschuwingsplicht voor het Waterschap opleverde. 'Of die verplichting bestaat, hangt immers af van de omstandigheden van het geval', aldus de Hoge Raad in r.o. 3.8. De kern van het arrest volgt in r.o. 3.7:

'Gelet op de hiervoor in 3.6 vermelde maatstaven kan aan het Waterschap als wegbeheerder alleen dan worden verweten dat het onzorgvuldig is geweest en is het Waterschap alleen dan aansprakelijk voor de gevolgen van het ongeval wanneer het in de gegeven omstandigheden rekening had moeten houden met de mogelijkheid dat de bestuurder van een zware vrachtwagencombinatie als de onderhavige gebruik zou maken van de weg en dat deze bestuurder niet erop verdacht zou (kunnen) zijn dat de weg voor dat gebruik niet geschikt is en dus niet veilig is. Hieruit volgt dat de bedoelde aansprakelijkheid niet kan worden aangenomen wanneer deze omstandigheden meebrengen dat het ook voor de niet steeds oplettende en voorzichtige bestuurder aanstonds duidelijk had moeten zijn dat deze weg voor het gebruik daarvan door een zware vrachtwagencombinatie – hoogstwaarschijnlijk – ongeschikt was.'

Met abnormale vormen van onvoorzichtigheid behoefde het waterschap dus geen rekening te houden (vgl. par. 4.3.3). Met name indien voor iedere bestuurder 'aanstonds duidelijk had moeten zijn' dat de Dankerseweg niet geschikt was voor zwaar vrachtverkeer, gold voor het waterschap geen waarschuwingsplicht.

⁴⁹³ Cassatiemiddel, sub 6.

⁴⁹⁴ De Hoge Raad herhaalt in dit verband ook de bekende Kelderluik-factoren. Zie HR 5 november 1965, NJ 1966, 136 m.nt. GJS (Kelderluik), besproken in par. 4.1.3.

Tegen deze achtergrond volgt vernietiging. 'Niet uitgesloten is', aldus de Hoge Raad in r.o. 3.8, dat het gedrag van de chauffeur 'valt buiten de in het algemeen te vergen voorzichtigheid van een bestuurder van een zware vrachtwagen, zodat het Waterschap daarmee geen rekening behoefde te houden en daarom geen waarschuwingsplicht had'.⁴⁹⁵ Interessant is dat de Hoge Raad hier, anders dan in het arrest Eurosportief/Wesselink,⁴⁹⁶ lijkt uit te gaan van een 'omslagpunt' tussen de wederzijdse informatieplichten uit hoofde van art. 6:162 BW. De gedachte is kennelijk dat de waarschuwingsplicht *vervalt*, indien voor de chauffeur 'aanstonds duidelijk had moeten zijn' dat de Dankerseweg niet geschikt was voor zwaar vrachtverkeer. In par. 4.3.15 werd reeds betoogd dat een dergelijke 'digitale' benadering in dit verband de voorkeur verdient.

Na verwijzing oordeelde het Hof Amsterdam dat het waterschap inderdaad geen rekening behoefde te houden met het onderhavige rijgedrag van de chauffeur.⁴⁹⁷ Zowel 'de breedte van de weg' als 'het duidelijke karakter van de weg als verbindings-land-weggetje tussen doorgaande routes' hadden de chauffeur ervan moeten weerhouden de Dankerseweg in te rijden met zijn zware combinatie (r.o. 3.6). Zo al niet 'vanaf de eerste meter duidelijk was' dat de weg ongeschikt was voor het onderhavige gebruik, 'had dat zeker (en 'aanstonds') na de versmalling van de weg (...) tot hem door moeten dringen', aldus het hof (r.o. 3.8), dat overigens hiermee het door de Hoge Raad gebezigde begrippenpaar 'aanstonds duidelijk' wel enigszins oprekt.⁴⁹⁸

Al met al getuigt het arrest Gekantelde vrachtwagen van een behartigenswaardige visie op de delictuele waarschuwingsplicht in het algemeen en de wegbeheerdersaansprakelijkheid in het bijzonder. Zouden wegbeheerders gehouden zijn te waarschuwen voor gevaren die, ook voor niet steeds oplettende en voorzichtige bestuurders, 'aanstonds duidelijk' zijn, dan zouden onze openbare wegen spoedig overwoekerd worden door waarschuwingsborden.⁴⁹⁹ Het behoeft geen betoog dat de beoogde verkeersveiligheid daarmee niet zou zijn gebaat.⁵⁰⁰ Het arrest bevestigt dat van personen of instanties op wie een bijzondere zorgplicht rust, niet steeds het uiterste kan worden gevergd (par. 4.4.5). Ook bij de gelding van een bijzondere zorgplicht komt dus (nog) fundamenteel gewicht toe aan de eigen verantwoordelijkheid van de potentiële slachtoffers.

495 Zie in gelijke zin de conclusie van A-G Spier voor het arrest, sub 3.18.

496 HR 25 november 2005, *NJ* 2007, 141 m.nt. C.J.H. Brunner (Eurosportief/Wesselink), besproken in par. 4.3.14.

497 Hof Amsterdam 3 januari 2008, *NJ* 2008, 303, r.o. 3.4 e.v.

498 Men bedenke dat er voor de chauffeur, eenmaal aangekomen bij de versmalling, waarschijnlijk geen weg meer terug was.

499 Overigens vreest Hartlief dat dit sowieso zal gebeuren, omdat wegbeheerders 'niet afhankelijk willen zijn van antwoorden van rechters op de vraag 'wat voor een onvoorzichtige verkeersdeelnemer al dan niet aanstonds duidelijk is'. Zie Hartlief 2004c, p. 465.

500 Vgl. par. 4.3.13 over algemeen bekende risico's. Zie meer in het algemeen over het gevaar van 'information overload' par. 1.4.

4.4.8 Bijzondere risico's

De *Principles of European Tort Law* (PETL), besproken in par. 2.9.4, bevatten in art. 5:101 een interessante bepaling, die voorziet in een algemene risicoaansprakelijkheid voor 'abnormally dangerous activities'. Blijkens het tweede lid gaat het hier om activiteiten die 'a foreseeable and highly significant risk of damage' creëren. De toelichting noemt als voorbeelden onder meer het afsteken van groot vuurwerk of het opblazen van een gebouw.⁵⁰¹ Ook in het Nederlandse gevaarzettingsleerstuk kan een dergelijke categorie van 'bijzondere risico's' worden onderscheiden. Men denke met name aan de jurisprudentie over gevaarlijke stoffen en gebrekkige zaken.⁵⁰² De term 'bijzondere risico's' dient hier ter onderscheiding van de algemene risico's die aan iedere stof of zaak verbonden kunnen zijn. Zo is aan een fiets het algemene risico verbonden dat men daarmee betrokken raakt bij een verkeersongeval. Ontstaat daarentegen een ongeval als gevolg van een specifiek *gebrek* van de fiets, zoals defecte remmen, dan kan men spreken van de verwezenlijking van een bijzonder risico. Het verschil is dat in het laatstbedoelde geval de fiets zélf de bron van gevaar vormt, terwijl in het eerstbedoelde geval de *berijder* (of een andere verkeersdeelnemer) het gevaar veroorzaakt (vgl. par. 4.4.1).

De onderhavige categorie van bijzondere risico's wordt voor een belangrijk deel bestreken door de kwalitatieve aansprakelijkheden van afdeling 6.3.2 BW, die in par. 4.5 worden behandeld.⁵⁰³ Ook buiten het kader van deze risicoaansprakelijkheden nemen de bijzondere risico's echter een bijzondere plaats in. Globaal gesproken getuigt de jurisprudentie over gevaarlijke stoffen en gebrekkige zaken, ook waar het de schuldaansprakelijkheid van art. 6:162 BW betreft, van een zekere gestrengheid.⁵⁰⁴ Men denke bijvoorbeeld aan de bekende asbestjurisprudentie,⁵⁰⁵ die vooral aan de producenten van asbest tamelijk hoge zorgvuldigheidseisen stelt, zelfs met terugwerkende kracht over de periode waarin de risico's van asbest voor de volksgezondheid nog niet geheel waren uitgekristalliseerd.⁵⁰⁶ Tegen de achtergrond van de Kelderluikfactoren (par. 4.3.5) wekt deze gestrengheid geen verbazing, aangezien de kans op ongevallen en de ernst van de te verwachten gevolgen hier logischerwijze veel

501 Toelichting bij art. 5:101 PETL, p. 106, 109 (Koch).

502 Zie voor een inventarisatie Onrechtmatige daad I (Jansen), art. 162, lid 2, aant. 91. Het gaat hier overigens eerder om een globale typering dan om een strikt afgebakende categorie van gevallen.

503 Daaraan is ook de terminologie ontleend. Vgl. MvA II Inv., PG Boek 6 (Inv.), p. 1385, voor het juist genoemde voorbeeld van de defecte fiets. Vgl. ook MO, PG Boek 6, p. 748, p. 749, waar het voorbeeld wordt gegeven van een bierflesje, dat geen 'bijzonder gevaar' vertoont indien het van twintig meter hoogte naar beneden valt, maar wel indien het ten gevolge van een zwakke plek in het glas explodeert.

504 Zie bijv. Van Dam 2000, nr. 1304; en Jansen 2006, p. 38 e.v.

505 Zie voor een inventarisatie Onrechtmatige daad I (Jansen), art. 162, lid 2, aant. 91.3.1.

506 Vgl. HR 25 november 2005, NJ 2009, 103 m.nt. I. Giesen (Eternit/Horsting), besproken in par. 4.2.15.

gewicht in de schaal leggen, zodat de bezwaarlijkheid van te treffen voorzorgsmaatregelen bij de verwezenlijking van bijzondere risico's als de onderhavige niet snel aan het aannemen van onzorgvuldigheid in de weg zal staan. Met andere woorden: de *aard van de betrokken belangen* brengt op dit terrein een relatief strenge zorgvuldigheidsmaatstaf mee, onder het aloude motto 'verhoogd gevaar, verhoogde zorg'.⁵⁰⁷

4.4.9 Vervolg; kennis omtrent het risico

Gelet op het voorgaande zal de contextgebonden zorgvuldigheidstoetsing op het terrein van de bijzondere risico's doorgaans geen grote hindernis opleveren voor het aannemen van onrechtmatigheid wegens schending van een delictuele informatieplicht. Veeleer zal hier de nadruk liggen op de toetsing aan het *kennisvereiste*, die daaraan voorafgaat (par. 4.2.11). Zowel voor de aanvaarding van een waarschuwingsplicht (par. 4.3.3) als voor de aanvaarding van een onderzoeksplicht (par. 4.3.10) is vereist dat de laedens wist of behoorde te weten van het betrokken risico. Cruciaal is dus of de bijzondere gevaarlijkheid van de stof of zaak in kwestie genoegzaam *bekend* was of behoorde te zijn.

In par. 4.2.11 bleek reeds dat de hier vereiste kennis in twee elementen kan worden verdeeld. Vereist is enerzijds kennis van de laedens omtrent het bijzondere risico als zodanig en anderzijds kennis omtrent de kans op verwezenlijking daarvan. Laatstgenoemd element ziet met name op de voorzienbaarheid van eventuele *onoplettendheid* aan de zijde van de potentiële slachtoffers. In dit verband kiest de rechter doorgaans, zoals meer in het algemeen in vraagstukken van gevaarstelling (par. 4.3.3), voor een zekere mate van objectivering. Zo wordt op het terrein van de productenaansprakelijkheid aangenomen dat de producent van een gebrekkig product er rekening mee moet houden dat consumenten bij het gebruik van dat product niet steeds die mate van zorgvuldigheid betrachten, die ter voorkoming van schade in verband met de potentiële gebrekkigheid geboden is.⁵⁰⁸ Deze verplichting tot anticipatie op onvoorzichtig gedrag is intussen niet onbeperkt. Uit het arrest Eternit/Horsting, over de aansprakelijkheid van een asbestproducent voor de schadelijke gevolgen van het 'verspanen' van asbestcementplaten anno 1971, blijkt dat de te treffen voorzorgsmaatregelen moeten worden afgestemd op het 'redelijkerwijs te verwachten gebruik' van het product.⁵⁰⁹ Géén waarschuwingsplicht geldt overigens, indien er sprake is van risico's die *inherent* zijn

507 Vgl. de bespreking van het 'gevaarzettingsbeginsel' in par. 4.2.2.

508 Zie bijv. HR 2 februari 1973, NJ 1973, 315 m.nt. HB (Lekkende kruik I).

509 HR 25 november 2005, NJ 2009, 103 m.nt. I. Giesen (Eternit/Horsting), besproken in par. 4.2.15.

aan zulk normaal gebruik, voor zover deze risico's bij gebruikers algemeen bekend zijn.⁵¹⁰

Aangenomen dat de 'voorzienbaarheid van onvoorzichtigheid' in de onderhavige gevallen doorgaans geen grote problemen oplevert, is het vooral de kennis omtrent het eigenlijke risico, die hier ter discussie staat. In par. 4.3.9 bleek reeds dat (ook) deze kennis in hoge mate kan worden geobjectiveerd, meer in het bijzonder door toepassing van een delictuele *onderzoeksplicht* aan de zijde van de laedens. Daarvoor is wel vereist, zo werd betoogd, dat de laedens tenminste de theoretische *mogelijkheid* van verwezenlijking van het betrokken risico – in par. 4.3.9 aangeduid als de 'generieke causaliteit' – heeft (moeten) voorzien. Een voorbeeld van een zodanige onderzoeksplicht ter zake van een 'bijzonder gevaar' is te vinden in de hieronder te bespreken Melchemie-zaak, waarin het hof oordeelde dat Melchemie, als eigenaar van de oxiderende stof calciumhypochloriet, poolhoogte diende te nemen bij opslagbedrijf CMI, teneinde te beoordelen of de aan haar toebehorende stof daar voldoende veilig was opgeslagen.⁵¹¹ De Hoge Raad constateerde op dit punt overigens een motiveringsgebrek, kort gezegd omdat het hof onvoldoende duidelijk had gemaakt, hoe groot het acute (brand)gevaar was en welke concrete maatregelen Melchemie had moeten nemen ter voorkoming van de verwezenlijking daarvan.⁵¹²

Voor zover objectivering in de hier besproken gevallen geen uitkomst biedt, kan ook door *generalisering* een vérgaande aansprakelijkheid ter zake van bijzondere risico's worden bewerkstelligd. Illustratief is het in par. 4.2.12 besproken Legionella-arrest, waarin kennis van het algemene risico van een slechte waterkwaliteit voldoende werd geacht voor aansprakelijkheid ter zake van het bijzondere risico van 'aërosolvorming'.⁵¹³ Een vergelijkbare generaliserende benadering komt tot uitdrukking in het bekende Natronloog-arrest.⁵¹⁴ Het ging hier om letsel als gevolg van het feit dat het in een vuilniszak verpakte natronloog, wegens een onvolmaakte werking van het kraakmechaniek van een vuilniswagen, in het oog van de dienstdoende vuilnisman spoot. Tegen de achtergrond van dit specifieke feitencomplex oordeelde het hof dat geen aansprakelijkheid kon worden aangenomen van degene die de betreffende vuilniszak bij het huisvuil had gedeponerd, omdat voor de gemiddelde 'buitenstaander' niet voorzienbaar was dat de vuilnisman op de onderhavige wijze in aanraking zou komen met de inhoud van de vuilniszak.⁵¹⁵ De Hoge Raad casseerde, daartoe overwegende dat het er voor aansprakelijkheid jegens

510 Aldus bijv. (voor wat betreft de gezondheidsrisico's van tabak) Rb. Amsterdam 17 december 2008, *LJN* BG7225, *NJ* 2009, 311. Vgl. par. 4.3.13.

511 Hof Arnhem 21 april 2009, *LJN* BI4766, *S&S* 2009, 129, r.o. 4.21, besproken in par. 4.3.9.

512 HR 29 april 2011, *LJN* BP0567, *NJ* 2011, 406 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (Melchemie/Delbanco c.s.), r.o. 4.3, besproken in par. 4.4.12.

513 Zie HR 29 november 2002, *NJ* 2003, 549 m.nt. JBMV (Legionella), r.o. 3.6.4.

514 HR 8 januari 1982, *NJ* 1982, 614 m.nt. CJHB (Natronloog), besproken in par. 4.4.10.

515 Zie r.o. 8 van 's hofs arrest.

degene die door blootstelling aan een gevaarlijke stof letsel oploopt, 'in beginsel niet toe doet, of de wijze waarop het letsel door aanraking met de stof in het gegeven geval precies is veroorzaakt, voorzienbaar was' (r.o. 5).

Al met al toont de rechter zich op het onderhavige terrein, zoals gezegd, relatief streng. Nochtans bestaat er naar Nederlands recht geen *absolute* aansprakelijkheid voor bijzondere risico's, vergelijkbaar met de in par. 4.4.8 genoemde risicoaansprakelijkheid van art. 5:101 PETL. Dat is de conclusie die moet worden getrokken uit een vergelijking van de arresten Natronloog en Taxus, waaraan de volgende paragraaf is gewijd.⁵¹⁶

4.4.10 Vervolg; Natronloog vs. Taxus

In het bekende Natronloog-arrest uit 1982, dat hierboven al aan de orde kwam, koos de Hoge Raad voor een vérgaande objectivering van de kennis van de laedens omtrent het betrokken risico, dat in casu was gelegen in de bijtende eigenschappen van de chemische stof natronloog. Opvallend is de uiterst casuïstische wijze waarop de Hoge Raad de geschonden zorgvuldigheidsnorm formuleert:

'Het is in strijd met de zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer wordt vereist met het oog op de veiligheid van al degenen die tussen het moment van het buiten klaarzetten van vuilniszakken en dat van de afvoering ervan door de vuilnisophaaldienst met de inhoud van de zakken in aanraking zouden kunnen komen, om een emmertje met onbekende vloeistof in een kartonnen doos met daaromheen niet anders dan een dichtgebonden plastic vuilniszak voor afvoering door een vuilnisophaaldienst neer te zetten, tenzij men òfwel weet of gegronde redenen heeft om aan te nemen dat het om een vloeistof gaat die bij aanraking met de mens geen gevaar oplevert, òfwel de betreffende vuilniszak onder controle houdt en degeen die de zak aan wil pakken waarschuwt voor de aanwezigheid daarin van een emmertje met een mogelijk gevaarlijke vloeistof.'⁵¹⁷

Het oordeel van de Hoge Raad komt erop neer dat iemand die een onbekende vloeistof, afkomstig uit een schoonmaakhok, aan de vuilnisophaaldienst meegeeft, behoudens gegronde redenen voor het tegendeel ervan moet uitgaan dat deze stof gevaar voor personen of zaken kan opleveren. Hij dient dienovereenkomstig te handelen, door de vuilniszak 'onder controle' te houden en de vuilnismen te *waarschuw*en.

516 Zie ook reeds HR 22 juni 1979, NJ 1979, 535 m.nt. GJS (Van der Lee/Broere), waarin de Hoge Raad uitdrukkelijk overwoog dat bij 'schade veroorzaakt door bijzonder gevaar opleverende zaken' onrechtmatigheid en schuld moeten worden vastgesteld, wil aansprakelijkheid kunnen worden aangenomen.

517 HR 8 januari 1982, NJ 1982, 614 m.nt. CJHB (Natronloog), r.o. 4.

Wat er zij van de praktische zin van deze waarschuwingsplicht,⁵¹⁸ duidelijk is in elk geval dat de Hoge Raad ver wil gaan in de bescherming van potentiële slachtoffers tegen bijzondere risico's als het onderhavige. Over de precieze betekenis van het Natronloog-arrest zijn in de literatuur uiteenlopende opvattingen verkondigd.⁵¹⁹ Mijns inziens laat het arrest zich het best begrijpen (en verdedigen), wanneer men er een delictuele *onderzoeksplicht* van de laedens in leest (vgl. par. 4.3.9). De rechtvaardiging van deze onderzoeksplicht kan worden gevonden in het feit dat het emmertje met onbekende vloeistof in casu afkomstig was uit een *schoonmaakhok*. Nu het een feit van algemene bekendheid mag heten dat vloeistoffen uit een schoonmaakhok gevaarlijk kunnen zijn, was het emmertje in zoverre 'verdacht' en mocht het derhalve niet zonder nader onderzoek, of (andere) afdoende veiligheidsmaatregelen ter zake, aan de straat worden gezet.⁵²⁰

Ondanks de op het concrete geval toegespitste formulering van het Natronloog-arrest heeft Brunner daaruit de algemene regel afgeleid 'dat het onzorgvuldig is derden bloot te stellen aan het risico, dat stoffen of goederen die men in zijn bezit heeft en waarvan men de gevaarlijke eigenschappen niet kent, schade veroorzaken'.⁵²¹ In het Taxus-arrest uit 1994 heeft de Hoge Raad het bestaan van een dergelijke regel, die in feite zou resulteren in een algemene risicoansprakelijkheid voor gevaarlijke zaken,⁵²² uitdrukkelijk ontkend. Het ging in casu, anders dan in het Natronloog-arrest, om zaakschade (het overlijden van twee paarden) door de blootstelling aan een *natuurlijke* stof (het giftige 'taxine' uit een taxusstruik). De laedens (mevrouw Verkoulen, die de struik op haar afvalhoop onder het bereik van de paarden had gedeponereerd) ging vrijuit, omdat niet vast was komen te staan dat zij het betrokken risico (de giftigheid van taxus voor paarden) kende of behoorde te kennen.⁵²³ In het cassatiemiddel werd tevergeefs navolging van de door Brunner voorgestelde Natronloog-regel bepleit. De Hoge Raad overwoog:

518 Vgl. Van Maanen, Spier & Sterk 1990, p. 126, die zich afvragen hoe de vuilnismen in casu gebaat zou zijn bij een waarschuwing met als inhoud 'hier is een vuilniszak, met daarin een emmertje met een onbekende substantie'. A-G Franx meent dat de vuilnismen daarmee zijn voordeel had kunnen doen 'hetzij door te weigeren de desbetreffende zak mee te nemen hetzij door de zak extra voorzichtig op te tillen en in de vuilnisauto te deponeren' (conclusie, sub 8).

519 Zie voor een inventarisatie Jansen 2006, p. 42-45.

520 Aldus ook reeds Jansen 2006, p. 39. Zie in gelijke zin bijv. Bolt & Spier 1996, p. 165-166; en Tjong Tjin Tai 2005, p. 368.

521 Zie de NJ-annotatie van C.J.H. Brunner bij het Natronloog-arrest, sub 1. Zie in gelijke zin Van Dam 2000, nr. 1304, die uit het Natronloog-arrest een algemene 'observatieplicht' m.b.t. gevaarlijke stoffen afleidt.

522 Vgl. de conclusie van wnd. A-G Bloembergen voor HR 22 april 1994, NJ 1994, 624 m.nt. CJHB (Taxus), sub 3.4.

523 Overigens was zelfs niet komen vast te staan of Verkoulen wist dat het een taxusstruik betrof (r.o. 3.1).

‘Een aansprakelijkheidsregel als daarin [in het cassatiemiddel; *KJO*] verdedigd kan in ieder geval niet worden aanvaard, indien het gaat om planten of struiken, waarvan de giftigheid niet van algemene bekendheid is. De in het maatschappelijk verkeer betamende zorgvuldigheid reikt niet zó ver dat degenen die een plant of struik waarvan hij de giftigheid niet kent of behoeft te kennen, onder zich heeft, verplicht zou zijn om deze plant of struik op zodanige wijze onder zijn controle te houden dat zij geen gevaar kan opleveren, tenzij hem na onderzoek is gebleken dat de plant of struik ongevaarlijk is.’⁵²⁴

In zijn annotatie bij het *Taxus*-arrest toont Brunner zich kritisch over deze uitkomst:

‘Naar mijn oordeel zijn in deze zaak de eisen van de maatschappelijke zorgvuldigheid te laag gesteld. Het recht moet bewerkstelligen dat objectief gevaarlijk gedrag wordt tegengegaan. Dat zou de rechter hebben bevorderd als hij aan eigenaren van tuinen de eis zou hebben gesteld dat zij zich er van vergewissen dat de bomen en struiken in hun tuin niet giftig zijn en – als zij dat wel zijn, zoals bij *taxus* en gouden regen – dat zij geen gevaar opleveren voor kinderen en dieren.’⁵²⁵

Het lijkt erop dat Brunners pleidooi – opnieuw – geen navolging heeft gevonden, nu de Hoge Raad in het arrest *Bildtpollen/Miedema*, dat eveneens betrekking had op een bijzonder risico van natuurlijke aard (het besmettingsrisico van rottende uien), zijn beslissing uit het *Taxus*-arrest heeft herhaald.⁵²⁶

Het pregnante verschil tussen de arresten *Natronloog* en *Taxus* wordt in de literatuur wel verklaard met de gedachte, dat ‘natuurlijke’ of ‘klassieke’ risico’s minder snel tot aansprakelijkheid leiden dan ‘kunstmatige’ of ‘industriële’ risico’s, samenhangend met de moderne samenleving.⁵²⁷ Het is de vraag of dit onderscheid reëel is. Het gevaarlijke asbest, tegenwoordig bekend als industrieel vervaardigde stof, is bijvoorbeeld van oorsprong een natuurproduct, dat reeds door de Romeinen werd beschreven.⁵²⁸ Het valt niet goed in te zien waarom zulks zou moeten leiden tot een versoepeling van de toepasselijke zorgplicht. Wel lijkt het denkbaar dat aan het privé-gebruik van een natuurlijke stof door een ondeskundige particulier, zoals aan de orde in het *Taxus*-arrest, in het algemeen minder hoge eisen mogen worden gesteld dan

524 HR 22 april 1994, *NJ* 1994, 624 m.nt. CJHB (*Taxus*), r.o. 3.4.3.

525 Aldus de *NJ*-annotatie van C.J.H. Brunner bij het *Taxus*-arrest, sub 4. Zie in gelijke zin bijv. Van Dunné 2004b, p. 187-188.

526 HR 7 april 2006, *LJN* AU6934, *NJ* 2006, 244 (*Bildtpollen/Miedema*), r.o. 3.3, besproken in par. 4.3.11.

527 Zie in die zin bijv. Van Dam 1994, p. 256; Bolt & Spier 1996, p. 167; Van Dam 2000, nr. 1304; en Tjong Tjin Tai 2005, p. 370. Vgl. ook de conclusie van wvd. A-G Bloembergen voor het *Taxus*-arrest, sub 2 en 3.3.

528 Vgl. Van Orsouw 2007, p. 30-31, die in dit verband de verrassende vraag opwerpt of gebruikers van asbest eertijds waren gehouden de risico’s te onderzoeken door raadpleging van oude Romeinse geschriften.

aan het professionele gebruik van een kunstmatige stof door een onderneming of organisatie, zoals aan de orde in het Natronloog-arrest.⁵²⁹ Dat geldt temeer indien in het laatste geval de kunstmatige stof ernstige personenschade teweegbrengt, terwijl in het eerste geval de natuurlijke stof slechts zaakschade veroorzaakt. Hier weerklinken de *aard van de rechtsverhouding* en de *aard van de betrokken belangen* als gezichtspunten voor onrechtmatigheid (vgl. par. 4.3.4).

Per saldo zijn het de omstandigheden van het geval, en niet (enkel) de aard van het bijzondere risico in kwestie, die de uitkomst bepalen. Illustratief zijn de nu volgende twee arresten, waarin het ging om aansprakelijkheid in verband met de verhandeling van vergiftigd veevoer respectievelijk de opslag van een brandgevaarlijke stof. In beide gevallen werd in cassatie, op grond van een nauwgezette analyse van de feitelijke context, een delictuele onderzoeksplicht omtrent de bijzondere risico's in kwestie (voorshands) van de hand gewezen.

4.4.11 Vervolg; Baas/Hanford Feeds c.s.

Baas, directeur van een handelsonderneming, had een partij rijstevoermeel verworven, die volgens het aanbod 'gecontamineerd met zinkconcentraat' was.⁵³⁰ Het ging dus om een schadepartij, die Baas had laten verwerken in een grondstof voor veevoer. Nadien is gebleken dat de partij niet alleen (onschuldig) zink, maar ook (giftig) lood bevatte. Een grootschalige loodvergiftiging bij koeien was het gevolg. In de onderhavige procedure hebben diverse veevoederbedrijven – afnemers van het vergiftigde veevoer – Baas aansprakelijk gesteld uit onrechtmatige daad. Diens verweer luidde, kort gezegd, dat hij zich niet bewust was geweest van de mogelijke gevaarlijkheid van de aanwezigheid van zinkconcentraat in veevoer. Het hof achtte dat onwaarschijnlijk, aangezien Baas zelf in een eerder stadium aan de aanbieders had laten weten geen bod te zullen uitbrengen 'in verband met de giftige zinkconcentraat'. Bovendien had hij volgens een getuige de woorden 'rijstevoer/zinkconcentraat' op de transportbon laten veranderen in 'rijstevoer', zulks 'om praatjes voor te blijven'. Tegen deze achtergrond overwoog het hof (r.o. 25):

'Mogelijk heeft Baas niet precies geweten wat zinkconcentraat inhield en heeft hij het woord giftig toegevoegd om de prijs te drukken, maar dat neemt niet weg dat kennelijk toen al bij hem de gedachte dat er gif in kon zitten is opgekomen en dat had voor hem een reden moeten zijn om bij de verdere afwikkeling van de zaak ernstig rekening te houden met de mogelijkheid dat het zinkconcentraat inderdaad giftig was en daarom had hij de partij niet in een grondstof voor veevoer mogen

529 De aangesproken partij was hier een vereniging (het plaatselijke dorps huis). Vgl. Bolt & Spier 1996, p. 169-170.

530 HR 6 oktober 1995, NJ 1996, 106 (Baas/Hanford Feeds c.s.).

verwerken zonder door grondig onderzoek vastgesteld te hebben dat dat niet het geval was. (...) Baas heeft (...) volgens zijn eigen verklaring wel enig onderzoek gedaan naar de betekenis van zink in veevoeder, maar dit onderzoek is zeer oppervlakkig geweest. Aangezien hij volgens zijn eigen verklaring niet wist wat zinkconcentraat betekende, had hij niet met een dergelijk oppervlakkig onderzoek mogen volstaan en is het hem persoonlijk te verwijten dat de giftige schadepartij in de veevoederbranche is terecht gekomen.'

Het hof nam dus een delictuele *onderzoeksplicht* van Baas aan omtrent de mogelijke giftigheid van zinkconcentraat. A-G Mok kon zich hier geheel in vinden en ging in zijn conclusie zelfs nog een stap verder (sub 3.4.7):

'(I)emand die een door vermenging ontstane schadepartij verwerkt als grondstof voor veevoer, zonder de aard van de vermengde stof te kennen, dient m.i. aansprakelijk te worden geacht als de vermengde stof giftig blijkt te zijn. In eten, al is het voor vee, moet men geen onbekende stoffen verwerken.'

Van een dergelijke risicoaansprakelijkheid van de leverancier van (vee)voer wil de Hoge Raad niet weten. Hij constateert een motiveringsgebrek. Steen des aanstoots was 's hofs hierboven geciteerde vaststelling dat Baas 'volgens zijn eigen verklaring niet wist wat zinkconcentraat betekende'. Volgens de Hoge Raad is niet duidelijk:

'(...) of het Hof met die vaststelling heeft bedoeld tot uitdrukking te brengen dat Baas in het *onzekere* verkeerde over de betekenis van zinkconcentraat, dan wel dat Baas een bepaalde, zij het ook onjuist gebleken *voorstelling* daarvan had. Daarbij verdient aantekening dat in de laatste veronderstelling het achterwege laten van nader onderzoek niet onder alle omstandigheden als verwijtbaar kan worden aangemerkt.⁵³¹

De Hoge Raad acht dus het achterwege laten van onderzoek in een situatie van *onzekerheid* over de betrokken risico's (potentieel) ernstiger dan bij een onjuiste voorstelling daaromtrent. De laedens die abuis is, gaat, met andere woorden, eerder vrijuit dan de laedens die in dubio verkeert.⁵³² Dat is in overeenstemming met het in par. 4.3.9 besproken uitgangspunt, dat voor het aannemen van een delictuele onderzoeksplicht aan de zijde van de laedens tenminste (adequate) *kennis van het betrokken risico* is vereist. De laedens die – ten onrechte, maar verschoonbaar – meent dat onder de gegeven omstandigheden geen enkel potentieel gevaar te duchten valt, gaat vrijuit. De laedens die *twijfelt* over de dreiging van een gevaar, handelt mogelijk onrechtmatig, omdat hij die twijfel – afhankelijk van de verdere omstandigheden van het

531 Aldus r.o. 3.6 (curs. toegevoegd).

532 Vgl. Wiggers-Rust 2004, p. 37, die hierin ook de verklaring van het strenge Natronloog-arrest ziet.

geval – zal moeten wegnemen door het doen van nader onderzoek. Hier geldt derhalve het adagium van Drion: wie twijfelt, dwaalt niet.⁵³³

In casu had Baas verklaard dat hij de term ‘zinkconcentraat’ – in technische zin duidend op de aanwezigheid van (overwegend) zink en één of meer andere stoffen – had opgevat als ‘geconcentreerd zink’. Baas had daarom naar eigen zeggen ‘nooit aan andere stoffen dan zink gedacht’.⁵³⁴ Over de geloofwaardigheid van die stelling viel, gelet op de hierboven geschetste feitenconstellatie, te twisten, maar hoe dan ook had het hof zijn oordeel daaromtrent nader moeten toelichten. Vooralsnog lieten de overwegingen van het hof de conclusie toe dat Baas stellig had gemeend dat aan de verhandeling van het veevoer geen enkel potentieel gevaar was verbonden. Hiervan uitgaande was het ongerijmd om te oordelen dat Baas het onderhavige risico van een loodbesmetting, dat dus (mogelijkerwijs) in zijn eigen visie helemaal niet ‘denkbaar’ was geweest, nader had moeten onderzoeken. Het nu te bespreken arrest Melchemie/Delbanco c.s. uit 2011 bevestigt het belang van de kennis van de laedens als basisvereiste voor het aannemen van een delictuele onderzoeksplicht.⁵³⁵

4.4.12 Vervolg; Melchemie/Delbanco c.s.

Melchemie had CMI ingeschakeld voor de opslag van de gevaarlijke stof calciumhypochloriet in een loods. Doordat CMI zich niet hield aan de toepasselijke vergunningvoorschriften is in deze loods brand ontstaan, als gevolg waarvan een aan Delbanco toebehorende partij paardenhaar, die in de naastgelegen loods lag opgeslagen, verloren is gegaan. Delbanco en haar verzekeraars stellen Melchemie op grond van art. 6:162 BW aansprakelijk voor de geleden schade. Volgens Delbanco c.s. heeft Melchemie in strijd met haar zorgplicht gehandeld door, na kennisneming van een zorgwekkend intern rapport over de veiligheidssituatie bij CMI, na te laten de gevaarlijke stoffen elders in bewaring te geven of andere voorzorgsmaatregelen te treffen, doch in plaats daarvan de aan CMI toevertrouwde hoeveelheid stoffen juist te vergroten. Het hof verenigde zich met deze stelling en wees de gevorderde verklaring voor recht, in afwijking van de rechtbank, toe. Volgens het hof mocht van Melchemie worden verlangd dat zij zich na kennisneming van het rapport ‘op de hoogte stelde van de veiligheidssituatie in de loodsen van CMI’ en had Melchemie, door dit na te laten en zich onvoldoende in te spannen om het

533 Vgl. Drion 1972, p. 65, besproken in par. 3.6.12.

534 Zie de conclusie van A-G Mok, sub 3.4.4.

535 HR 29 april 2011, *LJN* BP0567, *NJ* 2011, 406 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (Melchemie/Delbanco c.s.).

voortduren van de brandgevaarlijke situatie tegen te gaan, onrechtmatig gehandeld.⁵³⁶

In cassatie klaagt Melchemie met succes over de hier aangenomen delictuele onderzoeksplicht. Volgens Melchemie gaat de verantwoordelijkheid van de eigenaar van een gevaarlijke stof, die deze stof in de macht van een bedrijfsmatig bewaarder heeft gebracht, niet zo ver dat hij (reeds) gehouden is om maatregelen te nemen, indien hem bekend is dat door de bewaarder voorschriften zijn overtreden, die, naar de eigenaar weet of behoort te begrijpen, ertoe strekken de kans te beperken dat een bijzonder gevaar van ernstige aard zich verwezenlijkt. Met name bestaat een dergelijke zorgplicht niet, aldus het cassatiemiddel, indien niet vaststaat dat de eigenaar op de hoogte was, althans behoorde te zijn van (de inhoud van) de in concreto overtreden voorschriften, en evenmin vaststaat dat het gevaar, zoals dat zich in feite heeft verwezenlijkt, juist door de aan de eigenaar bekend geworden overtreding is ontstaan.⁵³⁷ Ook in feitelijke instanties had Melchemie reeds betoogd dat zij de brand 'hoe dan ook niet had kunnen voorkomen', omdat zij wist noch behoorde te weten van de specifieke oorzaak daarvan, te weten een chemische reactie van het aan haar toebehorende calciumhypochloriet met andere in de loods opgeslagen chemicaliën.⁵³⁸

De Hoge Raad geeft gehoor aan deze roep om aandacht voor de concrete omstandigheden van het geval. In r.o. 4.1 stelt hij voorop dat op de bewaargever van een stof als de onderhavige, die een bijzonder gevaar van ernstige aard voor personen of zaken oplevert, uit hoofde van art. 6:162 BW een 'zorgplicht' rust, 'welke erop is gericht zoveel mogelijk te voorkomen dat het aan de in bewaring gegeven stof inherente gevaar van ernstige aard voor personen of zaken zich verwezenlijkt'.⁵³⁹ De invulling van deze zorgplicht is afhankelijk van 'alle relevante omstandigheden van het geval'. In dit verband wijst de Hoge Raad op het belang van de Kelderluikfactoren (par. 4.3.5) en meer in het bijzonder op de invloed van 'de bij de bewaargever als beroeps- of bedrijfsmatig gebruiker aanwezig te achten kennis'.⁵⁴⁰ Relevant is met name zijn kennis omtrent de geldende veiligheidsvoorschriften, de specifieke overtredingen daarvan en de daaruit voortvloeiende kans op verwezenlijking van het aan de stof verbonden gevaar. In het verlengde hiervan wijst de Hoge Raad ook op het belang van de kennis van de bewaargever omtrent de aanwezigheid van andere opgeslagen stoffen en de gevaren die kunnen ontstaan als zulke stoffen met zijn eigen stof in aanraking komen. Voorts acht de Hoge Raad

536 Hof Arnhem 21 april 2009, *LJN* BI4766, *S&S* 2009, 129, r.o. 4.23.

537 Aldus de weergave van het cassatiemiddel in de conclusie van A-G Keus, sub 3.2.

538 Vgl. Hof Arnhem 21 april 2009, *LJN* BI4766, *S&S* 2009, 129, r.o. 4.26.

539 Tevens bespreekt de Hoge Raad de risicoaansprakelijkheid van de professionele bewaarder ex art. 6:175 BW. Vgl. ook de conclusie van A-G Keus, sub 2.15.

540 Vgl. par. 4.4.9, waar reeds bleek dat de hier bedoelde kennis in gevallen als de onderhavige van groot belang is. Zie voorts uitvoerig de conclusie van A-G Keus, sub 2.2 e.v. Zie meer in algemene zin over het kennisvereiste par. 4.2.11.

relevant wat de eigenaar wist of behoorde te weten omtrent de mogelijke opslagmethoden, de redelijkerwijs te treffen voorzorgsmaatregelen, de mate van urgentie van zulke maatregelen en ten slotte het tijdsbestek waarbinnen deze maatregelen konden worden gerealiseerd.

In r.o. 4.2 volgt een uitvoerige weergave van 's hofs bestreden arrest. Het uitgangspunt van het hof, 'dat op Melchemie, enkel door de opslag van haar chemische stoffen uit te besteden aan CMI, niet de verplichting kwam te rusten om te controleren of CMI zich hield aan de voorschriften die toentertijd golden voor opslag van die stoffen',⁵⁴¹ acht de Hoge Raad 'juist'. Ook A-G Keus ging ervan uit dat de eigenaar van een gevaarlijke stof, die een professionele derde inschakelt voor de opslag daarvan, geen bijzondere zorgplicht heeft, zolang 'hij erop mag vertrouwen dat de door hem ingeschakelde derde de stof deugdelijk opslaat'.⁵⁴² In de visie van het hof bestond voor een dergelijk vertrouwen in casu onvoldoende grond, gelet op het eerder genoemde zorgwekkende rapport over de veiligheidssituatie bij CMI. De Hoge Raad acht dit oordeel echter, in navolging van A-G Keus, onvoldoende gemotiveerd.

In r.o. 3.4 zet de Hoge Raad nauwkeurig uiteen, waarom in zijn visie sprake is van een motiveringsgebrek. Problematisch was vooral de sterk generaliserende benadering van het hof.⁵⁴³ Het hof heeft, aldus de Hoge Raad, doorslaggevend geacht dat Melchemie 'in algemene zin' bekend was met de voor de opslag van gevaarlijke stoffen als de onderhavige geldende veiligheidsvoorschriften, zulks in samenhang met de omstandigheid dat Melchemie wist dat de opslag bij CMI op een aantal punten met die voorschriften in strijd was. Aldus heeft het hof echter niet alle relevante omstandigheden in zijn beoordeling betrokken. Met name heeft het hof ten onrechte geen aandacht besteed aan de kans op verwezenlijking van het onderhavige brandgevaar als gevolg van de bij Melchemie bekende overtredingen van de toepasselijke veiligheidsvoorschriften, en aan de 'mate van urgentie' van de daardoor geboden voorzorgsmaatregelen, terwijl het hof zich ook niet heeft gebogen over de vraag 'welke concrete maatregelen van Melchemie op dit punt redelijkerwijs konden worden verlangd'.

Uit het vervolg van r.o. 3.4 blijkt waarom een en ander in casu van belang was. De bij Melchemie bekende overtredingen van de toepasselijke vergunningvoorschriften betroffen met name de wijze van *stapeling* van de opgeslagen stoffen door CMI. Bij een eerdere gelegenheid had Melchemie al eens ingegrepen bij CMI, toen door de wijze van stapeling van het calciumhypochloriet schade was ontstaan aan de verpakking. In casu had het hof echter niet vastgesteld dat de brand viel terug te voeren op dergelijke problemen met de verpakking, respectievelijk op andere bij Melchemie (op grond van het rapport)

541 Aldus de weergave van dat uitgangspunt door de Hoge Raad in r.o. 4.2. Zie ook r.o. 4.13 van het bestreden arrest (Hof Arnhem 21 april 2009, L/JN BI4766, S&S 2009, 129).

542 Zie zijn conclusie, sub 3.4.

543 Vgl. ook de conclusie van A-G Keus, sub 3.19.

bekende oorzaken. Goed beschouwd had het hof slechts vastgesteld dat Melchemie bekend was met 'enigerlei' overtreding van de vergunningvoorschriften, zonder in te gaan op het causale verband tussen die overtreding en de geleden schade. Veelzeggend was dat de milieudienst DCMR, die van overheidswege toezicht hield op de veiligheidssituatie bij CMI, aan CMI enkele maanden de tijd had gegeven om de benodigde veiligheidsmaatregelen te treffen. Zonder nadere toelichting viel derhalve niet in te zien, zo overweegt de Hoge Raad in r.o. 3.4, dat (en hoe) Melchemie in de tussentijd actie had moeten ondernemen.⁵⁴⁴

In par. 4.2.12 bleek reeds dat een 'klakkeloos' generaliserende benadering als die van het hof, waarbij de laedens wordt afgerekend op een specifiek risico dat hij in feite, gelet op zijn algemene kennis omtrent de betrokken risico's, niet had kunnen voorzien en derhalve ook niet had kunnen vermijden, ontoelaatbaar is. Of Melchemie de onderhavige brand daadwerkelijk niet had kunnen voorkomen, staat na verwijzing nog te bezien.

4.5 RISICOAANSPRAKELIJKHEID

4.5.1 Algemeen

Hierboven bleek dat een persoon, ook zonder dat hij zelf een fysiek gevaar voor personen of zaken heeft gecreëerd (par. 4.4.1 e.v.), aansprakelijk kan zijn uit hoofde van onrechtmatige gevaarzetting, namelijk in verband met de schending van een bijzondere zorgplicht (par. 4.4.5 e.v.) of in verband met het creëren van bijzondere risico's (par. 4.4.8 e.v.).⁵⁴⁵ In afdeling 6.3.2 BW heeft de wetgever deze lijn doorgetrokken. De 'kwalitatieve' aansprakelijkheden die hier zijn geregeld, berusten op de gedachte dat men, ook bij gebreke van een eigen toerekenbare onrechtmatige daad, aansprakelijk kan zijn voor schade van derden, namelijk vanwege een bijzondere relatie met de *persoon* die de schade heeft veroorzaakt (art. 6:169-172 BW) of vanwege een bijzondere relatie met een gevaarlijke *zaak* (art. 6:173-182 BW) waaruit de schade is voortgevloeid.⁵⁴⁶ Evenals de bijzondere zorgplichten uit het gevaarzettingsleerstuk kunnen deze kwalitatieve aansprakelijkheden dus met een 'speciale relatie' in verband worden gebracht (vgl. par. 4.4.5),⁵⁴⁷ terwijl bij de kwalitatieve

544 Vgl. de conclusie van A-G Keus, die wijst op het belang van 'het publieke dat voorshands prevaleert' (sub 3.15).

545 Zie voorts par. 4.4.3 e.v., waar bleek dat zelfs 'zuiver nalaten' onrechtmatigheid kan opleveren.

546 Vgl. Nieuwenhuis 2010, p. 108-109; en Onrechtmatige daad I (Oldenhuis), Inleiding, aant. 1.

547 Vgl. ook Van Dam 1995, p. 48 en 71 e.v., die (in het kader van art. 6:162 BW) betoogt dat niet alleen een speciale relatie met het slachtoffer of met de plaats van de gevaarzetting, maar ook een speciale relatie met de *dader* (zoals aan de orde bij de risicoaansprakelijkheden voor personen) kan resulteren in de gelding van een bijzondere zorgplicht.

aansprakelijkheden voor zaken tevens de aan deze zaken verbonden ‘bijzondere risico’s’ een rol spelen, op vergelijkbare wijze als in het gevaarzettingsleerstuk (vgl. par. 4.4.8).

Gelet op het voorgaande kunnen de kwalitatieve aansprakelijkheden van afdeling 6.3.2 BW worden beschouwd als een logisch verlengstuk van de veiligheidsnormen bij gevaarstelling.⁵⁴⁸ Principieel verschil is wel dat de hier gecodificeerde aansprakelijkheden *risicoaansprakelijkheden* zijn (vgl. art. 6:183 BW), die tot op zekere hoogte derogeren aan de vereisten van onrechtmatigheid en toerekenbaarheid.⁵⁴⁹ Op het eerste gezicht lijkt daarom de ‘informatie context’ van de schadeveroorzaking voor de vaststelling van deze risicoaansprakelijkheden niet relevant.⁵⁵⁰ De bezitter van een bijtgrage hond die onschuldige bezoekers aanvalt, kan zich bijvoorbeeld niet aan aansprakelijkheid ex art. 6:179 BW onttrekken met de stelling dat hij de bezoekers had gewaarschuwd (‘cave canem’).⁵⁵¹ Evenmin gaat de bezitter van een giftige ratelslang vrijuit indien komt vast te staan dat hij als ‘zoölogische leek’ wist noch behoorde te weten van de giftigheid.⁵⁵² Met andere woorden: grondgedachte van deze risicoaansprakelijkheden is niet – zoals op het terrein van de schuld aansprakelijkheid – dat de laedens wist of behoorde te weten van het betrokken risico en dat hij de potentiële slachtoffers daarvoor had moeten waarschuwen of anderszins daartegen in bescherming had moeten nemen, maar dat de *hoedanigheid* of *kwaliteit* van de laedens, gelegen in diens bijzondere relatie tot de persoon of zaak in kwestie, zijn aansprakelijkheid rechtvaardigt.

Intussen moet ter nuancering worden opgemerkt dat de risicoaansprakelijkheden van afdeling 6.3.2 BW niet geheel zijn losgekoppeld van het schuldbeginnel, waarvan zij – zoals gezegd – het verlengstuk vormen. In par. 4.2.2 kwam reeds tot uitdrukking dat in het nieuwe BW is gestreefd naar een *verzoening* van schuld en risico als grondslagen van delictuele aansprakelijkheid. Dienovereenkomstig gaat de heersende leer ervan uit dat óók de risicoaansprakelijkheden van afdeling 6.3.2 BW nog wezenlijk door het schuldbeginnel worden beïnvloed.⁵⁵³ De wettekst bevestigt dit. De kwalitatieve aansprakelijkheden

548 Vgl. Tjong Tjin Tai 2006, p. 158, die betoogt dat de risicoaansprakelijkheden ‘historisch zowel als dogmatisch zijn (...) afgeleid van een zorgplicht’.

549 Zie bijv. Klaassen 1991, p. 25-26; en Hartkamp 2010a, nr. 19. Zie voor de dogmatische discussie over de vraag of (ook) het onrechtmatigheidsvereiste wordt ‘uitgeschakeld’ bijv. Klaassen 1991, p. 201 e.v.

550 Vgl. MvA II Inv., PG Boek 6 (Inv.), p. 1380, waar de wetgever opmerkt dat ‘het verweer van onbekendheid’ in dit verband niet wordt aanvaard.

551 Wel lijkt onder omstandigheden verdedigbaar dat een gegeven waarschuwing de *omvang* van de risicoaansprakelijkheid doet verminderen wegens eigen schuld (art. 6:101 BW).

552 Vgl. HR 22 april 1994, NJ 1994, 624 m.nt. CJHB (Taxus), besproken in par. 4.4.10, waarin een ‘botanische leek’ ex art. 6:162 BW vrijuit ging, omdat zij wist noch behoorde te weten van de giftigheid van de door haar bezeten taxusstruik.

553 Zie bijv. Nieuwenhuis 1989, p. 196; Klaassen 1991, p. 221-222; Hartlief 1996, p. 222-223; Klaassen 1996, p. 139; Van Dam 2000, nr. 1203; Sieburgh 2000, p. 187-194; Sieburgh 2001, p. 591; Novakovski 2006, p. 111; Hartlief 2007b, p. 51-52; Nieuwenhuis 2007, p. 133, 140;

voor personen, om te beginnen, veronderstellen telkens een 'fout', dat wil zeggen een toerekenbare onrechtmatige daad van degene voor wiens gedragingen men kwalitatief aansprakelijk wordt gesteld.⁵⁵⁴ De kwalitatieve aansprakelijkheden voor zaken bevatten een vergelijkbare terugkoppeling naar afdeling 6.3.1 BW, gelegen in de tenzij-formules van art. 6:173, 6:174 en 6:179 BW en de uitzonderingsbepaling van art. 6:178 sub f BW. De bedoelde tenzij-formules strekken ertoe, aldus de wetgever, de risicoaansprakelijkheden 'te enten op de regeling betreffende onrechtmatige daad'.⁵⁵⁵

In de lagere rechtspraak is uit de tenzij-formule van art. 6:179 BW bijvoorbeeld afgeleid dat voor risicoaansprakelijkheid ter zake van 'besmettingsschade' wegens het uitbreken van een ziek dier tenminste is vereist dat de bezitter van het dier 'wist of moest weten' van de ziekte en van het besmettingsgevaar. Achterliggende gedachte was dat zónder deze kennis *schuldaansprakelijkheid* op grond van art. 6:162 BW zou hebben ontbroken, indien de bezitter het dier ten tijde van de besmetting in zijn macht zou hebben gehad.⁵⁵⁶ De tenzij-formules van art. 6:173 en 6:174 BW, betreffende gebrekkige roerende zaken en gebrekkige opstallen, behelzen zeker niet een dergelijk kennisvereiste, aangezien de wetgever met deze risicoaansprakelijkheden juist tot uitdrukking heeft willen brengen dat 'het verweer van onbekendheid met het betreffende gebrek c.q. het daardoor veroorzaakte gevaar niet wordt aanvaard'.⁵⁵⁷ Daar staat tegenover dat bij deze risicoaansprakelijkheden een belangrijke nuanceering uitgaat van het criterium van *gebrekigheid*, dat in de wettekst 'open' wordt omschreven door verwijzing naar 'de eisen die men in de gegeven omstandigheden aan de zaak mag stellen'. Volgens de wetgever spelen bij de invulling van dit criterium 'gedragsnormen als veiligheidsvoorschriften en in het algemeen aan een bezitter of gebruiker van die zaak te stellen zorgvuldigheidsnormen een belangrijke rol'.⁵⁵⁸ Ook hier manifesteert zich derhalve de doorwerking van het gevaarzettingsleerstuk en van het daaraan ten grondslag liggende schuldbeginself op het terrein van de risicoaansprakelijkheid.

Tegen deze achtergrond wordt hieronder de invloed van de informatie context op het terrein van de risicoaansprakelijkheid – de vraag of de aangesproken partij wist c.q. behoorde te weten van enige kans op schade en of zij

Bauw 2008, nr. 1; Engelhard & Van Maanen 2008, nr. 44; Jansen 2009a, nr. 5; Hartlief 2011, p. 285; en Lindenbergh 2011, p. 211.

554 Vgl. TM, PG Boek 6, p. 607, sub 5. Overigens vormt art. 6:169 lid 1 BW een uitzondering, in die zin dat deze aansprakelijkheid is gebaseerd op een *hypothetische* fout van de handelende persoon.

555 Aldus MvA II, PG Boek 6, p. 748 (m.b.t. de tenzij-formules van art. 6:173 en 6:174 BW). Zie kritisch Nieuwenhuis 1983, p. 583, die meent dat een risicoaansprakelijkheid 'geënt' op de onrechtmatige daad 'geen rijpe vruchten [kan] dragen'.

556 Zie Hof Arnhem 19 december 2006, LjN AZ9745, NJF 2007, 107, r.o. 4.4.

557 Aldus MvA II Inv., PG Boek 6 (Inv.), p. 1380. Zie ook MvA II, PG Boek 6, p. 748 (m.b.t. art. 6:173 BW) en TM, PG Boek 6, p. 755-756 (m.b.t. art. 6:174 BW). Zie voorts bijv. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* (2011), nr. 225.

558 Aldus MvA II Inv., PG Boek 6 (Inv.), p. 1380 (m.b.t. art. 6:173 BW).

die kennis eventueel met de benadeelde had moeten delen, mede in het licht van diens eigen verantwoordelijkheid – nader onderzocht. Het onderzoek wordt toegespitst op de risicoaansprakelijkheden voor *zaken*, aangezien deze – zoals hieronder zal blijken – de meest relevante aanknopingspunten bieden voor het meewegen van de informationele context. Meer in het bijzonder komen hieronder art. 6:173 BW, betreffende gebrekkige roerende zaken (par. 4.5.2), art. 6:174 BW, betreffende gebrekkige opstallen (par. 4.5.3 e.v.) en art. 6:185 BW, betreffende gebrekkige producten (par. 4.5.6 e.v.) aan de orde.

4.5.2 Aansprakelijkheid voor roerende zaken

Art. 6:173 lid 1 BW bepaalt dat de bezitter van een roerende zaak aansprakelijk is voor eventuele schade ten gevolge van een gebrek, indien van de zaak 'bekend is dat zij, zo zij niet voldoet aan de eisen die men in de gegeven omstandigheden aan de zaak mag stellen, een bijzonder gevaar voor personen of zaken oplevert'.⁵⁵⁹ Als vereisten voor de onderhavige risicoaansprakelijkheid gelden dus, kort gezegd, (i) het bezit van een gebrekkige roerende zaak, (ii) de daaruit voortvloeiende verwezenlijking van een bijzonder gevaar voor personen of zaken⁵⁶⁰ en (iii) de bekendheid van dit gevaar.⁵⁶¹

Het eerste vereiste, de *gebrekigheid*, verwijst volgens de literatuur naar de veiligheidseisen die aan de zaak moeten worden gesteld, gegeven de bestemming of het te verwachten gebruik ervan.⁵⁶² Beslissend is, met andere woorden, het gerechtvaardigde verwachtingspatroon van de potentiële slachtoffers omtrent de veiligheid van de zaak.⁵⁶³ Aangenomen wordt dat in dit verband de uit het gevaarzettingsleerstuk afkomstige *Kelderluikfactoren* (par. 4.3.5) een rol kunnen spelen.⁵⁶⁴ In de voorgaande paragraaf bleek reeds dat de wetgever een dergelijke reflexwerking van de 'in het algemeen aan een bezitter of gebruiker van die zaak te stellen zorgvuldigheidsnormen' uitdrukkelijk heeft aanvaard.⁵⁶⁵

Het voorgaande impliceert dat op de bezitter van een gebrekkige roerende zaak onder omstandigheden een *waarschuwingsplicht* kan rusten. Achterliggende gedachte is dat de bezitter door het doen van een waarschuwing de gerecht-

559 Hierop volgt de in par. 4.5.1 geïntroduceerde tenzij-formule, waarover nader bijv. Bauw 2008, nr. 11; Spier in Spier e.a. 2009, nr. 102; en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* (2011), nr. 223 e.v.

560 Zie voor de betekenis van de term 'bijzonder' in dit verband par. 4.4.8.

561 Zie over deze vereisten bijv. Bauw 2008, nr. 10.

562 Aldus bijv. Bauw 2008, nr. 10.

563 Aldus bijv. Spier in Spier e.a. 2009, nr. 98. Vgl. ook Klaassen 1991, p. 95, die meent dat beslissend is 'of de zaak zodanig afwijkt van de normale gesteldheid van een dergelijke zaak dat hierdoor een grotere kans op schade voor personen of zaken ontstaat dan in het algemeen verbonden is aan dat soort zaken'.

564 Zie bijv. Spier in Spier e.a. 2009, nr. 98.

565 Zie MvA II Inv., PG Boek 6 (Inv.), p. 1380, geciteerd in par. 4.5.1.

vaardigde verwachtingen van het publiek omtrent de veiligheid van zijn zaak kan beïnvloeden.⁵⁶⁶ Bij *verborgen* veiligheidsgebreken zijn zulke waarschuwingen (logischerwijze) niet aan de orde en ook indien de gebreken zeer ernstig zijn ligt de hier bedoelde redenering niet voor de hand. Waar het echter gaat om zaken die slechts een gering gevaar opleveren, waarop het publiek bovendien – mits voldoende geïnformeerd – eenvoudig kan anticiperen, lijkt (onder omstandigheden) verdedigbaar dat de bezitter door middel van een adequate waarschuwing de gebrekkigheid van zijn zaak kan ‘herstellen’. Men denke aan de situatie dat iemand een ladder uitleent, met uitdrukkelijke vermelding van het feit dat één van de veiligheidsrubbers ontbreekt.⁵⁶⁷ Het laat zich aanzien dat de gebruiker hierop zijn veiligheidsverwachtingen zal moeten aanpassen.⁵⁶⁸ Op vergelijkbare wijze is in de lagere rechtspraak bijvoorbeeld geoordeeld dat een gladde marmoleum mat in een winkelcentrum niet gebrekkig was in de zin van art. 6:173 BW, omdat daarbij een (opvallend en groot) waarschuwingsbord was geplaatst.⁵⁶⁹

De invloed van de informationele context op de risicoaansprakelijkheid voor gebrekkige roerende zaken komt ook – expliciet – tot uitdrukking in het hierboven gesignaleerde *bekendheidsvereiste* van art. 6:173 lid 1 BW. Ter vermijding van misverstand moet worden opgemerkt dat dit vereiste niet ziet op de gebrekkigheid van de roerende zaak,⁵⁷⁰ maar op de bijzondere gevaarlijkheid *in geval van* gebrekkigheid.⁵⁷¹ Met andere woorden: bekend moet zijn dat de roerende zaak door eventuele gebrekkigheid een bijzonder gevaar voor personen of zaken *kan* opleveren.⁵⁷² Het bekendheidsvereiste ziet dus op wat in par. 4.3.9 werd aangeduid als de ‘generieke causaliteit’. Juist in deze abstrahering is het risicokarakter van de onderhavige aansprakelijkheid gelegen.⁵⁷³

Wanneer men het gebrekkigheids criterium – conform de kennelijke bedoeling van de wetgever – koppelt aan de voorkoming van ‘een bijzonder gevaar voor personen of zaken’, resulterend in de toespitsing van art. 6:173 BW op *veiligheidsgebreken*, lijkt de toegevoegde waarde van het bekendheidsvereiste

566 Vgl. Sterk 1994, p. 185-186 en voorts (m.b.t. art. 6:174 BW) TM, PG Boek 6, p. 755. Vgl. ook par. 4.5.3, over waarschuwingsplichten ex art. 6:174 BW.

567 Vgl. Hof Arnhem 8 september 2009, L/JN BK2508, NJF 2009, 453, waar overigens in appel alleen nog art. 6:162 BW als grondslag van de vordering centraal stond.

568 Vgl. art. 7A:1790 BW, waarover par. 3.11.2. Zie ook Van Wassenaer van Catwijck & Jongeneel 1995, p. 118, die in de hier bedoelde situatie uitgaan van ‘risicoaanvaarding’. Overigens maken zij (terecht) een uitzondering voor het geval de zaak zo gevaarlijk is ‘dat het uitlenen daarvan reeds op zichzelf een onrechtmatige daad opleverde’.

569 Hof 's-Hertogenbosch 22 april 2003, AV&S 2004, nr. 25, p. 128-132 m.nt. T.A. Hekster.

570 Vgl. MvA II Inv., PG Boek 6 (Inv.), p. 1380.

571 Zie TM, PG Boek 6, p. 743. Zie voorts bijv. Klaassen 1991, p. 97; Bauw 2008, nr. 10; en Spier in Spier e.a. 2009, nr. 100.

572 Vgl. Onrechtmatige daad I (Oldenhuis), art. 173, aant. 36.

573 Dat wordt (indirect) bevestigd door de tenzij-formule van art. 6:173 lid 1 BW. Vgl. MvA II, PG Boek 6, p. 748.

gering. Van roerende zaken met een veiligheidsgebrek is immers per definitie bekend – zo zou men kunnen redeneren – dat zij een bijzonder gevaar voor personen of zaken opleveren. Tegen deze achtergrond heeft Nieuwenhuis het bekendheidsvereiste van art. 6:173 BW aangeduid als een ‘tamelijk tandeloze beperking’.⁵⁷⁴ Ook andere auteurs gaan ervan uit dat de praktische betekenis gering is.⁵⁷⁵ Mijns inziens mag het bekendheidsvereiste niet zonder meer als overbodig worden afgedaan. Met name waar het gaat om de verwezenlijking van nieuwe risico’s (vgl. par. 4.2.13), voortvloeiend uit een veiligheidsgebrek van een roerende zaak dat voorheen nog niet als zodanig werd onderkend, moet mijns inziens aansprakelijkheid op grond van art. 6:173 BW worden afgewezen.⁵⁷⁶ Illustratief is een vonnis van de Haagse Rechtbank over een glijpartij in een voor oud papier bestemde zeecontainer, waarvan de vloer door lekkage nat was geworden. Slachtoffer Van Vliet had in casu geen succes met zijn op art. 6:173 BW gebaseerde vordering, omdat volgens de rechtbank ‘in kringen van bezitters van zeecontainers die voor inzamelingen worden gebruikt, niet bekend was, althans redelijkerwijs niet bekend kon zijn, dat een lekkage via de bovenzijde kon leiden tot een ongeval als aan Van Vliet is overkomen’.⁵⁷⁷ Wat er zij van de daadwerkelijke (on)bekendheid van dit specifieke risico,⁵⁷⁸ de redenering toont wel de principiële én praktische betekenis aan van het bekendheidsvereiste.⁵⁷⁹

De contextgebonden invulling van het gebrekkigheids criterium, zoals hierboven geschetst, brengt mee dat de hier bepleite uitsluiting van risicoaansprakelijkheid voor ‘nieuwe’ veiligheidsgebreken óók kan worden gerealiseerd door te oordelen dat de betreffende zaak onder de gegeven omstandigheden niet *gebrekkig* was, althans niet gemeten naar de veiligheidsmaatstaven die golden ten tijde van de verwezenlijking van het gevaar. Hetzelfde resultaat kan tevens worden bereikt door toepassing van de tenzij-formule van art. 6:173 lid 1 BW. De gedachte is dan dat de bezitter die *welbewust* het ‘nieuwe’ gebrek ongemoeid zou hebben gelaten, omdat hij meende (en vooralsnog mocht

574 Nieuwenhuis 1986b, p. 100.

575 Zie bijv. Sterk 1994, p. 189; en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* (2011), nr. 219.

576 Dat is kennelijk ook de strekking van de heersende opvatting in de literatuur, dat schade door verwezenlijking van ‘ontwikkelingsrisico’s’ niet onder het bereik van art. 6:173 BW valt. Zie bijv. Bauw 2008, nr. 10; Spier in Spier e.a. 2009, nr. 100; en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* (2011), nr. 219.

577 Rb. ’s-Gravenhage 14 november 2001, NJ 2002, 276, r.o. 17. Zie ook Onrechtmatige daad I (Oldenhuis), art. 173, aant. 36, waar wordt vermeld dat het vonnis is bevestigd door Hof ’s-Gravenhage 7 oktober 2004 (niet-gepubliceerd).

578 De eigenaar van de zeecontainer had i.c. onbestreden gesteld dat zich in tien jaar tijd nooit een vergelijkbaar incident had voorgedaan, waaruit de rechtbank afleidde dat, bij gebrek aan nadere onderbouwing door het slachtoffer, ‘niet voor de hand’ lag dat aan het bekendheidsvereiste was voldaan (r.o. 16-17).

579 Vgl. ook Spier e.a. 2009, nr. 100, waar Spier het voorbeeld geeft van een mobiele telefoon die wordt uitgeleend aan iemand die daardoor kanker krijgt, i.v.m. een bijzondere gevoeligheid voor de straling van mobiele telefoons die pas naderhand door de medische wetenschap wordt ontdekt.

menen) dat daaruit geen gevaar voor personen of zaken voortvloeide, (zelfs) op grond van art. 6:162 BW vrijuit zou gaan. In zoverre kan het bekendheidsvereiste van art. 6:173 lid 1 BW, althans de wettelijke *explicitering* daarvan, inderdaad worden gemist, mits voldoende aandacht blijft bestaan voor de achterliggende gedachte, te weten dat geen risicoaansprakelijkheid heeft te gelden indien het betrokken gevaar 'naar objectieve maatstaven niet kenbaar' moet worden geacht.⁵⁸⁰

Beziet men het voorgaande in grote lijnen, dan zou men kunnen concluderen dat tussen de schuldaansprakelijkheid van art. 6:162 BW en de risicoaansprakelijkheid van art. 6:173 BW in materiële zin weinig verschil bestaat. Toch is die conclusie niet gerechtvaardigd. Met inachtneming van de bovenstaande nuanceringen resteert immers een belangrijk verschil in benadering van de aansprakelijkheidsvraag.⁵⁸¹ Waar in het kader van art. 6:162 BW het *gedrag* van de laedens wordt onderworpen aan een zorgvuldigheidstoetsing, staat in het kader van art. 6:173 BW de veiligheid van de door hem bezeten roerende *zaak* centraal. Hoezeer er ook verband kan bestaan tussen de veiligheidseisen die aan een zaak worden gesteld en die welke gelden voor het gedrag van de persoon die deze zaak bezit,⁵⁸² voor een gelijkschakeling is in dit verband geen plaats. Kern van art. 6:173 BW is dat het risico van verborgen gebreken op de bezitter van de roerende zaak rust.⁵⁸³ Hij is aansprakelijk voor de geleden schade, 'als ware het gebrek hem bekend'.⁵⁸⁴ Men heeft weinig fantasie nodig om te bedenken dat een verborgen gebrek zich óók kan voordoen zonder dat de bezitter zelf onzorgvuldig heeft gehandeld. Men denke aan de gevallen waarin het gebrek door een derde is veroorzaakt of (anderszins) voortvloeit uit omstandigheden waarop de laedens geen invloed heeft kunnen uitoefenen en waarmee hij ook niet bekend was of behoorde te zijn.⁵⁸⁵ Juist in zulke gevallen bewijst art. 6:173 BW zijn meerwaarde, omdat het artikel (wel bekendheid van de potentiële gevaarlijkheid maar) geen bekendheid van het concrete gebrek vereist.

580 Aldus (in het kader van art. 6:174 BW) HR 17 december 2010, *LJN* BN6236, *RvdW* 2011, 7 (Dijkdoorbraak Wilnis), r.o. 4.4.6, besproken in par. 4.5.4. Vgl. ook *TM*, *PG Boek* 6, p. 743.

581 Zie in gelijke zin *Spier in Spier* e.a. 2009, nr. 98.

582 Aldus bijv. *Nieuwenhuis* 1989, p. 196 (en identiek *Nieuwenhuis* 2007, p. 133); *Hartlief* 1996, p. 218; *Klaassen* 1996, p. 141; *Hartlief* 1997, p. 27; en *Sieburgh* 2000, p. 190.

583 Vgl. *TM*, *PG Boek* 6, p. 743; en *Asser/Hartkamp & Sieburgh* 6-IV* (2011), nr. 225.

584 Aldus de oorspronkelijke formulering van de tenzij-formule van art. 6:173 BW, kenbaar uit *MvA II*, *PG Boek* 6, p. 742. Vgl. *Hartlief* 1996, p. 220, die aan deze oorspronkelijke formulering de voorkeur geeft boven de huidige wettekst.

585 Zie bijv. *Spier en Sterk* 1990, p. 263-264, die het voorbeeld geven van een butagaskachel die, ondanks zorgvuldige installatie door een betrouwbare installateur, ontploft; en *Spier in Spier* e.a. 2009, nr. 98, die het voorbeeld geeft van een bijl die door een onbekende derde onklaar is gemaakt, waardoor tijdens het houthakken de kop losschiet.

4.5.3 Aansprakelijkheid voor opstallen

In het verlengde van art. 6:173 formuleert art. 6:174 BW een risicoaansprakelijkheid voor gebrekkige *onroerende* zaken, meer in het bijzonder voor opstallen. Blijkens de leden 4 en 6 wordt daarmee bedoeld op gebouwen, (bouw)werken en wegen.⁵⁸⁶ 'De bezitter van een opstal die niet voldoet aan de eisen die men daaraan in de gegeven omstandigheden mag stellen, en daardoor gevaar voor personen of zaken oplevert, is, wanneer dit gevaar zich verwezenlijkt, aansprakelijk', aldus de kernachtige hoofdregel van het artikel.⁵⁸⁷ Als vereisten voor de onderhavige risicoaansprakelijkheid gelden dus (i) het bezit van een gebrekkige opstal en (ii) de daaruit voortvloeiende verwezenlijking van een gevaar voor personen of zaken.⁵⁸⁸

Evenals in het kader van art. 6:173 BW ziet het vereiste van gebrekkigheid hier, zoals de wettekst bevestigt, op de *veiligheidseisen* die onder de gegeven omstandigheden aan de betrokken opstal mogen worden gesteld.⁵⁸⁹ Het gaat volgens de Hoge Raad om 'de – naar objectieve maatstaven te beantwoorden – vraag of de opstal, gelet op het te verwachten gebruik of de bestemming daarvan, met het oog op voorkoming van gevaar voor personen en zaken deugdelijk is'.⁵⁹⁰ Bij de beantwoording van die vraag kunnen – opnieuw – de *Kelderluikfactoren* (par. 4.3.5) een rol spelen.⁵⁹¹ Meer in het bijzonder verwijst de Hoge Raad in dit verband naar 'de grootte van de kans op verwezenlijking van het aan de opstal verbonden gevaar' en 'de mogelijkheid en bezwaarlijkheid van te nemen veiligheidsmaatregelen'.⁵⁹² In de literatuur wordt – conform de inzichten uit het gevaarzettingsleerstuk (vgl. par. 4.2.10) – aangenomen dat de te treffen veiligheidsmaatregelen moeten worden afgestemd op een *normaal* gebruik van de opstal.⁵⁹³ De bezitter behoeft dus niet te anti-

586 Zie nader over het begrip 'opstal' bijv. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* (2011), nr. 233-234.

587 Hierop volgt de in par. 4.5.1 geïntroduceerde tenzij-formule, waarover nader bijv. Bauw 2008, nr. 18; Spier in Spier e.a. 2009, nr. 111; en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* (2011), nr. 237.

588 Zie bijv. Bauw 2008, nr. 17, die het gevaar en de verwezenlijking daarvan overigens als twee afzonderlijke vereisten beschouwt.

589 Zie bijv. Van Dam 2000, nr. 1203; Bauw 2008, nr. 17; en *Onrechtmatige daad I* (Oldenhuis), art. 174, aant. 73.

590 Aldus HR 17 december 2010, *LJN* BN6236, *RvdW* 2011, 7 (Dijkdoorbraak Wilnis), r.o. 4.4.4 (zie ook r.o. 4.4.3), besproken in par. 4.5.4.

591 Zie bijv. Sterk 1994, p. 194-195; Novakovski 2006, p. 109; Van Dam e.a. 2007, p. 18-19; Spier in Spier e.a. 2009, nr. 110; Kruijswijk Jansen & Van den Broek 2011, p. 114; en voorts de conclusie van A-G Spier voor HR 17 december 2010, *LJN* BN6236, *RvdW* 2011, 7 (Dijkdoorbraak Wilnis), sub 6.38.2.

592 HR 17 december 2010, *LJN* BN6236, *RvdW* 2011, 7 (Dijkdoorbraak Wilnis), r.o. 4.4.3.

593 Zie bijv. Van Dam e.a. 2007, p. 21-22; en Bauw 2008, nr. 17.

peren op volstrekt roekeloos gedrag van de potentiële slachtoffers.⁵⁹⁴ Dienovereenkomstig heeft de wetgever bij de invoering van art. 6:174 BW opgemerkt dat het artikel geen 'garantienorm' behelst.⁵⁹⁵

Uit het voorgaande blijkt dat de risicoaansprakelijkheid voor gebrekkige opstallen een *contextgebonden* karakter heeft. Beslissend is het gerechtvaardigde verwachtingspatroon van de gebruikers van de opstal.⁵⁹⁶ Volgens de Toelichting Meijers zijn in dit verband 'verschillende omstandigheden' relevant en kan bijvoorbeeld 'van de al dan niet aanwezigheid van waarschuwingsborden afhangen of de toestand waarin een gebouw of werk zich bevindt, gebrekkig is in de zin van het onderhavige artikel'.⁵⁹⁷ Op de bezitter van een opstal kan dus een *waarschuwingsplicht* rusten.⁵⁹⁸ Omgekeerd speelt ook de eigen verantwoordelijkheid van de gebruiker een rol, in die zin dat deze tot op zekere hoogte zal moeten anticiperen op 'normale' gebreken, waarvan de (potentiële) aanwezigheid algemeen bekend mag worden verondersteld (vgl. par. 4.3.13).

Een en ander blijkt duidelijk op het terrein van de wegbeheerdersaansprakelijkheid (vgl. par. 4.4.6). Bij de invoering van art. 6:174 BW heeft de wetgever, kennelijk uit vrees voor een te vergaande (overheids)aansprakelijkheid ter zake, opgemerkt dat weggebruikers 'er rekening mee zullen moeten houden dat wegen niet steeds in perfecte staat verkeren' en dat 'het enkele feit dat geen waarschuwingsbord is geplaatst, waar dit op zich zelf wellicht wenselijk was, de weg nog niet stempelt tot een weg die 'niet voldoet aan de eisen die men daaraan in de gegeven omstandigheden mag stellen'.⁵⁹⁹ Tegen deze achtergrond wordt aangenomen dat de wegbeheerder op grond van art. 6:174 BW weliswaar gehouden is om – afgezien van zijn verplichting tot onderhoud van het wegdek⁶⁰⁰ – weggebruikers te waarschuwen voor bijzondere gevaren op de weg, maar dat deze waarschuwingsplicht zich in ieder geval niet uitstrekt tot gevaren die bij de weggebruikers genoegzaam bekend mogen worden

594 Zie bijv. Rb. Zutphen 14 juli 2010, *LJN* BN1045, *VR* 2011, 73, waarin de op art. 6:174 BW gebaseerde vordering van een fotograaf die door de vloer van een slooppand was gezakt, werd afgewezen, omdat hij 'zich bewust in een gevaarlijke situatie [had] begeven' (r.o. 5.10). Vgl. ook par. 4.3.3.

595 Zie *MvA II Inv.*, PG Boek 6 (Inv.), p. 1380, waar de wetgever zich afzet tegen de door Nieuwenhuis verdedigde opvatting dat art. 6:173 en 6:174 BW een 'garantienorm' behelzen (Nieuwenhuis 1983, p. 584). Aldus ook HR 17 december 2010, *LJN* BN6236, *RvdW* 2011, 7 (Dijkdoorbraak Wilnis), r.o. 4.4.3.

596 Aldus bijv. Sterk 1994, p. 194; Verheij 2005, nr. 36; en Spier in Spier e.a. 2009, nr. 110.

597 TM, PG Boek 6, p. 755.

598 Zie bijv. Sterk 1994, p. 194; Van Dam 2000, nr. 1203; Verheij 2005, nr. 36; Van Dam e.a. 2007, p. 22-25; Bauw 2008, nr. 17; en *Onrechtmatige daad I* (Oldenhuis), art. 174, aant. 106.

599 *NvW*, PG Boek 6 (Inv.), p. 1394. De wetgever wijst hier overigens ook op het belang van de 'financiële armslag' van de wegbeheerder (vgl. par. 4.3.6).

600 Vgl. Bauw 2008, nr. 17, die opmerkt dat het plaatsen van waarschuwingsborden de bezitter niet van zijn (verdere) veiligheidsverplichtingen ontslaat, zoals het plegen van voldoende onderhoud.

verondersteld.⁶⁰¹ Illustratief is het arrest Rook/Staat uit 2002, waarin risicoaansprakelijkheid van de Staat voor de schade van een automobilist, die ten gevolge van ijzel in een slip was geraakt, werd afgewezen tegen de achtergrond van het feit dat ter plaatse was gestrooid en via de radio voor gladheid was gewaarschuwd. De omstandigheid dat het onderhavige wegdek, gemaakt van 'zeer open asfalt beton' (ZOAB), bijzonder vatbaar was voor gladheid door ijzel, leidde niet tot het aannemen van gebrekkigheid, omdat volgens de Hoge Raad de automobilist zelf op de weersomstandigheden had moeten letten:

'Onder een gebrekkige toestand kan tevens worden verstaan een gevaarlijke toestand die onveranderd wordt gelaten.⁶⁰² Hiervan is sprake als de Staat als wegbeheerder is tekortgeschoten in de op hem rustende zorgverplichting, waaronder het bestrijden van gladheid en het vervullen van zijn waarschuwingsplicht. (...) Voor de beoordeling van de waarschuwingsplicht van de Staat is van belang dat het hier gaat om kortdurend gevaar dat veroorzaakt wordt door plotseling optredende (weers-)omstandigheden welke ook gevaar kunnen opleveren op andere wegbedekkingen. De staat mocht van een weggebruiker verwachten dat deze zich via de media op de hoogte zou stellen van de heersende weersomstandigheden en de gevolgen daarvan. De Staat was niet gehouden borden te plaatsen met het opschrift 'ZOAB' al dan niet in combinatie met het verkeersbord dat voor slipgevaar waarschuwt.⁶⁰³

Al met al heeft de risicoaansprakelijkheid van art. 6:174 BW een betrekkelijk 'open' karakter. Met name heeft de wetgever in dit verband, anders dan in het kader van art. 6:173 BW, niet de eis van een 'bijzonder' gevaar gesteld,⁶⁰⁴ terwijl ook een verwijzing naar het in par. 4.5.2 besproken bekendheidsvereiste ontbreekt. Een en ander is door de wetgever verklaard met de – weinig geprononceerde – opmerking dat de toespitsing op opstallen in dit verband reeds een voldoende 'beletsel voor een oneigenlijke oprekking van de aansprakelijkheid' vormt.⁶⁰⁵ Die opmerking is min of meer gelogenstraft door het nu te bespreken arrest Dijkdoorbraak Wilnis, waarin de Hoge Raad zich genoodzaakt zag de onderhavige risicoaansprakelijkheid nader te beperken in het licht van

601 Vgl. in die terughoudende zin bijv. Van Dam e.a. 2007, p. 26; Spier in Spier e.a. 2009, nr. 110; en Onrechtmatige daad I (Oldenhuis), art. 174, aant. 101.4.

602 De Hoge Raad doelt kennelijk op het onderscheid met de gevallen waarin een waarschuwingsplicht ex art. 6:174 BW wordt afgeleid uit het gevaarzettend *handelen* van de wegbeheerder. Vgl. bijv. Hof 's-Gravenhage 26 oktober 2010, *LJN* BO2456, *NJF* 2010, 486, r.o. 4.5, waarin werd geoordeeld dat een gemeente had moeten waarschuwen voor een door haar gewijzigde verkeerssituatie (de aanwijzing van een verkeerstunnel als legale graffitiplaats). [Noot niet in origineel; *KJO*]

603 HR 3 mei 2002, *NJ* 2002, 465 (Rook/Staat), r.o. 3.2.

604 Zie voor de betekenis van de term 'bijzonder' in dit verband par. 4.4.8.

605 Aldus *MvA II Inv.*, PG Boek 6 (Inv.), p. 1385. Vgl. Bauw 2008, nr. 17; en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* (2011), nr. 236, welke auteurs ook geen nadere verklaring van de redactionele verschillen tussen art. 6:173 en 6:174 BW (kunnen) geven.

‘de naar objectieve maatstaven te beoordelen kenbaarheid van het gebrek en het daaraan verbonden gevaar’.⁶⁰⁶

4.5.4 Vervolg; Dijkdoorbraak Wilnis

In de nacht van 25 op 26 augustus 2003 is in Wilnis de veendijk langs de Ringvaart doorgebroken (althans verschoven), resulterend in een overstroming van de achterliggende woonwijk. Gemeente De Ronde Venen, tot wier grondgebied Wilnis behoort, heeft ter zake van de geleden schade⁶⁰⁷ verhaal gezocht op het Hoogheemraadschap Amstel, Gooi en Vecht, de beheerder van de dijk. Grondslag van deze vordering was art. 6:174 BW. Volgens de gemeente kwalificeerde de doorgebroken dijk als een gebrekkige opstal in de zin van dat artikel. Het hoogheemraadschap verweerde zich met de stelling dat deskundigenonderzoek had uitgewezen dat de doorbraak was veroorzaakt door een combinatie van ‘langdurige droogte’ en ‘een (extreem) lage grondwaterstand’, welke omstandigheden volgens het hoogheemraadschap voorafgaand aan de doorbraak niet als ‘risicofactoren’ of ‘faalmechanismen’ werden beschouwd. Pas naderhand was het (paradoxe) inzicht gerezen dat een dijk ook door een *tekort* aan water kan doorbreken.

De rechtbank honoreerde dit verweer en wees de vordering af. Na te hebben vooropgesteld dat de dijkdoorbraak in beginsel het vermoeden rechtvaardigde dat de dijk gebrekkig was in de zin van art. 6:173 BW, zette de rechtbank zich vervolgens aan een onderzoek naar de veiligheidseisen die, in het licht van ‘de stand van de kennis en techniek ten tijde van de kaderverschuiving’, aan de dijk mochten worden gesteld. Uiteindelijk concludeerde de rechtbank ‘dat langdurige droogte tot 26 augustus 2003 niet werd gezien als bedreiging voor de stabiliteit en veiligheid van waterkeringen’, zodat van gebrekkigheid naar de toenmalige maatstaven geen sprake was.⁶⁰⁸

Het hof koos een tegengestelde benadering, door de nadruk te leggen op het risicokarakter van art. 6:174 BW. Bij de beoordeling van de gebrekkigheid komt het, aldus het hof, ‘niet aan op de (toenmalige) kennis over faalmechanismen en de (toenmalige) maatstaven voor belastingsituaties’. Het gaat om de gebrekkigheid van de dijk als zodanig, die het hof in casu afleidde uit deskundigenonderzoek. De omstandigheid dat extreme droogte voorafgaand aan de dijkdoorbraak niet als risicofactor werd onderkend, deed volgens het hof aan

606 HR 17 december 2010, LJN BN6236, *RvdW* 2011, 7 (Dijkdoorbraak Wilnis), r.o. 4.4.5. Vgl. ook *Onrechtmatige daad I* (Oldenhuis), art. 174, aant. 96, waar Oldenhuis deze ontwikkeling al voorspelde.

607 Aard en omvang van deze schade worden in de procedure niet nader gespecificeerd. Vgl. de conclusie van A-G Spier, sub 3.1.

608 Zie Rb. Amsterdam 29 november 2006, LJN AZ3402, r.o. 4.4 en 4.6.

de gebrekkigheid niet af, 'omdat onbekendheid van het gevaar op grond van de wet voor risico van het hoogheemraadschap komt'.⁶⁰⁹

In cassatie sluit de Hoge Raad zich aan bij de visie van de rechtbank, in een principieel en uitvoerig gemotiveerd arrest.⁶¹⁰ In r.o. 4.4.3 stelt de Hoge Raad voorop dat de invulling van het gebrekkigheids criterium van art. 6:174 BW dient te geschieden aan de hand van de omstandigheden van het geval, waarbij hij meer concreet wijst op het belang van de Kelderluikfactoren (zoals geciteerd in de voorgaande paragraaf). Onder verwijzing naar de parlementaire geschiedenis waarschuwt de Hoge Raad dat art. 6:174 BW geen 'garantienorm' behelst.⁶¹¹ Tegen deze achtergrond formuleert hij in r.o. 4.4.4 de volgende, contextgebonden maatstaf:

'Bij het antwoord op de vraag of de opstal voldoet aan de eisen die men daaraan in de gegeven omstandigheden mag stellen, komt het (...) aan op de – naar objectieve maatstaven te beantwoorden – vraag of de opstal, gelet op het te verwachten gebruik of de bestemming daarvan, met het oog op voorkoming van gevaar voor personen en zaken deugdelijk is, waarbij ook van belang is hoe groot de kans op verwezenlijking van het gevaar is en welke onderhouds- en veiligheidsmaatregelen mogelijk en redelijkerwijs te vergen zijn.'

In r.o. 4.4.5 volgt een meer concrete uitwerking, waarbij diverse op het onderhavige geval toegesneden gezichtspunten de revue passeren. Van belang is dat de Hoge Raad in dit verband ook 'de naar objectieve maatstaven te beoordelen kenbaarheid van het gebrek en het daaraan verbonden gevaar van kadeverschuiving' noemt, 'mede gelet op de toenmalige stand van de wetenschap en de techniek en de daadwerkelijke (technische) mogelijkheid van het nemen van afdoende veiligheidsmaatregelen'. Deze kenbaarheid wordt nadrukkelijk als gezichtspunt gepresenteerd, en niet als vereiste voor aansprakelijkheid. Dat wordt bevestigd aan het slot van r.o. 4.4.5, waar de Hoge Raad overweegt dat de genoemde factoren 'in uiteenlopende richting' kunnen wijzen en dat 'de aard, de bestemming en de waarborgfunctie van de kade zwaarwegende factoren zijn die kunnen meebrengen dat daartegenover aan andere omstandigheden minder gewicht toekomt'.

Nu het hof de bedoelde kenbaarheid van het onderhavige gevaar uitdrukkelijk buiten beschouwing had gelaten – en overigens ook geen aandacht had besteed aan de beleidsvrijheid en financiële armslag van het hoogheemraadschap, omstandigheden die de Hoge Raad eveneens van belang acht (r.o. 4.4.5) – volgt vernietiging. Dat wil niet zeggen dat het hoogheemraadschap opgelucht adem kan halen. Halverwege r.o. 4.4.5 overweegt de Hoge Raad,

609 Zie Hof Amsterdam 9 juni 2009, *LJN* BI7389, *NJF* 2009, 351, r.o. 2.5.2 en 2.5.5.

610 Hieronder worden alleen de overwegingen betreffende de gebrekkigheid behandeld (r.o. 4.4.1 e.v.). Zie over de kwalificatie van de dijk als opstal r.o. 4.3.1 e.v. en over de toepassing van de tenzij-formule r.o. 4.5.1 e.v.

611 Vgl. *MvA II Inv.*, PG Boek 6 (Inv.), p. 1380.

in navolging van de rechtbank, dat 'het enkele feit van de kaderverschuiving' in het algemeen voldoende zal zijn voor het aannemen van een *vermoeden* van gebrekkigheid. Het hoogheemraadschap dient dus te bewijzen waarom de dijk, gelet op de stand van wetenschap en techniek voorafgaand aan de doorbraak, wél voldeed aan de te stellen eisen. Daarbij kan de eerder genoemde waarborgfunctie van de dijk meebrengen, aldus de Hoge Raad aan het slot van r.o. 4.4.5, 'dat aan de onderbouwing van stellingen met betrekking tot de niet-kenbaarheid van het gevaar van een kaderverschuiving strenge eisen worden gesteld'.

Erg scheutig is de Hoge Raad dus niet met het nieuwe verweer, zodat de gedachte zou kunnen postvatten dat het hof er per saldo niet ver naast zat, met zijn verwijzing naar het risicokarakter van art. 6:174 BW.⁶¹² Toch wil de Hoge Raad zich daarmee niet verenigen. 's hofs oordeel dat onbekendheid met het gevaar krachtens art. 6:174 BW voor risico van de bezitter komt, is 'in het algemeen niet juist (...) voor een geval waarin, zoals het Hoogheemraadschap te dezer zake heeft gesteld, het specifieke gevaar dat zich heeft verwezenlijkt naar de toenmalige stand van de wetenschap en de techniek niet bekend – en dus naar objectieve maatstaven niet kenbaar – was', aldus de Hoge Raad aan het slot van r.o. 4.4.6. Hierin schuilt mijns inziens de crux van de zaak. Indien niemand het gebrek destijds had *kunnen* kennen, kan niet worden gezegd dat de dijk naar de toenmalige maatstaven gebrekkig was. Het verwachtingspatroon van de gebruikers voorzag daar immers (nog) niet in. A-G Spier redeneerde in zijn conclusie langs dezelfde lijn.⁶¹³

Hiermee rijst de vraag waarom de Hoge Raad de bedoelde kenbaarheid slechts als *gezichtspunt* presenteert, en dit gezichtspunt zelfs uitdrukkelijk ondergeschikt maakt aan andere 'zwaarwegende factoren' (r.o. 4.4.5). Wellicht vreesde de Hoge Raad zijn rechtsvormende taak te buiten te gaan, indien hij in aanvulling op het bekendheidsvereiste van art. 6:173 BW een vergelijkbaar vereiste zou introduceren in het kader van art. 6:174 BW, waar de wetgever dit nu juist expliciet had afgewezen (par. 4.5.3). Die vrees is niet terecht, omdat het bekendheidsvereiste van art. 6:173 BW, zoals bleek in par. 4.5.2, als een obiter dictum van de wetgever moet worden beschouwd. Waar het gaat om een zaak die een gevaar oplevert dat, tot aan de verwezenlijking ervan, 'naar objectieve maatstaven niet kenbaar' was, kan onmogelijk worden volgehouden dat die zaak destijds niet voldeed aan de eisen die men daaraan 'onder de gegeven omstandigheden' mocht stellen.⁶¹⁴ Bovendien staat in dat geval de tenzij-formule aan aansprakelijkheid in de weg, omdat een bezitter die had *geweten* van het betreffende 'gebrek' – dat toen dus nog niet als zodanig werd beschouwd –, naar maatstaven van zorgvuldigheid geen actie had behoeven

612 Vgl. Lindenbergh 2011, p. 213, die zich afvraagt 'hoe het verwijzingshof nu met dit geval moet of mag omgaan'.

613 Zie de conclusie van A-G Spier voor het arrest, sub 6.38.2.

614 Vgl. Lindenbergh 2011, p. 213, die het arrest tegen deze achtergrond bekritiseert.

te ondernemen.⁶¹⁵ De onderhavige casus illustreert dit: zou voorafgaand aan de doorbraak zijn ontdekt dat de dijk was uitgedroogd, dan zou – uitgaande van de juistheid van de stellingen van het hoogheemraadschap – niemand daarvan wakker hebben gelegen.

4.5.5 Vervolg; art. 6:174 vs. 6:162 BW

Als het waar is dat het hoogheemraadschap in de Wilnis-zaak vrijuit zou gaan, indien zij voorafgaand aan de dijkdoorbraak wist noch behoorde te weten dat uitdroging een risicofactor voor dijken was,⁶¹⁶ rijst de vraag wat in dit verband de meerwaarde is van art. 6:174 boven art. 6:162 BW. Hartlief heeft naar aanleiding van het arrest Dijkdoorbraak Wilnis betoogd dat de risicoaansprakelijkheid voor opstallen en de schuldaansprakelijkheid ‘eigenlijk één pot nat’ zijn.⁶¹⁷ Ook in de lagere rechtspraak klinkt deze opvatting door. In een recente zaak, waarin de gemeente Dordrecht op grond van art. 6:174 BW werd aangesproken door bewoners die (funderings)schade aan hun huizen stelden te hebben geleden door de gebrekkig toestand van de Dordtse riolering, overwoog het Hof Den Haag, na een citaat uit het arrest Dijkdoorbraak Wilnis:

‘Dit betekent dat de vraag of de riolering in de Gemeente voldoet aan de eisen die men daaraan in de gegeven omstandigheden mag stellen in de zin van art. 6:174 lid 1 BW (...) in wezen dezelfde is als de vraag of de Gemeente onrechtmatig jegens de Bewoners heeft gehandeld. (...) Dit is in overeenstemming met de opvatting in de literatuur dat indien de gebrekkigheid van de opstal wordt beoordeeld aan de hand van hetgeen aan onderhoud en maatregelen van de bezitter verwacht kan worden (...), de kwalitatieve aansprakelijkheid niet verder reikt dan die uit onrechtmatige daad.’⁶¹⁸

De bedoelde ‘opvatting in de literatuur’ is afkomstig van Hartkamp en Sieburgh.⁶¹⁹ Het is echter de vraag of uit het Wilnis-arrest inderdaad mag worden afgeleid dat, telkens wanneer het gaat om een beoordeling van ‘hetgeen aan onderhoud en maatregelen van de bezitter verwacht kan worden’, art. 6:162 en 6:174 BW inwisselbaar zijn. In de praktijk kunnen immers de

615 *Anders* r.o. 4.5.2 van het arrest, waar de Hoge Raad zich zonder nadere toelichting verenigt met ‘s hofs oordeel dat het hoogheemraadschap onvoldoende had gesteld ter onderbouwing van haar beroep op de tenzij-formule.

616 Vgl. Hartlief 2011, p. 285, die aansprakelijkheid bij gebreke van de hier bedoelde kennis niet ‘reëel’ acht.

617 Hartlief 2011, p. 285.

618 Hof ‘s-Gravenhage 15 maart 2011, *LJN* BP7513, *JA* 2011, 84 m.nt. H.J.S.M. Langbroek, r.o. 2.5.

619 Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* (2011), nr. 236, waar ‘s hofs overweging (letterlijk) bij aansluit. Vgl. ook Hartlief 1996, p. 223-224; en Kruijswijk Jansen & Van den Broek 2011, p. 115.

gevaaren van een opstal al snel met een gebrek aan onderhoud of overige (voorzorgs)maatregelen in verband worden gebracht.⁶²⁰ Strikte toepassing van de bedoelde opvatting zou ertoe leiden dat bijvoorbeeld een bezoeker van een monumentaal winkelpand die door de verrotte vloer zakt, ter onderbouwing van zijn schadeclaim tegen de winkelier moet aantonen dat er sprake was van onzorgvuldig onderhoud. De gedachte achter art. 6:174 BW is nu juist dat het slachtoffer hier niet de bewijslast draagt van een dergelijke contextgebonden onzorgvuldigheid,⁶²¹ maar dat hij ermee kan volstaan te stellen (en zo nodig bewijzen) dat de opstal niet de veiligheid bood die daarvan onder de gegeven omstandigheden mocht worden verwacht.

Tussen art. 6:162 en 6:174 BW bestaat dus – evenals op het terrein van art. 6:173 BW (par. 4.5.2) – een cruciaal verschil in benadering.⁶²² Beide bepalingen zien op een contextgebonden veiligheidstoetsing, maar in het kader van art. 6:162 BW wordt het *gedrag* van de laedens aan een veiligheidsnorm onderworpen, terwijl in het kader van art. 6:174 BW de veiligheid van zijn *opstal* centraal staat. Deze ‘zakelijke’ benadering leidt onvermijdelijk – althans zo zou het moeten zijn – tot een verhoogde mate van objectivering, en derhalve tot een striktere benadering. In het maatschappelijk verkeer worden nu eenmaal (doorgaans) hogere eisen gesteld aan de veiligheid van opstallen dan aan de zorgvuldigheid van hun bezitters. Dat blijkt met name waar het gaat om *verborgen* veiligheidsgebreken. Deze kunnen, ook zonder dat zij zijn terug te voeren op (aantoonbare) nalatigheid van de bezitter, de conclusie rechtvaardigen dat de betreffende opstal niet de veiligheid bood die men daarvan onder de gegeven omstandigheden mocht verwachten. Tegen deze achtergrond moet wellicht worden verklaard dat de Hoge Raad in het Wilnis-arrest zoveel nadruk legt op de ‘waarborgfunctie’ van een dijk.

Al met al zie ik geen reden om uit het arrest te concluderen dat tussen schuld- en risicoaansprakelijkheid geen verschil (meer) bestaat.⁶²³ Wel kan men zeggen dat de Hoge Raad de risicoaansprakelijkheid van art. 6:174 BW – terecht – meer in lijn heeft gebracht met de schuldaansprakelijkheid van art. 6:162 BW, door te oordelen dat bij gebreke van objectieve kennis omtrent de *mogelijkheid* van verwezenlijking van het betrokken gevaar geen risicoaansprakelijkheid kan worden aangenomen.⁶²⁴ In par. 4.5.2 bleek dat art. 6:173 BW

620 Vgl. Bauw 2008, nr. 17, die in het kader van art. 6:174 BW (zonder de pretentie van volledigheid) onderscheid maakt tussen ontwerpgebreken, constructiegebreken en onderhoudsgebreken.

621 Vgl. TM, PG Boek 6, p. 753.

622 Aldus ook Van Maanen 2011b, p. 35-36, 49.

623 Aldus ook Den Hollander 2011, p. 92-93.

624 Strikt genomen gaat de Hoge Raad niet zo ver, aangezien hij de kenbaarheid van het gevaar – ten onrechte (par. 4.5.4) – slechts als *gezichtspunt* presenteert.

een vergelijkbaar kennisvereiste stelt.⁶²⁵ Ook art. 6:175 BW, betreffende de risicoaansprakelijkheid voor gevaarlijke stoffen, vereist met zoveel woorden dat van de stof 'bekend is dat zij zodanige eigenschappen heeft, dat zij een bijzonder gevaar van ernstige aard voor personen of zaken oplevert'.⁶²⁶ Zelfs de relatief strenge productenaansprakelijkheid van art. 6:185 e.v. BW kent een uitsluitingsgrond voor gevallen waarin de hier bedoelde kennis omtrent de 'generieke causaliteit' ontbreekt.⁶²⁷ In de navolgende paragraaf wordt dat nader uitgewerkt.

4.5.6 Productenaansprakelijkheid

Art. 6:185 lid 1 BW bepaalt dat de producent aansprakelijk is voor 'de schade veroorzaakt door een gebrek in zijn produkt'. Het gaat hier om een risicoaansprakelijkheid, zij het dat deze wordt gemitigeerd door de onder a tot en met f genoemde uitsluitingsgronden, waarin het schuldbeginsel doorklinkt.⁶²⁸ De belangrijkste van deze uitsluitingsgronden is het *ontwikkelingsrisicoverweer*, omschreven in art. 6:185 lid 1 sub e BW.⁶²⁹ De producent gaat vrijuit, indien het 'op grond van de stand van de wetenschappelijke en technische kennis op het tijdstip waarop hij het produkt in het verkeer bracht, onmogelijk was het bestaan van het gebrek te ontdekken'. Het Europese Hof van Justitie toont zich streng in de interpretatie van dit verweer. Volgens het Hof moet worden getoetst aan 'de objectieve stand van de wetenschappelijke en technische kennis zonder meer, daaronder begrepen het meest geavanceerde niveau'.⁶³⁰ De stand van wetenschap en techniek laat zich dus niet 'regionaliseren', zoals Dommering-van Rongen het treffend uitdrukt.⁶³¹ Daar staat tegenover dat de bedoelde kennis, aldus het Hof, ten tijde van het in het verkeer brengen

625 Enigszins *anders* Kruijswijk Jansen & Van den Broek 2011, p. 116, die betogen dat het kennisvereiste van art. 6:173 BW (evenals dat van art. 6:175 BW) 'gesubjectiveerd' en daardoor minder strikt is. Overigens pleiten zij ook in het kader van art. 6:174 BW voor enige subjectivering (p. 117-118).

626 Vgl. MvT, *Kamerstukken II* 1988/89, 21202, nr. 3, p. 42, waar overigens wordt gesignaleerd dat deze 'eis van bekendheid' geen zelfstandige betekenis heeft indien een gevaarlijke stof als zodanig is vermeld op de in art. 6:175 lid 6 BW bedoelde lijst. Zie verder over dit vereiste bijv. Bauw 2008, nr. 24.

627 Zie over het begrip 'generieke causaliteit' par. 4.3.9.

628 Zie in die zin bijv. Dommering-van Rongen 2000, p. 36; en *Onrechtmatige daad I* (Stolker), art. 185, aant. 2.

629 Zie daarover bijv. Bauw 2008, nr. 54; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* (2011), nr. 266; en *Onrechtmatige daad I* (Stolker), art. 185, aant. 8.

630 HvJ EG 29 mei 1997, NJ 1998, 522 (Commissie/Verenigd Koninkrijk), r.o. 26 (zie ook r.o. 29).

631 Dommering-van Rongen 1991, p. 238 (overigens nog vóór de uitspraak in *Commissie/Verenigd Koninkrijk*).

van het product wel 'toegankelijk' moet zijn geweest voor de producent.⁶³² Per saldo gaat het om de vraag of de producent *kon* weten van het gebrek in zijn product, in die zin dat het ergens ter wereld – in een voor hem toegankelijke bron – als zodanig was onderkend.⁶³³ Aan het slot van de voorgaande paragraaf bleek reeds dat de overige risicoaansprakelijkheden voor zaken een vergelijkbare eis van bekendheid van de 'generieke causaliteit' stellen, als drempelvoorwaarde voor aansprakelijkheid.

De doorwerking van het schuldbeginsel manifesteert zich ook in het gebrekkigheids criterium, het centrale vereiste voor aansprakelijkheid van de producent. Volgens art. 6:186 BW is een product gebrekkig, indien het 'niet de veiligheid biedt die men daarvan mag verwachten, alle omstandigheden in aanmerking genomen'. Ter invulling van deze contextgebonden maatstaf wordt in de literatuur⁶³⁴ veelal verwezen naar het Halcion-arrest uit 1989, waarin het ging om de aansprakelijkheid van een geneesmiddelenproducent voor de (beweerde) ernstige bijwerkingen van een door hem op de markt gebracht slaapmiddel.⁶³⁵ Het hof nam in casu (veronderstellenderwijs⁶³⁶) gebrekkigheid aan door te anticiperen op art. 6:186 BW, althans op de Europese richtlijn productenaansprakelijkheid die daaraan ten grondslag lag.⁶³⁷ In cassatie klaagde Upjohn, de aangesproken producent, dat het hof de algemene zorgvuldigheidsmaatstaf van art. 6:162 BW had moeten toepassen en dat in dat kader gebrekkigheid van het geneesmiddel eerst aan de orde zou zijn 'indien aard en ernst van mogelijke schadelijke bijwerkingen en de grootte van de kans daarop zodanig zijn dat deze door de ernst van de ziekte of kwaal die het middel bedoelt te genezen of bestrijden niet worden gerechtvaardigd, mede gelet op alle verdere omstandigheden, zoals de effectiviteit van het middel in het algemeen, de wijze van produktinformatie en de effectiviteit en (potentiële) schadelijkheid van substitueerbare middelen'. De Hoge Raad citeert deze passage en verwerpt de betreffende cassatieklacht, daartoe overwegende dat het hof 'deze norm in feite heeft toegepast'. Voorts acht de Hoge Raad het 'juist' dat het hof zich in dit verband liet inspireren door het gebrekkigheids criterium uit de Europese richtlijn (r.o. 4.4.2). Kennelijk kunnen in de visie van de Hoge Raad de door het cassatiemiddel genoemde gezichtspunten, waarin men de *Kelderluikfactoren* herkent (par. 4.3.5), ook in het kader van

632 HvJ EG 29 mei 1997, NJ 1998, 522 (Commissie/Verenigd Koninkrijk), r.o. 28 (zie ook r.o. 29).

633 Met 'onderkennen' wordt hier (dus) bedoeld op het onderkennen van de *mogelijkheid* dat het gebrek zich zou voordoen. Vgl. par. 5.2.2, over kennisgradaties.

634 Zie bijv. Dommering-van Rongen 1991, p. 158 e.v.; Dommering-van Rongen 2000, p. 45 e.v.; en Spier in Spier e.a. 2009, nr. 138. Vgl. ook Onrechtmatige daad I (Stolker), art. 186, aant. 8 e.v.

635 HR 30 juni 1989, NJ 1990, 652 m.nt. CJHB (Halcion).

636 De daadwerkelijke gebrekkigheid moest nader worden onderzocht, omdat nog niet vaststond dat de beweerde bijwerkingen zich daadwerkelijk hadden voorgedaan.

637 Richtlijn 85/374/EEG inzake de aansprakelijkheid voor producten met gebreken.

art. 6:186 BW een rol spelen. Hierboven bleek reeds dat het gebrekkigheids criterium van art. 6:173 (par. 4.5.2) en 6:174 BW (par. 4.5.3) op vergelijkbare wijze onderhevig is aan de reflexwerking van het gevaarzettingsleerstuk.

4.5.7 Vervolg; gezichtspunten

In aanvulling op de zojuist bedoelde Kelderluikfactoren noemt art. 6:186 lid 1 BW zelf ook een drietal gezichtspunten, die bij de beoordeling van de gebrekkigheid een rol kunnen spelen. Van belang is allereerst de *presentatie* van het product (sub a), waarbij men met name moet denken aan de verpakking, de gebruiksaanwijzing en eventuele instructies omtrent het gebruik. Al in 1974 wees Schut erop dat de gebrekkigheid van een product niet alleen kan zijn gelegen in het ontwerp of in de uitvoering daarvan, maar ook in 'instructiefouten'.⁶³⁸ Deze doen zich voor, aldus Schut, indien het product 'wordt afgeleverd zonder voldoende aanwijzingen omtrent het gebruik, waardoor onnodige gevaren in het leven worden geroepen'.⁶³⁹ Dienovereenkomstig wordt in de literatuur aangenomen dat een producent, indien zijn product bij normaal gebruik gevaar voor personen of zaken oplevert, adequate *instructies* dient te verstrekken ter voorkoming van de verwezenlijking van dit gevaar.⁶⁴⁰ Dergelijke productwaarschuwingen dienen bij voorkeur niet (alleen) in de gebruiksaanwijzing, maar (ook) op het product zelf te worden aangebracht.⁶⁴¹ Overigens wordt in de literatuur benadrukt dat het streven naar een veilig product voorop staat. Productwaarschuwingen mogen dus niet als verkapte exoneraties worden gehanteerd, indien het product eenvoudigweg door fysieke maatregelen had kunnen worden beveiligd.⁶⁴²

Als tweede gezichtspunt noemt art. 6:186 lid 1 BW het *redelijkerwijze te verwachten gebruik* van het product (sub b). Aangenomen wordt dat de produ-

638 Schut 1974, p. 19. Inmiddels is deze driedeling in *ontwerpgebreken*, *productiegebreken* en *instructiegebreken* algemeen aanvaard. Zie bijv. Dommering-van Rongen 1991, p. 143; Van Wassenaer van Catwijck 1991, p. 35; Dommering-van Rongen 2000, p. 50; Verheij 2005, nr. 39; Bauw 2008, nr. 53; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* (2011), nr. 263; en Onrechtmatige daad I (Stolker), art. 186, aant. 2.

639 Schut 1974, p. 19.

640 Zie in die zin bijv. Snijders 1987, p. 153; Dommering-van Rongen 1991, p. 163; Dommering-van Rongen 2000, p. 55; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* (2011), nr. 263; en Onrechtmatige daad I (Stolker), art. 186, aant. 5.2. Zie ook MvT, *Kamerstukken II* 1985/86, 19636, nr. 3, p. 9; en voorts r.o. 4.4.4 van het zojuist besproken Halcion-arrest, waarin een dergelijke redenering van het hof werd gesanctioneerd. Vgl. voorts par. 3.8.7, over 'postcontractuele' productinformatieplichten ex art. 6:248 lid 1 BW.

641 Zie bijv. Dommering-van Rongen 1991, p. 169; Van Wassenaer van Catwijck 1991, p. 44-45; en Dommering-van Rongen 2000, p. 57. Zie over de eisen die aan productwaarschuwingen mogen worden gesteld ook Schut 1974, p. 25.

642 Zie bijv. Snijders 1987, p. 164; Dommering-van Rongen 1991, p. 162-164; Van Wassenaer van Catwijck 1991, p. 44; en Onrechtmatige daad I (Stolker), art. 186, aant. 5.1.

cent het ontwerp, de productie en de presentatie van zijn product dient af te stemmen op de veiligheidsverwachtingen van de 'normale' gebruiker.⁶⁴³ Deze maatstaf, die naar zijn Amerikaanse herkomst ook wel wordt aangeduid als de 'consumer expectation test',⁶⁴⁴ is objectief van aard. Het gaat, in de woorden van de wetgever, om de vraag 'of een gemiddelde gebruiker behorende tot de groep waarvan de producent had kunnen begrijpen dat zij het produkt zouden toepassen, het produkt in beginsel op een juiste wijze zou hebben gebruikt, rekening houdend met de bestemming waarvoor het produkt is gemaakt.'⁶⁴⁵ Tegen deze achtergrond wordt – conform de inzichten uit het gevaarzettingsleerstuk (par. 4.3.13) – aangenomen dat voor algemeen bekende risico's, zoals de gevaren van alcohol of tabak,⁶⁴⁶ geen productwaarschuwing behoeft te worden verstrekt.⁶⁴⁷ Tegelijkertijd dient de producent – zoals ook in het gevaarzettingsleerstuk geldt (par. 4.3.3) – er rekening mee te houden dat de gebruikers van zijn product niet altijd volkomen voorzichtig zullen zijn. Illustratief is het bekende arrest Lekkende kruik uit 1973, waarin het ging om ernstig letsel van een baby in verband met het lekken van een warmwaterkruik, die door de dienstdoende kraamverzorgster kennelijk niet optimaal was afgesloten (althans niet op lekdichtheid gecontroleerd). Volgens de Hoge Raad had het hof in casu de vordering tegen de producent van de kruik niet zonder meer mogen afwijzen op grond van de overweging dat 'van algemene bekendheid is, dat kruiken soms lekken'. Rekening moest immers worden gehouden met 'het gehele publiek, waarvoor die producten zijn bestemd en waarvan een gedeelte het nemen van die [geëigende] voorzorgsmaatregelen zal nalaten', zo overwoog de Hoge Raad.⁶⁴⁸ Gelet op het bovenstaande moet deze passage waarschijnlijk – iets terughoudender dan de formulering suggereert – aldus worden begrepen, dat de producent dient te anticiperen op *voorzienbare* vormen van onvoorzichtigheid.

Het derde gezichtspunt dat art. 6:186 lid 1 BW noemt, is het *tijdstip* waarop het product in het verkeer werd gebracht (sub c). Ter uitwerking bepaalt lid 2 dat een product niet als gebrekkig mag worden beschouwd op de enkele grond

643 Zie in die zin MvT, *Kamerstukken II* 1985/86, 19636, nr. 3, p. 9; en voorts bijv. Schut 1974, p. 24, 234; Dommering-van Rongen 1991, p. 177; Spier in Spier e.a. 2009, nr. 138; en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* (2011), nr. 263.

644 Vgl. Dommering-van Rongen 1991, p. 147-148; en Bauw 2008, nr. 53.

645 MvA, *Kamerstukken II* 1987/88, 19636, nr. 6, p. 22.

646 Vgl. echter par. 4.2.9, over *wettelijk* voorgeschreven productwaarschuwingsplichten.

647 Zie bijv. Schut 1974, p. 25; Dommering-van Rongen 1991, p. 166; Dommering-van Rongen 2000, p. 55; en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* (2011), nr. 264. Enigszins *anders* Onrechtmatige daad I (Stolker), art. 186, aant. 10, waar wordt betoogd dat 'omstreden' is of de kenbaarheid van het gevaar voor de gebruiker van invloed is op de gebrekkigheid.

648 HR 2 februari 1973, *NJ* 1973, 315 m.nt. HB (Lekkende kruik I). Zie voor het vervolg na verwijzing Hof Amsterdam 1 maart 1974, *NJ* 1974, 486 (vordering toegewezen). Vgl. ook HR 1 oktober 1993, *NJ* 1995, 182 m.nt. CJHB (Lekkende kruik II), betreffende de aansprakelijkheid van de (werkgeefster van) de kraamverzorgster.

dat nadien een beter product in het verkeer is gebracht.⁶⁴⁹ Met een Engelse term wordt hier wel gesproken van het *state of the art*-verweer.⁶⁵⁰ De gedachte is dat de aan een product te stellen veiligheidseisen niet met terugwerkende kracht mogen worden opgeschroefd, maar moeten worden beoordeeld naar het moment waarop het product in het verkeer werd gebracht. Ter illustratie wordt vaak gewezen op de autoindustrie: de gestage introductie van nieuwe veiligheidsvoorzieningen, zoals autogordels, airbags of het antiblokkeersysteem (ABS), mag uiteraard niet leiden tot de conclusie dat oudere modellen, die de betreffende voorzieningen ontberen, achteraf gezien gebrekkig zijn. Hier ligt – opnieuw – een parallel met het gevaarzettingsleerstuk, waar eveneens wordt aangenomen dat de beschikbaarheid van aanvullende veiligheidsmaatregelen in retrospectief geen (doorslaggevend) argument mag vormen voor het aannemen van onrechtmatigheid (par. 4.3.6). Juist op het terrein van de productenaansprakelijkheid dreigt het gevaar van de *hindsight bias*, omdat men intuïtief geneigd zal zijn een product dat schade aan personen of zaken veroorzaakt, reeds om die reden als gebrekkig te kwalificeren. Een dergelijke redenering – onveilige producten zijn gebrekkig – is echter niet toegestaan, omdat in het kader van art. 6:186 BW de gerechtvaardigde *verwachtingen* omtrent de veiligheid van het product beslissend zijn. In het gevaarzettingsleerstuk is het niet anders (par. 4.2.10).

Behalve op grond van art. 6:185 e.v. BW kan de producent van een gebrekkig product ook – zoals onder het oude recht – aansprakelijk zijn uit hoofde van onrechtmatige daad. Toegevoegde waarde heeft deze schuldaansprakelijkheid vooral in gevallen waarin geen sprake is van personenschade of zaakschade van particulieren in de zin van art. 6:190 lid 1 BW, of waarin de verjaringstermijn van art. 6:191 BW is verstreken.⁶⁵¹ Blijkens het nu te bespreken arrest Koolhaas c.s./Rockwool uit 1999 hanteert de Hoge Raad voor de productenaansprakelijkheid op grond van art. 6:162 BW een benadering die in essentie niet veel verschilt van de hierboven besproken risicoaansprakelijkheid.⁶⁵² Het arrest verdient afzonderlijke bespreking, omdat de Hoge Raad daarin een *onderzoekplicht* van de fabrikant omtrent de effecten van een nieuw of vernieuwd product heeft aanvaard, alsmede (in het verlengde daarvan) een *waarschuwingplicht* jegens eindafnemers. Het arrest is daarmee ook relevant voor het begrip van de onderhavige risicoaansprakelijkheid, en voor de erkenning van de invloed van het schuldbeginsel in dat verband.

649 Vgl. ook art. 6:185 lid 1 sub b BW, betreffende gebreken die eerst zijn ontstaan nadat het product in het verkeer is gebracht.

650 Zie daarover bijv. Onrechtmatige daad I (Stolker), art. 186, aant. 7. Verschil met het in par. 4.5.6 besproken ontwikkelingsrisicoverweer (dat vaak met dezelfde Engelse term wordt aangeduid) is dat het hier gaat om productrisico's die voorheen wel werden onderkend, maar *aanvaardbaar* werden geacht. Vgl. MvT, *Kamerstukken II* 1985/86, 19636, nr. 3, p. 10; en Dommering-van Rongen 1991, p. 180-181.

651 Zie bijv. Onrechtmatige daad I (Stolker), Inleiding, aant. 31.

652 HR 22 oktober 1999, *NJ* 2000, 159 m.nt. ARB (Koolhaas/Rockwool).

4.5.8 Vervolg; Koolhaas c.s./Rockwool

Rockwool is producent van steenwol, een product dat wordt gebruikt ter verbetering van potgrond. Koolhaas c.s., telers van yucca's, zijn eindafnemers van deze steenwol, althans van potgrond waarin deze steenwol is verwerkt.⁶⁵³ Zij vorderen vergoeding van de schade die zij stellen te hebben geleden doordat Rockwool onaangekondigd de nieuwe productvariant 'zeswol' in plaats van het vertrouwde 'tweewol' in de door hen afgenomen potgrond heeft verwerkt. Volgens Koolhaas c.s. heeft Rockwool aldus onrechtmatig gehandeld.⁶⁵⁴ Meer in het bijzonder betogen zij dat Rockwool het nieuwe, voor de teelt van yucca's ongeschikte product zeswol niet zonder deugdelijk onderzoek en zonder waarschuwing van eindgebruikers in het verkeer had mogen brengen.

In navolging van de rechtbank wijst het hof de vordering van Koolhaas c.s. af. De kern van 's hofs gedachtegang is dat Rockwool, als producent van een 'halffabrikaat' (steenwol), niet kan worden verweten dat het door Koolhaas c.s. afgenomen 'eindproduct' (potgrond) voor bepaalde toepassingen ongeschikt is. Voor aansprakelijkheid van Rockwool zou minimaal vereist zijn, aldus het hof, dat zij wist of behoorde te weten hoe het eindproduct door Koolhaas c.s. zou worden toegepast en wat daarbij de betekenis zou zijn van de eigenschappen van het halffabrikaat:

'Voor de vraag hoever eventuele onderzoeks- en informatieverplichtingen van Rockwool gingen is enerzijds van belang welke de feitelijke eigenschappen van die zeswol waren, zulks meer in het bijzonder met betrekking tot de beoogde toepassing ervan in potgrond voor yucca's, en anderzijds wat aan Rockwool bekend was of kon zijn ten aanzien van het voorgenomen of te verwachten gebruik van potgrond met zeswoltoevoeging voor het kweken van yucca's.'⁶⁵⁵

De Hoge Raad kiest voor een strengere maatstaf en vernietigt op die grond het bestreden arrest. Volgens de Hoge Raad is 'het in het verkeer brengen van een product dat bij normaal gebruik voor het doel waarvoor het bestemd was, schade veroorzaakt, onrechtmatig jegens gebruikers van het product' (r.o. 3.4). De Hoge Raad verwijst voor deze maatstaf naar het eerdere arrest Du Pont/Hermans, waarin het ging om producentenaansprakelijkheid ter zake van een ondeugdelijk onkruidbestrijdingsmiddel in de rozenkwekerij,⁶⁵⁶ welk arrest

653 Koolhaas c.s. betrokken de potgrond van de fabrikanten Ego en Koole, die op hun beurt de daarin verwerkte steenwol (als 'halffabrikaat') afnamen van Rockwool.

654 Tussen partijen bestond geen contractuele relatie, terwijl art. 6:185 e.v. BW nog niet van toepassing was, zodat art. 6:162 BW resteerde als grondslag van de vordering. Zie de NJ-annotatie van A.R. Bloembergen, sub 2.

655 Aldus het eerste tussenarrest van het Hof 's-Hertogenbosch d.d. 18 oktober 1994, r.o. 8 (in de door de Hoge Raad toegevoegde nummering).

656 HR 6 december 1996, NJ 1997, 219 (Du Pont/Hermans), r.o. 3.5.

op zijn beurt weer aanhaakte bij het in par. 4.5.6 besproken Halcion-arrest, betreffende de bijwerkingen van een medicijn.⁶⁵⁷

Hartkamp en Sieburgh tonen zich kritisch over de door de Hoge Raad geformuleerde maatstaf, omdat deze (nog) verder lijkt te reiken dan het gebrekigheids criterium van art. 6:186 BW. Meer in het bijzonder signaleren zij dat 'schade veroorzaken bij normaal gebruik' ook aansprakelijkheid impliceert voor algemeen bekende gevaren, zoals de gezondheidsrisico's van tabak.⁶⁵⁸ Hieraan kan worden toegevoegd dat de door de Hoge Raad geformuleerde maatstaf geen rekening houdt met het ontwikkelingsrisicooverweer, dat (zelfs) op het terrein van de risicoaansprakelijkheid als absolute ondergrens fungeert (par. 4.5.6). Per saldo lijkt het geboden, de onderhavige maatstaf op te vatten als een vooropstelling van wat 'in beginsel' of 'in de regel' heeft te gelden.

Uit het vervolg van het arrest blijkt dat de Hoge Raad inderdaad oog heeft voor een dergelijke nuancering. In r.o. 3.5 behandelt hij de vraag of de *verwijtbhaarheid* aan de zijde van de producent een rol speelt, indien zijn product bij normaal gebruik schade veroorzaakt. Dat is inderdaad het geval, met dien verstande dat in dit verband relatief hoge eisen aan de producent worden gesteld. De Hoge Raad overweegt, onder verwijzing naar het cassatiemiddel:

'Het onderdeel neemt onder 4.2 terecht tot uitgangspunt dat een fabrikant in het algemeen die maatregelen zal moeten nemen die van hem, als zorgvuldig fabrikant, kunnen worden gevergd teneinde te voorkomen dat het door hem in het verkeer gebrachte product schade veroorzaakt, en dat in dit opzicht geen wezenlijk verschil bestaat tussen de fabrikant van een eindproduct en de fabrikant van een halffabrikaat. Evenzeer met juistheid betoogt subonderdeel 4.2 dat een fabrikant zich zelf ervan moet vergewissen welk effect een nieuw of vernieuwd product (eindproduct of niet) zal hebben in de voor de hand liggende toepassingen ervan.'

De Hoge Raad aanvaardt dus een bijzondere zorgplicht van de producent,⁶⁵⁹ die meer concreet tot uitdrukking komt in een *onderzoeksplicht* naar de effecten van een productwijziging. De onvoorziene gevaren van een nieuw of vernieuwd product komen, met andere woorden, in beginsel voor rekening van de producent, tenzij deze alle maatregelen heeft getroffen die van een 'zorgvuldig fabrikant' konden worden gevergd. In het verlengde van de zojuist bedoelde onderzoeksplicht formuleert de Hoge Raad, aan het slot van r.o. 3.5, ook een *waarschuwingsplicht* omtrent de effecten van een nieuw of vernieuwd product. De betreffende overweging is toegespitst op producenten van een halffabrikaat, zoals Rockwool, voor wie de bedoelde waarschuwingsplicht (jegens afnemers van een eindproduct dat zij als zodanig niet hebben gefabriceerd) inderdaad het meest ingrijpend lijkt:

657 HR 30 juni 1989, NJ 1990, 652 m.nt. CJHB (Halcion), r.o. 4.4.2.

658 Hartkamp & Sieburgh 6-IV* (2011), nr. 259.

659 Hiervoor werd reeds gepleit door Snijders 1987, p. 153. Vgl. in algemene zin over bijzondere zorgplichten als de onderhavige par. 4.4.5.

‘Indien (...) de fabrikant van een halffabrikaat dit met een gewijzigde samenstelling op de markt brengt zonder het grondig te hebben getest en het resultaat van de test openbaar te hebben gemaakt of een aangepaste toepassing van het product (hier: een aangepaste kweekmethode) te hebben aanbevolen, mag hij niet ermee volstaan de directe afnemer die het gewijzigde halffabrikaat in het eindproduct verwerkt, ervan op de hoogte te stellen dat de samenstelling is gewijzigd. Hij behoort dan ten minste erop toe te zien dat de afnemers van het eindproduct worden ingelicht.’

Het arrest illustreert dat de schuldaansprakelijkheid van de producent voor gebreken in zijn product, evenals de risicoaansprakelijkheid op grond van art. 6:185 e.v. BW, streng doch niet absoluut is. Uiteindelijk moet in het licht van de omstandigheden van het geval worden beoordeeld of het product de veiligheid bood die normale gebruikers daarvan mochten verwachten. De producent dient v er te gaan in het onderzoeken van de risico’s van een nieuw of vernieuwd product en in het waarschuwen van het publiek daarvoor. Hij behoeft echter niet te garanderen dat zijn product volkomen veilig is in alle denkbare toepassingen ervan. Dat is een belangrijke vaststelling, omdat zonder dit voorbehoud productinnovatie, als motor van technologische en economische vooruitgang, onnodig zou worden afgeremd.⁶⁶⁰

4.5.9 Risico en informatiele context

Hierboven is gebleken dat de informatiele context in tweeërlei opzicht van invloed is op de risicoaansprakelijkheid voor zaken. In de eerste plaats zijn de risicoaansprakelijkheden voor roerende zaken (art. 6:173 BW), opstallen (art. 6:174 BW) en producten (art. 6:185 BW) onderworpen aan een *kennisvereiste*, inhoudend dat bij gebreke van objectieve kennis omtrent de mogelijkheid van verwezenlijking van het aan de zaak verbonden gevaar geen aansprakelijkheid kan worden aangenomen (par. 4.5.5). Art. 6:173 lid 1 BW stelt dit vereiste van bekendheid van de ‘generieke causaliteit’ met zoveel woorden (par. 4.5.2). Het ontwikkelingsrisicoverweer van art. 6:185 lid 1 sub e BW berust op dezelfde gedachte (par. 4.5.6). Art. 6:174 BW bevat geen uitdrukkelijke vermelding van het onderhavige kennisvereiste, maar de ‘open’ norm van gebrekkigheid, verwijzend naar de gerechtvaardigde verwachtingen van gebruikers, impliceert dat een opstal onmogelijk kan kwalificeren als gebrekkig indien het betrokken gevaar, tot aan de verwezenlijking ervan, objectief onbekend was, terwijl ook de tenzij-formule bewerkstelligt dat de bezitter vrijuit gaat, indien niemand het betrokken gevaar destijds had onderkend (par. 4.5.4). In het arrest Dijkdoorbraak Wilnis uit 2010 heeft de Hoge Raad met zoveel woorden bevestigd dat

⁶⁶⁰ Dat is (tevens) het gebruikelijke argument ter onderbouwing van het ontwikkelingsrisicoverweer. Zie bijv. Onrechtmatige daad I (Stolker), art. 185, aant. 8.1.

‘de naar objectieve maatstaven te beoordelen kenbaarheid van het gebrek en het daaraan verbonden gevaar’ moet worden meegewogen in het kader van art. 6:174 BW.⁶⁶¹

Het belang van de informatiele context komt in de tweede plaats tot uitdrukking in de gelding van *informatieplichten* aan de zijde van de bezitter c.q. de producent van de zaak. Wetssystematisch vloeien deze informatieplichten voort uit het gebrekkigheids criterium van de artikelen 6:173, 6:174 en 6:186 BW. Bij de toepassing van dat criterium, dat veelal met de Kelderluikfactoren in verband wordt gebracht, gaat het om de vraag of de roerende zaak, de opstal of het product in kwestie de veiligheid bood die daarvan onder de gegeven omstandigheden mocht worden verwacht. Door het doen van waarschuwingen of het geven van instructies kan de bezitter c.q. de producent dit verwachtingspatroon van de gebruiker beïnvloeden (par. 4.5.2, 4.5.3, 4.5.7). Tot op zekere hoogte zal hij ook moeten onderzoeken welke gevaren er aan zijn zaak kleven in voor de hand liggende toepassingen ervan, zoals met name blijkt op het terrein van de productenaansprakelijkheid (par. 4.5.8). Anderzijds heeft de gebruiker ook een eigen verantwoordelijkheid, in die zin dat hij zal moeten anticiperen op algemeen bekende risico’s. Vanuit het perspectief van de bezitter c.q. de producent betekent dit dat hij bij het doen van waarschuwingen mag uitgaan van een normaal gebruik van zijn zaak (par. 4.5.3, 4.5.7).⁶⁶² De bekende opmerking van de wetgever, dat art. 6:174 BW geen ‘garantienorm’ behelst (par. 4.5.3), geldt in die zin ook voor de andere onderzochte risicoaansprakelijkheden.

Intussen is het niet zo, dat de informatiele context op het onderhavige terrein precies zo doorwerkt als in het eerder besproken gevaarzettingsleerstuk. Tussen schuld- en risicoaansprakelijkheid bestaan duidelijke parallellen (par. 4.5.1), maar voor een gelijkschakeling is geen plaats (par. 4.5.2, 4.5.5). De contextgebonden veiligheidstoetsing die in het gebrekkigheids criterium besloten ligt, ziet niet op het gedrag van de aangesproken partij, maar op de veiligheid van zijn zaak. De meerwaarde van deze ‘zakelijke’ benadering blijkt met name waar het gaat om *verborgen* veiligheidsgebreken. Kern van de artikelen 6:173, 6:174 en 6:185 BW is dat zulke gebreken voor risico van de bezitter c.q. de producent komen, en dat zijn onbekendheid daarmee niet ter zake doet. Al met al speelt de informatiele context in dit verband een relatief abstracte rol, als objectief beoordelingskader voor de invulling van de veiligheidseisen die in de maatschappij aan zaken mogen worden gesteld.

661 HR 17 december 2010, *LJN* BN6236, *RvdW* 2011, 7 (Dijkdoorbraak Wilnis), r.o. 4.4.5, besproken in par. 4.5.4.

662 Op het terrein van de risicoaansprakelijkheid voor roerende zaken (art. 6:173 BW) komt deze gedachte ogenschijnlijk minder sterk tot uitdrukking in rechtspraak en literatuur. Vgl. echter Hof ‘s-Hertogenbosch 22 april 2003, *AV&S* 2004, nr. 25, besproken in par. 4.5.2.

4.6 WERKGEVERSAANSPRAKELIJKHEID

4.6.1 Algemeen; wettelijk kader

In par. 4.5.1 werden de risicoaansprakelijkheden van afdeling 6.3.2 e.v. BW in verband gebracht met de bijzondere zorgplichten uit het gevaarzettingsleerstuk, voortvloeiend uit een speciale relatie met het slachtoffer of met de plaats van de gevaarzetting. Dezelfde parallel dringt zich op op het terrein van de werkgeversaansprakelijkheid voor arbeidsongevallen en beroepsziekten (art. 7:658 BW), die qua gestrengheid nauwelijks voor de risicoaansprakelijkheden onderdoet. Deze gestrengheid vindt haar verklaring enerzijds in de contractuele (arbeids)relatie tussen de betrokken partijen en anderzijds in de bijzondere verantwoordelijkheid van de werkgever voor de door hem geëxploiteerde werkomgeving. De gedachte is dat gevaren die zich voordoen op de werkvloer, in het kader van een ondergeschiktheidsrelatie tussen werkgever en werknemer, niet licht kunnen worden gerekend tot het algemene levensrisico van de werknemer (vgl. par. 4.1.2). Het is hier logischerwijze de *werkgever* die de primaire verantwoordelijkheid draagt voor een veilig verloop van de werkzaamheden, waarover hij in juridische zin zeggenschap heeft en waarvan hij in economische zin profijt trekt.⁶⁶³

In titel 7.10 BW, betreffende de arbeidsovereenkomst, heeft de wetgever een en ander vertaald in een wettelijke *zorgplicht* van de werkgever met betrekking tot de veiligheid van de werkomgeving. Art. 7:658 lid 1 BW bepaalt dat de werkgever verplicht is de werkomgeving zodanig in te richten en te onderhouden, en voor het verrichten van de arbeid zodanige maatregelen te treffen en aanwijzingen te verstrekken, als 'redelijkerwijs nodig is om te voorkomen dat de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade lijdt'. De *bewijslast* ter zake van de schending van deze zorgplicht is, in lijn met het bovenstaande, omgekeerd.⁶⁶⁴ Indien de werknemer erin slaagt te bewijzen dat hij schade heeft geleden in de uitoefening van zijn werkzaamheden,⁶⁶⁵ kan ingevolge art. 7:658 lid 2 BW in beginsel werkgeversaansprakelijkheid worden aangenomen. De werkgever kan daaraan dan nog slechts ontkomen door aan te tonen dat hij zijn in lid 1 bedoelde zorgplicht heeft nageleefd, dan wel dat de betreffende schade 'in belangrijke mate het gevolg is van opzet

663 Zie bijv. Lindenbergh 2009, nr. 22, die nog toevoegt dat de strenge zorgplicht van art. 7:658 BW tevens verband houdt met de aard van de betrokken (letsel)schade. Vgl. meer specifiek over de relatie met de plaats van de arbeid HR 12 december 2008, *LJN* BD3129, *NJ* 2009, 332 m.nt. T. Hartlief onder 335 (Maatzorg/Van der Graaf), r.o. 3.5.4.

664 Zie over deze bewijslastverdeling bijv. Lindenbergh 2009, nr. 9, 29; en Spier in Spier e.a. 2009, nr. 190.

665 Zie over eventuele complicaties bij het hier bedoelde bewijs van schade en causaal verband bijv. Lindenbergh 2009, nr. 16 e.v.

of bewuste roekeloosheid van de de werknemer'.⁶⁶⁶ Blijft de toedracht van de arbeidsgerelateerde schade onduidelijk, dan draagt de werkgever daarvan het bewijsrisico.⁶⁶⁷ Art. 7:658 BW wordt daarom wel getypeerd als een schuld-aansprakelijkheid met omgekeerde bewijslast.⁶⁶⁸

De in art. 7:658 lid 2 BW bedoelde uitsluiting van aansprakelijkheid in geval van opzet of bewuste roekeloosheid aan de zijde van de werknemer doet zich in de praktijk zelden voor, omdat de Hoge Raad aan het desbetreffende bewijs bijzonder strenge eisen stelt.⁶⁶⁹ Illustratief is het arrest Pollemans/Hoondert uit 1996, waarin het ging om een werknemer die, ondanks herhaalde waarschuwingen, een kwetsbaar golfplaten dak had betreden, waar hij vervolgens doorheen zakte.⁶⁷⁰ De rechtbank wees de vordering van de werknemer af, nu deze 'willens en wetens naast de aanwezige beveiliging [was] gaan lopen'. De Hoge Raad achtte dat oordeel onvoldoende gemotiveerd. Voor het aannemen van bewuste roekeloosheid in de hier bedoelde zin is vereist, aldus de Hoge Raad, dat de werknemer 'zich tijdens het verrichten van zijn onmiddellijk aan het ongeval voorafgaande gedraging, te weten het naast de aanwezige beveiliging lopen, van het roekeloos karakter van die gedraging daadwerkelijk bewust zou zijn geweest' (r.o. 3.4).⁶⁷¹ Bovendien is vereist – zo leidde het college af uit de woorden 'in belangrijke mate' van art. 7:658 lid 2 BW – dat de bedoelde gedraging van de werknemer in zodanige mate tot het ongeval heeft bijgedragen, dat de eventuele tekortkoming van de werkgever 'daarbij als oorzaak in het niet valt' (r.o. 3.6). Annotator Stein concludeert dat de Hoge Raad het begrip bewuste roekeloosheid zo eng opvat, 'dat men zich er nauwelijks enige betekenis van kan voorstellen'.⁶⁷² Praktisch gesproken betekent dit dat een werkgever die er niet in slaagt aan te tonen dat hij zijn zorgplicht heeft nageleefd, vrijwel altijd voor de gehele schade van de werknemer aansprakelijk is, omdat de uitsluiting van aansprakelijkheid voor opzet of bewuste roekeloosheid tevens het eigen schuld-verweer van art. 6:101 BW absorbeert.⁶⁷³ Per saldo ligt in vraagstukken van werkgeversaansprakelijkheid de nadruk op de zorgplicht van de werkgever, en niet op de eigen verantwoordelijkheid van de werknemer. Dat is in overeenstemming met hetgeen hierboven werd vooropgesteld.

666 Vgl. HR 24 juni 2011, *LJN* BP9897, *NJ* 2011, 281 (Dombrowski/VOF Hulsing-Huppermans), r.o. 3.4, waaruit blijkt dat het hier om twee alternatieve verweren gaat.

667 Vgl. Lindenbergh 2009, nr. 23 en 29.

668 Zie bijv. Lindenbergh 2009, nr. 23.

669 Zie bijv. Lindenbergh 2009, nr. 31, 33; Spier in Spier e.a. 2009, nr. 191; en Bouwens & Duk 2011, p. 235-236.

670 HR 20 september 1996, *NJ* 1997, 198 m.nt. PAS (Pollemans/Hoondert), r.o. 3.4.

671 Zie meer recent in gelijke zin HR 1 februari 2008, *LJN* BB6175, *NJ* 2009, 330 m.nt. T. Hartlief onder 335 (Maasman/Akzo), r.o. 5.2.2.

672 Zie de NJ-annotatie van P.A. Stein bij het arrest Pollemans/Hoondert.

673 Zie bijv. Hartlief 1997, p. 43; en Lindenbergh 2009, nr. 30.

4.6.2 Zorgplicht voor veiligheid van de werkomgeving

De in art. 7:658 lid 1 BW verankerde zorgplicht voor de veiligheid van de werkomgeving wordt primair bepaald door de desbetreffende wet- en regelgeving, zoals de Arbeidsomstandighedenwet.⁶⁷⁴ Voor het overige wordt de zorgplicht ingevuld aan de hand van het redelijkheidscriterium van art. 7:658 lid 1 BW, waarbij de omstandigheden van het geval beslissend zijn.⁶⁷⁵ Meer concreet komt hier gewicht toe aan de bekende *Kelderluikfactoren*,⁶⁷⁶ zoals besproken in par. 4.3.5. Hoewel de onderhavige zorgplicht strikt genomen contractueel van aard is, geschiedt de invulling ervan dus op quasi-delictuele wijze, naar analogie met het gevaarzettingsleerstuk.⁶⁷⁷ De contractuele achtergrond komt wel tot uitdrukking in de bijzondere beschermingsstrekking die in art. 7:658 lid 1 BW pleegt te worden gelezen,⁶⁷⁸ en die kennelijk verband houdt met de contractuele arbeidsrelatie tussen de betrokken partijen.⁶⁷⁹ Men herkent hier de *aard van de rechtsverhouding* als gezichtspunt voor de invulling van de zorgvuldigheidsnorm (vgl. par. 4.3.4).

In het Maatzorg-arrest uit 2008, een principieel geformuleerd standaard-arrest over de verhouding tussen de werkgeversaansprakelijkheid (art. 7:658 BW) en de verplichting van goed werkgeverschap (art. 7:611 BW),⁶⁸⁰ heeft de Hoge Raad overwogen dat de zorgplicht van art. 7:658 lid 1 BW een 'ruime strekking' heeft en dat 'niet snel [kan] worden aangenomen dat de werkgever daaraan heeft voldaan en bijgevolg niet aansprakelijk is voor door de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden geleden schade'.⁶⁸¹ Van de werkgever wordt, met andere woorden, een 'hoog veiligheidsniveau'

674 Aldus bijv. HR 12 december 2008, *LJN* BD3129, *NJ* 2009, 332 m.nt. T. Hartlief onder 335 (Maatzorg/Van der Graaf), r.o. 3.5.2. Zie voorts bijv. Lindenbergh 2009, nr. 25; en Spier in Spier e.a. 2009, nr. 187.

675 Aldus bijv. HR 11 november 2005, *NJ* 2008, 460 m.nt. G.J.J. Heerma van Voss onder 465 (Bayar/Wijnen), r.o. 3.3.1 (geciteerd in par. 4.6.4). Zie voorts bijv. Lindenbergh 2009, nr. 26.1; en Bouwens & Duk 2011, p. 229.

676 Aldus bijv. HR 11 november 2005, *NJ* 2008, 460 m.nt. G.J.J. Heerma van Voss onder 465 (Bayar/Wijnen), r.o. 3.3.2. Zie voorts bijv. Lindenbergh 2009, nr. 26.2 e.v.; Spier in Spier e.a. 2009, nr. 186; en Quist 2010, p. 18-41.

677 Vgl. Lindenbergh 2009, nr. 10 (die in art. 7:658 BW zelfs 'een normschending van delictuele aard' leest); en Spier in Spier e.a. 2009, nr. 186.

678 Aldus bijv. HR 25 juni 1993, *NJ* 1993, 686 m.nt. PAS (Cijssouw I), r.o. 3.10 (m.b.t. art. 1638x (oud) BW). Zie voorts bijv. Lindenbergh 2009, nr. 22; en Spier in Spier e.a. 2009, nr. 186. Vgl. ook Quist 2010, p. 46, die meent dat de Kelderluikfactoren in het kader van art. 7:658 BW strenger worden toegepast dan in het kader van art. 6:162 BW.

679 Vgl. hetgeen in par. 4.6.1 werd vooropgesteld over de invloed van de contractuele arbeidsrelatie. Vgl. ook par. 3.3.1, over een vergelijkbare beschermingsgedachte in het kader van de wilsvertrouwensleer.

680 Zie over art. 7:611 BW bijv. Lindenbergh 2009, nr. 38 e.v.

681 HR 12 december 2008, *LJN* BD3129, *NJ* 2009, 332 m.nt. T. Hartlief onder 335 (Maatzorg/Van der Graaf), r.o. 3.5.3.

geëist.⁶⁸² Het strenge karakter van de zorgplicht blijkt met name uit de hoge eisen die aan de *kennis* van de werkgever worden gesteld.⁶⁸³ Niet alleen klassieke arbeidsongevallen, zoals het in machines bekneld raken van ledematen,⁶⁸⁴ maar ook uitzonderlijke incidenten, zoals het openspringen van een stoomketel als gevolg van een chemische reactie,⁶⁸⁵ worden zonder moeite als voorzienbaar voor de werkgever gekwalificeerd.⁶⁸⁶ Op het terrein van de beroepsziekten is de situatie vergelijkbaar. Zo is in een reeks jurisprudentie werkgeversaansprakelijkheid voor de gevolgen van blootstelling aan asbest aangenomen, ook in gevallen waarin die blootstelling plaatsvond in een periode waarin asbest nog in brede kring als ongevaarlijk werd beschouwd.⁶⁸⁷

De kennis van de werkgever wordt dus in hoge mate geobjectiveerd (vgl. par. 4.2.12), hetgeen meer concreet tot uitdrukking komt in de gelding van een *onderzoeksplicht* met betrekking tot de veiligheid van de werksfeer.⁶⁸⁸ Zo overwoog de Hoge Raad in het arrest Janssen/Nefabas uit 1990, betreffende een geval van blootstelling aan asbest op de werkvloer, dat op de werkgever de verplichting rust 'om te onderzoeken welke gevaren door hem te verwerken of te produceren stoffen voor zijn werknemers kunnen opleveren' en dat hij, in geval van gezondheidsschade van werknemers door een dergelijke stof, dient aan te geven 'in hoeverre hij zich tijdig omtrent het aan die stof verbonden gevaar en de met het oog daarop te treffen voorzieningen heeft laten voorlichten, bijv. door deskundigen'. Daarbij kan mede van belang zijn 'of informatie omtrent het betreffende gevaar buiten Nederland beschikbaar was, in het bijzonder wanneer die stof daar eerder dan in Nederland bedrijfsmatig gebruikt of geproduceerd werd', aldus de Hoge Raad.⁶⁸⁹

Het vérgaande karakter van de onderhavige onderzoeksplicht blijkt mede uit het feit dat de werkgever in dit verband niet zonder meer mag vertrouwen op 'geruststellende' omgevingsfactoren, zoals het positieve oordeel van een

682 Aldus HR 11 april 2008, *LJN BC9225*, *NJ* 2008, 465 m.nt. G.J.J. Heerma van Voss (Tarioui/Vendrig c.s.), r.o. 3.5.

683 Zie bijv. Jansen 2006, p. 23-30; en Lindenbergh 2009, nr. 26.2. Vgl. ook par. 4.2.11.

684 Zie bijv. HR 14 april 1978, *NJ* 1979, 245 (Messaoudi/Hoechst); en HR 11 november 2005, *NJ* 2008, 460 m.nt. G.J.J. Heerma van Voss onder 465 (Bayar/Wijnen), besproken in par. 4.6.4.

685 Zie HR 29 april 1983, *NJ* 1984, 19 m.nt. PAS (Stoomketel).

686 Dat de voorzienbaarheid hier een rol speelt, blijkt (impliciet) uit het criterium 'redelijkerwijs' van art. 7:658 lid 1 BW en voorts bijv. (expliciet) uit HR 14 april 1978, *NJ* 1979, 245 (Messaoudi/Hoechst). Zie ook Lindenbergh 2009, nr. 26.2.

687 Zie bijv. HR 6 april 1990, *NJ* 1990, 573 m.nt. PAS (Janssen/Nefabas); en HR 2 oktober 1998, *NJ* 1999, 683 m.nt. JBMV (Cijssouw II). Vgl. ook par. 4.2.13 e.v.

688 Zie bijv. Lindenbergh 2009, nr. 26.2; Spier in Spier e.a. 2009, nr. 187; en Bouwens & Duk 2011, p. 231-232. Vgl. ook par. 4.3.9.

689 HR 6 april 1990, *NJ* 1990, 573 m.nt. PAS (Janssen/Nefabas), r.o. 3.4. Zie in gelijke zin (m.b.t. de gevaren van een machine) HR 29 april 1983, *NJ* 1984, 19 m.nt. PAS (Stoomketel), r.o. 3.1.

keuringsinstantie,⁶⁹⁰ het feit dat een bepaalde productiewijze in de betreffende bedrijfstak algemeen gebruikelijk is⁶⁹¹ of het feit dat het gebruik van een gevaarlijke stof van overheidswege is voorgeschreven, respectievelijk dat aanbevelingen van de arbeidsinspectie ter zake ontbreken.⁶⁹² De werkgever mag zich, kortom, niet verschuilen achter de onwetendheid of onachtzaamheid van anderen.⁶⁹³

4.6.3 Vervolg; anticipatie op onvoorzichtigheid

De 'ruime strekking' van de zorgplicht van art. 7:658 lid 1 BW komt, behalve in een sterke objectivering van de kennis van de werkgever (par. 4.6.2), ook tot uitdrukking in het feit dat de werkgever rekening moet houden met een aanzienlijke mate van *onvoorzichtigheid* van zijn werknemers. Deze verplichting tot anticipatie op onoplettendheid is ook bekend uit het gevaarzettingsleerstuk (par. 4.3.3), maar lijkt op het terrein van de werkgeversaansprakelijkheid – gemiddeld genomen – verder te strekken.⁶⁹⁴ Dat is terecht, gelet op de door de Hoge Raad in vaste jurisprudentie aanvaarde 'ervaringsregel dat het dagelijks verkeren in een bepaalde werksituatie tot een vermindering van de ter voorkoming van ongelukken raadzame voorzichtigheid leidt'.⁶⁹⁵ Met andere woorden: de eerste Kelderluikfactor, de waarschijnlijkheid van onoplettendheid van de potentiële slachtoffers, weegt juist bij arbeidsongevallen bijzonder zwaar, omdat de sleur van de dagelijkse werkzaamheden onvermijdelijk ten koste gaat van de vereiste oplettendheid.

De bedoelde 'ervaringsregel' heeft als belangrijke consequentie dat de Hoge Raad bij de concrete invulling van de zorgplicht van art. 7:658 lid 1 BW de voorkeur geeft aan *fysieke veiligheidsmaatregelen* boven waarschuwingen.⁶⁹⁶ De gedachte is dat men beter kan voorkomen dat de werknemer gevaar loopt, dan hem vergeefs te stimuleren zelf op te letten. Illustratief is het hieronder te bespreken arrest Bayar/Wijnen uit 2005, waarin het ging om een werknemer die, ondanks een waarschuwingssticker, zijn hand in een draaiende machine had gestoken, met ernstig letsel tot gevolg. Volgens de Hoge Raad mag in een dergelijk geval van de werkgever worden verwacht 'dat hij onderzoekt of afdoende preventieve maatregelen mogelijk zijn dan wel of een veiliger

690 Vgl. HR 29 april 1983, *NJ* 1984, 19 m.nt. PAS (Stoomketel), r.o. 3.4.

691 Vgl. HR 6 april 1990, *NJ* 1990, 573 m.nt. PAS (Janssen/Nefabas), r.o. 3.4.

692 Vgl. HR 2 oktober 1998, *NJ* 1999, 683 m.nt. JBMV (Cijssouw II), r.o. 3.3.2.

693 Aldus ook Lindenbergh 2009, nr. 26.2.

694 Vgl. Vranken 1994, p. 425, die betoogt dat de werkgeversaansprakelijkheid op dit punt een 'voortrekkersrol' heeft vervuld.

695 Aldus bijv. HR 19 oktober 2001, *NJ* 2001, 663 (PTT Post/Baas), r.o. 3.5.2. Zie voorts bijv. Lindenbergh 2009, nr. 23 (met een uitvoerig jurisprudentieoverzicht); Spier in Spier e.a. 2009, nr. 187-188; en Bouwens & Duk 2011, p. 229.

696 Zie bijv. Lindenbergh 2009, nr. 26.4a; en Bouwens & Duk 2011, p. 232.

werking van de machine mogelijk is, en, zo dat niet het geval is, of op een voldoende effectieve wijze voor het gevaar kan worden gewaarschuwd'.⁶⁹⁷ In casu had de werkgever de machine moeten afdichten met een veiligheidsstrip, zoals naderhand ook was gebeurd.

Indien fysieke veiligheidsmaatregelen onder de gegeven omstandigheden (redelijkerwijs⁶⁹⁸) onmogelijk zijn, zodat de werkgever zijn toevlucht moet nemen tot een *waarschuwing* voor het betrokken gevaar, zal volgens de Hoge Raad die waarschuwing zodanig moeten worden vormgegeven, dat 'te verwachten valt dat deze waarschuwing zal leiden tot een handelen of nalaten waardoor dit gevaar wordt vermeden'.⁶⁹⁹ Het gaat hier om de uit het gevaarzettingsleerstuk afkomstige Jetblast-norm, waarin de te verwachten effectiviteit van de waarschuwing centraal staat.⁷⁰⁰ Een belangrijk verschil met het gevaarzettingsleerstuk is echter dat de werkgever hier, vanwege de beschermingsstrekking van art. 7:658 BW, niet met het (adequaat) waarschuwen van zijn werknemers zal mogen volstaan, maar dat hij ook dient te controleren of de waarschuwing wordt nageleefd.⁷⁰¹ De werkgever dient, in de woorden van de Hoge Raad, 'het op de omstandigheden van het geval toegesneden toezicht te houden op behoorlijke naleving van de door hem gegeven instructies'.⁷⁰²

Dit alles geldt intussen niet onverkort. Art. 7:658 BW behelst immers geen risico-, maar een schuldaansprakelijkheid (par. 4.6.1). Lid 1 vereist niet van de werkgever dat hij arbeidsongevallen en beroepsziekten te allen tijde voorkomt, maar (slechts) dat hij die veiligheidsmaatregelen treft, die onder de gegeven omstandigheden 'redelijkerwijs nodig' zijn. Vaste jurisprudentie van de Hoge Raad leert dan ook, dat art. 7:658 BW geen 'absolute waarborg' beoogt te bieden voor de veiligheid van de werksfeer.⁷⁰³ Dit betekent dat de werknemer – ondanks alles – tot op zekere hoogte ook een *eigen verantwoordelijkheid* heeft. Deze eigen verantwoordelijkheid kan bijvoorbeeld tot uitdrukking komen indien de werknemer in kwestie over bijzondere deskundigheid of ervaring

697 HR 11 november 2005, *NJ* 2008, 460 m.nt. G.J.J. Heerma van Voss onder 465 (Bayar/Wijnen), r.o. 3.3.2.

698 Zie voor deze (in het licht van art. 7:658 lid 1 BW terecht) nuancering Bouwens & Duk 2011, p. 232.

699 Aldus HR 11 november 2005, *NJ* 2008, 460 m.nt. G.J.J. Heerma van Voss onder 465 (Bayar/Wijnen), r.o. 3.3.2.

700 Zie HR 28 mei 2004, *NJ* 2005, 105 m.nt. CJHB (Jetblast), besproken in par. 4.3.8, naar welk arrest de Hoge Raad in Bayar/Wijnen uitdrukkelijk verwijst.

701 Zie bijv. Lindenberg 2009, nr. 26.3 en 26.4a; en Spier in Spier e.a. 2009, nr. 187.

702 Aldus HR 11 april 2008, *LJN* BC9225, *NJ* 2008, 465 m.nt. G.J.J. Heerma van Voss (Tarioui/Vendrig c.s.), r.o. 3.5.

703 Aldus bijv. HR 12 december 2008, *LJN* BD3129, *NJ* 2009, 332 m.nt. T. Hartlief onder 335 (Maatzorg/Van der Graaf), r.o. 3.5.3. Zie voorts bijv. Lindenberg 2009, nr. 26.3 (met een uitvoerig jurisprudentieoverzicht); Spier in Spier e.a. 2009, nr. 187; en Bouwens & Duk 2011, p. 229.

beschikt.⁷⁰⁴ Voorts kan de eigen verantwoordelijkheid van de werknemer een rol spelen indien er sprake is van algemeen bekende risico's (vgl. par. 4.3.13), en meer in het bijzonder indien deze risico's zich voordoen in een 'alledaagse' context, waarmee de werknemer ook buiten de werksfeer vertrouwd is.⁷⁰⁵ Spier verduidelijkt dat de zorgplicht van de werkgever vooral ziet op 'de eigenlijke werkomstandigheden'. Waar de werknemer schade lijdt in verband met 'gebeurtenissen die weliswaar in werkverband plaatsvinden, maar die zich in wezen niet onderscheiden van situaties waarin men, ook buiten het werk, in het dagelijks leven terecht kan komen', zal eerder de eigen verantwoordelijkheid van de werknemer prevaleren, aldus Spier.⁷⁰⁶ Langemeijer betoogt op vergelijkbare wijze dat de zorgplicht van de werkgever zich niet uitstrekt tot 'situaties die naar hun aard niet onveilig zijn'.⁷⁰⁷ Tegen deze achtergrond is in de jurisprudentie bijvoorbeeld geoordeeld dat een werkgever niet behoeft te waarschuwen voor de gevaren van een scherp broodmes⁷⁰⁸ of voor het risico dat de laaddeur van een vrachtwagen door de wind dichtklapt.⁷⁰⁹ Ook werd aansprakelijkheid van de hand gewezen jegens een schoonmaakster die haar evenwicht verloor bij het verwijderen van een koffievlek,⁷¹⁰ een Arubaanse uitzendkracht die na een regenbui uitgleed op de natte tegelvloer van het hotel waar zij werkzaam was,⁷¹¹ een verstandelijk gehandicapte medewerkster van het Leger des Heils, die van een podium viel omdat zij – ondanks een uitdrukkelijke waarschuwing door haar collega's onmiddellijk voorafgaand aan de valpartij – geen gebruik had gemaakt van het aanwezige trapje,⁷¹² een chauffeur die na een tankbeurt uitgleed op de treeplank van zijn vrachtwagen,⁷¹³ en een medewerker van een offshore-

704 Vgl. HR 16 mei 2003, NJ 2004, 176 m.nt. GHvV onder 177 (Dusarduy/Du Puy), waarin het ging om een ervaren dakdekker die door een gat in het dak viel (zie daarover nader Jansen 2006, p. 29-30). Vgl. echter ook HR 13 juli 2007, LjN BA7355, NJ 2008, 464 m.nt. G.J.J. Heerma van Voss onder 465 (Van Veghel/Hendriks), r.o. 3.4.1, waar de Hoge Raad overweegt dat de bovengenoemde ervaringsregel van onoplettendheid óók geldt voor 'in het werk ervaren en met de desbetreffende werkomstandigheden bekende werknemers'.

705 Zie bijv. Lindenbergh 2009, nr. 27.4; Spier in Spier e.a. 2009, nr. 187-188; en Bouwens & Duk 2011, p. 233.

706 Spier in Spier e.a. 2009, nr. 187.

707 Zie de conclusie van A-G Langemeijer voor HR 20 januari 2006, LjN AT6013, NJ 2008, 461 m.nt. G.J.J. Heerma van Voss onder 465 (Zürich/Visser), sub 2.12.

708 HR 4 oktober 2002, NJ 2004, 175 (Laudy/Fair Play), r.o. 3.6.

709 HR 8 februari 2008, LjN BB7423, NJ 2008, 93 (Lagraauw/Van Schie), r.o. 3.4.

710 HR 12 september 2003, NJ 2004, 177 m.nt. GHvV (Peters/Hofkens).

711 HR 2 maart 2007, LjN AZ5834, NJ 2007, 143 (Perez/Casa Grande en Ohem). Vgl. echter ook HR 11 april 2008, LjN BC9225, NJ 2008, 465 m.nt. G.J.J. Heerma van Voss (Tarioui/Vendrig c.s.), waarin wél aansprakelijkheid werd aangenomen jegens een werknemer van een chemische wasserij, die was uitgeleden in een plas water, terwijl hij *wist* van het lek dat de plas veroorzaakte (omdat hij de opdracht had gekregen dit te herstellen).

712 HR 25 mei 2007, LjN BA3017, NJ 2008, 463 m.nt. G.J.J. Heerma van Voss onder 465 (Van den Heuvel/Leger des Heils).

713 HR 20 februari 2009, LjN BF0003, NJ 2009, 335 m.nt. T. Hartlief (Van Riemsdijk/Autop).

bedrijf die op een booreiland in de tropen uit een onverzegelde fles met verontreinigd water dronk.⁷¹⁴

Kenmerk van de hier bedoelde gevallen is dat de band tussen het betrokken gevaar en de verrichte werkzaamheden betrekkelijk los is, soms bijna toevallig, zodat de in par. 4.6.1 vooropgestelde verantwoordelijkheid van de werkgever voor de veiligheid van de werksfeer minder sterk spreekt, althans niet per definitie prevaleert boven de eigen verantwoordelijkheid van de werknemer. Dat ligt anders in de meer karakteristieke gevallen van werkgeversaansprakelijkheid, waarin sprake is van zuiver werkgerelateerde risico's, zoals de risico's voortvloeiend uit het gebruik van een gevaarlijke machine of een giftige stof.⁷¹⁵ Dán geldt onverkort het hierboven geschetste regime van een zeer strenge zorgplicht, die strekt tot bescherming van werknemers tegen hun eigen (zelfs vérgaande) onoplettendheid, en die van de werkgever verlangt dat hij in beginsel fysieke veiligheidsmaatregelen treft, respectievelijk dat hij, indien zulke maatregelen onmogelijk zijn, de werknemers op adequate wijze instrueert en erop toeziet dat zijn instructies worden nageleefd. In het nu te bespreken arrest Bayar/Wijnen uit 2005 ging het om een dergelijk 'klassiek' arbeidsongeval, resulterend in een strenge toetsing.⁷¹⁶

4.6.4 Vervolg; Bayar/Wijnen

Werknemer Bayar heeft in het kader van zijn werkzaamheden voor vleesgroot-handel Wijnen drie vingertoppen verloren. Terwijl hij aan het werk was bij een zogenaamde Multivac-machine, waarmee vleesproducten in folie werden verpakt, constateerde hij dat de folie aan de zijkant opkrulde, als gevolg waarvan een deel van de vleesproducten niet goed zou worden verpakt. Bayar heeft getracht deze storing te verhelpen door met zijn hand in een richel achter de ingang van de folie in de machine te grijpen. Dientengevolge zijn zijn vingers onder de vacuümpers van de machine beland, resulterend in de amputatie van drie vingertoppen. Bayar had geen instructies gekregen die hem het onderhavige ingrijpen in de machine verboden.⁷¹⁷ Wel was de machine voorzien van beschermingskappen, een nood(stop)knop en een

714 HR 26 november 2010, *LJN* BN9977, *NJ* 2010, 635 (Jones/Fugro).

715 Vgl. Jansen 2006, p. 27; Lindenbergh 2009, nr. 27.1-27.2; Spier in Spier e.a. 2009, nr. 186; en Bouwens & Duk 2011, p. 232. Zie ook Hof 's-Hertogenbosch 12 juli 2011, *LJN* BR1513, *JA* 2011, 163, r.o. 4.3.5, waar werd overwogen dat het gebruik van een machine die naar haar aard het risico van ernstige ongevallen meebrengt, wijst in de richting van een vergaande zorgplicht.

716 HR 11 november 2005, *NJ* 2008, 460 m.nt. G.J.J. Heerma van Voss onder 465 (Bayar/Wijnen).

717 Dit gold althans in cassatie als uitgangspunt, omdat de rechtbank uitdrukkelijk in het midden had gelaten of de bedoelde instructies waren verstrekt, zoals Wijnen had beweerd (zie r.o. 4.11 van het bestreden vonnis). Volgens de Hoge Raad had de rechtbank hierop nader moeten ingaan (zie r.o. 3.4.3 van het arrest).

waarschuwingsticker met de tekst 'GEVAAR, AMPUTATIE-GEVAAR. Veiligheidskappen niet verwijderen. Niet onder de veiligheidskappen komen tenzij de hoofdschakelaar uit is'. Op deze sticker stond tevens een afbeelding van een hand onder een verticale staaf (de vacuümpers).⁷¹⁸ Na het ongeval heeft Wijnen door de fabrikant van de machine een extra beveiligingsstrip laten aanbrengen op de bewuste richel, zodat die volledig was afgedicht.

In de onderhavige procedure heeft Bayar zijn werkgever op grond van art. 7:658 BW aangesproken tot schadevergoeding. Wijnen verweerde zich met de stelling dat zij niet had (kunnen) voorzien dat Bayar zijn hand zou steken in de kleine opening achter de richel, waarin normaal gesproken geen mensenhand zou passen, en dat zij in elk geval voldoende maatregelen had getroffen ter bescherming van haar werknemers tegen het gevaar van de machine. In beide feitelijke instanties werd dit verweer gehonoreerd. De rechtbank benadrukte, in navolging van de kantonrechter, dat art. 7:658 BW een schuldaansprakelijkheid behelst (r.o. 4.8) en geen absolute waarborg biedt voor bescherming tegen gevaren op de werkvloer (r.o. 4.6). Op basis van getuigenverklaringen en door Wijnen overgelegde foto's oordeelde de rechtbank 'dat de inrichting van de machine zodanig was dat niet voorzienbaar was dat iemand zijn hand in de betreffende richel zou kunnen duwen'. In dit verband werd verwezen naar de 'vele beschermkappen', de 'duidelijk aanwezige nood(stop)knop' en de bedoelde waarschuwingsticker, waarvan volgens de rechtbank reeds de afbeelding zodanig was, 'dat de bedoeling ervan voor eenieder duidelijk moet zijn geweest'. Dat na het ongeval een extra beveiligingsstrip was aangebracht, betekende volgens de rechtbank niet, dat het betreffende ongeval voorzienbaar was geweest. De voorzienbaarheid van het eventuele amputatiegevaar achtte de rechtbank in dit verband 'niet relevant' (r.o. 4.10).

In cassatie gooit de Hoge Raad het roer om, nauw aansluitend bij de conclusie van Procureur-Generaal Hartkamp. Vooropgesteld wordt dat het in casu gaat om 'een machine die bij de bediening daarvan ernstige gevaren kan opleveren voor de betrokken werknemer, zoals het gevaar van amputatie' (r.o. 3.3.1). Hierop volgt een algemeen schets van de ingevolge art. 7:658 BW geldende maatstaf:

'Bij de beantwoording van de vraag of de werkgever op de voet van art. 7:658 BW aansprakelijk is voor een, ondanks de getroffen maatregelen, aan zijn werknemer overkomen ongeval geldt als uitgangspunt dat, zoals de rechtbank ook heeft overwogen, dat artikel niet beoogt een absolute waarborg te scheppen voor de bescherming tegen gevaar. De werkgever dient ingevolge dit artikel die maatregelen te nemen die redelijkerwijs nodig zijn om te voorkomen dat de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade lijdt. Wat van de werkgever in redelijkheid mag worden verwacht, hangt af van de omstandigheden van het geval.'

718 Zie voor deze beschrijving van de waarschuwingsticker de conclusie van P-G Hartkamp, noot 5.

Tot zover kan de benadering van de rechtbank worden gevolgd. In r.o. 3.3.2 overweegt de Hoge Raad echter dat ten aanzien van een gevaarlijke machine als de onderhavige geldt 'dat het waarschuwen voor gevaren bij de bediening door middel van mondelinge of schriftelijke instructies en het aanbrengen van waarschuwingsstickers niet steeds voldoende zal zijn', gegeven het 'ervaringsfeit dat de dagelijkse omgang met een machine de gebruikers ervan licht ertoe zal brengen niet alle voorzichtigheid in acht te nemen die ter voorkoming van ongelukken geraden is'. Tegen deze achtergrond hebben *fysieke* veiligheidsmaatregelen zo mogelijk de voorkeur.⁷¹⁹ Ter nadere invulling verwijst de Hoge Raad naar de Kelderluikfactoren.

Verderop in r.o. 3.3.2 benadrukt de Hoge Raad nogmaals het subsidiaire karakter van de waarschuwingsplicht in het kader van art. 7:658 BW. Deze komt eerst aan de orde 'indien het – bij gebreke van maatregelen die het gevaar kunnen wegnemen – slechts mogelijk is voor het gevaar te waarschuwen'. Voor wat betreft de *inhoud* van de waarschuwingsplicht verwijst de Hoge Raad, zoals hierboven bleek (par. 4.6.3), naar het Jetblast-arrest uit 2004.⁷²⁰ In casu kon over de te verwachten effectiviteit van de waarschuwingssticker worden getwijfeld, nu de tekst daarvan slechts verwees naar het amputatiegevaar bij verwijdering van de beschermkappen, terwijl de bewuste richel juist niet van een beschermkap was voorzien.⁷²¹ Bovendien was van de zijde van Bayar aangevoerd dat hij de bedoelde tekst 'niet, dan wel onvoldoende kon lezen', kennelijk vanwege zijn gebrekkige beheersing van de Nederlandse taal.⁷²² De Hoge Raad gaat hier niet nader op in en laat de desbetreffende cassatieklacht onbehandeld (r.o. 3.4.5).

Het vervolg van r.o. 3.3.2 is gewijd aan de relevantie van (i) de ná het ongeval getroffen veiligheidsmaatregelen en (ii) de voorzienbaarheid van het onvoorzichtige gedrag van de werknemer. Ten aanzien van het eerste element verwijst de Hoge Raad naar het arrest Messaoudi/Hoehst uit 1978, waarin het eveneens ging om het beknelde raken van ledematen van een werknemer in een machine. In dat arrest werd een motiveringsgebrek geconstateerd, omdat de rechtbank onvoldoende aandacht had besteed aan de stelling van de werknemer, dat alleen al uit het feit dat na het ongeval een ijzeren beschermingsstrip was aangebracht, bleek dat de werkgeefster haar zorgplicht had geschonden.⁷²³ Bij de behandeling van het gevaarzettingsleerstuk werd reeds betoogd dat een dergelijk beroep op naderhand getroffen veiligheidsmaatregelen niet zonder meer doorslaggevend kan zijn. Het anticiperen op risico's die zich al eens hebben voorgedaan is immers, dankzij de *benefit of hindsight*, per definitie gemakkelijker dan het vermijden van vooralsnog denkbeeldige risico's. Wél

719 De betreffende overweging van de Hoge Raad werd reeds geciteerd in par. 4.6.3.

720 HR 28 mei 2004, NJ 2005, 105 m.nt. CJHB (Jetblast), r.o. 3.4.3, besproken in par. 4.3.8.

721 Vgl. de conclusie van P-G Hartkamp, sub 14.

722 Zie onderdeel 5 van het cassatiemiddel.

723 Zie HR 14 april 1978, NJ 1979, 245 (Messaoudi/Hoehst).

kunnen naderhand getroffen veiligheidsmaatregelen een illustratie vormen van wat de laedens had *kunnen* ondernemen ter voorkoming van de geleden schade, zo werd betoogd in par. 4.3.6. Tegen deze achtergrond had de rechtbank het beroep van Bayar op de aangebrachte veiligheidsstrip niet zonder meer als irrelevant mogen passeren. De Hoge Raad denkt er ook zo over:

‘Wanneer blijkt dat effectievere maatregelen ter voorkoming van een ongeval zoals dit zich heeft voorgedaan, mogelijk waren, dan moet worden onderzocht waarom niettemin het aanbrengen van deze voorziening destijds niet van de werkgever kon worden gevegd, waarbij naast de hiervoor genoemde factoren van belang is in hoeverre het treffen van een dergelijke veiligheidsmaatregel reeds voordat een ongeval zich had voorgedaan voor de werkgever of voor de deskundigen waarover hij in zijn bedrijf beschikt voor de hand lag (...).’

Of het aanbrengen van een extra beveiligingsstrip inderdaad op voorhand reeds ‘voor de hand lag’, was mede afhankelijk van de voorzienbaarheid van Bayar’s gevaarlijke handelwijze, het tweede element dat in r.o. 3.3.2 wordt behandeld. Rode draad in het bestreden vonnis van de rechtbank was dat het voor Wijnen niet voorzienbaar was, dat Bayar zijn hand in de machine zou (kunnen) steken. De Hoge Raad nuanceert deze visie, gelet op het in par. 4.6.3 besproken ervaringsfeit van onoplettendheid:

‘Bij de beantwoording van de vraag of de werkgever heeft gedaan wat redelijkerwijs van hem mocht worden verwacht, kan (...) van belang zijn of de werkgever de specifieke gedragingen die tot het ongeval hebben geleid, met inachtneming van het hiervoor bedoelde ervaringsfeit, redelijkerwijs heeft moeten voorzien, maar van doorslaggevende betekenis is zulks niet, omdat onoplettendheid bij het bedienen van een gevaarlijke machine veelal op verschillende wijzen tot een ongeval kan leiden en voor aansprakelijkheid van de werkgever niet is vereist dat deze juist die gedraging heeft (kunnen) voorzien die tot het ongeval heeft geleid.’

Kennelijk ziet de Hoge Raad in dit verband ruimte voor *generalisering* (par. 4.2.12). Vereist is niet dat de werkgever de concrete handelwijze van de werknemer, waardoor de schade is veroorzaakt, precies heeft (kunnen) voorzien, maar dat hij rekening diende te houden met enigerlei vorm van onoplettendheid, resulterend in de *mogelijkheid* van verwezenlijking van het betrokken gevaar. Zou in casu de opening achter de richel inderdaad te klein zijn geweest voor een mensenhand, dan zou de hier bedoelde voorzienbaarheid hebben ontbroken. Die vaststelling is echter zonder praktische betekenis, omdat in dat geval ook het onderhavige ongeval zich niet had kunnen voordoen.

De slotsom luidt dat de rechtbank ‘in verschillende opzichten blijkt heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting dan wel haar oordeel ontoereikend heeft gemotiveerd’ (r.o. 3.4.1). Indien de rechtbank alleen of in overwegende mate betekenis heeft gehecht aan de onvoorzienbaarheid van de gevaarlijke gedraging van Bayar, zou dat ‘niet juist’ zijn, aldus de Hoge Raad, onder

verwijzing naar het zojuist besproken generaliseringsargument.⁷²⁴ Meer in het algemeen wekt het bestreden vonnis de indruk, aldus de Hoge Raad in r.o. 3.4.2, dat de rechtbank zich 'nagenoeg geheel [heeft] geconcentreerd op de vraag of de gedraging van Bayar die tot het ongeval heeft geleid voor Wijnen voorzienbaar was'. Onduidelijk is daardoor of de rechtbank 'inderdaad alle omstandigheden van het geval' heeft meegewogen, waarbij de Hoge Raad meer in het bijzonder wijst op het belang van de 'ernst van het te duchten (amputatie)gevaar'. De rechtbank had die omstandigheid buiten beschouwing gelaten, op grond van de gedachte dat de ernst van het betrokken gevaar niet van invloed kan zijn op de voorzienbaarheid van de onvoorzichtige handelwijze van het slachtoffer. Dat is op zichzelf juist, maar in deze eenzijdige focus op de eigen verantwoordelijkheid van de *werknemer* lag juist de zwakte van het bestreden vonnis.

Al met al bevestigt het arrest dat ten aanzien van 'klassieke' arbeidsongevallen, samenhangend met het verrichten van intrinsiek gevaarlijke activiteiten op de werkvloer, een relatief strenge zorgplicht geldt. Dat is in overeenstemming met de gedachte die in par. 4.6.1 werd vooropgesteld, te weten dat de werkgever in zulke gevallen logischerwijze de eerstverantwoordelijke partij is. Toegespitst op het onderwerp van deze studie betekent dit dat de werkgever hier uit hoofde van art. 7:658 BW is gehouden tot voldoende onderzoek naar de arbeidsgerelateerde gevaren in kwestie en tot een redelijke mate van anticipatie op onvoorzichtig gedrag van zijn werknemers, bij voorkeur door het treffen van fysieke veiligheidsmaatregelen. Indien arbeidsgerelateerde gevaren onder de gegeven (werk)omstandigheden onvermijdelijk zijn, zal de werkgever zijn toevlucht mogen nemen tot een waarschuwing van werknemers, mits hij dit op adequate wijze doet en erop toeziet dat de door hem gegeven veiligheidsinstructies worden nageleefd. Een en ander wordt gerechtvaardigd door het feit dat de werkgever de gevaarlijke werkomgeving in economische zin 'exploiteert' (par. 4.6.1).

4.7 ONEERLIJKE HANDELSPRAKTIJKEN EN MISLEIDENDE RECLAME

4.7.1 Algemeen

In 2008 is titel 6.3 BW, betreffende onrechtmatige daad, uitgebreid met een nieuwe afdeling 6.3.3A inzake oneerlijke handelspraktijken. Deze afdeling is ingevoerd ter implementatie van een Europese richtlijn,⁷²⁵ die tot doel heeft

724 Vgl. par. 4.3.3, waar bleek dat het onderhavige vereiste van 'voorzienbaarheid van onoplettendheid' in de praktijk zelden van doorslaggevende betekenis is.

725 Richtlijn 2005/29/EG betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt.

de desbetreffende wetgeving in Europa (volledig⁷²⁶) te harmoniseren en een 'hoog gemeenschappelijk niveau van consumentenbescherming' te bewerkstelligen.⁷²⁷ Kern van de richtlijn is dat oneerlijke handelspraktijken ten opzichte van consumenten verboden zijn (art. 5) en dat de lidstaten dienen te voorzien in een adequate handhaving van dit verbod (art. 11). De Nederlandse wetgever heeft ervoor gekozen de oneerlijke handelspraktijk – niettegenstaande de (pre)contractuele context ervan – te kwalificeren als onrechtmatige daad, die de benadeelde consument recht geeft op schadevergoeding.⁷²⁸ In aanvulling op deze privaatrechtelijke sanctie is tevens voorzien in publiekrechtelijke handhaving door de Consumentenautoriteit.⁷²⁹

De regeling van de oneerlijke handelspraktijken in afdeling 6.3.3A vertoont een nauwe samenhang met de al langer bestaande afdeling 6.3.4 inzake misleidende en vergelijkende reclame,⁷³⁰ die eveneens een Europese achtergrond heeft.⁷³¹ Beide afdelingen beogen, kort gezegd, te voorkomen dat handelaren onjuiste of onvolledige informatie verstrekken aan het publiek. Sinds de invoering van afdeling 6.3.3A is het beschermingsbereik van afdeling 6.3.4 beperkt tot personen die in de uitoefening van hun *bedrijf* worden benadeeld door misleidende of vergelijkende reclame (art. 6:194 lid 1 BW). Dit betekent dat consumenten zich niet langer kunnen beroepen op deze (voorheen ook voor hen geldende) artikelen.⁷³² Volgens de wetgever levert dat geen verminderd beschermingsniveau op, aangezien misleidende reclame in de zin van afdeling 6.3.4 tevens kwalificeert als oneerlijke handelspraktijk in de zin van afdeling 6.3.3A.⁷³³ Per saldo zien beide afdelingen op de toelaatbaarheid van commerciële communicatie,⁷³⁴ waarbij afdeling 6.3.3A de positie van de mis-

726 Uit art. 4 van de richtlijn blijkt dat een volledige harmonisatie is beoogd. Zie ook MvT, *Kamerstukken II* 2006/07, 30928, nr. 3, p. 3-4.

727 Aldus de considerans, sub 2 en 11. Zie ook MvT, *Kamerstukken II* 2006/07, 30928, nr. 3, p. 1.

728 Zie MvT, *Kamerstukken II* 2006/07, 30928, nr. 3, p. 4-5. Zie voor kritiek op deze benadering Van Boom 2008, p. 7, die meent dat schadevergoeding hier 'niet altijd de meest voor de hand liggende remedie is'. Anders Verkade 2009, nr. 6, die de gekozen benadering 'goed pleitbaar' acht.

729 Zie MvT, *Kamerstukken II* 2006/07, 30928, nr. 3, p. 5 e.v. Zie ook Van Boom 2008, p. 11 e.v., die veel belang hecht aan deze publiekrechtelijke handhaving.

730 Zie over deze samenhang Nota n.a.v. Verslag, *Kamerstukken II* 2006/07, 30928, nr. 8, p. 5-6.

731 Zie Richtlijn 84/450/EEG inzake misleidende reclame (waarop bij de invoering van het nieuwe BW reeds werd geanticipeerd) en meer recent de herziene Richtlijn 97/55/EG inzake misleidende reclame en vergelijkende reclame.

732 Zie bijv. Van Boom 2008, p. 4; en Van Maanen in Spier e.a. 2009, nr. 164e. Vgl. ook Geerts & Vollebregt 2009, p. 5 e.v., die overigens menen dat art. 6:194a BW wél mede in 'B2C-verhoudingen' geldt.

733 Vgl. Nota n.a.v. Verslag, *Kamerstukken II* 2006/07, 30928, nr. 8, p. 6. Zie in gelijke zin bijv. Geerts & Vollebregt 2009, p. 34-36; en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* (2011), nr. 308.

734 Vgl. art. 6:193 lid 1 sub d BW, waar onder 'handelspraktijk' (mede) wordt verstaan iedere vorm van 'commerciële communicatie, met inbegrip van reclame en marketing'.

leide consument beschermt en afdeling 6.3.4 die van de benadeelde (concurrent-)handelaar.

Ook de *wijze* van bescherming is in beide afdelingen vergelijkbaar. Deze komt erop neer dat 'slachtoffers' van een oneerlijke handelspraktijk of van misleidende dan wel vergelijkende reclame kunnen profiteren van een dubbele omkering van de bewijslast.⁷³⁵ Blijkens de artikelen 6:193j en 6:195 BW wordt in dit verband niet alleen de onrechtmatigheid – derhalve het oneerlijk of misleidend karakter van de verweten gedraging – verondersteld, maar ook de toerekenbaarheid. Dit betekent meer concreet dat de handelaar die wordt aangesproken wegens een beweerde oneerlijke handelspraktijk of een beweerde vorm van misleidende of vergelijkende reclame, slechts aan aansprakelijkheid kan ontkomen door te bewijzen dat de door hem verstrekte informatie juist en volledig was (derhalve niet oneerlijk of misleidend), dan wel dat de onjuistheid of onvolledigheid onder de gegeven omstandigheden niet aan zijn schuld te wijten was, noch op andere gronden voor zijn rekening komt.

In de literatuur is de vraag opgeworpen of deze omkering van de bewijslast reflexwerking kan hebben in de contractuele sfeer, meer in het bijzonder indien een consument zich beroept op een *wilsgebrek* in verband met een oneerlijke handelspraktijk van de wederpartij. Van Boom acht een dergelijke 'kruisbestuiving' inderdaad denkbaar.⁷³⁶ Bij de totstandkoming van afdeling 6.3.3A heeft de wetgever zich op dit punt aanvankelijk beperkt tot de neutrale opmerking, dat tussen de regeling van de oneerlijke handelspraktijken en die van de wilsgebreken 'overlap' bestaat, in die zin 'dat een oneerlijke handelspraktijk ertoe kan leiden dat een consument een overeenkomst heeft gesloten die ook onder invloed van een wilsgebrek tot stand is gekomen'.⁷³⁷ Bij de mondelinge behandeling ging de minister een stap verder, door desgevraagd te verklaren 'dat bij misleidende informatie omkering van de bewijslast, dus ook de betere positie van de consument, zonder meer van toepassing is, ook als er een beroep wordt gedaan op wilsgebreken ten einde de overeenkomst te vernietigen'.⁷³⁸

De ultieme consequentie van deze visie zou kunnen zijn dat bij overeenkomsten tussen consumenten en handelaren het bewijs van dwaling wegens schending van een precontractuele waarheidsplicht of mededelingsplicht in de zin van art. 6:228 lid 1 sub a en b BW niet langer door de consument behoeft te worden geleverd (vgl. par. 3.5.5), maar dat de handelaar in dit verband de juistheid c.q. volledigheid van de door hem verstrekte informatie dient te bewijzen. Die consequentie lijkt niet aannemelijk, nu de richtlijn Oneerlijke handelspraktijken met zoveel woorden 'het verbintenissenrecht en, in het

735 Zie bijv. Van Maanen in Spier e.a. 2009, nr. 164a en 166; en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* (2011), nr. 313 en 320.

736 Van Boom 2008, p. 8-9.

737 Aldus Nota n.a.v. Verslag, *Kamerstukken II* 2006/07, 30928, nr. 8, p. 17. Zie ook p. 18, waar wordt opgemerkt dat de omschrijving van de misleidende handelspraktijk in art. 6:193c en 193d BW nauw aansluit bij de dwalingsregeling.

738 *Handelingen II* 2007/08, 14, p. 938.

bijzonder, de regels betreffende de geldigheid, de opstelling en de rechtsgevolgen van contracten onverlet' laat (art. 3 lid 2).⁷³⁹ Bovendien lijkt de bedoelde consequentie ook ongewenst, omdat de aanvaarding van informatieplichten altijd een deugdelijke *argumentatie* behoeft. Worden consumenten 'groepsgewijs' als potentiële slachtoffers van een geschonden informatieplicht beschouwd, doordat behoudens tegenbewijs wordt aangenomen dat er sprake is van een wilsgbrek in verband met (vermeende) oneerlijke handelspraktijken van de betrokken handelaren, dan wordt goed beschouwd de *aard van de rechtsverhouding* als zodanig – los van de concrete omstandigheden van het geval – als doorslaggevend argument voor de bescherming van consumenten gehanteerd. Een dergelijke categorische consumentenbescherming gaat mij – althans in het dwalingskader – te ver, gelet op het uitgangspunt dat contracteren een eigen verantwoordelijkheid meebrengt ter voorkoming van teleurstellingen (par. 3.1.2).

4.7.2 Wettelijk kader

De hoofdregel van afdeling 6.3.3A is te vinden in art. 6:193b lid 1 BW, waar het verrichten van een oneerlijke handelspraktijk wordt bestempeld als 'onrechtmatig'. Blijkens art. 6:193a lid 1 sub d BW moet onder 'handelspraktijk' in dit verband worden verstaan iedere gedraging van een handelaar, welke rechtstreeks verband houdt met 'de verkoopbevordering, verkoop of levering van een product aan consumenten'. Oneerlijk is een dergelijke gedraging, aldus art. 6:193b lid 2 BW, indien deze (a) 'in strijd met de vereisten van professionele toewijding' is en (b) dientengevolge 'het vermogen van de gemiddelde consument om een geïnformeerd besluit te nemen' aantast, in die zin dat dit vermogen 'merkbaar is beperkt of kan worden beperkt'.⁷⁴⁰ Element (a) verwijst naar art. 6:193a lid 1 sub f BW, waar professionele toewijding wordt omschreven als het 'normale niveau van bijzondere vakkundigheid en van zorgvuldigheid dat redelijkerwijs van een handelaar ten aanzien van consumenten mag worden verwacht'. Element (b) wordt uitgewerkt in art. 6:193b lid 2 BW zelf, waar wordt vereist dat de beperking van het vermogen tot geïnformeerde besluitvorming zodanig is, dat ten gevolge van de oneerlijke handelspraktijk 'de gemiddelde consument een besluit over een overeenkomst neemt of kan nemen, dat hij anders niet had genomen'. Art. 6:193b lid 4 BW expliciteert in dit verband dat de 'gangbare en rechtmatige reclamepraktijk', met de bijbehorende vormen van aanprijzing en overdrijving, 'op zich niet oneerlijk' is.

739 Vgl. Van Boom 2008, p. 9, die de geciteerde opmerking van de minister niet goed kan 'plaatsen', hoewel hij de bedoelde kruisbestuiving wel wenselijk acht.

740 Zie over dit laatste element Verkade 2009, nr. 32, die meent dat het gaat om een 'verzwaring van het loutere causaliteitsvereiste'.

In art. 6:193b lid 3 BW wordt het criterium van 'oneerlijkheid' geconcretiseerd door verwijzing naar twee specifieke verschijningsvormen van de oneerlijke handelspraktijk, die in de volgende artikelen nader worden uitgewerkt. Het gaat om de 'misleidende' handelspraktijk (art. 6:193c e.v. BW) en de 'agressieve' handelspraktijk (art. 6:193i e.v. BW). Laatstgenoemde variant, die verwant is met het wilsgebrek bedreiging (art. 3:44 lid 2 BW),⁷⁴¹ is voor het onderhavige onderwerp minder relevant. Informatieplichten spelen met name een rol op het terrein van de *misleidende handelspraktijk*. Blijkens art. 6:193c lid 1 BW is een handelspraktijk misleidend 'indien informatie wordt verstrekt die feitelijk onjuist is of die de gemiddelde consument misleidt of kan misleiden'. Het artikel vervolgt met een opsomming van verschillende aspecten, waarop de misleiding betrekking kan hebben, zoals de 'voornaamste kenmerken van het product' (lid 1 sub b) of de prijs (lid 1 sub d). Aan het slot van lid 1 wordt herhaald dat – zoals reeds bleek in art. 6:193b lid 2 BW – tussen de misleiding en de besluitvorming van de consument in objectieve zin causaal verband moet bestaan, zodanig dat 'de gemiddelde consument' daardoor van gedachten zou zijn veranderd.

Niet alleen *onjuiste* maar ook *onvolledige* informatieverstreking kan een misleidende handelspraktijk opleveren, zo blijkt in art. 6:193d lid 1 BW over de 'misleidende omissie'. Een misleidende omissie doet zich voor, aldus lid 2, indien 'essentiële informatie welke de gemiddelde consument nodig heeft om een geïnformeerd besluit over een transactie te nemen, wordt weggelaten, waardoor de gemiddelde consument een besluit over een overeenkomst neemt of kan nemen, dat hij anders niet had genomen'. Het begrip 'weglaten' wordt in dit verband ruim opgevat, nu blijkens lid 3 ook informatie die 'op onduidelijke, onbegrijpelijke, dubbelzinnige wijze dan wel laat verstrekt wordt' kan resulteren in een misleidende omissie. De beoordeling van het misleidend karakter moet volgens lid 4 plaatsvinden met inachtneming van 'de feitelijke context', waarbij mede dient te worden gelet op 'de beperkingen van het communicatiemedium' en 'de maatregelen die zijn genomen om de informatie langs andere wegen ter beschikking van de consument te stellen'. Volgens de wetgever gaat het hier om 'een belangrijke nuancering'. Ter illustratie wordt gewezen op het voorbeeld van een handelaar die in een sms-boodschap niet alle vereiste informatie kan geven, maar deze wel via zijn website beschikbaar stelt. Uiteindelijk bepalen de 'verschillende factoren tezamen' of er sprake is van een misleidende omissie, aldus de wetgever.⁷⁴²

Gelet op het voorgaande is het voor de vaststelling van een misleidende omissie van cruciaal belang, welke informatie onder de gegeven omstandigheden als 'essentieel' in de zin van art. 6:193d lid 2 BW moet worden beschouwd. Art. 6:193e BW geeft hiervoor een nadere regeling, toegespitst op

741 Aldus Nota n.a.v. Verslag, *Kamerstukken II 2006/07*, 30928, nr. 8, p. 18.

742 Zie MvT, *Kamerstukken II 2006/07*, 30928, nr. 3, p. 16. Vgl. ook Verkade 2009, nr. 38, die lid 4 als 'de scharnierende bepaling' van art. 6:193d BW beschouwt.

gevallen waarin de handelaar een 'uitnodiging tot aankoop' doet.⁷⁴³ In zulke gevallen zal de handelaar tenminste openheid van zaken moeten geven over de 'voornaamste kenmerken' van het product (sub a), zijn identiteit en adresgegevens (sub b), de prijs van het product (sub c), de leverings- en betalingsvoorwaarden (sub d) en de eventuele gelding van een annuleringsrecht (sub e). Terecht signaleert de wetgever dat deze informatieplichten 'niet absoluut' zijn,⁷⁴⁴ zoals blijkt uit de clausuleringen in de wettekst. Over de 'voornaamste kenmerken' van het product (sub a) dient bijvoorbeeld slechts informatie te worden verschaft 'in de mate waarin dit gezien het medium en het product passend is'. De leverings- en betalingsvoorwaarden (sub d) behoeven slechts vermelding, 'indien deze afwijken van de vereisten van professionele toewijding'. Tegen deze achtergrond concludeert Verkade dat de lijst 'eigenlijk weinig om het lijf' heeft.⁷⁴⁵

Al met al hebben de onderhavige normen een zeer 'open' karakter en is de uitkomst moeilijk voorspelbaar.⁷⁴⁶ Voor de praktijk is van belang dat art. 6:193g BW een aantal concrete handelspraktijken omschrijft, die 'onder alle omstandigheden misleidend' zijn. Op deze 'zwarte lijst' staan vooral *actieve* vormen van misleidend marktgedrag.⁷⁴⁷ Zo wordt het ijdel gebruik van (niet-bestaande) gedragscodes of (niet-erkende c.q. niet-verworven) keurmerken bestempeld als misleidend (sub a-d), evenals het voorwenden van een irreële prijs (sub e), het doen van onjuiste beweringen betreffende een gevaar waaraan de consument zonder gebruik van het product zou zijn blootgesteld (sub l) of het omschrijven van een product als 'gratis' terwijl het in werkelijkheid geld kost (sub t). Interessant is de rubriek sub r, waar als misleidend wordt bestempeld het 'feitelijk onjuiste informatie verstrekken over marktomstandigheden of de mogelijkheid het product te bemachtigen met de bedoeling de consument het product te doen aanschaffen tegen voorwaarden die minder gunstig zijn dan de normale marktvoorwaarden'. Het is niet uitgesloten dat dergelijke verkooppraatjes voor veel handelaren dagelijkse praktijk zijn. Aangenomen moet worden dat de in het maatschappelijk verkeer gebruikelijke algemene aanprijzingen ('nergens goedkoper', 'buitenkans') in dit verband toelaatbaar zijn, zoals wordt bevestigd door het eerder genoemde art. 6:193b lid 4 BW.

743 In art. 6:193a lid 1 sub g wordt dit begrip gedefinieerd als een 'commerciële boodschap die de kenmerken en de prijs van het product op een aan het gebruikte medium aangepaste wijze vermeldt en de consument aldus in staat stelt een aankoop te doen'.

744 Zie MvT, *Kamerstukken II* 2006/07, 30928, nr. 3, p. 16.

745 Verkade 2009, nr. 45.

746 Hierop is in de literatuur kritiek geuit. Vgl. Van Boom 2008, p. 5; Verkade 2009, nr. 26; en Pavillon 2011, p. 333-334, 350. Zie ook Pavillon 2011, p. 513 e.v., die pleit voor harmonisatie van oneerlijkheidsnormen op Europees niveau.

747 De meeste omschrijvingen gebruiken de term 'beweren'. Sommige omschrijvingen laten ruimte voor passieve vormen van misleiding, door te spreken van 'de indruk wekken' (bijv. sub i, m, v en w). Concrete voorbeelden van misleidende omissies in de zin van art. 6:193d BW bevat de lijst echter niet.

Vergeleken met de regeling van de oneerlijke handelspraktijken in afdeling 6.3.3A BW is die van de misleidende reclame in afdeling 6.3.4 BW betrekkelijk compact.⁷⁴⁸ Art. 6:194 BW bepaalt dat een handelaar die omtrent door hem aangeboden goederen of diensten een misleidende mededeling openbaar maakt of laat openbaar maken, *onrechtmatig* handelt jegens zijn concurrenten. Wat in dit verband onder 'misleiding' moet worden verstaan, wordt niet geëxpliciteerd. Wel worden verschillende aspecten opgesomd, waarop de misleiding betrekking kan hebben, zoals de 'hoedanigheid, eigenschappen of gebruiksmogelijkheden' van de aangeboden goederen of diensten (sub a) en de 'prijs of de wijze van berekenen daarvan' (sub d). Aangenomen moet worden dat het misleidend karakter van een mededeling niet alleen in *onjuistheid*, maar ook in *onvolledigheid* gelegen kan zijn.⁷⁴⁹ In het World Online-arrest uit 2009, waarin het ging om prospectusaansprakelijkheid in verband met een mislukte beursgang, overwoog de Hoge Raad in dit verband dat de enkele onjuistheid of onvolledigheid geen voldoende voorwaarde voor onrechtmatigheid vormt. Bij de beantwoording van de vraag of het prospectus misleidend was in de zin van art. 6:194 BW, moest volgens de Hoge Raad worden uitgegaan van 'de vermoedelijke verwachting van een gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende gewone belegger tot wie de mededeling zich richt of die zij bereikt'.⁷⁵⁰ Hierboven bleek reeds dat dezelfde maatstaf van de 'gemiddelde consument' ook in het leerstuk van de oneerlijke handelspraktijken leidend is. In de nu volgende paragraaf wordt deze maatstaf nader uitgewerkt.

4.7.3 Maatstaf: de gemiddelde consument

De maatstaf van de 'gemiddelde consument' is afkomstig uit het arrest Gut Springenheide van het Europese Hof van Justitie, waarin het ging om een eierhandelaar die op een informatieblaadje de kwaliteiten van het door hem gebruikte veevoer had aangeprezen.⁷⁵¹ Het Hof overwoog dat de rechter bij de vaststelling van het misleidend karakter van een dergelijke commerciële uitspraak moet uitgaan van 'de vermoedelijke verwachting van een gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende gewone consument' (r.o. 37).⁷⁵² De

748 De *vergelijkende* reclame (art. 6:194a BW) wordt hier niet behandeld.

749 Vgl. art. 6:195 lid 1 BW, waar de 'bewijslast ter zake van de juistheid of volledigheid' wordt omgekeerd. Zie voorts bijv. Van Delft-Baas 1987, p. 168; Verkade 1992, nr. 31 en 47; Geerts & Vollebregt 2009, p. 69-70; en HR 27 november 2009, L/JN BH2162, RvdW 2009, 1403 (VEB c.s./World Online c.s.), r.o. 4.10.4. Overigens betoogt Verkade 1992, nr 45, dat uit art. 6:194 BW geen 'positieve informatieplichten' kunnen worden afgeleid.

750 HR 27 november 2009, L/JN BH2162, RvdW 2009, 1403 (VEB c.s./World Online c.s.), r.o. 4.10.3-4.10.4.

751 HvJ EG 16 juli 1998, NJ 2000, 374 m.nt. DWFV onder 375 (Gut Springenheide).

752 Juridisch kader was een EG-verordening betreffende de eierhandel, maar de geciteerde overweging had een algemene strekking. Vgl. de annotatie van D.W.F. Verkade onder NJ 2000, 375, sub 1.

Hoge Raad hanteert in zijn jurisprudentie over oneerlijke handelspraktijken en misleidende reclame dezelfde maatstaf.⁷⁵³ Aangenomen wordt dat deze – bezien vanuit het perspectief van de consument – relatief streng is.⁷⁵⁴ Volgens de wetgever wordt hiermee voorkomen ‘dat de handelaar rekening moet houden met iedere consument ongeacht zijn vaardigheden of capaciteiten’. Handelspraktijken die slechts voor ‘naïeve’ consumenten misleidend zijn, leveren geen aansprakelijkheid op.⁷⁵⁵ Verkade betoogt tegen deze achtergrond dat productaanduidingen en reclame-uitingen niet ‘idiotensicher’ behoeven te zijn.⁷⁵⁶ Dienovereenkomstig is in de lagere rechtspraak bijvoorbeeld geoordeeld dat consumenten niet mogen verwachten dat de rente op een spaarrekening ‘tot in lengte van dagen ongewijzigd’ blijft, maar dat zij – integendeel – behoren te begrijpen ‘dat de hoogte daarvan ook afhankelijk zou kunnen zijn van zich wijzigende marktomstandigheden’.⁷⁵⁷

Het voorgaande impliceert dat op de consument een zekere *onderzoeksplicht* rust.⁷⁵⁸ Volgens Vranken behelst deze onderzoeksplicht dat de consument ‘niet oppervlakkig en kritiekloos slikt wat hem wordt voorgeschoteld, maar integendeel goed uitkijkt bij wat hij doet en (zich) vragen stelt’.⁷⁵⁹ De consument mag dus niet berusten in zijn eigen onwetendheid. De veronderstelling is dat hij ‘weet dat hij niet alles weet, en weet dat hij niet alles voor zoete koek moet aannemen’.⁷⁶⁰ In zijn effectenlease-jurisprudentie heeft de Hoge Raad de onderhavige onderzoeksplicht tot uitdrukking gebracht, door te overwegen ‘dat van een omzichtige en oplettende consument mag worden verwacht dat hij zich vooraf redelijke inspanningen getroost om de betekenis van de overeenkomst en de daaruit voortvloeiende verplichtingen en risico’s te doorgronden, en dat hij de in de brochures opgenomen aanprijzingen, loftuitingen en voorbeelden met prudentie beschouwt.’ Meer concreet oordeelde de Hoge Raad (toegespitst op de onderhavige problematiek) dat van de gemiddelde consument ‘in ieder geval verwacht mag worden dat hij weet dat effecten niet alleen in waarde kunnen stijgen, maar ook in waarde kunnen dalen’. Voor een andere

753 Zie bijv. HR 30 mei 2008, *LJN* BD2820, *NJ* 2010, 622 m.nt. J.B.M. Vranken (De Boer c.s./TMF), r.o. 4.2; HR 5 juni 2009, *LJN* BH2822, *RvdW* 2009, 685 (GeSp/Aegon), r.o. 4.3.5; en HR 27 november 2009, *LJN* BH2162, *RvdW* 2009, 1403 (VEB c.s./World Online c.s.), r.o. 4.10.3.

754 Zie bijv. Verkade 2009, nr. 29; Pavillon 2011, p. 359-360; en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* (2011), nr. 310. Vgl. ook Duivenvoorde 2010, p. 533, die zich (tegen de achtergrond van inzichten uit de gedragswetenschappen) afvraagt of deze strenge benadering ‘voldoende ruimte laat om de consument te beschermen’.

755 Zie MvT, *Kamerstukken II* 2006/07, 30928, nr. 3, p. 14.

756 Zie de NJ-annotatie van D.W.F. Verkade bij HvJ EG 16 juli 1998, *NJ* 2000, 374 (onder *NJ* 2000, 275), sub 3.

757 Rb. Amsterdam 18 mei 2011, *LJN* BQ6506, r.o. 4.9.

758 Zie bijv. Van Boom 2008, p. 9.

759 Zie de NJ-annotatie van J.B.M. Vranken bij HR 30 mei 2008, *LJN* BD2820, *NJ* 2010, 622 (De Boer c.s./TMF), sub 2.

760 Aldus de NJ-annotatie van D.W.F. Verkade bij HvJ EG 16 juli 1998, *NJ* 2000, 374 (onder *NJ* 2000, 275), sub 3; en (in gelijke zin) Verkade 2009, nr. 29.

maatstaf, uitgaande van een 'minder dan gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende gewone consument', was in casu geen plaats, aldus de Hoge Raad.⁷⁶¹

De maatstaf van de gemiddelde consument is dus overwegend *objectief* van aard. Van Boom ziet hierin een belangrijk verschil met de dwalingsregeling van art. 6:228 BW, die volgens hem onder omstandigheden ook bescherming van de 'ondergemiddelde' consument toelaat.⁷⁶² In dit verband zij gesignaleerd dat art. 6:193a lid 2 BW op het terrein van de oneerlijke handelspraktijken wel degelijk een zekere subjectivering mogelijk maakt,⁷⁶³ namelijk in gevallen waarin de handelaar zich richt op een 'specifieke groep' dan wel redelijkerwijs kan voorzien dat de leden van een specifieke groep 'wegens hun geestelijke of lichamelijke beperking, hun leeftijd of goedgelovigheid bijzonder vatbaar [zijn] voor de handelspraktijk of voor het onderliggende product'. In die gevallen kwalificeert het 'gemiddelde lid' van de betreffende specifieke groep (mede) als gemiddelde consument in de zin van art. 6:193b e.v. BW. De wetgever noemt 'kinderen, oudere mensen of gehandicapten' als voorbeelden van specifieke groepen waarvan het gemiddelde lid bijzonder vatbaar kan zijn voor bepaalde handelspraktijken of producten.⁷⁶⁴

Evenals de dwalingsregeling biedt de regeling der oneerlijke handelspraktijken dus ruimte voor bescherming van 'ondergemiddelde' consumenten. Wel is de benadering hier *grosso modo* grootschaliger dan bij dwaling, omdat oneerlijke handelspraktijken in de regel 'massacommunicatie' betreffen. De oneerlijkheid schuilt hier niet zozeer in het persoonlijke contact met de individuele consument, maar veeleer in de wijze waarop het gehele publiek door middel van advertenties, brochures en andere commerciële publicaties is geïnformeerd. Dat heeft ook te maken met het *tijdvak* waarop de beoordeling ziet. In het dwalingsleerstuk staat de (aanloop naar) de contractsluiting centraal, terwijl het bij oneerlijke handelspraktijken primair gaat om de daaraan voorafgaande fase van (vooralnog niet-geïndividualiseerde) werving en reclame.⁷⁶⁵ Zo beschouwd leidt het gemiddelde 'casustype' van de oneerlijke handelspraktijk – evenals dat van de misleidende reclame – logischerwijze tot een zekere mate van abstractie, en dientengevolge tot objectivering.⁷⁶⁶

761 HR 5 juni 2009, LjN BH2822, RvdW 2009, 685 (GeSp/Aegon), r.o. 4.3.5. Zie nader over de onderhavige effectenlease-jurisprudentie par. 4.8.5.

762 Zie Van Boom 2008, p. 8-9. Vgl. ook Verkade 2009, nr. 72; Pavillon 2011, p. 378; en laatstelijk M.Y. Schaub, NTBR 2011, 78, p. 568.

763 Vgl. Verkade 2009, nr. 30; en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* (2011), nr. 310.

764 Zie MvT, Kamerstukken II 2006/07, 30928, nr. 3, p. 14.

765 Vgl. Busch 2008, p. 174, die (vanuit het Duitse perspectief) onderscheid maakt tussen de 'Verhandlungsphase' en de daaraan voorafgaande 'Werbephase'.

766 Vgl. Busch 2008, p. 154-155, die uit een vergelijking van Duits contractenrecht en mededingingsrecht afleidt dat de rechtspraak in contractuele vraagstukken 'eine individualiserende Betrachtung' kiest, terwijl zij bij de beoordeling van oneerlijke handelspraktijken 'einen generalisierenden Maßstab' hanteert.

Het voorgaande wordt versterkt doordat over oneerlijke handelspraktijken en misleidende reclame vaak middels *groepsacties* wordt geprocedeerd. Zo overwoog de Hoge Raad in het World Online-arrest, dat een collectieve actie in de zin van art. 3:305a e.v. BW betrof, dat voor de kwalificatie van een commerciële mededeling als misleidend (en derhalve als onrechtmatig) niet is vereist dat de individuele belegger daadwerkelijk heeft kennisgenomen van of daadwerkelijk is beïnvloed door de mededeling, maar slechts 'dat de onjuistheid of onvolledigheid van de mededeling van voldoende materieel belang is om de 'maatman-belegger' te kunnen misleiden'. Het gaat er dus om of de mededeling 'op zichzelf genomen een misleidend karakter heeft'. De vraag in hoeverre de individuele belegger bij zijn beleggingsbeslissing door de misleidende mededeling is beïnvloed, komt pas aan de orde bij de vaststelling van de *omvang* van de aansprakelijkheid, aldus de Hoge Raad.⁷⁶⁷ In die zin is het subjectieve perspectief van de individuele consument hier wellicht (om redenen van proceseconomie) geïsoleerd, maar niet (op principiële gronden) uitgesloten. Per saldo lijkt de geldende maatstaf niet fundamenteel anders dan in het dwalingsleerstuk.⁷⁶⁸

4.8 DIENSTVERLENERSAANSPRAKELIJKHEID

4.8.1 Algemeen

De aansprakelijkheid van beroepsbeoefenaren en (andere) dienstverleners, hier kortweg aangeduid als dienstverlenersaansprakelijkheid,⁷⁶⁹ doet zich veelal voor in de contractuele of precontractuele sfeer, als uitvloeisel van een tussen partijen gesloten of nog te sluiten overeenkomst.⁷⁷⁰ Men denke bijvoorbeeld aan de aansprakelijkheid van een advocaat jegens zijn cliënt in verband met het te laat instellen van hoger beroep,⁷⁷¹ of de aansprakelijkheid van een arts jegens zijn patiënt in verband met een gebrekkige voorlichting voorafgaand aan een medische behandeling.⁷⁷² Dienstverlenersaansprakelijkheid kan zich

767 Zie HR 27 november 2009, LjN BH2162, RvdW 2009, 1403 (VEB c.s./World Online c.s.), r.o. 4.10.4.

768 Vgl. laatstelijk M.Y. Schaub, NTBR 2011, 78, die uit een vergelijking van dwaling en oneerlijke handelspraktijken afleidt dat beide leerstukken 'wat betreft gedragsnorm en beschermingsniveau dicht bij elkaar liggen' en dat het dwalingsleerstuk slechts in 'een enkel theoretisch geval' meer bescherming zou kunnen bieden dan de regeling van de oneerlijke handelspraktijken (p. 574).

769 In de hedendaagse literatuur wordt de beroepsaansprakelijkheid op één lijn geplaatst met de aansprakelijkheid van (andere) dienstverleners. Zie bijv. Van Dam 2000, nr. 1515; en Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* (2009), nr. 64.

770 De (pre)contractuele dienstverlenersaansprakelijkheid kwam reeds aan de orde in par. 3.8.7, 3.10.1 en 3.11.2.

771 Vgl. HR 11 december 2009, LjN BK0859, NJ 2010, 3 (Velic/Lemmen), r.o. 3.4.

772 Vgl. HR 23 november 2001, NJ 2002, 387 m.nt. JBMV (N./P.), r.o. 3.5.2 e.v.

ook voordoen buiten de (pre)contractuele context, namelijk indien *derden* schade lijden door een beroepsfout.⁷⁷³ Men denke bijvoorbeeld aan de aansprakelijkheid van een accountant jegens gedupeerde schuldeisers van een gefailleerde onderneming in verband met een gebrekkige controle van de boekhouding,⁷⁷⁴ of de aansprakelijkheid van een notaris jegens gedupeerde schuldeisers van een gefailleerde bank in verband met het passeren van hypotheekaktes zonder voldoende onderpand.⁷⁷⁵

In al deze en dergelijke situaties kan de (contractuele, precontractuele of buitencontractuele) aansprakelijkheid van de dienstverlener in verband worden gebracht met het *vertrouwen* dat in het maatschappelijk verkeer aan zijn dienstverlening wordt gehecht.⁷⁷⁶ Dit vertrouwen vloeit voort uit zijn professionele deskundigheid, althans de veronderstelling daarvan.⁷⁷⁷ Artsen, advocaten, accountants, banken en notarissen nemen in de maatschappij een bijzondere vertrouwenspositie in, omdat zij (geacht worden te) beschikken over beroepsmatige kennis en kunde, die bij het grote publiek doorgaans ontbreekt. Tegen deze achtergrond wordt wel gezegd dat de bedoelde beroepsgroepen een maatschappelijke functie vervullen.⁷⁷⁸ Tjong Tjin Tai spreekt treffend van 'instituties'.⁷⁷⁹ De Hoge Raad verwijst in dit verband bijvoorbeeld naar 'de maatschappelijke functie van banken' en 'de functie van een notaris in het rechtsverkeer'.⁷⁸⁰

Het rechtsgevolg van de bedoelde vertrouwenspositie is dat op professionele dienstverleners een *zorgplicht* rust. Volgens vaste jurisprudentie dienen zij zich te gedragen met inachtneming van de zorgvuldigheid die van een 'redelijk bekwaam en redelijk handelend' vakgenoot mag worden verwacht.⁷⁸¹ In de literatuur wordt deze maatstaf veelal in verband gebracht met art. 7:401

773 Zie bijv. Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* (2009), nr. 204; en Onrechtmatige daad VI.1 (Huijgen), aant. 4.

774 Vgl. HR 13 oktober 2006, LJV AW2080, NJ 2008, 528 m.nt. C.C. van Dam onder 529 (Vie d'Or), r.o. 5.3 e.v.

775 Vgl. HR 23 december 1994, NJ 1996, 627 m.nt. WMK (Tilburgse Hypotheekbank), r.o. 3.5.3.

776 Zie bijv. Michiels van Kessenich-Hoogendam 1995, p. 3; Tjong Tjin Tai 2006, p. 174; Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* (2009), nr. 20, 66; en Pijls 2010, p. 167, 170-171.

777 Vgl. Michiels van Kessenich-Hoogendam 1995, die beroepsbeoefenaren consequent – namelijk per definitie (p. 3) – aanduidt als 'deskundigen'. Zie voorts bijv. Van Dam 2000, nr. 1513; Tjong Tjin Tai 2006, p. 172-173; en Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* (2009), nr. 20.

778 Zie bijv. Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* (2009), nr. 66.

779 Tjong Tjin Tai 2006, p. 174-175.

780 Zie resp. HR 9 januari 1998, NJ 1999, 285 (MeesPierson/Ten Bos c.s.), r.o. 3.6.2; en HR 23 december 1994, NJ 1996, 627 m.nt. WMK (Tilburgse Hypotheekbank), r.o. 3.5.3.

781 Aldus bijv. (t.a.v. een medisch specialist) HR 9 november 1990, NJ 1991, 26 (Speeckaert/Gradener), r.o. 3.7. Zie voorts bijv. Michiels van Kessenich-Hoogendam 1995, p. 25; Giesen 1997, p. 13; Van Dam 2000, nr. 913, 1513; Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* (2009), nr. 200; Pijls 2010, p. 169; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* (2011), nr. 67; en Onrechtmatige daad VI.1 (Huijgen), aant. 7 (met verdere verwijzingen).

BW, betreffende de 'zorg van een goed opdrachtnemer'.⁷⁸² Dezelfde norm is voor medische beroepsbeoefenaren (in enigszins toegespitste bewoordingen) verankerd in art. 7:453 BW, dat spreekt van de 'zorg van een goed hulpverlener', tegen de achtergrond van 'de voor hulpverleners geldende professionele standaard'.⁷⁸³ Beide bepalingen veronderstellen strikt genomen het bestaan van een overeenkomst tussen de betrokken partijen, waarvan gelet op het voorgaande (nog) niet altijd sprake zal zijn. De gedachte is echter dat de contractuele zorgplicht van dienstverleners een soort reflexwerking heeft buiten de contractuele sfeer. Niet alleen werpt zij haar schaduw vooruit over het aan de overeenkomst voorafgaande onderhandelingsproces, ook 'overstijgt' de zorgplicht in zekere zin de (pre)contractuele relatie tussen de betrokken partijen, daar zij mede kan strekken tot bescherming van bepaalde derden.⁷⁸⁴

De *maatstaf* ter invulling van de zorgplicht blijft intussen gelijk, ongeacht de contractuele, precontractuele of buitencontractuele context.⁷⁸⁵ Beslissend is telkens wat onder de gegeven omstandigheden van een redelijk bekwaam en redelijk handelend dienstverlener mocht worden verwacht. Aangenomen wordt dat het hier een relatief strenge maatstaf betreft, die van dienstverleners méér verlangt dan 'normale' zorg.⁷⁸⁶ Meer concreet betekent dit dat de binnen een beroepsgroep bestaande *gewoonten* als zodanig niet doorslaggevend zijn.⁷⁸⁷ Geheel onbegrensd is de zorgplicht intussen niet. De invulling moet geschieden met inachtneming van de omstandigheden van het geval,⁷⁸⁸ waarbij ook gewicht toekomt aan de eigen verantwoordelijkheid van de potentiële benadeelden.⁷⁸⁹ Dienovereenkomstig overwoog de Hoge Raad bijvoorbeeld dat de zorgplicht van een notaris 'haar grens [vindt] daar waar de notaris goede grond heeft te vertrouwen dat de betreffende belanghebbende zichzelf reeds op de hoogte had gesteld of dat deze tevoren reeds voldoende

782 Zie bijv. Michiels van Kessenich-Hoogendam 1995, p. 6; Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* (2009), nr. 93; en Pijls 2010, p. 169.

783 Vgl. Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* (2009), nr. 406, waar de bepaling wordt bestempeld als een 'wetstechnisch gezien overbodige verdubbeling' van art. 7:401 BW.

784 De beeldspraken zijn ontleend aan Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* (2009), nr. 74; resp. Tjong Tjin Tai 2006, p. 188.

785 Zie bijv. Michiels van Kessenich-Hoogendam 1995, p. 24; Giesen 1997, p. 13; Boks 2002, p. 30-31; Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* (2009), nr. 74; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* (2011), nr. 67; en Onrechtmatige daad VI.1 (Huijgen), aant. 7. Enigszins *anders* Tjong Tjin Tai 2006, p. 176.

786 Zie bijv. Van Dam 2000, nr. 1513; Tjong Tjin Tai 2006, p. 171; Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* (2009), nr. 194; en Pijls 2010, p. 171.

787 Zie bijv. Michiels van Kessenich-Hoogendam 1995, p. 25; Van Dam 2000, nr. 913, 1513; Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* (2009), nr. 94; en Onrechtmatige daad VI.3 (Slabbers), aant. 8.4. Vgl. ook (in de medische sfeer) Hof 's-Hertogenbosch 10 maart 2009, L/JN BH5919, NJF 2009, 130, r.o. 4.5.10.

788 Vgl. TM, PG Boek 7 (Inv.), p. 323. Zie voorts bijv. Michiels van Kessenich-Hoogendam 1995, p. 6, 25-26; Van Dam 2000, nr. 1513; Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* (2009), nr. 97; en Pijls 2010, p. 169.

789 Zie bijv. Van Dam 2000, nr. 1513-1514; en Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* (2009), nr. 100, 125.

inzicht had in hetgeen voor die [met een notariële akte beoogde] gevolgen vereist was'.⁷⁹⁰ Michiels van Kessenich betoogt meer in algemene zin dat de dienstverlener geen rekening behoeft te houden met een gebrek aan kennis en inzicht dat, gezien de leeftijd en maatschappelijke positie van de cliënt, niet als 'normaal' is te beschouwen.⁷⁹¹ Een en ander is in overeenstemming met de beginselen van het gevaarzettingsleerstuk (vgl. par. 4.3.3 en 4.3.13).

4.8.2 Informatieplichten van dienstverleners

Het laat zich aanzien dat uit de zojuist besproken zorgplicht van dienstverleners, samenhangend met hun professionele deskundigheid, onder omstandigheden ook informatieplichten kunnen voortvloeien.⁷⁹² Deze informatieplichten vinden hun rechtvaardiging in de *aard van de rechtsverhouding* tussen de dienstverlener en zijn publiek (vgl. par. 4.3.4), welke rechtsverhouding wordt gekenmerkt door de in par. 4.8.1 bedoelde vertrouwensfunctie van professionele dienstverleners. Men kan zeggen dat van een redelijk bekwaam en redelijk handelend dienstverlener mag worden verwacht dat hij, met het oog op de gerechtvaardigde belangen van degenen die op zijn dienstverlening vertrouwen, alle informatie vergaart c.q. verstrekt die beantwoordt aan zijn maatschappelijke functie als professioneel dienstverlener.

Vanuit een historisch-dogmatisch perspectief moeten de hier bedoelde informatieplichten in het kader van de *wilsvertrouwensleer* worden gelokaliseerd. De gedachte is dat de dienstverlener, uit hoofde van zijn professionele deskundigheid, gehouden is zich te vergewissen van de goed geïnformeerde toestemming van zijn cliënt. Dit betekent meer concreet dat hij cliënten dient te waarschuwen voor de aan zijn dienstverlening verbonden risico's en dat hij bij twijfel dient te onderzoeken of zij zich daarvan voldoende bewust zijn.⁷⁹³ De onderhavige waarschuwings- en onderzoeksplichten van de dienstverlener staan wetssystematisch op één lijn met de in par. 3.2.1 e.v. behandelde informatieplichten uit hoofde van art. 3:35 BW. Evenals in dat kader wordt aangenomen dat de dienstverlener normaliter niet behoeft te *beletten* dat de cliënt een voor hem nadelige overeenkomst sluit.⁷⁹⁴ Uit hoofde van zijn professionele deskun-

790 HR 27 maart 1992, NJ 1993, 188 m.nt. EAAL (Meijer/S.), r.o. 3.3.

791 Michiels van Kessenich-Hoogendam 1995, p. 32.

792 Zie bijv. Michiels van Kessenich-Hoogendam 1995, p. 29-35; Giesen 1997, p. 8; Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* (2009), nr. 20; Pijls 2010, p. 169-170; en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* (2011), nr. 67.

793 Zie bijv. Michiels van Kessenich-Hoogendam 1995, p. 29 e.v.; Giesen 1997, p. 14; Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* (2009), nr. 108; en Onrechtmatige daad VI.1 (Huijgen), aant. 8-9.

794 Zie bijv. Michiels van Kessenich-Hoogendam 1995, p. 30, 35; en Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* (2009), nr. 106.

digheid is hij – behoudens uitzonderingen in de medische en de financiële sfeer⁷⁹⁵ – slechts gehouden te voorkomen dat de cliënt in *onwetendheid* zijn toestemming geeft. De bevordering van goed geïnformeerd gedrag staat hier dus voorop (vgl. par. 2.3.3). Dienovereenkomstig overwoog de Hoge Raad in het Dexia-arrest uit 2009 dat op de aanbieder van een riskant financieel product (in casu effectenlease) in beginsel niet de verplichting rust om particuliere cliënten te *weigeren*, omdat een dergelijke weigeringsplicht onverenigbaar zou zijn met het beginsel van contractsvrijheid.⁷⁹⁶

Voorals in de medische sfeer komt de idee van ‘informed consent’ traditioneel sterk tot uitdrukking.⁷⁹⁷ Een medische behandeling kwalificeert in beginsel als een onrechtmatige inbreuk op de lichamelijke integriteit van de patiënt (par. 4.2.5). Vandaar dat de wetgever hiervoor normaal gesproken ‘toestemming van de patiënt’ vereist (art. 7:450 BW).⁷⁹⁸ Teneinde deze toestemming mogelijk (althans reëel) te maken, bepaalt art. 7:448 BW dat de patiënt op duidelijke wijze over de behandeling moet worden geïnformeerd, meer in het bijzonder over ‘de te verwachten gevolgen en risico’s’ daarvan (lid 2 sub b). De Hoge Raad destilleert uit de combinatie van art. 7:448 en 7:450 BW een ‘op de arts rustende verplichting de patiënt op duidelijke wijze in te lichten over de risico’s verbonden aan de voorgestelde behandeling’, welke ertoe strekt ‘de patiënt in staat te stellen goed geïnformeerd te beslissen of hij al dan niet toestemming voor de voorgestelde behandeling zal geven’.⁷⁹⁹ Voor de invulling van deze informatieplicht verwijst de literatuur naar gezichtspunten die associaties oproepen met de bekende *Kelderluikfactoren* uit het gevaarzettingsleerstuk (vgl. par. 4.3.5). Het gaat om de aard en frequentie van de betrokken risico’s, de medische noodzaak van de behandeling en de vraag of er alternatieve behandelwijzen voorhanden zijn.⁸⁰⁰ In lijn met het gevaarzettingsleerstuk (par. 4.3.13) wordt aangenomen dat de informatieplicht van de arts zich in beginsel niet uitstrekt tot algemeen bekende risico’s,⁸⁰¹ zoals het normale

795 Zie bijv. Michiels van Kessenich-Hoogendam 1995, p. 44 e.v.; en ‘t Hart & Du Perron 2006, p. 60. Vgl. ook par. 4.8.4, over de weigeringsplicht in het kader van de optiehandel.

796 HR 5 juni 2009, LjN BH2815, RvdW 2009, 683 (De Treek/Dexia), r.o. 4.12.2, besproken in par. 4.8.5.

797 Zie daarover bijv. Stolker 1988, p. 39 e.v.; Leenen e.a. 2007, p. 189 e.v.; Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* (2009), nr. 418 e.v.; Stolker in Wessels & Verheij 2010, nr. 275; en Onrechtmatige daad VI.3 (Slabbers), aant. 10.

798 Aangenomen wordt dat toestemming achterwege kan blijven in acute noodsituaties. Zie bijv. Stolker in Wessels & Verheij 2010, nr. 279; en Onrechtmatige daad VI.3 (Slabbers), aant. 10.3.1. Zie voorts de uitwerkingen in art. 7:450 lid 2-3 en 7:466 BW.

799 Aldus bijv. HR 23 november 2001, NJ 2002, 387 m.nt. JBMV (N./P.), r.o. 3.5.3.

800 Zie bijv. Stolker 1988, p. 51; Stolker in Wessels & Verheij 2010, nr. 275; en Onrechtmatige daad VI.3 (Slabbers), aant. 10.2.1 (aan het slot).

801 Zie bijv. Stolker 1988, p. 59 (die echter niet te snel wil aannemen dat medische feiten van algemene bekendheid zijn); Giesen 1997, p. 14-15; Leenen e.a. 2007, p. 193; en Onrechtmatige daad VI.3 (Slabbers), aant. 10.2.4.

infectiegevaar dat aan iedere operatie is verbonden.⁸⁰² Beslissend is welke informatie 'een redelijk mens' nodig heeft om zijn toestemming voor de behandeling te geven.⁸⁰³

Ook in de notariële sfeer is sprake van informatieplichten die strekken tot de bevordering van goed geïnformeerd gedrag. Uit art. 43 lid 1 Wet op het notarisambt wordt afgeleid dat de notaris bij het verlijden van een notariële akte niet alleen een *algemene informatieplicht* heeft, inhoudend dat hij partijen wijst op de rechtsgevolgen van ondertekening en onderzoekt of hetgeen in de akte wordt opgenomen overeenstemt met hun werkelijke bedoeling, maar ook een *bijzondere waarschuwingsplicht*, inhoudend dat hij partijen zo nodig waarschuwt voor specifieke, aan de rechtshandeling verbonden risico's.⁸⁰⁴ De eerstbedoelde informatieplicht is algemeen van aard en staat in het teken van de rechtszekerheid.⁸⁰⁵ De gedachte is dat de notaris als openbaar ambtenaar is gehouden tot een zekere mate van 'wilscontrole', om te zorgen dat aan de rechtshandeling geen juridisch gebrek kleeft.⁸⁰⁶ Dienovereenkomstig oordeelde de Hoge Raad bijvoorbeeld dat op de notaris die een akte verlijdt, waarbij namens een partij wordt opgetreden door een vertegenwoordiger, de verplichting rust – op straffe van aansprakelijkheid – zich 'zo volledig en nauwkeurig mogelijk' te vergewissen van diens bevoegdheid.⁸⁰⁷ De tweede informatieplicht, de bijzondere waarschuwingsplicht, is incidenteel van aard en staat in het teken van de individuele rechtsbescherming.⁸⁰⁸ De gedachte is dat de notaris 'beroepshalve gehouden is naar vermogen te voorkomen dat misbruik wordt gemaakt van juridische onkunde en feitelijk overwicht'. Op die grond oordeelde de Hoge Raad in het arrest Groninger huwelijksvoorwaarden dat de notaris niet zonder te waarschuwen had mogen meewerken aan de omzetting van huwelijksvoorwaarden in een algehele gemeenschap van goederen, met het kennelijke doel de vrouw in kwestie te laten opdraaien voor de financiële malaise van haar man.⁸⁰⁹ Men spreekt in dit verband, onder verwijzing naar het Duitse recht, over de *Belehrungspflicht* van de notaris.⁸¹⁰

Beide notariële informatieplichten – de algemene informatieplicht en de bijzondere waarschuwingsplicht – liggen in elkaars verlengde. Desalniettemin

802 Zie Rb. Arnhem 25 juni 1992, *TvG* 1993, 12, p. 50-55, r.o. 4.13. Over een *verhoogd* risico van infecties moet de patiënt wél worden geïnformeerd. Zie bijv. Hof Arnhem 27 juli 1999, *NJ* 2000, 96, r.o. 2.16.

803 Aldus Leenen e.a. 2007, p. 193. Vgl. ook Michiels van Kessenich-Hoogendam 1995, p. 32; en Giesen 1997, p. 36.

804 Zie bijv. Boks 2002, p. 1 e.v.; Van Es 2007, p. 16; en Breedveld-de Voogd 2010, p. 76.

805 Zie bijv. Boks 2002, p. 37; en Breedveld-de Voogd 2010, p. 74.

806 Zie bijv. Boks 2002, p. 53; en Breedveld-de Voogd 2010, p. 75.

807 HR 28 september 1990, *NJ* 1991, 473 m.nt. EAAL onder 474 (Credit Lyonnais), r.o. 3.3.

808 Zie bijv. Boks 2002, p. 85-86, 88; Van Es 2007, p. 21; en Breedveld-de Voogd 2010, p. 76.

809 Zie HR 20 januari 1989, *NJ* 1989, 766 m.nt. EAAL (Groninger huwelijksvoorwaarden), r.o. 3.3.

810 Vgl. de NJ-annotatie van E.A.A. Luijten bij het arrest Groninger huwelijksvoorwaarden, sub 1. Zie voorts bijv. Boks 2002, p. 80-82.

wordt in de literatuur gepleit voor een duidelijk onderscheid.⁸¹¹ De gedachte is dat de algemene informatieplicht neutraler van aard is dan de bijzondere waarschuwingsplicht.⁸¹² Uit hoofde van zijn 'wilscontroleerende' functie zou de notaris slechts gehouden zijn tot het vergaren en verstrekken van objectieve informatie, ter voorkoming van juridische gebreken, terwijl hij uit hoofde van zijn 'rechtsbeschermende' functie tevens gehouden zou zijn de cliënt zo nodig op andere gedachten te brengen, ter voorkoming van misbruik of onevenredige benadeling.⁸¹³ Breedveld-de Voogd betoogt in dit verband dat de notariële waarschuwingsplicht 'voorbij de grenzen van de wilsgebreken' gaat, in die zin dat een notaris bijvoorbeeld óók dient in te grijpen indien hij constateert dat er sprake is van een dwaling die wegens schending van een onderzoeksplicht op grond van art. 6:228 lid 2 BW voor rekening van de dwalende zou moeten blijven (vgl. par. 3.6.11).⁸¹⁴

De situatie in het notariaat is in zekere zin illustratief voor de dienstverlenersaansprakelijkheid in het algemeen. Stonden de informatieplichten van dienstverleners aanvankelijk vooral in het teken van hun 'wilscontroleerende' functie, met nadruk op klassieke leerstukken als dwaling en wilsvertrouwensleer, inmiddels zijn zij dat (pre)contractuele kader min of meer ontstegen (par. 4.8.1). Als sequeel van de algemene 'zorgplicht' van professionele dienstverleners hebben zij zich ontwikkeld tot autonome verplichtingen tot informatievergaring en -verstrekking, die in contractuele, precontractuele én buitencontractuele verhoudingen kunnen dienen als grondslag voor aansprakelijkheid. Dienovereenkomstig wordt tegenwoordig het informatieverzuim van de dienstverlener als een zelfstandige vorm van beroepsaansprakelijkheid beschouwd, naast de klassieke beroepsfouten in eigenlijke zin.⁸¹⁵ Een uitputtende behandeling van de desbetreffende jurisprudentie en literatuur is binnen het bestek van dit onderzoek niet mogelijk. Hieronder wordt de aandacht gericht op de informatieplichten van *financiële dienstverleners*.⁸¹⁶ Deze bieden met het oog op de onderzochte problematiek interessante aanknopingspunten, omdat juist op het terrein van de financiële dienstverlening de spanning tussen zorgplicht en eigen verantwoordelijkheid (momenteel) sterk speelt, terwijl hier bovendien systematische afstemmingsvragen rijzen omtrent de verhouding tussen contractenrecht en aansprakelijkheidsrecht, welke vragen in het onderhavige onderzoek centraal staan (par. 1.2).

811 Zie vooral Boks 2002, p. 35. Zie voorts bijv. Van Es 2007, p. 16; en Breedveld-de Voogd 2010, p. 76.

812 Vgl. Van Es 2007, p. 25.

813 Vgl. Boks 2002, p. 54-55.

814 Breedveld-de Voogd 2010, p. 85.

815 Zie bijv. Giesen 1997, p. 8; en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* (2011), nr. 67. Vgl. ook Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* (2009), nr. 20.

816 Zie voor het navolgende reeds Jansen 2010, p. 623 e.v.

4.8.3 Financiële dienstverleners

Volgens vaste jurisprudentie rust op financiële dienstverleners, zoals banken en beleggingsinstellingen, een *bijzondere zorgplicht*, strekkend tot bescherming van financiële consumenten tegen onverantwoorde financiële risico's. Evenals bij andere dienstverleners vloeit deze zorgplicht voort uit hun maatschappelijke positie, samenhangend met de professionele deskundigheid van financiële dienstverleners (vgl. par. 4.8.1). In de bancaire sfeer overwoog de Hoge Raad bijvoorbeeld 'dat de maatschappelijke functie van [een bank] een bijzondere zorgplicht meebrengt, zowel jegens haar cliënten uit hoofde van de met hen bestaande contractuele verhouding, als ten opzichte van derden met wier belangen zij rekening behoort te houden op grond van hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt'.⁸¹⁷ De reikwijdte van deze zorgplicht is afhankelijk van de omstandigheden van het geval.⁸¹⁸ In dit verband kan mede gewicht toekomen aan de publiekrechtelijke regelgeving op het terrein van de financiële dienstverlening.⁸¹⁹ Met name de in 2007 ingevoerde Wet op het financieel toezicht (Wft) bevat, tezamen met de bijbehorende uitvoeringsregelgeving, belangrijke aanknopingspunten.⁸²⁰

Uit de geciteerde omschrijving blijkt het brede karakter van de onderhavige zorgplicht. Het betreft een norm van ongeschreven privaatrecht, die niet alleen de contractuele relatie van de financiële dienstverlener met zijn cliënten beheerst, maar ook de precontractuele relatie met potentiële cliënten en de delictuele relatie met bepaalde derden. In de jurisprudentie is uit de bijzondere zorgplicht bijvoorbeeld een precontractuele mededelingsplicht in de zin van art. 6:228 lid 1 sub b BW omtrent de risico's van een borgstelling afgeleid,⁸²¹ een precontractuele waarschuwingsplicht uit hoofde van de redelijkheid en billijkheid met betrekking tot het restschuld risico bij effectenlease,⁸²² een (aanvullende) contractuele verplichting uit hoofde van art. 7:401 BW tot het bewaken van de 'margin' bij optietransacties in opdracht van de cliënt,⁸²³ en voorts een delictuele zorgvuldigheidsnorm op grond van art. 6:162 lid 2

817 HR 9 januari 1998, *NJ* 1999, 285 (MeesPierson/Ten Bos c.s.), r.o. 3.6.2.

818 Aldus bijv. HR 9 januari 1998, *NJ* 1999, 285 (MeesPierson/Ten Bos c.s.), r.o. 3.6.2; en HR 24 december 2010, *LJN* BO1799, *NJ* 2011, 251 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (Fortis/Bourgonje c.s.), r.o. 3.4, besproken in par. 4.8.7. Zie voorts bijv. Cherednychenko 2010, p. 70; Jansen 2010, p. 624; en Pijls 2010, p. 169.

819 Zie bijv. Cherednychenko 2010, p. 74; Jansen 2010, p. 625; en Pijls 2010, p. 181. Vgl. echter ook HR 5 juni 2009, *LJN* BH2815, *RvdW* 2009, 683 (De Treek/Dexia), r.o. 4.11.5, waaruit blijkt dat de civielrechtelijke zorgplicht véerder kan reiken dan de publiekrechtelijke regelgeving.

820 Zie voor een korte inventarisatie bijv. Jansen 2010, p. 625-627; en Pijls 2010, p. 183-188. Zie uitgebreider bijv. Grundmann-van de Krol 2010.

821 HR 1 juni 1990, *NJ* 1991, 759 m.nt. CJHB (Van Lanschot/Bink), besproken in par. 3.7.15.

822 HR 5 juni 2009, *LJN* BH2815, *RvdW* 2009, 683 (De Treek/Dexia), besproken in par. 4.8.5.

823 HR 11 juli 2003, *NJ* 2005, 103 m.nt. C.E. du Perron (Van Zuylen/Rabobank), besproken in par. 4.8.4.

BW tot het doen van onderzoek naar de vraag of cliënten zonder wettelijk voorgeschreven vergunning jegens derden optreden als beleggingsadviseur.⁸²⁴ De bijzondere zorgplicht van financiële dienstverleners fungeert dus op de meest uiteenlopende deelgebieden van het verbintenissenrecht, en kan niet (exclusief) tot een bepaald wettelijk kader worden herleid.⁸²⁵

Op het terrein van de optiehandel en de effectenlease heeft de Hoge Raad de bijzondere zorgplicht nader uitgewerkt, door te overwegen dat hier de bank of beleggingsinstelling 'als professionele en op dit terrein bij uitstek deskundig te achten dienstverlener tot een bijzondere zorgplicht [is] gehouden, gelet op de zeer grote risico's die aan dergelijke transacties verbonden kunnen zijn', op grond van 'hetgeen de eisen van redelijkheid en billijkheid, naar de aard van de contractuele verhouding tussen een bank en haar particuliere cliënten, meebrengen'.⁸²⁶ Behalve de professionele deskundigheid van financiële dienstverleners in het algemeen speelt hier dus meer in het bijzonder ook de omvang van de betrokken risico's een rol, alsmede de aard van de (pre)contractuele rechtsverhouding tussen de aanbieders van optietransacties en effectenleaseproducten enerzijds en hun particuliere cliënten anderzijds. Dienovereenkomstig acht de Hoge Raad bij de beoordeling van de omstandigheden van het geval in dit verband van bijzonder belang (i) de 'deskundigheid en relevante ervaringen' van de cliënt, (ii) 'diens inkomens- en vermogenspositie' en (iii) de 'ingewikkeldheid van het beleggingsproduct en de daaraan verbonden risico's'.⁸²⁷ Men herkent hier achtereenvolgens de *aard van de rechtsverhouding*, de *aard van de betrokken belangen* en de *aard van de betrokken informatie* als gezichtspunten voor het aannemen van een informatieplicht (vgl. par. 4.3.4).

Op het terrein van de optiehandel en de effectenlease heeft de Hoge Raad voorts een belangrijke indicatie gegeven van de *reikwijdte* van de bijzondere zorgplicht, door te overwegen dat deze 'naar zijn aard tot strekking heeft de cliënt te beschermen tegen het gevaar van eigen lichtvaardigheid of gebrek aan inzicht'. De Hoge Raad leidt uit deze strekking af dat bij de toepassing van art. 6:101 BW 'fouten van de cliënt die uit die lichtvaardigheid of dat gebrek aan inzicht voortvloeien, in beginsel minder zwaar wegen dan fouten aan de zijde van de Bank waardoor deze in die zorgplicht is tekortgeschoten'.⁸²⁸ Kennelijk ziet de Hoge Raad in de optiehandel en bij effectenlease

824 HR 23 december 2005, *NJ* 2006, 289 m.nt. M.R. Mok (Fortis/Stichting Volendam).

825 Aldus ook de conclusie van A-G Wissink voor HR 24 december 2010, *LJN* BO1799, *NJ* 2011, 251 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (Fortis/Bourgonje c.s.), sub 3.10.

826 Aldus HR 26 juni 1998, *NJ* 1998, 660 m.nt. C.J. van Zeeben (Van de Klundert/Rabobank), r.o. 3.6. Zie in gelijke zin de weergave van 's hofs (in zoverre onderschreven) oordeel in HR 5 juni 2009, *LJN* BH2815, *RvdW* 2009, 683 (De Treek/Dexia), r.o. 4.8.4.

827 Zie HR 11 juli 2003, *NJ* 2005, 103 m.nt. C.E. du Perron (Van Zuylen/Rabobank), r.o. 3.6.3; en HR 5 juni 2009, *LJN* BH2815, *RvdW* 2009, 683 (De Treek/Dexia), r.o. 4.8.4.

828 Aldus bijv. HR 23 mei 1997, *NJ* 1998, 192 m.nt. C.J. van Zeeben (Rabobank/Everaars), r.o. 3.3; en in gelijke zin HR 5 juni 2009, *LJN* BH2815, *RvdW* 2009, 683 (De Treek/Dexia), r.o. 4.16.2.

structureel minder ruimte voor het aannemen van eigen schuld, in die zin dat bij schending door een financiële dienstverlener van zijn bijzondere zorgplicht de financiële consument in beginsel minimaal de helft van zijn geleden schade vergoed krijgt.⁸²⁹ De lagere rechtspraak bevestigt dit beeld van een jurisprudentiële ‘50 procent-regel’.⁸³⁰

4.8.4 Vervolg; optiehandel

De risico's van beleggen in het algemeen komen bijzonder sterk tot uitdrukking bij de handel in opties, rechten tot aan- of verkoop van aandelen tegen een vooraf bepaalde prijs binnen een vaststaande periode. Vooral het ‘schrijven’ van opties, dat wil zeggen het aangaan van de verplichting om de onderliggende aandelen tegen een vaststaande prijs te kopen of verkopen, is bijzonder riskant, omdat het onvoorspelbare verloop van de aandelenkoers kan meebrengen dat de ‘schrijver’ na het uitoefenen van de optie aandelen moet leveren die door een koersstijging veel duurder zijn geworden, respectievelijk aandelen moet afnemen die door een koersdaling nog maar een fractie van de bedongen prijs waard zijn. Om dit – in theorie onbegrensde – risico op te vangen, moeten beleggers in opties een financiële buffer aanhouden, die van dag tot dag op basis van de actuele aandelenkoers wordt berekend. Art. 86 Besluit gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft (Bgfo) stelt de dienstdoende beleggingsinstelling verantwoordelijk voor het toezicht op de naleving van deze ‘marginverplichting’. Zij moet bewaken dat haar cliënten ‘voortdurend over voldoende saldi beschikken’ om aan hun actuele verplichtingen te voldoen (lid 1) en moet zo nodig, indien de beschikbare margin tekortschiet en de cliënt niet in staat blijkt aanvullende zekerheden te stellen, overgaan tot sluiting van de betreffende optieposities (lid 2).

Op het terrein van de optiehandel is dus, bij wijze van uitzondering op het in par. 4.8.2 besproken beginsel van contractsvrijheid, sprake van een wettelijke *weigeringsplicht* in geval van schending van de marginverplichting. De ratio is kennelijk dat in dit verband de integriteit van de optiehandel op het spel staat.⁸³¹ Het laat zich aanzien dat er van deze handel weinig terecht komt, indien niet op enigerlei wijze is gewaarborgd dat beleggers de door hen aangegane verplichtingen ook daadwerkelijk kunnen nakomen. Veelzeggend is dat de marginverplichting vóór de invoering van de betreffende

829 Aldus bijv. Van Boom 2003b, p. 563. Terughoudender is C.E. du Perron in zijn NJ-annotatie bij HR 11 juli 2003, NJ 2005, 103 (Van Zuylen/Rabobank), maar ook hij concludeert dat ‘slechts in uitzonderlijke gevallen’ meer dan 50 procent eigen schuld kan worden aangewend.

830 Zie voor een inventarisatie Nederlof-Wouters van den Oudenweijer & Van der Woude 2009, p. 222-224.

831 Vgl. Cherednychenko 2010, p. 71, die in dit ‘publieke belang’ een rechtvaardiging ziet voor de onderhavige weigeringsplicht.

publiekrechtelijke regelgeving al was opgenomen in de eigen 'spelregels' van de beurs.⁸³² Dat wil niet zeggen dat beleggers daaraan geen civielrechtelijke aanspraken kunnen ontleenen. Volgens vaste jurisprudentie strekt de weigeringsplicht, als uitvloeisel van de bijzondere zorgplicht van financiële dienstverleners, niet alleen tot bescherming van het algemene belang van een integere optiehandel, maar ook tot bescherming van de particuliere vermogensbelangen van beleggers.⁸³³ Meer concreet betekent dit dat een belegger die schade lijdt door (zijn eigen) overschrijding van de margin, de financiële dienstverlener in kwestie aansprakelijk kan stellen wegens schending van diens bijzondere zorgplicht. Dit geldt zelfs voor eigenzinnige beleggers, die welbewust, in de hoop op koerswinst, de margin hebben overschreden.

Illustratief is het arrest Van Zuylen/Rabobank uit 2003. Ondernemer Kouwenberg, de inmiddels overleden echtgenoot van eiseres Van Zuylen, had sinds zijn pensionering grote bedragen belegd in opties en daarbij stelselmatig zijn marginverplichting overschreden. 's hofs oordeel dat van schending van de bancaire zorgplicht geen sprake kon zijn, omdat Kouwenberg voortdurend was geweest op de risico's en zelfs was gewaarschuwd dat zijn gehele vermogen gevaar liep, doch 'moeilijk te overtuigen en vrij eigengereid' was, werd op principiële gronden vernietigd. Na vooropstelling van de bancaire zorgplicht en herhaling van de regel dat deze strekt tot bescherming van beleggers tegen hun eigen onvoorzichtigheid (par. 4.8.3), overwoog de Hoge Raad onomwonden dat 'een bank in beginsel in strijd met die zorgplicht handelt indien zij haar cliënt volgt in diens uitdrukkelijke wens dat, niettegenstaande hij niet voldoet aan de gebruikelijke margeverplichting, uitvoering wordt gegeven aan (een) door hem verstrekte opdracht(en) tot het verkopen (schrijven) van putopties in de hoop dat de beurs wel weer zal aantrekken en zijn verlies beperkt zal blijven'. Eventuele deskundigheid van de cliënt kan in dit verband weliswaar 'van invloed zijn' op de omvang van de zorgplicht, maar 'de enkele bekendheid met de optiehandel in het algemeen en de daaraan verbonden risico's in het bijzonder' is daartoe onvoldoende, aldus de Hoge Raad.⁸³⁴

Gezien de stellige formulering van het arrest wordt in de literatuur aangenomen dat de ruimte voor het maken van een *uitzondering* op de bijzondere zorgplicht inzake het bewaken van de margin zeer beperkt is.⁸³⁵ Het lijkt erop dat de Hoge Raad een min of meer categorisch beschermingsregime heeft willen creëren, erop neerkomend dat een door de beleggingsinstelling gedoog-

832 Zie bijv. art. 31m van het Reglement voor de Handel van de European Options Exchange (EOE), zoals aan de orde in HR 23 mei 1997, *NJ* 1998, 192 m.nt. C.J. van Zeben (Rabobank/Everaars). Vgl. ook Van der Wiel 2010, p. 154, die meent dat deze '(zelf)reguleringsachtergrond' een grote rol speelt.

833 Zie bijv. HR 26 juni 1998, *NJ* 1998, 660 m.nt. C.J. van Zeben (Van de Klundert/Rabobank), r.o. 3.6. Zie voorts bijv. Du Perron 2003, p. 192.

834 HR 11 juli 2003, *NJ* 2005, 103 m.nt. C.E. du Perron (Van Zuylen/Rabobank), r.o. 3.6.4.

835 Zie bijv. Hartlief 2003c, p. 935.

de schending van de marginverplichting praktisch automatisch kwalificeert als schending van de bijzondere zorgplicht, zodat de eigen verantwoordelijkheid van de belegger in dit verband enkel bij de toepassing van art. 6:101 BW tot uitdrukking kan komen, waarbij fouten van de belegger voorts 'in beginsel minder zwaar' wegen dan de door de beleggingsinstelling geschonden zorgplicht (par. 4.8.3).

Ter rechtvaardiging van deze 'paternalistische' benadering wordt in de literatuur veelal gewezen op overwegingen van gedragsnormering.⁸³⁶ De gedachte is dat particuliere beleggers van nature geneigd zijn tot riskant beleggingsgedrag en dat zij derhalve het best kunnen worden beschermd door het aannemen van een categorische weigeringsplicht. Van der Wiel brengt deze gedachte in verband met het gevaarzettingsleerstuk, door verwijzing naar het in par. 4.3.8 besproken Jetblast-arrest.⁸³⁷ De harde eis transacties te weigeren vindt volgens hem 'steun in de gedachte dat voorzorgsmaatregelen effectief dienen te zijn'.⁸³⁸ Hier kan tegenin worden gebracht dat zelfs in het gevaarzettingsleerstuk, waar de idee van slachtofferbescherming traditioneel stevig is verankerd, niet van de laedens wordt gevergd dat deze rekening houdt met volstrekt roekeloos gedrag van de potentiële slachtoffers (par. 4.3.3).⁸³⁹ Bedacht zij dat situaties als aan de orde in het arrest Van Zuylen/Rabobank allicht níet tot een procedure zouden hebben geleid, indien de overschrijding van de margin toevallig positief zou hebben uitgepakt.⁸⁴⁰ Eigenzinnige beleggers als Kouwenberg aanvaardden de risico's van de optiehandel, zo lijkt het, niet zozeer uit onbedachtzaamheid, maar vooral uit winstbejag. Dat plaatst de stelselmatige bescherming van zulke beleggers in een ander daglicht.

4.8.5 Vervolg; effectenlease (Dexia)

Winstbejag van beleggers speelde zeker ook een rol in de bekende effectenlease-affaire, zij het dat de wijze waarop de banken in dit verband dat winstbejag bij hun cliënten hadden gestimuleerd en uitgebuit, vrij algemeen (en naar mijn mening terecht) is veroordeeld. Vanaf het begin van de jaren negentig werden in uitgekende reclamecampagnes uiteenlopende varianten van

836 Zie bijv. Hartlief 2003c, p. 936; Van Boom 2003b, p. 561; en Du Perron 2003, p. 196.

837 HR 28 mei 2004, NJ 2005, 105 m.nt. CJHB (Jetblast).

838 Van der Wiel 2010, p. 154. Vgl. Hartlief 2004a, p. 872, die eveneens toepassing van de Jetblast-norm op het terrein van de bancaire aansprakelijkheid bepleit.

839 Vgl. Pijls 2010, p. 173, die terecht opmerkt dat het niet alleen de optiehandel is waar particulieren nogal eens tekortschieten in voldoende zorg voor hun eigen (vermogens)belangen.

840 Vgl. HR 4 december 2009, LjN BJ7320, NJ 2010, 67 m.nt. M.R. Mok (Nabbe/Staalbankiers), r.o. 3.7, waarin werd geoordeeld dat de bancaire zorgplicht inzake het bewaken van de margin níet strekte tot bescherming van de betrokken belegger, die per saldo een positief beleggingsresultaat had behaald.

complexe effectenlease-producten aangeboden aan een veelal onbemiddeld en ondeskundig publiek. Gemeenschappelijk kenmerk van deze effectenlease-producten was dat het ging om beleggen met geleend geld. Daardoor konden beginnende beleggers met een relatief kleine inleg een relatief grote aandelenportefeuille verwerven, als gevolg waarvan zij echter ook relatief grote risico's liepen. Problematisch was vooral het zogenaamde *restschuldrisico*, dat inhield dat beleggers – afhankelijk van het beursklimaat – na aflossing van het geleende bedrag met een 'restschuld' konden blijven zitten. Uit het beschikbare foldermateriaal kon dit restschuldrisico weliswaar worden afgeleid, maar de banken hadden er niet met zoveel woorden voor gewaarschuwd.⁸⁴¹ Aldus werden vele nietsvermoedende beleggers na de neergang van de beurzen gedupeerd.

In het Dexia-arrest uit 2009 heeft de Hoge Raad deze marketingstrategie van de banken, deels ook in algemene bewoordingen, veroordeeld.⁸⁴² Volgens de Hoge Raad rustte op de aanbieders van effectenlease-producten, gelet op hun maatschappelijke functie en deskundigheid, in hun verhouding met particuliere beleggers een bijzondere zorgplicht, voortvloeiend uit de precontractuele redelijkheid en billijkheid (r.o. 4.8.3). Ten aanzien van het onderhavige 'risicovolle en complexe aflossingsproduct',⁸⁴³ dat in casu aan een 'breed publiek' was aangeboden, bracht deze bijzondere zorgplicht mee dat aanbieder Dexia, voorafgaand aan het sluiten van een overeenkomst met belegger De Treek, gehouden was 'zich adequaat de belangen van De Treek aan te trekken door indringend te waarschuwen voor het aan dit product verbonden specifieke risico van een restschuld' (r.o. 4.10.3). Voorts diende Dexia onderzoek te doen naar de inkomens- en vermogenspositie van De Treek, teneinde te beoordelen of hij 'over voldoende bestedingsruimte beschikte om naar redelijke verwachting aan zijn betalingsverplichtingen uit de overeenkomst te voldoen' (r.o. 4.11.4). Op basis van zulk onderzoek had Dexia De Treek zo nodig zelfs moeten adviseren om 'van de overeenkomst af te zien' (r.o. 4.11.4), welke verplichting slechts hierdoor werd begrensd, dat Dexia niet tegen de uitdrukkelijke wil van De Treek behoefde te weigeren een overeenkomst met hem aan te gaan (r.o. 4.12.2). In casu gaf 's hofs oordeel dat Dexia ten opzichte van De Treek was tekortgeschoten in de nakoming van haar bijzondere zorgplicht, geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting (r.o. 4.10.1 e.v. en 4.11.1 e.v.).

Kort gezegd behelst de bijzondere zorgplicht op het terrein van de effectenlease dus enerzijds een *waarschuwingsplicht* omtrent het restschuldrisico en

841 De betreffende brochures zijn beschikbaar via <www.platformaandelenlease.nl>.

842 Zie HR 5 juni 2009, L/JN BH2815, RvdW 2009, 683 (De Treek/Dexia), r.o. 5.1-5.7, waar de Hoge Raad een 'Algemene beschouwing' formuleert. Zie ook HR 29 april 2011, L/JN BP4012, RvdW 2011, 563 (Van der Heijden/Dexia), r.o. 4.3.5, waar de Hoge Raad zijn oordeel in verkorte vorm herhaalt.

843 Een 'aflossingsproduct' verplicht de belegger tot een periodieke aflossing van zijn lening gedurende de looptijd van het contract, hetgeen de kans op een restschuld verkleint maar niet elimineert (vgl. r.o. 4.3.2).

anderzijds een *onderzoeks- en adviseringsplicht* omtrent de inkomens- en vermogenspositie van beleggers (r.o. 5.2.1).⁸⁴⁴ Volgens de Hoge Raad strekt de waarschuwingsplicht ertoe de belegger 'te informeren over en te waarschuwen tegen het lichtvaardig op zich nemen van onnodige risico's of van risico's die hij redelijkerwijze niet kan dragen' (r.o. 5.2.1). Evenals de onderzoeks- en adviseringsplicht staat deze waarschuwingsplicht dus (mede) in het teken van het bewaken van de bestedingsruimte van de belegger, een doelstelling die op het terrein van de optiehandel heeft geleid tot de ontwikkeling van een min of meer categorische verplichting tot het sluiten van optieposities bij gebrek aan voldoende margin (par. 4.8.4). Op het terrein van de effectenlease wil de Hoge Raad, 'behoudens bijzondere omstandigheden' (r.o. 5.2.1), zo ver niet gaan, omdat een precontractuele weigeringsplicht hier 'geen recht [zou] doen aan het beginsel van de contractsvrijheid' (r.o. 4.12.2). Wel aanvaardt hij, evenals op het terrein van de optiehandel, een bijzondere eigen schuld-regel ter bescherming van particuliere beleggers, inhoudend dat 'fouten van de afnemer die uit lichtvaardigheid of gebrek aan inzicht voortvloeien in beginsel minder zwaar wegen dan fouten aan de zijde van de aanbieder waardoor deze in de zorgplicht is tekortgeschoten' (r.o. 5.6.2).

De uitkomst van het arrest, die in grote lijnen overeenstemt met hetgeen de meeste feitenrechtters op het terrein van de effectenlease reeds hadden beslist,⁸⁴⁵ is overwegend positief ontvangen. Wel wijzen verschillende auteurs op een systematische inconsistentie, gelegen in het feit dat ondanks de schending door Dexia van haar precontractuele waarschuwingsplicht omtrent het restschuldrisico het beroep van De Treek op dwaling wegens schending van een mededelingsplicht in de zin van art. 6:228 lid 1 sub b BW werd verworpen.⁸⁴⁶ De Hoge Raad beargumenteert deze verworping, in navolging van het hof, door te overwegen dat door Dexia aan De Treek 'op essentiële punten voldoende duidelijke inlichtingen waren verschaft om een eventuele onjuiste voorstelling omtrent de aan de overeenkomst verbonden risico's, waaronder het restschuldrisico, redelijkerwijze te voorkomen' (r.o. 4.4.5). Daarmee rijst echter de vraag waarom Dexia De Treek niettemin had moeten *waarschuwen* voor dit restschuldrisico, dat blijkbaar genoegzaam bekend was. Het antwoord van de Hoge Raad luidt dat de bijzondere zorgplicht in zoverre 'verder reikt' dan de algemene mededelingsplicht bij dwaling (r.o. 4.4.5).⁸⁴⁷ Dat lijkt echter meer een *petitio principii* dan een werkelijke argumentatie. Voor zover de Hoge Raad doelt op de strekking van de bijzondere zorgplicht tot bescherming van

844 Aldus ook de verkorte weergave van het arrest in HR 29 april 2011, LjN BP4012, RvdW 2011, 563 (Van der Heijden/Dexia), r.o. 4.3.5.

845 Vgl. Van Dijk & Van der Woude 2009, p. 84-87; en Van Boom & Lindenberg 2010, p. 193.

846 Zie bijv. Van Baalen 2009, p. 301-303; Van Boom 2009, p. 238-239; Pijls 2009a, p. 256-257; Tjong Tjin Tai & Verstijlen 2009, p. 2168; en Valk 2009b, p. 237. Zie daarentegen *instemmend* bijv. Schild 2009, p. 939-940; Hartkamp 2010b, p. 386; en Du Perron 2010, p. 63.

847 Zie ook r.o. 4.10.3, alsmede de conclusie van plv. P-G De Vries Lentsch-Kostense, sub 4.7 en 10.11, die met dezelfde formulering volstaat.

beleggers tegen 'het gevaar van eigen lichtvaardigheid of gebrek aan inzicht' (par. 4.8.3), kan deze argumentatie in elk geval niet overtuigen, aangezien óók de mededelingsplicht bij dwaling volgens vaste jurisprudentie 'strekt ter bescherming van een onvoorzichtige contractuele wederpartij tegen de nadelige gevolgen van dwaling'.⁸⁴⁸ Wissink zoekt de verklaring – op een (wets)technisch niveau – in het causaliteitsvereiste van art. 6:228 BW (par. 3.5.5), waaruit hij afleidt dat de mededelingsplicht bij dwaling geen betrekking kan hebben op informatie die bij de dwalende reeds bekend was.⁸⁴⁹ Dat verklaart echter nog niet waarom voor de waarschuwingsplicht iets anders zou moeten gelden (vgl. par. 2.3.2). Onduidelijk blijft, met andere woorden, waarom Dexia naar maatstaven van precontractuele redelijkheid en billijkheid wél voldoende duidelijke inlichtingen had verschaft omtrent het restschuldrisico, maar naar diezelfde maatstaven van precontractuele redelijkheid en billijkheid níet voldoende voor dat restschuldrisico had gewaarschuwd.

De meest waarschijnlijke verklaring is dat de Hoge Raad zich 'pour besoin de la cause' heeft willen beperken tot de bijzondere zorgplicht als grondslag voor aansprakelijkheid, kennelijk omdat deze grondslag hem in combinatie met art. 6:101 BW de gewenste mogelijkheden tot nuancering bood.⁸⁵⁰ Tegen deze achtergrond concluderen sommige auteurs, met name in de sfeer van het effectenrecht, dat de dwaling in dit verband als remedie min of meer heeft afgedaan. Illustratief is het volgende betoog van Pijls:

'Ik verwacht dat in de toekomst bij het oplossen van beleggingschillen (...) in toenemende mate naar het instrument van de zorgplicht zal worden gegrepen. Een klassieke remedie als dwaling zal qua belang inboeten. De reden hiervoor is dat het dwalingleerstuk van oorsprong bedoeld is om wilsgebreken in de precontractuele fase bij de aankoop van eenvoudige roerende zaken (via een vernietigings-sanctie) te redresseren. Dat maakt dit leerstuk naar zijn aard minder geschikt om complexe beleggingsgeschillen (voortkomend uit de aankoop van steeds complexer wordende beleggingsproducten) – waarbij niet zelden beide partijen een gebrek aan zorgvuldigheid kan worden verweten – te beslechten. Voor dergelijke geschillen moet het privaatrecht voorzien in een flexibel instrument dat in staat is om in casusposities van telkens uiteenlopende aard wederzijdse schendingen van informatie- [en] onderzoeksplichten te sanctioneren. De zorgplicht lijkt aan deze eis te kunnen [voldoen]. In de eerste plaats omdat de zorgplicht vanwege haar open en flexibele karakter het mogelijk maakt om in ieder concreet geval een passende oplossing toegespitst op de specifieke omstandigheden van het geval te formuleren. Men zit niet vast aan het keurslijf van (de afweging van) wederzijdse onderzoeken en mededelingsplichten uit het dwalingsleerstuk. In de tweede plaats omdat de

848 HR 19 januari 2007, *LJN* AZ6541, *NJ* 2007, 63 (Kranendonk en De Vries/A.), r.o. 3.5, geciteerd in par. 3.6.16. Vgl. ook par. 3.6.5, over de inhoud van de mededelingsplicht.

849 Zie de conclusie van A-G Wissink voor HR 24 december 2010, *LJN* BO1799, *NJ* 2011, 251 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (Fortis/Bourgonje c.s.), sub 3.38.2.

850 Zie bijv. Van Boom 2009, p. 238-239; Tjong Tjin Tai & Verstijlen 2009, p. 2168; Valk 2009b, p. 237; en Van Boom & Lindenberg 2010, p. 193.

zorgplicht een geschikt instrument is om in geval van tekortschieten in zorg door zowel de financiële onderneming (jegens de belegger) als de belegger (voor zijn eigen vermogensbelangen), de schade over beide partijen te verdelen.⁸⁵¹

De vraag rijst of hier geen vertekend beeld wordt geschetst van ‘een klassieke remedie als dwaling’. De laconieke verwijzing naar ‘de aankoop van eenvoudige roerende zaken’ voorspelt weinig goeds. Een vergelijkbare vertekening doet zich voor in het Dexia-arrest. De Hoge Raad presenteert hier de bijzondere zorgplicht van de aanbieders van effectenlease-producten zo nadrukkelijk, dat hij het ‘klassieke’ dwalingsleerstuk en zijn eigen verfijnde jurisprudentie daaromtrent tekort doet. Dat de dwaling geen ‘passende oplossing’ zou bieden voor ‘complexe beleggingsgeschillen’ staat nog te bezien. De achterliggende gedachte is kennelijk dat vernietiging van de betrokken effectenlease-overeenkomsten moet worden voorkomen, maar onduidelijk is waarom. Van Baalen signaleert terecht een ‘potentieel wilsgebrek bij uitstek’.⁸⁵² Een deel van de effectenlease-geschillen is reeds efficiënt afgewikkeld door vernietiging op de voet van art. 1:89 BW,⁸⁵³ zodat de angst voor het ‘keurslijf’ van de vernietigingssanctie koudwatervrees lijkt. Bovendien biedt ook het dwalingsleerstuk volwaardige mogelijkheden om de schade – zo nodig ambtshalve – over de betrokken partijen te verdelen.⁸⁵⁴

Belangrijker dan deze (wets)systematische overwegingen is een principiële tegenwerping. De gedachte dat de bijzondere zorgplicht van financiële dienstverleners ruimte biedt voor de gewenste nuancering is mijns inziens misleidend. In werkelijkheid heeft de toepassing van deze algemeen geformuleerde zorgplicht juist een *consoliderend* effect.⁸⁵⁵ Zij behelst een onmiskenbaar preadvies aan de (feiten)rechter, namelijk dat de eigen verantwoordelijkheid van de financiële consument hier in beginsel minder zwaar weegt (vgl. par. 4.8.3). Niet voor niets wordt in de literatuur gezegd dat de gelding van een bijzondere zorgplicht meebrengt dat de aangesprokene reeds op voorhand met 1-0 achterstaat.⁸⁵⁶ Een zo categorische wijze van bescherming, zelfs waar het (zeer) eigengereide beleggers betreft, is mijns inziens niet in overeenstemming met

851 Pijls 2010, p. 188-189.

852 Van Baalen 2009, p. 302.

853 In deze gevallen ontbrak de krachtens art. 1:88 lid 1 sub d BW (inzake koop op afbetaling) vereiste echtelijke toestemming. Vgl. HR 28 maart 2008, *LJN* BC2837, *NJ* 2009, 578 m.nt. Jac. Hijma (Dexia/Van Tuijl c.s.).

854 Zie bijv. Van Boom 2009, p. 239; Valk 2009b, p. 237; Tjong Tjin Tai & Verstijlen 2009, p. 2168; Van Boom & Lindenberg 2010, p. 195, welke auteurs wijzen op art. 3:41-42, 6:230, 6:248 lid 2 en 6:278 BW. Vgl. ook de NJ-annotatie van Jac. Hijma bij HR 28 maart 2008, *LJN* BC2837, *NJ* 2009, 578 (Dexia/Van Tuijl c.s.), sub 13.

855 Vgl. Pijls 2010, p. 175 e.v., die signaleert dat de bijzondere zorgplicht van financiële dienstverleners steeds verder is veralgemeniseerd. Aldus ook Hartlief 2003c, p. 936-937.

856 Vgl. Huizink 2010, p. 5, die zelfs (zonder toelichting op de puntentelling) een uitslag van ‘twee-nul’ noteert.

de open, contextgebonden benadering uit het zorgvuldigheidsleerstuk (par. 4.2.10). In de volgende paragraaf werk ik dat nader uit.

4.8.6 Vervolg; zorgplicht vs. eigen verantwoordelijkheid

Uit de behandeling van de jurisprudentie op het terrein van de optiehandel en de effectenlease kan worden geconcludeerd dat de bijzondere zorgplicht van financiële dienstverleners tot op zekere hoogte paternalistische trekken vertoont.⁸⁵⁷ Zonneklaar is dat vooral op het terrein van de optiehandel (par. 4.8.4), waar volgens de opvattingen in de literatuur de kennis en deskundigheid van de particuliere belegger feitelijk niet meer 'meetellen' bij de invulling van de bancaire verplichting tot het bewaken van de margin.⁸⁵⁸ In het Dexia-arrest toont de Hoge Raad zich wat dit betreft terughoudender, door uitdrukkelijk te overwegen dat de aanbieders van effectenlease-producten op grond van hun bijzondere zorgplicht in beginsel geen cliënten behoeven te weigeren (par. 4.8.5).⁸⁵⁹ Niettemin wordt ook hier de eigen verantwoordelijkheid van de financiële consument duidelijk ondergeschikt gemaakt aan de bijzondere zorgplicht van de financiële dienstverlener. Het is niet gering om van een ondernemer te vergen dat hij zijn cliënten zo nodig adviseert 'van de overeenkomst af te zien'.

Ook de waarschuwingsplicht omtrent het restschuldrisico levert, hoewel in theorie bedoeld ter bevordering van de individuele autonomie,⁸⁶⁰ in de praktijk een vergaande beperking op van de eigen verantwoordelijkheid van beleggers. Met name wanneer men, zoals 't Hart en Du Perron, uitgaat van een 'plicht om effectief te waarschuwen', tegen de achtergrond van het in par. 4.3.8 besproken Jetblast-arrest,⁸⁶¹ wordt gelet op de onverbeterlijke lichtvaardigheid van veel beleggers de scheidslijn tussen waarschuwingsplicht en weigeringsplicht in feite flinterdun.⁸⁶² Illustratief is een recent arrest van het Hof Amsterdam, waarin het effectenleaseproduct van de firma Defam centraal stond. In de betreffende brochure stond vermeld:

'Na beëindiging van de lease zal de verkoopopbrengst van de aandelen worden aangewend om het krediet in te lossen. Het restant zal dan aan u worden overgemaakt. Een eventueel tekort zal door u dienen te worden aangezuiverd.'

857 Vgl. Nieuwenhuis 2009, p. 2256-2257.

858 Aldus bijv. Giesen 2004, p. 38.

859 Vgl. Breedveld-de Voogd 2010, p. 73, die meent dat de Hoge Raad 'ten opzichte van de optiehandelarresten een aangepaste koers is gaan varen.'

860 Vgl. Nieuwenhuis 2009, p. 2257.

861 HR 28 mei 2004, NJ 2005, 105 m.nt. CJHB (Jetblast).

862 Zie 't Hart & Du Perron 2006, p. 58. Vgl. ook Van der Wiel 2010, p. 154; en Hartlief 2004a, p. 872.

Het hof las hierin 'geen uitdrukkelijke waarschuwing in niet mis te verstane bewoordingen' voor het risico van een restschuld.⁸⁶³ Wel nam het hof 40 procent eigen schuld van de belegger aan, omdat uit de brochure 'voldoende duidelijk kenbaar' was 'dat het geleende bedrag moest worden terugbetaald, ongeacht de waarde van de aandelen op het tijdstip van verkoop daarvan' (r.o. 3.20). De indruk lijkt gerechtvaardigd dat het aanbieden van een effectenleaseproduct als zodanig reeds kwalificeert als schending van de bijzondere zorgplicht, en dat de eigen verantwoordelijkheid van de financiële consument hier enkel *achteraf* kan worden verdisconteerd, in het kader van de eigen schuld (art. 6:101 BW). In par. 4.8.4 werd een vergelijkbare conclusie getrokken op het terrein van de optiehandel.

De paternalistische bescherming van de financiële consument is niet door alle auteurs kritiekloos aanvaard. Nieuwenhuis toont zich in zijn Leidse afscheidsrede een fel tegenstander. Banken zijn 'geen alwetende vaders die ter verantwoording moeten worden geroepen als zij tekortschieten in hun plicht om hun onervaren kinderen (de cliënten) tegen zichzelf te beschermen', aldus Nieuwenhuis.⁸⁶⁴ Ook Hartlief meent dat de bijzondere zorgplicht te ver doorschiet, indien de financiële dienstverlener beleggers 'op vergaande wijze *tegen zichzelf* moet beschermen (...) op terreinen waar risico's *onvermijdelijk* zijn'.⁸⁶⁵ Dienovereenkomstig betogen Knigge en Bakker dat de bancaire zorgplicht haar grens zou moeten vinden 'daar waar de bank goede grond heeft erop te vertrouwen dat de klant (...) reeds voldoende inzicht had in de risico's waaraan zij zich blootstelde'.⁸⁶⁶

Beziet men deze kritiek tegen de achtergrond van het gevaarzettingsleerstuk, dan is het niet zozeer de bijzondere zorgplicht van financiële dienstverleners die vanuit een algemeen civielrechtelijk perspectief verbazing wekt (vgl. par. 4.4.5), en evenmin de gedachte dat die zorgplicht strekt tot bescherming van beleggers tegen hun eigen onvoorzichtigheid (vgl. par. 4.3.3), maar vooral de *categorische wijze* waarop de Hoge Raad die bijzondere zorgplicht op het terrein van de optiehandel en de effectenlease heeft toegepast. In het Dexia-arrest overweegt de Hoge Raad met zoveel woorden, en in strijd met zijn eerdere vooropstelling in r.o. 4.8.4, dat de waarschuwingsplicht omtrent het restschuldrisico en de onderzoeks- en adviseringsplicht omtrent de inkomens- en vermogenspositie van beleggers 'niet afhankelijk [zijn] van de bijzondere omstandigheden van de individuele particuliere afnemer' (r.o. 5.2.1).⁸⁶⁷ Met het oog op een 'praktische, efficiënte en zo mogelijk uniforme beoordeling van de grote aantallen geschillen omtrent andere effectenlease-overeenkomsten'

863 Hof Amsterdam 12 april 2011, *LJN* BQ2973, r.o. 3.10.

864 Nieuwenhuis 2009, p. 2257.

865 Hartlief 2003c, p. 937.

866 Knigge & Bakker 2011, p. 54.

867 HR 5 juni 2009, *LJN* BH2815, *RvdW* 2009, 683 (De Treek/Dexia). De overweging is herhaald in HR 29 april 2011, *LJN* BP4012, *RvdW* 2011, 563 (Van der Heijden/Dexia), r.o. 4.3.5.

(r.o. 4.1) is dat natuurlijk een aantrekkelijk uitgangspunt,⁸⁶⁸ maar vanuit een algemeen civielrechtelijk perspectief is een dergelijke absolute zorgplicht, losgekoppeld van zijn concrete context, problematisch (vgl. par. 4.2.10).

Een soortgelijk bezwaar geldt de '50 procent-regel' die de Hoge Raad in het kader van art. 6:101 BW heeft afgeleid uit de zorgplicht van financiële dienstverleners (par. 4.8.3). In het algemene aansprakelijkheidsrecht is een vergelijkbare regel slechts bekend op het terrein van de verkeersaansprakelijkheid, waar deze wordt gerechtvaardigd door de bijzonder kwetsbare positie van ongemotoriseerde verkeersdeelnemers.⁸⁶⁹ Het valt niet goed in te zien waarom uitgerekend teleurgestelde beleggers een vergelijkbaar categorisch beschermingsregime verdienen.⁸⁷⁰ Op het terrein van de gevaarstelling, waar het nota bene gaat om letsel- en zaakschade in plaats van zuivere vermogensschade, ontbreekt een vergelijkbare regel ten enenmale. Weliswaar wordt de billijkheidscorrectie van art. 6:101 BW bij de schending van veiligheidsnormen en bijzondere zorgplichten vaak ruimhartig toegepast,⁸⁷¹ maar niets belet de feitenrechter in dit verband om de geleden schade, in het licht van de omstandigheden van het geval, grotendeels of zelfs volledig voor rekening van het slachtoffer te laten.

Al met al lijkt het mij van belang dat de bijzondere zorgplicht van financiële dienstverleners van geval tot geval wordt ingevuld, rekening houdend met de algehele *context* van de rechtsverhouding tussen de financiële dienstverlener en zijn cliënt.⁸⁷² Daarbij is één omstandigheid mijns inziens van bijzondere, en tot op heden vaak onderschatte betekenis. De 'lichtvaardigheid' van beleggers die hier zo categorisch door de Hoge Raad wordt beschermd, staat niet – althans zeker niet in alle gevallen – op één lijn met de alledaagse onvoorzichtigheid die bijvoorbeeld in het gevaarstellingsleerstuk tot fatale gevolgen leidt. Waar die onvoorzichtigheid hoogstens voortvloeit uit onwetendheid, gemakzucht of onverschilligheid, berust de lichtvaardigheid van beleggers in veel gevallen op een berekenende vorm van *winstbejag* (vgl. par. 4.8.4). Van Boom acht zulke verwijzingen naar het 'onderbuik-gevoel dat die gretige beleggers op hun blaren moeten zitten' blijkbaar minder relevant,⁸⁷³ maar naar mijn mening is de omstandigheid dat sommige beleggers welbewust en uit volle overtuiging risico's nemen die redelijkerwijs onverantwoord maar ook potentieel zeer lucratief zijn, bij uitstek een valide argument ter afbakening van de bijzondere zorgplicht. Zelfs Du Perron, die naar eigen zeggen geen bezwaar

868 Vgl. Schonewille 2011, p. 14, die 'de algemene uitwerking van de bijzondere zorgplicht' van groot belang acht voor collectieve acties in de zin van art. 3:305a BW.

869 Zie bijv. HR 2 juni 1995, NJ 1997, 700 m.nt. CJHB onder 702 (Marloes de Vos).

870 Aldus ook Nieuwenhuis 2009, p. 2260-2263.

871 Zie Schadevergoeding (Boonekamp), art. 101, aant. 17.4. Vgl. ook Tjong Tjin Tai 2006, p. 9-10.

872 Zie in gelijke zin bijv. Van Praag 2011, p. 103, die pleit voor een 'persoonsgerichte invulling' van de bancaire zorgplicht, meer in het bijzonder m.b.t. bejaarde beleggers, die volgens hem een bijzondere bescherming behoeven.

873 Vgl. Van Boom 2003b, p. 560.

heeft tegen bevoogding van beleggers, omdat mensen nu eenmaal 'doorgaans niet geheel rationeel handelen',⁸⁷⁴ komt uiteindelijk tot de slotsom:

'Wie weloverwogen een beleggingsrisico neemt, moet de gevolgen daarvan zelf dragen. (...) De autonomie van de cliënt staat bij de zorgplicht voorop.'⁸⁷⁵

Het lijkt erop dat de Hoge Raad oog heeft voor het hier bedoelde gezichtspunt, getuige het nu te bespreken arrest Fortis/Bourgonje c.s. uit 2010.⁸⁷⁶

4.8.7 Vervolg; Fortis/Bourgonje c.s.

Het ging in dit arrest om Bourgonje, een zeer vermogende belegger, die met (de rechtsvoorganger van) Fortis een overeenkomst van vermogensbeheer had afgesloten. Bourgonje beschikte onder meer over een groot pakket aandelen in het ICT-bedrijf Predictive, welke aandelen hij te zijner tijd in het door de bank beheerde vermogen wilde onderbrengen. Nog voordat het zover was, is (medio 2000) de koers van de aandelen sterk gedaald. Bourgonje vordert schadevergoeding van de bank, daartoe stellende dat de op haar als vermogensbeheerder rustende zorgplicht meebracht dat zij hem indringend had moeten adviseren de aandelen na afloop van de zogenaamde 'lock-up-periode' zo snel mogelijk te verkopen, teneinde het in casu geleden beleggingsverlies te voorkomen.

Bijzonderheid was dat Bourgonje nauwe banden met Predictive had en dat hij uit dien hoofde in de richting van Fortis voortdurend uiting had gegeven aan zijn vertrouwen in de aandelen, ook toen hem duidelijk was geworden dat de koers daarvan een aanzienlijke daling bleef vertonen. Bourgonje had zelfs 'herhaaldelijk verklaard dat hij als insider kennis droeg van ontwikkelingen binnen het bedrijf die de koersdalingen zouden ombuigen'.⁸⁷⁷ Het hof zag hierin echter geen beletsel voor (gedeeltelijke) toewijzing van de vordering.⁸⁷⁸

In cassatie klaagt Fortis met succes over de onbegrijpelijkheid van dit oordeel. De Hoge Raad stelt in r.o. 3.4 voorop dat op financiële dienstverleners als Fortis een bijzondere zorgplicht rust, die kan resulteren in de gelding van een waarschuwingsplicht omtrent financiële risico's (vgl. par. 4.8.3). Deze

⁸⁷⁴ Du Perron 2003, p. 196.

⁸⁷⁵ Du Perron 2003, p. 197.

⁸⁷⁶ HR 24 december 2010, *LJN* BO1799, *NJ* 2011, 251 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (Fortis/Bourgonje c.s.).

⁸⁷⁷ Aldus de weergave van 's hofs arrest door de Hoge Raad in r.o. 3.2.3 sub (c).

⁸⁷⁸ Het hof koos voor proportionele aansprakelijkheid van Fortis voor 50 procent van de geleden schade. Zie over deze causaliteitsproblematiek r.o. 3.7-3.8 van het arrest. Vgl. ook reeds HR 31 maart 2006, *LJN* AU6092, *NJ* 2011, 250 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (Nefalit/Erven Karamus), r.o. 3.13.

zorgplicht strekt volgens de Hoge Raad mede tot bescherming van eigenzinnige beleggers als Bourgonje (vgl. par. 4.8.4). Het college benadrukt echter ook het contextgebonden karakter van de onderhavige zorgplicht, door te overwegen dat bij de invulling daarvan moet worden gelet op 'de mate van deskundigheid en de relevante ervaring van de cliënt':

'Op Fortis, als op het punt van vermogensbeheer bij uitstek professionele en deskundige partij, rustte naar de aard van de tussen partijen gesloten beheerovereenkomst een bijzondere, op de eisen van redelijkheid en billijkheid gebaseerde, zorgplicht. Deze kon meebrengen dat Fortis als vermogensbeheerder was gehouden haar cliënt Bourgonje uitdrukkelijk en in niet voor misverstand vatbare bewoordingen te waarschuwen voor de door deze met betrekking tot de samenstelling van zijn portefeuille genomen risico's. De omstandigheden dat de cliënt eigenzinnig is en persoonlijk betrokken is bij, en zich verbonden voelt met, de onderneming waarin een naar objectieve maatstaven onwenselijk groot gedeelte van zijn vermogen is belegd, maken dit op zichzelf niet anders. Deze zorgplicht strekt immers nu juist mede ertoe de cliënt te beschermen tegen de gevaren die zijn verbonden aan eigenzinnigheid, gevoelens van emotionele verbondenheid met de desbetreffende onderneming, en gebrek aan inzicht. Bij de beantwoording van de vragen of deze waarschuwingsplicht in een concreet geval daadwerkelijk bestaat, en hoever zij strekt, dienen echter alle terzake doende omstandigheden van het geval te worden meegewogen. Tot die omstandigheden behoren niet alleen de zojuist genoemde, maar ook de mate van deskundigheid en de relevante ervaring van de cliënt.'

Tegen deze achtergrond constateert de Hoge Raad een motiveringsgebrek. Aangenomen dat, zoals door Fortis was betoogd, Bourgonje een ervaren ondernemer en belegger in de ICT-sector was, die beter dan Fortis zelf op de hoogte was van de voor de waarde van de betrokken aandelen relevante omstandigheid, en dat hij over 'insiderkennis' beschikte met betrekking tot de onderneming Predictive, was 's hofs oordeel dat hij desondanks door Fortis moest worden gewaarschuwd, onvoldoende gemotiveerd. 'Deze omstandigheden, indien juist, zijn van belang voor de beoordeling van het bestaan en de omvang van de door het hof aangenomen waarschuwingsplicht', aldus de Hoge Raad in r.o. 3.5. A-G Wissink zat in zijn conclusie op dezelfde lijn (sub 3.33).

Annotator Pijls concludeert instemmend dat van een ervaren belegger als Bourgonje mag worden verwacht 'dat hij doorziet dat hij door het aanhouden van een groot aandelen pakket aanzienlijke beleggingsrisico's loopt'.⁸⁷⁹ Gelet op de beweerde 'insiderkennis' van Bourgonje betrof het hier inderdaad een nogal sterk sprekende casus, waarin de rolverdeling tussen de financiële dienstverlener en de cliënt min of meer was omgedraaid. Zelf zie ik, los van deze concrete casus, een bredere betekenis weggelegd voor de eigen verant-

879 A.C.W. Pijls, *JOR* 2011, 54, sub 5.

woordelijkheid van de financiële consument (par. 4.8.6). Ik zou menen dat meer in het algemeen het natuurlijke *winstbejag* van beleggers, ook voor zover dat niet gepaard gaat met een bijzondere mate van 'insiderkennis', een rol moet kunnen spelen bij de invulling en afbakening van de bijzondere zorgplicht van financiële dienstverleners, al was het maar om chicaneuze verweren te vermijden van beleggers die zich na tegenvallende financiële resultaten 'achteraf als meer onwetend voordoen dan zij zijn'.⁸⁸⁰

Het voorgaande is niet bedoeld als een pleidooi tegen beleggersbescherming. Mijn betoog richt zich tegen een *categorische* bescherming van beleggers, die zich onttrekt aan de systematiek van het gemene privaatrecht. Reeds in 1995 betoogde Vranken ten aanzien van gespecialiseerde disciplines als het bank- en effectenrecht dat het van belang is 'dat de navelstreng van deze disciplines met hun 'moeders' niet wordt doorgeknipt'.⁸⁸¹ Tegen die achtergrond moet mijns inziens de bijzondere zorgplicht van financiële dienstverleners, op vergelijkbare wijze als de zorgvuldigheidsnormen uit het onrechtmatige daadsleerstuk (par. 4.2.10), 'in haar context' worden beschouwd, met inachtneming van de concrete eigenschappen van de betrokken partijen. Het bijzondere karakter van deze zorgplicht moet derhalve niet worden gezocht in een bijzondere, stelselmatige vorm van beleggersbescherming,⁸⁸² maar veeleer in de verwevenheid van deze zorgplicht met de bijzondere omstandigheden van het geval.⁸⁸³ Voorkomen moet worden dat de bijzondere zorgplicht zich ontwikkelt tot een 'buitenissige' zorgplicht die, bij gebrek aan aandacht voor de eigen verantwoordelijkheid van de financiële consument, niet langer verenigbaar is met de systematiek van het gemene privaatrecht.

4.8.8 Afronding

De zorgplicht van financiële dienstverleners vormt een krachtige illustratie van de gedachte dat gelaedeerden tot op zekere hoogte tegen hun eigen onoplettendheid moeten worden beschermd, een gedachte die als een rode draad door het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht loopt. Tegelijkertijd herinnert deze *vérgaande* zorgplicht aan het uitgangspunt dat in par. 4.1.2 werd vooropgesteld, namelijk dat ieder in beginsel zijn eigen schade draagt, resulterend in een verantwoordelijkheid van elke deelnemer aan het maatschappelijk verkeer om bedacht te zijn op voorzienbare risico's (par. 4.3.12). Dezelfde idee van eigen verantwoordelijkheid kwam tot uitdrukking in hoofd-

880 Hiervoor vrezén Van Dijk & Van der Woude 2009, p. 91.

881 Asser/Vranken** (1995), nr. 192.

882 Vgl. in die zin bijv. Cherednychenko 2010, p. 66; Van der Wiel 2010, p. 151; en de NJ-annotatie van T.F.E. Tjong Tjin Tai bij het arrest Fortis/Bourgonje c.s., sub 2.

883 Vgl. par. 4.8.2, waar bleek dat de notariële waarschuwingsplicht tegen deze achtergrond als 'incidenteel' kan worden aangeduid (zie bijv. Boks 2002, p. 88; en Van Es 2007, p. 77).

stuk 3, bij de behandeling van het contractenrecht (par. 3.1.2). Hiermee rijst de vraag hoe de beide rechtsgebieden zich tot elkaar verhouden en hoe de onderhavige spanning tussen altruïsme en zelfredzaamheid vanuit een breder perspectief moet worden gezien. Daaraan is het volgende hoofdstuk gewijd.

