

Wat niet weet, wat niet deert?

Over de invloed van de kennis van de laedens op het onrechtmatigheidsoordeel in gevaarzettingsituaties

Mr. K.J.O. Jansen*

1. Inleiding

Onlangs verscheen een principieel arrest van de Hoge Raad over de aansprakelijkheid van een werkgever voor de gevolgen van een asbestziekte van zijn werknemer.¹ Afgezien van de concrete betekenis van dit arrest voor de asbestproblematiek, werpt de uitspraak ook nieuw licht op een belangrijk algemeen thema van aansprakelijkheidsrecht. Ik doel op de kennis van de laedens als vereiste voor aansprakelijkheid. In de nu volgende bijdrage wil ik aandacht besteden aan dat klassieke, maar onverminderd actuele thema.

Eerst iets meer over het bedoelde arrest. Het ging in de desbetreffende procedure om werknemer Heesbeen die gedurende twee jaren, van december 1965 tot en met december 1967, als monteur had gewerkt voor Van Buuren, fabrikant van airconditioning- en cv-apparaat. Dertig jaren later, in september 1997, werd bij Heesbeen de asbestziekte mesotheliom geconstateerd. Hierop stelde hij zijn voormalige werkgever aansprakelijk op grond van art. 7:658 BW. Ter onderbouwing van zijn vordering voerde Heesbeen aan dat hij tijdens zijn dienstverband – meer in het bijzonder: in het kader van het wegbreken van oude centraleverwarmingsleidingen bij klanten van zijn werkgever – aan asbeststof was blootgesteld en dat Van Buuren onvoldoende veiligheidsmaatregelen had getroffen om die blootstelling te voorkomen. In december 1998 is Heesbeen overleden, waarna zijn erfgenamen de procedure hebben voortgezet.

Bij de kantonrechter kregen de erfgenamen nul op het rekest.² In hoger beroep echter werden hun vorderingen

grotendeels toegewezen. Volgens de rechtbank was voldoende aannemelijk geworden dat Heesbeen tijdens zijn werkzaamheden aan asbeststof was blootgesteld, zodat werkgever Van Buuren nog slechts aan aansprakelijkheid kon ontkomen door, conform art. 7:658 lid 2 BW, aan te tonen dat zij haar zorgplicht was nagekomen. In dat verband voerde Van Buuren aan dat zij wel degelijk voldoende veiligheidsmaatregelen had getroffen, aangezien in de periode 1965-1967 alleen de ziekte asbestose, en nog niet de ziekte mesotheliom, met asbest in verband was gebracht. Dat was volgens Van Buuren van belang, omdat de ziekte asbestose eerst kan ontstaan bij overschrijding van een bepaalde 'drempelwaarde' in termen van blootstelling aan asbest³, terwijl het later ontdekte mesotheliom reeds bij een zeer geringe blootstelling kan ontstaan. Gezien de korte duur van het onderhavige dienstverband en de geringe intensiteit van de mogelijke blootstelling had Van Buuren naar eigen zeggen voldoende maatregelen getroffen met het oog op de voor hem destijds kenbare risico's. De rechtbank passeerde dit betoog met een redenering die erop neerkwam dat reeds de algemene bekendheid van het asbestrisico in de periode 1965-1967 voor Van Buuren aanleiding had moeten vormen om nadere voorzorgsmaatregelen te treffen. Door dat na te laten, had Van Buuren voor haar werknemer Heesbeen de kans op het binnenkrijgen van een fatale asbestvezel aanmerkelijk vergroot, zodat op die grond aansprakelijkheid moest worden aangenomen, aldus de rechtbank.

In cassatie sneuvelt dit oordeel. De Hoge Raad overweegt dat, wanneer op zeker moment binnen de maatschappelijke kring waartoe de aangesproken werkgever behoort, bekend moet worden geacht dat aan het werken met asbest gevaren voor de gezondheid zijn verbonden, het van de omstandigheden van het geval en van de op dat moment bestaande kennis en inzichten afhangt, welke veiligheidsmaatregelen van de werkgever kunnen worden gevegd. In het licht daarvan heeft de rechtbank het verweer van Van Buuren op onjuiste gronden verworpen, aldus de Hoge Raad. Immers, zo vervolgt hij, het enkele feit dat gedurende het dienstverband van de werknemer in algemene zin bekend was dat blootstelling aan asbeststof een gevaar voor asbestose opleverde, rechtvaardigt nog niet het oordeel dat op Van Buuren de verplichting rustte om, ongeacht de duur en de intensiteit van de potentiële blootstelling, maatregelen ter bescherming van haar werknemers tegen dat gevaar te treffen.⁴

* K.J.O. Jansen is werkzaam als PhD-fellow bij de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Universiteit Leiden, Afdeling Burgerlijk Recht. De auteur dankt Jac. Hijma en S.D. Lindenberg voor hun nuttige suggesties naar aanleiding van een eerdere versie van deze bijdrage.

1. HR 17 februari 2006, *RvdW* 2006, 204, *LJN* AU6927 (*Van Buuren/Heesbeen*).
2. De kantonrechter honoreerde het beroep van de werkgever op verjaring en oordeelde bovendien dat blootstelling aan asbest niet was komen vast te staan. Zie voor het exacte procesverloop de conclusie van A-G Spier onder 2. De verjaringsproblematiek laat ik in deze bijdrage geheel buiten beschouwing.
3. Uit r.o. 10 van het eindvonnis van de rechtbank, zoals weergegeven in de conclusie van A-G Spier onder 2.8.2, blijkt dat het risico van asbestose pas reëel is bij een blootstelling aan asbeststof gedurende vijftientig, althans ten minste vijf jaren. De Hoge Raad spreekt in r.o. 4.6 van een drempelwaarde van vijftientig vezeljaren.
4. Zie r.o. 4.7 van het arrest. Belangrijk is ook de uitvoerige 'voorstelling' van de Hoge Raad in r.o. 4.5, die ik binnen het bestek van deze bijdrage niet nader kan uitwerken.

Het oordeel van de rechtbank – kortweg: kennis van enig gevaar rechtvaardigt aansprakelijkheid voor alle daarmee samenhangende gevolgen – was, hoewel op het eerste gezicht niet geheel onlogisch, kennelijk toch te kort door de bocht. De Hoge Raad kiest in dit arrest voor een uiterst genuanceerde benadering van de kennis van de laedens. Hiermee rijst de vraag, wat in dit verband nu precies de betekenis is van de kennis van de laedens en hoe die kennis het oordeel over de aansprakelijkheid kan beïnvloeden. Hieronder zal ik trachten deze vraag te beantwoorden. Met het oog op de omvang van deze bijdrage zal ik mij daarbij beperken tot, kort gezegd, het terrein van de *gevaarstelling*. Voorts zal ik mij concentreren op de vraag naar de *vestiging* van de aansprakelijkheid, en meer in het bijzonder op de *onrechtmatigheidsvraag*. De toerekening en de causaliteit laat ik, hoewel de kennis van de laedens ook daarvoor van groot belang kan zijn, grotendeels buiten beschouwing.⁵ De relativiteit neem ik wel mee in mijn onderzoek, nu het relativiteitsvereiste in kwesties van maatschappelijke zorgvuldigheid onlosmakelijk is verbonden met de onrechtmatigheid.⁶

2. De kennis; introductie en plan van behandeling

In kwesties van maatschappelijke zorgvuldigheid speelt de kennis van de laedens een cruciale rol. 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 aan zijn gedrag een zeker risico was verbonden. Tegen die achtergrond is bijvoorbeeld de persoon die door het deponeren van een giftige taxusstruik op een afvalhoop het overlijden van paarden veroorzaakt, niet aansprakelijk voor de daaruit voortvloeiende schade indien moet worden aangenomen dat hij de giftigheid van die struik kende noch behoorde te kennen.⁷ En evenzo is iemand die bij harde wind een surfplank los op het imperiaal van zijn geparkeerde auto neerlegt, niet aansprakelijk voor het letsel dat omstanders tengevolge van het wegwaaien van die surfplank oplopen, indien vaststaat dat de desbetreffende persoon zich als leek op meteorologisch gebied niet bewust is geweest, noch behoefde te zijn, van enig dreigend gevaar.⁸ 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.

Gezien het voorgaande zou men kunnen zeggen dat het oordeel over de maatschappelijke zorgvuldigheid is onderworpen aan een *kenniseis*.⁹ Ontbreekt aan de zijde van de laedens elke vorm van kennis¹⁰ ter zake van de gevaarlijkheid van zijn gedrag, dan zal er in beginsel geen sprake kunnen zijn van onrechtmatigheid. In de literatuur is dit uitgangspunt, overigens in uiteenlopende bewoordingen, in brede kring aanvaard.¹¹ Toch komt de hier bedoelde kennis in de jurisprudentie niet altijd goed uit de verf. Dat leidt soms tot onduide-

lijkheden. Illustratief is mijns inziens de van tijd tot tijd weer opblaiende discussie over de vraag of er in het gevaarzettingsleerstuk sprake is van zoiets als een ‘risico-’ of ‘voorzorgsbeginsel’.¹² En ook de aloude discussie over de verhouding tussen de arresten ‘Natronloog’ en ‘Taxus’ (welke arresten inzake de kennis van de laedens een opmerkelijk verschil in benadering vertonen) is volgens mij een teken aan de wand.¹³ In deze bijdrage hoop ik in dit verband enige duidelijkheid te kunnen verschaffen. Ik zal daartoe de kennis van de laedens in een theoretisch kader plaatsen, om vervolgens de relevante jurisprudentie op dit terrein aan een kritisch oog te onderwerpen. De in de inleiding besproken zaak *Van Buuren/Heesbeen* zal in mijn onderzoek een belangrijk referentiepunt vormen.

Hieronder volgen allereerst vijf paragrafen die kunnen worden beschouwd als het analytische uitgangspunt van mijn betoog. De paragrafen 3 en 4 behandelen respectievelijk de ratio en het object van de kennis; in de paragrafen 5 en 6 worden vervolgens twee instrumenten voor de toepassing van de kennis besproken, waarna in paragraaf 7 één van die instrumenten (de objectivering) nader wordt uitgewerkt. Na dit (hoofdzakelijk) analytische gedeelte volgt in de paragrafen 8 en 9 een evaluatie van de belangrijkste jurisprudentie in dit verband. Aan de hand van het denkkader dat in de voorgaande paragrafen is geschetst, zal dan worden getracht de desbetreffende uitspraken te beoordelen. Paragraaf 10 vormt de afronding van het geheel.

3. Ratio van de kennis

In het kader van een theoretische analyse van de kennis valt niet te ontkomen aan de fundamentele vraag naar de ratio ervan. Waarom is voor het aannemen van onzorgvuldigheid eigenlijk kennis van de laedens ver-

5. Ter relativering voeg ik hieraan toe dat met name de toerekeningsvraag natuurlijk niet altijd kan worden omzeild.

6. Vgl. HR 30 september 1994, *NJ* 1996, 196 m.nt. CJHB (*Staat/Shell*), r.o. 3.8.4.

7. Zie HR 22 april 1994, *NJ* 1994, 624 m.nt. CJHB (*Taxus*).

8. Zie HR 28 juni 1989, *VR* 1991, 154 m.nt. H.A. Bouman (*Surfplank*).

9. Zie daarover ook: K.J.O. Jansen, *Het kennisvereiste bij gevaarstelling* (Meijers-reeks deel 108), Den Haag: Jongbloed 2006.

10. Waar ik in deze bijdrage in algemene zin spreek van de ‘kennis’ van de laedens, heb ik het oog op zowel het gekende als het kenbare. De term ‘kennis’ mag de lezer dus (in beginsel) verstaan als ‘al dan niet geobjectiveerde kennis’. Zie over objectivering van de kennis paragraaf 5.

11. Zie bijv. J.B.M. Vranken, ‘Zorgvuldigheidsnorm en aansprakelijkheid voor bodemverontreiniging uit het verleden’, *WPNR* 1990-5954, p. 197; A.T. Bolt & J. Spier, *De uitdijende reikwijdte van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad*, preadvies *NJV* 1996, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 163-164; en C.C. van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht*, Den Haag: BJU 2000, p. 250. Zie ook *Onrechtmatige Daad I* (C.H.M. Jansen), art. 162, lid 2, aant. 88.6.

12. Zie bijv. L.F. Wiggers-Rust, ‘Lees maar, er staat niet wat er staat’, *TMA* 2004, p. 35-41, die naar diverse auteurs verwijst. In paragraaf 8 ga ik hier nader op in.

13. Zie HR 8 januari 1982, *NJ* 1982, 614 m.nt. CJHB (*Natronloog*) en HR 22 april 1994, *NJ* 1994, 624 m.nt. CJHB (*Taxus*). Zie verder paragraaf 8.

eist? Of, van de andere kant benaderd, waarom zou de laedens die in (gerechtvaardigde) onwetendheid heeft gehandeld, in kwesties van maatschappelijke zorgvuldigheid altijd vrijuit moeten gaan?

Een terugblik. Ooit was het leerstuk van de delictuele aansprakelijkheid beperkt tot min of meer voorzienbare, tamelijk scherp afgebakende situaties. Het was de tijd van de 'Zutphense juffrouw', die tijdens een nachtelijke lekkage bij haar onderbuurman ongestraft kon weigeren de op haar verdieping gelegen hoofdkraan te sluiten, terwijl beneden een voorraad leer ernstige waterschade opliep. Onrechtmatigheid werd hier niet aanwezig geacht, omdat de juffrouw door de slaap te hervatten geen enkele wettelijke verplichting had geschonden, noch inbreuk had gemaakt op enig recht van haar onderbuurman.¹⁴ Die overzichtelijke, maar tevens rigide benadering zou spoedig worden verlaten. Het befaamde arrest-'Lindenbaum/Cohen' leverde de doorbraak naar een 'open' onrechtmatigheidsregime, dat elk gedrag in strijd met de maatschappelijke zorgvuldigheid voortaan als potentieel onrechtmatig bestempelde.¹⁵ Deze koerswijziging dwong evenwel – logischerwijs – tot een zekere afbakening en nuancering van het zorgvuldigheidsbegrip. In dat licht moet de kenniseis worden beschouwd.

Maatschappelijke zorgvuldigheidsnormen worden hierdoor gekenmerkt, dat zij oproepen tot redelijkerwijs verantwoord gedrag.¹⁶ Daarin is ook de legitimatie van deze ongeschreven normen gelegen. Het zijn, in de woorden van Nieuwenhuis, normen die behoren tot het 'publieke domein': ongepubliceerde regels die binden omdat zij toegankelijk en begrijpelijk zijn voor eenieder die over een redelijk inzicht beschikt.¹⁷ Bij gebrek aan expliciete vastlegging en publicatie, wordt dus de gelding van zorgvuldigheidsnormen gebaseerd op hun *aannemelijkheid*. In concreto betekent dit dat in gevaarzettingssituaties slechts onrechtmatigheid kan worden aangenomen, indien de laedens ten tijde van zijn schadeveroorzakende gedraging wist of behoorde te weten

dat hij een *risico* nam. Iemand die iets doet waaraan volgens zijn (geobjectiverde) kennis geen enkel risico is verbonden, kan immers niet begrijpen, althans behoeft niet te begrijpen, dat zijn gedrag door enige zorgvuldigheidsnorm wordt verboden. Hier stuiten wij op een heel algemene gedachte – kort gezegd: geen juridisch verwijt zonder relevante kennis – die als een rode draad door het gehele (verbintenissen)recht loopt.¹⁸

De kenniseis is, kortom, noodzakelijk met het oog op de legitimatie van het geheel van zorgvuldigheidsnormen. Met deze theoretische rechtvaardiging is eigenlijk alles gezegd. Waar echter in de literatuur wordt gesproken over de ratio van de kenniseis, wordt meestal bedoeld op een meer concrete rechtvaardiging ervan. Vaak worden dan twee elementen onderscheiden. Deze twee elementen, die beide voortvloeien uit de zojuist besproken legitimatietheorie, moeten hier nog kort worden uitgewerkt.

Het vereisen van kennis aan de zijde van de laedens is, aldus het eerste element, noodzakelijk in een op gedragsnormering gebaseerd stelsel van aansprakelijkheidsrecht. In een dergelijk stelsel zou het principieel onjuist zijn om de laedens af te rekenen op onbekende risico's, omdat men zijn gedrag op dergelijke risico's nu eenmaal niet kán afstemmen.¹⁹ Zou de kenniseis niet worden gehanteerd, dan zou de in het maatschappelijk verkeer betamende zorgvuldigheid zó hoog worden opgeschroefd, dat men er realiter niet meer aan zou kunnen voldoen.²⁰ De kenniseis vormt in deze visie de onontkoombare erkenning van de menselijke maat in het aansprakelijkheidsrecht.

Het tweede element van de ratio van de kenniseis is praktischer van aard. De gedachte is dat het aannemen van aansprakelijkheid bij afwezigheid van kennis van de laedens niet alleen principieel onjuist, maar ook vanuit een maatschappelijk oogpunt onwenselijk zou zijn. Indien de kenniseis niet zou worden gehanteerd, zouden veel mensen zich namelijk, in een poging elk denkbaar risico te vermijden, onnatuurlijk kunnen gaan gedragen, met alle negatieve maatschappelijke gevolgen van dien. In deze benadering wordt de kenniseis beschouwd als een juridische waarborg tegen geforceerd gedrag van deelnemers aan het maatschappelijk verkeer.²¹

4. Object van de kenniseis; drie elementen

Naast de vraag naar de ratio van de kenniseis, is in het kader van deze theoretische beschouwing ook de vraag naar het object ervan relevant. Dat is, met andere woorden, de vraag, op welke feiten en gegevens de kennis van de laedens betrekking moet hebben. Hierboven werd het object van de kenniseis steeds kortweg aangeduid met de term 'risico', omdat die term in het gevaarzettingssidoom het meest voor de hand ligt. Hier moet echter de vraag worden beantwoord waarop die

14. HR 10 juni 1910, W 9038 (*Zutphense Juffrouw*).

15. HR 31 januari 1919, NJ 1929, 161 (*Lindenbaum/Cohen*). Zie thans art. 6:162 lid 2 BW.

16. Vgl. Asser/Hartkamp 4-III, Deventer: Kluwer 2006, nr. 45.

17. Zie J.H. Nieuwenhuis, 'Ieder het zijne', *RMThemis* 1988, p. 76.

18. Zo heeft deze gedachte zelfs in het kader van sommige risicoaansprakelijkheden haar sporen nagelaten (zie bijv. art. 6:175 en art. 6:185 lid 1 sub e BW). En ook buiten het terrein van de delictuele aansprakelijkheid komt zij tot uitdrukking, zoals in art. 6:228 lid 1 sub b BW (betreffende de spreekplicht van een contractspartij in het kader van dwaling). Op een (nog) algemener niveau zou men kunnen zeggen dat de hier bedoelde gedachte ten grondslag ligt aan de traditionele fictie dat ieder wordt geacht het recht te kennen.

19. Vgl. C.C. van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht*, Den Haag: BJU 2000, p. 250.

20. Aldus A-G Bloembergen in zijn conclusie bij HR 22 april 1994, NJ 1994, 624 m.nt. CJHB (*Taxus*), sub 3.1.

21. Vgl. voor dit streven naar 'normalisering' van gedrag de bekende jurisprudentie over de gevallen die zich laten kwalificeren als een 'ongelukkige samenloop van omstandigheden', waarover uitgebreid Onrechtmatige Daad I (C.H.M. Jansen), art. 162, lid 2, aant. 92.

term risico – of welke term men in dit verband ook zou willen gebruiken – nu precies ziet. Daarover wordt in de literatuur verschillend gedacht.²² Combinatie van de diverse benaderingen, mede tegen de achtergrond van de relevante jurisprudentie, brengt mij tot een verdeling van het object van de kennis in drie elementen. Voor het aannemen van onzorgvuldigheid zijn vereist:

- i. kennis van de laedens omtrent het *gevaar* en de *kans op verwezenlijking* daarvan;
- ii. kennis van de laedens omtrent de *schadelijke gevolgen* van verwezenlijking van het gevaar;
- iii. kennis van de laedens omtrent de *belangen* van de potentiële gelaederden.

Het eerstgenoemde element is in de praktijk vaak het belangrijkste. Het betreft hier immers de *kern* van het gecreëerde risico. Illustratief is in dit verband het zogenoemde Haringkar-arrest. In dat arrest ging het om een automobilist die zijn auto gedurende korte tijd onbeheerd en met de sleutel in het contact had achtergelaten op een druk plein. Een joyrider nam de auto mee en veroorzaakte daarmee een ernstig verkeersongeval. Het hof oordeelde dat de automobilist onzorgvuldig had gehandeld jegens het slachtoffer van het desbetreffende verkeersongeval, daartoe overwegende dat, naar van algemene bekendheid is, joyriding veel voorkomt, en dat daardoor herhaaldelijk ongevallen ontstaan; de Hoge Raad liet dit oordeel in stand.²³ Kennelijk was het gevaar van joyriding in dit geval zodanig kenbaar, dat de automobilist daarop kon worden afgerekend.

Het tweede element van de kennis vormt in de praktijk niet vaak een reële hindernis voor het aannemen van onrechtmatigheid. Toch is het tegen de achtergrond van de in paragraaf 3 besproken ratio van de kennis onmisbaar. Indien immers de laedens redelijkerwijs ervan heeft mogen uitgaan dat zijn gedrag, hoewel in abstracto gevaarlijk, in concreto niet tot schadelijke gevolgen zou leiden, was het bestaan van een toepasselijke zorgvuldigheidsnorm in die situatie voor hem niet aannemelijk, zodat zijn gedrag in die zin ook niet onzorgvuldig kan worden geacht.

Terwijl de eerste twee elementen van de kennis vooral de onrechtmatigheid betreffen²⁴, ligt het derde element in de sfeer van de relativiteit. Dit element bewerkstelligt dat er aan de zijde van de laedens geen sprake kan zijn van onrechtmatigheid, indien de laedens door zijn gevaarzettende gedrag slechts belangen heeft aangetast die hij kende noch behoorde te kennen. De achterliggende gedachte is dat niet van de laedens kan worden gevergd dat hij zijn gedrag afstemt op belangen waarop hij niet bedacht is of behoeft te zijn (vergelijk paragraaf 3).

Bauw heeft erop gewezen dat het derde element van de kennis vooral complicaties kan opleveren indien er algemene belangen in het spel zijn, zoals de belangen van de overheid of van bepaalde belangenorganisaties.²⁵ Kenmerk van die belangen is immers dat zij door de

desbetreffende belanghebbenden zélf in het leven zijn geroepen. Dientengevolge zal de (geobjectiveerde) kennis van de laedens omtrent algemene belangen dikwijls moeilijk bepaalbaar zijn. Meer in het bijzonder ontstaat hier een probleem indien de desbetreffende belangen eerst recentelijk zijn ontstaan. Dan rijst immers de vraag of de laedens met die belangen al rekening had moeten houden in de periode waarin zij nog in ontwikkeling waren. De bekendste illustratie van deze problematiek wordt geleverd door de bodemverontreinigingsjurisprudentie van de Hoge Raad uit de jaren negentig van de vorige eeuw. Centraal stond in de desbetreffende arresten de vraag vanaf wanneer het voor de vervuilers duidelijk had moeten zijn dat de overheid zich het belang van bodemsanering zou gaan aantrekken.²⁶ Ten behoeve van de rechtszekerheid werd hier uiteindelijk een ‘keerpunt’ bepaald op 1 januari 1975²⁷, maar eigenlijk (en onvermijdelijk) was dat niet meer dan een grove schatting. Vranken heeft er terecht op gewezen dat een volwaardige beoordeling van het ontstaansmoment van het saneringsbelang eigenlijk een onderzoek naar de tijdgeest ten tijde van de vervuiling zou vergen.²⁸

5. Instrumenten bij toepassing van de kennis; objectivering

De vraag naar de kennis van de laedens is, zo moge inmiddels duidelijk zijn, uiterst gecompliceerd. Om er enigszins mee uit de voeten te kunnen, bedient de rechter zich in dit verband van twee instrumenten, te weten: objectivering en generalisering. In deze paragraaf bespreek ik de objectivering; de generalisering volgt in paragraaf 6.

Het objectiveringsinstrument biedt de rechter de mogelijkheid om de laedens te binden aan een objectieve standaard. Dankzij objectivering kunnen niet slechts de risico's die de laedens kende, maar ook de risico's die hij behoorde te kennen aan het onrechtmatigheidsoordeel ten grondslag worden gelegd. Objectivering houdt in, zo wordt in de literatuur aangenomen, dat de rechter, in plaats van aandacht te besteden aan de subjectieve kennis van de laedens, onderzoek doet naar de veronderstelde kennis van een gemiddelde, vergelijkbare per-

22. Zie bijv. L. Bier, *Aansprakelijkheid voor bedrijfsongevallen en beroepsziekten* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer p. 193; C.C. van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht*, Den Haag: BJU 2000, p. 252; en A.T. Bolt & J. Spier, *De uitdijende reikwijdte van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad*, preadvies NJV 1996, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 164-165.

23. HR 2 december 1966, NJ 1967, 42 m.nt. GJS (*Haringkar*).

24. Dit blijkt ook uit hun verwantschap met de bekende ‘Kelderluikfactoren’. Zie HR 5 november 1965, NJ 1966, 136 m.nt. GJS (*Kelderluik*).

25. Zie E. Bauw, *Buitencontractuele aansprakelijkheid voor bodemverontreiniging* (diss. UvA), Deventer: Kluwer 1994, p. 112.

26. Zie HR 9 februari 1990, NJ 1991, 462 m.nt. CJHB (*Staat/Van Amersfoort*).

27. Zie HR 24 april 1992, NJ 1993, 643 m.nt. CJHB onder 644 (*Van Wijngaarden/Staat*).

28. Zie J.B.M. Vranken, ‘Zorgvuldigheidsnorm en aansprakelijkheid voor bodemverontreiniging uit het verleden’, *WPNR* 1990-5955, p. 212.

soon.²⁹ Het kennisniveau van die fictieve persoon, meestal aangeduid als het 'objectieve vergelijkingstype' of de 'maatman', vormt vervolgens de norm waaraan de laedens moet voldoen. Als de maatman het wist, had ook de laedens beter moeten weten, zo luidt kortweg de redenering. Een bekend voorbeeld van objectivering is te vinden in het Natronloog-arrest, waarin de Hoge Raad oordeelde dat iemand die een mogelijk gevaarlijke vloeistof aan de vuilnisophaaldienst meegeeft, behoudens gegronde redenen voor het tegendeel, ervan moet uitgaan dat deze stof gevaar voor personen of zaken kan opleveren.³⁰ De reden voor deze strenge benadering was waarschijnlijk gelegen in de omstandigheid dat de mogelijk gevaarlijke vloeistof in casu afkomstig was uit een schoonmaakhok. Juist daarom was die vloeistof, zo lijkt de redenering, 'verdacht'.³¹

Een belangrijke vraag in dit verband is natuurlijk, wat voor persoon de bedoelde maatman zou moeten zijn. Gaat het hier om de perfecte mens, die vrijwel elk risico kan onderkennen, of betreft het veeleer de gewone man, die even feilbaar is als iedereen? In de literatuur neigt men naar de tweede variant, door de maatman te omschrijven als de 'normale, redelijke, voorzichtige persoon, die zich in dezelfde positie als de laedens bevindt'.³² Niettemin lijkt in de jurisprudentie de lat soms hoger te worden gelegd.³³ In zekere zin is dat logisch. Objectivering heeft immers een onmiskenbaar normatief element. Tegen die achtergrond ligt het voor de hand dat rechters geneigd zijn om de kennis van de maatman vrij hoog in te schatten. Zoals een Engelse auteur het heeft uitgedrukt: "The reasonable man is intended to represent the average citizen but, since he is the *judicial idea* of the average citizen, there is undoubtedly a tendency to think that the reasonable man has rather high standards of care."³⁴ Toch mag hieruit mijns inziens niet worden afgeleid, dat (strenge) objectivering van de kennis van de laedens iets vanzelfsprekends is. Een principiële en gedegen aanpak van de rechter lijkt mij in dit verband van groot belang. Ik kom hierop terug in paragraaf 8.

6. Instrumenten bij toepassing van de kenniseis; generalisering

Naast objectivering beschikt de rechter bij de toepassing van de kenniseis, zoals aangekondigd, over nog een tweede instrument. Dat instrument is de generalisering. Indien de rechter vaststelt dat de laedens het risico, zoals dat zich in het concrete geval heeft verwezenlijkt, niet (in subjectieve zin) heeft gekend, ofwel oordeelt (in een objectiverende benadering) dat de laedens dat specifieke risico redelijkerwijs niet behoefde te kennen, kan hij ervoor kiezen om in dit verband genoeg te nemen met een meer algemene vorm van (al dan niet geobjectiverde) kennis aan de zijde van de laedens. De onrechtmatigheid wordt dan gebaseerd op de gedachte dat de laedens in ieder geval *globaal* heeft begrepen of behoorde te begrijpen dat hij een risico nam. En, zo luidt vervolgens (kennelijk) de conclusie, reeds op basis van die globale kennis had de laedens zijn gedrag moeten aanpassen.

Generaliserende redeneringen komen in de jurisprudentie op grote schaal voor. Het in paragraaf 1 besproken oordeel van de rechtbank in de zaak *Van Buuren/Heesbeen* vormt een voorbeeld van generalisering. Een ander voorbeeld is te vinden in het bekende Legionella-arrest.³⁵ Het ging in dat arrest om de aansprakelijkheid van een whirlpoolhandelaar jegens slachtoffers van 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' voorzorgsmaatregelen met betrekking tot de waterkwaliteit in zijn whirlpool te treffen. 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 gezondheid van mensen kon ontstaan.³⁶

Generalisering van de kenniseis komt het sterkst tot uitdrukking in het kader van het tweede element van de kenniseis, de kennis omtrent de schadelijke *gevolgen* van de verwezenlijking van het gevaar. De Hoge Raad kiest in dit verband, blijkens zijn arrest over psychiatrische kliniek 't Ruige Veld', voor een *vérgaande* vorm van generalisering. In het bedoelde arrest ging het om een geval van brandstichting door een uit de kliniek ontsnapte patiënte. Een derde leed hierdoor schade en sprak de kliniek aan. Ter discussie stond onder meer de vraag of de desbetreffende brandstichting voor de kliniek wel voorzienbaar was geweest. De Hoge Raad ging hieraan voorbij en nam aansprakelijkheid aan op grond van de overweging dat reeds het feit dat aan het weglopen van de patiënte een verhoogd gevaar voor *enigerlei* schade aan derden was verbonden, voor de kliniek een reden had moeten vormen om nadere maatregelen ter voorkoming van het weglopen te treffen. Kenbaarheid

29. Zie bijv. C.C. van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht*, Den Haag: BJU 2000, p. 261 e.v.

30. Daar kwam het oordeel althans op neer. Zie HR 8 januari 1982, *NJ* 1982, 614 m.nt. CJHB (*Natronloog*), r.o. 4.

31. Vgl. Bolt & Spier 1996, p. 165-166 en r.o. 9 van het arrest van het hof in de Natronloog-zaak.

32. Aldus J.B.M. Vranken, 'Zorgvuldigheidsnorm en aansprakelijkheid voor bodemverontreiniging uit het verleden', *WPNR* 1990-5954, p. 197.

33. Vooral de strenge jurisprudentie over de werkgeversaansprakelijkheid ex art. 7:658 BW is in dit verband illustratief. Zie bijv. HR 2 oktober 1998, *NJ* 1999, 683 m.nt. JBMV (*Cijsouw II*).

34. Aldus J. Davies, 'Tort', in: P. Birks (red.), *English Private Law*, New York: Oxford University Press 2000, p. 424 (curs. toegevoegd).

35. HR 29 november 2002, *NJ* 2003, 549 m.nt. JBMV (*Legionella*).

36. Dit lijkt althans de strekking van het uitvoerige arrest. Zie met name r.o. 3.6.4.

van het type schade werd in dit verband niet noodzakelijk geacht.³⁷

Tot op zekere hoogte is generalisering een vanzelfsprekend verschijnsel. Het onder alle omstandigheden vegen van een volstrekt specifieke vorm van kennis aan de zijde van de laedens zou er immers toe leiden dat praktisch nooit aansprakelijkheid zou kunnen worden aangenomen. Geheel probleemloos is generalisering intussen niet. Een al te laconieke hantering van dit instrument door de rechter kan mijns inziens tot onbillijke resultaten leiden. Ik kom hierop terug in paragraaf 9.

7. Objectivering van de kennis in de jurisprudentie; observaties

Voordat ik hieronder, in respectievelijk de paragrafen 8 en 9, de toepassing van de kennis in algemene zin evalueer, wil ik in de onderhavige paragraaf, in aanvulling op paragraaf 5, nog het een en ander zeggen over de hantering van het objectiveringsinstrument door de Nederlandse rechter. Voorzover dat binnen het bestek van deze bijdrage mogelijk is, zal ik trachten een beeld te schetsen van de jurisprudentie op dit punt. Ten behoeve van de overzichtelijkheid beperk ik mij tot enkele observaties.

Een eerste observatie. De rechter lijkt tot uitgangspunt te nemen dat deelnemers aan het maatschappelijk verkeer ten minste dié kennis dienen te bezitten, die in de kring van personen waartoe zij behoren, redelijkerwijs beschikbaar is.³⁸ Op deelnemers aan het maatschappelijk verkeer rust in die zin een onderzoeksplicht, of, neutraler gezegd, een *plicht tot kennisvergaring*. Vooral bij bedrijven kan die plicht tamelijk ver gaan.³⁹ Van de bedrijfsmatig opererende laedens wordt bijvoorbeeld gevegd dat hij zich op de hoogte houdt van de in zijn branche gebruikelijke vakliteratuur en dat hij zich in riskante situaties zo nodig laat bijstaan door deskundigen.⁴⁰ Verder kunnen blijkens de jurisprudentie niet alleen de min of meer voor de hand liggende gevaarsituaties, maar ook bepaalde uitzonderlijke incidenten tot de geobjectiverde kennis van de bedrijfsmatig opererende laedens worden gerekend. Bekend is bijvoorbeeld het geval van een werkgever die aansprakelijk werd gehouden voor het letsel van zijn werknemer in verband met het onverwacht (namelijk als gevolg van een chemische reactie) openspringen van een stoomketel.⁴¹

Slechts in het kader van het derde element van de kennis, de kennis omtrent de *belangen* van de potentiële slachtoffers, lijkt de objectivering ten opzichte van bedrijven gematigder: van bedrijven wordt niet gevegd dat zij rekening houden met ieder denkbaar (algemeen) belang.⁴² Die terughoudendheid in het kader van de relativiteitsvraag geldt trouwens meer in het algemeen, ook indien het gaat om een niet-bedrijfsmatig opererende laedens. Illustratief is in dit verband het arrest over de verstekeling die het slachtoffer werd van een verkeersongeval, doordat hij in de laadruimte van een

bestelauto buiten medeweten van de bestuurder had meegereden. Onrechtmatigheid van de bestuurder – die door onveilig rijgedrag het ongeval had veroorzaakt – jegens de verstekeling werd van de hand gewezen, omdat de bestuurder volgens de Hoge Raad niet bedacht behoefde te zijn op de aanwezigheid van die verstekeling.⁴³

De plicht tot kennisvergaring van de laedens wordt door de rechter – dit is mijn tweede observatie – in voorkomende gevallen aangescherpt door middel van *differentiatie* in de mate van objectivering. Met differentiatie (de term is van Van Dam)⁴⁴ bedoel ik dat het geobjectiverde kennisniveau wordt afgestemd op de concrete positie van de laedens. Met name de maatschappelijke functie en de eventuele deskundigheid van de laedens kunnen daarbij relevant zijn. Van belang is nu, dat uit de jurisprudentie valt af te leiden dat dit differentiatieproces slechts kan leiden tot een bijstelling van het geobjectiverde kennisniveau *naar boven*.⁴⁵ Doorgaans zal de laedens dus wel kunnen worden afgerekend op een bijzondere deskundigheid, maar zal hij niet kunnen profiteren van een eventuele onwetendheid.

Mijn derde observatie in dit verband is dat bij deelnemers aan het maatschappelijk verkeer, althans bij hun objectieve vergelijkingstypen, door de rechter een sterke vooruitziende blik wordt verondersteld. De plicht tot kennisvergaring brengt blijkbaar mee dat van de laedens kan worden gevegd dat hij zich leergierig en proactief opstelt. Indien er bijvoorbeeld in de wetenschap serieuze vermoedens ontstaan omtrent de gevaren van asbest, moeten de werkgevers die dit aangaat, adequate maatregelen treffen ten behoeve van hun werknemers, ongeacht de omstandigheid dat asbest op dat moment wellicht (nog) in diverse lagen van de maatschappij als ongevaarlijk wordt beschouwd.⁴⁶ En indien er in de samenleving een verschijnsel als joyriding opkomt, moeten autobezitters dit signaleren en er hun gedrag op aanpassen. Een automobilist die zijn auto desondanks onbeheerd en met de sleutel in het contact

37. Zie HR 12 mei 1995, NJ 1996, 118 m.nt. JdB (*'t Ruige Veld*), r.o. 3.7.
 38. Zie recentelijk bijv. HR 25 november 2005, RvdW 2005, 130 (*Eternit/H.*). Vgl. voorts L. Bier, *Aansprakelijkheid voor bedrijfsongevallen en beroepsziekten* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1988, p. 196 en 201-202.
 39. Vgl. W.H. van Boom, 'Anticiperen op nieuwe gezondheidsrisico's', *AV&S* 2001, p. 10-11.
 40. Vgl. E. Bauw, *Buitencontractuele aansprakelijkheid voor bodemverontreiniging* (diss. UvA), Deventer: Kluwer 1994, p. 126.
 41. Zie HR 29 april 1983, NJ 1984, 19 m.nt. PAS (*Stoomketel*).
 42. Vgl. met name de in paragraaf 4 besproken bodemverontreinigingsjurisprudentie.
 43. HR 27 januari 1984, NJ 1984, 536 m.nt. G (*Verstekeling*), r.o. 3.
 44. Vgl. C.C. van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht*, Den Haag: BJU 2000, p. 267.
 45. Vgl. Jac. Hijma, *AA* 1995, p. 281 (annotatie bij HR 30 september 1994, NJ 1996, 196 (*Staat/Shell*)).
 46. Zie bijv. HR 2 oktober 1998, NJ 1999, 683 m.nt. JBMV (*Cijsouw II*). Vgl. ook r.o. 4.5 van het in paragraaf 1 besproken arrest *Van Buuren/Heesbeen*.

achterlaat op een druk plein, handelt in beginsel onrechtmatig jegens de slachtoffers van een eventueel door een joyrider met die auto te veroorzaken verkeersongeval, hoezeer ook zijn persoonlijke onwetendheid in het concrete geval wellicht begrijpelijk is geweest.⁴⁷ De kennis van de laedens staat, kortom, altijd ‘onder druk’: maatschappelijke, wetenschappelijke en technische ontwikkelingen maken dat het geobjectiveerde kennisniveau voortdurend kan worden opgestuwd.

8. Objectivering van de kenniseis in de jurisprudentie; evaluatie

In de vorige paragraaf zijn drie observaties gegeven omtrent de objectivering van de kennis van de laedens in de jurisprudentie. Die observaties doen de vraag rijzen hoe wij de (soms) strenge benadering van de rechter in dit verband moeten duiden. Sommige auteurs hebben uit de jurisprudentie, en in het bijzonder uit het Natronloog-arrest, afgeleid dat er in ons aansprakelijkheidsrecht zoiets bestaat als een ‘risico-’ of ‘voorzorgsbeginsel’. Dat beginsel komt er volgens hen op neer dat objectief gevaarverhogend gedrag in beginsel moet leiden tot aansprakelijkheid, ongeacht de kennis van de laedens omtrent het desbetreffende gevaar.⁴⁸ Kennelijk zijn de bedoelde auteurs van mening dat de kenniseis in bepaalde gevallen kan worden verdrongen door overwegingen van *risicoverdeling*. Ik ben geneigd die visie te bestrijden.

Vooropgesteld moet worden dat de strenge benadering van de Hoge Raad in het Natronloog-arrest niet de norm is. Zoals bekend heeft de Hoge Raad in zijn latere *Taxus*-arrest de gelding van, wat wel genoemd wordt, een ‘Natronloog-regel’ – inhoudende 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 veroorzaken⁴⁹ – uitdrukkelijk ontkend.⁵⁰ Meer in het algemeen heeft de Hoge Raad het bestaan van een risicobeginsel in ons aansprakelijkheidsrecht meermaals expliciet van de hand gewezen.⁵¹ Het lijkt mij dan ook

niet verantwoord om aan te nemen dat achter bepaalde strenge uitspraken een risicoverdeling – of iets van die strekking – schuilgaat. Dat wordt mijns inziens bevestigd door de genuanceerde uitspraak van de Hoge Raad in de in paragraaf 1 besproken asbestzaak.

Ook echter wanneer men aan dit jurisprudentiële argument voorbijgaat en aanneemt dat de hierboven bedoelde auteurs het risicobeginsel aangrijpen om duidelijk te maken dat de strenge gevaarzettingsjurisprudentie in ieder geval *resulteert* in een stelsel van risicoverdeling, omdat die jurisprudentie onverenigbaar is met de ratio van de kenniseis, moet hun betoog mijns inziens worden verworpen. De ratio van de kenniseis is immers niet gelegen in de gedachte dat zorgvuldigheidsnormen altijd algemeen ingeburgerd en volledig uitgekristalliseerd moeten zijn. Het gaat erom, zo zagen wij in paragraaf 3, dat de desbetreffende normen voor de laedens ten tijde van de schadeveroorzaking aannemelijk, redelijkerwijs verklaarbaar waren. Tegen die achtergrond kan een gedragstoetsing op basis van de kenniseis soms (inderdaad) neerkomen op het toepassen van ‘ongekend’ strenge normen. Dat is inherent aan het proces van rechtsvinding door de rechter, dat steeds in het teken staat van de spanning tussen traditie en vernieuwing. In de beroemde woorden van Paul Scholten: ‘Het recht is er, doch het moet worden gevonden, in de vondst zit het nieuwe’.⁵² Dat justitiabelen dat ‘nieuwe’ soms als een relatieve verrassing ervaren, is logisch, maar het wil niet zeggen dat zij daardoor worden gebonden aan een norm waarop zij hun gedrag redelijkerwijs niet hadden kunnen afstemmen.

Tot zover over de duiding van de desbetreffende jurisprudentie. Resteert de vraag hoe zij moet worden beoordeeld. Op dit punt zou ik een kanttekening willen plaatsen. Want het moge zo zijn dat de rechter bij de beoordeling van de kennis van de laedens een sterke mate van objectivering kan betrachten – zelfs zonder daarmee de ratio van de kenniseis te miskennen – een dergelijke objectivering wordt mijns inziens eerst aanvaardbaar indien zij door de rechter voldoende wordt gemotiveerd.⁵³ Het is naar mijn mening van groot belang dat de rechter, indien hij zich een oordeel vormt over de kenbaarheid van bepaalde risico’s, uitlegt hoe hij tot dat oordeel is gekomen. De legitimerende werking van de kenniseis wordt immers illusoir, indien die eis slechts in een niet nader gemotiveerd oordeel tot uitdrukking komt. Objectivering ‘zonder meer’ is als een lege huls. Eerst door motivering krijgt het kenbare zin en inhoud.

De hier bepleite motivering heeft mijns inziens als belangrijk voordeel, dat daardoor de kwaliteit en de aanvaardbaarheid van de desbetreffende rechterlijke beslissing kunnen worden vergroot. Ik denk dat vele omstreden uitspraken, zoals met name die in de zaken ‘Natronloog’, ‘Surfplank’ en ‘Taxus’,⁵⁴ aan overtuigingskracht hadden kunnen winnen, indien de daarin door de (feiten)rechter gekozen objectivering van de

47. Vgl. het in paragraaf 4 besproken Haringkar-arrest.

48. Zie in die zin bijv. P.A. Kottenhagen-Edzes, *Onrechtmatige daad en milieu* (diss. Rotterdam), Arnhem: Gouda Quint 1992, p. 183; en W.Th. Braams, ‘Déjà Vu, Het voorzorgsbeginsel en de aansprakelijkheid voor onbekende gevaren’, *TMA* 2003, p. 149.

49. Deze regel werd geformuleerd door C.J.H. Brunner in zijn annotatie bij het Natronloog-arrest.

50. Zie HR 22 april 1994, *NJ* 1994, 624 m.nt. CJHB (*Taxus*), r.o. 3.4.3.

51. Zie HR 22 juni 1979, *NJ* 1979, 535 (*Van der Lee/Broere*); en HR 27 mei 1994, *NJ* 1994, 590 (*Lambregts/Industrie- en Havenschap Moerdijk*).

52. P. Scholten, *Algemeen Deel*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1974, p. 12.

53. Vgl. in die zin, maar in een breder verband, Asser/Hartkamp 4-III, Deventer: Kluwer 2006, nr. 21.

54. Zie respectievelijk HR 8 januari 1982, *NJ* 1982, 614 m.nt. CJHB (*Natronloog*); HR 28 juni 1989, *VR* 1991, 154 m.nt. H.A. Bouman (*Surfplank*); HR 22 april 1994, *NJ* 1994, 624 m.nt. (*Taxus*). Overigens was in de arresten ‘Surfplank’ en ‘Taxus’ het kenbaarheidsoordeel door de feitenrechter min of meer ‘dichtgetimmerd’, zodat de Hoge Raad daar in dit verband weinig te verwijten viel.

kenniseis nader was onderbouwd. Een tweede voordeel is mijns inziens, dat door motivering van het kenbaarheidsoordeel het gedragsnormerende effect van de rechterlijke beslissing kan worden versterkt. Ten slotte zou motivering in dit verband de scherpe kantjes kunnen afhaken van de veelbesproken problematiek van de toepassing van de kenniseis op de zogenoemde 'nieuwe risico's'.⁵⁵

Men zou natuurlijk kunnen tegenwerpen dat rechterlijke motivering in dit verband weinig voor de hand ligt, omdat het rechterlijke oordeel over de kenbaarheid van risico's nu eenmaal normatief van aard is. In die kritiek ligt een kern van waarheid. Toch zie ik daarin geen beletsel voor het op dit punt stellen van (hogere) motiverings-eisen aan de rechter. Natuurlijk zal de rechter bij de beantwoording van de objectiveringsvraag uiteindelijk op een punt komen, waarop nadere motivering onmogelijk is. Hij stuit dan op de ultieme basis van zijn 'oordeel'. Dit betekent echter geenszins, dat de rechter niets zou kunnen zeggen over de weg die hem tot dat oordeel heeft geleid. In die zin vind ik bijvoorbeeld het simpelweg baseren van een onrechtmatigheidsoordeel op een weergave van de casus – zoals de Hoge Raad deed in het Natronloog-arrest – onnodig apodictisch. De rechter zou mijns inziens ten minste kunnen aangeven, welke specifieke onderdelen van het feitenmateriaal de doorslag hebben gegeven bij de vorming van zijn oordeel over de geobjectiverde kennis van de laedens. De lagere rechtspraak biedt ook voorbeelden van een dergelijke, vaak zeer instructieve motivering.⁵⁶

9. Generalisering van de kenniseis in de jurisprudentie; evaluatie

In paragraaf 6 werd reeds opgemerkt dat generalisering van de kenniseis in de jurisprudentie vooral sterk tot uitdrukking komt in het kader van het tweede element van de kenniseis, de kennis omtrent de schadelijke *gevolgen* van de verwezenlijking van het gevaar. Voor het aannemen van onrechtmatigheid is immers kennis van *enige* potentiële schade voldoende.⁵⁷ Tegen de achtergrond van de in paragraaf 3 besproken ratio van de kenniseis lijkt mij deze benadering goed verdedigbaar. Indien de kans op een ongeval, de mogelijkheid van enige schade en de belangen aantasting (objectief) bekend zijn, is daarmee immers voor de laedens duidelijk, althans, in geval van objectivering, begrijpelijk, dat hij 'fout' zit en dat hij zijn gedrag op een bepaalde manier moet aanpassen. Kennis van de concrete schade is daarvoor (inderdaad) niet nodig.

Hiermee rijst de vraag, hoe ver de generalisering kan gaan in het kader van de beide andere elementen van de kenniseis, te weten: de kennis omtrent de kans op ongevallen (het eerste element) en de kennis omtrent de belangen aantasting (het derde element). Gezien het in paragraaf 1 besproken arrest van de Hoge Raad denk ik dat in dat kader een terughoudender vorm van generalisering is geboden.

Vooropgesteld moet worden dat een zekere mate van generalisering in het kader van het eerste en het derde element van de kenniseis uiteraard acceptabel en zelfs gewenst is. Zou hier in het geheel geen generalisering worden toegepast, dan zou het aannemen van aansprakelijkheid in vele gevallen praktisch onmogelijk worden (zie paragraaf 6). Het andere uiterste echter, een benadering waarin kennis van enige kans op ongevallen en van enige potentiële belangen aantasting aan de zijde van de laedens voldoende is voor het aannemen van onrechtmatigheid, gaat volgens mij te ver. Nu immers aan haast iedere gedraging wel enig risico is verbonden, leidt een dergelijke mate van generalisering tot de onwenselijke situatie dat de kenniseis realiter geen enkele drempefunctie meer vervult.

Waar ligt de middenweg tussen enerzijds een kenniseis die zo specifiek is dat hij vrijwel nooit tot aansprakelijkheid kan leiden en anderzijds een kenniseis die zo globaal is dat hij in feite een absolute aansprakelijkheid voor gevaarzettend gedrag creëert? De Anglo-Amerikaanse jurisprudentie biedt hier mijns inziens uitkomst. Binnen het common-lawleerstuk negligence speelt het begrip 'foreseeability' een centrale rol.⁵⁸ Qua inhoud en functie is dat voorzienbaarheidsbegrip sterk vergelijkbaar met de Nederlandse kenniseis. Ook de toepassing ervan door de rechter verloopt grotendeels identiek: objectivering en generalisering zijn ook in de Anglo-Amerikaanse jurisprudentie bekende verschijnselen. Van belang is nu dat de werkingssfeer van het generaliseringsinstrument in de common law relatief scherp is omlind. Generalisering wordt slechts passend geacht in situaties waarin het specifieke, niet-voorzienbare risico dat zich in een concreet geval heeft verwezenlijkt, kan worden beschouwd als een *variant* van een ander risico, dat wél voorzienbaar was voor de laedens. Kwalificeert het concrete risico als een 'variant of the foreseeable'⁵⁹, dan is generalisering toelaatbaar. Is het concrete risico daarentegen van geheel andere orde dan het globaal voorzienbare, dan is generalisering uitgesloten.

Een illustratie biedt de zaak 'Cambridge Water', waarin het eerste element van de kenniseis (de kennis van de laedens omtrent de kans op ongelukken) centraal stond.⁶⁰ De aangesproken partij in kwestie was een leerlooierij die door haar activiteiten ernstige grondwatervervuiling had veroorzaakt, als gevolg waarvan – vele

55. Zie daarover bijv. W.H. van Boom, 'Anticiperen op nieuwe gezondheidsrisico's', *AV&S* 2001, p. 3-12. Vgl. ook mijn opmerkingen over het derde element van de kenniseis in paragraaf 4.

56. Illustratief is bijvoorbeeld Hof Arnhem 11 november 2003, *VR* 2004, 55 (eindarrest, r.o. 2.11).

57. Zie het in paragraaf 6 besproken arrest-'t Ruige Veld'.

58. Het vereiste van foreseeability komt tot uitdrukking in het bekende 'neighbour principle', geformuleerd door Lord Atkin in de zaak 'Donoghue v. Stevenson' (1932), *AC* 520, HL, p. 580.

59. Deze formulering is afkomstig van Lord Pearson in de zaak Hughes v. Lord Advocate (1963), *AC* 837, HL, p. 858.

60. Zie Cambridge Water Co. v. Eastern Counties Leather plc. (1994), 2 *AC* 264, HL.

jaren later – schade was ontstaan bij eiseres, een waterleidingbedrijf. Dat de desbetreffende leerproductie schadelijk kon zijn voor de volksgezondheid, was ten tijde van de vervuiling algemeen bekend; dat zij echter ook een gevaar voor het milieu kon opleveren, werd door de rechter – gezien de inzichten van destijds – niet kenbaar geoordeeld. De grote vraag was dus of hier generalisering mogelijk was ten gunste van het verhaalzoekende waterleidingbedrijf. Het House of Lords beantwoordde die vraag ontkennend: de leerlooierij ging vrijuit, omdat zich hier een gevaar van een andere categorie dan het voorzienbare gevaar had verwezenlijkt. In het systeem van de common law hangt dus de toelaatbaarheid van generalisering uiteindelijk af van de vraag of het niet-voorzienbare risico valt in te passen in de *categorie* van een voor de laedens wél voorzienbaar risico.⁶¹

De Anglo-Amerikaanse benadering van de generalisering, die zich kenmerkt door een zekere terughoudendheid, spreekt mij aan. Het beperken van de generalisering tot – kortweg – de ‘categorie van het voorzienbare’ schept mijns inziens, in vergelijking met een volstrekt open benadering, de nodige duidelijkheid. Bovendien lijkt een dergelijke beperking mij noodzakelijk met het oog op de ratio van de kenniseis (zie paragraaf 3). Van de laedens kan immers in redelijkheid niet worden gevergd dat hij zijn gedrag afstemt op risico’s die voor hem niet kenbaar zijn en die bovendien van een andere orde zijn dan de risico’s die hij (globaal) kan voorzien. In die zin kan ik mij goed vinden in de genuanceerde uitspraak van de Hoge Raad in zijn recente, in paragraaf 1 besproken arrest.⁶² Terwijl het in eerdere asbestzaken veelal ging om een langdurige en intensieve blootstelling van de werknemer aan asbeststof⁶³, betrof het in dit geval een werknemer die bij zijn werkzaamheden (waarschijnlijk⁶⁴) slechts incidenteel met asbest in aanraking was gekomen. Nu er ten tijde van de desbetreffende werkzaamheden algemeen werd aangenomen dat een dergelijke incidentele blootstelling geen reëel risico van een asbestziekte met zich bracht, was generalisering hier mijns inziens (inderdaad) niet toelaatbaar. Het later ontdekte mesotheliom behoorde, wat betreft de bijbehorende ‘drempelwaarde’, tot een andere gevaarscategorie dan de ziekte asbestose.

Gezien het voorgaande vind ik de generaliserende benadering van Hof en Hoge Raad in het Legionella-arrest

minder gelukkig.⁶⁵ De aangesproken whirlpoolhandelaar was immers weliswaar 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 de 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. Ik denk dat het zuiverder was geweest, indien het debat in de Legionella-zaak op objectivering, in plaats van op generalisering, was toegespitst. Eerlijk gezegd kan ik mij ook niet aan de indruk onttrekken dat achter het arrest eigenlijk een objectiveringsgedachte schuilgaat, namelijk de gedachte dat de desbetreffende whirlpoolhandelaar het gevaar van aërosolvorming gewoonweg behoorde te kennen. In die zin vind ik het toepassen van generalisering hier verhullend.

Al met al denk ik dat de Nederlandse rechter zijn voordeel zou kunnen doen met de Anglo-Amerikaanse benadering van de generalisering, en meer in het bijzonder met de ‘categorie van het voorzienbare’ als criterium ter bepaling van de reikwijdte van die generalisering. Een belangrijke vraag in dit verband is echter nog onderbelicht gebleven. Ik doel op de vraag naar de *afbakening* van die categorie van het voorzienbare. Met andere woorden: wanneer kan een bepaald (niet-kenbaar) risico nog worden beschouwd als een ‘variant van het voorzienbare’, en wanneer niet meer? Gezien de recente beslissing van de Hoge Raad in de meergenoemde asbestzaak, mede tegen de achtergrond van de in paragraaf 3 besproken ratio van de kenniseis, denk ik dat de idee van *gedragsnormering* bij de beantwoording van deze vraag de invalshoek zou moeten vormen. Dienen zich in een concreet geval twee verschillende risico’s aan ter fundering van de onrechtmatigheid, te weten: een kenbaar en een niet-kenbaar risico, dan is generalisering mijns inziens slechts toelaatbaar indien de desbetreffende risico’s gezien hun aard en ernst zozeer van gelijke orde zijn, dat de kennis van de laedens omtrent het eerstbedoelde risico voldoende is geweest voor een (onbewuste) afstemming van zijn gedrag op het tweede, niet-kenbare risico. In twijfelgevallen zal de rechter zich moeten afvragen of hij door generalisering de laedens niet in feite afrekenet op een risico waarop deze zijn gedrag redelijkerwijs niet heeft kunnen afstemmen. Zo ja, dan is generalisering volgens mij uitgesloten.

Een illustratie van de geschetste benadering biedt het arrest van de Hoge Raad in de bodemverontreinigingszaak van de Staat tegen Shell. In de desbetreffende procedure deed de Staat, afgezien van zijn beroep op het bodemsaneringsbelang – dat uiteindelijk afstuitte op het ontbreken van kennis daaromtrent –, tevens een beroep op een ander algemeen belang, te weten: de volksgezondheid.⁶⁶ De Staat betoogde, kort gezegd, dat Shell

61. Vgl. in die zin ook, in het kader van het derde element van de kenniseis, de Amerikaanse zaak *Palsgraf v. Long Island Railroad Co.* (1928), 162 *NE* 99.

62. HR 17 februari 2006, *LJN* AU6927.

63. Zie bijv. HR 25 juni 1993, *NJ* 1993, 686 m.nt. PAS (*Cijsouw I*).

64. Gemakshalve ga ik op dit punt voorbij aan de bewijsperikelen, die na verwijzing naar het Gerechtshof te ’s-Gravenhage nog aan de orde zullen moeten komen. Vgl. r.o. 4.8 van het arrest van de Hoge Raad.

65. HR 29 november 2002, *NJ* 2003, 549 m.nt. *JBMV* (*Legionella*), besproken in paragraaf 6.

66. Zie HR 30 september 1994, *NJ* 1996, 196 m.nt. CJHB (*Staat/Shell*). Terzijde merk ik op dat het arrest overeenkomsten vertoont met de hierboven behandelde Engelse zaak ‘Cambridge Water’.

voor de ontstane saneringskosten hoe dan ook moest opdraaien, omdat zij haar vervuilende activiteiten reeds met het oog op het (kenbare) belang van de volksgezondheid achterwege had moeten laten. A-G Koopmans koos voor een vergelijkbare generaliserende benadering.⁶⁷ De Hoge Raad verwierp evenwel het betoog van de Staat, omdat Shell volgens hem ten tijde van de vervuiling níét onzorgvuldig had gehandeld met het oog op het belang van de volksgezondheid. Ter onderbouwing overwoog de Hoge Raad dat het begraven van gevaarlijke stoffen destijds – de vervuiling dateerde van de jaren vijftig van de vorige eeuw – met het oog op de volksgezondheid juist als een veilige oplossing werd beschouwd.⁶⁸ In die zin stonden het belang van de volksgezondheid en dat van de bodemsanering hier dus niet op één lijn.

10. Conclusie

‘Wat niet weet, wat niet deert’, aldus het bekende gezegde dat tot titel van deze bijdrage is gekozen. De rijke casuïstiek van de gevaarzettingsjurisprudentie toont in zekere zin de onjuistheid van dat gezegde aan. Ook onbekende gevaren leiden in het dagelijkse leven tot schade, en soms wordt er door de nietsvermoedende laedens zelfs schade toegebracht aan belangen die hij ten tijde van zijn gevaarzettende gedrag nog helemaal niet kon kennen. In een ander opzicht ligt in het gezegde juist een grote kern van waarheid. Het herinnert ons immers aan het belang van de kennis van een persoon voor de beoordeling van zijn gedrag. Wat iemand niet weet, behoort hem ook niet te deren, tenzij er goede redenen zijn voor het tegendeel.

Wanneer zijn er goede redenen voor het tegendeel? In twee situaties, zo heb ik hierboven uitgewerkt. In de eerste plaats, wanneer de subjectieve kennis van de laedens onder een bepaalde maatschappelijke standaard is gebleven. In zo’n situatie moet objectivering plaatsvinden. In de tweede plaats, wanneer het kennisgebrek van de laedens niet ter zake doet, omdat de laedens zijn gedrag toch al met het oog op een ander, wél kenbaar risico had moeten aanpassen. In die situatie is generalisering de aangewezen weg.

Objectivering heeft in zekere zin (althans voor juristen) iets natuurlijk. De laedens die schade veroorzaakt door het in het leven roepen van een risico dat hij behoort te kennen, handelt onzorgvuldig – dat lijkt welhaast een kwestie van taalkundige logica. Toch heb ik hierboven verdedigd dat van het objectiveringsinstrument niet al te lichtvaardig gebruik mag worden gemaakt. Objectivering kan een zaak maken of breken. Het al of niet kiezen voor objectivering door de rechter kan van grote invloed zijn op de aanvaardbaarheid van de desbetreffende beslissing. Ik heb daarom in paragraaf 8 gepleit voor een consequente en degelijke motivering van het kenbaarheidsoordeel.

Generalisering is vooral problematisch door haar ongrijpbaarheid. 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 en zodoende de schade had kunnen voorkomen. Een dergelijke onbegrensde vorm van generalisering, die in de recente asbestzaak door de rechtbank was gehanteerd, gaat volgens de Hoge Raad, en ook naar mijn mening, te ver. In paragraaf 9 heb ik gepleit voor een terughoudender vorm van generalisering en heb ik, bij wijze van suggestie, gewezen op de Anglo-Amerikaanse benadering van het generaliseringsinstrument. In die benadering is generalisering slechts toelaatbaar indien het niet-voorzienbare risico kan worden beschouwd als een ‘variant of the foreseeable’. Ik heb uiteengezet hoe de Nederlandse rechter mijns inziens met die benadering zijn voordeel zou kunnen doen. Het recente arrest van de Hoge Raad in de bedoelde asbestzaak acht ik in dit verband een belangrijke stap voorwaarts.

Al met al is hierboven gebleken dat de kennis eis in kwesties van maatschappelijke zorgvuldigheid een cruciale rol vervult als voorportaal van de onrechtmatigheid. De kennis van de laedens kan met recht, zoals Vranken eens heeft gezegd, een ‘constituerend element’ van de zorgvuldigheidsnorm worden genoemd.⁶⁹ Tegen die achtergrond heb ik gepleit voor een consequente, principiële en zuivere benadering van de kennis eis. Ik ben ervan overtuigd dat een dergelijke benadering het beeld van de maatschappelijke zorgvuldigheid kan verscherpen.

67. Zie zijn conclusie bij het arrest onder 14.

68. Zie r.o. 3.8.5 van het arrest.

69. J.B.M. Vranken, ‘Zorgvuldigheidsnorm en aansprakelijkheid voor bodemverontreiniging uit het verleden’, *WPNR* 1990-5955, p. 213.