

Taxus revisited. Een kleine taxonomie van het kennisvereiste

Prof. mr. C.C. van Dam *

1 Inleiding

In 1994 schreef ik in Nieuwsbrief BW een annotatie bij het Taxus-arrest van de Hoge Raad.¹ De feiten zijn bekend: Verkoulen deponeerde een taxusstruik op een afvalhoop, dicht bij het land van Hulsbosch. Twee van Hulsbosch' paarden aten van de taxusstruik, als gevolg waarvan zij overleden. Verkoulen stelde dat hij niet wist dat het eten van taxus fataal kan zijn voor paarden en dat hij daarom niet onzorgvuldig had gehandeld. De aansprakelijkheid van Verkoulen werd tot in hoogste instantie afgewezen, omdat hij het risico van taxus niet had behoeven te kennen. In zijn NJ-noot mopperde Brunner dat hiermee stadse onwetendheid ook voor het platteland als maatstaf van maatschappelijke zorgvuldigheid leek te zijn aanvaard.

Kennis is macht. Zeker in een maatschappij waar informatie-asymmetrie wijdverbreid is. Vandaar dat in het verbintenissenrecht informatie- en mededelingsplichten zijn ontwikkeld die beogen bij te dragen aan een evenwichtige spreiding van informatie, zodat beslissingen (zoals het sluiten van een contract of het betreden van een terrein) zo veel mogelijk op basis van juiste en adequate informatie kunnen worden genomen.²

Uit Taxus blijkt dat niet alleen kennis, maar ook onwetendheid soms macht kan betekenen, omdat zij iemand kan beschermen tegen aansprakelijkheid. Onwetendheid impliceert dan het ontbreken van kennis omtrent het bestaan van een risico voor iemands persoon, goed of vermogen. Onwetendheid beschermt iemand echter slechts bij uitzondering tegen aansprakelijkheid. Zeker bij personenschade wordt kennis doorgaans aan de veroorzaker toegerekend. Dat kan echter anders zijn als kennis in objectieve zin geheel ontbreekt, ook in geval van risicoaansprakelijkheid.

In 1994 besprak ik in mijn annotatie een aantal remedies tegen onwetendheid. In deze bijdrage ga ik uitgebreider in op de verschillende wijzen waarop het kennisvereiste een rol kan spelen in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht: door objectivering van het kennisvereiste (par. 2), door het opleggen van verplichtingen indien onvoldoende kennis van het risico bestaat (par. 3), door soms aansprakelijkheid aan te nemen voor een onbekend risico (par. 4), door het kennisvereiste te subjectiveren bij zuiver nalaten (par. 5) en door het aanvaarden van de stand van wetenschap en techniek als bodemvereiste bij fout- en risicoaansprakelijkheid (par. 6).

2 Objectivering van kennis

2.1 Objectieve toetsing

Toerekening van kennis is de meest gebruikelijke manier om gebrek aan kennis te corrigeren. Dit gebeurt door *kennis objectief te toetsen*: het is voldoende als iemand bekend behoort te zijn met het risico. Wat een deelnemer aan het maatschappelijk verkeer behoort te weten van risico's wordt veelal bepaald door een objectief vergelijkingstype. Beschikt iemand niet over de kennis van deze maatman of maatvrouw, dan impliceert dit niet steeds persoonlijke schuld, maar is dit, in de woorden van Langemeijer, het risico van onze algemene menselijke feilbaarheid.³

Het vergelijkingstype varieert met de rol die iemand in het maatschappelijk verkeer speelt en derhalve met de aard van de gedraging.⁴ De veroorzaker dient te beschikken over de kennis die hoort bij de rol die hij in het maatschappelijk verkeer speelt. Van een arts, een advocaat en een notaris wordt verwacht dat zij weten wat hun redelijk bekwame en redelijk handelende collega weet.⁵ De vereiste kennis wordt dus niet alleen geobjectiveerd, maar ook gedifferentieerd.⁶ Zo behoort een surfer te begrijpen dat een surfplank windgevoelig is.⁷ En

* Prof. mr. C.C. van Dam is hoogleraar International Business and Human Rights aan de Erasmus Universiteit Rotterdam, bijzonder hoogleraar European Tort Law aan de Universiteit Maastricht en Visiting Professor aan King's College London.

1. HR 22 april 1994, NJ 1994/624 m.nt. C.J.H. Brunner, VR 1995/82 (Taxus); C.C. van Dam, Aansprakelijkheid voor giftige planten en struiken, NbBW 1994, afl. 9, p. 94-96.
2. Zie J.B.M. Vranken, Mededelings-, informatie- en onderzoeksplichten in het verbintenissenrecht, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1989; C.C. van Dam, Zorgvuldigheidsnorm en aansprakelijkheid (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1989; K.J.O. Jansen, Informatieplichten: over kennis en verantwoordelijkheid in contractenrecht en buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2012.

3. Langemeijer/Schrage, De gerechtigheid in ons burgerlijk vermogensrecht, Deventer: Kluwer 1994, p. 37.
4. Zie bijv. HR 26 maart 1982, NJ 1983/335 m.nt. C.J.H. Brunner (IBC/Slokkers) en HR 6 januari 1989, NJ 1989/282 (NTH/Van Houwelingen).
5. HR 9 november 1990, NJ 1991/26 (Speeckaert/Gradener).
6. C.C. van Dam, Aansprakelijkheidsrecht, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000, p. 912-916.
7. HR 23 juni 1989, VR 1991/154 m.nt. H.A. Bouman (Surfplank). In casu werd geen aansprakelijkheid aangenomen, omdat degene die de plank op de auto had gelegd als meteorologische leek geen rekening had hoeven houden met het ontstaan van een windwerveling.

waarom zou iemand die op het platteland woont niet behoren te weten welke gewassen giftig zijn voor dieren?

2.2 *Risico van algemene bekendheid*

Veel risico's zijn van *algemene bekendheid*. Het gaat dan om feiten die iedere volwassen deelnemer aan het maatschappelijk verkeer bekend zijn (benzine is brandbaar, arsenicum is giftig). Ook als iemand zich op het standpunt stelt dat hij een dergelijk risico niet kende, zal hem dat niet kunnen baten. Een dergelijk risico behoort de gedaagde bekend te zijn. Risico's van algemene bekendheid worden iemand steeds toegerekend, ongeacht zijn rol in het maatschappelijk verkeer.⁸

Wanneer een risico geacht kan worden van algemene bekendheid te zijn, valt in abstracto moeilijk aan te geven. Het kan ook van de plaatselijke omstandigheden afhangen. Brunner betoogde dat het op het platteland van algemene bekendheid is dat taxus gevaarlijk is voor paarden. In de stad hoeft dit niet het geval te zijn. Verkoulen was blijkbaar een stadse platteland.

2.3 *Onderzoeksplicht bij risico's in algemene zin*

Als een risico in algemene zin bekend is, kan een onderzoeksplicht bestaan naar de vraag of het risico zich in een concreet geval zal voordoen. Dat is met name het geval bij voortdurende activiteiten, zoals het gebruik van een machine of een gevaarlijke stof, maar bijvoorbeeld ook bij dynamische risico's, zoals bij een massamanifestatie. In deze gevallen moet steeds worden onderzocht welke risico's zich kunnen verwezenlijken en hoe groot de kans daarop is.

De omvang van deze onderzoeksplicht wordt bepaald door de omvang van het risico enerzijds en de bezwaarlijkheid van het doen van onderzoek anderzijds. Hoe groter het risico, des te meer onderzoek kan worden gevegd. Bij minder ernstige risico's zullen de kosten, tijd en moeite van het onderzoek eerder voldoende gewicht in de schaal kunnen leggen.⁹

Gaat het om onderzoek naar het risico van (ernstige) gezondheidsschade, dan speelt de bezwaarlijkheid hiervan een ondergeschikte rol. Te denken valt aan inbreuken op het recht op leven, gezondheid en lichamelijke integriteit.¹⁰ Zo brengt de zorgplicht van de werkgever voor de veiligheid van de werkplek mee dat hij bij aantasting van de gezondheid van één of meer van zijn werknemers door een door hem te verwerken of te produceren stof onder meer moet aangeven

'(...) 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, onderscheidenlijk waarom een dergelijk onderzoek of dergelijke voorzieningen redelijkerwijs niet van hem konden worden gevegd'.¹¹

Gaat het om minder fundamentele rechten, zoals het recht op eigendom, dan kan een onderzoeksplicht ontbreken. Dat bleek in *Taxus*, waarin de rechten van paarden en hun eigenaren minder hoog werden aangeslagen. In *Uien Koprot* ging het om schade aan gewassen en ontbrak eveneens een onderzoeksplicht: *Bildtpollen* kende noch behoorde de mogelijke gevaren verbonden aan het achterblijven van uienresten (de plantenziekte *koprot*) te kennen en volgens de Hoge Raad hoefde zij zich over deze gevaren evenmin te laten voorlichten.

Anders dan bij deze agrarische risico's is de Hoge Raad strenger als het gaat om milieurisico's. Zo oordeelde de Hoge Raad dat een gemeente jegens latere bewoners onrechtmatig handelde door onderzoek naar de geschiktheid van de grond voor woningbouw achterwege te laten, toen zij de grond uitgaf en zij reden had aan die geschiktheid te twijfelen.¹² In hetzelfde kader oordeelde de Hoge Raad dat er zelfs reden kan zijn voor eigen onderzoek indien deskundigen nog niet inzien welke risico's bestaan.¹³

Een laatste voorbeeld waarin de onderzoeksplicht een rol speelt, is bij de bijzondere zorgplicht van de bank.¹⁴ Deze zorgplicht kan ook jegens derden gelden. In *Safe Haven* ging het om beleggingsactiviteiten van *Safe Haven* die in strijd waren met de financiële toezichtwetgeving en die de bank faciliteerde door het beschikbaar stellen van een bankrekening.¹⁵ De Hoge Raad nam in dit arrest aan dat uit de bijzondere zorgplicht van de bank een onderzoeksplicht voortvloeit naar het door rekeninghouders al dan niet in strijd handelen met de financiële toezichtwetgeving. Na dit arrest is discussie ontstaan over de vraag of de onderzoeksplicht pas ontstaat als de bank zich van het gevaar bewust is geworden (de bewoordingen van het arrest van de Hoge Raad lijken daarop te wijzen), dan wel dat zij al ontstaat als de bank zich had behoren te realiseren dat de rekeninghouder mogelijk in strijd met de wet handelde. In 2014 koos Hof Amsterdam voor de laatstgenoemde variant.¹⁶

8. Vgl. art. 149 lid 2 Rv: 'Feiten of omstandigheden van algemene bekendheid, alsmede algemene ervaringsregels mogen door de rechter aan zijn beslissing ten grondslag worden gelegd, ongeacht of zij zijn gesteld, en behoeven geen bewijs.'

9. Zie bijv. HR 9 oktober 1981, NJ 1982/332 m.nt. C.J.H. Brunner (*Barberbeek/Juurlink*). Zie ook HR 14 juni 2002, NJ 2003/428 (*Interpolis/Obragas*).

10. Zie over fundamentele rechten in het aansprakelijkheidsrecht C.C. van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015, nr. 101-107.

11. HR 6 april 1990, NJ 1990/573 m.nt. P.A. Stein, VR 1991/88 (*Janssen/Nefabas*).

12. HR 9 oktober 1992, NJ 1994/286 m.nt. C.J.H. Brunner (*Maassluis/Van Bergen e.a.*).

13. HR 9 oktober 1992, NJ 1994/289 m.nt. C.J.H. Brunner (*Pakwoningen/Van Bergen e.a.*). Zie ook HR 13 november 1987, NJ 1988/139 (*Haagse gasfabriek*) en HR 19 februari 1993, NJ 1994/290 m.nt. C.J.H. Brunner (*Groningen/Erven Zuidema*).

14. Zie reeds HR 9 januari 1998, NJ 1999/285 m.nt. W.M. Kleijn (*Mees-Pierson/Ten Bos*).

15. HR 23 december 2005, NJ 2006/289 m.nt. M.R. Mok (*Safe Haven*).

16. Hof Amsterdam 18 maart 2014, JOR 2014/136 (*Stichting Belangenbehartiging Gedupeerde Beleggers/ABN AMRO*).

2.4 *Risico was binnen organisatie bekend (kennismanagement)*

Bedrijven, organisaties en overheden moeten niet alleen beschikken over de kennis die hoort bij hun rol in het maatschappelijk verkeer, maar zij moeten hun organisatie ook zodanig inrichten dat deze kennis op de juiste tijd en plaats beschikbaar is en gebruikt wordt.¹⁷

De Hoge Raad heeft het belang van een deugdelijk kennismanagement binnen organisaties in diverse arresten bevestigd. Wanneer een organisatie als eenheid naar buiten optreedt, moet de kennis die binnen die organisatie aanwezig is en behoort te zijn, op alle relevante plaatsen kunnen worden gereproduceerd en gebruikt. De omvang of de gecompliceerdheid van een organisatie is geen excuus voor een vertraging in het verstrekken van de informatie of voor het niet op de juiste plaats beschikbaar zijn daarvan.¹⁸

Met het voorgaande hangt samen dat als een bedrijf, organisatie of overheid een klacht of informatie van derden ontvangt, zij adequaat dient te reageren door de informatie naar het juiste onderdeel van de organisatie te geleiden en zo nodig maatregelen te treffen.¹⁹ Dat geldt bijvoorbeeld voor waterschappen, wegbeheerders, luchtverkeersleiding en politie. Zij zijn daarmee nog niet aansprakelijk, maar kunnen zich niet meer verweren met de onbekendheid van het risico; op hen rust bovendien in beginsel de bewijslast dat op adequate wijze op de informatie is gereageerd.

3 Onduidelijke risico's: terughoudendheid, observeren of voorzorg

In de vorige paragraaf ging het om de onderzoeksplicht met betrekking tot de vraag of een op zichzelf bekend risico in een concreet geval aan de orde is. Een onderzoeksplicht kan echter ook in andere gevallen bestaan, zoals indien een risico niet bekend is, dan wel hierover twijfel bestaat. Onderzoek is wegens tijdgebrek niet altijd mogelijk en als onderzoek wel mogelijk is, leidt dit niet altijd tot duidelijke conclusies. Daarom komt het regelmatig voor dat twijfel blijft bestaan over de aanwezigheid van een risico.

Bestaat twijfel over het risico of is onderzoek niet mogelijk, dan is dit op zichzelf geen beletsel om aan te nemen dat de betrokkene het risico had behoren te kennen (vergelijk art. 3:11 van het Burgerlijk Wetboek, BW). Er zijn echter ook andere mogelijkheden indien twijfel bestaat over de aanwezigheid of de omvang van een risico, indien een goede risico-inschatting technisch niet mogelijk is of als hiervoor de tijd ontbreekt. In deze gevallen kan er reden zijn voor terughou-

dendheid, voor een observatieplicht of voor een toepassing van het voorzorgsbeginsel.

Terughoudendheid betekent dat als een minder riskante weg mogelijk is, deze moet worden gekozen. Het Bundesgerichtshof oordeelde in het geval waarin sprake was van een onduidelijke voorrangssituatie (uitrit of zijweg):

‘(...) spricht die Vorfahrtregelung nicht eindeutig zugunsten eines Verkehrsteilnehmers, so muss er von der Rechtsbedeutung ausgehen, die ihm ungünstiger ist und eine höhere Sorgfalt abverlangt’.²⁰

Hetzelfde geldt als een advocaat de heersende leer in de literatuur volgt die echter (nog) geen bevestiging had gevonden in de rechtspraak en de rechtspraak vervolgens een andere route kiest.²¹

Een *observatieplicht* heeft de Hoge Raad in Dorpshuis Kamerik mogelijk geacht:

‘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 klaar zetten van vuilniszakken en dat van 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 ófwel weet of gegronde redenen heeft om aan te nemen dat het om een vloeistof gaat die bij aanraking met de mens geen gevaar oplevert, ófwel de betreffende vuilniszak onder controle houdt en degenen die de zak aan wil pakken waarschuwt voor de aanwezigheid daarin van een emmertje met een mogelijk gevaarlijke vloeistof.’²²

De gevaarlijke vloeistof mocht dus alleen uit het oog worden verloren indien men wist of gegronde reden had om aan te nemen dat de stof voor de mens geen risico opleverde. Was er reden tot twijfel, dan had de stof in de gaten moeten worden gehouden en hadden anderen moeten worden gewaarschuwd voor mogelijke, zij het onbekende risico's.

Deze observatieplicht mag niet worden generaliseerd, zo bleek in *Taxus*. Zij kan volgens de Hoge Raad

‘(...) in ieder geval niet worden aanvaard, indien het gaat om planten of struiken, waarvan de giftigheid niet van

17. Zie in het bijzonder B.M. Katan, Toerekening van kennis aan rechtspersonen: een vuistregel voor 'standaardgevallen', WPNR (2014) 7039, p. 1081 e.v.

18. HR 13 november 1987, NJ 1988/139 (Haagse gasfabriek); HR 9 januari 1998, NJ 1998/586 m.nt. M.M. Mendel (Van Dam/Rabobank); HR 29 januari 1999, NJ 1999/651 m.nt. P. Clausing (Scheck/Sluyter).

19. HR 8 januari 1999, NJ 1999/319 m.nt. A.R. Bloembergen (Waterschap West-Friesland/Kaagman).

20. BGH 5 oktober 1976, VersR 1977/58.

21. HR 29 november 1991, NJ 1992/808 m.nt. C.J.H. Brunner (P/A). Zie ook HR 2 april 1982, NJ 1983/367 m.nt. C.J.H. Brunner (Smael/Moskowitz).

22. HR 8 januari 1982, NJ 1982/614 m.nt. C.J.H. Brunner (Dorpshuis Kamerik).

algemene bekendheid is. De in het maatschappelijk verkeer betamende zorgvuldigheid reikt niet zóver 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.²³

De Hoge Raad heeft aan de observatieplicht geen verdere toepassing gegeven dan in Dorpshuis Kamerik. De reden dat hij er in *Taxus* en *Uien Koprot*²⁴ niet van wilde weten, kan te maken hebben met de aard van het risico: in deze gevallen ging het om een risico op zaakschade, terwijl het in Dorpshuis Kamerik ging om een risico op ernstige letselschade.²⁵

Bij een onzeker of onduidelijk risico kan mogelijk ook het *voorzorgsbeginsel* worden toegepast. Over dit beginsel zelf bestaat echter de nodige onzekerheid. Het speelt vooral een rol in gevallen waarin, gelet op de beschikbare wetenschappelijke en technische kennis, onzekerheid bestaat over het bestaan en de omvang van een risico voor gezondheid, veiligheid en milieu, dan wel geen zekerheid bestaat dat een activiteit niet schadelijk is.²⁶

Het uitgangspunt is hier dat onder omstandigheden ook maatregelen moeten worden genomen als de realiteit en de ernst van het risico nog niet met zekerheid zijn aangetoond. Onzekerheid omtrent het risico laat het nemen van voorzorgsmaatregelen dus onverlet.²⁷ Het gaat bij het voorzorgsbeginsel om een niet-vastomlijnd begrip, waarbij zowel de mate van onzekerheid als de te nemen maatregelen afhangen van de omstandigheden van het geval, zoals de ernst van de te verwachten schade en de kosten van de te nemen maatregelen.²⁸ Dit kan zelfs betekenen dat pas als uit onderzoek positief blijkt dat er geen risico bestaat, geen voorzorgsmaatregelen hoeven te worden genomen of dat genomen maatregelen kunnen worden ingetrokken. Dorpshuis Kamerik is een voorbeeld van toepassing van het voorzorgsbeginsel *avant la lettre*.

Het voorzorgsbeginsel zou kunnen leiden tot het moeten afzien van een activiteit totdat positief vaststaat dat geen sprake is van een (ernstig) risico. Dat is echter niet altijd wenselijk,

bijvoorbeeld als aan een activiteit grootschalige maatschappelijke voordelen zijn verbonden, zoals bij de nanotechnologie. In zulke gevallen kan van de gebruikers van de technologie wel voortdurend en systematisch onderzoek worden geveerd naar mogelijke gezondheidsrisico's.²⁹

4 Het ene risico was niet bekend, maar het andere wel

Soms zijn aan een activiteit of een zaak meerdere risico's verbonden, waarbij het ene risico niet bekend is en het andere wel. Onbekendheid met het ene risico is dan niet relevant als wel kennis bestaat (behoort te bestaan) van een ander risico waartegen dezelfde voorzorgsmaatregelen effectief zouden zijn geweest. Als voorzorgsmaatregelen tegen het bekende risico hadden moeten worden genomen en deze zouden ook het onbekende risico hebben kunnen beperken of elimineren, kan onbekendheid met dit ene risico de gedaagde niet baten en handelt hij desondanks onzorgvuldig.

In *Cijsouw/De Schelde* ging het om het bekende risico van asbestose in combinatie met het onbekende risico van mesothelioom:

'Indien de werkgever te kort is geschoten in zijn verplichting om al die veiligheidsmaatregelen te nemen welke waren vereist met het oog op de haar bekende gevaren van het werken met asbest en dit verzuim de kans dat de werknemer een tot een mesothelioom leidend asbestkristal zou binnenkrijgen, in aanmerkelijke mate heeft verhoogd, is de werkgever ingevolge art. 1638x (oud BW) voor de daaruit voortvloeiende schade aansprakelijk, ook al heeft die nalatigheid geleid tot de verwezenlijking van een haar toen niet bekend gevaar (mesothelioom). Zulks is slechts anders, indien de werkgever aannemelijk maakt dat het nemen van de destijds vereiste veiligheidsmaatregelen de verwezenlijking van het gevaar van mesothelioom waarschijnlijk niet had kunnen voorkomen.'³⁰

Een soortgelijke redenering werd toegepast in de zaak van de legionellabesmetting op de Westfriese Flora in 1999, als gevolg waarvan 32 bezoekers overleden. Een whirlpoolhandelaar had onvoldoende maatregelen genomen tegen het algemene risico van legionella, een risico dat hem bekend behoorde te zijn. Dat hij niet wist op welke wijze en met welke buitengewoon ernstige gevolgen dit risico zich op de Westfriese Flora kon verwe-

23. HR 22 april 1994, NJ 1994/624 m.nt. C.J.H. Brunner, VR 1995/82 (*Taxus*); de Dorpshuis Kamerik-regel had hier buiten beschouwing kunnen blijven als zou zijn aangenomen dat de tuineigenaar het risico van *taxus* had behoren te kennen.

24. HR 7 april 2006, NJ 2006/244 (*Uien Koprot*).

25. Zie ook Jansen 2012, par. 4.4.10.

26. EHRM 27 januari 2009, zaak 67021/01, AB 2009/285 (*Tatar/Roeme-nië*), par. 120.

27. A.Ch.H. Franken, Het voorzorgsbeginsel in het aansprakelijkheidsrecht – een verkenning, AV&S 2010, p. 185 e.v.

28. E.H.P. Brans & K. Winterink, Onzekerheid en aansprakelijkheid voor schade door klimaatverandering. Welke rol speelt het voorzorgsbeginsel?, in: *Naar aansprakelijkheid voor (de gevolgen van) klimaatverandering?* (preadviezen van de Vereniging voor Milieurecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012, p. 121 e.v.

29. Bij nanotechnologie gaat het om technieken met minuscule materialen die onder meer worden toegepast in geneesmiddelen, voedsel, verzorgingsproducten en kunstmatige organen. Bij de toepassing van deze nieuwe technieken bestaat echter onbekendheid en onzekerheid over de risico's voor mens en natuur. Zie uitvoeriger onder meer E.R. de Jong, *Tussen fabel en feit. Over aansprakelijkheidsrechtelijke normstelling aan de hand van nanotechnologie*, NJB 2011, p. 2836-2843.

30. HR 25 juni 1993, NJ 1993/686 m.nt. P.A. Stein (*Cijsouw/Schelde I*).

zenlijken, baatte hem niet, omdat hij dit risico met maatregelen tegen het hem bekende risico had kunnen voorkomen.³¹

5 Subjectieve kenbaarheid en bewustzijn van het risico (zuiver nalaten)

Subjectieve kennis is slechts bij uitzondering vereist voor aansprakelijkheid. Een van de weinige gevallen is de situatie waarin sprake is van zuiver nalaten.³² Bij zuiver nalaten gaat het om een situatie waarin de aangesproken persoon geen bijzondere relatie heeft met de onroerende zaak waar de schade is veroorzaakt, noch met de roerende zaak die bij het ontstaan van de schade is betrokken, noch met de primaire veroorzaker en noch met het potentiële slachtoffer. In dergelijke gevallen geldt slechts bij hoge uitzondering op iemand een verplichting tot een doen.

De maatstaf voor de aanwezigheid van een dergelijke plicht in gevallen van zuiver nalaten gaf de Hoge Raad in het Broodbezorger-arrest. Het ging om het geval waarin kinderen de broodbezorger niet hadden gewaarschuwd voor een touwtje dat over een voetpad naar een huis was gespannen. Er moest van worden uitgegaan dat de kinderen het touwtje niet zelf hadden gespannen en dat er voor hen geen speciale relatie bestond met de plaats van het ongeval of met het slachtoffer. De Hoge Raad oordeelde vervolgens, dat

‘(...) van een rechtsplicht om een waargenomen gevaarsituatie 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’.³³

In dit soort gevallen gaat het er dus niet om dat het risico voor de aansprakelijk gestelde persoon kenbaar was of dat hij het risico daadwerkelijk kende, maar dat hij zich dat risico had gerealiseerd, met andere woorden: zich van dat risico bewust was. Dit gaat dus nog een stap verder dan een zuiver subjectieve toetsing van de kenbaarheid.

6 Stand van wetenschap en techniek

6.1 Foutaansprakelijkheid

De stand van wetenschap en techniek fungeert als bodemvereiste voor kenbaarheid. Wat voor geen mens kenbaar is, behoeft door niemand te worden gekend. Dat geldt niet alleen bij foutaansprakelijkheid, maar ook bij veel vormen van risicoaansprakelijkheid.³⁴

Bij de stand van wetenschap en techniek gaat het in de praktijk vooral om de bekendheid van de onjuistheid van medische diagnoses en therapieën, om de bekendheid van de risico's van producten (met name geneesmiddelen) en technologieën, en om de bekendheid van stoffen die bedrijfsmatig worden gebruikt of verwerkt, zoals asbest en oplosmiddelen. Hoewel voor gevaarlijke stoffen en gebrekkige producten vormen van risicoaansprakelijkheid gelden, speelt ook daarbij de stand van wetenschap en techniek nog altijd een rol.

Een risico wordt doorgaans niet van de ene op de andere dag ontdekt. Vaak ontstaan eerst vermoedens op grond van een statistisch verband en wordt pas later een causaal verband aangetoond. Niet zelden komt de wetenschap niet verder dan vermoedens. Na de ontdekking van het risico zal er enige tijd kunnen verstrijken voordat daarover in de vakpers wordt gepubliceerd. Vervolgens kan het even duren voordat de kennis over het risico in de maatschappij in bredere zin terecht komt.

Bier heeft er terecht op gewezen dat het vaststellen van de kenbaarheid van het risico in dit soort gevallen problematisch is:

‘Over de aard en de omvang van een risico en de oorzaken en de gevolgen, kunnen grote verschillen van mening bestaan, vooral in de fase dat het eventuele bestaan van een risico net bekend wordt. De grens tussen een “onbekend” risico en een “kenbaar” risico, is daarom niet altijd scherp te trekken.’³⁵

Volgens de Hoge Raad hangt het in een dergelijk geval van de omstandigheden van het geval af op welk moment een verplichting ontstaat tot het nemen van maatregelen die het risico kunnen voorkomen of beperken. In het kader van de werkgeversaansprakelijkheid met betrekking tot het asbestrisico overwoog hij:

‘(...) daarbij zal onder meer van belang zijn welke mate van zekerheid in de medische wetenschap omtrent bedoeld verband ontstaat, of het gaat om een stof waarvan al andere schadelijke werkingen bekend zijn en de ernst van het gevaar, terwijl voorts rekening valt te houden met enig tijdsverloop, gemoeid met het door de werkgever ter zake te verrichten onderzoek’.³⁶

Dit tijdsverloop kan zeer beperkt zijn indien informatie via brancheorganisaties of internet eenvoudig is te verkrijgen.

6.2 Risicoaansprakelijkheid

Ook bij risicoaansprakelijkheid voor zaken kan kenbaarheid van het risico een voorwaarde zijn. Hier gaat het niet om bij

31. HR 29 november 2002, NJ 2003/549 m.nt. J.B.M. Vranken (Westfriese Flora). Na verwijzing oordeelde Hof Amsterdam 25 oktober 2007, NJF 2007/523, dat de whirlpoolhandelaar met het risico bekend had behoren te zijn; dit is een objectivering van het kennisvereiste (par. 2).

32. Van Dam 2000, nr. 1601.

33. HR 22 november 1974, NJ 1975/149 m.nt. G.J. Scholten (Broodbezorger).

34. Van Dam 2000, nr. 907.

35. L. Bier, *Aansprakelijkheid voor bedrijfsongevallen en beroepsziekten*, Deventer: Kluwer 1988, p. 192 en 201.

36. HR 25 juni 1993, NJ 1993/686 m.nt. P.A. Stein, VR 1993/171 (Cijssouw/De Schelde I), met verwijzing naar HR 6 april 1990, NJ 1990/573 m.nt. P.A. Stein, VR 1991/88 (Janssen/Nefabas).

een individu aanwezige of aan hem toe te rekenen kennis, maar om een beperking van de risicoaansprakelijkheid tot risico's die op grond van de stand van de wetenschap en techniek bekend zijn.³⁷

Zo is de producent van een gebrekkig product niet aansprakelijk, indien hij kan aantonen '(...) dat het op grond van de stand van de wetenschappelijke en technische kennis op het tijdstip waarop hij het product in het verkeer bracht, onmogelijk was het bestaan van het gebrek te ontdekken' (art. 6:185 lid 1 sub e BW).

Bij de aansprakelijkheid voor gevaarlijke stoffen ex art. 6:175 BW moet het gaan om een stof 'waarvan bekend is dat zij zodanige eigenschappen heeft, dat zij een bijzonder gevaar van ernstige aard voor personen of zaken oplevert'. Hiertoe is voldoende dat dit gevaar bekend is in de kring van hen die in het maatschappelijk verkeer met de betreffende stof te maken hebben.³⁸ Het komt erop neer dat alleen dan niet aan de bekendheidseis is voldaan als het gevaar van de stof ook in de wetenschap niet bekend was.³⁹

Ook bij art. 6:173 BW geldt een kennisbodem:

'De bezitter van een roerende zaak waarvan 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, is, wanneer dit gevaar zich verwezenlijkt, in beginsel aansprakelijk.'

Hier heeft de kennis dus betrekking op het bijzondere gevaar dat het gebruik van de zaak kan veroorzaken. Dit gevaar moet bekend zijn in de kring waartoe de aansprakelijke persoon behoort.⁴⁰

Alleen art. 6:174 BW stelt geen expliciet kennisvereiste. De bezitter van een gebrekkige opstal is in beginsel steeds aansprakelijk als de opstal niet voldoet aan de eisen die men daaraan in de gegeven omstandigheden mag stellen.⁴¹ In Wilnis overwoog de Hoge Raad echter dat een risico in beginsel niet voor rekening van de bezitter komt als het specifieke gevaar dat zich heeft verwezenlijkt naar de toenmalige stand van de wetenschap en de techniek niet bekend was.⁴² Anders dan bij productaansprakelijkheid gaat het hier echter niet om een onmogelijkheid het risico te kennen, maar om de vraag wat onder dijkbezitters destijds de stand van wetenschap en techniek was. Dit kennisvereiste is bij art. 6:174 BW onderdeel van het

gebreks criterium en niet een apart verweer, zoals bij art. 6:185 BW het geval is.⁴³

7 Afronding

Uit het voorgaande blijkt dat iemand zijn aansprakelijkheidsrisico kan verlagen door zijn kennis bij te houden van de risico's die verbonden zijn aan zijn gedragingen. En dat wie zijn kennis niet bijhoudt daarvan de gevolgen veelal zal moeten dragen, omdat hem de ontbrekende kennis zal worden toegerekend, ook al valt hem niets te verwijten. Alleen in gevallen van zuiver nalaten kan iemand zich van de domme houden en zeggen dat hij het risico niet kende of dat hij het zich niet had gerealiseerd (par. 5).

Anders gezegd: er zijn risico's waarvan we weten dat we ze kennen (de *known knowns*), risico's waarvan we weten dat we ze niet kennen (de *known unknowns*) en risico's waarvan we niet weten dat we ze niet kennen (de *unknown unknowns*).⁴⁴ Van de risico's waarvan we weten dat we ze kennen (*known knowns*), behoort iemand op de hoogte te zijn voor zover zij zich kunnen voordoen als gevolg van zijn gedragingen in het maatschappelijk verkeer; daarbij moet hij tevens nagaan of deze risico's zich in een concrete situatie voordoen (par. 2). Als sprake is van risico's waarvan we weten dat we ze niet kennen (de *known unknowns*) kan behoedzaamheid, onderzoek, observatie of voorzorg zijn geboden (par. 3). En over kennis van risico's waarvan we niet weten dat we ze niet kennen (de *unknown unknowns*) hoeft niemand te beschikken (par. 6). Zodra echter twijfels aan de horizon verschijnen, kan een *unknown unknown* veranderen in een *unknown known* en kan behoedzaamheid, onderzoek, observatie of voorzorg aan de orde zijn.

Aldus kent niet alleen onze feitelijke kennis van risico's vele tinten, maar is ook de normatieve kennis van het aansprakelijkheidsrecht rijkgeschakeerd. Het ruim twintig jaar oude Taxus-arrest vormde met dit jubileumnummer de inspiratie voor een kleine taxonomie van deze schakeringen. Kennis van het risico, van objectief tot subjectief en alles daartussenin, blijft een cruciaal kantelpunt in het aansprakelijkheidsrecht.

37. In contractuele verhoudingen is dit anders: als iemand een niet door hemzelf geproduceerd gebrekkig product verkoopt, komt het gebrek voor zijn rekening, ongeacht of hij het gebrek kende of behoorde te kennen: HR 27 april 2001, NJ 2002/213 (Oerlemans/Driessen).

38. Kamerstukken II 1988/89, 21202, 3, p. 42 (MvT).

39. Bauw, Onrechtmatige daad (losbl.), art. 175, aant. 27.

40. Parl. Gesch. Boek 6, p. 750. Zo ook Van Dam 2000, nr. 1315.

41. Parl. Gesch. Inv. Boek 6, p. 1378.

42. HR 17 december 2010, NJ 2012/155 m.nt. T. Hartlief (Wilnis).

43. Zie ook P. van den Broek & J. Kruijswijk Jansen, 'State of the art' als begrenzing van opstalaansprakelijkheid. Dijkdoorbraak Wilnis (HR 17 december 2010, LJN BN6236), MvV 2011, p. 111-118.

44. Naar Donald Rumsfeld: <www.defense.gov/transcripts/transcript.aspx?transcriptid=2636>.