

Handle with care!

Handle with care!

De waarschuwingsplicht in het buitencontractuele
aansprakelijkheidsrecht

Rede

in verkorte vorm uitgesproken bij de aanvaarding van het
ambt van hoogleraar privaatrecht, in het bijzonder
burgerlijk recht en burgerlijk procesrecht,
aan de Universiteit Utrecht op woensdag 9 november 2005

door

mr. I. Giesen

Boom Juridische uitgevers
Den Haag
2005

© 2005 Ivo Giesen / Boom Juridische uitgevers

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet van 1912 gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden veeleelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voorzover het maken van reprografische veeleelvoudingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet 1912 dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet 1912) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.cedar.nl/pro).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

ISBN 90 5454 643 3

NUR 822

www.bju.nl

Inhoudsopgave

1	<i>How am I different:</i> toch maar weer een aantal voorbeelden (casus) om mee te beginnen1	7
2	Wat vandaag te gebeuren staat	9
3	Wat voor de toekomst op stapel staat	11
3.1	Algemeen: explicitering van wat impliciet dreigt te blijven	11
3.2	Onderzoek naar het aansprakelijkheidsrecht	12
3.3	Onderzoek naar het burgerlijk procesrecht en de rechtspleging	14
4	Hoe dat dan gestalte zou moeten krijgen	17
4.1	Verantwoording vooraf	17
4.2	Methodologie voor toekomstig onderzoek: een multidimensionale benadering	18
4.3	De methode van vandaag	21
5	De waarschuwing als juridisch fenomeen	25
5.1	Inleiding	25
5.2	Het kader: de waarschuwing als deel van het algemene onrechtmatige daadsrecht	26
5.2.1	Zorgplicht en <i>Kelderluik</i>	26
5.2.2	Voorzorg en waarschuwing	27
5.2.3	Het arrest <i>Staat/Daalder</i>	30
5.2.4	Het arrest <i>Annema/Staat</i>	31
5.2.5	Het arrest <i>Hartmann/PJIAE</i> ofwel het <i>Jetblast</i> -arrest	33
5.2.6	St. Maarten na het <i>Jetblast</i> -arrest	36
5.2.7	Navolging in de lagere rechtspraak: een objectieve norm	38
5.2.8	De doctrine rondom het arrest inzake de <i>jetblast</i>	40

5.3	Rechtsvergelijking: kort iets over waarschuwingsplichten in de VS	42
5.4	Neveneffect: de causaliteit is gegeven met de zorgplichtschending	44
5.5	Op zoek naar juridische (en andere) argumenten voor de nieuwe lijn	47
5.6	Tussenconclusie: een effectieve waarschuwing, wat is dat?	54
6	De waarschuwing als psychologisch fenomeen	59
6.1	Wat is een waarschuwing eigenlijk?	59
6.1.1	Inleiding	59
6.1.2	Een omschrijving van een waarschuwing	59
6.2	Perceptie	61
6.3	Aandacht	65
6.4	Beslissen: wanneer is een waarschuwing effectief?	67
6.4.1	Metten van effecten	67
6.4.2	Beslissingen en 'biases'	69
6.4.3	Invloed op de effectiviteit van een waarschuwing: kosten	72
6.4.4	Invloed op de effectiviteit van een waarschuwing: andere variabelen	76
6.4.5	Invloed op de effectiviteit van een waarschuwing: inschatten van kansen en vooroordelen	79
6.5	De effectieve waarschuwing als norm: een beperkte zegen	82
7	Het psychologisch fenomeen juridisch ingekapseld	87
7.1	Inleiding	87
7.2	Terugkoppelen: terug naar de oude norm	88
7.3	Gevolgen voor (de werkwijze van) onze rechtsvormers?	90
8	Afronding: <i>Waiting for the sun</i>	95

Mijnheer de rector magnificus, gewaardeerde en geliefde toehoorders*

1 *How am I different: toch maar weer een aantal voorbeelden (casus) om mee te beginnen*¹

Over de meanderende wegen door de groene heuvels van zonnig Maine, in het noordoosten van de Verenigde Staten, rijdt een zilvergrijze Oldsmobile. Aimee Mann schalt uit de autoradio. Net linksaf geslagen, rijdend op de Route 136 North van Freeport naar Auburn, gaat de chauffeur bij het induiken van de zoveelste behoorlijk scherpe bocht over de top van de zoveelste heuvel, opeens op de rem staan. Gevraagd door de bijrijdster waarom er opeens op een compleet lege weg zo drastisch geremd moet worden, wijst de chauffeur slechts naar het groene bordje, op 80 centimeter hoogte, rechts van de weg, in de berm, met daarop de tekst: ‘*Caution: Blind Child*’.

Dezelfde dag, uren later, een motel, een wat verlepte, maar wel van 78 kanalen en afstandsbediening voorziene televisie, een commercial loeit: koopt u toch vooral deze prachtige nieuwe, snelle, goed wendbare auto, kijk toch eens hoe deze bolide mooi en degelijk in de bocht hangt, terwijl die net iets te snel door het machtige landschap raast. In zo’n auto kan iedereen een coureur zijn, althans zich zo wanen. En heel klein onder in beeld verschijnt en verdwijnt de tekst: ‘*Professional Driver on Closed Circuit. Keep Safe Speed Limits*’.

Twee weken later, de zilvergrijze Oldsmobile raast door het ruige landschap dat het decor vormt voor de Interstate 76 tussen Pittsburgh en Philadelphia, rotsformaties trekken harde lijnen door een onbewolkte horizon. Langs deze weg, met regelmaat te zien, de driehoek, roodomrand, in het midden een pic-

* Met dank aan Maaïke Stouten voor haar onderzoeksassistentie (spit-, speur- en kopieerwerk), aan Rene Zeelenberg, Albert Verheij, Netty van Buren-Dee, Willem van Boom en Josje Arnoldi voor hun kritische kanttekeningen bij eerdere versies, en aan Aliefka Bijlsma en Lonneke Stevens voor het spontane meedenken. Het onderzoek voor deze rede werd afgesloten op 1 september 2005.

1. Volgens J.B.M. Vranken, *Mr. C. Aser’s handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Algemeen Deel****, Deventer: Kluwer 2005, nr. 3 en nr. 5 e.v., is het gebruik van casus een van de typische voorbeelden van de wijze waarop wij in Nederland omgaan met het burgerlijk recht, en daarmee is het een van de denkramen die ons helpen, maar ook hinderen bij ons werk, te weten dezelfde omgang met datzelfde burgerlijk recht. Omdat denkramen weliswaar hinderen, maar ons ook helpen, voel ik me vrij om dit denkraam hier toch in te zetten. De ermee gepaard gaande valkuil van het werken vanuit ingesloten vooronderstellingen hoop ik in het hiernavolgende te omzeilen.

togram van vallende rotsblokken en een waarschuwingstekst eronder: *'Falling rocks'*.

Graag zou ik op dit moment reeds van de gelegenheid gebruik willen maken om de universiteit en de faculteit te bedanken voor het in mij uitgesproken vertrouwen. Er is moed voor nodig om een nog jonge en dus ook in veel opzichten onervaren hoogleraar aan te stellen, zeker als het om een van de kernleerstoelen gaat en de betrokkene ook meteen als vice-voorzitter van een disciplinegroep moet functioneren.

Geachte decaan, beste Adriaan, in jou dank ik de instituties waar jij voor staat, voor dat vertrouwen. Mocht ik het ooit beschamen, dan zul je me ongetwijfeld met zachte drang daarvan gewaar doen worden.

2 Wat vandaag te gebeuren staat

Ik wil u vandaag onderhouden over de waarschuwing in het aansprakelijkheidsrecht. Waarschuwingplichten spelen op vele terreinen en deelgebieden van het privaatrecht een grote of kleine rol. Ik zal mij daarom moeten beperken. De waarschuwing speelt geregeld in het overeenkomstenrecht, maar dan meestal onder de naam informatieplicht. Vooral ten opzichte van aannemers en banken wordt aangenomen dat zij een informatieplicht in de zin van een waarschuwingplicht hebben.² Maar bijvoorbeeld ook notarissen dienen door middel van waarschuwingen voorzienbare schade te voorkomen.³

Daarnaast speelt de waarschuwingplicht ook in het onrechtmatige daadsrecht een rol als mogelijke katalysator voor aansprakelijkheid, uiteraard pas als achteraf blijkt dat er ten onrechte niet of onvoldoende gewaarschuwd werd. De waarschuwing speelt die rol echter met name op het terrein van de aansprakelijkheid voor gebrekkige producten, zoals medicijnen met bijwerkingen.⁴ Op het vlak van het algemene onrechtmatige daadsrecht kennen wij de waarschuwingplicht op zich ook al enige tijd, maar zonder dat deze werkelijk als een

-
2. Zie bijv. art. 7:754 en 7:760 lid 2 BW; HR 25-11-1994, *NJ* 1995, 154 (Stokkers/Vegt Vloeren); HR 18-9-1998, *NJ* 1998, 818 (KPI/Leba); HR 8-10-2004, *NJ* 2005, 52 (NSC/Pongers) voor aannemers, en HR 9-1-1998, *NJ* 1999, 285 m.nt. WMK (MeesPierson/Ten Bos); HR 26-6-1998, *NJ* 1998, 660 m.nt. C.J. van Zeben (Van de Klundert/Rabobank); HR 23-5-1997, *NJ* 1998, 192 m.nt. C.J. van Zeben (Rabobank/Everaars); HR 11-7-2003, *NJ* 2005, 103 m.nt. C.E. du Perron (Kouwenberg/Rabobank) voor banken. Zie verder bijv. C.E.C. Jansen, *Towards a European building contract law*, diss. KUB 1998, p. 281 e.v.; C.E.C. Jansen, H.W.R.A.M. Janssen, De precontractuele waarschuwingplicht van de aannemer, *BR* 2004, p. 363 e.v.; W.H. van Boom, Bancaire zorgplicht en eigen verantwoordelijkheid van de belegger, *NTBR* 2003, p. 555 e.v.; S.B. van Baalen, *Rien ne va plus*. Over opties, zorg en aansprakelijkheid, *VrA* 2004, p. 46 e.v., en J.M. Barendrecht, E.J.A.M. van den Akker, *Informatieplichten van dienstverleners*, Deventer: Tjeenk Willink 1999, nr. 230-232 (bank) en 364 (aannemers). De laatste auteurs onderscheiden ook een algemene (buitencontractuele) waarschuwingplicht voor dienstverleners (zoals bank en notaris) gebaseerd op het arrest van de Struikelende broodbezorger (HR 22-11-1974, *NJ* 1975, 149 m.nt. GJS en § 5.2), zie *a.w.*, nr. 69 en 270 e.v., hetgeen navolging gevonden lijkt te hebben in HR 2-2-2001, *NJ* 2002, 379 m.nt. HJS (X./Vonk Beheer).
 3. De eventuele aansprakelijkheid van de notaris kan gebaseerd zijn op wanprestatie of op onrechtmatige daad, zie D.T. Boks, *Notariële aansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer 2002, p. 16 e.v. en p. 30-31, maar omdat meestal in elk geval de wanprestatie aan de orde zal zijn, schaar ik deze vorm van aansprakelijkheid hier onder de contractuele aansprakelijkheid en ga ik er verder goeddeels aan voorbij. Vgl. verder bijv. HR 20-1-1989, *NJ* 1989, 766 m.nt. EAAL (Groninger Huwelijksvoorwaarden) en de *Dicky Trading*-arresten (HR 18-12-1992, *NJ* 1994, 91 m.nt. EAAL en HR 26-1-1996, *NJ* 1996, 607 m.nt. WMK), alsmede Boks, *a.w.*, m.n. p. 65 e.v., en de conclusie van A-G Huydecoper voor HR 19-11-2004, C03/190, *LJN* AR5917 (Corubouw/X.), nr. 17 e.v.
 4. Zie bijv. *Onrechtmatige Daad* (Stolker), Art. 186, Aant. 5.2; L. Dommering-van Rongen, *Productaansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer 2000, p. 54 e.v.

speciaal belangrijk type zorgplicht op de voorgrond getreden is.⁵ Daarin lijkt verandering te zijn gekomen, zoals nog zal blijken.

Binnen het onrechtmatige daadsrecht is vervolgens de vraag naar het causale verband bij nagelaten waarschuwingen nog een belangrijk subthema, speciaal door de daaraan verbonden bewijskwestie die onder de noemer ‘omkeringsregel’ al enige tijd ons leven, daarmee bedoel ik dan het onderzoeksleven van ‘ons civilisten’, geselt met steeds maar weer wisselende perspectieven en mogelijke toepassingen.⁶ Ik zou graag helemaal aan de causaliteitsvraag voorbij zijn gegaan, maar zoals hierna nog blijkt, was dat niet mogelijk.⁷

Naast het verhaal dat ik u wil vertellen over waarschuwingsplichten in het algemene onrechtmatige daadsrecht (§ 5 e.v.), wil ik u graag tevens iets vertellen, anders dan bij civielrechtelijke oraties wellicht de gewoonte is, over wat ik in de toekomst aan de Utrechtse universiteit zou willen doen en hoop te bereiken qua onderzoek, en ik wil u bovendien ook nog iets vertellen over de methode die ik daarbij denk te gaan gebruiken. Ik zal met deze laatste twee thema’s beginnen en kom dan terug op de waarschuwingsplicht als een *voorbeeld* van hoe ik onderzoek zou willen doen en van de methode die ik daarbij zou willen benutten.

Graag zou ik op dit moment reeds van de gelegenheid gebruik willen maken om de studenten aan onze faculteit toe te spreken. Ik verzeker jullie dat ik mijn uiterste best zal doen om juridisch onderwijs op hoog niveau aan te bieden. Dat is dan wat mij betreft onderwijs dat waar mogelijk, anders dan bij een oratie, interactief is, al zal dat met de Utrechtse studentenaantallen niet in elk vak kunnen, en tevens onderwijs dat waar mogelijk veel vraagt van de student, maar vooral ook onderwijs – ik hoop dat dat mijn bijdrage kan zijn – dat jullie enthousiasmeren kan, net zoals ik ooit enthousiast geraakt ben voor de studie waar jullie, al dan niet bij gebrek aan beter, voor gekozen hebben.

5. Zie de rechtspraak zoals besproken in § 5.2 hierna.

6. Zie over de ‘omkeringsregel’ o.a. I. Giesen, *Toezicht en aansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer 2005, p. 204 e.v.; W.D.H. Asser, *Bewijslastverdeling*, Deventer: Kluwer 2004, nr. 185 e.v., en natuurlijk A.J. Akkermans, *De ‘omkeringsregel’ bij het bewijs van causaal verband*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002. Volgens Spier, zie zijn conclusie voor HR 20 mei 2005, *RvdW* 2005, 75 (B./Zee Electronics), nr. 4.14, is er wel een consistente lijn en bestaat er een grondpatroon waarop wordt voortgeborduurd. Hoe dat er dan precies uitziet, meldt hij ons helaas niet. M.i. zijn wij langzamerhand weer terug bij het rechterlijk vermoeden van causaliteit waar deze regel uit voortgekomen is.

7. Zie hierna § 5.4, alwaar blijkt dat de causaliteitskwestie in nauw verband staat met (de reikwijdte van) de zorgplicht bij waarschuwingen.

3 Wat voor de toekomst op stapel staat

3.1 Algemeen: explicitering van wat impliciet dreigt te blijven

In de weken, maanden en jaren na vandaag wil ik mijn onderzoek gaan richten op de bestudering en analyse van het civielrechtelijke aansprakelijkheidsrecht (§ 3.2) en het burgerlijk procesrecht (§ 3.3), het liefst zo veel mogelijk in onderlinge samenhang beschouwd en het liefst zo veel mogelijk in samenhang met de overige onderzoekers van het Molengraaff Instituut en de faculteit. Ik zal daarbij, noch voor het aansprakelijkheidsrecht, noch voor het procesrecht, veel tijd besteden aan beschrijvingen van geldend recht, en ook niet aan de techniek van en de specifieke dogmatiek op die terreinen, niet omdat dat niet belangrijk zou zijn, integendeel, maar omdat daar niet mijn grootste kracht ligt.

In plaats daarvan hoop ik met iets meer afstand, en dus iets lossier van het geldende recht, mijn visie op de ontwikkelingen en de ‘grote lijnen’ binnen de twee genoemde vakgebieden te kunnen ventileren. Ik stel mij daarbij ten doel de rechtspolitieke keuzes die er elke dag gemaakt worden door de rechtsvormers in Nederland en elders, en de argumenten die cruciaal zijn voor de beslissingen die zij nemen, bloot te leggen. Ik wil gaan expliciteren wat naar mijn smaak nu nog te vaak impliciet blijft. Waar ik derhalve naartoe wil, ik zeg het Vranken na, al is het maar als een streven, is een *rechtswetenschap* die zeker juridisch-dogmatisch mag zijn, maar wel de dogmatiek anders, en vooral opener, benadert; een wetenschap die meer disciplines in ogenschouw neemt, consequenties structureel overdenkt,⁸ en een rechtswetenschap die meer los komt te staan van het gel-

8. Er zou m.i. dus meer naar de (maatschappelijke) gevolgen van bepaalde juridische uitkomsten moeten worden gekeken, zie ook J.M. Barendrecht, De geest van de hoogleraar van toen, *NJB* 2000, p. 85. Welke consequenties heeft bijvoorbeeld een uitspraak over aansprakelijkheid van een producent in verband met het onvoldoende waarschuwen tegen bijwerkingen van een medicijn? Dat het medicijn niet meer gemaakt wordt, ook als het wellicht meer baten oplevert dan er nadelen zijn? Dit gebrek aan ‘vooruit denken’, dat past bij het, in de woorden van *Asser-Vranken****, nr. 39 e.v., ontbreken van een feitelijke grondslag voor veel beslissingen, is overigens deels terug te voeren op de intuïtie van een ‘desire for retribution’, ongeacht de eventuele nadelige gevolgen daarvan, vgl. J. Baron, *Judgment misguided*, OUP: New York 1998, p. 121-124. Zie nader § 6.3.

dende recht.⁹ Ik kom hier zo meteen op terug (§ 4), want wij spreken zodoende eigenlijk al over de te hanteren methode.

3.2 Onderzoek naar het aansprakelijkheidsrecht

Eerst echter nog iets meer over het aansprakelijkheidsrecht. Werkelijk interessant om te onderzoeken op dat vlak is voor de komende periode wat mij betreft met name de ontwikkeling van dat vakgebied als geheel. Dat klinkt wellicht banaal of zelfs als een gemeenplaats, maar dat is het niet, want het terrein heeft naar mijn mening een overkoepelende analyse nodig. Er wordt veel onderzoek gedaan naar veel vragen van en rondom aansprakelijkheid, maar het grotere geheel wordt weinig onder de loep genomen. En dat terwijl er diverse vragen op antwoord wachten. Wat is de richting, de koers die het aansprakelijkheidsrecht is ingeslagen en wat zou die richting moeten zijn? Welk programma of paradigma is voor het aansprakelijkheidsrecht beschikbaar en bruikbaar? Wat staat er te gebeuren (claimcultuur?) en is dat erg? Welke rol speelt welke rechtsvormer, en dat bedoel ik dan inclusief de wetenschap, daarbij? Wie zet de koers of richting uit, is dat nog steeds de Hoge Raad of wordt dat weer de wetgever?¹⁰ Welke methode past daarbij het best?

Ik zie daarbij twee sporen, een procesmatig traject en een inhoudelijk traject. Procesmatig voorzie ik de noodzaak dat bijvoorbeeld een zogenoemd 'Periodiek Overleg van Rechtsvormers' (wetgever, rechter én doctrine)¹¹ geïnstalleerd zou moeten worden, om samen de grote thema's van deze tijd aan te

9. Zie *Asser-Vranken****, nr. 148 en 149. Ik sluit mij zodoende dus aan bij de wens die Hartlief, Het aansprakelijkheidsrecht anno 2004: wat doet de Hoge Raad?, *AV&S* 2004, p. 249, uitspreekt in de richting van de Hoge Raad, namelijk dat deze meer de rechtspolitieke kant van de zaak zou kunnen belichten, terwijl Hartlief verder hoopt dat er een impuls uit de literatuur komt. In de *Baby Kelly*-zaak (HR 18 maart 2005, *RvdW* 2005, 42) is hiermee m.i. overigens wel een bescheiden begin gemaakt door de Hoge Raad, vgl. ook T. Hartlief, Hollandse toestanden: de Hoge Raad over 'wrongful life', *NTBR* 2005, p. 244-245, maar het zou nog explicieter kunnen (en moeten).

10. Op het Justitiedepartement circuleerde enige jaren geleden het plan om het aansprakelijkheidsrecht te herijken, maar concrete vervolgstappen zijn naar mijn weten niet genomen. Bij dezen dan ook de oproep aan betrokkenen om hiermee verder te gaan. Mijns inziens is het nodig om het terrein vanuit een brede visie te lijf te gaan.

11. Zie *Asser-Vranken****, nr. 71, waarin de wetenschap expliciet bij de rechtsvorming betrokken wordt. Zo ook W. van der Burg, *Dynamisch recht*, oratie UvT, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001, p. 7. Hartlief, *AV&S* 2004, p. 240, laat zien dat de positie van de doctrine als rechtsvormer vooralsnog niet zodanig is dat nu al van een zelfstandige rol gesproken kan worden. Als gezegd, wat mij betreft moeten wij daar wel naar toe.

kunnen pakken. Voor het aansprakelijkheidsrecht betreft het dan in elk geval de vermeende claimcultuur, de normeringstendensen en andere vormen van zelfregulering of private regelgeving, en de rol die mediation in het aansprakelijkheidsrecht gaat of kan gaan spelen. Zo'n 'Periodiek Overleg van Rechtsvormers' (POR) zou kunnen bestaan uit vertegenwoordigers van de drie genoemde kringen en zou de rechtsontwikkeling een stevige duw in de rug kunnen geven en kunnen bespoedigen (ten aanzien van bijvoorbeeld de aandelenlease-zaken werd meermalen op de noodzaak van afstemming gewezen¹²) en onze omgang met de op het vlak van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht nogal onvolledige codificatie nader kunnen regelen.¹³

Een ander procesmatig punt is dat wij wat mij betreft zouden moeten afstappen van het louter reageren op 'incidenten', meer bepaald het zoveelste arrest van de Hoge Raad waarin als altijd weer een nieuwe subregel wordt aangeboord. Doen wij dat niet, dan zijn wij in wezen geen haar beter dan de politiek, die wij als wetenschappers steeds verwijten geen aandacht te hebben voor het privaatrecht.¹⁴

Inhoudelijk meen ik, naast de al genoemde thema's, een tendens – althans in de literatuur – te bespeuren (tot mijn vreugde!) in de richting van meer open afwegingen, en meer inhoudelijk, rechtspolitiek gestuurde beslissingen.¹⁵ Om die manier van werken in de toekomst goed uit te kunnen voeren moet echter meer van de beschikbare onderzoeks aandacht daarop gericht (gaan) worden. Een tweede tendens die nader onderzoek vergt – in eerste instantie voor het aansprakelijkheidsrecht, maar eigenlijk breder, voor het gehele privaatrecht en

-
12. Zo o.a. door M. Ynzonides, in een interview door A. Oudshoorn en C. Rijkenberg (zie *AA* 2005, p. 468); J.F. Verheijen, De kwalificatie van een aandelenlease-overeenkomst; huurkoopovereenkomst of overeenkomst sui generis, *WPNR* 6604 (2005), p. 28, en door de Commissie Geschillen Aandelenlease, *Over lenen, leasen en verliezen*, Den Haag 2004, p. iii.
 13. Vgl. daarover o.a. I. Giesen, Codificatie en dynamiek in het schadevergoedingsrecht, in: J.B.M. Vranken, I. Giesen, *Codificatie en dynamiek*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 139 e.v.
 14. Vgl. Van der Burg, *a.w.*, p. 7; J.M. Barendrecht, Door muren kijken. Suggesties voor de hervorming van de civiele cassatierechtspraak, *NJB* 2002, p. 300, en I. Giesen, De 'achterblijvers' van de rechtsontwikkeling, *WPNR* 6494 (2002), p. 448 (noot 7). Uiteraard laat dit onverlet dat een 'incident' best een gereede aanleiding kan vormen voor een bredere beschouwing over een bepaald thema. Deze rede is daar, naar ik hoop, een voorbeeld van.
 15. Zie Hartlief, *AV&S* 2004, p. 249, en de diverse pogingen daartoe in J.B.M. Vranken, I. Giesen, *De Hoge Raad binnenstebuiten*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, uitvoerig besproken (en op dit punt kritisch ondersteund) door A.J. Verheij, Tilburgse toekomstperspectieven over taak en plaats van de Hoge Raad, *WPNR* 6558 (2003), p. 917 e.v.

het burgerlijk procesrecht – betreft de opkomst, plaats en gevolgen van de zogenoemde ‘private’ of ‘alternatieve regelgeving’.¹⁶

3.3 *Onderzoek naar het burgerlijk procesrecht en de rechtspleging*

Ik liep er al op vooruit. Naast het aansprakelijkheidsrecht zal het burgerlijk procesrecht, en eigenlijk iets breder, de rechtspleging, het tweede speerpunt in mijn onderzoek gaan vormen. De mogelijkheden die ik op dat vlak zie, liggen wat mij betreft, aansluitend bij de hiervoor al uitgezette lijn, opnieuw bij de ontwikkelingen in den brede en bij de hoofdlijnen.

Naast de verdere voortgang en de afronding van de fundamentele herbezinning van het burgerlijk procesrecht,¹⁷ die de sectie procesrecht kritisch zal blijven volgen en becommentariëren, ligt het in de rede om het onderzoek nu en in de periode na afronding van die herbezinning te gaan toeleppen op de verdere bestudering van de fundamentele rechten en waarden die achter het burgerlijk procesrecht schuilgaan, grofweg, de beginselen van procesrecht.¹⁸ Zo wordt direct een brug geslagen naar het Utrechtse onderwijs op dat vlak.

De belangrijkste reden om hierop te focussen is dat de invloed van met name het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) op ons burgerlijk procesrecht weliswaar steeds duidelijker is geworden,¹⁹ maar tegelijker-

16. Zie J.B.M. Vranken, Niets in het recht is blijvend, behalve verandering, *WPNR* 6560 (2004), p. 1 e.v.; J.B.M. Vranken, I. Giesen, *Codificatie en dynamiek*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, en *Asser-Vranken****, nr. 78 e.v.

17. Na de verschijning van het Interimrapport in 2003 (W.D.H. Asser, H.A. Groen, J.B.M. Vranken, m.m.v. I.N. Tzankova. *Een nieuwe balans. Interimrapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003) wordt op het moment van schrijven van deze oratie gewacht op het Eindrapport van de commissie. Naar verluidt verschijnt dat rapport niet voor eind oktober 2005. Omdat op dat moment deze rede al in druk was, kan ik er hier niet verder op ingaan.

18. Zie over die beginselen in algemene zin P.A.M. Meijknecht, *Infrastructuur en hoofdbeginselen van burgerlijk procesrecht*, 2e druk, Deventer: Kluwer 2005, p. 63 e.v.; H.J. Sniijders, M. Ynzonides, G.J. Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht*, 3e druk, Deventer: Kluwer 2002, p. 24 e.v., en voor een eerste aanzet in de richting die ik bedoel: I. Giesen, Fundamentele ontwikkelingen in de rechtspleging, *NJB* 2005, p. 471 e.v.

19. Waarbij uiteraard de proefschriften van A. Knigge (*Effectieve toegang tot het civiele geding*, Deventer: Tjeenk Willink 1998) en P. Smits (*Artikel 6 EVRM en de civiele procedure*, Deventer: Tjeenk Willink 1996) niet onvermeld mogen blijven. Verder noem ik nog R.A. Lawson, K. Teuben, De redelijke termijn in het Nederlands burgerlijk procesrecht, in: E.M. Hoogervorst e.a. (red.), *Termijnen*, Deventer: Kluwer 2004.

tijd daarover nog onvoldoende helderheid bestaat,²⁰ zeker indien wij de situatie voor het burgerlijk procesrecht vergelijken met de stand van zaken op het vlak van de invloed en doorwerking van het EVRM op het bestuursrecht en het strafprocesrecht, terwijl de ontwikkelingen in Straatsburg door blijven gaan.²¹ De gekozen focus biedt overigens meteen de gelegenheid om over de grenzen van het eigen vakgebied heen ook andere delen van de rechtspleging in Nederland te aanschouwen en becommentariëren.

Graag zou ik op dit moment reeds van de gelegenheid gebruik willen maken om de collega's Grosheide, Hondius, Boele-Woelki, Oostwouder en Bartels te bedanken. Ik dank jullie, Willem, voor de nog immer creatieve, schier onuitputtelijke energiebron die je bent; Ewoud, voor de getoonde genereusheid, zeker waar het gaat om het ter beschikking stellen van je machtige internationale netwerk; Katharina, voor het tonen van de wijsheid van het kunnen observeren en geduldig wachten om toe te slaan als het moet en kan; Wilco, voor het immer pregnant aanwezige, soms bijna irritante optimisme op het juiste moment, vooral als ik weer eens bestuurlijk in de put zat in het soms troebele afgelopen jaar, en Steven, vooralsnog alleen nog maar – in de wetenschap dat wij elkaar in de toekomst nog veel zullen ondersteunen – voor het enkele feit van jouw komst naar het Molengraaff Instituut, omdat die komst mij in elk geval al oneindig veel rust geboden heeft.

20. Ik noem als voorbeeld slechts de vraag in hoeverre de notie van partijautonomie te rijmen is met de eisen die het Europese Hof voor de Rechten van de Mens stelt, vgl. Giesen, *NJB* 2005, p. 472, met verdere verwijzingen.

21. Zie bijv. A.M.L. Jansen, *Constitutionalisering van het bestuursprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2004, en A.E. Harteveld e.a. (red.), *Het EVRM en het Nederlandse strafprocesrecht*, 3e druk, Deventer: Kluwer 2004. Het is wat mij betreft de bedoeling om genoemd onderzoek in samenwerking met specialisten uit het bestuursrecht en strafprocesrecht te gaan verrichten.

4 Hoe dat dan gestalte zou moeten krijgen

4.1 Verantwoording vooraf

Naast de vermelding van wat er zoal staat te gebeuren binnen het Molengraaff Instituut de komende jaren, had ik u ook beloofd om nader in te gaan op de manier waarop dat zojuist aangekondigde onderzoek dan uitgevoerd zou moeten gaan worden. Welke methode gaat daarbij gebruikt worden?

Allereerst. Ik leg deze verantwoording hier en nu niet alleen af omdat ik als zovelen een voorstander ben van het verantwoorden (hoe kan men daar overigens tegen zijn?) van wat iemand als wetenschapper doet. Anders dan wellicht gebruikelijk in het juridische metier wil ik namelijk toe naar een situatie waarin die verantwoording vaker vooraf geschiedt (zoals ik nu doe) en niet louter achteraf, als de uitkomsten al bekend zijn, hoewel dit lastig te controleren zal zijn.²² De methode van onderzoek dient te worden verantwoord, maar waar dat nu stevast in de inleiding van het onderzoeksverslag gebeurt, maar wel pas achteraf als het onderzoek al klaar is, zou dat eigenlijk tevoren moeten geschieden, bijvoorbeeld als een verplicht nummer in een oratie, uiteraard met de mogelijkheid om achteraf of per specifiek onderzoek dat verslag te verfijnen. Voordat het onderzoek wordt aangevat, zou duidelijk en helder moeten zijn wat er gaat gebeuren en hoe.

Volgens deze norm zal ik dus zelf vandaag ook al moeten aangeven wat ik wil gaan doen (zie § 3) en vooral ook hoe ik dat wil doen. Ik ga dat proberen, niet alleen voor het specifieke thema van vandaag (zie § 4.3), maar met name ook meer in het algemeen voor het onderzoek dat ik straks wil gaan doen (§ 4.2). Het type van onderzoek dat ik voor ogen heb en mijn manier van rechtswetenschap bedrijven, dwingt ook tot een stevige ‘methodologische disciplinerings’, tot het verantwoorden van wat er te gebeuren staat. Ik citeer Vranken: ‘Het afleggen van verantwoording (...) is de eerste en belangrijkste eis waaraan rechtswetenschappelijk onderzoek moet gaan voldoen, zowel in relatie

22. De praktische problemen die dat met zich brengt in termen van extra tijd en ruimte, neem ik na ampele afweging (vgl. mijn *NJB*-opinie, verschenen rond oktober 2005, in de speciale aflevering gewijd aan de *Asser-Vranken***) op de koop toe.

tot de praktijk als in relatie tot andere wetenschappen. Wat wordt onderzocht, waarom en hoe?²³ Hierna gaat het dan met name nog om het 'hoe'.

4.2 *Methodologie voor toekomstig onderzoek: een multidimensionale benadering*

Ik ga vandaag niet alleen de juridische merites bespreken van de waarschuwingsplicht in het aansprakelijkheidsrecht, maar ik wil laten zien wat er mogelijk is als wij onze onderzoeksgrond iets ruimer maken en bijvoorbeeld, zoals vandaag, enkele resultaten uit de cognitieve psychologie erbij halen. Daarover zo dadelijk meer.

Meer in het algemeen wil ik de komende jaren trachten om de juridische blik te verbreden, in eerste instantie mijn eigen blik en daarna wellicht ook die van de andere onderzoekers alhier. Ik wil proberen om de resultaten uit andere disciplines te betrekken bij het – want dat blijft zo – vanuit een juridische invalshoek uit te voeren onderzoek.

Mijn gedachten hierover zijn niet van de afgelopen maanden, maar zijn gevormd gedurende de afgelopen jaren. Ik noem het resultaat daarvan zelf 'argumentatieve rechtsvergelijking', hetgeen hierop neerkomt dat ik mij richt op het achterhalen en expliciet maken, in eerste instantie via rechtsvergelijking,²⁴ van de argumenten voor of tegen een bepaalde oplossing voor een bepaald probleem. Ik wil de echte, al dan niet juridische redenen achterhalen en daarbij de rookgordijnen omzeilen die de werkelijke rechtspolitieke keuzes omgeven, zodat gefundeerd voor een bepaalde oplossing kan worden gekozen. Het gaat bij dit alles dus in eerste instantie om de argumentatie, en omdat die argumentatie niet strikt juridisch van aard hoeft te zijn, sterker nog, dat vaak niet zal zijn, wil ik bewerkstelligen dat daarbij tevens gebruik wordt gemaakt van inzichten die andere wetenschappen bieden. Dat kan de rechtseconomie zijn, of de psychologie, de bestuurskunde of de politicologie, bedrijfskunde of organisatiekunde, maar misschien ook de communicatiewetenschap, et cetera. Ik wil dus zo veel mogelijk bronnen van argumenten, zo veel mogelijk perspectieven mee-

23. *Asser-Vranken****, nr. 152.

24. Waarbij ik dan het oog heb op zowel de interne als de externe rechtsvergelijking, inclusief de ontwikkelingen op Europees terrein (EU en EVRM).

nemen.²⁵ Laat ik proberen nog voorzichtiger te zijn: ik wil zo weinig mogelijk potentiële bronnen voor argumenten bij voorbaat uitsluiten. Deze benadering zou men dan multidisciplinair kunnen noemen, maar ik spreek in alle bescheidenheid liever, net als Van Boom, van een *multidimensionale benadering*.²⁶

Deze benadering zal ik niet ter hand nemen door voor elk onderzoeksthema en elk te schrijven artikel alle mogelijke disciplines af te struinen op zoek naar dat ene specifieke doorslaggevend argument. Per onderwerp ligt alleen al wegens de praktische mogelijkheden een keuze voor een bepaald perspectief in de rede. Vandaag wordt dat bijvoorbeeld de psychologie.

Een andere, wat mij betreft overigens niet principiële, maar meer praktische kwestie is hoe dit dan uit te voeren en te bereiken is. Moet je geen psycholoog zijn om te doen wat ik wil, of econoom of politicoloog, et cetera? Het zal duidelijk zijn dat ik dat niet nodig vind, anders zou ik er helemaal niet aan beginnen. Volgens mij is het niet noodzakelijk om zelf steeds helemaal ‘omgeschoold’ te worden, als én zolang de onderzoeker maar niet te veel pretenties heeft. Ik meen dat het goed mogelijk is om als niet-econoom of als niet-psycholoog *de resultaten* te gebruiken die échte economen of psychologen bereikt hebben.²⁷ De jurist hoeft niet alles zelf te doen of opnieuw te doen. Hij zou eigenlijk niet eens de pretentie mogen hebben dat hij zelf alles zou moeten doen. Net zo goed als je als jurist voortbouwt op de juridische resultaten van het werk van anderen en niet steeds opnieuw helemaal aan de basis begint, kun je als jurist in je juridische werk voortbouwen op de resultaten die andere disciplines bereikt hebben!²⁸

Wat echter wel nodig is, zowel praktisch als principieel, voor degene die volgens deze benadering wil werken, is tijd. Onderzoekstijd. En dan gaat het niet

25. Zie over het voorgaande uitvoeriger Giesen, *a.w.* (2005), p. 13-16. Dat het vruchtbaar kan zijn om een blik te werpen richting bijvoorbeeld bedrijfskunde, economie, organisatiekunde enz., is m.i. al bewezen door het succes van disciplines als de rechtssociologie en de rechtsgeschiedenis, waarbij in wezen al jaren hetzelfde gebeurt als ik hier voorsta.

26. Ik ontleen de methode en term (en de bescheidenheid) aan W.H. van Boom, *Structurele fouten in het aansprakelijkheidsrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 36. Dezelfde benadering kiest W.A. Zondag, *De grenzen van het arbeidsrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, m.n. p. 14 e.v., voor het arbeidsrecht. R. Giard, De pretenties en de prestaties van het aansprakelijkheidsrecht, *NJB* 2005, p. 1401, meent overigens dat een benadering waarbij ook op bijvoorbeeld psychologische voorwaarden wordt gelet, noodzakelijk is om het aansprakelijkheidsrecht te beoordelen.

27. Zie reeds Barendrecht, *NJB* 2000, p. 85.

28. Wat mij betreft, is het dus niet noodzakelijk dat juridische faculteiten economen, bedrijfskundigen of psychologen in dienst nemen, als die al te vinden zouden zijn.

per se om meer tijd in uren om onderzoek te doen, maar dan wel op zijn minst om het verdisconteren van de extra te leveren inspanning. Verdieping in wat elders gebeurt, vergt immers meer tijd en levert dus, als er niet meer tijd beschikbaar is, in totaal minder output op. Ik wens en hoop dat op bestuurlijk niveau via maatwerk ten aanzien van de eisen die aan de beoogde output gesteld worden, tegemoet gekomen kan worden aan vernieuwende initiatieven zoals hiervoor beschreven.

De hier gekozen multidimensionale benadering is overigens niet geheel nieuw, want vergelijkbare benaderingen ten aanzien van juridisch onderzoek worden reeds gebruikt, ook in privaatrechtelijk²⁹ Nederland,³⁰ en hoewel een ieder, en ik ook, streeft naar zo veel mogelijk, liefst absolute vernieuwing, neem ik daar genoegen mee. De gekozen benadering is dan wellicht niet 'nieuw', maar deze mag zeker 'vernieuwend' genoemd worden, terwijl deze bovendien, en dat is uiteindelijk nog belangrijker dan het enkele koude feit van 'vernieuwend' of niet, veel perspectief biedt op goede resultaten, resultaten die dan weer, zo mag verwacht worden, als nieuw of vernieuwend door het leven zullen gaan. Wat ik voorsta, gebeurt dus al, maar ik zou er wel naartoe willen om hiermee meer structureel aan de slag te gaan, omdat het vaker op deze wijze werken mijns inziens niet alleen vaker resultaat zal opleveren, maar dan bovendien een soort van

29. De rechtspsychologie heeft met name binnen het strafrecht al enige jaren een eigen plek, zie bijv. H. Elffers, *De rationele regelovertreder*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005. Ik noem hier verder H. Crombag, *De man uit Susquehanna*, Amsterdam: Contact 2000, maar vooral ook P.J. van Koppen e.a. (red.), *Het recht van binnen*, Deventer: Kluwer 2002, ten bewijze van die stelling. Buiten het strafrecht wijs ik bijv. op H.F.M. Crombag e.a., *Een theorie over rechterlijke beslissingen*, Groningen: Tjeenk Willink 1977.

30. Vgl. bijv. Van Boom, *a.w.*, m.n. p. 9 e.v., die zich richt op de inschatting en vaststelling van kansen door de rechterlijke macht; C.M.C. van Zeeland, Y.P. Kamminga en J.M. Barendrecht, Waar het mensen om gaat en wat het burgerlijk recht daarmee kan, in: G. van Maanen (red.), *De rol van het aansprakelijkheidsrecht bij de verwerking van persoonlijk leed*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 37 e.v., waarbij niet alleen psychologie, maar ook enige andere invalshoeken ten tonele worden gevoerd; M.J. Kroeze, *Afgeleide schade en afgeleide actie*, diss. UU 2004, p. 129 e.v., die de sociale psychologie benut ten aanzien van de besluitvorming door bestuurders; diverse bijdragen in W.H. van Boom, M.J. Borgers, *De rekenende rechter*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, waarbij met name de statistiek een rol speelt, maar J.M. Barendrecht (p. 55 e.v.) ook psychologische inzichten meeneemt, en R.H.J. van Bijnen, *Aanvullend contractenrecht*, diss. UvT 2005, die rechtseconomie en beleidsanalyse combineert. Rechtseconomie en empirie vinden wij bij I.N. Tzankova, *Strooischade*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2005. Vgl. ook nog de positieve verwachtingen die Hartlief, *AV&S* 2004, p. 248-249, in dezen koestert ten aanzien van het gebruik van andere disciplines, en de oproep van C. Guthrie, T.E. George, *The Futility of Appeal*, 32 *Fla St. U. L. Rev.* 357 (2005), om vooral meerdere wegen te bewandelen om onze kennis van (in dit geval) 'judicial decision making' te vergroten. Zie over de situatie elders ook § 4.3, noot 42.

basisniveau van omgaan met en kennis van andere disciplines kan ontstaan, zodat niet elke keer opnieuw het wiel uitgevonden hoeft te worden.³¹

Om er zeker van te zijn dat dat gezichtspunt niet verloren gaat, stip ik hier nogmaals expliciet aan dat naast dit alles in elk geval de in het verleden zo vruchtbaar gebleken rechtsvergelijking, zowel door middel van de externe als de interne variant, een speerpunt van mijn onderzoeksbeleid en van het Molengraaff Instituut zal blijven. De intentie is om elk meer fundamenteel project in elk geval rechtsvergelijkend aan te pakken, net zoals dat in het verleden gedaan is.³² Ook voor het onderwerp van vandaag zal ik dat, in zeer beperkte vorm overigens, doen.

4.3 *De methode van vandaag*

Vandaag ga ik, bij wijze van voorbeeld van deze multidimensionale methode of benadering, het thema van de waarschuwingsplicht eerst bespreken naar juridische maatstaven (§ 5.2), inclusief enkele rechtsvergelijkende gegevens (§ 5.3), terwijl ik vervolgens datzelfde onderwerp bezie vanuit een andere wetenschap. In dit geval is dat de psychologie, meer speciaal de cognitieve psychologie (§ 6).

Uiteraard rijzen dan direct diverse vragen, zoals: wat is dat eigenlijk, cognitieve psychologie? Waarom zou je dat willen doen? En hoe zou iemand dat kunnen doen? Laat ik trachten ten minste die vragen nu al te beantwoorden.

Psychologie is de wetenschap van het menselijk gedrag, waarnemen, leren, voelen en denken.³³ Cognitieve psychologie wordt daarbinnen wel omschreven als: 'the science of how the mind is organized to produce intelligent thought and how it is realized in the brain',³⁴ of als: 'the internal processes involved in making sense of the environment, and deciding what action might be appropri-

31. De eerder (in § 3.2) geïntroduceerde 'POR' zou naar mijn mening dan ook op deze multidimensionale wijze moeten gaan opereren. Daarnaast roep ik eenieder die hier iets in ziet, op om zich bij schrijver dezes te melden (I.Giesen@law.uu.nl), zodat wellicht een denktank of iets dergelijks kan ontstaan. Dit initiatief past en sluit aan bij het al bestaande streven om meer na te denken over en bezig te zijn met de methodologie in de rechtswetenschap, vgl. de oproep van J.M. Barendrecht, J.B.M. Vranken e.a., *Methoden van rechtswetenschap: komen we verder?*, *NJB* 2004, p. 1419 e.v.

32. Voor een verdere onderbouwing van hoe ik daarbij te werk denk te gaan, zie Giesen, *a.w.* (2005), p. 13-14.

33. Vgl. D. Kohnstamm, E. Cassee (red.), *Nieuw cultureel woordenboek*, Amsterdam: Anthos 2003, p. 696.

34. J.R. Anderson, *Cognitive psychology and its implications*, 6th ed., New York: Worth Publishers 2005, p. 1. Zie ook nog A. Esgate, D. Groome e.a., *An Introduction to Applied Cognitive Psychology*, Hove: Psychology Press 2005, p. 2: 'Cognitive psychology is the study of how the brain processes information.'

ate'.³⁵ Het betreft dus dat deel van de psychologie dat zich bezighoudt met het 'kennen', met het denken: met kennis, inzicht en redeneren.³⁶

Ook kan men zich afvragen waarom (deze vorm van) psychologie voor het thema van vandaag interessant kan zijn.³⁷ Welnu, de reden daarvoor is simpelweg deze dat de mechanismen in relatie tot het menselijke denken belangrijk zijn voor een goed begrip van het menselijk gedrag zoals dat bestudeerd wordt door andere disciplines. Begrijpen hoe een mens denkt, is bijvoorbeeld van belang om te weten hoe mensen in groepen functioneren, of economische beslissingen nemen, of, zo voeg ik toe, hoe het komt dat mensen op bepaalde momenten op een bepaalde (juridisch relevante) manier handelen, nalaten of reageren. Waar gedrag belangrijk is, zoals dat in het recht het geval is – en zeker in het aansprakelijkheidsrecht, dat nu eenmaal uitgaat van gedragsnormen – kan cognitieve psychologie derhalve tot extra begrip en nieuwe vragen lei-

-
35. Zie M.W. Eysenck, M.T. Keane, *Cognitive psychology. A Student's Handbook*, 5th ed., Hove: Psychology Press 2005, p. 1. De meeste cognitief psychologen gaan uit van de 'information-processing approach', hetgeen gefundeerd is op de uitgangspunten dat informatie wordt verwerkt door een serie van verwerkingsystemen (attentie, perceptie, geheugen), en dat die systemen de informatie op systematische wijze veranderen (drie lijnen worden een driehoek). Het doel van het onderzoek is om die processen en structuren die het denken bepalen, bloot te leggen, zie Eysenck/Keane, *a.w.*, p. 1-2.
36. Vgl. Kohnstamm/Cassee, *a.w.*, p. 682. Naast de cognitieve psychologie staat de 'cognitive neuroscience', waarbij via allerlei technieken hersenactiviteit gemeten wordt om te bepalen wat er op welk moment waar in de hersenen gebeurt. Deze discipline is overigens sterk aan het groeien, vgl. Eysenck/Keane, *a.w.*, p. 3 en p. 18 e.v., en kan interessant zijn voor juristen, vgl. T. Chorvat, K. McCabe, *The Brain and the Law*, George Mason University School of Law. Law and Economics Working Paper Series, http://ssrn.com/abstract_id=577821, en B. Garland (ed.), *Neuroscience and the Law*, New York: Dana Press 2004 (waarbij m.n. p. 141 vanuit het aansprakelijkheids- en procesrecht interessant is). Veel van het onderzoek waar ik op zal leunen, stamt echter uit de al wat oudere experimentele cognitieve psychologie, die steunt op experimenten met gezonde personen in gecontroleerde laboratoria, zie daarover Eysenck/Keane, *a.w.*, p. 3-5.
37. Zie voor een algemeen antwoord op die vraag bijv. C.R. Sunstein, Behavioral Analysis of Law, 64 *U. Chi. L. Rev.* 1175 (1997), en dezelfde *Hazardous Heuristics*, John M. Olin Law & Economics Working Paper No. 165 (2nd Series), 2002, http://ssrn.com/abstract_id=344620. Het teruggrijpen op resultaten van psychologisch onderzoek kan o.a. vruchtbaar zijn voor het procesrecht en aanverwante terreinen, zie bijv. J.J. Rachlinski, Heuristics and biases in the courts: ignorance or adaptation?, 79 *Or. L. Rev.* 61, die ingaat op de manier waarop rechters omgaan met cognitieve illusies, en R. Korobkin, *Psychological Impediments to Mediation Success: Theory and Practice*, UCLA School of Law, Research paper no. 05-9, <http://ssrn.com/abstract=689261>. Korobkin laat zien dat diverse psychologische 'biases' in de weg kunnen staan aan een succesvolle bemiddeling in een geschil. Ten aanzien van het gebruik van psychologische inzichten op het terrein van het aansprakelijkheidsrecht wijs ik bijvoorbeeld op de veelgebruikte frase in arresten dat de dagelijkse omgang met gevaren tot een zekere mate van onvoorzichtigheid leidt (zie bijv. HR 18-9-1998, *NJ* 1999, 45 (Van Doorn/NBM)) en dat de aangesprokene daarmee rekening had behoren te houden. Ook dat is een thema dat vanuit de psychologie ('human error') bekeken zou kunnen worden. Een aardig startpunt is wellicht G. Matthews e.a., *Human performance: Cognition, stress and individual preferences*, Hove: Psychology Press 2000, p. 141 e.v.

den.³⁸ Anderson drukt zich krachtiger uit: ‘Cognitive psychology is thus the foundation on which all other social sciences stand, in the same way that physics is the foundation for the other physical sciences.’³⁹ Misschien is dat overigens wat al te krachtig; weinig juristen zullen het met de man eens zijn.⁴⁰ Maar dat wij juristen in beginsel veel zouden kunnen leren van wat psychologen weten over het ‘kennen’, is wat mij betreft evident. Omdat gedrag gestuurd wordt door beslissingen die mensen nemen, kan kennis over de manier waarop mensen beslissingen nemen, ons iets over dat gedrag leren.⁴¹

Om nog iets nader te onderbouwen, voorzover nodig, dat psychologie en recht van elkaar kunnen leren,⁴² wijs ik u op een recent nummer van het zeer toegankelijke, gewoon bij de plaatselijke Albert Heijn verkrijgbare *Psychologie magazine*. Niet omdat daarin psychologie op hoog wetenschappelijk niveau wordt bedreven, maar wel omdat daaruit blijkt dat de onderwerpen die daarin behandeld worden, een juridische dimensie hebben of van invloed zouden kunnen zijn op juridische leerstukken. In de rubriek ‘Hoofd zaken’ bericht dat blad bijvoorbeeld over wat er zoal her en der aan nieuwtjes, soms in wél wetenschappelijke ‘journals’, is verschenen. Zo haal ik uit het nummer van mei 2005 (op

38. Vgl. Rachlinski, 85 *Cornell L. Rev.* 739 (1999-2000), op p. 765 en p. 766 (‘Psychology and law (...) both constitute efforts to predict and control human behavior.’).

39. Anderson, *a.w.*, p. 3.

40. Anderson, *a.w.*, p. 3-4, geeft overigens toe dat ‘much social science’ ontwikkeld is zonder grond in de cognitieve psychologie, omdat dat gebied zelf nog niet al te ‘advanced’ is en omdat men elders diverse beginselen heeft gevonden om allerlei fenomenen te verklaren.

41. Overigens zal ik hierna ook gebruikmaken van bronnen uit wat dan ‘cognitieve sociale psychologie’ heet, zie bijv. R. Vonk e.a., *Cognitieve sociale psychologie*, 2e druk, Utrecht: Lemma 2001, een specialisatie binnen de sociale psychologie die, voorzover ik kan overzien, niet wezenlijk verschilt van wat anderen dan cognitieve psychologie noemen (beide vormen handelen in elk geval over hoe mensen beslissingen nemen en dat is voor mij nu het belangrijkste, zie hierna; het belangrijkste verschil is dat de cognitieve sociale psychologie gericht is op de *interactie* tussen mensen en groepen). Ook gebruik ik resultaten uit de ‘applied cognitive psychology’, waarover Esgate/Groome, *a.w.* Ik heb besloten mij niet te veel gelegen te laten liggen aan hoe psychologen hun eigen vakgebied opdelen; dat zijn dan blijkbaar hun oogkleppen.

42. Ik wijs er ten overvloede nog op dat zowel in Nederland (zie noot 29) als in de Verenigde Staten, de bakermat van de ‘Law & ...’-bewegingen (vgl. M.W. Hesselink, *De nieuwe Europese rechtscultuur*, Amsterdam: Vossiuspers UvA 2002, p. 22), ‘Law & Psychology’ een zelfstandig vakgebied is, met eigen, grote congressen georganiseerd door eigen verenigingen (zo organiseerde de *American Psychology-Law Society* in 2005 een vierdaagse conferentie in California met ongeveer 80 (!) workshops voor ongeveer 600 deelnemers), keuzevakken in ‘Legal psychology’, eigen boekenreeksen (zoals de *Perspectives in Law & Psychology*-reeks) en eigen ‘law journals’ (zoals de *Law & Psychology Review*). De waarde van de psychologie voor en in het recht wordt bijv. verdedigd door J.J. Rachlinski, The ‘New’ Law and Psychology: A Reply to Critics, Spektics, and Cautious Supporters, 85 *Cornell L. Rev.* 739 (1999-2000), in reactie op R.A. Hillmann, The Limits of Behavioral Decision Theory in Legal Analysis: The Case of Liquidated Damages, 85 *Cornell L. Rev.* 717 (1999-2000). Zie ook Sunstein, 64 *U. Chi. L. Rev.* 1175 (1997).

p. 6) dat excuses de meeste indruk maken als er enige tijd verstreken is tussen de kwetsing en het excuus. Voor degenen die ernaar toe willen dat in het recht meer gewerkt wordt met excuses in plaats van claims, bijvoorbeeld in de sfeer van het medische aansprakelijkheidsrecht of bij mediation, lijkt mij dat op het eerste gezicht belangrijke informatie.⁴³ En op dezelfde pagina lees ik ook dat het genezingsproces bij een verwonding trager verloopt indien iemand ruzie heeft. Al te meer reden dus om na een ongeval met letselschade zo weinig mogelijk met elkaar te strijden en daarbij toch vooral het harmoniemodel te verkiezen, zou ik menen.⁴⁴ En iets verder (op p. 7) lees ik dat psychische problemen ook winst kunnen opleveren (strafvermindering bijvoorbeeld) en dat deze ‘winst’ het genezingsproces vertraagt, omdat men er minder belang bij heeft snel te genezen. Ook dat lijkt nuttige informatie indien een geval van letselschade wordt afgewikkeld, hoewel die informatie aansluit bij wat wij al weten over renteneuroses en ‘maligneren’.⁴⁵

Een laatste hier te bespreken kwestie inzake het gebruik van psychologie betreft de vraag naar het ‘hoe’. Aansluitend bij mijn meer algemene opmerkingen in § 4.2, herhaal ik hier dat ik de resultaten zoals anderen (hier: psychologen) die bereikt hebben, zou willen benutten in een juridische context. De argumenten die uit de psychologie te deduceren zijn, wil ik inzetten om een juridische oplossing te funderen voor het desbetreffende probleem.

Graag zou ik op dit moment reeds van de gelegenheid gebruik willen maken om de collega's van het Utrechtse Molengraaff Instituut en de oud-collega's van het Tilburgse Centrum voor aansprakelijkheidsrecht in het zonnetje te zetten. Zij hebben mij vroeger en nu de ruimte gegeven om te doen wat ik gedaan heb en nu nog doe, en zij hebben onmogelijk veel klussen geklaard die ik eigenlijk met hen had moeten klaren, maar waaraan ik me heb mogen onttrekken. Wat ik slechts kan retourneren, is oneindig veel dankbaarheid en de belofte van wederkerige loyaliteit.

43. Vgl. de bijdragen van Van Maanen en van Van Zeeland, Kamminga en Barendrecht in G. van Maanen (red.), *De rol van het aansprakelijkheidsrecht bij de verwerking van persoonlijk leed*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 1 e.v. en p. 37 e.v.

44. Vgl. het aan de UvT uitgevoerde project om tot procedurele normering van de afwikkeling van letselschadezaken te komen (<http://rechten.uvt.nl/normering/>). Een concept voor een Gedragscode is inmiddels via de genoemde site openbaar gemaakt.

45. Zie daarover o.a. HR 8-2-1985, *NJ* 1986, 137 m.nt. CJHB (Henderson/Gibbs), resp. M. Jelicic, H. Merkelbach, Neuropsychologische expertises, in: Van Koppen e.a., *a.w.*, m.n. p. 364 e.v.

5 De waarschuwing als juridisch fenomeen

5.1 Inleiding

Het is tijd voor het juridisch kader. Wat weten wij zo ongeveer tot op heden over waarschuwingen en de waarschuwingsplicht in het onrechtmatige daadsrecht?

Op het terrein van de productaansprakelijkheid is de waarschuwingsplicht een bekend fenomeen. De regels dienaangaande komen kortweg hierop neer dat er een waarschuwingsplicht bestaat voor (bekende) gevaren die zich bij gebruik overeenkomstig de bestemming – voorzienbaar verkeerd gebruik daaronder begrepen – kunnen voordoen. Daarbij moet de aard van het gevaar duidelijk worden gemaakt, moet blijken waarom er een gevaar is en wat de gevolgen van dat gevaar kunnen zijn. De waarschuwing moet gericht zijn op de minst geïnformeerde gebruikers en duidelijk kenbaar zijn.⁴⁶ Daarnaast is de waarschuwingsplicht nauw verbonden met het fenomeen van de ‘product recall’, het terughalen van een product door de producent omdat er iets mis zou zijn of kunnen gaan.⁴⁷

Het in § 1 genoemde voorbeeld van de televisiereclame voor een auto waarbij er dan op gewezen wordt dat de commercial is geschoten terwijl een professioneel coureur op een afgesloten circuit rondjes rijdt, zou in een voorkomend geval via deze regels van productaansprakelijkheid afgewikkeld worden. Zoals aangekondigd, wil ik het echter niet bij de specifieke gevallen van defecte producten laten, maar de waarschuwing ook en vooral bekijken buiten het terrein van de productaansprakelijkheid.⁴⁸

46. Zie L. Dommering-van Rongen, *Productaansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer 2000, p. 57-58, en voor een toepassing Hof Arnhem 13-4-2004, *NJ* 2004, 612 (Eternit Fabrieken/X.). Zie voor het oudere recht G.H.A. Schut, *Produktenaansprakelijkheid*, Zwolle: Tjeenk Willink 1974, nr. 16, die aangeeft dat een waarschuwing duidelijk, leesbaar, nauwkeurig en makkelijk opmerikbaar dient te zijn.

47. Zie bijv. P. Kuiper, Aansprakelijkheid voor ‘terughaalschade’ en waarschuwingsplichten, *AV&S* 2001, p. 99 e.v.; J. Spier, T. Hartlief, G.E. van Maanen, R.D. Vriesendorp, *Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding*, 3e druk, Deventer: Kluwer 2003, nr. 153.

48. Waarbij ik geregeld toch op de regels van productaansprakelijkheid zal (moeten) terugvallen, zoals hierna blijken zal. Overigens, in Amerikaanse reclames voor medicijnen duren de waarschuwingen tegen bepaalde bijwerkingen aan het einde van de commercial bijna net zo lang als de commercial zelf. Die waarschuwingen worden dan ook nog eens te snel uitgesproken om echt te kunnen doordringen.

5.2 *Het kader: de waarschuwing als deel van het algemene onrechtmatige daadsrecht*

5.2.1 *Zorgplicht en Kelderluik*

De waarschuwingsplicht is een zorgplicht, een plicht die in bepaalde gevallen⁴⁹ op bepaalde personen of organisaties rust om binnen zekere grenzen te voorkomen dat een ander schade ondervindt. Het bestaan van deze en andere zorgplichten is gebaseerd op de regel van art. 6:162 lid 2 BW, die stelt dat het onrechtmatig is, onder andere, om te handelen in strijd met hetgeen in het maatschappelijk verkeer betaamt. Deze algemene ongeschreven zorgvuldigheidsnorm, die door de rechtspraak ontwikkeld is op voorspraak van bijvoorbeeld, ik wil de naamgever van ons instituut vandaag zeker noemen, Molengraaff,⁵⁰ is door de latere rechtspraak nader ingevuld. Dat is onder andere gebeurd door een aantal gevaltypen of categorieën van ofwel zwaardere (verkeers- en veiligheidsnormen) ofwel lichtere (sport- en spelsituaties) ofwel gewone zorgplichten voor bepaalde feitelijke omstandigheden, te ontwikkelen.

Een van de belangrijker gevaltypen betreft de gevallen van *gevaarzetting*. Daarmee doel ik op de gevallen waarin iemand voor een ander een gevaarlijke situatie in het leven roept, dan wel een dergelijke situatie in stand laat hoewel hij voor het ontstaan ervan niet verantwoordelijk is, zonder de nodige voorzorgsmaatregelen te nemen teneinde de daarbij dreigende schade weg te nemen of te voorkomen.⁵¹

49. Een waarschuwing is niet nodig ten aanzien van algemeen bekende gevaren, zie Schut, *a.w.*, nr. 16; noot 115 en 116; de conclusie van A-G Spier voor HR 9-7-2004, *NJ* 2005, 260 (Oost/Brands Bouwgroep), sub 4.10, verwijzend naar HR 4-10-2002, *NJ* 2004, 175 (Laudy/Fair Play) en Spier (Spier), *a.w.*, nr. 188, en ook niet ten aanzien van onmiddellijk kenbare gevaren, zie HR 26-9-2003, *NJ* 2003, 660 (Waterschap Zeeuwse eilanden/Royal Nederland Verzekeringen) en § 5.2.2.

50. Zie HR 31-1-1919, *NJ* 1919, 161 m.nt. Molengraaff, en voordien al W.L.P.A. Molengraaff, De oneerlijke concurrentie voor het forum van den Nederlandschen rechter, tevens een bijdrage tot de uitlegging van art. 1401 B.W. en de Wet op de handels- en fabrieksmerken, *R.M.* 1887, p. 373-435, ook opgenomen in: *Molengraaff-bundel*, Zwolle: Tjeenk Willink 1978, p. 101 e.v.

51. Zie Spier (Van Maanen), *a.w.*, nr. 46, en J. Spier, A.T. Bolt, *De uitdijende reikwijdte van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. Handelingen van de Nederlandse Juristen-Vereniging 1996-II* jr. 126, Zwolle: Tjeenk Willink 1996, p. 160; vgl. verder nog A.S. Hartkamp, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Verbintenissenrecht. Deel III. De verbintenissen uit de wet*, 11e druk, Deventer: Kluwer 2002, nr. 45-46, en T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Gevaarzetting en risicoverhoging*, *WPNR* 6620 (2005), p. 364 e.v., die een wat beperkter beeld heeft van gevaarzetting (zie p. 371).

De bakermat van dat gevaltype is het inmiddels veertig jaar oude *Kelderluik*-arrest,⁵² waarin overwogen werd:

‘dat alleen in het licht van de omstandigheden kan worden beoordeeld of en in hoeverre aan iemand die een situatie in het leven roept die 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’.

De hierin neergelegde norm is nog steeds dé leidraad bij de noodzakelijke afweging voor of tegen aanname van een zorgplicht en daarmee (bij een bewezen schending van die plicht) aansprakelijkheid in dit type gevallen.⁵³ Die afweging door de rechter kent aan de ene kant de component ‘risico’ (te weten: de ernst van de schade en de mate van waarschijnlijkheid) en aan de andere kant de component ‘zorg’ (te weten: de aard en het nut van de gedraging en de bezwaarlijkheid van voorzorgsmaatregelen).⁵⁴

5.2.2 Voorzorg en waarschuwing

Een van de belangrijkste elementen in de *Kelderluik*-afweging is dat bezien moet worden welke voorzorgsmaatregelen genomen zijn en welke genomen hadden moeten worden (en redelijkerwijs mogelijk waren). Als bepaald is dat er

52. HR 5-11-1965, *NJ* 1966, 136 m.nt. GJS (*Kelderluik*), en kritisch daarover, omdat de onderlinge weging van de diverse omstandigheden onvoldoende uit de verf komt, Van Boom, *a.w.*, p. 5.

53. Zie recentelijk HR 26-9-2003, *NJ* 2003, 660 (Waterschap Zeeuwse eilanden/Royal Nederland Verzekeringen), waarin de Hoge Raad de *Kelderluik*-formulering woordelijk herhaalt, en daarover mijn annotatie in *AV&S* 2004, p. 35 e.v.

54. Zie C.C. van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000, nr. 804 e.v. en nr. 811 e.v. Vgl. ook Tjong Tjin Tai, *WPNR* 6620 (2005), p. 366 e.v. Het door deze auteur gemaakte onderscheid in twee stadia (een risicodrempel om de onrechtmatigheid vast te stellen, en voorzorgsmaatregelen om die onrechtmatigheid eventueel weer weg te nemen) voegt m.i. niets toe aan het gebruikelijke systeem waarbij in één afweging (van risico en voorzorg, etc.) de rechtmatigheid of onrechtmatigheid wordt bepaald.

een zekere mate van voorzorg nodig was, is vervolgens de vraag hoeveel voorzorg en welke vorm van voorzorg dan nodig waren, en het antwoord op die vragen luidt – juristen doen dat vrijwel altijd – dat zulks afhankelijk is van de omstandigheden van het geval.⁵⁵

Daarbij speelt dan natuurlijk een rol welke vormen van voorzorg überhaupt mogelijk zijn. Naast de feitelijke mogelijkheid van bepaalde vormen van voorzorg speelt ook de gebruikelijkheid en de financiële bezwaarlijkheid een rol.⁵⁶ Een mogelijke vorm van voorzorg die vrijwel altijd inzetbaar is, en dat scherpt het belang van ons onderwerp van heden nog maar weer eens in, is de *waarschuwing* aan een ander. Ook als een bepaald gevaar op geen enkele wijze in te dammen of te beperken is, bijvoorbeeld het gevaar van aardbevingen, dan kan er nog altijd op zijn minst voor gewaarschuwd worden.⁵⁷ Had Sjouwerman, de werknemer van Coca-Cola die de aanleiding vormde voor het *Kelderluik*-arrest, het zojuist geopende kelderluik afgezet met een goed zichtbare afzetting, dan wel anderszins een waarschuwing doen uitgaan, bijvoorbeeld door een mededeling aan de gasten van het café, dan was hem wellicht niets te verwijten geweest toen Duchateau kort daarna in het kelderluik viel.

Als vuistregel geldt ten aanzien van voorzorgsmaatregelen, en dat geldt dus ook voor waarschuwingen, dat naarmate het nemen van bepaalde voorzorgsmaatregelen minder bezwaarlijk is qua kosten, tijd en moeite, er een sterkere gehouwenheid bestaat tot het treffen van preventieve maatregelen.⁵⁸ Dat is overigens een vuistregel die verder per geval nader ingekleurd moet worden, en eigenlijk van geval tot geval tot een nieuwe uitkomst zal leiden, ook omdat die norm enkel in het licht van de overige omstandigheden van het geval gezien kan worden. Maar, te dien aanzien wordt wel enige – ik zeg met nadruk ‘enige’ – houvast geboden door enkele latere arresten en door de literatuur.⁵⁹

55. Het gaat hier om een volgende oogklep van juristen (vgl. noot 1) zoals beschreven door *Asser-Vranken****, nr. 95 e.v.

56. *Onrechtmatige Daad* VIII.4 (Lindenbergh), Aant. 10.

57. Een voorzorgsmaatregel hoeft namelijk niet elke kans op schade uit te sluiten, zie *Onrechtmatige Daad* VIII.4 (Lindenbergh), Aant. 10, en HR 6-10-1995, *NJ* 1998, 190 m.nt. CJHB (Turnster).

58. Spier (Van Maanen), *a.w.*, nr. 47.

59. Naast al hetgeen nog volgt, wijs ik er nu alvast op dat in het kader van art. 2 EVRM op een Staat een positieve verplichting rust om het leven van zijn burgers te beschermen. Maar dit artikel kan geen absolute zekerheid garanderen, en als iemand bewust risico's neemt, ondanks waarschuwingen van en door anderen, dan is daar de grens bereikt. Art. 2 verplicht niet tot het beschermen van onvoorzichtige personen, aldus EHRM 1-3-2005, *NJB* 2005, 376 (Bone/Frankrijk). Hier exonereert derhalve een waarschuwing de aangesprokene van aansprakelijkheid.

Zo blijkt uit het beroemde arrest inzake het over een pad gespannen touwtje, dat kinderen en volwassenen niet snel verplicht zijn om een broodbezorger of anderen voor een valpartij te behoeden door middel van een waarschuwing. Er stond immers niet vast dat de kinderen in casu zelf verantwoordelijk waren voor het in het leven roepen van de gevaarlijke situatie (het spannen van het touwtje), en als dat zo is, dan bestaat een waarschuwingsplicht alleen als ‘de ernst van het gevaar tot het bewustzijn van de waarnemer is doorgedrongen’ of indien er een bijzondere zorgplicht voortvloeit uit een speciale relatie tussen de waarnemer en het slachtoffer of de plek van het ongeval.⁶⁰

Ook is duidelijk dat indien een medewerker van een dorps huis, of wie dan ook, die niet precies weet wat hij bij het vuilnis wil gaan zetten, zoals een emmertje met een voor hem onbekende vloeistof, erop zal moeten toezien dat de vuilnisophaler geen schade lijdt. Dat kan die persoon doen door het emmertje helemaal niet aan de straat te zetten, door na te gaan of de vloeistof wel of niet een gevaar oplevert voor de mens, en vervolgens overeenkomstig te handelen, of door de desbetreffende substantie onder controle te houden en de vuilnisman te waarschuwen.⁶¹ Doet de persoon in kwestie niets van dit alles, dan ligt aansprakelijkheid in de rede.

Een gemeente zal maatregelen moeten nemen, zoals waarschuwingen geven, om er zorg voor te dragen dat de veiligheid van personen en zaken voldoende gewaarborgd blijft als zij een openbare weg op een bepaalde, gevaar opleverende manier inricht. Dit volgt uit het *Bussluis*-arrest.⁶² De gemeente zal er daarbij bovendien rekening mee moeten houden dat niet iedereen zelf de vereiste voorzichtigheid in acht zal nemen. Indien het niet lukt de veiligheid te waarborgen, moet er maar helemaal van de bedachte inrichting worden afgezien. Hierbij was nog van belang dat de in dit geval gebruikte aanduiding ‘busluis’ niet direct voldoende informatie kon verschaffen, omdat de busluis in die tijd een onbekend verschijnsel was.⁶³

Uit de rechtspraak blijkt dat de aansprakelijkheid van de wegbeheerder, ten dele natuurlijk een risicoaansprakelijkheid (art. 6:174 BW), ook overigens vrij

60. HR 22-11-1974, *NJ* 1975, 149 m.nt. GJS (Struikelende broodbezorger).

61. HR 8-1-1982, *NJ* 1982, 614 m.nt. CJHB (Natronloog).

62. HR 20-3-1992, *NJ* 1993, 547 m.nt. CJHB (Busluis).

63. Vgl. de noot van Brunner onder HR 20-3-1992, *NJ* 1993, 547 (Busluis). Volgens Brunner had met levensgrote borden op de gevaren moeten worden gewezen en niet slechts met een pictogram van een personenauto die deels in een gat verdwijnt. Dat dit naar alle waarschijnlijkheid inderdaad beter zou zijn geweest, blijkt in § 6.2 e.v. hierna.

ver gaat,⁶⁴ al hoeft niet voor elk wissewasje te worden gewaarschuwd. Een wegbeheerder heeft bijvoorbeeld voldoende zorg betracht indien deze tijdig de (door ijzel veroorzaakte) gladheid heeft bestreden en via de media heeft gewaarschuwd voor de dreiging van gladheid. In zo'n geval moeten de weggebruikers op het gevaar bedacht zijn en bestaat er niet ook nog een bijzondere waarschuwingsplicht met betrekking tot de aanwezigheid van 'zeer open asfalt beton' (ZOAB), omdat dat eerder glad wordt door ijzel dan andere soorten wegdek.⁶⁵

Dat niet steeds gewaarschuwd hoeft te worden, geldt eveneens indien het toevallig een waterschap betreft dat als wegbeheerder verantwoordelijk is voor de staat van de weg.⁶⁶ In dergelijke gevallen zijn gewoon de *Kelderluik*-factoren van toepassing bij de beoordeling van de vraag of een waarschuwing nodig was. Overigens kan de wegbeheerder alleen worden verweten dat deze onzorgvuldig handelde door niet te waarschuwen wanneer die wegbeheerder in de gegeven omstandigheden rekening had moeten houden met de mogelijkheid dat de bestuurder gebruik zou maken van de weg en dat deze bestuurder niet erop bedacht zou (kunnen) zijn dat de weg voor dat gebruik niet veilig was. Aansprakelijkheid kan niet worden aangenomen wanneer het ook voor de niet steeds oplettende en voorzichtige bestuurder *aanstonds duidelijk had moeten zijn* dat deze weg ongeschikt was. Heeft de bestuurder in zo'n geval toch die weg genomen, dan is dat de wegbeheerder niet aan te rekenen.

5.2.3 *Het arrest Staat/Daalder*

Ik bespreek hierna drie arresten iets uitvoeriger, omdat deze van meer algemene importantie zijn voor het onderwerp van vandaag. Aan het *Veenbroei- of Staat/Daalder-arrest*⁶⁷ ontleen ik het geval waarin een jongen brandwonden oploopt terwijl hij met zijn vader een wandeling maakt door een niet voor publiek toegankelijk gemaakt maar wel te betreden terrein, een zogenoemde schor, uitlopend in het waddegebied. De brandwonden zijn te wijten aan veenbroei, een onbekend, soms niet en soms wel zichtbaar natuurverschijnsel waarbij de begroeiing zodanig smeult (broeit) dat aanraking tot brandwonden kan leiden.

64. Zie bijv. HR 17-11-2000, *NJ* 2001, 10 (Fietspad Scheemda), waarover Van Boom, *a.w.*, p. 6, en hierna § 5.2.4.

65. Zie HR 3-5-2002, *NJ* 2002, 465 (Rook/Staat).

66. HR 26-9-2003, *NJ* 2003, 660 (Waterschap Zeeuwse eilanden/Royal Nederland Verzekeringen).

67. HR 27-5-1988, *NJ* 1989, 29 m.nt. G (Staat/Daalder).

In dit soort gevallen blijkt er een stevige verantwoordelijkheid te bestaan voor de beheerder van het voor het publiek toegankelijke terrein, hier de Staat.⁶⁸

‘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 voordeet, 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. Zulks wordt niet anders indien zich op het terrein ook andere, wel aan het publiek bekende gevaren voordoen.’

Toenmalig A-G Asser grondt de aansprakelijkheid, in aansluiting op het al genoemde arrest inzake de Struikelende broodbezorger, op de gedachte dat de Staat hier in een bijzondere relatie tot de plaats van de gevaarsituatie stond en dat daarom een bijzondere zorgplicht van de Staat aanvaardbaar was.⁶⁹ Annotator Van der Grinten ziet hierin een voorbeeld van de tendens – ook toen al – tot slachtofferbescherming. Voor nu interessant is dat hij zich verder afvraagt hoe de genoemde waarschuwingsplicht nader vorm zou kunnen of moeten krijgen. Is een bord ‘gevaarlijk terrein’ voldoende of moet zo’n bord worden toegespitst op het gevaar van veenbroei?⁷⁰ Met andere woorden: hoe *specifiek* moet de waarschuwing zijn? En, zo voeg ik toe, voor welke andere mogelijke gevaren zou dan ook nog gewaarschuwd moeten worden? Voor eventueel aanwezige giftige planten en bessen? Voor eventuele wilde dieren?

5.2.4 *Het arrest Annema/Staat*

Het tweede arrest dat ik iets uitvoeriger schets, is *Annema/Staat*.⁷¹ Mevrouw Annema raakt ernstig gewond nadat zij met haar auto van de weg raakt en te-

68. Volgens annotator Van der Grinten mag er niet al te veel belang worden gehecht aan het feit dat de Staat hier aangesproken werd, en geldt de regel uit dit arrest voor alle terreinbeheerders.

69. Zie de conclusie van Asser, sub 2.6, voor het arrest, en over deze materie nader C.C. van Dam, *Aansprakelijkheid voor nalaten. Preadvies voor de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking*, nr. 52, Deventer: Kluwer 1995; Van Dam, *a.w.* (2000), nr. 1601 e.v., en Giesen, *a.w.* (2005), p. 47 e.v.

70. Zie de noot van Van der Grinten onder het arrest. Hij vraagt zich ook nog af waar de waarschuwingsborden hadden moeten worden geplaatst, omdat het terrein in dit geval op vele plaatsen toegankelijk was.

71. Zie HR 6-9-1996, *NJ* 1998, 415 m.nt. CJHB (*Annema/Staat*).

gen een boom terechtkomt.⁷² Zij wijt dit aan de toestand van de weg die net die dag van een nieuwe laag split (steentjes) was voorzien. Aan de bermkant van de weg had de split zich opgehoopt (de split ‘was aangereiden’, zoals dat heet) tot een rand van enkele centimeters. Het ongeval vond plaats doordat Annema in die laag split terecht kwam, vervolgens geslipt is en toen de boom geraakt heeft. Het verwijt aan de wegbeheerder, hier de Staat, luidt dat er niet gewaarschuwd is voor dit gevaar, het slipgevaar. Er waren wel enkele waarschuwborden aangebracht (werk in uitvoering; opspattende stenen; inhaalverbod; maximumsnelheid), maar die wezen niet op het slipgevaar als zodanig.

Het oordeel van het hof komt hierop neer, aldus de Hoge Raad, dat van algemene bekendheid is dat wanneer het gevaar van opspattende stenen bestaat, dan ook het gevaar van slippen aanwezig is, zodat een waarschuwing tegen het eerste gevaar ook voldoende voor dat slipgevaar waarschuwt. Dat kan de Hoge Raad niet bekoren, want daargelaten of in dit soort situaties inderdaad steeds of geregeld (ook) slipgevaar bestaat:

‘valt in elk geval niet in te zien, dat dit zo algemeen bekend is dat de bestuurder van een auto bij het zien van een bord dat voor opspattende stenen waarschuwt (...), terstond dient te beseffen dat hij ook voor slipgevaar wordt gewaarschuwd’.

De ene waarschuwing is de ander dus niet, en een waarschuwing dient blijkbaar *specifiek* te zijn, gericht te worden op het gevaar dat zich in kwestie kan voordoen.⁷³ Annotator Brunner is het eens met de redenering dat een waarschuwing voor opspattende stenen nog niet waarschuwt voor slipgevaar, maar vraagt zich wel af of expliciet waarschuwen voor slippen nodig is, omdat de bestuurder bijvoorbeeld toch al zijn snelheid zal moeten verlagen en extra voorzichtig zal moeten zijn in verband met de waarschuwing voor de opspattende stenen.⁷⁴

72. Interessant vanuit psychologisch oogpunt, ik loop iets vooruit op wat nog komt, is dat wanneer ik hier krachtiger termen gebruik zou hebben (tegen de boom gecrasht/gesmaakt/gesmeten), de toehoorders eerder geneigd zouden zijn om de snelheid ten tijde van het ongeval hoger in te schatten, vgl. S. Plous, *The psychology of judgment and decision making*, New York: McGraw-Hill 1993 p. 32-33.

73. In die zin bijv. ook al HR 6-11-1987, *NJ* 1988, 193 (Brusselse Maatschappij NV voor Verzekeringen/Ubbink), waarin (in een verzekeringszaak) het waarschuwen voor inademingsgevaar niet voldoende was als waarschuwing tegen brandgevaar, en Hof Arnhem 4-1-2005, *VR* 2005, 101 (Rijssen-Holten/Warris).

74. Zie de noot van Brunner onder HR 6-9-1996, *NJ* 1998, 415 (Annema/Staat).

Verder valt nog op, zeker met de ‘benefit of hindsight’, om alvast een bekende psychologische valkuil te noemen,⁷⁵ dat de Hoge Raad in dit arrest aanhaakt bij wat de ontvanger van de waarschuwing daardoor zou moeten *beseffen* en per wanneer dat besef dan zou moeten doordringen (‘terstond’).⁷⁶ Ik kom in § 7 nog op dit arrest terug.

5.2.5 *Het arrest Hartmann/PJIAE ofwel het Jetblast-arrest*

‘Last but not least’ was er vervolgens, de aansprakelijkheidsrecht-discipelen zagen dit al van mijlenver aankomen,⁷⁷ het *Jetblast*-arrest.⁷⁸ Aan het hekwerk dat belangstellende toeschouwers en vliegtuigspotters scheidt van het begin van de start- en landingsbaan van vliegveld ‘Princess Juliana’ op St. Maarten, en daarmee meteen ook van het strand (Maho Beach), hangt een bord met daarop een tekening van een opstijgend vliegtuig en de tekst: ‘*Warning! Low flying and departing aircraft blast can cause physical injury*’.

Net als vele andere toeristen is mevrouw Hartmann daarvan blijkbaar niet erg onder de indruk en neemt zij aan het hek plaats om de vliegtuigen van dichtbij te kunnen zien. Wanneer een Boeing 747 de straalmotoren wijdoen zet om te vertrekken, levert dat een zodanige straalstroom, een jetblast, op dat mevrouw Hartmann enige meters achteruit op de rotsen van Maho Beach wordt geworpen, met (uiteraard) letsel en een shock tot gevolg. Zij spreekt vervolgens de luchthaven aan tot vergoeding van schade, omdat die er onvoldoende in zou zijn geslaagd een veilige omgeving te scheppen.

Volgens het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba gaat het erom of Hartmann voldoende was gewaarschuwd voor het desbetreffende gevaar, of het plaatsen van waarschuwborden een afdoende maatregel was. In cassatie overweegt de Hoge Raad, na de al geciteerde *Kelderluik*-norm vooropgesteld te hebben, dat de zorg van een terreinbeheerder zich ook uitstrekt tot degenen die zich niet op het terrein maar in de nabijheid ervan bevinden, indien ten minste het op het terrein voorkomende gevaar zich tot die plek uitstrekt.⁷⁹ En vervolgens stelt hij:

75. Zie nader over de ‘hindsight bias’ § 6.3.

76. De norm uit het arrest HR 26-9-2003, *NJ* 2003, 660 (Waterschap Zeeuwse eilanden/Royal Nederland Verzekeringen), namelijk dat het gevaar ‘aanstonds duidelijk had moeten zijn’, sluit nauw hierbij aan.

77. Hartlief, *AV&S* 2004, p. 249, voorspelde zelfs al dat dit arrest de agenda zal gaan bepalen.

78. HR 28-5-2004, *NJ* 2005, 105 m.nt. CJHB (Jetblast).

79. Ik ga daar nu niet nader op in, zie daarover o.a. T. Hartlief, R-J. Tjittes, *Kroniek van het vermogensrecht, NJB* 2004, p. 1584, en T. Hartlief, *Kelderluik revisited. De kracht van een waarschuwing, AA* 2004, p. 866 e.v., m.n. p. 869-870.

‘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.’

Het hof heeft dan volgens de Hoge Raad ofwel een onjuiste rechtsopvatting gehanteerd door niet van deze maatstaf uit te gaan, ofwel ontoereikend gemotiveerd dat aan die maatstaf voldaan zou zijn. Het hof had immers vastgesteld dat het vliegveld kon verwachten dat mensen zich zouden opstellen in de zeer directe omgeving van het hek aan de zijde van het strand, en vaststaat dat vele toeristen inderdaad vanaf die plek naar vliegtuigen kijken. Ook heeft het hof niet meegenomen in de beoordeling dat de tekst van het bord onvoldoende duidelijk laat blijken om welk concreet gevaar het gaat. Zodoende blijft onduidelijk waarom het hof meent dat Hartmann op de hoogte kon zijn van het gevaar waaraan zij werd blootgesteld.

Dit lijkt een behoorlijk zware zorgplicht en een strenge maatstaf te zijn, want dit betekent, als ik het goed zie, dat de waarschuwing werkelijk *effectief* moet zijn om als waarschuwing afdoende en dus voldoende te kunnen zijn en om daarmee aansprakelijkheid te kunnen omzeilen. De waarschuwing moet immers tot ander gedrag (gevaarvermijding) aanleiding geven om afdoende te zijn. Anders gezegd: als een gevaar vermeden moet worden, gaat het om het resultaat van die waarschuwing, en is de inspanning van het waarschuwen op zichzelf onvoldoende.⁸⁰

Weliswaar volgt uit dit arrest (ook) dat de waarschuwing specifiek moet zijn (het bord in kwestie gaf onvoldoende duidelijk aan welk concreet gevaar het betrof), zoals dat ook al volgde uit eerdere rechtspraak, maar dat lijkt hier niet meer voldoende. Een deel van het ‘afdoende’ zijn van de waarschuwing wordt bereikt doordat deze specifiek moet zijn, en dus is een zekere mate van specificiteit een eerste vereiste voor een waarschuwing, maar dat is op zichzelf niet langer voldoende. Nogmaals, de waarschuwing moet daarnaast ook tot een gedragsverandering leiden, de waarschuwing moet zo ingericht zijn dat deze opgevolgd

80. Vgl. Tjong Tjin Tai, *WPNR* 6620 (2005), p. 37, en S.D. Lindenberg, Adequate waarschuwing bij gevaarlijke situatie, *NbbW* 2004, p. 151. Vgl. ook de conclusie van Hartkamp voor het arrest (nr. 20: ‘niet het beoogde effect’); Hartlief, *AA* 2004, p. 870, en verder Hartlief/Tjittes, *NJB* 2004, p. 1584, die nog aangeven dat het enkele feit dat iemand van het gevaar op de hoogte kon zijn, onvoldoende is.

wordt zodat het gevaar daarmee ook werkelijk vermeden wordt.⁸¹ Dat de norm zo streng is, blijkt uit het gebruik van de woorden dat van ‘doorslaggevende betekenis’ is dat de waarschuwing tot vermindering van het gevaar zal leiden.

Daarbij dient wel te worden opgemerkt dat het hier wel om een strenge, maar niet, zoals dat ook eigenlijk nooit het geval is, om een absolute maatstaf gaat.⁸² Wat nodig is, is dat van de waarschuwing in redelijkheid en dus objectief bezien⁸³ ‘te verwachten valt’ dat deze invloed zal hebben, en tot ander, gevaarvermijdend gedrag zal leiden. De waarschuwer hoeft dus in principe niet op zoek te gaan naar of uit te gaan van zekerheid, dat is niet vereist.⁸⁴ Helemaal nieuw is de in het *Jetblast*-arrest neergelegde norm overigens niet, want artikel 8 Arbeidsomstandighedenwet kent een vergelijkbare norm (‘doeltreffend’).⁸⁵ En ook in het kader van de zorgplicht voor notarissen komen wij een vergelijkbare norm tegen. De notaris dient zich er volgens de Hoge Raad namelijk van te vergewissen dat een cliënt de betrokken risico’s voldoende beseft.⁸⁶

81. Tjong Tjin Tai, *WPNR* 6620 (2005), p. 372, betoogt dat deze plicht niet zover strekt als ik hier beweert. Er was hier wel gewezen, aldus deze auteur, op het gevaar, maar op een onvoldoende duidelijke wijze; hier was niet het type gevaar aangegeven, en was het type mogelijke schade niet voldoende helder gemaakt. Hij meent dat het in het algemeen genoeg is dat de gelaedeerde in toereikende mate duidelijk is gemaakt dat hij afstand moet houden in verband met een specifiek gevaar. Relevant is voor hem dus uiteindelijk of voor *het specifieke gevaar* is gewaarschuwd (zie p. 372 en ook al p. 371, waarbij hij kennelijk aansluit bij het in § 5.2.4 besproken arrest *Annema/Staat*). Ik meen dat deze redenering niet opgaat. Voor de Hoge Raad is doorslaggevend ‘of te verwachten valt dat deze waarschuwing zal leiden tot een handelen of nalaten waardoor dit gevaar wordt vermeden’, en niet of voor een specifiek gevaar gewaarschuwd is. Een specifieke waarschuwing kan wellicht aan de vermindering van het gevaar bijdragen, maar dat wil niet zeggen dat elke specifieke waarschuwing dan voldoet aan de (uitdrukkelijk anders) geformuleerde maatstaf van de Hoge Raad. Vgl. verder noot 275.

82. Vgl. nog § 6.5 hierna.

83. Zie nader daarover § 5.2.7 hierna.

84. Waarbij ik aanteken dat indien bepaald (gevaarvermijdend) gedrag juist *niet te verwachten* valt zodat een waarschuwing niet effectief zal kunnen zijn, zoals bij eigengereide en moeilijk te overtuigen klanten van een beleggingsinstelling, waarschuwen niet meer volstaat, maar de opdracht (tot het kopen van opties) geweigerd moet worden om aansprakelijkheid te voorkomen, zie HR 11-7-2003, *NJ* 2005, 103 m.nt. C.E. du Perron (Kouwenberg/Rabobank). Parallel daaraan zal in gevaarzettingssituaties soms met fysieke maatregelen in plaats van waarschuwingen gewerkt moeten worden, vgl. § 5.2.6 hierna.

85. Dat artikel luidt: ‘De werkgever zorgt ervoor dat de werknemers *doeltreffend* [mijn curs., *JG*] worden ingelicht over de te verrichten werkzaamheden en de daaraan verbonden risico’s, alsmede over de maatregelen die erop gericht zijn deze risico’s te voorkomen of te beperken.’

86. Zie HR 20-1-1989, *NJ* 1989, 766 m.nt. EAAL (Groninger Huwelijksvoorwaarden) en Boks, *a.w.*, p. 79. Deze norm is niet geheel gelijk aan die van gevaarvermijdend gedrag, maar gaat wel een eind in die richting en kan ertoe leiden dat de notaris zijn ministerie moet weigeren als de waarschuwing niet het gewenste effect heeft, aldus Boks, *a.w.*, p. 103-104.

Ik recapituleer. De Hoge Raad wil, zo volgt uit het arrest, dat een waarschuwing afdoende of effectief is,⁸⁷ en is dat niet zo, dan is aansprakelijkheid nog steeds mogelijk ondanks dat er wel een (vorm van) waarschuwing gegeven is. De zorgplicht is dus verzaamd in die zin dat er moeilijker aan voldaan kan worden en er dus eerder aansprakelijkheid zal kunnen worden aangenomen. Daaraan moet welhaast een bewuste keuze, een rechtspolitieke beslissing van de Hoge Raad ten grondslag liggen.⁸⁸ Welke dat is, blijkt vervolgens echter niet uit het arrest, helaas.⁸⁹ Ik ga er zo nader op in.

5.2.6 *St. Maarten na het Jetblast-arrest*

Het vliegveld is inmiddels, na verwijzing, veroordeeld tot het betalen van schadevergoeding. Het Gemeenschappelijke Hof van de Nederlandse Antillen en Aruba concludeert in tweede instantie, geheel in lijn met het arrest van de Hoge Raad, dat gelet op de grote mate van waarschijnlijkheid dat niet op de borden gelet wordt door toeristen, de weinig indringende en concrete wijze van waarschuwen en de ernst van de potentiële gevolgen van ‘jetblast’, het vliegveld gehouden was veiligheidsmaatregelen te treffen en dat de gebruikte waarschuwingsborden niet voldoende waren. De vraag of het nemen van verdergaande veiligheidsmaatregelen dermate bezwaarlijk moet worden geacht dat dit niet van het vliegveld gevergd kon worden, beantwoordt het hof ontkennend, omdat in elk geval een verdergaande waarschuwing mogelijk was, zodat het vliegveld jegens Hartmann aansprakelijk is.⁹⁰ Het vliegveld heeft vervolgens ook na-

87. De effectieve waarschuwing vinden wij ook terug bij de normen die op basis van art. 7:611 BW voor de werkgever ten opzichte van de werknemer gelden, vgl. HR 18-3-2005, *RvdW* 2005, 46 (KLM/De Kuisjer), waarin de door het hof aanvaarde norm om werknemers effectief te waarschuwen, teneinde hen te bewegen gevaren te vermijden, geaccepteerd wordt door de Hoge Raad (zie r.o. 3.10.2).

88. Het enige alternatief voor de stelling dat hierachter een rechtspolitieke keuze schuilgaat, zou kunnen zijn dat de Hoge Raad de uitkomst van het hof in dit geval (geen aansprakelijkheid) onbevredigend vond en dat men dus dit individuele geval wilde casseren. Dat had echter ook, en m.i. betrekkelijk eenvoudig, gekund op basis van de motivering van het hof, gegeven de norm uit het arrest *Annema/Staat*, omdat die motivering van het hof onvoldoende aandacht had voor de vraag of de waarschuwing voldoende specifiek was.

89. Zie Hartlief, *AV&S* 2004, p. 248, en *AA* 2004, p. 868. Ook nu laat de Hoge Raad niet het achterste van de tong zien en wordt er weinig kijk geboden op de redenen achter zijn beslissing, hetgeen wat mij betreft niet goed is. Dat zo'n handelwijze desastreus kan uitpakken, is bijvoorbeeld ten aanzien van de ‘omkeringsregel’ gebleken. Het gebrek aan inzicht in de achtergrond en de ratio van die regel heeft inmiddels te veel nieuwe arresten en te veel hectoliters inkt gekost, vgl. mijn eerdere opmerkingen daarover in Giesen, *a.w.* (2005), p. 208.

90. Zie Gem. Hof Nederlandse Antillen en Aruba 18-3-2005, *NJ* 2005, 302 (Hartmann/PJIAE). Het eigenschuldverweer wordt ook afgewezen.

dere maatregelen genomen, zoals men al van plan was.⁹¹ Zodoende is het bord op Maho Beach aangepast. Naast het vliegtuig is de tekening nu uitgebreid met een achterovervallende persoon. Bovendien is de tekst aangescherpt: *'Danger. Jet blast of departing and arriving aircraft can cause severe physical harm resulting in extreme bodily harm and/or death'*.

Dat ziet er dan als volgt uit (© CHRIS STARNES):



Of dit bord nu wel afdoende zal zijn, waag ik overigens te betwijfelen. Als ik de plaatselijke situatie op de hiervoor afgedrukte foto bekijk, dan kan ik mij goed voorstellen dat geen enkele waarschuwing meer zou volstaan om dit specifieke gevaar (en nog wat andere gevaren van dalende en stijgende vliegtuigen) tegen te gaan, zodat een algehele afsluiting van het strand en de weg langs de achterzijde van het vliegveld eerder in aanmerking zou komen.⁹² Dat is echter een beslissing die (mede) aan het Eilandgebied is, en niet (alleen) aan het vliegveld. En als wij dan verder de mogelijke aansprakelijkheid van het Eilandgebied terzijde

91. <http://www.pjiae.com/pub/archives/16-PRESS-RELEASE-PJIAE-DISCUSSING-ADDITIONAL-MEASURES-TO-PREVENT-MORE-JETBLAST-INCIDENTS.html> (geraadpleegd op 1-9-2005).

92. Vgl. ook Hartlief, *AA* 2004, p. 871-872, over de vraag welke alternatieven voor een waarschuwing (betere waarschuwing, verbodsbord, fysieke maatregelen ter afscherming, geheel afzien van activiteit) er in het algemeen aan de orde kunnen zijn.

laten,⁹³ dan rest het vliegveld zelf niets anders dan ofwel helemaal te sluiten,⁹⁴ ofwel indringender te waarschuwen, zoals nu gedaan is, en daarbij tevens, zo voeg ik toe, mensen weg te sturen als die te dicht bij het hek staan, ofwel om nog radicaler (en duurder, zo neem ik aan) de start- en landingsbaan te verplaatsen (op te schuiven de andere kant op), verder weg van het strand en de weg, voorzover dat mogelijk is.

Uiteraard zult u zich nu afvragen of dat dan nog gerechtvaardigd zou zijn. Mijns inziens wel, want de huidige situatie – inclusief het nieuwe bord dat *eenzaam en alleen* aan het strand prijkt, toch nog behoorlijk bescheiden van omvang is en niet erg strategisch geplaatst lijkt te zijn (het staat vrij ver weg van het hek en als er twee geparkeerde auto's staan, is er geen mens meer die het bord nog ziet) – is in elk geval niet afdoende. Daaraan doet de inmiddels veel explicietere tekst (die sterker op de gevolgen wijst) niets af, want wat heb je aan een tekst als niemand die kan zien.⁹⁵ Een toezichthouder die mensen op een afstand houdt, lijkt mij dan wel het minste wat men nog kan doen,⁹⁶ zeker als bekend is, zoals op St. Maarten, dat mensen massaal de waarschuwing negeren. Maar dan hebben wij de grenzen van de waarschuwingsplicht eigenlijk al achter ons gelaten.

5.2.7 *Navolging in de lagere rechtspraak: een objectieve norm*

In de lagere rechtspraak van na⁹⁷ het *Jetblast*-arrest, voorzover mij bekend, komt de daarin aangenomen norm tot op heden soms wel en soms niet terug. Ik noem als voorbeeld ten eerste een van de zaken betreffende de aandelenlease-affaire. Daarin heeft het Hof Den Bosch⁹⁸ geoordeeld dat Dexia de belegger in niet mis te verstane bewoordingen had moeten waarschuwen en zich ervan had

93. Ik meen te mogen stellen dat in dezen het Eilandgebied evenzeer aansprakelijk had kunnen worden gesteld. Zie ook de *NJ*-noot van Brunner, sub 2, onder het *Jetblast*-arrest, en de noot van Hekster in *AV&S* 2005, p. 144.

94. Dat het geheel afzien van een bepaalde activiteit nodig kan zijn, volgt bijv. uit HR 20-3-1992, *NJ* 1993, 547 m.nt. CJHB (Bussluit).

95. Bovendien was het wellicht verstandig geweest, indien fysieke maatregelen niet mogelijk waren, om het bord nog te voorzien van een gedragsadvies (houd zoveel meter afstand) of om er een verbodsbord van te maken.

96. Vgl. de conclusie van Hartkamp, nr. 19, voor het *Jetblast*-arrest.

97. Zie *Onrechtmatige Daad* VIII.4 (Lindenbergh), Aant. 10 en 18, voor de oudere, lagere rechtspraak inzake waarschuwingen.

98. Zie P.J.B. Koetsier, Schending zorgplicht bij aandelenlease. Hof Den Bosch 5 april 2005, *Maandblad voor Vermogensrecht* 2005, p. 108 e.v.

moeten vergewissen dat de belegger zich van het risico bewust was. Dat gaat in de richting van de norm uit het *Jetblast*-arrest, maar reikt toch net niet zo ver, omdat hier de bewustheid van het gevaar, en niet ook nog de vermindering ervan, centraal wordt gesteld.

In een andere uitspraak van hetzelfde hof⁹⁹ werd de *Jetblast*-norm echter niet benut en werd het bestaan van een plicht om te waarschuwen (mede) afgewezen op grond van de overweging dat waarschuwen hier niet vereist was, omdat waarschuwingen de gekwetste, een zesjarige jongen, niet zouden hebben weerhouden van het spel (met een toegangspoort).

In een zaak van een fietser die ten val kwam toen hij bij wegwerkzaamheden over gladde stalen rijplaten fietste, greep de Rechtbank Arnhem¹⁰⁰ wel expliciet terug op de norm uit het *Jetblast*-arrest.¹⁰¹ In geschil was of de door de wegbeheerder en de aannemers getroffen maatregelen voldoende waren. Voor de beoordeling daarvan gebruikte de rechtbank de norm of op een voldoende effectieve wijze is gewaarschuwd. Vervolgens wordt te dien aanzien, onder andere, overwogen dat het bord 'slipgevaar' betekent dat men er rekening mee moet houden dat het wegdek om allerlei redenen, en niet alleen vanwege modder of vuil, glad en slipgevaarlijk kan zijn. Gelet op die concrete waarschuwing en de algemene waarschuwing dat er ter plaatse gewerkt werd, kon redelijkerwijs worden verwacht dat 'weggebruikers hun rijgedrag en snelheid aan de toestand van het wegdek zouden aanpassen'. Aansprakelijkheid wordt vervolgens afgewezen.

De *Jetblast*-norm wordt in dit geval dus, en dat lijkt niet meer dan logisch, langs een objectieve meetlat gelegd.¹⁰² De vraag is of 'redelijkerwijs' verwacht kon worden dat deze waarschuwing tot gedrag zou leiden waardoor het gevaar

99. Hof Den Bosch 22-3-2005, *JA* 2005, 55 (A./Brunssum).

100. Zie Rb. Arnhem 19-1-2005, *JA* 2005, 36 (A./Postma GWW).

101. Overigens werd in Rb. Arnhem 29-9-2004, *JA* 2005, 7 (A./Gelderland) de aansprakelijkheid van een wegbeheerder afgewezen, zonder dat aan het *Jetblast*-arrest gerefereerd werd, o.a. omdat de weg was afgezet, daarvoor gewaarschuwd was en verdere waarschuwingen binnen het afzettingengebied niet nodig werden geacht. In Hof Arnhem 4-1-2005, *VR* 2005, 101 (Rijssen-Holten/Warris) werd wel het *Jetblast*-arrest genoemd, maar werd de maatstaf daaruit niet als zodanig benut in een geval van schade door een bussluit. Het hof sloot aan bij de mate van specificiteit en het *Struikelende broodbezorger*-arrest (HR 22-11-1974, *NJ* 1975, 149 m.nt. GJS), en stelde dat de ernst van de situatie hier niet tot het bewustzijn van het slachtoffer was doorgedrongen.

102. Die objectieve maatstaf wordt bijvoorbeeld ook gehanteerd in gevallen van medische aansprakelijkheid. Daarin gaat het om de vraag hoe een patiënt beslist zou hebben als die persoon alle noodzakelijke informatie zou hebben ontvangen. Van belang is dan wat een redelijk handelend persoon zou hebben beslist. Zie daarover HR 23-11-2001, *NJ* 2002, 386 (I./Stichting Gezondheidszorg) en HR 23-11-2001, *NJ* 2002, 387 (N./P.).

vermeden zou worden. Het gaat dus niet om de subjectieve beleving bij degene die de desbetreffende waarschuwing eventueel ter harte had moeten nemen, het latere slachtoffer, maar om welke gedragsbeïnvloeding in haar algemeenheid van de waarschuwing in kwestie kon worden verwacht.

5.2.8 De doctrine rondom het arrest inzake de jetblast

Uit de literatuur van voor het *Jetblast*-arrest bleek ten eerste dat een waarschuwingsplicht aanvaard wordt, indien moet worden aangenomen dat de ander geen of onvoldoende weet heeft van een relevant risico. Ook bleek dat deze plicht met name belangrijk is als een beperking van het risico niet anderszins mogelijk is.¹⁰³ En inderdaad, in het karakter van de waarschuwing ligt besloten dat waarschuwen een vorm van voorzorg is die eigenlijk altijd beschikbaar is.

In verband met het *Jetblast*-arrest is uit de literatuur verder nog van belang dat het er meer dan de schijn van heeft¹⁰⁴ dat de Hoge Raad een commentaar van Du Perron naar aanleiding van het *Annema/Staat*-arrest gevolgd heeft, dit op voorspraak van de conclusie van P-G Hartkamp.¹⁰⁵ Du Perron betoogde ten eerste dat een waarschuwing alleen ook als een adequate waarschuwing voor een ander gevaar mag worden beschouwd, indien degene die de waarschuwing krijgt, terstond dient te beseffen dat hij ook voor dit andere gevaar wordt gewaarschuwd. Ten tweede stelt hij dat apart waarschuwen voor het verwante andere gevaar nodig zal zijn als per gevaar een andere reactie vereist is of als het besef van het andere gevaar eerder tot het ten opzichte van het gevaar vereiste gedrag zal leiden, bijvoorbeeld omdat het verwante gevaar ernstiger is. Ten derde stelt hij, en daar gaat het hier om, dat voor de vraag of een waarschuwing voldoende is, doorslaggevend is of valt te verwachten dat die waarschuwing zal leiden tot handelen of nalaten waardoor het betrokken gevaar wordt vermeden.¹⁰⁶

Ook Van Dam had zich al in deze zin uitgesproken. Bij de vraag of kan worden volstaan met het waarschuwen voor in plaats van het wegnemen van een risico, is van belang in hoeverre van de waarschuwing daadwerkelijk effect is te

103. Van Dam, *a.w.* (2000), nr. 823.

104. Zie Hartlief/Tjittes, *NJB* 2004, p. 1584 (noot 38), en Tjong Tjin Tai, *WPNR* 6620 (2005), p. 372 (noot 72). De Hoge Raad volgt letterlijk de woorden van Du Perron, zie noot 106.

105. Zie de conclusie van Hartkamp voor het *Jetblast*-arrest, nr. 20. Hij verwijst daar ook naar Van Dam, *a.w.* (2000), nr. 823, waar wij min of meer dezelfde maatstaf aantreffen, zie hierna.

106. Zie C.E. du Perron, De reikwijdte van een waarschuwingsbord, *Bb* 1996, p. 176.

verwachten.¹⁰⁷ Wanneer daarvan dan sprake is of zou kunnen zijn, wordt echter door geen van beide auteurs verder duidelijk gemaakt.

Hartlief¹⁰⁸ tracht wel om enige nadere invulling te geven aan de vraag wanneer een waarschuwing afdoende is. Hij komt tot een aantal factoren dat daarbij een rol speelt, zoals: zijn het gevaar en de ernst ervan voldoende duidelijk geworden?; op wie was de waarschuwing gericht, op bijvoorbeeld een kind of op een volwassene?; en wist de aangesprokene dat de waarschuwing genegeerd werd? Het zal echter duidelijk zijn dat die nadere invulling nog steeds niet heel precies wordt.¹⁰⁹

De insteek van de Hoge Raad om het accent te verleggen richting de effectiviteit van de waarschuwing sluit goed aan bij de wensen van Van Boom dienaangaande. Hij pleitte in zijn oratie voor meer aandacht voor de effectiviteit van voorzorgsmaatregelen, ook ten aanzien van waarschuwingen.¹¹⁰ Ik meen echter wel te mogen stellen dat de handreiking die de Hoge Raad hier doet, niet volledig aan de wensen van Van Boom tegemoetkomt. Van Boom vindt namelijk onder andere¹¹¹ dat het nodig is dat er tevens nagedacht wordt over de vraag of en *wanneer* een waarschuwing dan effectief is of zou kunnen zijn, en dat doet de Hoge Raad hier uiteindelijk niet. De Hoge Raad beslist immers alleen *dat* de waarschuwing effectief of afdoende moet zijn. Van Boom pleitte ervoor om nader stil te staan bij die effectiviteit, omdat de kennis van juristen over effectiviteit niet erg precies is, zodat wij wellicht verkeerde eisen stellen.¹¹²

Het zal duidelijk zijn dat ik deze uitdaging graag wil aangaan, maar voordat ik daaraan toekom, wil ik eerst nog – wat mij betreft zou dit een voor privaatrechtelijk juridisch onderzoek welhaast verplicht onderzoeksdeel moeten zijn – bezien hoe de situatie elders is, al kan ik dat vandaag alleen doen op basis van een beperkte vorm van rechtsvergelijking. Hoe gaat men in de Verenigde Staten van Amerika (VS) met de waarschuwingsplicht om? Daarna ga ik nog in op de causaliteit en op de argumenten voor en tegen aansprakelijkheid zoals die hier van belang lijken te zijn (§ 5.4 en 5.5).

107. Van Dam, *a.w.* (2000), nr. 823.

108. Hartlief, *AA* 2004, p. 870.

109. Zo ook Lindenbergh, *NbBW* 2004, p. 151-152.

110. Van Boom, *a.w.*, p. 32-33.

111. Voor het overige bepleit hij terughoudendheid bij het aannemen van waarschuwingsplichten.

112. Van Boom, *a.w.*, p. 33.

5.3 Rechtsvergelijking: kort iets over waarschuwingsplichten in de VS

Voor vandaag, beperkt als onze tijd is, kies ik ervoor om slechts, en dan ook nog kort, één ander rechtstelsel te bespreken, en ik heb voor de VS gekozen om de voor de hand liggende reden dat het aansprakelijkheidsrecht aldaar in zekere zin ‘verder’ ontwikkeld is, in elk geval voorzover het gaat om het bedenken van mogelijke vorderingen en soorten claims, claims die wij vervolgens vaak zien overwaaien naar Europa en Nederland.¹¹³ Een tweede reden om inspiratie te zoeken in de VS, is dat aldaar de productaansprakelijkheid een hoge vlucht heeft genomen, hetgeen voor het hier besproken onderwerp relevant is, omdat veel van wat bekend is over waarschuwingen, oorspronkelijk of mede uit dat deel van het aansprakelijkheidsrecht stamt.

De norm inzake waarschuwingsplichten in de VS is deze dat een producent adequaat moet waarschuwen voor risico's of gevaren die inherent zijn aan hoe een product is ontworpen, in relatie tot het beoogde en redelijkerwijs voorzienbare gebruik van het product;¹¹⁴ voor ‘obvious dangers’ en ‘unknowable risks’ hoeft in beginsel niet te worden gewaarschuwd.¹¹⁵ Dit is overigens een norm

113. Zie de bijdragen over ‘Amerikaanse toestanden’ van O.A. Haazen, die regelmatig in het *NJB* verschijnen, en als voorbeeld van een wellicht in de toekomst ook in Nederland te bewonderen fenomeen, de claims tegen de ‘fast food’-ketens, waarover M. McCann, Economic Efficiency and Consumer Choice Theory in Nutritional Labelling, *Wisconsin L. Rev.* 2004: 1161. Hierbij ben ik mij terdege bewust van de vele redenen die aangevoerd zouden kunnen worden om juist niet met de VS te vergelijken, omdat, gegeven die redenen, de juridische infrastructuur en situatie daar volstrekt anders zijn dan hier (weinig sociale vangnetten, juryrechtspraak, *no cure no pay*-systeem voor betaling van advocaten, mogelijkheid van *punitive damages*). Aan bespreking van het Duitse recht kan ik hier helaas niet ook nog toekomen, ik wijs slechts op de gebruikelijke handboeken (bijv. Palandt/Thomas, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 60. Aufl., München: Beck 2001, ProdHaftG 3, Rdn. 5; U. Foerste, Deliktische Haftung, in: F. Graf von Westphalen, *Produkthaftungshandbuch. Band 1*, 2. Aufl. 1997, § 24, Rdn. 171 e.v.) en verder bijv. op K. Bischoff, Warnpflichten des Produzenten, *VersR* 2003, p. 958 e.v.

114. Zie W. Page Keeton e.a., *Prosser & Keeton on torts*, 5th ed., St. Paul: West 1984, p. 685, en bijv. inzake mogelijke claims wegens onvoldoende waarschuwen door de ‘fast food industry’ voor de lange- termijn-effecten van de consumptie van hun voedsel, McCann, *Wisconsin L. Rev.* 2004: 1161, op p. 1209 e.v., en m.n. op p. 1216-1217. Ik noem verder nog V.E. Schwartz, R.W. Driver, Warnings in the workplace: the need for a synthesis of law and communication theory, *52 U. Cin. L. Rev.* 38 (1983).

115. Vgl. J.A. Henderson, A.D. Twerski, Doctrinal Collapse in Products Liability: The Empty Shell of Failure to Warn, *65 N.Y.U. L. Rev.* 265 (1990), p. 273 en p. 280 e.v. Er zijn echter uitzonderingen op die regel, zie daarover zeer kritisch H. Bowbeer, D.S. Killoran, Liriano v. Hobart Corp.: Obvious Dangers, the Duty to Warn of Safer Alternatives, and the Heeding Presumption, *65 Brooklyn L. Rev.* 717 (1999), m.n. p. 722 e.v., die aantonen dat waarschuwen voor dit soort gevaren niet werkbaar is en niets oplevert.

die gebruikt wordt voor gevallen van 'product liability'.¹¹⁶ Daarbuiten is de waarschuwingsplicht namelijk veel minder in zwang, hetgeen dan weer te maken heeft met de grote populariteit van de regels inzake productaansprakelijkheid.¹¹⁷ De zojuist beschreven norm kan dan in zijn algemeenheid op drie manieren tot schadeplichtigheid voeren, namelijk doordat (1) in het geheel niet gewaarschuwd is, of (2) onvoldoende adequaat gewaarschuwd is, of (3) middelen benut zijn die onvoldoende waren om al degenen voor wie schade redelijkerwijs voorzienbaar was, te bereiken.¹¹⁸

Waar het gaat om het adequaat zijn van de waarschuwing, is dan ten eerste nog van belang dat de waarschuwing voldoende *specifiek* moet zijn.¹¹⁹ Verder moet deze begrijpelijk zijn voor de gemiddelde gebruiker en een redelijke indicatie geven over de aard en de omvang van het gevaar. Daarover beslist vervolgens naar Amerikaans recht een jury, want een jury van leken is het best in staat om te beoordelen of een waarschuwing de boodschap aan een gemiddeld persoon duidelijk kan maken. Uiteindelijk wordt de adequaatheid gemeten naar wat de waarschuwing zegt en de manier waarop het gezegd wordt (de intensiteit, die dan weer afhangt van de aard van het risico), zodat een waarschuwing 'unreasonable' kan zijn indien deze 'unduly delayed, reluctant in tone or lacking in a sense of urgency' zou zijn.¹²⁰

116. De *Restatement (Third) on Torts: Product Liability* (1998), § 2 (c), stelt dat een product gebrekkig is 'because of inadequate instructions or warnings when the foreseeable risks of harm posed by the product could have been reduced or avoided by the provision of reasonable instructions or warnings by the seller or other distributor, or a predecessor in the commercial chain of distribution, and the omission of the instructions or warnings renders the product not reasonably safe.'

117. Bovendien, als wij de zorg voor openbare terreinen en wegen niet in ogenschouw nemen, is de waarschuwing met name een thema dat voor (consumenten- of industriële) producten van belang is, vgl. § 5.2.

118. Zie Keeton e.a., *a.w.*, p. 685-686, en H. Latin, 'Good' Warnings, Bad Products, and Cognitive Limitations, 41 *UCLA L. Rev.* 1193 (1994). Deze auteur stelt verder dat 'goede' waarschuwingen niet altijd voldoende zijn, zie m.n. p. 1259 e.v., omdat veiligere en betaalbare alternatieven wat betreft het 'design' van een product te verkiezen zijn boven een voldoende waarschuwing. Zo inmiddels ook *Restatement (Third) on Torts: Product Liability* (1998), § 2, comment 1.

119. Keeton e.a., *a.w.*, p. 685.

120. Zie *MacDonald v. Ortho Pharmaceutical Corp.* 475 N.E.2d 65 (Mass. 1985), opgenomen in: R.A. Epstein, *Cases and Materials on Torts*, 7th ed., Gaithersburg: Aspen Law & Business 2000, p. 805 e.v., m.n. p. 810, en McCann, *Wisconsin L. Rev.* 2004: 1161, op p. 1226, met verdere verwijzingen. Uiteraard is het denkbaar dat de Hoge Raad zo ongeveer dit bedoelde met 'afdoende waarschuwing', en hij daaraan dus niet de zin heeft willen geven die de P-G er op voorspraak van Du Perron aan gegeven heeft (waarbij afdoende opeens effectief moest zijn). Maar de woordelijke overname door de Hoge Raad van Du Perrons woorden doet zeer sterk anders vermoeden, zie § 5.2.5 en 5.2.7.

Bovendien wordt er nog op gewezen dat men niet moet verwachten dat tegen elk gevaar gewaarschuwd kan worden, dat te veel details in een waarschuwing contraproductief werken, en dat een waarschuwing alleen effectief kan zijn als deze gelezen én begrepen is.¹²¹ Al met al hanteert men in de VS een norm die wat mij betreft een eind in de richting gaat van de ‘effectieve waarschuwing’ die de Hoge Raad tegenwoordig als norm hanteert. Vooral het vereiste dat de ‘sense of urgency’ van de boodschap moet doorkomen, voedt die gedachte. Dat betekent dan wellicht ook dat de verdere invulling van de norm zoals die in de VS heeft plaatsgehad, tevens een eerste stap zou kunnen zijn in de richting van de invulling van wat effectief zou kunnen zijn. Als tenminste de norm zoals in de VS gebruikt, ook de juiste blijkt te zijn vanuit andere perspectieven, zoals de cognitieve psychologie.

In dat kader is dan tevens nog van belang dat bijvoorbeeld Keeton *cum suis* vervolgens twee doelen voor de waarschuwing onderscheiden, namelijk ‘risicoreductie’ en ‘bescherming van de individuele autonomie’ bij het nemen van beslissingen.¹²² Deze twee doelen zijn, zo merk ik op, echter vaak lastig te verenigen, want het doel van risicoreductie zou in beginsel juist vergen dat de individuele beslissingsvrijheid aangetast zou moeten worden (mensen moeten niet zelf beslissen, want dan laten ze te veel risico’s bestaan). De waarschuwing fungeert hier dan ook als intermediair. Iemand is na en door een waarschuwing gewezen op een bepaald gevaar, zodat de gewaarschuwde dan zelf de risico’s kan inperken (risicoreductie), maar het is wel uiteindelijk zijn eigen beslissing om de waarschuwing ter harte te nemen of niet (autonomie).

5.4 *Neveneffect: de causaliteit is gegeven met de zorgplichtschending*

Hoewel deze rede niet over causaal verband handelt, kan ik er, als aangekondigd, toch niet helemaal omheen. De reden daarvoor is simpelweg deze dat de zorgplicht om te waarschuwen en de causaliteitsvraag als het om een geschonden waarschuwingsplicht gaat, erg nauw verbonden zijn,¹²³ hetgeen nog eens

121. Keeton e.a., *a.w.*, p. 686.

122. Keeton e.a., *a.w.*, p. 685; Henderson/Twerski, 65 *N.Y.U. L. Rev.* 265 (1990), p. 285 e.v.

123. Vgl. Van Boom, *a.w.*, p. 33, en noot 131 hierna.

versterkt is door het nieuwe criterium van de Hoge Raad inzake de afdoende waarschuwing.¹²⁴

Immers, als een waarschuwing als vervulling van een zorgplicht slechts afdoende is als 'te verwachten valt dat deze waarschuwing zal leiden tot een handelen of nalaten waardoor dit gevaar wordt vermeden', wil dat zeggen dat met de schending van die zorgplicht (helemaal geen of een blijkbaar niet-effectieve waarschuwing) en de aanwezigheid van enige schade direct ook het causaliteitsvereiste in de zin van het *condicio sine qua non*-verband is vastgesteld. De *condicio sine qua non*-vraag luidt hier, als altijd, of de schade ook ingetreden zou zijn als de fout niet gemaakt zou zijn.¹²⁵ Het antwoord is 'nee'. Als namelijk wel aan de zorgplicht in de zin van een effectieve waarschuwing voldaan zou zijn, zou daarmee immers ook meteen vast (moeten) staan dat de gewaarschuwde anders gehandeld zou hebben, namelijk conform de waarschuwing, die toch immers effectief was (zodat die gewaarschuwde gehandeld zou hebben teneinde het gevaar te vermijden), met als gevolg dat de schade niet ingetreden zou zijn. Daarmee is de causaliteit tussen het niet voldaan hebben aan die plicht en het wel ingetreden zijn van de schade, ook gegeven. Het wel voldoen aan de zorgplicht zou noodzakelijkerwijs, gegeven het criterium van de Hoge Raad, moeten betekenen dat het gedrag van de gelaedeerde ook gestuurd zou zijn in de richting van gevaarvermijding, zodat het gevaar zich niet verwezenlijkt zou heb-

124. Overigens, en alvast vooruitlopend op wat nog komen gaat: voor wie de verbinding tussen psychologie en aansprakelijkheidsrecht leuk vindt, ligt hier nog een mooi terrein braak. Wat te denken van de vraag hoe wij in het aansprakelijkheidsrecht zouden moeten omgaan met de resultaten die in de psychologie bereikt zijn inzake de kwestie hoe mensen attribueren (oorzaken toeschrijven aan gevolgen, causale relaties leggen). Uit onderzoek (zie bijv. Vonk e.a., *a.w.*, p. 23-25 en p. 77 e.v.) blijkt namelijk dat mensen geneigd zijn de oorzaak van een gebeurtenis bij de handelende persoon te zoeken en de invloed van factoren buiten die persoon (de situatie) te onderschatten. Deze 'fundamentele attributiefout' (zie ook Plous, *a.w.*, p. 180 e.v.) is wezenlijk voor de omgang met causaliteitsvragen in het aansprakelijkheidsrecht, zou ik denken. Hetzelfde geldt voor de zogenoemde defensieve attributie, het verschijnsel dat mensen meer verantwoordelijkheid toeschrijven aan een ander als dat gedrag tot ernstiger gevolgen leidt, zie Vonk e.a., *a.w.*, p. 139. Vgl. ook J.M. Barendrecht, Verdeling van verantwoordelijkheid als het fout gaat, in: W.H. van Boom, M.J. Borgers, *De rekenende rechter*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 55-56.

125. Zie over de problemen die de causaliteitsvraag hier in beginsel oproept, omdat nu eenmaal lastig feitelijk vast te stellen is of iemand anders gehandeld zou hebben als die persoon een waarschuwing zou hebben gehad, Henderson/Twerski, 65 *N.Y.U. L. Rev.* 265 (1990), p. 305. Vgl. verder specifiek voor de causaliteitsvraag bij het ontbreken van waarschuwingsborden HR 23-2-1968, *NJ* 1968, 192 m.nt. GJS (United Scottish Insurance Company Ltd./Staat) en over de causaliteit bij nalaten in meer algemene zin Giesen, *a.w.* (2005), p. 172-173, met verdere verwijzingen.

ben. Men kan hier dus niet om het causale verband heen.¹²⁶ Logischerwijs staat dat verband vast, en is verdere discussie daarover niet langer zinvol.

Dat betekent dan uiteraard tevens dat het nieuwe criterium van de Hoge Raad, bedoeld of onbedoeld, ook op causaliteitsvlak tot verandering, vernieuwing, aanleiding geeft. Het in afwijking van de hoofdregel¹²⁷ van bewijslastverdeling in Nederland¹²⁸ en elders¹²⁹ wel gepropageerde en gebruikte vermoeden dat een gegeven advies of een waarschuwing in beginsel gevolgd wordt, zodat dan ook de schade vermeden zou zijn als er gewaarschuwd zou zijn, hoeft hier niet eens te worden benut; deze (omstreden) redenering via een vermoeden van causaal verband, tenzij er tegenbewijs geleverd wordt, is niet nodig.¹³⁰ Ook de 'omkeringsregel' is hier niet nodig, want met het vaststaan van de zorgplichtschending is hier immers de causaliteit onvermijdelijk óók gegeven. De elemen-

126. Vgl. de redenering van J.A. Henderson, A.D. Twerski, *Intuition and Technology in Product Design Litigation: An Essay on Proximate Causation*, 88 *Geo. L.J.* 659 (2000), p. 678-681, ten aanzien van het causale verband bij 'design defects' die op basis van een 'consumer expectation test' worden afgewikkeld.

127. Daarover meer bij I. Giesen, *Bewijs en aansprakelijkheid*, diss. KUB 2001, p. 116.

128. Zie nader L. Dommering-van Rongen, *Productaansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer 2000, p. 57-58 en p. 158-160. Vgl. ook het pleidooi voor deze oplossing in Giesen, *a.w.* (diss.), p. 228 en p. 238-239, en bij Barendrecht/Van den Akker, *a.w.*, nr. 451 en 452, met verdere aanknopingspunten. In HR 28-1-2000, *NJ* 2001, 142 (Hallers/Rolflex), werd overigens het oordeel van het hof – op basis van de feiten in die zaak – dat de benadeelde *niet* anders zou hebben gehandeld als er een uitdrukkelijke waarschuwing zou zijn gegeven, in stand gelaten.

129. Zie voor de VS bijv. Epstein, *a.w.*, p. 820-821. Dit betreft de 'heeding presumption', die in de (oude) *Restatement (Second) On Torts* (1965), § 402A, comment j, was opgenomen. Naar de regels van de *Restatement (Third) on Torts: Product Liability* (1998), § 15, gelden voor causaal verband de gewone causaliteitsregels, en volgens de nieuwe algemene *Restatement (Third) on Torts: Liability for Physical Harm (Proposed Final Draft, No. 1, 2005)*, § 28, comment b, geldt deze presumptie (slechts) in 17 staten. Zie verder Henderson/Twerski, 65 *N.Y.U. L. Rev.* 265 (1990), p. 278-280; M. Geistfeld, *Inadequate Product Warnings and Causation*, 30 *U. Mich. J. L. Reform* 309 (1996-1997), die voor handhaving van de presumptie pleit omdat die presumptie de juiste prikkels aan producenten geeft; Bowbeer/Killoran, 65 *Brooklyn L. Rev.* 717 (1999), m.n. p. 724 e.v. en p. 757 e.v.; en Latin, 41 *UCLA L. Rev.* 1193 (1994). Voor Duitsland ('Beratungsgemäß' handelen) zie BGHZ 116, 60, op p. 73, en BGH *VersR* 1999, 888, op p. 889; E. Deutsch, *Unerlaubte Handlungen, Schadenersatz und Schmerzensgeld*, 3. Aufl., Köln: Heymanns 1995, Rdn. 284; Palandt/Thomas, *a.w.*, ProdHaftG 3, Rdn. 5a, en Giesen, *a.w.* (diss.), p. 231. Een 'echte' bewijslastomkering wordt daar overigens gebruikt voor gevallen van 'vertragliche Aufklärungspflichten' inzake producten, zie BGHZ 61, 118, en Giesen, *a.w.* (diss.), p. 213, en diensten van beroepsbeoefenaren, zie ook I. Giesen, *Bewijslastverdeling bij beroepsaansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer 1999, p. 53-54 (hoewel men ook wel met een vermoeden van 'Beratungsgemäß' handelen werkt, zie p. 57-58).

130. De redenering zou op zich bruikbaar zijn, want de causaliteitsvraag bij schending van een advies- of informatieplicht (zou met de informatie anders gehandeld zijn?) is dezelfde als de vraag die hier voorligt (zou na een waarschuwing anders gehandeld zijn?).

ten van de onrechtmatige daad vloeien hier dus ineen,¹³¹ ongeacht hoe de bewijslast en het bewijsrisico ten aanzien van de causaliteitskwestie verder verdeeld (moeten) worden.

5.5 Op zoek naar juridische (en andere) argumenten voor de nieuwe lijn

De Hoge Raad heeft niet werkelijk laten doorschemeren wat de rechtvaardiging is geweest voor zijn (rechtspolitieke) keuze om van waarschuwingen te verlangen dat deze effectief moeten zijn, met alle gevolgen van dien.¹³² Wij moeten dus zelf op zoek naar de mogelijke inhoudelijke rechtvaardiging voor de in het *Jetblast*-arrest gegeven regel.¹³³ Ik kan mij voorstellen dat het daarbij dan zou kunnen gaan om onder andere de volgende aspecten.

De achtergrond van de aanscherping van een waarschuwing die slechts specifiek moest zijn, naar een waarschuwing die effectief of afdoende moet zijn, en daarmee een argument voor een dergelijke zware plicht, is om te beginnen dat het hier gaat om een (variant van een) veiligheidsnorm.¹³⁴ De *bescherming tegen gevaren* staat voorop en wordt ook door de Hoge Raad vooropgezet; de vraag is immers of de maatregel afdoende is met het oog op de bescherming tegen gevaren. Echter, omdat deze bescherming tegen gevaren¹³⁵ het hele leerstuk van 'gevaarstelling' doortrekt en beheerst, zal dat niet de enige reden voor de

131. Zie ook HR 12-8-2005, C04/138, *LJN AT3093* (MEKO/X.), r.o. 3.4.4, waarbij het onrechtmatigheids- en causaliteitsoordeel samenliepen, alsmede de conclusie van Spier voor dat arrest (sub 4.7). Men zou dit als een voorbeeld kunnen zien van wat Wilburg het 'bewegliches System' noemde. Te kort gezegd, komt dat systeem hierop neer dat de diverse elementen van de onrechtmatige daad nooit helemaal los van elkaar te beoordelen zijn. Het gaat er niet alleen om aan welke elementen voldaan is, maar ook *in welke mate* dat het geval is. Dat betekent bijvoorbeeld dat als in sterke mate voldaan is aan de onrechtmatigheid, men minder streng kan zijn bij de causaliteit. De diverse elementen kunnen elkaar compenseren. Zie hierover o.a. A.J. Verheij, *Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon*, diss. VU 2002, nr. 378 e.v., en R. Westerhoff, *Die Elemente des Beweglichen Systems*, Berlin: Duncker & Humblot 1991, beiden met verdere verwijzingen, alsmede W.H. van Boom, I. Giesen, Van Nederlands naar 'Europees' onrechtmatige daadsrecht, *NTBR* 2004, p. 519-529, in relatie tot de 'European Group on Tort Law', die dit model als 'Leitbild' hanteert.

132. Dat ik dat jammer vind, zal inmiddels duidelijk zijn, zie § 3.1, m.n. noot 9, en § 3.2 hiervoor.

133. Terugvallen op de annotatie van Du Perron (*Bb* 1996, p. 176), die de inspiratie hiervoor vormde, biedt weinig soelaas omdat deze verder ook niet ingaat op de redenen voor zijn opvatting.

134. Als bekend, gaat het bij veiligheidsnormen, welke immers strekken tot bescherming tegen personenschade (letsel), om zware zorgplichten waarbij een schending al snel onrechtmatig zal zijn (omdat bijv. de bezwaarlijkheid van voorzorgsmaatregelen weinig tegenwicht biedt), vgl. bijv. Van Dam, *a.w.* (2000), nr. 809 en 811.

135. Wij zouden hier ook over slachtofferbescherming kunnen spreken.

verzwaring van een al aanwezige aansprakelijkheid geweest (kunnen) zijn. Immers, dan zou die reden voor dit hele terrein en dus voor alle vormen van voorzorg moeten (zijn gaan) gelden, met als gevolg dat alle vormen van gevaar steeds effectief vermeden zouden moeten worden door enig soort voorzorg. Dat zou de maatschappij behoorlijk veilig maken, maar eveneens tot veel, té veel beperkingen leiden en zo de maatschappij in haar functioneren stevig belemmeren. Bovendien zou dan elk geval van schade ook tot aansprakelijkheid leiden, en dat zal de Hoge Raad niet bedoeld of gewild hebben, zoveel is zeker. Er moet dus nog iets anders zijn.

Bijvoorbeeld het idee dat aansprakelijkheid de potentieel aansprakelijk te stellen personen of ondernemingen stimuleert om voldoende voorzorg te betrachten; het aansprakelijkheidsrecht prikkelt hen om voorzichtig te zijn en om schade te voorkomen, bijvoorbeeld door waarschuwingen te verstrekken.¹³⁶ Deze *preventieve werking* van het aansprakelijkheidsrecht wordt in principe natuurlijk versterkt als de eisen aan een waarschuwingsplicht opgeschroefd worden.¹³⁷ Het zou kunnen dat de Hoge Raad wil dat de waarschuwing meer gebruikt zou moeten worden om schade vaker te voorkomen en dat het nieuwe daarop gerichte ‘beleid’ nu is ingezet. Daar zit op zich wel iets in, maar wij hebben dan nog niet het hele beeld compleet.

Nauw verbonden aan die eventuele preventieve werking zijn immers de *kosten* van voorzorg. Rationeel opererende partijen zullen bepaalde extra waarschuwingen niet meer geven als dat te veel gaat kosten ten opzichte van de schade die zo voorkomen kan worden. Dat punt is van belang, omdat een waarschuwing in principe een vrij goedkope vorm van voorzorg is – een waarschuwingsbord hoeft niet al te duur te zijn, en als het eenmaal hangt, zijn de kosten ongeveer nihil – zodat de waarschuwing vaak voor toepassing in aanmerking

136. Zie bijv. Geistfeld, 30 *U. Mich. J. L. Reform* 309 (1996-1997), p. 314, en in breder verband, met verdere verwijzingen, Giesen, *a.w.* (2005), p. 146-149. Dat het debat over het al dan niet werkelijk bestaan van deze preventieve werking van het aansprakelijkheidsrecht nog niet voorbij is, bewijst de recente NJB-discussie tussen Giard en Hartlief (*NJB* 2005, p. 1401-1402).

137. Vgl. Schwartz/Driver, 52 *U. Cin. L. Rev.* 38 (1983), op p. 73. Geistfeld, 30 *U. Mich. J. L. Reform* 309 (1996-1997), p. 309-313, stelt dat een vermoeden van causaal verband nodig is om de productverkooper de juiste prikkels te geven om waarschuwingen op te nemen en dat in combinatie met dat noodzakelijke vermoeden de eisen aan de zorgplicht niet te zwaar aangezet zouden moeten worden. Een verzwaring van de causaliteitseis voor de eiser omdat de eisen aan de zorgplicht voor de gedaagde te hoog zijn, wijst hij af. De Hoge Raad heeft inmiddels beide elementen (zorg en causaliteit) ten gunste van de eiser ingevuld.

komt. Bovendien *kan* daarmee veel schade worden voorkomen.¹³⁸ Wellicht dat de Hoge Raad deze *geringe bezwaarlijkheid van voorzorgsmaatregelen* (dat is dan de *Kelderluik*-factor die in beeld is) aangegrepen heeft om juist op dit vlak tot een stevige zorgplicht te komen. Dat lijkt op het eerste gezicht ook logisch en verklaarbaar.

Naast de geringe bezwaarlijkheid van waarschuwingen wijs ik nog op een ander aspect dat speciaal voor de waarschuwing als zorgplicht geldt: bij producten, activiteiten en terreinen die onvermijdbaar gevaarlijk zijn, is de waarschuwing de *enig mogelijke vorm van voorzorg*,¹³⁹ uiteraard los van het geheel afzien van het maken van het product, het ondernemen van de activiteit of het laten betreden van het terrein. Een waarschuwing is dan de enige manier om nog enigszins *controle* uit te oefenen over wat zou kunnen gebeuren in relatie tot de activiteit, het product of het terrein in kwestie. Wellicht heeft de Hoge Raad de situatie rondom het vliegveld te St. Maarten als zodanig ingeschat, en daarom die waarschuwing maar stevig in de steigers gezet. Dat zou mijns inziens overigens niet juist zijn (zie § 5.2.6) en dat zou zeker niet een zo algemeen geformuleerde uitspraak hebben gevergd.

Tevens wil ik er hier op wijzen dat een waarschuwing ook *negatieve effecten* (en dus *additionele kosten*) kan hebben. Als een ondernemer, producent of terreinbeheerder moet waarschuwen tegen bepaalde gevaren van een activiteit, product of terrein, terwijl daaraan ook diverse goede kanten kleven en die goede kanten de gevaren overheersen, is het jammer én maatschappelijk schadelijk als door de waarschuwing mensen die activiteit niet meer ontplooiën, het terrein niet meer betreden of het product niet meer benutten (zoals bij medicijnen wel gebeurd is).¹⁴⁰

Daar komt bij dat wij het *kostenaspect* sowieso *niet mogen onderschatten*,¹⁴¹ want een waarschuwing is (of kan) duurder (zijn) dan deze wellicht op het eerste gezicht lijkt. Immers, niet mag uit het oog worden verloren dat er naast de

138. Vgl. Van Boom, *a.w.*, p. 33; Latin, 41 *UCLA L. Rev.* 1193 (1994), p. 1198; Schwartz/Driver, 52 *U. Cin. L. Rev.* 38 (1983), op p. 39, en Hof Arnhem 13-4-2004, *NJ* 2004, 612 (Eternit Fabrieken/X.).

139. Epstein, *a.w.*, p. 827. Zie ook J. Edworthy, A. Adams, *Warning Design: A Research Prospective*, Taylor & Francis: London 1996, p. 23. Van Boom, *a.w.*, p. 33, meent dat alleen dan, als waarschuwen de enig mogelijke optie is, een waarschuwing gebruikt zou mogen worden in plaats van andere vormen van voorzorg. Ik meen dat zulks een te zware eis oplegt aan de mogelijk aansprakelijke partij.

140. Zie Baron, *a.w.* (1998), p. 112-113.

141. Zie Henderson/Twerski, 65 *N.Y.U. L. Rev.* 265 (1990), p. 297. Ik ben zelf op dat punt overigens ook onvoorzichtig geweest, zie mijn noot in *AV&S* 2004, p. 38.

(meestal lage) kosten die de waarschuwende partij maakt voor de waarschuwing, ook tijd en moeite en dus kosten verbonden zijn aan het ontvangen en verwerken van de boodschap aan de zijde van de gewaarschuwde ('information costs'). Bovendien kan het toevoegen van extra waarschuwingen tot gevolg hebben dat andere waarschuwingen, misschien wel belangrijkere waarschuwingen, in de verdrinking komen. De kosten van de (extra) waarschuwing nemen dan snel toe.¹⁴²

Verder is relevant dat als het niet louter gaat om waarschuwen, maar om 'effectief waarschuwen' zoals de Hoge Raad dat voorstaat, dat dan allicht meer zal vergen van de waarschuwende partij qua tijd en moeite en dus ook zo bezien kostbaarder zal zijn, zodat die effectiviteit dan weer een extra element is dat van invloed is op de te maken afweging. Dat alles (de kosten voor de waarschuwende én de gewaarschuwde partij) zal er vervolgens toe (kunnen) leiden dat minder snel een plicht om te waarschuwen aanvaard zal worden (omdat de extra kosten dan niet tegen de extra baten opwegen), maar ook dat, indien die plicht er eenmaal is, die waarschuwing dan ook echt moet werken. Het stelsel zou daarmee meer rigide, meer 'alles of niets' worden, zo lijkt het.

De kosten kunnen dus hoger zijn dan wij geneigd zijn te denken, maar wellicht is daaraan een mouw te passen vanuit de gedachte dat als die kosten via het aansprakelijkheidsrecht of een verzekeringspremie doorgeleid worden naar de gedaagde (de producent, terreinbeheerder, wegbeheerder), deze vervolgens in staat is om die *kosten te spreiden* over vele consumenten of zelfs de maatschappij als geheel via de verkoopprijs, de toegangsprijs of een vorm van belasting.¹⁴³ Dat zou betekenen dat de activiteit in kwestie ook het prijskaartje krijgt dat er daadwerkelijk bij hoort (*internaliseren van kosten*), inclusief de kosten van aansprakelijkheid en/of verzekering daartegen.¹⁴⁴

Ook bezien vanuit de gedachte van het *profijtbeginsel* is een waarschuwingsplicht, inclusief de kosten daarvan, ten laste van de gevaarzettende actor in veel

142. Epstein, *a.w.*, p. 818-819, citerend uit: *Cotton v. Buckeye Gas Products Co.*, 840 F2d 935, op p. 937-938 (D.C. Cir. 1988). Zie ook Latin, 41 *UCLA L. Rev.* 1193 (1994), p. 1293; Bowbeer/Killoran, 65 *Brooklyn L. Rev.* 717 (1999), p. 745-749, en Henderson/Twerski, 65 *N.Y.U. L. Rev.* 265 (1990), p. 296. Kritisch ten aanzien van dit probleem van 'information overload' P.D. Rheingold, S.B. Feinglass, Risk-utility Analysis in the Failure to Warn Context, 30 *U. Mich. J. L. Reform* 353 (1996-1997), op p. 360, verwijzend naar D.M. Grether, A. Schwartz, L.L. Wilde, The Irrelevance of Information Overload: An Analysis of Search and Disclosure, 59 *S. Cal. L. Rev.* 277 (1985-1986), waartegen dan weer M.A. Eisenberg, Text Anxiety, 59 *S. Cal. L. Rev.* 305 (1985-1986).

143. Zie bijv. Keeton *e.a.*, *a.w.*, p. 692-693.

144. Bij vrij toegankelijke terreinen is het uiteraard niet direct mogelijk om kosten door te berekenen.

gevallen best te verdedigen. Die partij zal meestal degene zijn die profiteert van de activiteit of de situatie die het gevaar met zich brengt, en daarom zou diezelfde partij naast de lusten ook de lasten moeten dragen en dus voor de kosten moeten opdraaien. Kijken wij naar het vliegveld te St. Maarten, dan wordt dit snel inzichtelijk. De exploitatiemaatschappij profiteert van het vliegveld en de omvang ervan, en als dat ook betekent dat het vliegveld bijna tot op het strand reikt, met alle gevolgen van dien, dan zijn die gevolgen toe te rekenen aan hetzelfde vliegveld.

De argumenten van (het verschil in) *deskundigheid*, de *scheve verdeling van informatie* (de consument kent de risico's niet, de wederpartij wel) en de daaraan vaak gekoppelde *afhankelijkheid* van de ene partij ten opzichte van de andere partij, zullen vaak ook voor een waarschuwingsplicht spreken, net zoals die argumenten bijvoorbeeld bij notarissen en aannemers een rol spelen.¹⁴⁵ De één is deskundig, kent de gevaren en heeft de noodzakelijke informatie, waar de ander dat niet is en heeft, en daarom zou een waarschuwingsplicht in die relatie, hoe los die ook moge zijn, moeten worden geaccepteerd. De Staat, althans Staatsbosbeheer, zou moeten weten dat er zoets is als 'veenbroei', een gemiddeld wandelaar allicht niet, en dus moet de Staat die deskundigheid delen, via borden, of de schade dragen.

Wat de voorgaande argumenten naar mijn mening echter niet direct inzichtelijk maken, is waarom de gewone, al bestaande waarschuwingsplicht, zoals die in het *Veenbroei*-arrest aanvaard is, dan ook nog eens *opgerecht* zou moeten worden in de richting van de norm van de effectieve waarschuwing. Dat de gebruiker geen informatie heeft en die wel nodig heeft en dat daarvoor een waarschuwingsplicht zou moeten bestaan, is stap één, maar die plicht dan ook nog eens verzwaren, is echt een stap verder.

Daarnaast wijs ik hier nog op de stelling van Huydecoper¹⁴⁶ dat vele waarschuwingen eigenlijk *misbruikt* worden. Ze zijn niet zozeer bedoeld als waarschuwing voor de medemens, maar veeleer om de aansprakelijkheid van de waarschuwende partij uit te sluiten. Ze hebben niet als effect (of als doel) om de gewaarschuwde werkelijk te behoeden voor onheil; ze willen niet effectief zijn als waarschuwing. Ze zien alleen hierop *dat* er gewaarschuwd is, zodat een

145. Zie de literatuur en rechtspraak in noot 2 en 3.

146. Zie zijn conclusie voor HR 19-11-2004, C03/190, *LJN* AR5917 (Corubouw/X.), nr. 18.

eventuele aansprakelijkheid omzeild kan worden. Men zou dit (een vorm van) ‘defensive warning’ kunnen noemen.

Veel van dit soort waarschuwingen, vaak voor details, zullen niet effectief zijn in die zin dat ze mensen werkelijk zouden behoeden voor onverstandige stappen. Waarschuwen op die wijze en om deze reden lijkt dan ook zinloos. Daaruit zou dan enerzijds kunnen worden geconcludeerd dat er dan maar helemaal niet gewaarschuwd moet worden, maar zulks kan anderzijds ook betekenen dat een verzwaring van de zorgplicht, via het lanceren van een plicht om wel tot werkelijk effectieve waarschuwingen te komen, juist nodig zou kunnen zijn. Dat zou een verklaring voor de koers van de Hoge Raad kunnen zijn. De vraag is dan alleen of die koers niet te ver is doorgeschoten, omdat aan de gewenste vorm van waarschuwen vrijwel niet te voldoen lijkt te zijn.

De vérgaande koers van de Hoge Raad heeft echter in elk geval één pluspunt. Het maakt de Nederlandse waarschuwingsplicht mijns inziens *immuun* voor de *kritiek* zoals die in de VS geuit is door onder anderen Latin, en die aansluit bij het voorgaande punt van het oneigenlijke gebruik (als soort van exoneratie) van de waarschuwing. In de VS wordt de waarschuwing namelijk ook wel benut, aldus Latin, in plaats van het ontwikkelen van een (inherent) veiliger product. Omdat een goede waarschuwing een producent van aansprakelijkheid bevrijden kan, is een goede waarschuwing voldoende en hoeft die producent niet aan de slag met een zoektocht naar en de ontwikkeling van een inherent veiliger product. Dat zou, aldus Latin, niet mogen; veilige producten zijn belangrijker dan goede waarschuwingen.¹⁴⁷ In de nieuwe visie van de Hoge Raad is de norm waaraan een waarschuwing moet voldoen, daarentegen zo zwaar dat deze ‘vluchtroute’ waarschijnlijk niet erg succesvol zal kunnen zijn, zodat de waarschuwingsplicht de verdere ontwikkeling van betere en veiligere producten niet zal tegenwerken. Ik vraag mij echter af, retorisch, of de Hoge Raad dit in gedachten had toen hij het *Jetblast*-arrest wees.

Een nog niet als zodanig benoemd nadeel van de nieuwe koers lijkt te zijn dat die uitnodigt tot meervoudige en vérgaande waarschuwingen, en het gevaar daarvan (‘defensive warning’) is dan wellicht dat deze hun *doel voorbij zullen schieten*. Te veel waarschuwingen doen het risico ontstaan dat de werkelijk ge-

147. Zie Latin, 41 *UCLA L. Rev.* 1193 (1994), m.n. p. 1257 e.v., alsmede Edworthy/Adams, *a.w.*, p. 23, en inmiddels ook *Restatement (Third) on Torts: Product Liability* (1998), § 2, comment I. Vgl. verder nog Schwartz/Driver, 52 *U. Cin. L. Rev.* 38 (1983), op p. 43. Zie voor Nederland al Van Boom, *a.w.*, p. 33.

vaarlijke situaties minder zichtbaar worden.¹⁴⁸ Men ziet dan door alle labels de werkelijke gevaren niet meer.

Aan de andere kant moeten wij natuurlijk oppassen met het weliswaar introduceren van een plicht om te waarschuwen, maar het vervolgens niet kordaat invullen van die plicht. Dat zou er dan immers toe kunnen leiden dat de *effectiviteit van de zorgvuldigheidsnorm*, van de materiële norm die in het geding is, meteen weer verloren zou gaan, zodat er wel een recht verleend is, maar het vervolgens niet mogelijk blijkt om dat recht te kunnen handhaven. Hierbij zal ook de causaliteitseis een wezenlijke rol spelen. Is het causaal verband tussen de onvoldoende waarschuwing en de schade aan te tonen of niet?¹⁴⁹ De norm die de Hoge Raad in het *Jetblast*-arrest geïntroduceerd heeft, zal wat dat betreft in elk geval geen probleem veroorzaken, want zoals wij al zagen (§ 5.4), staat met de schending van de zorgplicht in deze gevallen de causaliteit ook vast.

Tot slot wijs ik er nog op dat de waarschuwing als vorm van voorzorg goed lijkt te passen bij de in het privaatrecht veel gebruikte notie van de *vrije wil*, de autonomie, van de mens. Een mens bepaalt zelf, aldus die visie, zijn keuzes en zijn handelen, en schat daartoe zelf zijn eigen kansen en risico's in. Het recht is er vervolgens om mogelijk te maken dat de mens inderdaad conform die vrije wil kan opereren. Dat geschiedt dan bijvoorbeeld door er zorg voor te dragen dat de mens ook de gelegenheid krijgt om zelf die kansen en risico's in te schatten. Dit betekent weer dat anderen in bepaalde gevallen verplicht worden om informatie te verstrekken over de aanwezige kansen en risico's, bijvoorbeeld via een waarschuwingsplicht, zodat daarna ieder voor zich kan beslissen wat hij of zij wil ondernemen of nalaten. De waarschuwingsplicht, en zeker een verzwaarde vorm daarvan, houdt dat '*laissez faire*'-model in stand. Of die 'vrije wil' werkelijk zo vrij is, is wat mij betreft nog niet zeker, maar de gedachte als zodanig past ontegenzeggelijk in een maatschappijmodel waarbij de eigen verantwoordelijkheid meer op de voorgrond treedt.¹⁵⁰

148. Zie Chr.H. van Dijk, *Werkgeversaansprakelijkheid; omvang zorgplicht*, *AVG'S* 2004, p. 267.

149. Niet toevallig is het hier besproken argument ook een argument in de discussie omtrent de 'omkeringsregel', zie Giesen, *a.w.* (2005), p. 206-209. Het argument speelt echter ook in algemenere zin, zie bijv. Verheij, *a.w.*, p. 445 e.v., die dit de rechtshandavingsfunctie noemt.

150. Volgens Hartlief, *AVG'S* 2004, p. 248, heeft de Hoge Raad de afgelopen tijd een kentering ingezet richting 'eigen verantwoordelijkheid'. De ironie wil dan natuurlijk dat dat hier geschied is via een norm die met name paternalisme uitstraalt.

Al met al ontdekken wij zo een stevige lijst van argumenten, redenen en rechtvaardigingen om wel of niet tot een, al dan niet zware waarschuwingsplicht te besluiten. Die lijst is er uiteraard niet één van argumenten die vervolgens tegen elkaar weggestreept kunnen worden of één waarbij dan geldt dat indien de meeste stemmen (redenen) voor of tegen een waarschuwingsplicht en aansprakelijkheid spreken, deze uitkomst dan ook per se de beste zou zijn. Hoewel deze 'lijst' van argumenten inderdaad voor aanvaarding van een waarschuwingsplicht pleit, hetgeen onmiskenbaar het geval is, geldt in elk geval niet dwingend dat deze argumenten ook tot een (zeer) zware zorgplicht aanleiding zouden geven (zoals de Hoge Raad die aangenomen heeft). In plaats daarvan zal iedereen die de afweging maakt (wel of niet een vergaande waarschuwingsplicht aanvaarden?), een eigen voorkeur voor bepaalde gronden hebben en op basis daarvan voor een richting kiezen, net zoals de Hoge Raad dat gedaan heeft. Het zou alleen fijn zijn geweest als de Hoge Raad iets meer had laten zien van zijn voorkeur uit deze lijst van redenen, want dan hadden wij wellicht kunnen achterhalen waarom een *verzuwaring* van de maatstaf voor waarschuwingen nodig werd geacht. Maar wellicht schuilt het antwoord op die 'waarom'-vraag helemaal niet in het voorgaande en moeten wij dat elders zoeken. Misschien vinden wij elders wel hét argument dat de doorslag zou kunnen geven om voor of tegen een bepaalde vorm van waarschuwingen te kiezen.

5.6 *Tussenconclusie: een effectieve waarschuwing, wat is dat?*

Een waarschuwingsplicht moet niet alleen kunnen worden gegrond op een stevige rechtvaardiging, maar volgens de recente rechtspraak moet een zo gefundeerde waarschuwing vervolgens ook nog *effectief* zijn. Wat dat vereiste precies inhoudt en of het houdbaar is, is echter nog niet duidelijk. Eigenlijk is zelfs nog onduidelijk wat het zou kunnen betekenen.

Een voorbeeld. Op diverse plaatsen langs de kant van de Interstate 76 tussen Pittsburgh en Philadelphia, maar ook op duizenden andere plaatsen in de wereld, staan waarschuwingsborden met daarop een tekening van vallende rotsblokken, al dan niet met daaronder nog de tekst: '*Falling rocks*'. Iedere automobilist kent ze, en weet waar ze voor staan. Maar, als je dan nog eens opnieuw nadenkt over wat je nu daarmee kunt, dan bekruipt mij toch het angstige gevoel dat dat eigenlijk bar weinig is. Immers, als de bedoelde rotsblokken inderdaad vallen, kun je er helemaal niets meer tegen doen, hoogstens mag je hopen dat

het je lukt om eromheen te slalommen, dan wel, als je het iets eerder ziet gebeuren, om op tijd te remmen. Zonder waarschuwing zou dat niet wezenlijk anders zijn. Deze waarschuwing lijkt dus niet effectief te zijn; de waarschuwing als zodanig stuurt immers op geen enkele wijze het gedrag van de weggebruikers (langzamer rijden bijvoorbeeld), maar maakt hen hoogstens iets alerter. Is daarmee dan de wegbeheerder aansprakelijk als een vallend rotsblok een auto raakt? Dat zou op zijn minst genomen vreemd zijn, want het betreft hier een natuurlijke oorzaak waartegen de wegbeheerder op zich niets kan doen, behalve wellicht de weg niet of elders aanleggen. Aansprakelijkheid ligt derhalve niet voor de hand, hoewel de waarschuwing niet effectief lijkt voor deze gevallen. Die norm wringt hier derhalve.¹⁵¹

Iets soortgelijks geldt voor de waarschuwingen die wij regelmatig horen in verband met de weersomstandigheden. Iedereen kent de weerswaarschuwing dat men in het verkeer moet oppassen voor ‘plaatselijke gladheid’ in een bepaalde regio. Alleen, zo vraag ik mij af: hoe plaatselijk is die gladheid dan? Wij weten niet welke plekken werkelijk glad zijn. Is dit dan een effectieve waarschuwing? Wellicht wel, althans, het zou kunnen, omdat er een kans is dat de weggebruiker voorzigtiger zal gaan rijden, maar hoe groot is die kans eigenlijk? En hoe lang zal die voorzichtigheid aanhouden?

Een derde voorbeeld. Op St. Maarten heeft men na de jetblast-kwestie inmiddels een ander bord aangebracht, maar ook dat bord zal weinig vruchten afwerpen, zo betoogde ik net al (§ 5.2.6). Het nieuwe bord is te klein, te eenzaam, en staat te ver van het hek om werkelijk zoden aan de dijk te kunnen zetten, zo vermoed ik. Dat ik hier van een vermoeden spreek, is omdat ik voor al de genoemde gevallen voorlopig eigenlijk niet veel verder kom dan giswerk, uitgaande van wat ik vermoed dat een effectieve waarschuwing zou *kunnen* zijn.

Wij gissen dus nog steeds naar wat een effectieve waarschuwing is en hoe die er uitziet. Hoe en wanneer (in welke vorm) een waarschuwing effectief is of kan zijn, blijkt niet uit de uitspraak van de Hoge Raad, de lagere rechtspraak of de literatuur.¹⁵² En dat is ook niet zo gek, want die vraag lijkt uiteindelijk niet ju-

151. Het oordeel dat aansprakelijkheid *niet* passend is, is overigens wel mede op de gegeven, doch niet effectieve waarschuwing terug te voeren, want de toegenomen alertheid die deze waarschuwing kweekt of zou moeten kweken, ook zonder werkelijk het gedrag van de weggebruikers te sturen, is voldoende om aansprakelijkheid van de wegbeheerder uit te sluiten.

152. Zie § 5.2 hiervoor.

ridisch beantwoord te kunnen worden. Tot die conclusie komt ook, maar impliciet, Brunner in zijn noot onder het *Jetblast*-arrest, die immers zijn heil zoekt in een aantal algemene psychologische noties.¹⁵³ Hij stelt een algemeen probleem voorop, namelijk dat uitdrukkelijke waarschuwingen voor concrete gevaren, hoe indringend ook, niet voor iedereen voldoende reden zijn om dat gevaar te vermijden, en vervolgt:

‘De ervaring leert dat vooral jonge en avontuurlijk ingestelde mensen zich eerder door gevaren aangetrokken voelen, dan dat zij daardoor worden afgeschrikt. Ze zijn enerzijds geneigd gevaren die ze kennen te onderschatten, terwijl zij in het succesvol doorstaan van een hun bekend gevaar een onmiddellijke bevrediging vinden. Zij vinden een door veel regels gereguleerde samenleving maar saai en zijn op zoek naar sensatie en daarom minder geneigd die regels in acht te nemen. (...) Onderschatting van de risico’s en overschatting van eigen kunnen spelen daarbij een belangrijke rol.’

Brunner gaat dus expliciet in op de psychologische achtergrond bij het omgaan met en met name het negeren van waarschuwingen.¹⁵⁴ Wat hem betreft, gold dat alles kennelijk ook voor de (blijkbaar verveelde) toeristen op St. Maarten, inclusief mevrouw Hartmann, en hebben zij de sensatie en het gevaar dus bewust opgezocht en is de lagere rechter daar impliciet van uitgegaan.

Zijn verhaal klinkt heel logisch en plausibel, maar toch vraag ik mij af: kloppen die uitgangspunten psychologisch gezien eigenlijk wel? En kloppen ze voor de eiseres, Hartmann?¹⁵⁵ In elk geval vraag ik me af in hoeverre dit soort uitspraken zonder deze te controleren door er nader onderzoek naar te doen, althans het bestaande psychologische onderzoek erbij te halen, wel zinvol zijn. Zetten zij ons op het juiste spoor? Wij moeten dus niet blijven staan bij deze

153. Zie de noot van Brunner, sub 2, onder het *Jetblast*-arrest. Vgl. ook Latin, 41 *UCLA L. Rev.* 1193 (1994), p. 1283-1284.

154. Dat deed hij eerder ook al eens, namelijk in zijn noot onder HR 22-9-1981, *NJ* 1982, 254 (Laadschop) inzake Martin Smit, de 3-jarige jongen die op een zandhoop naast de openbare weg speelde en verwond werd door een achteruitrijdende mobiele laadschop. Het hof ging uit van de angst voor dit soort voertuigen bij kinderen, en meende dat aansprakelijkheid niet mogelijk was, terwijl de Hoge Raad uitgaat van de attractie die zo’n voertuig kan zijn voor een kind. Brunner wijst hierop in zijn noot en gaat dan zelf uit van het onvermogen van een kind om het gevaar te zien.

155. Brunner laat die vraag uiteindelijk open. Als eerste stap op weg naar een antwoord wijs ik er vast op dat uit onderzoek lijkt te volgen dat sensatie zoeken als karakteristiek voor een persoon wel tot meer veroordelingen leidt, maar niet tot meer ongelukken, vgl. Matthews, *a.w.*, p. 157.

generalisaties, maar buiten het juridische op zoek gaan naar een mogelijk antwoord op de vraag die ons juridisch gezien bezighoudt. Als wij meer willen weten over de waarschuwing, dan zullen wij dieper in de psychologie, meer bepaald de cognitieve psychologie, moeten duiken.¹⁵⁶

Graag zou ik op dit moment reeds van de gelegenheid gebruik willen maken om u op het navolgende te wijzen. Coen Drion klaagde in een *NJB* van afgelopen zomer¹⁵⁷ dat hij geen goeroe had. Hij leek daarvan te balen. Ik heb het voorrecht om twee 'goeroes', in de goede zin van het woord, te mogen hebben. Ten eerste was daar en is daar nog steeds Maurits Barendrecht, mijn promotor en ook nadien mijn leermeester. Maurits, jij leerde mij onder andere dat het recht, laat staan het geldend recht, geen eindpunt is, en dat het recht vooral ook gezien kan worden als een van de mogelijke oplossingen voor een maatschappelijk probleem. En ten tweede was daar na mijn promotie en is daar nog steeds mijn leermeester Jan Vranken. Jan, jij leerde mij onder andere, bijna stiekem, om mijn eigen en andermans grenzen ook werkelijk op te zoeken en te overschrijden. Ik dank jullie beiden voor deze aaneensluitende en alle andere lessen.

156. Vgl. reeds de suggestie van Van Boom, *a.w.*, p. 33, die ook het belangwekkende onderzoek van Latin, 41 *UCLA L. Rev.* 1193 (1994) noemt.

157. C.E. Drion, Waar zijn de goeroes?, *NJB* 2005, p. 1227.

6 De waarschuwing als psychologisch fenomeen

6.1 Wat is een waarschuwing eigenlijk?

6.1.1 Inleiding

Het is tijd om te bezien of wij uit de psychologie kunnen halen wat wij juridisch als een afdoende of effectieve waarschuwing zouden kunnen beschouwen.¹⁵⁸ Daarbij vraag ik mij voorlopig nog af of een effectieve waarschuwing wel bestaat, en zo ja, hoe die dan ingekleed zou moeten zijn. Ik geef daarbij bij voorbaat toe dat dit een lastige exercitie was, maar gezien de resultaten die het opgeleverd heeft, ben ik eens te meer overtuigd van het nut van onderzoek volgens deze multidimensionale aanpak. Maar, zo vraagt u zich natuurlijk af, wat heeft dat dan opgeleverd?

6.1.2 Een omschrijving van een waarschuwing

Een waarschuwing, zo stellen Edworthy en Adams in hun boek over ‘*Warning design*’:¹⁵⁹

‘is an artefact – something which does not exist in its own right, but exists to reflect, in some way, the total risk or hazard associated with the product or situation to which the warning refers. Such artefacts should, if they are properly designed, help the observer to decide whether or not to comply with the warning.’

Een waarschuwing is dus in essentie, zo vertaal en vul ik aan, een uiting, via geluid of via visueel zichtbare tekens, zoals borden met tekeningen en teksten, waarmee een persoon een ander of een groep anderen wijst op, waarschuwt voor, een mogelijke situatie of gebeurtenis of iets dergelijks, die een gevaar of risico van enigerlei soort teweeg kan brengen.¹⁶⁰ Omdat het vandaag gaat om de

158. Ook Edworthy/Adams, *a.w.*, p. 26 e.v., leggen het verband tussen psychologisch onderzoek inzake waarschuwingen en de juridische aspecten daarvan (aansprakelijkheid). Een andere benadering was uiteraard ook mogelijk, zo had ik er bijvoorbeeld ook voor kunnen kiezen om het thema van de waarschuwing (mede) te benaderen vanuit de communicatiewetenschap, zoals Schwartz/Driver, 52 *U. Cin. L. Rev.* 38 (1983), deden, maar wegens plaats- en tijdgebrek zie ik daar verder van af.

159. Edworthy/Adams, *a.w.*, p. IX.

160. ‘Warnings are used to communicate hazard and risk information as a means of preventing accidents and injuries’, aldus D.M. DeJoy, M.S. Wogalter, Preface. Warnings and risk communication, *Safety Science*, 16 (1993) 565. De waarschuwing dient te worden onderscheiden van wat ik maar noem een ‘hint’, informatie die deel uitmaakt van de gebeurtenis zelf, de gebeurtenis waarvoor gewaarschuwd wordt, en er niet van te scheiden is. Zie Edworthy/Adams, *a.w.*, p. 2.

vraag wanneer een waarschuwing *effectief* is of kan zijn, dienen wij ons specifiek te richten op precies die vraag, maar de beantwoording daarvan vergt wel dat wij eerst een aantal (tussen)stappen moeten zetten om te achterhalen hoe een waarschuwing eigenlijk werkt.

Een waarschuwing kan alleen effect sorteren als de ander, de gewaarschuwde, de waarschuwing waarneemt, registreert en vervolgens overeenkomstig handelt, na weging van de kosten en de baten van dat handelen. Waarschuwen heeft daarmee dus ten eerste te maken met *perceptie* en met *aandacht*: wat registreert de mens op welke manier en wat kan daarbij misgaan? De waarschuwing heeft daarbij de rol om de aandacht naar zich toe te trekken (§ 6.2 en § 6.3). Ten tweede gaat het om *beslissen*: hoe komt de mens tot een beslissing, gegeven wat er voordien aan waarschuwingssignalen geregistreerd is en gegeven de noodzaak om de kosten en baten af te wegen? De waarschuwing fungeert daarbij als verstrekker van informatie om die afweging te kunnen maken (§ 6.4).¹⁶¹ Men zou dus ook kunnen zeggen dat een waarschuwing de intentie heeft om de ontvanger van de boodschap te overtuigen van de desbetreffende boodschap en om vervolgens de ontvanger op een bepaalde wijze te laten handelen.¹⁶²

Uit onderzoek is inmiddels gebleken dat het uitgangspunt moet zijn dat de vraag of iemand de waarschuwing opvolgt – of breder: iemands gedrag ten opzichte van de waarschuwing – niet enkel van die waarschuwing zelf afhangt, maar ook van de *context*. Het gaat daarbij om de situatie waarin die persoon zich bevindt, zijn eerdere ervaringen met het product of het gevaar, het gedrag van anderen, het gevaar zelf, bekendheid met het mogelijke gevaar in kwestie, de aanwezige kennis van en kunde om met dat gevaar om te gaan, de kosten die eraan verbonden zijn, en of die kosten de baten te boven gaan, et cetera.¹⁶³ Die

161. Over deze twee rollen Edworthy/Adams, *a.w.*, p. IX. Deze indeling strookt met de twee elementen die volgens Hartlief, *AA* 2004, p. 870, van belang zijn, namelijk zicht op het gevaar (kennis) en handelen conform dat inzicht (invloed op gedrag).

162. Zie DeJoy/Wogalter, *Safety Science*, 16 (1993) 565: 'Ideally, a warning should capture attention, provide essential information, and facilitate self-protective behavior.' Na aandacht en perceptie zijn de volgende stappen die van begrijpen en beslissen, waarna een antwoord geselecteerd wordt en uitgevoerd. Vgl. ook Schwartz/Driver, 52 *U. Cin. L. Rev.* 38 (1983), op p. 78, en M.R. Lehto, J.D. Papastavrou, Models of the warning process: important implications towards effectiveness, *Safety Science*, 16 (1993) 569-595, op p. 569-570, die verder een zeer ruim overzicht bieden van diverse onderzoeken, en hun uitkomsten, op het terrein van 'warning design', verdeeld in zes stappen en vele subvragen (p. 572 e.v.).

163. Zie Edworthy/Adams, *a.w.*, p. IX en p. 5, alsmede de opsomming bij E. Hellier e.a., On the Stability of the Arousal Strength of Warning Signal Words, *Appl. Cognit. Psychol.* 14: 577-592 (2000), op p. 577-578.

opsomming had een juridische, een omstandighedencatalogus in de beste privaatrechtelijke traditie,¹⁶⁴ kunnen zijn, maar is het niet. Het gedrag van mensen in relatie tot waarschuwingen en hun referenten (het product of de situatie die het gevaar met zich brengt en waartegen gewaarschuwd wordt¹⁶⁵) is dus afhankelijk van een combinatie van ervaring en context, én van de waarschuwing zelf.¹⁶⁶

Waarschuwingen hebben twee functies, de 'alerting function', ofwel de 'iconic or attention getting component', en de 'informational function'. Denk aan een bord met daarop de tekst 'Gevaar'. Dat woord is een signaalwoord dat alarmerend effect heeft en op een bepaald niveau van gevaar duidt. Alertheid kan echter ook door andere woorden, door gebruik van bepaalde kleuren, door het gehele patroon van de waarschuwing, inclusief bestaande kennis, worden bereikt.¹⁶⁷ Doel van een waarschuwing is 'to produce a rapid alerting response'.¹⁶⁸ Anderzijds kan en moet een waarschuwing ook 'informational' zijn. De waarschuwing geeft in beginsel informatie over hoe te handelen, wat te doen of niet te doen. Die informatie heeft overigens ook weer een alarmerend aspect, net zoals de meer alarmerende aspecten ook informatie geven. Verschillende soorten waarschuwingen zullen dan ook verschillende soorten mixen van deze twee functies laten zien.¹⁶⁹

6.2 Perceptie

De mens zit vol sensoren die geluid, visuele stimuli, lichamelijk contact, et cetera detecteren. Perceptie of waarneming betreft daarbij de vraag hoe die sensoren registreren wat er buiten ons lichaam om bestaat.¹⁷⁰ Anders gezegd: perceptie betreft de 'acquisition and processing of sensory information in order to see, hear, taste, or feel objects in the world' terwijl daardoor onze activiteiten ten opzichte van die objecten gestuurd worden.¹⁷¹

164. Zie *Asser-Vranken****, nr. 95 e.v., en kritisch daarover al J.M. Barendrecht, *Recht als model van rechtvaardigheid*, diss. KUB 1992, bijv. op p. 66 e.v.

165. Edworthy/Adams, *a.w.*, p. 4.

166. Hellier e.a., *Appl. Cognit. Psychol.* 14: 577-592 (2000), p. 578, en Edworthy/Adams, *a.w.*

167. Edworthy/Adams, *a.w.*, p. 4. Zie over het navolgende ook Hellier e.a., *Appl. Cognit. Psychol.* 14: 577-592 (2000), p. 578.

168. Edworthy/Adams, *a.w.*, p. 4.

169. Edworthy/Adams, *a.w.*, p. 5.

170. Anderson, *a.w.*, p. 36. De identificatie vindt vervolgens plaats in de hersenen.

171. Eysenck/Keane, *a.w.*, p. 31.

Bij visuele perceptie¹⁷² gaat het dan om de verwerking van visuele informatie¹⁷³ en de herkenning van patronen. Dat lijkt simpel, maar is het niet. Perceptie kan betrekking hebben op een object (wat is iets?) of op een ruimte ('spatial perception'; waar is iets?), en verder vormen de perceptie van kleur, van diepte en omvang, en de perceptie zonder bewustheid, even zovele gigantische onderzoeksvelden.¹⁷⁴ Uit dat soort onderzoek is bijvoorbeeld gebleken dat een mens niet altijd meteen herkent wat hij of zij ziet, daar gaat kortere of langere tijd overheen.¹⁷⁵ Daarmee moet dus rekening worden gehouden; een verkeersbord of elk ander waarschuwingsteken moet derhalve per direct zo helder mogelijk zijn, omdat de gewaarschuwde anders de waarschuwing wel eens zou kunnen missen, met alle gevolgen van dien. De factoren in een waarschuwing die een alarmerende functie hebben, vergen overigens weinig bewuste 'information processing' en worden daarmee sneller herkend.¹⁷⁶

Van groot belang bij een waarschuwing is niet alleen dat deze gezien of gelezen wordt, maar ook de *urgentie* die deze oproept. Mensen percipiëren, zo blijkt, verschillen in de mate van gevaar die een waarschuwing impliceert, en handelen vervolgens overeenkomstig. Het veranderen van een waarschuwing heeft dus effect op de 'ranking', de rangorde van het gevaar in kwestie, en dat betekent dat verschillende waarschuwingen op verschillende niveaus van gevaar duiden: sommige zijn meer urgent dan andere.¹⁷⁷ De mate van urgentie die de waarschuwing impliceert, zal idealiter in lijn zijn met de grootte van het gevaar dat gesignaleerd wordt; dit noemt men wel 'hazard matching' of 'urgency map-

172. Ik ga niet nader in op geluidswaarschuwingen, omdat die minder frequent voorkomen en (daarom) vanuit het perspectief van het aansprakelijkheidsrecht minder significant zijn. Zie nader daarover Edworthy/Adams, *a.w.*, p. 6-7; Esgate/Groome, *a.w.*, p. 246 e.v. Alleen het niet of niet juist reageren op de geluidssignalen van brandweer, ziekenauto en politie zou hier nog van belang kunnen zijn, maar dat speelt in rechte, voorzover ik heb kunnen achterhalen, een ondergeschikte rol.

173. Dat kan dan 'bottom-up' (gestuurd door onze sensoren) of 'top-down' (gestuurd door onze eerdere kennis en ervaring) gebeuren, vgl. E.A. Styles, *Attention, Perception and Memory. An Integrated Introduction*, Hove: Psychology Press 2005, p. 12 en p. 18.

174. Eysenck/Keane, *a.w.*, p. 33-67.

175. Anderson, *a.w.*, p. 38. Als de perceptie op iets speciaals gericht is, mist men vrij geregeld allerlei andere signalen, zoals een als gorilla verklede vrouw die dwars door een spel loopt, zie Eysenck/Keane, *a.w.*, p. 133 ('inattentional' of 'change blindness').

176. Edworthy/Adams, *a.w.*, p. 4. Ook blijkt uit onderzoek dat een instructie bij een waarschuwing die tot een nalaten oproept, eerder verwerkt wordt dan een instructie die tot een doen noopt, zie E.H. Gallusio, K. Fjelde, Eye movement and reaction time measures of the effectiveness of caution signs, *Safety Science*, 16 (1993) 627-635.

177. Vgl. Hellier e.a., *Appl. Cognit. Psychol.* 14: 577-592 (2000), p. 578.

ping'.¹⁷⁸ Kleur is bijvoorbeeld een goede manier om het gepercipieerde gevaar te variëren: rood komt naar voren als de kleur die hoort bij het hoogste niveau van gevaar. Hetzelfde is te bereiken via tekeningen of via randen, lettertype en puntgrootte, et cetera. Bepaalde woorden roepen ook, zo is uit veelvuldig onderzoek gebleken, meer urgentie op. Zo wint 'lethal' het makkelijk van 'notice'.¹⁷⁹ Ook is bekend dat meer effect te bereiken is als een waarschuwing tekst en beeld tezamen benut.¹⁸⁰

Het grote voordeel van 'hazard matched warnings', en reden om daarnaar te streven, is dat deze waarschuwingen meer informatie geven. Zij geven niet alleen aan dat er een gevaar aanwezig is, maar ook de ernst ervan, zodat de ontvanger meer informatie krijgt om de beslissing omtrent zijn gedrag te bepalen. Bovendien wordt daardoor 'habituation', een vorm van gewenning doordat te stringente waarschuwingen benut worden voor te kleine gevaren, voorkomen.¹⁸¹ Voor de effectiviteit van waarschuwingen op een meer algemeen niveau is dat wezenlijk, zoveel zal duidelijk zijn.

Niet alleen in zijn algemeenheid bij een waarschuwing (§ 6.1.2), maar ook bij de perceptie ervan, is de context zeer belangrijk.¹⁸² Uit proeven blijkt bijvoorbeeld dat participanten beter zijn in het identificeren van een bepaalde letter als deze een deel vormt van een woord ('Word') dan wanneer deze op zichzelf staat als letter ('d'). Dit heet het 'word-superiority effect'. De verklaring hiervoor is waarschijnlijk dat een mens onbewust een aantal afleidingen maakt tijdens de perceptie. Perceptie kan daarmee dus ook al succesvol zijn als slechts enkele elementen herkend worden, de context vult dan de rest in.¹⁸³ Algemeener gesteld, mensen kunnen de context benutten om hen te helpen een object te

178. Hellier e.a., *Appl. Cognit. Psychol.* 14: 577-592 (2000), p. 578, resp. Edworthy/Adams, *a.w.*, p. 6-8 (met name voor geluidswaarschuwingen). In plaats van 'hazard' of 'urgency' wordt ook de term 'arousal strength' gebruikt.

179. Zie Edworthy/Adams, *a.w.*, p. 8 en p. 30; Hellier e.a., *Appl. Cognit. Psychol.* 14: 577-592 (2000), p. 580, en § 6.3 hierna. Tussen de woorden 'warning' en 'caution' blijken weinig verschillen te worden bemerkt, zie Hellier e.a., *Appl. Cognit. Psychol.* 14: 577-592 (2000), p. 582-583.

180. Zie het door een aantal Utrechtse studenten verrichte onderzoek naar de effecten van waarschuwingen (via foto's en teksten) op pakjes sigaretten: M. Joosen, M. Pelt, M. Kooiman, B. Verhoeven, *Rokerswaarschuwingen op sigarettenverpakkingen*, ongepubliceerde paper (bij de auteur te bevragen). Dat effect is overigens niet heel groot of niet altijd significant, aldus Edworthy/Adams, *a.w.*, p. 56 en p. 79-80.

181. Hellier e.a., *Appl. Cognit. Psychol.* 14: 577-592 (2000), p. 579 en p. 590. Vgl. tevens Latin, 41 *UCLA L. Rev.* 1193 (1994), p. 1241.

182. Zie over het belang van context bijv. Vonk e.a., *a.w.*, p. 19, en Styles, *a.w.*, p. 64-65.

183. Anderson, *a.w.*, p. 64-65.

identificeren.¹⁸⁴ Dat betekent bijvoorbeeld dat het niet helemaal kunnen waarnemen van een waarschuwing (omdat het bord half achter een boom staat) niet direct funest hoeft te zijn, omdat wij wellicht in staat zijn om zelf de rest van de waarschuwing erbij te bedenken.

Anderzijds levert dezelfde context ook veel mogelijke ruis op. Context kan de perceptie danig verstoren en dezelfde stimulus¹⁸⁵ kan in twee gevallen geheel verschillend worden geïnterpreteerd.¹⁸⁶ Zo beschrijft Plous vier versturende effecten die met de context te maken hebben: het 'contrast effect' (na het tillen van een zwaar gewicht wordt een volgend lichter gewicht als nog lichter ervaren), het 'primacy effect' (wat wij het eerste waarnemen, bepaalt in grotere mate onze indruk), het 'recency effect' (soms wordt het 'primacy effect' doorbroken en heeft datgene wat wij het laatst waarnemen de meeste invloed), en het 'halo effect' (papers worden kwalitatief hoger gewaardeerd als deze komen van iemand die fysiek aantrekkelijker is, net zoals van meer dan gemiddeld aantrekkelijke mensen gedacht wordt dat deze gelukkiger zijn).¹⁸⁷ Met name de strijd tussen het 'primacy effect' en het 'recency effect' is ook juridisch aardig, bijvoorbeeld in het licht van de vraag of het gunstiger is om bij een pleidooi in een civiele procedure te mogen beginnen, of juist niet.¹⁸⁸ Los daarvan brengt het 'primacy effect' waarschijnlijk ook met zich dat de waarschuwing die wij als eerste zien, het meest beklijft. Dat zou meteen betekenen dat het verstandiger is, dat zal niet verbazen, om ook vooral niet te veel waarschuwingen bijeen te zetten.

Perceptie wordt bovendien ook nog eens sterk beïnvloed door wat mensen denken te gaan zien, perceptie is 'biased' en staat onder grote invloed van wat men *verwacht* te zien.¹⁸⁹ Maar, ook wat men *wil* zien, is van invloed op wat

184. Anderson, *a.w.*, p. 68.

185. Een stimulus is het evenement in de omgeving, zoals een probleem, eigenschap of taak, dat wordt waargenomen, zie Eysenck/Keane, *a.w.*, p. 2, en Vonk e.a., *a.w.*, p. 13.

186. Plous, *a.w.*, p. 38.

187. Plous, *a.w.*, p. 38-46. Vgl. ook Vonk e.a., *a.w.*, p. 19.

188. Bij een pleidooi waarbij eerst de eiser en dan de gedaagde zijn standpunt uiteenzet, en de rechter vervolgens de tijd neemt om te beslissen, treedt een 'primacy effect' op (gunstig voor de eisende partij derhalve), vgl. Plous, *a.w.*, p. 43-44, ten aanzien van de wisseling van argumenten in een debat. Als de rechters echter direct na het pleidooi beslissen, is geen verstrend effect waarneembaar. De Nederlandse situatie hangt hier een beetje tussenin, want er wordt wel meteen na pleidooi in raadkamer vergaderd, maar het vonnis wordt uiteindelijk pas na enige tijd werkelijk gereed gemaakt en voor commentaar rondgestuurd.

189. Plous, *a.w.*, p. 15-18. Zo wordt een hol masker van een gezicht van enige afstand gezien als een gewoon (bol) gezicht, dit door onze bekendheid met gezichten en onze preferentie voor 'convexity' (bolle vormen), zie Eysenck/Keane, *a.w.*, p. 62.

men daadwerkelijk ziet. Zo menen proefpersonen dat de media vijandig ('hostile media effect') zijn ten opzichte van de persoon of de zaak die zij zelf steunen, terwijl de proefpersonen die de andere kant van dezelfde zaak steunen, ook denken dat de media hen vijandig gezind zijn.¹⁹⁰

Het zal duidelijk zijn dat voor elke waarschuwing geldt dat deze onvoldoende of zelfs helemaal niet begrepen kan worden, met als gevolg dat de risico's van het achterliggende gevaar verkeerd beoordeeld worden. De redenen daarvoor zijn, zo stelt Latin, dat de mate van detaillering en duidelijkheid van een waarschuwing moet worden afgewogen tegenover bijvoorbeeld de noodzaak van selectie van informatie, dat dubbelzinnige teksten niet ongewoon zijn, dat informatie over de eventuele consequenties ontbreekt en dat de gewaarschuwde vaak de kennis ontbeert om de waarschuwing op waarde te kunnen schatten, waarbij dan de achtergrond van de individuele betrokkene van groot gewicht is.¹⁹¹

6.3 *Aandacht*

Naast en in combinatie met perceptie is, als gezegd, 'attention' wezenlijk. 'Attention' wordt wel zo omschreven dat er een 'process of selection occurs from the enormous number of stimuli to which we could attend, at any given moment, such that only a proportion are subject to intensive cognitive processing'.¹⁹² Het verwerken van alle inkomende informatie kan niet tegelijk geschieden en dus moet de ene stimulus soms wachten op de ander; er is dan, zo zegt men, een 'bottleneck' aanwezig. Tegenwoordig spreekt men echter liever van 'channels of attention', omdat de mens kan wisselen tussen objecten die aandacht krijgen. Dat wij de aandacht kunnen verleggen, is ook dringend nodig, want wij moeten de diverse kanalen om de zoveel tijd aftasten om ze te laten blijven functioneren. Dat noemt men het 'sampling process'.¹⁹³

190. Plous, *a.w.*, p. 18-21. Dat kan relevant zijn, zo voeg ik als intermezzo toe, omdat hetzelfde effect bijvoorbeeld zou kunnen optreden bij partijen die vragen om een rechterlijke uitspraak, dan wel een interventie door mediation of arbitrage. Die partijen zullen waarschijnlijk ook menen dat de ingeschakelde derde in hun nadeel opereert. Indien iemand voor de vraag staat om al dan niet een mediation te starten, zou het goed zijn als die persoon zich het voorgaande realiseert, omdat dan een zekere 'bias' bij die persoon weggenomen kan worden.

191. Latin, 41 *UCLA L. Rev.* 1193 (1994), p. 1220-1229.

192. Zie Matthews, *a.w.*, p. 67. De waarnemer kan zijn aandacht dus ten dele sturen, op iets richten, maar dan nog trekken veel stimuli de aandacht zonder dat wij dat zelf 'willen'.

193. Matthews, *a.w.*, p. 67-68. Vgl. verder Eysenck/Keane, *a.w.*, p. 182, en Latin, 41 *UCLA L. Rev.* 1193 (1994), p. 1203.

Aandacht is nodig voor twee dingen: 'selection-for-object-recognition' en 'selection-for-action'. Als er een limiet is gesteld aan wat wij kunnen herkennen, zoals is gebleken, is het natuurlijk interessant te weten hoe het systeem, de hersenen, dan ten eerste selecteert welke objecten 'echt' gezien worden, en onze aandacht krijgen. De tweede functie, de 'action selection', betreft de selectie van de informatie die nodig is om vervolgens een handeling te verrichten.¹⁹⁴

Waarschuwingen behoren de aandacht te trekken, en vaak zullen ze dat moeten doen in een complexe setting waarbij er meer stimuli zijn. De waarschuwing moet dan worden geselecteerd als een stimulus die aandacht krijgt, die gelezen wordt, en dat geschiedt in eerste instantie op basis van 'physical properties', uiterlijke verschijningsvormen¹⁹⁵ (dat gaat sneller dan het trekken van aandacht op basis van de inhoud), of en met name op basis van de plaats van de stimulus.¹⁹⁶ Wij hebben hierbij dus van doen met de 'alerting function', ofwel de 'iconic or attention getting component' van de waarschuwing.

De meest voor de hand liggende 'iconic feature' van een waarschuwing is kleur. Bepaalde kleuren vergroten de 'saliency' (het vermogen om aandacht te trekken) van een waarschuwing. Rood duidt, zo bleek al, op een hoge mate van gevaar, meer dan oranje, geel, blauw, groen en wit.¹⁹⁷ Het effect van kleur laat zich ook zien in relatie tot bepaalde signaalwoorden. Door deze woorden in een bepaalde kleur te zetten worden die woorden gezien als duidend op een groter of kleiner risico. De combinatie van kleur en signaalwoord kan dus tot op zekere hoogte ook een gecombineerd effect hebben. De lettergrootte van een woord en de kleur ervan zijn ook te combineren en ten dele inwisselbaar. Zo staat bijvoorbeeld het verdubbelen van de lettergrootte min of meer gelijk aan het toevoegen van een rode kleur.¹⁹⁸

194. Matthews, *a.w.*, p. 69. De discussie of de noodzakelijke selectie vroeg of laat na ontvangst van de stimulus plaatsvindt, laat ik rusten, zie Matthews, *a.w.*, p. 70-76; Eysenck/Keane, *a.w.*, p. 143 e.v., en Anderson, *a.w.*, p. 72-79.

195. Zie bijv. over de 'readability' van waarschuwingen (d.m.v. variatie in lettertype, puntgrootte, etc.), N.C. Silver, C.C. Braun, Perceived readability of warning labels with varied font sizes and styles, *Safety Science*, 16 (1993) 615-625.

196. Anderson, *a.w.*, p. 82 en p. 84.

197. In het *Bussluis*-arrest was een deel van de gebruikte borden voorzien van een blauwe achtergrond, hetgeen duidde op verstrekking van algemene informatie en niet op een gevaarsituatie, zie HR 20-3-1992, *NJ* 1993, 547 m.nt. CJHB, r.o. 3.1 sub d.

198. Edworthy/Adams, *a.w.*, p. 29-31 en p. 35-39. Over de invloed van kleur bijv. ook nog J. Edworthy e.a., Acoustic, Semantic and Phonetic Influences in Spoken Warning Signals Words, *Appl. Cognit. Psychol.* 17: 915-933 (2003), op p. 915 en p. 916.

Gegeven het belang van aandacht en perceptie is het voor de juridische beoordeling van de omgang met waarschuwingen – Latin heeft daarop gewezen – verder nog wezenlijk dat er snel sprake kan zijn van een falen met betrekking tot het waarnemen van de waarschuwing in kwestie. Dat heeft dan te maken met functioneel analfabetisme (velen hebben moeite om enigszins complexe instructies te bevatten), met het feit dat bepaalde groepen mensen voorzienbaar onattent of incompetent zijn ten opzichte van een waarschuwing, met een surplus aan vertrouwen op uitleg door een tussenpersoon of algemene kennis en ervaring, met een teveel aan informatie ('information overload') en met de andere impulsen die om aandacht vragen en om voorrang strijden.¹⁹⁹

6.4 *Beslissen: wanneer is een waarschuwing effectief?*

6.4.1 *Metten van effecten*

Met het *waarnemen* van de waarschuwing, en de technieken die er bestaan om dat proces te verbeteren, om eerder de *aandacht* te krijgen, zijn wij er nog niet. Gegeven de waarschuwing moet door de ontvanger daarvan nog een beslissing worden genomen: laat ik mij overtuigen om mijn handelen op zekere wijze in te richten? Het betreft hier een beslissing in een geval van onzekerheid, want onduidelijk is of het gevaar zich zal openbaren of voordoen.²⁰⁰

De ultieme test voor een waarschuwing is of die waarschuwing effectief is, of die invloed heeft op het gedrag van de gewaarschuwde. In zoverre is de keuze van de Hoge Raad voor deze maatstaf begrijpelijk. Effectief wil hier dan zeggen dat de aanwezigheid van de waarschuwing de mate waarin voldaan wordt aan wat de waarschuwing beoogt (het zogenoemde 'compliant behaviour'), zou moeten vergroten (te meten als de 'effectiveness score') ten opzichte van de situatie zonder de waarschuwing (de zogenoemde 'baseline'). De waarschuwing moet enige 'added value' hebben. Dat is, in juridische termen gedacht, uiteraard een causaliteitsvraag, hetgeen bevestigt en kan verklaren waarom de Hoge Raad de onrechtmatigheid en de causaliteit bij elkaar heeft genomen (zie § 5.4), toen

199. Latin, 41 *UCLA L. Rev.* 1193 (1994), p. 1207-1220. Zie over een teveel aan informatie, mede bepalend voor de aansprakelijkheid van de informatieverstrekker, ook Hof Arnhem 4-1-2005, *VR* 2005, 101 (Rijssen-Holten/Warris).

200. Het navolgende gaat daarmee niet alleen over beslissen ('choice'), maar ook over 'judgment under uncertainty'. Zie daarover het klassieke werk van D. Kahneman, P. Slovic en A. Tversky, *Judgment under uncertainty: heuristics and biases*, Cambridge: Cambridge University Press 1982.

hij besloot bij waarschuwingen af te gaan stemmen op de effectiviteit van die waarschuwingen.

Men meet²⁰¹ dit ‘compliant behaviour’ door de situatie mét waarschuwing empirisch te toetsen en door daarnaast een controlegroep te toetsen die de waarschuwing niet ontvangen heeft. Helaas lukt dat niet altijd, want soms zijn bijvoorbeeld de referent en de waarschuwing te zeer met elkaar verbonden om ze separaat te kunnen bezien (het product en het label erop zijn één). Men heeft dan geen controlegroep en dus geen ‘baseline’; men kijkt dan, noodgedwongen, alleen naar het gedrag mét waarschuwing, de zogeheten ‘compliance score’. Deze en andere scores worden meestal in percentages uitgedrukt.²⁰²

Uiteraard kan men zo de effectiviteit van een waarschuwing meten; daarnaast kan men meteen ook bepalen welke soort of vorm van waarschuwing het meest effectief is, de hoogste score heeft. Dat enkele feit wil dan overigens nog niet zeggen, ik kan dat niet voldoende benadrukken, dat die waarschuwing dan ook ‘de beste’ waarschuwing is, want het kan goed zijn dat die waarschuwing de mensen juist ‘overcautious’ maakt, zodat de al besproken ‘hazard matching’ of ‘urgency mapping’ niet in orde is.²⁰³

Van een waarschuwing mag dus *niet* worden verwacht dat deze altijd tot 100% ‘compliance’ leidt. Wij zouden dan de hele dag bezig zijn bepaald gewenst gedrag te vertonen en ons eigen leven zou daar danig onder lijden. Het enkel zoeken naar en gebruiken van de beste en meest effectieve waarschuwing vormt dan ook niet het hele plaatje, want dat kan tot een ‘overkill’ aan waarschuwen leiden – te stringent waarschuwen voor te geringe gevaren – hetgeen dan weer, zo verwacht men, tot massale ‘non-compliance’ zou kunnen leiden.²⁰⁴ De meest effectieve waarschuwing moet derhalve worden bewaard voor de meest serieuze situatie waarin die het meest nodig is.

Of de Hoge Raad dit aspect meegewogen heeft in zijn recente overstap naar de norm van een ‘effectieve waarschuwing’, valt te betwijfelen. Ik denk van niet en ben van mening dat dat wel gemoeten had, zodat hier derhalve een verkeerde beslissing is genomen. De uitspraak van de Hoge Raad zal er mijns inziens

201. Over het belang van ‘meten’ al Van Boom, *a.w.*, p. 33.

202. Vervolgens wordt ook nog bepaald of de gevonden verschillen statistisch significant zijn. Ik laat het daarvoor noodzakelijke technische procédé hier verder rusten.

203. Zie over het voorgaande Edworthy/Adams, *a.w.*, p. 9-11 en p. 47.

204. Edworthy/Adams, *a.w.*, p. 12 en p. 47-49. Zie ook Schwartz/Driver, 52 *U. Cin. L. Rev.* 38 (1983), op p. 43.

toe (gaan) leiden dat vele waarschuwingen zo streng mogelijk (want: zo effectief mogelijk) gemaakt zullen worden, teneinde aansprakelijkheid wegens onvoldoende effectief waarschuwen te voorkomen. De Hoge Raad heeft een ontwikkeling in die richting in elk geval gestimuleerd door te verlangen dat een waarschuwing afdoende moet zijn, en daarvoor te eisen dat deze tot gevaarvermindering leidt. Het is echter juist in ieders belang dat niet iedereen probeert dé ultieme waarschuwing te ontwikkelen en gebruiken. Dat zou immers tot te veel gewenning ('habituation') aan dit soort waarschuwingen leiden, met als gevolg dat het effect van alle waarschuwingen, ook de écht noodzakelijke, verloren gaat.

Bij dit alles is dan ook nog van belang dat de ontvanger, dat is de andere kant van het verhaal, nog steeds een afweging zal (moeten) maken of hij de waarschuwing zal opvolgen. 'Non-compliance' kan meer nut hebben voor een bepaald persoon in een bepaalde situatie. De beslissing om wel of niet op een bepaalde wijze te waarschuwen, zou dan ook moeten worden genomen nadat de effecten van diverse factoren, variabelen, op de 'compliance score' vergeleken zijn. Zo'n 'effectiveness index' let dan bijvoorbeeld ook op de waarschijnlijkheid van letsel, de ernst daarvan, het type mensen dat de waarschuwing zal zien, et cetera. De juristen herkennen hierin natuurlijk iets van de *Kelderluik*-factoren. Het probleem is echter dat er vele mogelijke variabelen zijn die hierbij, bij het beslissingsproces, een rol kunnen spelen.²⁰⁵ Ik kom daar nog op terug.

6.4.2 *Beslissingen en 'biases'*

Mensen moeten per dag vele beslissingen, groot en klein, nemen, geregeld op basis van een waarschuwing, maar ook los daarvan. Over hoe mensen tot beslissingen komen, is inmiddels wel het nodige bekend, en die kennis kunnen wij benutten in een juridische context.²⁰⁶ Beslissen gebeurt veelal op basis van een 'heuristic', een vuistregel of *intuïtie*, en dat is heel vaak ook de beste manier. Helaas is dat echter niet altijd het geval, omdat er daardoor onvoldoende wordt nagedacht over de te verwachten gevolgen en effecten van de beslissing in kwes-

205. Edworthy/Adams, *a.w.*, p. 12-13. Inmiddels zijn al zo'n 100 variabelen bekend.

206. Zie meer algemeen over de vraag hoe mensen tot beslissingen en keuzes komen, en de valkuilen daarbij, o.a. J. Baron, *Thinking and Deciding*, 3rd ed., Cambridge: Cambridge University Press 2000; Vonk e.a., *a.w.*, p. 321 e.v.; Esgate/Groome, *a.w.*, p. 193 e.v.; Eysenck/Keane, *a.w.*, p. 481 e.v.; Anderson, *a.w.*, p. 312 e.v.; Plous, *a.w.*

tie. Soms leidt dit handelen op basis van intuïtie zelfs tot slechtere uitkomsten.²⁰⁷

Bekend is het gevolg van 'framing'. Omdat mensen risicomijdend blijken te zijn als het om het behalen van een voordeel gaat, en juist risicozoekend als het om het eventueel tegengaan van een verlies gaat, worden er in situaties die in wezen gelijk zijn, afhankelijk van de inkleding ervan, verschillende beslissingen genomen, beslissingen die dan rationeel niet te verklaren zijn.²⁰⁸ Andere bekende valkuilen hierbij zijn bijvoorbeeld het 'do no harm'-principe (of de 'omission bias'), waarbij schade door handelen erger gevonden wordt dan schade door nalaten, het 'status-quo effect', waarbij degene die iets veranderd wil zien, de argumentatie moet aanbrengen (de bewijslast heeft), en dan noem ik nog 'group loyalty' (loyaliteit naar de groep waartoe iemand behoort), 'retribution' (de voorkeur voor een 'oog om oog'-benadering, ook als dat geen doel dient) en (diverse principes inzake) 'fairness'. Als dit alles bekend is, zo kun je je afvragen, waarom schuiven wij dan niet eenvoudig die intuïties opzij? Een eerste probleem is echter dat er ook een intuïtie bestaat die ons nog sterker doet geloven in de andere intuïties, namelijk deze dat wat natuurlijk is, zoals bijvoorbeeld de intuïtie van de mens, ook goed is ('naturalism: nature knows best').²⁰⁹ Intuïties opzijzetten is dus lastig.

Nu is het niet zo dat handelen op basis van deze intuïties, 'heuristics' of 'rules of thumb' altijd slecht is, zeker niet, maar ze mogen geen absolute waarden worden. Verder speelt mee dat deze principes veelal verworden tot het eindniveau van een aspiratie (streefwaarde), waarbij dan ook nog geldt dat (voorkomen van) verlies ten opzichte van dat aspiratieniveau zwaarder telt dan (het bereiken van) winst ('loss aversion'²¹⁰). Ook is het zo dat mensen geloven wat ze willen geloven (het bekende 'wishful thinking'), waarbij positieve indicaties (of bewijs) wel en negatieve indicaties niet gezocht en zeker niet meegewogen worden (de 'my-side bias' of 'confirmation bias'), hetgeen dan resulteert in 'overconfidence', met als gevolg dat men niet wil luisteren, tot een compromis of tot

207. Kahneman e.a., *a.w.*, p. 3; Baron, *a.w.* (1998), p. 1; Vonk e.a., *a.w.*, p. 337.

208. Plous, *a.w.*, p. 69-73; Anderson, *a.w.*, p. 343 e.v. Men kiest dan, zo lijkt het, voor het alternatief dat men zelf het best kan rechtvaardigen.

209. Over het voorgaande Baron, *a.w.* (1998), p. 5 en p. 8-9. Zie over een aantal van de genoemde intuïties ook Baron, *a.w.* (2000), p. 288 e.v. en p. 400 e.v.

210. Vgl. o.a. Baron, *a.w.* (2000), p. 255-256. Zie over dit effect in de context van beleggingen ook de noot van Du Perron onder HR 11-7-2003, *NJ* 2005, 103 (Kouwenberg/Rabobank), en Van Boom, *NTBR* 2003, p. 560-561. Zie in dit kader ook nog Hartlief, *AV&S* 2004, p. 248.

samenwerking wil komen, of zelfs ‘belief overkill’.²¹¹ Het gaat hier om vormen van ‘bias’, cognitieve illusies of vertekeningen,²¹² fouten in een bepaalde richting,²¹³ die beslissingen door mensen voortdurend, en veelal onbewust, beïnvloeden.

En zo zijn er meer interessante aspecten gerelateerd aan het nemen van beslissingen. De ‘hindsight bias’ (‘I knew it all along...’) is inmiddels een redelijk bekend fenomeen dat hierop neerkomt dat gebeurtenissen die zich in het verleden hebben afgespeeld, achteraf als relatief onvermijdelijk en voor de hand liggend beschouwd worden, zonder dat men zich realiseert dat de later verworven kennis van invloed is op dat oordeel.²¹⁴ In het aansprakelijkheidsrecht is dit van belang als een rechter, nu terugkijkend, moet beoordelen of iemands gedrag in het verleden onzorgvuldig was. Omdat men nu weet welke schade dat gedrag kan opleveren en heeft opgeleverd, wordt al bijna verondersteld dat het gedrag toen ook onrechtmatig was.²¹⁵

Minder bekend onder juristen is wellicht dat nadat de eerste studies naar ‘selective perception’ uitgevoerd waren, door Festinger eind jaren vijftig de theorie van de cognitieve dissonantie ontwikkeld werd. Die theorie gaat ervan uit dat mensen gemotiveerd zijn om psychologische inconsistenties te omzeilen of verkleinen, en dat kan betekenen dat ze vreemde beslissingen nemen.²¹⁶ De

211. Baron, *a.w.* (1998), p. 9-14. Zie over ‘overconfidence’ (te veel vertrouwen hebben en daardoor te veel risico’s accepteren) ook nog Plous, *a.w.*, p. 217 e.v., en Kahneman e.a., *a.w.*, p. 287 e.v.

212. Vonk e.a., *a.w.*, p. 338. Er zijn er vele meer, waarvan de ‘self-fulfilling prophecy’ (Plous, *a.w.*, p. 234-238) wel de bekendste is.

213. Baron, *a.w.* (1998), p. 14. De oplossing die hiervoor in de psychologie wordt aangedragen, is om van houding te veranderen, om te komen tot ‘actively open minded thinking’ (Baron, *a.w.* (1998), p. 7-8; Baron, *a.w.* (2000), p. 191 e.v.), waarbij met kwantitatieve gegevens gewerkt wordt om goed beargumenteerde beleidsdoelen te kunnen aangeven. Dit sluit nauw aan bij de wens te komen tot een rechtswetenschap die zeker juridisch-dogmatisch mag zijn, maar die de dogmatiek wel anders, en vooral opener, benadert; een wetenschap die het impliciete expliciteert, multidimensionaal is, een rechtswetenschap die meer los komt te staan van het geldende recht, omdat daarbuiten ook goede oplossingen kunnen bestaan (zie § 3.1).

214. Plous, *a.w.*, p. 35. Zie verder bijv. Baron, *a.w.* (2000), p. 145-146, en B. Fischhoff, For those condemned to study the past: heuristics and biases in hindsight, in: Kahneman e.a., *a.w.*, p. 335 e.v.

215. Nader hierover W.H. van Boom, J.M. Barendrecht, Gedrag van toen, normen van nu?, in: I. Brandt e.a. (red.), *Tijd en onzekerheid. BW-Krant Jaarboek 16*, Deventer: Kluwer 2000, p. 45 e.v., en T. Hartlief, Aansprakelijkheid met terugwerkende kracht, *AA* 2005, p. 553 e.v.

216. Plous, *a.w.*, p. 22-23, vertelt hier een mooi verhaal over een joodse kleermaker die elke dag uitgescholden wordt door een stel kwajongens die hem willen wegpesten. Hij besluit om geld uit te delen aan de scheldende kwajongens, eerst 10 cent per dag voor iedereen die meedoet, dan 5 cent en dan 1 cent. Eenmaal in die situatie aangekomen weigeren de kwajongens hem nog langer uit te schelden voor zo weinig geld.

spanning ('arousal') veroorzaakt door en de onvrede met hun (onbewuste) inconsistentie leiden ertoe dat mensen hun opvatting of mening herzien om deze in overeenstemming te kunnen brengen, consonant te maken, met hun eigen gedrag.²¹⁷ Een aardig voorbeeld van dit soort dissonanties is dat mensen sterker geloven in winstkansen nadat ze op iemand gestemd hebben, of nadat ze geld gezet hebben op een bepaald paard in een paardenrace.²¹⁸ Dat betekent waarschijnlijk, dezelfde redenering doordenkend, dat indien iemand besluit om een ander te dagvaarden, deze persoon nadien de zichzelf toegedichte winstkansen sterk zal verhogen, uiteraard ten onrechte. Waarschijnlijk speelt datzelfde effect al op het moment dat iemand naar een advocaat stapt of zelfs al wanneer die persoon bedenkt dat hij of zij actie gaat ondernemen tegen de ander. En dat zal de teleurstelling nadien, als de zaak toch niet zo sterk blijkt, slechts doen toenemen.

6.4.3 *Invloed op de effectiviteit van een waarschuwing: kosten*

Over waarschuwingen is dit alles echter nog niet heel concreet, hoewel het evident is dat bijvoorbeeld de 'hindsight bias' ook bij waarschuwingen een rol kan en zal spelen. Achteraf bezien is het immers makkelijk oordelen dat er maar een waarschuwing of een betere waarschuwing gegeven had moeten worden, maar of dat voorafgaand aan het ongeval en de schade ook zo eenvoudig te bedenken zou zijn geweest, is niet zeker, en zeker niet meer vast te stellen.

Belangrijker lijkt echter het volgende. Een waarschuwing is enkel effectief indien deze tot waarschuwingsconform gedrag leidt, als deze dus invloed heeft op gedrag.²¹⁹ Mensen volgen waarschuwingen echter niet altijd op. Hoe komt dat? Of iemand een waarschuwing zal volgen ('warning compliance'), hangt af van de inschatting, al dan niet bewust, of de *baten* van die handelwijze groter zullen zijn dan de *kosten* ervan. Dat is hier dan overigens niet (louter) een

217. Zie Kohnstamm/Cassee, *a.w.*, p. 682; Plous, *a.w.*, p. 23-25; Vonk e.a., *a.w.*, p. 20-23. Een voorbeeld hiervan is het experiment waarbij de deelnemers een saaie taak verrichten en vervolgens een kleine of een grote beloning krijgen om anderen te vertellen dat de taak heel leuk was. In de latere evaluatie van de verrichte taak rapporteerden degenen die een kleine beloning kregen significant vaker dat de taak leuk was. Ze moesten hun mening (over de saaie taak) bijstellen om deze consonant te maken met hun gedrag (liegen voor een kleine beloning).

218. Plous, *a.w.*, p. 28-29. Bovendien zal iemand die de veiligheidsinstructie van een product leest, zoals gebruikelijk ná de aanschaf, dat product minder nuttig vinden als aan allerlei voorschriften voldaan moet worden. Om het nut van de aanschaf niet te hoeven verminderen worden dan het gevaar van het product en het belang van de waarschuwing verkleind, vgl. Latin, 41 *UCLA L. Rev.* 1193 (1994), p. 1235.

219. Zo bijv. ook Latin, 41 *UCLA L. Rev.* 1193, op p. 1195.

rechtseconomische norm,²²⁰ maar (ook) de norm zoals aangelegd door psychologen.²²¹ Hierbij gaat het vervolgens om de werkelijke kosten, en dus ook om alle kosten die niet direct in geld uit te drukken zijn, zoals tijd en moeite. Ook de subjectieve, misschien wel niet terecht als zodanig bedachte kosten tellen mee. De kosten-batenanalyse ('risk assessment') wordt vervolgens gemaakt aan de hand van de informatie die de waarschuwing verstrekt.²²²

Ten aanzien van deze afweging tussen kosten en baten is van belang om eerst helder te maken om wiens kosten en baten het hier eigenlijk gaat. Het gaat hier namelijk om de kosten van degene die moet beslissen om al dan niet de waarschuwing te volgen, *de gewaarschuwde persoon* dus. Dat is evident, maar wel van belang om te constateren, omdat dat deel van de juridische *Kelderluik*-afweging dat over de kosten gaat – te weten de bezwaarlijkheid van voorzorgsmaatregelen – doelt op *de waarschuwende partij*, de andere persoon dus. Het onderzoek van psychologen is echter niet direct gericht op die eventueel aansprakelijke partij. Zij willen vooral weten wat de gewaarschuwde doet met de waarschuwing.²²³ Zij kijken dan ook naar de afweging van kosten en baten aan die zijde, en niet naar de zijde van de waarschuwer.

220. Zie bijv. Geistfeld, 30 *U. Mich. J. L. Reform* 309 (1996-1997), p. 322.

221. Zie Edworthy/Adams, *a.w.*, p. 1 en p. 20 e.v. In de literatuur over oordelen en beslissen gaat men vrijwel steeds uit van (een variant op) de toets van de 'expected utility' als de 'prescriptive theory' (de theorie over hoe mensen zich zouden moeten gedragen), zie nader daarover Plous, *a.w.*, p. 79 e.v., en Anderson, *a.w.*, p. 340-343. Edworthy/Adams, *a.w.*, p. 20, benutten hierbij, net als vele anderen, de 'subjective expected utility'. Vervolgens wordt uiteraard getest hoe mensen zich werkelijk gedragen ('descriptive'), en daarvoor benut men vaak de 'prospect theory', waarover bijv. Eysenck/Keane, *a.w.*, p. 495 e.v.; Baron, *a.w.* (2000), p. 250-251.

222. Edworthy/Adams, *a.w.*, p. 17. Van belang voor 'warning compliance' zijn dan verder de 'perceived urgency' en de factoren die dat beïnvloeden, het proces van 'risk assessment' zelf en de subjectieve interpretatie van de sowieso al aan het gevaar verbonden 'cues', de al aanwezige hints, aldus Edworthy/Adams, *a.w.*, p. 17-19.

223. Juristen vinden dit ook interessant, maar dan onder de noemer eigen schuld (art. 6:101 BW), maar daaraan komen zij pas toe als vaststaat dat onrechtmatig gehandeld werd, en dat wordt bepaald door het gedrag van de aansprakelijk gestelde. Ik ga hier niet verder in op de omgang met eigen schuld bij (ge-negeerde) waarschuwingen, zie bijv. nog Hof Arnhem 4-1-2005, *VR* 2005, 101 (Rijssen-Holten/Warris), maar wijs er wel op dat als de norm luidt, conform de lijn van de Hoge Raad, dat een waarschuwing effectief moet zijn, en een bepaalde waarschuwing die norm niet haalt, zodat ook vaststaat dat daardoor het gevaarlijke gedrag niet vermeden werd, het lastig zal worden om vervolgens nog een (hoog) percentage aan eigen schuld aan het slachtoffer toe te rekenen. Met een effectieve waarschuwing had die immers anders gehandeld (de causaliteit is met de normschending gegeven, zie § 5.4) en was er in het geheel geen schade geweest; voor eigen schuld blijft dan weinig ruimte over. Zie verder over eigen schuld en waarschuwingen (in een contractuele setting) o.a. C.E.C. Jansen, *Waarschuwingplichten en eigen schuld*, *BR* 2000, p. 564 e.v.; Barendrecht/Van den Akker, *a.w.*, nr. 454 e.v., en Van Boom, *NTBR* 2003, p. 560 e.v.

Dat vooropgesteld, blijkt uit onderzoek naar het gedrag bij waarschuwingen dat dit kostenaspect, voor de gewaarschuwde dus, van eminent en niet te onderschatten belang is. Of iemand na een waarschuwing bijvoorbeeld overgaat tot het gebruik van beschermende maatregelen, hangt voor een belangrijk deel af van de kosten van het nemen van voorzorgsmaatregelen ten opzichte van de referent, het gevaar in kwestie. Daarbij worden die kosten dan gezien, als gezegd, in de ruime zin van het woord, inclusief de tijd, de moeite en het ongemak die het kost om de bescherming te verkrijgen.²²⁴ Het belang van de kosten is hierbij zelfs zo groot dat ook een kleine verhoging van die kosten de animo om te voldoen aan de waarschuwing vrijwel of geheel teniet kan doen.²²⁵

De snelste en beste manier om een waarschuwing effectief te doen zijn is dan ook, zo leid ik uit het voorgaande af, om de kosten van voorzorg, door de gewaarschuwde partij te nemen, minimaal te houden.²²⁶ Dat betekent weer dat als de waarschuwing aangeeft dat een bepaalde vorm van bescherming gewenst is, die vorm van bescherming ook voor gebruik gereed moet zijn en in de buurt aanwezig moet zijn. Is dat niet zo, dan worden de kosten, verbonden aan het gevaarvermijdende gedrag, al snel prohibitief. De afweging valt dan zo uit dat de kosten van de waarschuwing de baten overtreffen. Het gedrag zoals dat van de gewaarschuwde gewenst wordt, zal dan al gauw niet meer bereikbaar zijn, zodat niet langer redelijkerwijs te verwachten valt dat de waarschuwing zal leiden tot een handelen of nalaten waardoor het gevaar vermeden wordt. De waarschuwing is dus al snel onvoldoende effectief als niet ook 'beschermingsmethoden', naast de waarschuwing zelf, aangereikt worden; de 'effectiviteitsnorm' van de Hoge Raad is anders niet haalbaar. Als bijvoorbeeld een skeelerklas van de coach de waarschuwing te horen krijgt dat een val tot hersenletsel kan leiden,

224. Zie T.A. Dingus, S.S. Wreggit, J.A. Hathaway, Warning variables affecting personal protective equipment use, *Safety Science*, 16 (1993) 655-673, m.n. op p. 661 (voor hoge kosten), p. 663 (voor medium kosten) en p. 668. Vgl. ook Edworthy/Adams, *a.w.*, p. 52-53, p. 59 en p. 73 (alwaar wordt aangegeven dat 'cost' een begrip is dat in vele andere dimensies kan worden geoperationaliseerd; ook wordt aangegeven dat andere variabelen op de achtergrond wel meespelen, zoals 'perceived hazard').

225. Dingus e.a., *Safety Science*, 16 (1993) 655-673.

226. Daarnaast moeten ook de kosten van het geïnformeerd raken op zich (het lezen van de waarschuwing), zo beperkt mogelijk blijven, vgl. Geistfeld, 30 *U. Mich. J. L. Reform* 309 (1996-1997), p. 326.

en dat het dus aan te raden is een helm te dragen, dan moet die helm ook (klaar voor gebruik) aanwezig zijn, anders zal de waarschuwing effect ontberen.²²⁷

De consequenties hiervan zijn wat mij betreft nogal ingrijpend. Als ik het goed zie, betekent het voorgaande ten eerste dat indien ten opzichte van een bepaalde gevaarlijke situatie een bepaalde vorm van actief handelen gewenst is, de waarschuwende partij eigenlijk niet alleen die waarschuwing zou moeten geven, maar ook een middel zou moeten aanreiken om conform de verwachting en de waarschuwing te handelen, teneinde zo de 'compliance costs' minimaal te houden. Een voorbeeld: als wij willen dat iemand handschoenen draagt bij het gebruik van een bepaald (schoonmaak)product, dan moeten die handschoenen ook bij het product geleverd worden.²²⁸

In die gevallen waarin de waarschuwing niet een handelen vergt, maar juist een nalaten, zal, zo leid ik ten tweede uit het voorgaande af, de waarschuwende partij niet alleen die waarschuwing moeten geven, maar tevens een barrière of hindernis moeten opwerpen om ervoor te zorgen dat inderdaad nagelaten wordt.²²⁹ Een voorbeeld: bij gladheid willen wij dat weggebruikers snelheid minderen, door minder gas te geven. Men hoeft niet direct te remmen, maar men zou wel snelheid moeten minderen. Men zou dus eigenlijk, behalve een waarschuwing, ook een barrière moeten opwerpen tegen harder rijden, bijvoorbeeld door het aanbrengen van obstakels (waarbij ik mij natuurlijk realiseer dat dit niet haalbaar is).

227. Ik ontleen het voorbeeld aan Hof Arnhem 28-10-2003, *LJN AN1463* (rolnr. 02/1156). Het hof overwoog o.a. dat de organisator van de skeelercursus 'is tekort geschoten in de op haar rustende zorgvuldigheidsverplichting om de cursisten minst genomen dringend te adviseren een valhelm te dragen. Het had op haar weg gelegen dat wel te doen en de – onervaren – cursisten uitdrukkelijk te wijzen op de mogelijkheid van valpartijen waarbij ook ernstig hoofdletsel kan optreden. In dit verband heeft als aspect van dit vereiste dringende advies 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. De leraar heeft dat nagelaten, hetgeen [de organisatie] moet worden toegerekend.' Het hof voelt goed aan dat de coach zelf ook een helm zal moeten dragen, want, zo blijkt uit onderzoek, mensen zijn geneigd bondgenoten te volgen in hun gedrag, zie Dingus e.a., *Safety Science*, 16 (1993) 655-673, op p. 657, en § 6.4.4. Overigens, of een helm altijd voldoende beschermt, wordt betwijfeld, zie Giard, *NJB* 2005, p. 1401, maar daar ga ik nu verder aan voorbij.

228. Het voorbeeld is ontleend aan het onderzoek dat uitgevoerd werd door Dingus e.a., *Safety Science*, 16 (1993) 655-673. In lijn met deze uitkomst betogen Schwartz/Driver, 52 *U. Cin. L. Rev.* 38 (1983), op p. 79, dat de werkgever via training en toezicht veiligheidsinformatie moet doorgeven aan zijn werknemers ten aanzien van industriële producten. Een enkele waarschuwing op het product volstaat niet.

229. Ik erken dat het verschil tussen handelen en nalaten op zijn best diffuus is en op zijn minst manipuleerbaar, vgl. Giesen, *a.w.* (2005), p. 52-53 en p. 73, en J.S. Kortmann, *Altruism in Private Law*, OUP: Oxford 2005, p. 5-8. Ik gebruik het onderscheid hier slechts als een hulpmiddel om twee situaties te kunnen duiden.

6.4.4 Invloed op de effectiviteit van een waarschuwing: andere variabelen

Als gezegd, de kosten van het opvolgen van een waarschuwing zijn enorm belangrijk voor de beslissing dienaangaande. De enkele beschikbaarheid van een waarschuwing is eigenlijk niet genoeg voor gedrag conform die waarschuwing.²³⁰ Maar daarmee is nog niet alles gezegd. Als men op zoek gaat naar de overige factoren, de andere variabelen die het opvolgen van een waarschuwing beïnvloeden,²³¹ dan kan het onderzoek daarover *grosso modo* in twee delen worden verdeeld. Naast de 'user and situational characteristics' staan dan de 'warning design characteristics'.²³²

Tot de eerste categorie behoren bijvoorbeeld variabelen zoals de al besproken 'costs of compliance', maar bijvoorbeeld ook 'social influence' of 'peer pressure', de 'perceived hazardousness' (meestal voortvloeiend uit ervaring of bekendheid) en de 'perceived severity of injury'.²³³ Zo blijkt uit onderzoek naar sociale invloeden op de navolging van waarschuwingen dat mensen geneigd zijn om bondgenoten te volgen in hun gedrag. Deze 'peer pressure' kan zelfs de effecten van hoge kosten van 'compliance' tenietdoen.²³⁴ Nadeel daarvan wat betreft het eventueel ontwerpen van beleid, dan wel gedragsnormen, is echter dat ten aanzien van veel waarschuwingen niet altijd sprake zal (kunnen) zijn van 'peer pressure', zodat daarop lastig voortgebouwd kan worden bij die beleidsontwikkeling.

Ook relevant is dat een waarschuwing in explicietere termen de perceptie verhoogt dat er gevaar dreigt en daarmee ook de intentie om voorzichtig met

230. Dingus e.a., *Safety Science*, 16 (1993) 655-673, op p. 671.

231. Lehto/Papastavrou, *Safety Science*, 16 (1993) 569-595, op p. 578-581, noemen de volgende variabelen: dat de waarschuwing gelezen wordt, dat specifieke voorzorgsmaatregelen genoemd worden, het geloof dat het product gevaarlijk is, dat de gewaarschuwde onderbroken wordt, de kosten, het voordeel van niet-navolging, het vergroten van de kosten van niet-navolging, het gedrag van anderen, iemands neiging om risico's te nemen, en bestaande gedragspatronen die lastig te veranderen zijn. Zie ook nog Latin, 41 *UCLA L. Rev.* 1193 (1994), p. 1242-1248.

232. Dingus e.a., *Safety Science*, 16 (1993) 655-673. Veel van het onderzoek naar de diverse variabelen is bijeengezet en besproken in Edworthy/Adams, *a.w.*, p. 49-68, en in Lehto/Papastavrou, *Safety Science*, 16 (1993) 569-595.

233. Dingus e.a., *Safety Science*, 16 (1993) 655-673, op p. 656. Zie over het effect van 'perceived hazardousness' nog Edworthy/Adams, *a.w.*, p. 65.

234. Zie Dingus e.a., *Safety Science*, 16 (1993) 655-673, op p. 657, en Edworthy/Adams, *a.w.*, p. 53.

het gevaar, bijvoorbeeld een product, om te gaan.²³⁵ De meest effectieve delen van een waarschuwing lijken daarbij die delen te zijn waarmee direct gerelateerd wordt aan gedrag, de delen die je vertellen wat je moet doen.²³⁶ Ook niet onbelangrijk is dat de vrees van producenten dat expliciete waarschuwingen een negatieve uitwerking op de consument zouden kunnen hebben, niet bevestigd is,²³⁷ hoewel enkele studies wel in die richting gaan.²³⁸ Verder is de mate van navolging van een waarschuwing groter als iemand eerder letstel opliep, maar vermindert deze weer bij grotere bekendheid of ervaring met hetgeen onderwerp van waarschuwing is.²³⁹ Daarbij geldt ook nog dat een waarschuwing die ingaat tegen wat iemand zelf meent te weten, als onbetrouwbaar, onjuist en niet-representatief gezien wordt, zodat het ontwerpen van waarschuwingen ten einde gedrag te veranderen zeer lastig is.²⁴⁰ Deze waarschuwingen worden genegeerd, omdat ze niet stroken met de ervaringen van de ontvanger, een vorm van cognitieve dissonantie dus.²⁴¹

Zodoende zijn wij meteen ook bij de categorie van de 'warning design characteristics' beland.²⁴² Daarbij gaat het vooral om 'salience', het vermogen om aandacht te trekken (§ 6.3), en de begrijpelijkheid van waarschuwingen. Lettergrootte, lettertype, kleur, pictogrammen, et cetera, spelen dan een rol. Uiteraard is ook de zichtbaarheid als zodanig van belang.²⁴³ Verder schijnt de plaats van een waarschuwing de effectiviteit niet te vergroten en is het nog on-

235. K.R. Laughery e.a., Explicitness of consequence information in warnings, *Safety Science*, 16 (1993) 597-613; Edworthy/Adams, *a.w.*, p. 62 en p. 65-68. Vgl. ook Eysenck/Keane, *a.w.*, p. 489, sprekend over de 'support theory'.

236. Daarover Edworthy/Adams, *a.w.*, p. 62. De bedoelde delen zijn de 'hazard statement' en de 'instructions'.

237. Laughery e.a., *Safety Science*, 16 (1993) 597-613.

238. Zie daarover Edworthy/Adams, *a.w.*, op p. 64, p. 65 en p. 68 ('the results are slightly ambiguous').

239. Dingus e.a., *Safety Science*, 16 (1993) 655-673, op p. 657. Mensen beoordelen dus op basis van hun eigen geloof, ervaring en gevoel van kwetsbaarheid. Vgl. over de rol van bekendheid met het gevaar ook Edworthy/Adams, *a.w.*, p. 56.

240. Dingus e.a., *Safety Science*, 16 (1993) 655-673, op p. 658.

241. Vgl. T.K. Geenfeld, L.A. Kaskutas, Early impacts of alcoholic beverage warning labels: national study findings relevant to drinking and driving behavior, *Safety Science*, 16 (1993) 689-707, op p. 695. Bij dit alles kan dan bovendien ook nog een 'time delay trap' (een korte-termijnbonus wordt verkozen boven een lange-termijnvoordeel) een rol spelen, zie Plous, *a.w.*, p. 242.

242. Daaruit volgt in elk geval dat een waarschuwing in beginsel uit vier delen bestaat: het signaalwoord, de omschrijving van het gevaar, het gevolg van niet-navolging, en de instructies om de waarschuwing op te volgen, vgl. M.S. Wogalter, M.J. Kalsher en B.M. Racicot, Behavioral compliance with warnings: effects of voice, context and location, *Safety Science*, 16 (1993) 637-654, op p. 639.

243. Zie Wogalter/Kalsher/Racicot, *Safety Science*, 16 (1993) 637-654, op p. 646. Vgl. ook nog Plous, *a.w.*, p. 178.

duidelijk of pictogrammen wel écht helpen.²⁴⁴ Het grote voordeel van (goede) symbolen is echter dat iedereen ze kan herkennen, ook zonder een bepaalde taal machtig te zijn, dat ze van grotere afstand herkenbaar zijn, dat ze eerder en beter herkenbaar zijn (de reactietijd is korter), en dat ze langer herkenbaar zijn als ze in slechtere staat (komen te) verkeren. Ook lijkt een symbool een goede aandachtstrekker te zijn, maar dat vergt wel dat het symbool niet mag lijken op alternatieven.²⁴⁵ Het toevoegen van een gesproken waarschuwing kan overigens ook behulpzaam zijn om de aandacht te krijgen.²⁴⁶

Wat bij een visuele waarschuwing over het algemeen niet direct de effectiviteit vergroot, is dat deze waarschuwing in beginsel permanent aanwezig is (een verkeersbord staat nu eenmaal elke dag langs dezelfde weg), zodat de gewaarschuwde steeds weer moet bepalen of de waarschuwing in dit specifieke geval toepasselijk is, en omdat die permanente aanwezigheid makkelijk tot gewenning kan leiden.²⁴⁷

In lijn daarmee schijnt ‘warning compliance’ mede afhankelijk te zijn van de variabele die als ‘temporal immediacy’ te boek staat. Het gaat er hierbij om dat een waarschuwing aanwezig moet zijn wanneer deze nodig is, en daarmee impliciet dus ook dat deze derhalve niet aanwezig zou moeten zijn als deze niet nodig is. Bovendien moet een waarschuwing worden gegeven daar waar die nodig is (‘spatial immediacy’). Dat betekent dat een waarschuwing die dicht bij de bron van gevaar gelokaliseerd is, het niveau van navolging doet stijgen, en dus meer effect heeft.²⁴⁸ In dat licht is ook relevant dat een waarschuwing die ingebed is in een set instructies, tot meer navolging leidt.²⁴⁹

Ook is het mogelijk om het vermogen om aandacht te trekken, te vergroten door aan de waarschuwing een kleur of een pictogram toe te voegen.²⁵⁰ Daarnaast is in sommige omstandigheden ook nog van invloed of de waarschuwing wat betreft de inhoud nog wijst op de specifieke gevolgen van het niet opvolgen ervan (de frequentie en ernst van ongevallen) en of het label met de waarschuwing nog fysieke manipulatie (‘label interaction’, bijvoorbeeld afscheuren)

244. Dingus e.a., *Safety Science*, 16 (1993) 655-673. Zie ook Wogalter/Kalsher/Racicot, *Safety Science*, 16 (1993) 637-654, alsmede Edworthy/Adams, *a.w.*, p. 70-72 en p. 100 (het gebruik van symbolen zal de ‘compliance rate’ niet enorm verbeteren), en noot 180 hiervoor.

245. Over het voorgaande Edworthy/Adams, *a.w.*, p. 77-79 en p. 95-96. De herkenbaarheid moet wel stevig worden getest, want die is niet altijd zonder meer aanwezig.

246. Wogalter/Kalsher/Racicot, *Safety Science*, 16 (1993) 637-654.

247. Zie Edworthy/Adams, *a.w.*, p. 40.

248. Edworthy/Adams, *a.w.*, p. 41-43.

249. Wogalter/Kalsher/Racicot, *Safety Science*, 16 (1993) 637-654.

250. Dingus e.a., *Safety Science*, 16 (1993) 655-673, op p. 658.

vergt.²⁵¹ Kortom, er bestaan vele verschillende manieren om gedrag te kunnen beïnvloeden, vele manieren ook die elkaar niet altijd ondersteunen.²⁵²

6.4.5 *Invloed op de effectiviteit van een waarschuwing: inschatten van kansen en vooroordelen*

Wij hebben al een heleboel variabelen gezien die van invloed zijn op de naleving van een waarschuwing, meer precies op de beslissing om zulks te doen. Daar komt dan nog bij dat de perceptie, en met name de beoordeling van het door de waarschuwing bedoelde gevaar (de risicoperceptie), weleens verkeerd kan zijn.²⁵³ Mensen schatten kansen (waarschijnlijkheden) en risico's nu eenmaal met regelmaat verkeerd in, met als gevolg dat ze vervolgens een verkeerde beslissing nemen. Het betreft hier een thema dat relatief bekend is onder juristen.²⁵⁴

Veelgemaakte fouten die optreden bij het inschatten van kansen en risico's – naast de al genoemde versturende effecten die zich sowieso bij perceptie voordoen (zie § 6.2 en 6.4.2) – hangen bijvoorbeeld samen met de 'valence' van een uitkomst (de mate waarin een uitkomst als positief of negatief gezien wordt), omdat positieve uitkomsten als waarschijnlijker worden gezien dan negatieve uitkomsten (onrealistisch optimisme), maar ook met 'compound events', omdat men de waarschijnlijkheid van 'conjunctive compound events' (als A en B dan ...) overschat en de waarschijnlijkheid van 'disjunctive compound events' (als A of B dan ...) onderschat. Verder zijn mensen bijvoorbeeld traag (in de zin van: minder drastisch dan nodig) in het bijstellen van een eerder geschatte waarschijnlijkheid als ze nieuwe informatie ontvangen ('conservatism')²⁵⁵ en wordt

251. Zie Dingus e.a., *Safety Science*, 16 (1993) 655-673, op p. 661 en p. 669 en 670. Over dat laatste aspect ook Edworthy/Adams, *a.w.*, p. 43-44.

252. Lehto/Papastavrou, *Safety Science*, 16 (1993) 569-595, op p. 586, wijzen er bijvoorbeeld op dat een tekening van een vlam ertoe kan leiden dat (het ontploffingsgevaar wordt verondersteld, waarna) de geschreven waarschuwing niet meer gelezen wordt.

253. Dingus e.a., *Safety Science*, 16 (1993) 655-673, op p. 671. Daarnaast wordt ook wel betoogd dat de methode om überhaupt te meten of perceptie juist of onjuist is (nl. door de subjectieve waarschijnlijkheid die iemand registreert, af te zetten tegen de objectieve waarschijnlijkheid van het gebeuren), problematisch is, vgl. P.D. Windschitl, Judging the Accuracy of a Likelihood Judgment: The Case of Smoking Risk, *J. Behav. Dec. Making*, 15: 19-35 (2002). Ik wil daar nu verder niet op ingaan.

254. Met name Van Boom, *a.w.*, heeft hiervoor aandacht gevraagd. Zie ook Van Boom/Borgers, *a.w.*, en verder bijv. Anderson, *a.w.*, p. 328 e.v.; Esgate/Groome, *a.w.*, p. 193 e.v.; Baron, *a.w.* (2000), p. 125 e.v.; Eysenck/Keane, *a.w.*, p. 481 e.v.; Plous, *a.w.*, p. 131 e.v.; en P. Slovic e.a., Facts versus fears: Understanding perceived risk, in: Kahneman e.a., *a.w.*, p. 463 e.v.

255. Over het voorgaande Plous, *a.w.*, p. 131-138, alsmede Vonk e.a., *a.w.*, p. 140-141 en p. 337 ten aanzien van onrealistisch optimisme. Ambigue informatie wordt genegeerd bij investeringen of aankopen, zie E. van Dijk, M. Zeelenberg, The Discounting of Ambiguous Information in Economic Decision Making, *J. Behav. Dec. Making*, 16: 341-352 (2003).

de oorspronkelijke waarschijnlijkheid van een gebeurtenis ('base-rate') nogal eens genegeerd.²⁵⁶ Bekend is tevens dat de waarschijnlijkheid van zeer onwaarschijnlijke gebeurtenissen overschat wordt, en dat de waarschijnlijkheid van gebeurtenissen die veel voorkomen, onderschat wordt.²⁵⁷

Ook wijs ik nog op het bestaan van 'belief perseverance', waarbij het erom gaat dat mensen in principe niet snel van mening zullen veranderen omdat zij informatie die hun oorspronkelijke standpunt steunt, actief zoeken en overmatig waarderen, terwijl zij informatie die dat standpunt niet steunt, negeren en niet zelf zoeken.²⁵⁸ Daarnaast noem ik dan nog slechts de 'representativeness heuristic' (waarbij de waarschijnlijkheid wordt afgemeten aan de mate waarin stimulus A kenmerken met stimulus B gemeen heeft, omdat beide vast wel bij elkaar horen als er gelijkenissen zijn) en de nauw daaraan verbonden 'gambler's fallacy' (denken dat na een serie van zwart, het roulettballetje nu wel op rood zal landen), de 'availability heuristic' (waarbij de waarschijnlijkheid wordt gemeten naar het gemak waarmee een voorbeeld kan worden bedacht), de problemen bij het leggen van relaties tussen verschillende verschijnselen, met name 'attentional bias' (niet het hele plaatje bekijken en toch een relatie zien) en 'effects of prior belief' (men vindt wat men denkt te vinden), alsmede 'anchoring and adjustment' (bij schattingen aanhaken bij een tevoren gegeven vergelijkingsgetal en de schatting vervolgens onvoldoende bijstellen).²⁵⁹

256. Zie bijv. Anderson, *a.w.*, p. 331-332; Esgate/Groome, *a.w.*, p. 209-210, en over het negeren van risico's met een zeer lage waarschijnlijkheidsgraad ook nog Latin, 41 *UCLA L. Rev.* 1193 (1994), p. 1245.

257. Zie bijv. Baron, *a.w.* (2000), p. 126 en p. 127. Dat betekent, uiteraard, dat de kans op schade ten aanzien van veelvoorkomende ongevallen (in het verkeer) te laag wordt ingeschat en bij weinig voorkomende gebeurtenissen (een kernongeval), te hoog.

258. W.A. Wagenaar, H.F.M. Crombag, Ook rechters maken menselijke fouten, in: Van Koppen e.a. (red.), *a.w.*, p. 840; Baron, *a.w.* (2000), p. 131-132 en p. 191. Overigens schijnt die neiging af te nemen als een alternatieve hypothese wordt verstrekt, zie F. Vallée-Tourangeau, D.M. Beynon, S.A. James, The role of alternative hypotheses in the integration of evidence that disconfirms an acquired belief, *European Journal of Cognitive Psychology*, 2000, 12 (1), 107-129.

259. Zie nader Baron, *a.w.* (2000), p. 134 e.v. en p. 176 e.v., en verder o.a. diverse opstellen in Kahneman e.a., *a.w.*, p. 23 e.v. en p. 163 e.v.; Plous, *a.w.*, p. 109 e.v.; Vonk e.a., *a.w.*, p. 338 e.v., en Latin, 41 *UCLA L. Rev.* 1193 (1994) 1230 e.v. Het laatste effect betekent dat een onderhandelaar (bijv. een advocaat) er goed aan doet te starten vanuit een extreme positie en (ook in een procedure) bijv. een hoge schadevergoeding te vragen, vgl. Plous, *a.w.*, p. 146, en Baron, *a.w.* (2000), p. 375-376. Overigens mag daarbij dan niet uit het oog verloren worden dat mensen die beslissen voor anderen, geneigd zijn meer risico's te nemen, vgl. L.D. Wray, E.R. Stone, The Role of Self-esteem and Anxiety in Decision Making for Self versus Others in Relationships, *J. Behav. Dec. Making*, 18: 125-144 (2005), op p. 126.

Het zal na het voorgaande niet verbazen dat de perceptie van risico's nogal subjectief is,²⁶⁰ en dat deze perceptie kan veranderen afhankelijk van hoe het desbetreffende risico gepresenteerd wordt. Dat betekent dan tevens dat de wijze van omgaan met dat risico veranderen zal; de waarde die men hecht aan preventief gedrag zal wijzigen afhankelijk van hoe het risico gepresenteerd wordt.²⁶¹ Het gevolg van een daarmee verband houdende, eventuele 'verkeerde' risico-inschatting is natuurlijk dat de waarschuwing tegen het gevaar in kwestie (indien aanwezig) onvoldoende serieus of juist té serieus wordt genomen – de kosten-batenanalyse pakt dan verkeerd uit – zodat die waarschuwing onvoldoende effectief of juist te effectief blijkt gezien de mate van gevaar.

De moeite die mensen hebben om risico's juist in te schatten, zal moeten worden meegenomen bij het bedenken van hoe een effectieve waarschuwing eruit zou moeten zien (als die norm ook in de toekomst gehanteerd zou worden).²⁶² Zo'n waarschuwing wil immers overtuigen, wil de ontvanger van de boodschap doordringen van het nut en/of de noodzaak om de aanwijzing ter harte te nemen. Een waarschuwing wil de beslissing beïnvloeden. Dat proces van beïnvloeding en overtuiging wordt echter bemoeilijkt door de 'biases', de vooroordelen of intuïties, die mensen nu eenmaal koesteren (maar die wel te omzeilen zijn²⁶³). Die 'biases', ze passeerden zojuist de revue, zijn bij een waarschuwing dezelfde als die welke bij elke andere beslissing een rol kunnen spelen, want iemand die voor de keuze staat om al dan niet een waarschuwing te volgen, moet nu eenmaal zijn kansen en risico's afwegen en dan een beslissing nemen.²⁶⁴

260. Persoonlijkheidskenmerken spelen daarbij uiteraard een grote rol. Zo schijnen narcistisch ingestelde mensen meer 'overconfidence' te vertonen en daarmee eerder verkeerd te beslissen, zie W.K. Campbell, A.S. Goodie, J.D. Foster, Narcissism, Confidence, and Risk Attitude, *J. Behav. Dec. Making*, 17: 297-311 (2004).

261. Plous, *a.w.*, p. 139. Ook de vraag aan wie (een leek of een deskundige) het risico gepresenteerd wordt, leidt tot verschil in perceptie (p. 139-140), terwijl de risicoperceptie ook nog eens 'biased' is in de richting van een al bestaande mening of overtuiging (p. 140-142). Zie hierover ook Slovic e.a., in: Kahneman e.a., *a.w.*, p. 463 e.v. Bij dit gegeven past ook dat gedrag niet alleen onder invloed staat van welke informatie er is, maar ook van hoe die informatie gepresenteerd wordt, nl. als chronologisch verhaal of niet, zie E.J. Mulligan, R. Hastie, Explanations Determine the Impact of Information on Financial Investment Judgments, *J. Behav. Dec. Making*, 18: 145-156 (2005).

262. Ironisch genoeg (omdat waarschuwingen vaak onbegrepen blijven) is het verschaffen van informatie, bijvoorbeeld door een waarschuwing, juist ook een van de erkende manieren voor overheden om tot een reductie van risico's te komen. Zie Baron, *a.w.* (2000), p. 492, en over 'risk regulation' in breder verband p. 491-517.

263. Zie bijv. de aanbevelingen bij Plous, *a.w.*, p. 119-120 en p. 142-144.

264. Zie verder Vonk e.a., *a.w.*, p. 354 e.v., over een aantal beslissstrategieën.

6.5 De effectieve waarschuwing als norm: een beperkte zegen

Terugkijkend op het voorgaande, komen wij een aantal in elkaar grijpende en elkaar overlappende conclusies tegen. Als wij de preventieve functie van het aansprakelijkheidsrecht serieus nemen, en dat doen wij tegenwoordig vrij breed,²⁶⁵ dan beoogt dat aansprakelijkheidsrecht mede om diverse risico's van schade te verminderen. Waarschuwingen zijn één aspect van dat systeem, en deze zouden met name in beeld moeten komen als er geen alternatieve manier bestaat (veiliger ontwerp, et cetera) om het gevaar en de risico's te reduceren.²⁶⁶ Teneinde te voorkomen dat wij de waarschuwing gaan over-benutten, zie hierna, is het goed om dat besef te behouden.

Risico's, in welke vorm dan ook, worden via een waarschuwing echter alleen verminderd indien sprake is van een effectieve waarschuwing. Een effectieve waarschuwing is er één die enige 'added value' heeft, die mensen aanzet tot gedrag dat het gevaar vermijdt, terwijl die mensen zonder de waarschuwing ander (niet-gevaarvermijgend) gedrag zouden hebben vertoond. Dat is, in juridische termen, een causaliteitsvraag, hetgeen verklaart waarom de Hoge Raad de onrechtmatigheid en de causaliteit aan elkaar heeft gekoppeld (§ 5.4) toen hij besloot bij waarschuwingen af te gaan stemmen op de effectiviteit ervan. Die effectiviteit wordt immers als een causaliteitsvraag gemeten (§ 6.4.1).

In het juridische domein is normaal gesproken bij dit soort causaliteitsvragen nog van belang hoe wij vervolgens kunnen achterhalen wat iemand gedaan zou hebben. Dat is een klassieke bewijsvraag, en een vraag die niet of nauwelijks te beantwoorden is. Het zal dan, zoals ook bij vergelijkbare kwesties, het woord van de één tegen dat van de ander zijn.²⁶⁷ De vraag naar de verdeling van het bewijsrisico en de eventuele toepasselijkheid van de 'omkeringsregel' ligt vervolgens op de loer. Maar, als gezegd, de Hoge Raad heeft die kwesties juist omzeild door de onrechtmatigheid en de causaliteit ineen te vlechten, zodat met de schending van de gedragsnorm ook de causaliteit gegeven is.

265. Zie echter nog noot 136 hiervoor.

266. Waarschuwingen kunnen en mogen geen substituut zijn voor een voldoende goede en veilige manier van bijvoorbeeld de inrichting van een (openbare) ruimte en de productontwikkeling, zie Edworthy/Adams, *a.w.*, p. 23 en p. 27.

267. Zoals de vraag of de informatie van een arts, indien verstrekt, de patiënt op andere gedachten zou hebben gebracht en tot andere daden zou hebben aangezet. Beantwoording van dit soort vragen is extra lastig door het psychologische fenomeen van de zogenoemde 'inconsistency', waarover Plous, *a.w.*, p. 58-61 (wat mensen zeggen dat zij doen en wat zij werkelijk doen, is niet hetzelfde; abstracte meningen corresponderen niet met hun gedrag).

Bekijken wij vervolgens de zorgplicht in de vorm van een waarschuwing, dan is een belangrijke conclusie dat ‘habituation’, een vorm van gewenning doordat te stringente waarschuwingen benut worden voor te kleine gevaren, voorkomen zal moeten worden.²⁶⁸ Voor de effectiviteit van waarschuwingen, op macro-niveau tenminste, is dat wezenlijk. Om ‘gewenning’ te voorkomen is het ook beter om vooral niet te veel waarschuwingen bijeen te zetten (§ 6.2). In de juridische literatuur van buiten de landsgrenzen is er al op gewezen dat te veel en alsmear meer waarschuwingen niet bevorderlijk zijn.²⁶⁹ Het voorgaande brengt ook mee dat als een waarschuwing te vaak herhaald wordt, deze routine zal worden. Dan zal niemand deze waarschuwing nog lezen of ernaar luisteren.²⁷⁰ Ook dat zou moeten worden voorkomen.²⁷¹

Het gevaar van gewenning kent nog een belangrijk aspect. Begrijpelijkerwijs wil iedereen die geacht wordt te waarschuwen, deze waarschuwing zo streng mogelijk, en daarmee dan ook zo effectief mogelijk maken. Dat voorkomt dat hun product, terrein of weg tot schade voor een ander leidt. De Hoge Raad stimuleert dit ook door te verlangen – zo volgt onmiskenbaar uit de bewoordingen van het *Jetblast*-arrest – dat een waarschuwing afdoende moet zijn, en door daarvoor dan te eisen dat deze waarschuwing naar verwachting tot gevaarvermijding zal leiden. Het is echter in ons aller belang, en dus van publiek belang, dat *niet iedereen* probeert om steeds weer dé ultieme waarschuwing te ontwikkelen en gebruiken. Dat zou namelijk tot te veel gewenning aan dit soort strenge waarschuwingen leiden, met als gevolg dat het effect van alle waarschuwingen, ook de écht noodzakelijke, meer en meer verloren zou gaan. Als te vaak te strikt tegen relatief lichtere gevaren gewaarschuwd wordt – als de ‘urgency mapping’ niet in orde is (§ 6.2) – zal men minder genegen zijn een waarschuwing op te volgen. Die kant moeten wij dus niet op. De meest effectieve waarschuwingen moeten worden bewaard voor de meest serieuze situaties waarin die het meest nodig zijn,²⁷² en dus moeten, dat is de keerzijde, bepaalde waarschuwingen ook minder stevig zijn dan andere. Deze noodzaak wordt door de Hoge

268. Hellier e.a., *Appl. Cognit. Psychol.* 14: 577-592 (2000), p. 579 en p. 590.

269. Zie noot 142 hiervoor en bijv. Bowbeer/Killoran, 65 *Brooklyn L. Rev.* 717 (1999), op p. 745-749.

270. Dingus e.a., *Safety Science*, 16 (1993) 655-673, op p. 671.

271. Te veel gewenning is helaas al ingetreden bij de veiligheidsinstructies in een vliegtuig dat voor vertrek gereed staat (hoewel die instructie niet echt een waarschuwing is, maar meer een instructie); niemand interesseert het nog een biet wat het personeel of de video laat zien ‘voor het geval dat zich een noodgeval voordoet’.

272. Vgl. § 6.4.1 hiervoor.

Raad echter miskend en genegeerd. Sterker nog, en des te vervelender ook: de 'effectiviteitsnorm' van de Hoge Raad zal dit effect alleen maar verstevigen.

Een (vervolg)vraag die hier dan als vanzelf rijst, is natuurlijk wie de 'verdeling' van (het recht op) de echt indringende en effectieve waarschuwingen ter hand gaat nemen en hoe dat dan geschieden zal. De afdoende waarschuwing is een schaars goed en misschien ook wel een publiek goed. Moeten wij de verdeling van waarschuwingen dan aan de overheid laten? En kan dat wel? Ik geloof niet dat dit een heilzame weg zou zijn. Een terugkeer naar een 'rustiger', minder veeleisende zorgvuldigheidsnorm voor waarschuwingen en daarmee kiezen voor een pad dat niet tot een race om de beste waarschuwing leidt, is waarschijnlijk eenvoudiger.

Wat verder niet meteen 'spoort' in de wisselwerking tussen onderzoek naar het aansprakelijkheidsrecht en naar de psychologische kant van waarschuwingen, is dat het perspectief wisselt. De psychologie kijkt bij de vraag naar de effectiviteit van een waarschuwing naar de handelende persoon, degene die de waarschuwing zou moeten opvolgen, terwijl het aansprakelijkheidsrecht traditioneel in eerste instantie gericht is op de mogelijke aansprakelijke, de dader, degene die wellicht de waarschuwing moest verstrekken. Of een waarschuwing effectief is, en dus of er aansprakelijkheid aanvaard kan worden, hangt echter met name af van de gewaarschuwde. Wat zal die persoon doen als hij of zij de waarschuwing ziet?²⁷³ Daarop heeft de waarschuwer geen directe invloed, althans niet voorzover wij ons beperken tot maatregelen als een waarschuwing. Hij zou daarnaast ook nog de (vormen van) bescherming moeten verschaffen, de instrumenten ter bescherming moeten aanreiken, om de waarschuwing effectief te maken.

Het voorgaande betekent mijns inziens dat de juridische norm zoals die nu is, afgesteld op de waarschuwende partij, niet werkbaar is. De Hoge Raad heeft een norm gesteld waaraan door de meeste aangesproken ondernemingen, overheden en particulieren niet voldaan zal kunnen worden, omdat niet steeds redelijkerwijs verwacht kan worden dat een waarschuwing effectief zal zijn,²⁷⁴ zo-

273. Zie § 6.4.3. Zo is bekend dat personen die zich bedreigd voelen door mogelijk letsel, eerder een waarschuwing zullen zien, lezen en opvolgen, zie Dingus e.a., *Safety Science*, 16 (1993) 655-673, op p. 657.

274. Weliswaar is er geen absolute norm gesteld, zie § 5.2.5, maar die norm is wel zodanig dat er, in de woorden van Giard, *NJB* 2005, p. 1401, niet is voldaan aan de psychologische voorwaarden (bijv. kunnen handelen conform de norm) voor een effectieve bevordering van goed gedrag.

dat in wezen een *risicoaansprakelijkheid* ingevoerd lijkt te zijn.²⁷⁵ Immers, als zich schade voordoet terwijl wel een waarschuwing was gegeven, is de waarschuwende persoon volgens die norm, ongeacht het feit dat wel een waarschuwing gegeven was, aansprakelijk, want blijkbaar was die waarschuwing dan onvoldoende effectief (gevaarvermijdend).²⁷⁶ Zeker in het licht van het gegeven dat de kosten voor de gewaarschuwde persoon van handelen conform een waarschuwing al snel prohibitief zullen zijn voor een zodanig handelen (§ 6.4.3), lijkt dat een te zware norm. Dat geldt nog sterker indien wij ook nog de overige variabelen alsmede de fouten die ieder mens sowieso maakt bij het inschatten van kansen en het vervolgens nemen van beslissingen (§ 6.4.4 en 6.4.5), in ogenschouw nemen.²⁷⁷ De consequenties van het gegeven dat voor dit soort gevallen de zorgplicht blijkbaar op een onjuiste wijze is ingevuld, reiken overigens verder dan enkel die conclusie. Ook de rechtsvorming in meer algemene zin blijft daardoor niet onberoerd, zoals nog zal blijken.

Graag zou ik op dit moment reeds van de gelegenheid gebruik willen maken om Willem van Boom, Marco Loos, Chris Jansen en Frank Verstijlen, oud-collega's, als slechts enkele exponenten van een blijkbaar goede lichte Tilburgse civilisten, toe te voegen dat ik er trots op ben in hun midden en met hen wetenschappelijk opge-

275. Ik erken overigens de mogelijkheid dat de Hoge Raad helemaal niet bedoeld heeft om een zo extreme invulling aan de waarschuwingsplicht te geven; introductie van een *de facto* risicoaansprakelijkheid ligt hier eigenlijk ook niet voor de hand. Maar als dat inderdaad zo zou zijn, dan heeft de Hoge Raad wel ongebruikelijk onnauwkeurig zijn woorden gekozen, was daarom een andere formulering beter geweest, en zal sowieso een correctie (die ik ook bepleit, zie hierna) nodig zijn om verder 'onheil' te voorkomen. Als ik vooralsnog echter uitga van de woorden zoals die in het arrest werkelijk gebruikt zijn, kan ik bij mijn interpretatie daarvan niet om de in de tekst genoemde conclusie heen. Een mogelijk andere uitleg (nl. van een zorgplicht die uitgaat van een waarschuwing die tot gevaarvermijding *zou kunnen* leiden) levert uiteindelijk niet meer op dan een lege huls, want *elke* waarschuwing *kan* op zich tot ander gedrag en dus tot vermijding van gevaren leiden, zodat in die optiek na een eenmaal gegeven waarschuwing, van welk kaliber ook, aansprakelijkheid nooit meer mogelijk zou zijn. Ook dat zou te extreem zijn. Wat hier verder ook van zij, in elk geval doet een en ander niet af aan de algemene conclusie van deze bijdrage, zie nader § 7.3.

276. Graag wijs ik er nog op dat ik er in zijn algemeenheid geen onoverkomelijke bezwaren tegen zou hebben (hoewel mijn voorkeur ernaar uitgaat dat risicoaansprakelijkheden door de wetgever worden ingevoerd, vgl. Van Boom/Giesen, *NTBR* 2004, p. 520-521) als de Hoge Raad als rechtsvormer inderdaad een risicoaansprakelijkheid zou invoeren, maar dat vereist dan wel een gedegen rechtvaardiging, welke hier m.i. ontbreekt, gegeven de argumenten voor en tegen aansprakelijkheid zoals eerder besproken (§ 5.5).

277. Latin, 41 *UCLA L. Rev.* 1193 (1994), p. 1292-1294, meent echter dat invoering van een risicoaansprakelijkheid in het kader van de regeling van productaansprakelijkheid nadere bestudering verdient.

groeit te zijn. Zij leerden mij om, Willem, kosten en baten af te wegen voordat je besluit iets te doen of te laten; om, Marco, het geldend recht toch maar niet helemaal te veronachtzamen, in het Tilburg van Barendrecht in die dagen was dat soms een noodzakelijke *eye-opener*; om, Chris, vooral ook planmatig te werk te gaan en tevoren goed uit te denken (of zelfs uit te tekenen) hoe de te onderzoeken situatie in elkaar steekt, en om, Frank, de enorme waarde van hele normale discipline bij wetenschappelijke arbeid niet te onderschatten.

Matthias Borgers, François Kristen en Albert Verheij zijn nog niet tot het ambt geroepen, maar ik hoop en verwacht dat zij alledrie op enig moment ergens ook zullen mogen oren. Ik zal dan als trotse vriend aanwezig zijn, net zoals zij vandaag als trotse vriend aanwezig zijn. Al te Jonge Honden zijn wij niet meer, heren, ook al hopen wij nog steeds dat wij zo door het leven kunnen, maar onderling trouwe honden blijven wij.

7 Het psychologisch fenomeen juridisch ingekapseld

7.1 Inleiding

Vervolgens moeten wij nog de stap terug zetten, vanuit de psychologie weer naar het aansprakelijkheidsrecht terugschakelen, hoewel ik daar eigenlijk al mee begonnen was. Wij zullen ons immers expliciet moeten afvragen of het voor de aansprakelijk gestelde in kwestie mogelijk was om te voldoen aan de vanuit de *psychologie* nader ingekleurde maatstaf van de effectieve waarschuwing, want *juridisch* mogen wij geen eisen stellen die niet haalbaar zijn voor de gemiddelde persoon die aan die eisen zou moeten voldoen.²⁷⁸

Ik noem dit punt apart om te laten zien dat het gebruik van andere wetenschappen, zoals de psychologie, niet betekent dat daarmee ook meteen het juridische antwoord gegeven is. De uitkomst moet ‘terugvertaald’ (kunnen) worden en in een juridisch jasje gegoten (kunnen) worden. Er komt, en er moet, een normatief sausje overheen; de uitkomst moet worden vertaald in een eventueel rechtsgevolg.²⁷⁹

Dit betekent ook dat wij voorzichtig moeten zijn met het gebruik van andere wetenschappen; wij kunnen niets klakkeloos overnemen. En toch is het zinvol om de exercitie naar het andere, zo onbekende gebied te ondernemen, want wat in elk geval daarmee bereikt wordt, is dat zo allerlei voorheen externe gegevens (gegevens die er wel waren, maar niet benut werden) intern gemaakt wor-

278. Het gaat in het aansprakelijkheidsrecht immers om wat wij kunnen en mogen verwachten van een (objectief bepaald) redelijk handelend persoon, zie hieromtrent nader Van Dam, *a.w.* (2000), nr. 906, 909 en 912.

279. Zie over dit thema de discussie tussen Hillmann, 85 *Cornell L. Rev.* 717 (1999-2000), en Rachlinski, 85 *Cornell L. Rev.* 739 (1999-2000), op p. 753 e.v. Ik realiseer mij dat dit lastig kan zijn en tot vertaalproblemen kan leiden. Soortgelijke problemen spelen bijvoorbeeld ook bij een deskundigenbericht, met alle gevolgen van dien, zie bijv. E.M. Deen, *Recht op inzage in de patiëntenkaart, TVP 2005*, p. 3, met verdere verwijzingen. Die ‘vertaalproblemen’ zullen dan hier ook een rol spelen, maar mijns inziens zijn opnieuw, net als bij deskundigenberichten (die wij immers toch steeds maar weer moeten blijven gebruiken), de opbrengsten groter dan de kosten.

den, intern-juridisch, en dat dan op een gefundeerde basis,²⁸⁰ iets dat tot nu toe vrijwel ontbreekt.

7.2 *Terugkoppelen: terug naar de oude norm*

Bekijken wij de resultaten uit § 6.5, dan blijkt dat de norm zoals de Hoge Raad die, uiteraard goedbedoeld, geïntroduceerd heeft, bijvoorbeeld om de preventie van ongevallen te stimuleren of om kostenspreiding te bereiken, uiteindelijk niet juist uitpakt. Ik beperk mij hier tot twee, vanuit de psychologie ingegeven redenen voor dat oordeel.

Ten eerste is het van publiek belang dat niet iedereen probeert dé ultieme waarschuwing te ontwikkelen en gebruiken. Dat zou namelijk tot te veel gewenning ('habituation') op te korte termijn aan dit soort waarschuwingen leiden, met als gevolg dat het effect van alle waarschuwingen, ook de écht noodzakelijke, verloren zou gaan. De meest effectieve waarschuwingen moeten worden bewaard voor de meest serieuze situaties. De Hoge Raad ziet deze noodzaak echter niet; hun 'effectiviteitsnorm' zal dit gewenningseffect alleen maar verstevigen.

Ten tweede. Omdat het meestal, althans vaak, niet mogelijk is om de gewaarschuwde persoon tevens te voorzien van de beschermingsmethode die het gevaar vereist, zal een eventuele gedragsverandering door die gewaarschuwde persoon zoveel extra kosten met zich brengen voor die persoon dat die verandering niet zal intreden, zodat de waarschuwing dus niet effectief zal zijn in de door de Hoge Raad bedoelde zin. De Hoge Raad heeft daarmee een norm gesteld waaraan de waarschuwende partij niet kan voldoen, omdat de kosten daarvan te hoog zijn. Dat kan vervolgens enkel leiden tot een explosie van aanspra-

280. Zo komen in elk geval suggesties boven en is er feedback, en daarvan kunnen wij juristen vervolgens leren, vgl. Rachlinski, 85 *Cornell L. Rev.* 739 (1999-2000), op p. 757. Een voorbeeld nog van het mogelijke nut van het gebruik van andere disciplines. Uit onderzoek blijkt dat het nemen van een beslissing in een groep een matigend effect heeft op die beslissing, zie R.B. Adams, D. Ferreira, *The Moderating Effect of Group Decision Making* (paper in mijn bezit, *IG*). Dat betekent, zo zou de hypothese luiden, dat beslissingen van een meervoudige kamer van een rechtbank of hof minder extreem zouden zijn dan die van een enkelvoudige kamer. Dat zou dan weer, zo speculeer ik, tot minder gevallen van hoger beroep of cassatie leiden, en dus een hoop maatschappelijke kosten besparen. Of dat de extra kosten van het beslissen als meervoudig college opheft, is uiteraard een andere vraag. Zie verder over sociale invloeden op beslissingen en over beslissen in groepen, Plous, *a.w.*, p. 191 e.v.

kelijkheden en lijkt in elk geval al te hebben geleid tot de invoering van een vorm van risicoaansprakelijkheid.

Gegeven beide aspecten lijkt het onverstandig om nog langer door te gaan op de weg zoals ingeslagen in het *Jetblast*-arrest. Een terugkeer naar de minder zware zorgplicht, de eerdere norm uit het arrest *Annema/Staat*, die er kort gezegd op neerkomt dat een waarschuwing voldoende specifiek moet zijn, lijkt in de rede te liggen. Dat voorkomt dat iedereen de ultieme waarschuwing wil verstreken, inclusief de gewenning daaraan, waardoor elke waarschuwing overbodig wordt, en dat voorkomt dat eisen gesteld worden aan de waarschuwende partij waaraan deze vrijwel nooit zal kunnen voldoen.²⁸¹

Daarbij ben ik de eerste om toe te geven dat de norm van ‘voldoende specifiek waarschuwen’ uit *Annema/Staat* wellicht ook nog niet ideaal is²⁸² en zeker verdere invulling verdient, maar deze norm sluit wel beter aan bij wat wij uit de psychologie kunnen leren, zoals de notie dat specifiek zijn – bijvoorbeeld door te wijzen op de consequenties van gedrag – de navolging van de waarschuwing stimuleert (§ 6.4.4). Bovendien voorkomt die norm in elk geval dat een ‘race naar de meest effectieve waarschuwing’ plaatsvindt via waarschuwingen die dan slechts tegen te hoge kosten op te volgen zijn. Immers, indien ook een minder effectieve waarschuwing toch nog juridisch aan de maat kan zijn, bijvoorbeeld omdat het gevaar waartegen gewaarschuwd wordt, beperkt is, is het mogelijk om aan ‘urgency mapping’ te doen. Steeds opnieuw kan men dan bepalen hoe zwaar en sterk een waarschuwing, gezien het gevaar in kwestie, zou moeten zijn. Men kan dan tevens op meer beleidsmatige wijze, op macroniveau, het optimale niveau van waarschuwingen vastleggen.²⁸³ Door niet per se van elke waarschuwing te eisen dat deze tot een radicale gedragsverandering zal leiden, komt ook de kosten-batenafweging aan de zijde van de gewaarschuwde beter tot haar recht. Als iemand ervoor kiest zijn gedrag niet aan te passen, is de waarschuwende partij niet meteen (alsnog) aansprakelijk.

281. Er zou daarnaast nog over het causaliteitsvereiste moeten worden nagedacht. Gaan wij daarbij uit van een vermoeden, een bewijsrisico-omkering of passen wij de hoofdregel van art. 150 Rv toe? Ik kan dat hier niet uitwerken, maar neig nog steeds naar een omkering, vgl. Giesen, *a.w.* (diss.), p. 239, met nadere gegevens, zeker als de zorgvuldigheidsnorm weer een ‘normale’ zou zijn. Anders: Henderson/Twerski, 65 *N.Y.U. L. Rev.* 265 (1990), p. 325-326.

282. Zie bijv. Henderson/Twerski, 65 *N.Y.U. L. Rev.* 265 (1990), p. 318-319: te specifiek worden kan tot te veel informatie leiden.

283. Naast een eventuele compensatie voor het slachtoffer speelt dan dus ook de zoektocht naar een optimaal zorg- en veiligheidsniveau voor de samenleving als geheel een rol.

Verder is deze norm in het verleden ook gehanteerd, zodat al de nodige ervaring aanwezig is.²⁸⁴ En gezien de vele variabelen die uiteindelijk de ‘warning compliance’ bepalen, is het ook zeer wenselijk een norm te (gaan en blijven) hantieren waarmee per geval vrij nauwkeurig bezien kan worden wat had moeten gebeuren, waarmee maatwerk mogelijk is en waarmee steeds opnieuw aan de bepalende factor het juiste gewicht gegeven kan worden. De zwart-witbenadering die het gevolg is van de ‘effectiviteitsnorm’, schiet wat dat betreft het doel ruim voorbij. De oude norm leidt wat mij betreft dan ook tot betere uitkomsten.

7.3 *Gevolgen voor (de werkwijze van) onze rechtsvormers?*

De conclusie waartoe ik hiervoor gekomen ben, betekent ook dat Brunner, die in zijn noot onder het *Jetblast*-arrest enkele vermeende, psychologisch getinte achtergronden van de vakantiegangers besprak en giste naar het ‘waarom’ van de mensen die op St. Maarten de vliegtuigen van dichtbij willen bekijken, de plank misschien niet helemaal missloeg, maar deze zeker ook niet helemaal volledig raakte. Zijn intuïtie leek logisch, zijn gedachten begrijpelijk en invoelbaar, maar het was natuurlijk geen wetenschap, maar psychologie van betrekkelijk koude grond.²⁸⁵

284. Bijv. inzake de aansprakelijkheid van wegbeheerders. Ik verwijs daarvoor naar het binnenkort (eind 2005/begin 2006) te verschijnen onderzoek van R. Rijnhout in opdracht van de Fietsersbond naar de aansprakelijkheid van wegbeheerders jegens fietsers, uit te geven via de Wetenschapswinkel Utrecht. In Duitsland wordt een hiermee vergelijkbare norm gehanteerd, zo lijkt het, zie Palandt/Thomas, *a.w.*, ProdHaftG 3, Rdn. 5 (de waarschuwing moet duidelijk, toereikend en volledig zijn, de aard van het gevaar aanduiden en de belangrijkste risico’s vooropzetten).

285. Waarbij ik graag toegeef dat er inderdaad onderzoek is verricht waaruit gebleken is dat sommige mensen meer risico’s nemen dan anderen, zie Eysenck/Keane, *a.w.*, p. 496 (maar de effecten daarvan zijn klein, zie Baron, *a.w.* (2000), p. 515). Het plaatsen van een ‘No diving’-symbool bij een ondiep deel van een zwembad leidt bijvoorbeeld bij bepaalde groepen personen juist tot meer duiken, zie Edworthy/Adams, *a.w.*, p. 100. Die waarschuwing had dus een negatief effect, hetgeen wellicht ook bij de waarschuwing voor ‘jetblast’ een rol heeft gespeeld. Wat Brunner bijvoorbeeld niet meegewogen heeft, is dat een ‘violation’, zoals hier, meer door mannen dan door vrouwen (de eiser, Hartmann, is een vrouw) wordt gepleegd (vgl. Esgate/Groome, *a.w.*, p. 121; Baron, *a.w.* (2000), p. 515). Ook zou nog van belang kunnen zijn dat het in dit soort gevallen niet zozeer lijkt te gaan om de bereidheid als zodanig om risico’s te nemen, maar dat leeftijd, geslacht, persoonlijkheid enz. veeleer van invloed zijn op de perceptie van de ernst van het risico en de grootte van de voordelen ervan. Bovendien blijkt risicobereidheid (bij vrouwen is die inderdaad lager) per soort beslissing te verschillen, vgl. E.U. Weber, A-R. Blais, N.E. Betz, A Domain-specific Risk-attitude Scale: Measuring Risk Perceptions and Risk Behaviors, *J. Behav. Dec. Making*, 15: 263-290 (2002).

De opmerkingen van Van Boom in zijn oratie²⁸⁶ over de aandacht die de rechter zou moeten hebben voor wat een waarschuwing écht effectief maakt, zoals vorm, frequentie en indringendheid, raken wel de kern. Maar ook diens stelling verdient nog enige nadere nuancering. Los van de genoemde factoren moeten immers in elk geval, zoals wij al zagen, het kostenaspect dat verbonden is aan het naleven van een waarschuwing, alsmede de mate van explicietheid van de boodschap genoemd worden.

Wat Van Boom echter in elk geval bereikt heeft, net zoals Brunner daaraan bijgedragen heeft, is dat er zo een stevig (Nederlands privaatrechtelijk) fundament voor een beschouwing over de invloed van de psychologie op het (aansprakelijkheids)recht gelegd is. Dat is belangrijk, want dat maakt het vervolgens eenvoudiger om ook nog een noodzakelijke volgende stap te zetten.²⁸⁷

Immers, veel belangrijker dan het enkele gegeven, zoals hiervoor geconstateerd, dat de Hoge Raad hier een ‘verkeerd’ arrest heeft gewezen en dat voor dit soort gevallen de zorgplicht op een onjuiste wijze is ingevuld, is wat mij betreft de meer algemene les die hieruit getrokken zou moeten worden, namelijk dat het nodig is dat rechter (en wetgever) voldoende oog hebben voor wat andere disciplines, zoals de psychologie, ons (kunnen) leren. Die les is dan uiteraard niet zonder consequenties voor ‘de’ rechtsvorming in Nederland.

Wellicht denken onze rechtsvormers bij de Hoge Raad, want over hen spreken wij in feite als het over civielrechtelijke rechtsvorming in Nederland gaat,²⁸⁸ inmiddels wel iets in de trant van ‘wat moet ik hier nu weer mee, wat wil die wetenschapper nu weer van me, alsof ik tijd heb om even vier weken cognitief psycholoog te gaan spelen’. Zij zullen die boodschap vervolgens uiteraard keurig verpakken en vriendelijk vragen of de methode zoals ik die hier voorstel, wel werkbaar is in de (rechterlijke) praktijk, gegeven de (krappe) financiële ruimte en daarmee de te geringe bezetting qua staf. Onderling zullen zij het daar vervolgens snel over eens zijn en zij zullen die vraag negatief beantwoorden. Uiteraard, zo weten psychologen, speelt hen hier een vorm van de

286. Van Boom, *a.w.*, p. 33.

287. Zoals Van Boom zelf overigens ook gedaan heeft, via een oproep tot educatie van juristen, zie W.H. van Boom, Hoe groot is de kans?, in: W.H. van Boom, M.J. Borgers, *De rekenende rechter*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 33 e.v.

288. De wetgever heeft op privaatrechtelijk terrein natuurlijk ook rechtsvormende aspiraties en is ook daar de eerst aangewezen als rechtsvormer, maar dat komt in de praktijk niet echt van de grond. Praktisch gezien is voor de kern van het vermogensrecht de rechter belangrijker als rechtsvormer.

‘status quo bias’ parten, en wellicht ook een vorm van ‘groupthink’²⁸⁹ en het ‘sunk-cost effect’, en dus zullen wij hun een en ander niet euvel duiden.²⁹⁰ Dat betekent echter niet dat ik in hun afwijzende antwoord zal berusten.²⁹¹

Mijn methode, zo houd ik vol, is namelijk wel werkbaar en ook introduceerbaar, als men er tenminste (inhoudelijk) voor openstaat en voor wil gaan (en men dus bereid is praktische tegenwerpingen te omzeilen of op te lossen). Hoe? Men zou kunnen overwegen om een van de volgende maatregelen te nemen.

In lijn met de gedachte van Barendrecht²⁹² zou men een psycholoog, econoom, bedrijfskundige, et cetera, in de Hoge Raad kunnen opnemen, al dan niet als volwaardig raadsheer of ‘slechts’ als adviseur, om in de daartoe geschikte zaken (de werkelijk principiële kwesties) vanuit hun eigen achtergrond mee te denken en/of beslissen. Dat klinkt wellicht nogal vooruitstrevend, maar als in mededingingszaken een ‘amicus curiae’ toegelaten kan en moet worden, is er al een vergelijkbare stap gezet.²⁹³

Als minder vérgaand alternatief zou men van de raadsheren kunnen vragen om zichzelf een extra discipline gedeeltelijk eigen te maken, teneinde beter en sneller in staat te zijn de resultaten uit die andere disciplines mee te nemen bij de juridische beoordeling. De ene raadsheer doet bijvoorbeeld een minor psychologie, de ander een aantal vakken economie, et cetera, al dan niet via zelfstudie of via een speciaal uitgedacht leertraject. Dat is niet alleen tijdrovend en

289. Zie Baron, *a.w.* (2000), p. 288-289 en p. 468, en Plous, *a.w.*, p. 203-204.

290. Dat ook personen die juridische beslissingen nemen onder invloed staan van de eerder besproken ‘biases’, is genoegzaam bekend, zie bijv. Hillmann, 85 *Cornell L. Rev.* 717 (1999-2000), p. 735. Het ‘sunk-cost effect’ (Plous, *a.w.*, p. 243-244; Eysenck/Keane, *a.w.*, p. 495) komt hierop neer dat indien er al een initiële investering, hier in een nieuwe juridische norm, gedaan is, het lastig is om vervolgens ‘de stekker eruit te trekken’. Men kiest dan, hoewel dat uiteindelijk ongunstig is, voor voortzetting van de uitgedachte koers. Zou dit soms zijn wat gebeurd is ten aanzien van de ‘omkeringsregel’?

291. Terugkerend naar *Asser-Vranken****, nr. 71, zal ik trachten mij als wetenschapper lossen op te stellen van de Hoge Raad en van het model van de rechtsvorming door de rechter dan wellicht gebruikelijk is. Ik claim dus mijn positie als rechtsvormende wetenschapper (vgl. § 3.2 en noot 11 hiervoor). Overigens, ik wil niet suggereren dat de Hoge Raad helemaal niet in zou zijn voor veranderingen (al gaat het langzaam), want recent nog werd een cassatiemiddel niettemin besproken, hoewel dat niet noodzakelijk was, ‘gelet op het belang voor de praktijk van de daarin aan de orde gestelde vraag’, zie HR 12-8-2005, *RvdW* 2005, 90 (X./Univé).

292. J.M. Barendrecht, Jeffrey-arrest, in: Vranken/Giesen, *a.w.* (2003), p. 102.

293. Vgl. art. 44a Rv; *Kamerstukken II* 2003/04, 29 276, m.n. nr. 7, op p. 5-6, en Tzankova, *a.w.*, p. 36. Bovendien is ‘lekenrechtspraak’ (zoals bijv. bij geschillencommissies) of het toevoegen van een specifieke deskundige (denk aan de Ondernemingskamer, vgl. art. 66 lid 2 RO) niet onbekend, niet in strijd met de Grondwet (zie art. 116 lid 3 Gw), en in elk geval niet op zichzelf in strijd met art. 6 EVRM, zie EHRM 22-6-2004, *NJ* 2005, 114 (Pabla Ky/Finland), § 32.

soms lastig, maar ook inspirerend en verfrissend. Vindt men ook dat nog een brug te ver, dan kan men één van beide varianten toepassen op het niveau van het Parket (een psycholoog als A-G, dan wel de A-G's zelf op cursus) of het Wetenschappelijk Bureau. In alle varianten vergt deze gedachte de bereidheid om te blijven nadenken en speculeren over de (toekomst van de) eigen organisatie, alsmede enige extra financiële en/of intellectuele inspanning,²⁹⁴ maar het resultaat zou een geweldige verbreding van het aanbod van afwegingsfactoren en argumenten kunnen zijn.

Graag zou ik op dit moment reeds van de gelegenheid gebruik willen maken om mijn lieve ouders, zus en zwager te bedanken voor het steeds maar weer zonder enig 'mitsen of maaren' voor mij klaar staan, en voor het rustpunt dat zij bieden tussen de mooie glooiende heuvels van Meerssen en Hulsberg, ver weg van de hectiek van het randstedelijke werk, ook al ben ik niet vaak en ongetwijfeld te weinig in de buurt, en om te zeggen dat ik enorm veel van ze houd, want dat zeg ik niet vaak en ongetwijfeld te weinig.

294. Nogmaals, men zal wel bereid moeten zijn er iets voor te doen, want extra geld komt er niet zo maar, daar moet men, ook de Hoge Raad, om vragen.

8 Afronding: *Waiting for the sun*

Ik keer terug naar Route 136 North, tussen Freeport en Auburn, en naar de zilvergrijze Oldsmobile, meanderend door Maine, in het noordoosten van de Verenigde Staten. The Jayhawks schallen uit de autoradio. De waarschuwing betreffende het blinde kind, dat blijkbaar net voorbij de kromming van de bocht, en daarmee in de dode hoek van een gemiddelde chauffeur woont en daar dan ongetwijfeld regelmatig de straat moet oversteken, was in dit geval zeker niet effectief. Het bord was wel specifiek genoeg, maar te klein, te laag geplaatst, en te weinig indringend, ook qua gebruikte kleuren. Gevolg: de kostenbatenanalyse die de bestuurder van de Oldsmobile in minder dan een halve seconde, het bord te laat bemerkend, uitvoerde, leidde niet tot gevaarvermijdend gedrag: alvast vroegtijdig remmen. De kosten daarvan waren, hoewel de inzittenden zeker geen haast hadden, blijkbaar te hoog, hetgeen bij waarschuwingen nu eenmaal al snel het geval is. Als het blinde kind om de hoek op straat zou hebben gespeeld of zou zijn overgestoken, hetgeen gelukkig niet het geval was die mooie, zonnige zomerochtend, zou het ongetwijfeld slecht zijn afgelopen. Of het kind zou zijn aangereden, of er had inderdaad, hetgeen feitelijk niet gebeurde, zo stevig geremd moeten worden dat een whiplash wel het minste letsel zou zijn geweest voor de bestuurder en zijn bijrijdster.

De wegbeheerder, hier naar Nederlandse maatstaven blijkbaar onvoldoende, want niet effectief waarschuwend, zou in dit geval mijns inziens toch niet aansprakelijk kunnen worden gehouden. Immers, het alternatief, wél effectief waarschuwen of anderszins voorzorg nemen, zou in dit geval te ver gaan, zou té veel eisen qua kosten. Dat zou namelijk betekenen, om de kosten van navolging van de waarschuwing niet te hoog te maken, dat naast de waarschuwing ook een mogelijkheid ter bevordering van de eenvoudige navolging ervan zou moeten worden aangereikt. De weginrichting zou derhalve ter hand moeten worden genomen (zicht vergroten, bocht verflauwen, obstakels opnemen om snelheid

te temperen), terwijl het risico (er is in die contreien weinig verkeer) beperkt is.²⁹⁵

Ook los van dit enkele voorbeeld hoop ik aangetoond te hebben dat de Hoge Raad in het *Jetblast*-arrest een verkeerde norm heeft aanvaard. Belangrijker nog dan het gegeven dat daarmee de buitencontractuele waarschuwingsplicht op een onjuiste wijze is ingevuld, is wat mij betreft echter de achterliggende les die uit het voorbeeld volgt: rechtsvorming pakt verkeerd uit als de rechtsvormers onvoldoende oog hebben voor wat andere disciplines, hier de psychologie, ons kunnen leren. Het leidt er bijvoorbeeld toe dat de Hoge Raad een gedragsnorm kiest die vanuit de cognitieve psychologie en de theorie over ‘decision making’ niet te verantwoorden is. En een gedragsnorm die vanuit de psychologie niet hanteerbaar is – omdat daaruit blijkt dat aan die norm feitelijk niet te voldoen is – zou wat mij betreft niet als juridische gedragsnorm mogen worden gebruikt, tenzij er zwaarwegende redenen van normatieve aard zouden bestaan die dat eventueel anders zouden kunnen maken. Die redenen zijn wat betreft de waarschuwingsplicht vooralsnog echter niet (met voldoende kracht) gegeven en zijn mijns inziens ook niet te geven, omdat de meer juridische argumenten elkaar behoorlijk in evenwicht houden²⁹⁶ en in elk geval niet pleiten voor de invoering van de (vorm van) risicoansprakelijkheid waartoe de huidige ‘*Jetblast*-waarschuwingsplicht’ leidt.

De Hoge Raad zal dan ook zijn rechtsvormende taak opnieuw ter hand moeten nemen, wat mij betreft dan (net als in vele andere toekomstige zaken) verrijkt met multidimensionale kennis en inzichten. En daarmee luidt een laatste les van deze lezing: ook voor waarschuwingen en voor de juridische maatstaf die daarop wordt losgelaten, geldt: ‘*Handle with care!*’

295. Het zou bovendien tot gevolg hebben dat er een ‘inflatie van waarschuwingen’ zou optreden. Als hiervoor al werkelijk effectief gewaarschuwd zou moeten worden, op straffe van aansprakelijkheid, dan zou voor ongeveer alles gewaarschuwd moeten worden. In dit geval zou aansprakelijkheid van de bestuurder overigens wel in de rede hebben gelegen, uiteraard op basis van de regels van verkeersaansprakelijkheid (‘je had maar beter moeten opletten in die onoverzichtelijke bocht’). Ongetwijfeld zou dat oordeel dan (onbewust) ondersteund worden door de gedachte dat er ook nog eens gewaarschuwd was voor het desbetreffende gevaar dat zich daarna verwezenlijkt heeft. Of de waarschuwing wel effectief was in de zin zoals dat de Hoge Raad voor ogen staat, zou daarin mijns inziens echter geen rol hebben gespeeld.

296. Zie § 5.5. Psychologisch onderzoek naar juridische fenomenen kan overigens ook (ten dele) tegenstrijdige argumenten opleveren, al was het maar omdat er, zoals wij al zagen, vele soorten ‘heuristics’ een rol spelen, zie nader daarover Rachlinski, 85 *Cornell L. Rev.* 739 (1999-2000), op p. 745 e.v.

Ik keer een laatste maal terug naar Route 136 North, tussen Freeport en Auburn, en naar de zilvergrijze Oldsmobile, en ik zie naast mij de bijna altijd olijke, maar soms opeens ook heel dwarse bijrijdster, een persoon overigens die hier helemaal niet genoemd zou willen worden. Lieve Lonneke, jij bent zeker niet alleen 'de' bijrijdster. Meestal ben jij gewoon de chauffeur, niet alleen in de auto, maar meer nog in ons leven daarbuiten. Je weet dat ik van nature lui ben en me dus graag laat rondrijden, maar ik beloof je dat ik daarbij dan wel de kaart zal blijven lezen, opdat wij niet verdwalen en ik mijn drang naar controle gewoon kan blijven stillen. En ik beloof je dat ik na deze zin nog slechts drie woorden in het openbaar zal spreken, dat die woorden niet op jou betrekking zullen hebben, en dat ik je straks, privé, nog vier andere woorden zal fluisteren:

Ik heb gezegd.

