

Nr. 7

Van een openstaand kelderluik naar een gekantelde vrachtwagen

HR 26 september 2003, NJ 2003, 660
(Waterschap Zeeuwse Eilanden / Royal Nederland).

Toedracht

Een 2,45 meter brede vrachtwagen met oplegger, zwaar geladen met mest, die verzekerd is bij Royal, rijdt op een oktoberavond in 1995 een kleine verbindingsweg in Zuid-Beveland op. Het weggetje is deels verhard met grind en bepaalde stukken ervan zijn slechts 2 tot 2,5 meter breed. De vrachtwagen zakt op het smalle deel van de weg ten dele weg en kantelt, waarna deze in de sloot naast de weg terechtkomt. Het gedaagde Waterschap is de beheerder van de weg die voor alle verkeer openstaat.

In feitelijke instanties

Royal stelt dat het Waterschap onrechtmatig heeft gehandeld door na te laten voor de aanwezige gevaarsituatie te waarschuwen of op andere wijze maatregelen te nemen ter voorkoming van ongevallen. De rechtbank oordeelt dat het Waterschap aansprakelijk is voor de gehele schade. Ook het gerechtshof te Den Haag meent dat het Waterschap onrechtmatig heeft gehandeld. Het Waterschap had waarschuwborden moeten plaatsen om aan te geven dat de weg ongeschikt was voor zwaar verkeer; er bestond immers een onveilige verkeerssituatie waartegen opgetreden had moeten worden, temeer nu zulks mogelijk was op een nauwelijks bezwarende wijze. Het hof heeft de vergoedingsplicht echter beperkt tot 50% op basis van eigen schuld van de chauffeur van de vrachtwagen.

In cassatie

Het cassatiemiddel betoogt dat het Waterschap niet onrechtmatig jegens de bestuurder heeft gehandeld door geen waarschuwbord te plaatsen dat erop wees dat de weg ongeschikt was voor zwaar transport. Een waarschuwplicht bestaat niet in de omstandigheden van dit geval, te we-

ten: de weg is slechts met steenslag en grind verhard, is zeer smal, ligt in een landelijk gebied en grenst aan beide kanten aan een smalle berm en sloot, terwijl deze beperkingen ten aanzien van het gebruik van de weg voor de gebruiker waarneembaar zijn. En voorzover het hof de 'gevaarzettingsleer' en het Kelderluik-arrest (HR 5 november 1965, NJ 1966, 136) heeft toegepast, is dat onjuist gebeurd, want de chauffeur handelde op eigen risico.

Volgens de Hoge Raad moet in casusatie ervan worden uitgegaan dat het Waterschap met de voor het vrachtverkeer onveilige verkeerssituatie bekend was, althans behoorde te zijn, en hij vervolgt:

'3.6 Bij de beantwoording van de vraag of het Waterschap tegen deze onveilige verkeerssituatie had moeten waarschuwen – andere maatregelen ter voorkoming van gevaar heeft het hof kennelijk niet op het oog gehad – moet worden vooropgesteld dat alleen in het licht van de omstandigheden van het gegeven geval kan worden beoordeeld of en in hoeverre bij het bestaan van een situatie die voor anderen bij niet-inachtneming van de vereiste oplettendheid en voorzichtigheid gevaarlijk is, de eis kan worden gesteld dat bepaalde veiligheidsmaatregelen worden genomen met het oog op de mogelijkheid dat die oplettendheid en voorzichtigheid niet zullen 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 (vgl. HR 5 november 1965, NJ 1966, 136). In gevallen als het onderhavige, waarin sprake is van een voor een bepaalde categorie van verkeersdeelnemers onveilige verkeerssituatie, geldt deze (in die gevallen tot de wegbeheerder gerichte) regel evenzeer, waaruit voortvloeit dat de wegbeheerder, afhankelijk van de omstandigheden van het geval, ter voorkoming van gevaar voor personen of zaken, maatregelen behoort te treffen, zoals het plaatsen van waarschuwborden, waarbij

mede in aanmerking moet worden genomen dat niet alle verkeersdeelnemers steeds de nodige voorzichtigheid en oplettendheid zullen betrachten (vgl. HR 20 maart 1992, nr. 14 516, NJ 1993, 547).

3.7 Gelet op de hiervoor in 3.6 vermelde maatstaven kan aan het Waterschap als wegbeheerder alleen dan worden verweten dat het onzorgvuldig is geweest en is het Waterschap alleen dan aansprakelijk voor de gevolgen van het ongeval wanneer het in de gegeven omstandigheden rekening had moeten houden met de mogelijkheid dat de bestuurder van een zware vrachtwagencombinatie als de onderhavige gebruik zou maken van de weg en dat deze bestuurder niet erop verdacht zou (kunnen) zijn dat de weg voor dat gebruik niet geschikt is en dus niet veilig is. Hieruit volgt dat de bedoelde aansprakelijkheid niet kan worden aangenomen wanneer deze omstandigheden meebrengen dat het ook voor de niet steeds oplettende en voorzichtige bestuurder aanstonds duidelijk had moeten zijn dat deze weg voor het gebruik daarvan door een zware vrachtwagencombinatie – hoogstwaarschijnlijk – ongeschikt was.'

De Hoge Raad gaat vervolgens nader in op de zaak in kwestie en beslist dien-aangaande als volgt:

'3.8 Het Waterschap heeft in overeenstemming met het zo-even overwogene aangevoerd dat de (...) omstandigheden in dit geval meebrengen dat voor de wegbeheerder geen waarschuwplicht bestond met betrekking tot het gebruik van de weg door zwaar vrachtverkeer. In het licht hiervan getuigt het oordeel van het hof van een onjuiste rechtsopvatting dan wel heeft het hof zijn oordeel onvoldoende gemotiveerd. Van een onjuiste rechtsopvatting is sprake indien het hof heeft geoordeeld dat reeds het enkele feit dat de weg niet geschikt was voor zwaar vrachtverkeer, voor het Waterschap de verplichting met zich bracht te dier zake door middel van een bord te waarschuwen. Of die verplichting bestaat, hangt immers af van de omstandigheden van het geval. Niet uitgesloten is dat in een situatie als de onderhavige, zoals het Waterschap heeft aangevoerd, voor de bestuurder van een zware vrachtwagen, ook als wordt aangenomen dat deze niet steeds oplettend en voorzichtig is, aan-

stonds duidelijk had moeten zijn dat de onverharde en smalle weg voor zwaar vrachtverkeer ongeschikt was en dat het gedrag van de bestuurder die desondanks met een zware vrachtwagen van de weg gebruik maakt, valt buiten de in het algemeen te vergen voorzichtigheid van een bestuurder van een zware vrachtwagen, zodat het Waterschap daarmee geen rekening behoeft te houden en daarom geen waarschuwingplicht had. Indien het hof de door het Waterschap aangevoerde omstandigheden wel in zijn beoordeling heeft betrokken, heeft het hof zijn oordeel niet toereikend gemotiveerd. Zonder nadere toelichting, die evenwel ontbreekt, valt immers niet in te zien waarom, als de door het Waterschap aangevoerde omstandigheden in aanmerking worden genomen, het Waterschap zonder meer rekening had behoren te houden met de mogelijkheid dat bestuurders van zware vrachtwagens van de weg gebruik zouden maken. (...)

De Hoge Raad vernietigt het arrest en verwijst het geding naar het gerechtshof te Amsterdam.

Commentaar

1. Dit arrest gaat over aansprakelijkheid van een Waterschap, maar dan als wegbeheerder, maar het gaat ook over veel meer en over meer algemene kwesties van aansprakelijkheid.¹ Het arrest gaat namelijk ook over taxus-

struiken, zwiepende takken, bussluizen, speelse duwtjes, in een bus stapende dametjes, verhuizende zusjes, turnsters die uit de ringen vallen, omgestoten wijnglazen, en over openstaande kelderluiken en trapgaten: het gaat over aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad in het algemeen en over de nadere invulling van de zorgvuldigheidsnorm van art. 6:162 BW in het bijzonder. Over dit meer algemene aspect van de uitspraak wil ik eerst een enkele opmerking maken. Vervolgens zal ik op de zaak zelf ingaan.

De Kelderluikfactoren van stal gehaald

2. Wat bijzonder is aan dit arrest, is in de eerste plaats dat de zogenaamde Kelderluikfactoren² door de Hoge Raad expliciet worden genoemd, in hun geheel worden geciteerd en ook nog eens worden toegepast. Natuurlijk, die factoren worden op zichzelf wel vaker toegepast, veel vaker zelfs. Maar waar de doctrine al jaren speelt en werkt met die Kelderluikfactoren,³ deze in het onderwijs te pas en te onpas aan de studenten worden voorgeschoteld en de lagere rechtspraak regelmatig naar die factoren verwijst en deze ook werkelijk gebruikt,⁴ lijkt de Hoge Raad er zelf niet erg veel mee op te hebben als wij ten minste mogen afgaan op het specifieke gebruik ervan. De Hoge Raad heeft immers, voorzover ik heb kunnen achterhalen,⁵ nog nooit zelf zo

algemeen naar die (eigen) factoren verwezen.⁶ Diverse A-G's en annotatoren deden dat wel overigens.⁷ Dat dit in dit arrest wel gebeurt, is dus op zich al bijzonder.

3. De vraag is dan natuurlijk meteen waarom de Hoge Raad nu wel opeens naar die factoren verwijst. Betreft het hier gewoon een verwijzing zoals wij ze wel meer zien of zit er meer achter, en zo ja, wat dan? Het blijft speculeren, maar wellicht is de Hoge Raad zich bewust (geworden) van het nut en de noodzaak van, en wil hij daarom meer aandacht voor, het gebruik van de met die Kelderluikfactoren gegeven kosten-batenanalyse in het aansprakelijkheidsrecht. Die wijze van analyseren is immers steeds meer in zwang geraakt in Nederland sinds 1965 en wellicht is de Hoge Raad nu (opnieuw) van plan zich er serieus mee in te laten. Het onderhavige arrest zou dan een eerste aanzet daartoe kunnen zijn.

4. Een nauw verwante, maar iets andere insteek zou deze kunnen zijn. De Kelderluikfactoren staan niet alleen model voor het gebruik van een kosten-batenafweging, maar ook voor de nauw daarbij aansluitende en al vaker bepleite aandacht voor de preventie van ongevallen: de preventieve functie van het aansprakelijkheidsrecht.⁸ In beginsel kan een ieder aan de hand van die Kelderluikfactoren afwegen of het voor hem loont om voorzorgsmaatregelen te nemen, gegeven de

1 Zie nader over de aansprakelijkheid van de wegbeheerder bijvoorbeeld de conclusie van Spier voor het hier besproken arrest (nr. 3.7-3.8); Hof 's-Hertogenbosch 19 februari 2003, VR 2003, 156 (Sibels/Nuth), alsmede bijvoorbeeld C.C. van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht*, Den Haag: Bju 2000, nr. 1212-1213, en W.H. van Boom, *Structurele fouten in het aansprakelijkheidsrecht* (oratie Tilburg), Den Haag: Bju 2003, p. 6 e.v.

2 Zoals bekend, zijn deze ontleend aan het Kelderluik-arrest (HR 5 november 1965, NJ 1966, 136 (m.nt. GJS)), het geval waarin een bezoeker van een café te Amsterdam in een openstaand kelderluik viel. Er bestaan overigens nog wel meer kelderluikachtige zaken, zie bijv. Hof 's-Hertogenbosch 25 juni 1968, NJ 1969, 218 (Coop. Zuid-Limburg/Knauff); Hof Leeuwarden 24 juli 1996, VR 2002, 82 (Kruipgat); Rb. Amsterdam 15 december 1999, VR 2000, 96 (Eustachi-Jeran/Stokkenbar) en Hof

's-Hertogenbosch 29 oktober 2002, VR 2003, 140 (Kalkman/Campo-Mere).

3 Zie bijvoorbeeld Van Dam, a.w., 2000, nr. 801 e.v.; Van Boom, a.w., p. 4-5, die op p. 9 e.v. tevens op de gevaren van die benadering wijst; Spier e.a., *Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding*, Deventer: Kluwer 2000, nr. 47; C. Buijssen & M. Dierikx, 'De verhuizende zusjes', in: J.B.M. Vranken & I. Giesen, *De Hoge Raad binnenstebuiten*, Den Haag: Bju 2003, m.n. p. 44 e.v.

4 Zie bijvoorbeeld: Hof Arnhem 30 november 1999, VR 2000, 157, r.o. 4.6 (Vereniging Voortgezet Onderwijs/Rietel); Hof Amsterdam 18 december 1997, VR 1998, 169, r.o. 4.2 (Wilhelmina Kinderziekenhuis/H.); Hof Amsterdam 8 augustus 1996, VR 1997, 58 (Steenbergen/VAM).

5 Ik heb de NJ doorgezocht via het zoekstelsel van Kluwer op naam en datum van het arrest.

6 In HR 12 mei 2000, NJ 2001, 300 (Verhui-

zende zusjes) bijvoorbeeld wordt wel één van de factoren (hier: de mate van waarschijnlijkheid) eruit gepikt. Dat gebeurt overigens wel vaker. Maar als gezegd, de hele en complete Kelderluiknorm wordt dan niet herhaald. Ter vergelijking: de Amerikaanse rechter Learned Hand, de bedenker van de zogenaamde *Learned Hand*-formule (die als voorloper van de Kelderluikfactoren geldt, zie Van Dam, a.w., nr. 801), noemde zijn eigen formule in elf latere uitspraken door hemzelf gewezen, maar paste deze nooit toe, aldus E.H. Hondius, 'Kroniek Algemeen', NTBR 2003/7, p. 397, met verdere verwijzingen.

7 Voorzover ik kan overzien, zal dat zo tussen de dertig en veertig keer gebeurd zijn in de conclusies voor en noten bij de in de NJ gepubliceerde rechtspraak van de Hoge Raad.

8 Recentelijk daarover nog T. Hartlief, 'Het recht op smaitengeld: burgerwacht of schaamlap?', in: E.M. Hoogervorst —

kosten en baten van die maatregel en de eventuele aansprakelijkheid als hij niets doet. En als zo'n maatregel loont, zal die persoon die maatregel inderdaad nemen en zo ongevallen (en eigen aansprakelijkheid) voorkomen. Het zou kunnen dat de Hoge Raad nu vindt dat deze manier van preventie hoger op de (cassatie)agenda moet komen, vandaar de verwijzing. Deze gedachte, hierop neerkomend dat (blijkbaar) de functies van het aansprakelijkheidsrecht centraler zouden moeten komen te staan, zou op zich goed te rijmen zijn met het recente en belangrijke shockschade-arrest waarin de Hoge Raad in een algemene overweging bij voorbaat redelijk expliciet ingaat op de rol, de functie die het aansprakelijkheidsrecht zou kunnen spelen.⁹ Daar stelt de Hoge Raad immers onder andere dat het aansprakelijkheidsrecht niet altijd voor *erkenning van het ondervonden leed* kan zorgen omdat er wel op zijn minst een grond voor aansprakelijkheid aanwezig moet zijn. En iets verderop heet het dat andere vormen (naast schadevergoeding) van *compensatie en erkenning* op zichzelf denkbaar zijn.¹⁰ Ook in dat arrest ging het dus mede over de functies van het aansprakelijkheidsrecht.

5. Een derde mogelijke uitleg sluit minder aan bij inhoudelijke afwegingen aangaande het aansprakelijkheidsrecht, maar meer bij werkbelastingperikelen. Het gebruik van de Kelderluikfactoren kan een aanwijzing voor de feitenrechter zijn. De boodschap aan die rechter is dan deze: benut, gebruik en benoem de Kelderluiknorm, en pas deze toe op het geval dat voorligt, dan letten wij in cassatie vervolgens alleen (het gaat dan immers om een feitelijk oordeel) op de

motivering van de uitkomst van die toepassing. Verwacht mag worden dat daardoor het aantal cassatieberoepen (enigszins) zal dalen omdat er via motiveringsklachten nu eenmaal weinig te winnen is, en dat bespaart de Hoge Raad dan weer (enig) werk.¹¹

6. Heeft dit alles nu nog enig praktisch nut? Als de derde speculatie juist zou zijn, is dat zeker zo. Procespartijen zullen er dan serieus rekening mee moeten houden dat meer en meer de laatste feitenrechter het eindstation van de procedure betekent omdat er, als gezegd, in cassatie weinig te halen is. De feitenrechter wordt dan dus nog belangrijker dan nu al het geval is. Ook als (alleen) een van de twee daaraan voorafgaande speculaties hout snijdt, zou ik menen dat dat wel degelijk praktisch gevolg heeft. De advocaat zal dan immers bij zijn beoordeling van een nieuwe zaak of een nieuw dossier, en bij het formuleren van een verwijt aan een gedaagde of bij het verdedigen van een bepaalde handelwijze van die gedaagde, nog meer en nog eerder in Kelderluiktermen moeten denken en spreken. De advocaat zal de zaak nog meer moeten richten op die factoren en de toepassing ervan in de zaak zoals die voorligt.

De gekantelde vrachtwagen: voorzienbaarheid, waarschuwingplichten en consistent aansprakelijkheidsrecht

7. Terug nu naar de zaak in kwestie. Wat opvalt naast de verwijzing naar het Kelderluikarrest, is dat er (met name in r.o. 3.7) ruim baan wordt gegeven aan de voorzienbaarheid: met welke mate van onvoorzichtigheid had het Waterschap rekening moeten houden? Dat is op zich het vermelden waard omdat die voorzienbaarheid ook

wel eens minder populair is geweest, om het voorzichtig te zeggen. In de sfeer van de beoordeling van het causale verband was die voorzienbaarheid nu immers juist teruggebracht van 'allesbepalend' naar een van de factoren binnen de afweging van art. 6:98 BW.¹² Dit hangt wellicht hiermee samen dat het in deze zaak om een soort van toezicht (op de wegw kwaliteit) gaat, want als de aansprakelijkheid van toezichthouders in het geding is, is die voorzienbaarheid eigenlijk steeds een erg belangrijke factor bij de bepaling van de vereiste zorgvuldigheid.¹³ Dat ligt waarschijnlijk hieraan dat het bij toezicht vaak om een afgeleide aansprakelijkheid gaat en dan wordt over het algemeen een strikte benadering van de zorgvuldigheidseis verlangd, waarbij 'strikt' dan in elk geval 'voorzienbaar' betekent.¹⁴

8. Wat eventueel ook als opvallend betiteld zou kunnen worden, is dat het eindoordeel over de invulling van de zorgvuldigheidsnorm (was een waarschuwingbord nodig?), en daarmee dus de norm die voor de gedaagde, het Waterschap, geldt, uiteindelijk bepaald wordt aan de hand van wat 'aanstonds duidelijk' had moeten zijn voor de chauffeur, het via de verzekeraar eisende slachtoffer derhalve (zie r.o. 3.7 en 3.8). De Kelderluiknorm wordt daarmee niet toegepast door rechtstreeks te bepalen wat er van de gedaagde in het gegeven geval verlangd mag en kan worden, maar veeleer door te bepalen wat van de andere partij, de eiser, verlangd mag en kan worden: wat had voor de chauffeur, de benadeelde, aanstonds duidelijk moeten zijn? Op het eerste gezicht lijkt dat wellicht niet meteen de gewone gang van zaken te zijn, omdat het in het

(e.a.) (red.), *Doel en effect van civielrechtelijke sancties* (BWKJ, 19), Deventer: Kluwer 2003, p. 121-124. Zie verder onder andere J.M. Barendrecht, 'Aansprakelijkheid en welzijn', *NJB* 2002, met name p. 606-611.

9 Zie HR 22 februari 2002, *NJ* 2002, 240, met name r.o. 4.1 (*Woudsend/V.*; m.nt. JBMV).

10 Zie ook Hartlief, *a.w.*, p. 134 e.v.

11 Heel veel tijd zal hiermee overigens niet gewonnen worden, gezien het beperkte aantal 'Kelderluik'-zaken per jaar. In dit kader zou ik mij overigens ook nog kun-

nen voorstellen, maar 'speculatie' gaat dan wel over in 'suggestie', dat de Hoge Raad er wellicht (ook) op zinspeelt de Kelderluikafweging (alsnog) te gaan gebruiken in plaats van het in de literatuur wel verfoeide 'ongelukkige samenloop van omstandigheden'-oordeel (zie met name C.C. van Dam, 'Het zinledige OSVO-criterium', *VR* 2001, p. 139 e.v.) dat tot nu toe behoorlijk in zwang was, met name in het geval dat het nodig bleek om aansprakelijkheid af te wijzen. Die OSVO-'norm' zou op zich immers ook geschikt zijn om de feitenrechter meer ruimte te

geven en was misschien ook wel zo bedoeld.

12 In algemene zin daarover *Asser/Hartkamp* 2000 (4-I), nr. 435.

13 Zie I. Giesen, 'Toezicht en aansprakelijkheid jegens derden voor letselschade: de zorgvuldigheidsnorm en de rechtvaardiging voor aansprakelijkheid', in: C.J.M. Klaassen (e.a.) (red.), *Aansprakelijkheid in beroep, bedrijf of ambt*, Deventer: Kluwer 2003, met name p. 328.

14 Zie over afgeleide aansprakelijkheid en toezicht onder andere Giesen, *a.w.*, p. 330 en 332, met verdere verwijzingen.

aansprakelijkheidsrecht in eerste instantie gaat om gedragsnormen, en dan met name om het gedrag van de aangesproken partij.¹⁵ Met andere woorden: is het niet een beetje vreemd om het oordeel over de gedaagde te laten lopen via een oordeel over het gedrag van de benadeelde? 9. Bij waarschuwingplichten is dit in elk geval echter de gebruikelijke gang van zaken, omdat daar in eerste instantie altijd de vraag rijst of een waarschuwing wel nodig is. Dat is in beginsel namelijk niet het geval indien de wederpartij op de hoogte was of had moeten zijn van het gegeven of het gevaar waarvoor gewaarschuwd moest worden. In dat geval bestaat er geen waarschuwingplicht.¹⁶ Om dat te (kunnen) bepalen, dient de rechter echter wel te weten wat die ander weet, althans zou moeten weten. Dat het oordeel over onrechtmatigheid zodoende afhangt van wat de eiser wist of had moeten weten, en niet direct en alleen van het gedrag van de gedaagde, wordt dan ook gewoon geaccepteerd. Dat gebeurt op andere deelterreinen van het aansprakelijkheidsrecht trouwens ook¹⁷ en het is ook inpasbaar in de Kelderluiknorm zelf.¹⁸

10. De omstandigheid die in de hier besproken zaak beslissend was (de mate van bekendheid inzake het gevaar die aanwezig had moeten zijn bij de chauffeur; het had hem 'aanstonds duidelijk' moeten zijn dat de weg ongeschikt was voor zijn vrachtwagen), kan en dient namelijk binnen die Kelderluiknorm geschaard te worden onder de 'mate van waarschijnlijkheid waarmee de niet-inachtneming van de nodige oplettendheid kan worden

verwacht'. Daarvan was dan in casu de uitkomst dat de zeer grote mate van onvoorzichtigheid die zich hier voor deed, helemaal niet verwacht had hoeven te worden. Het lijkt er vervolgens overigens op alsof de Hoge Raad op deze manier niet eens meer aan de 'echte' toepassing van de Kelderluikfactoren toe kan komen. Er lijkt veeleer een soort ingangsvoorwaarde te bestaan waaraan voldaan moet zijn om aan die toets te mogen beginnen, en daaraan werd hier niet voldaan. Meer algemeen gesteld, zou het dan hierom gaan dat het handelen in kwestie geen extreem onverwachte of onverstandige (domme) handeling mag betreffen, want daarmee hoeft niemand rekening te houden.¹⁹ Alleen 'normale onvoorzichtigheid' (i.c.: van de weggebruiker) zou tot aansprakelijkheid (i.c.: van de wegbeheerder) kunnen leiden.

11. De zojuist besproken kwestie of het niet een beetje gek is om eerst en vooral naar de positie van de benadeelde partij te kijken, werd hiervoor mede aan de orde gesteld omdat het soms juist makkelijker lijkt te zijn om niet steeds te (hoeven) bepalen wat de eiser, of de groep waartoe de eiser behoort, eigenlijk weet of had moeten weten, maar om in plaats daarvan gewoon maar meteen te waarschuwen. Dat kan het geval zijn indien waarschuwen in beginsel niet al te veel moeite zal kosten en dus als voorzorgsmaatregel niet al te kostbaar zal zijn.²⁰ Waarschuwen kan wellicht goedkoper zijn dan steeds maar weer moeten bepalen op welke (mate van) onverstandigheid, onvoorzichtigheid of gewoon domheid nog gerekend moet worden en op welke niet meer. Dat geldt eens te meer indien de bekend-

heid of wetenschap van de eiser met het gevaar subjectief, of op een meer subjectieve manier, bepaald zou worden,²¹ terwijl de beoordeling aan de zijde van de gedaagde betrekking heeft op wat van een redelijk handelende persoon (hier: wegbeheerder) verlangd kan worden, een geobjectiveerde norm derhalve. Het subjectieve oordeel zal (feitelijk) lastiger te bereiken zijn, tot meer bewijskwesaties aanleiding geven en dus tevens duurder zijn. De keerzijde daarvan zou echter wel kunnen zijn dat de waarschuwingplichten dan erg ver opgerekt zullen (moeten) worden, zodat ook langs deze weg toch weer, en alsnog, een grens gevonden en getrokken zal moeten worden. Veel schieten wij op die manier dan uiteindelijk niet op. 12. Een laatste punt dat samenhangt met de beoordeling vanuit de positie van de benadeelde, betreft de interne consistentie van het aansprakelijkheidsrecht. Immers, waar het bijvoorbeeld gaat om de aansprakelijkheid van banken voor het niet waarschuwen van de cliënt in verband met het niet langer kunnen voldoen aan de margin-verplichting bij de optiehandel, wordt niet op deze manier gevraagd wat de eiser, de benadeelde partij, eigenlijk wist. Diens kennis en zelfs diens aanwezige (bepaalde mate van) deskundigheid inzake de optiehandel telt niet mee, zo lijkt het.²² Zelfs als het gevaar bekend was bij de benadeelde, en er dus eigenlijk volgens de normale regels helemaal geen waarschuwingplicht zou bestaan voor de gedaagde partij (in dat geval de bank), geldt in die gevallen wel een zorgplicht. En die zorgplicht gaat dan ook nog eens verder dan enkel waarschuwen; er wordt

15 Zie inmiddels overigens A.L.M. Keirse, *Schadebeperkingsplicht*, Deventer: Kluwer 2003, die de aandacht op de benadeelde richt.

16 Zie bijvoorbeeld J.M. Barendrecht & E.J.A.M. van den Akker, *Informatieplichten van dienstverleners*, Deventer: Tjeenk Willink 1999, nr. 362 en 367.

17 Denk bijvoorbeeld aan de 'anticipatieplicht' in het wegverkeer: men dient bedacht te zijn op fouten van andere weggebruikers. Op roekeloos gedrag hoeft iemand echter niet bedacht te zijn. Expliciet in deze zin J.M. Barendrecht, 'Eigen schuld: consistentie en verdelingsmaac-

staven', in: W.H. van Boom (e.a.) (red.), *Tussen 'Alles' of 'Niets'*, Deventer: Tjeenk Willink 1997, p. 154, en verder Van Dam, a.w., nr. 822, op p. 213.

18 Zie bijvoorbeeld Van Dam, a.w., nr. 822, op p. 211.

19 Vgl. ook de notie van 'roekeloosheid' in het wegverkeer (zie noot 17). Op gelijke wijze kan de onbekendheid (nu bij de gedaagde partij) met de giftigheid van Taxus voor paarden als een soort ingangstoets om aan Kelderluik te toetsen, gezien worden, vgl. HR 22 april 1994, NJ 1994, 624 (*Taxus*; m.nt. CJHB).

20 Bovendien is het nog maar de vraag of het

gedrag van de aangesprokene gestuurd wordt door naar de wederpartij te kijken en het oordeel daaraan op te hangen. Daarop heeft die aangesprokene immers geen invloed.

21 Zeker is dat niet, maar de rechter moet hier wel in elk geval uitgaan van een niet steeds oplettende en onvoorzichtige chauffeur en dan ook nog eens bepalen of het voor deze persoon aanstonds duidelijk had moeten zijn dat de weg ongeschikt was. Dat gaat toch een eind de subjectieve kant op, zou ik menen.

22 Zie HR 11 juli 2003, RvdW 2003, 123 (*Kouwenberg/Rabobank Schaijk-Reek*).

verlangd dat er werkelijk ingegrepen wordt.²³ De ene 'waarschuwingsplicht' is de andere niet, blijkbaar.

13. Als gezegd, consistent lijkt dit niet direct te zijn. Maar uiteindelijk is het verschil verklaarbaar en is er best iets voor te zeggen. Immers, voor een wegbeheerder betekent de waarschuwingsplicht dat hij, anders dan de bank die als beleggingsinstelling optreedt, niet opdraait voor, plat gezegd, échte stommiteiten van gebruikers van zijn product, de weg. En dat verschil tussen wegbeheerder en bank is verklaarbaar aangezien een bank zelf werkelijk kan ingrijpen (door orders niet uit te voeren als er niet aan de margin-verplichting is voldaan) en uiteindelijk dus zelf de controle heeft over wat er gebeurt. Dat geldt voor de wegbeheerder niet. Deze kan een bestuurder niet daadwerkelijk beletten een risico te nemen of een extreme stommiteit te begaan door een bepaalde weg in te rijden; hij kan hoogstens waarschuwen, maar waarschuwen lijkt niet erg zinvol te zijn als het risico ook aanstonds duidelijk is of duidelijk zou moeten zijn. De wegbeheerder kan dan ook niet verantwoordelijk gehouden worden als iemand in zo'n geval toch

dat risico neemt of die stommiteit begaat.²⁴

Tot slot: de overige Kelderluikfactoren toegepast en de bredere betekenis van het arrest

14. Als wij ter afronding dan specifiek de blik richten op de (overige) factoren uit de Kelderluik-afweging (vgl. al nr. 10 over de inpassing van 'bekendheid' bij de eisende partij) en die toepassen op het onderhavige geval, dan is duidelijk dat het treffen van voorzorgsmaatregelen eigenlijk zonder al te veel bezwaar en eenvoudig mogelijk was en niet al te kostbaar zou zijn geweest (het gaat hier om het plaatsen van een aantal verkeersborden). De mogelijke gevolgen van een ongeval zijn, hoewel dat hier niet speelde, ernstig te noemen aangezien het in een sloot belanden evenzeer tot letsel of zelfs dood door verdrinking had kunnen leiden. Hoe groot de kans op een ongeval was, is lastig te zeggen, maar als wij uitgaan van enigerlei mate van onoplettend of onvoorzichtig gedrag (zoals hier het inrijden van een weg waarvan duidelijk is dat die ongeschikt was voor het vervoermiddel), dan kan mijns inziens in elk geval gezegd worden dat die kans zeker niet gering zal zijn geweest.

Gezien dat alles zou aansprakelijkheid van het Waterschap dus op zichzelf een logische conclusie zijn geweest, ware het niet dat de chauffeur in kwestie blijkbaar zo onvoorzichtig (onverstandig, om niet te zeggen dom) is geweest dat al de genoemde overige omstandigheden daarbij in de ogen van de Hoge Raad lijken te verbleken. Het is nu aan de feitenrechter om de afweging nog eens over te doen, maar ik zie niet direct hoe die rechter na het oordeel van de Hoge Raad alsnog tot aansprakelijkheid van het Waterschap zou kunnen komen.²⁵

15. Voor het aansprakelijkheidsrecht in bredere zin betekent dit arrest naast de al besproken bevestiging van het belang van de Kelderluiknorm, tevens een bevestiging van de regel dat het enkele feit dat er een gevaar in het leven is geroepen waaruit schade is ontstaan, niet ook direct tot aansprakelijkheid en schadevergoeding leidt.²⁶ Tot op zekere hoogte moeten wij (nog steeds) op onszelf blijven letten en moeten wij zelf blijven nadenken: onvoorzichtigheid kan nog, onverstandigheid niet meer. En dat lijkt mij niet meer dan terecht.

Mr. I. Giesen

23 Zie opnieuw HR 11 juli 2003, RvdW 2003, 123 (Kouwenberg/Rabobank Schaijk-Reek), waarover uitvoerig T. Hartlief, 'De gevaren van de optiehandel: hoe ver strekt de zorg van de bank', AA 2003, p. 929 e.v.; J.B.M. Vranken, *Springen met lemen voeten* (Preadvis voor de Vereniging voor Wijsbegeerte van het Recht), 2003, § 6.5, en W.H. van Boom, 'Bancaire zorgplicht en

eigen verantwoordelijkheid van de belegger', NTBR 2003/10 (in druk).

24 Natuurlijk kan dan nog gesteld worden dat het eigenlijk heel normaal is dat iemand af en toe iets heel doms doet, maar dat wil naar mijn mening dan nog niet zeggen dat zulks dan ook tot aansprakelijkheid van een ander zou moeten leiden.

25 Aangezien het hier om wegbeheer gaat,

moet ook nog rekening gehouden worden met de financiële positie van het Waterschap. Dat versterkt mijn oordeel alleen maar, want dat argument pleit nooit voor aansprakelijkheid.

26 Zie Van Boom, a.w. (oratie), p. 4, met verwijzingen.