

Voorzorgverplichtingen. Over aansprakelijkheidsrechtelijke normstelling voor onzekere risico's

Bespreking van het proefschrift van mr. E.R. de Jong

*Mr. drs. B.T.M. van der Wiel**

1 Onzekere risico's: een belangrijk probleem

Het antwoord op de vraag in hoeverre het rechtens toelaatbaar is een gevaar te creëren of te laten voortbestaan volgt uit de Kelderluik-criteria:¹

'Deze houden in dat in het licht van de omstandigheden van het geval moet worden beoordeeld in hoeverre iemand die een situatie in het leven roept die voor anderen bij niet-inachtneming van de vereiste oplettendheid en voorzichtigheid gevaarlijk is, rekening dient te houden met de mogelijkheid dat die oplettendheid en voorzichtigheid niet in acht zullen worden genomen en met het oog daarop bepaalde veiligheidsmaatregelen dient te treffen. Bij die beoordeling dient met name in aanmerking te worden genomen in hoeverre niet-inachtneming van de vereiste oplettendheid en voorzichtigheid waarschijnlijk is, hoe groot de kans is dat daaruit ongevallen ontstaan, hoe ernstig de gevolgen kunnen zijn, en in hoeverre het nemen van veiligheidsmaatregelen bezwaarlijk is.'

Deze ruim vijftig jaar geleden gemunte² formule biedt een beoordelingskader waarbij het soortelijk gewicht van de wegingsfactoren afhankelijk is van de omstandigheden van het geval. Gelet op dit feitelijke karakter is het opmerkelijk hoe dikwijls toepassing van de Kelderluik-criteria door de feitenrechter heeft geleid tot succesvolle cassatieklachten.³ Kennelijk is 'Kelderluiken' nog niet zo eenvoudig. Hierom, en omdat de Kelderluik-criteria in feite het gehele maatschappelijke verkeer en dus een veelheid aan uiteenlopende soorten gevallen

als voorwerp hebben, is het van belang nadere gezichtspunten te ontwikkelen voor bijzondere gevalstypen. Zo is voor sport- en spelsituaties de subregel ontwikkeld dat de aansprakelijkheidsvraag tussen deelnemers in een sport- of spelsituatie minder spoedig bevestigend moet worden beantwoord dan het geval zou zijn geweest wanneer die gedraging niet in een sport- of spelsituatie zou hebben plaatsgevonden.⁴

Een bijzonder gevalstype is dat waarin het gevaar onzeker is: is er wel een gevaar, en hoe groot is dat? Onzekere gevaren hebben de afgelopen decennia in het maatschappelijk en wetenschappelijk discours in toenemende mate aandacht gekregen. Een mijlpaal vormt het beroemde en inmiddels 45 jaar oude rapport *The Limits to Growth*, opgesteld door een team van het Massachusetts Institute of Technology in opdracht van de Club van Rome.⁵ Aanleiding voor het rapport zijn de grote risico's waarvoor de mensheid zich gesteld ziet. Een van de centrale problemen is dat de mens deze risico's wel ziet, maar '(...) he does not understand the origins, significance, and interrelations of its many components and thus is unable to devise effective responses'.

Een belangrijke implicatie van dit rapport is dat het feit dat de risico's waarmee de mens zich geconfronteerd ziet met onzekerheden zijn omgeven, niet legitimeert dat de mens stilzit. Aard en omvang van de risico's (denk aan onomkeerbare gevolgen van milieuvervuiling of gezondheidsrisico's van wijdverbreide technologie) kunnen immers zodanig zijn dat stilzitten onverantwoord is. In hoeverre is maatschappelijk onverantwoord ook juridisch ontoelaatbaar? Naar mijn opvatting is dit een van de belangrijkste vragen waar onze beroepsgroep zich momenteel voor gesteld ziet. Daarmee staat wat mij

* Mr. drs. B.T.M. van der Wiel is advocaat bij Houthoff Buruma te Amsterdam. Met dank aan mr. drs. J.E. van de Bunt voor het meelesen.

1. HR 28 juni 2013, NJ 2013/366 (Martina/Curaçao), r.o. 3.4.
2. De Kelderluik-criteria ontleen hun naam aan HR 5 november 1965, NJ 1966/136 (Duchateau/Coca Cola), het Kelderluik-arrest, waarin zij voor het eerst werden geformuleerd.
3. Zie bijv. HR 26 september 2003, NJ 2003/660 (Waterschap Zeeuwse Eilanden/Royal), r.o. 3.8; HR 28 mei 2004, NJ 2005/105 m.nt. C.J.H. Brunner (Hartmann/PJIAE; Jetblast), r.o. 3.4.2-3.4.4; HR 7 april 2006, NJ 2006/244 (Bildtpollen/Miedema; Koprot), r.o. 3.3; HR 28 juni 2013, NJ 2013/366 (Martina/Curaçao), r.o. 3.5-3.7.

4. Zie bijv. HR 28 maart 2003, NJ 2003/719 m.nt. C.J.H. Brunner (Broere/Kegel), r.o. 3.7.

5. D.H. Meadows e.a., *The Limits to Growth. A Report for the Club of Rome's Project on the Predicament of Mankind*, New York: Universe Books 1972.

betreft ook vast dat Elbert de Jong geen belangrijker proefschriftonderwerp had kunnen kiezen.⁶

De Jong stelt twee vragen centraal (p. 4). Ten eerste: hoe stelt men de rechtens vereiste omgang met een onzeker risico vast en hoe dienen verschillende wetenschappelijke onzekerheden over risico's mee te wegen bij deze vaststelling? En ten tweede: welke factoren kunnen de facto van invloed zijn op hoe actoren omgaan met een onzeker risico en hoe dienen deze factoren rechtens mee te wegen bij het vaststellen van de vereiste omgang met een onzeker risico? De Jong behandelt deze twee vragen in een vierdelige opzet: (I) een analyse van het begrip 'onzeker risico' (hoofdstukken 2 en 3), (II) een behandeling van de normatieve kaders waarbinnen de vereiste omgang met onzekere risico's dient te worden vastgesteld (hoofdstukken 4 t/m 6), (III) een bespreking van de concretisering van dit normatieve kader in situaties van onzekere risico's (hoofdstukken 7 t/m 12) en (IV) conclusies (hoofdstukken 13 en 14). Deze vier delen worden voorafgegaan door het inleidende hoofdstuk 1 en gecompleteerd door samenvattingen in het Nederlands en Engels. Bij mijn bespreking van zijn proefschrift houd ik De Jongs volgorde aan, zodat ik begin bij deel I.

2 Onzekere risico's: het concept

Bij zijn analyse van het concept 'onzeker risico' in hoofdstuk 2 maakt De Jong onderscheid tussen 'risico' en 'wetenschappelijke onzekerheid'. 'Risico's zijn door mensen geconstrueerde verwachtingen over de mogelijkheid van het intreden van een bepaalde negatieve toekomst', zo definieert De Jong op p. 19. Het gebruik van de termen 'verwachting' en 'mogelijkheid' doet pleonastisch aan; de vraag dringt zich op of deze kerndefinitie niet wat kernachtiger had gekund. Belangrijker voor De Jongs thematiek is de vraag of het concept 'onzeker risico' niet inherent pleonastisch is. Het concept 'risico' draagt immers zelf al onzekerheid in zich: de toekomstverwachting zou kunnen intreden, maar ook achterwege kunnen blijven. Hetgeen De Jong schrijft over het onderscheid tussen de termen 'onzekerheid' en 'risico' gaf mij geen opheldering op dit punt:

'Onzekerheid is een waardevrije term en refereert aan de (wetenschappelijke) onmogelijkheid om voorspellingen over de toekomst te kunnen doen. Risico refereert aan de mogelijk negatieve effecten van een gedraging en de onmogelijkheid om adequate voorspellingen van de toekomst te maken.' (p. 20)

De Jong benadrukt dat de term 'onzekerheid' waardevrij is en 'risico' normatief: het gaat immers mede om de waardering van de verwachte mogelijkheid als negatief. De Jong stelt in het vooruitzicht in paragraaf 2.5.3 meer duidelijkheid te geven. Die duidelijkheid heb ik ook daar (p. 27) niet verkregen, nu hij ter aangehaalder plaatse in feite herhaalt dat 'onzekerheid' waardevrij is en 'risico' normatief. De verhouding tus-

sen beide begrippen blijft hiermee voor mij onhelder. In het hiervoor gegeven citaat impliceert De Jong dat hij 'onzekerheid' in de zin van 'onmogelijkheid de toekomst te voorspellen' ziet als een aspect van het risicobegrip. Als dat zo is, kan ik me daarin vinden. Onzekerheid in deze zin valt uitstekend in te passen in de Kelderluik-dogmatiek. Zij ligt daaraan in feite ten grondslag, kort gezegd als volgt: het is mogelijk (maar niet zeker) dat er in de toekomst iets negatiefs gebeurt; als die mogelijkheid ernstig genoeg is, dient gedrag daarop te worden aangepast. Onzekerheid in die zin betreft de *gevolgen* van een risico, niet het risico zelf.

In De Jongs onderzoek staat evenwel een ander type onzekerheid centraal, namelijk onzekerheid ten aanzien van het risico zelf. De Jong benadert deze onzekerheid vanuit de beschikbare (natuur)wetenschappelijke kennis. Wetenschappelijke onzekerheid betreft de vraag '(...) in hoeverre het (on)mogelijk is om op basis van de beschikbare natuurwetenschappelijke kennis en inzichten uitsluitel te geven over de verschillende aspecten van een risico' (p. 26). De Jong onderscheidt hierbij allereerst maten van onzekerheid, uitgezet op een continuüm dat loopt van absolute onbekendheid via onder meer plausible vermoedens tot zekerheid (p. 27-29). Ten tweede wordt onderscheiden tussen typen van onzekerheid, zoals de vraag of er überhaupt sprake is van een gevaar, de vraag wat de effecten van een gevaar zijn, en de vraag in hoeverre bepaalde maatregelen effecten reduceren (p. 29-32). Ten derde onderscheidt De Jong verschillende oorzaken van onzekerheid, zoals onkenbaarheid, het nog niet zijn verricht van onderzoek en interpretatiediscussies.

In hoofdstuk 3 identificeert De Jong in het centrale probleem waar het fenomeen onzeker risico ons voor stelt: enerzijds is het wenselijk onnodige voorzorgsmaatregelen te voorkomen, anderzijds is het wenselijk dat nodige voorzorgsmaatregelen niet achterwege blijven op grond van het feit dat sprake is van onzekerheid. De Jong laat zien dat maatschappelijke, economische en sociaalpsychologische factoren eerder tot stilzitten dan tot handelen aanzetten. Twee factoren springen er voor mij uit: het gegeven dat de eventuele negatieve effecten van het achterwege blijven van voorzorgsmaatregelen bij derden vallen (p. 44-46), en de neiging ingeburgerd gedrag (bijvoorbeeld roken) te blijven accepteren, ook als in de loop der jaren duidelijk is geworden dat dit gedrag zeer schadelijk is. Deze laatste factor had wat mij betreft meer aandacht verdiend. Ik ben geneigd te denken dat de moeite die de mens heeft om dat wat lang 'gewoon' is geweest als onwenselijk en schadelijk te accepteren, een van de belangrijkste drempels is voor rationele omgang met 'nieuwe' risico's, zelfs als die het predicaat 'onzeker' alweer hebben verloren.

3 Onzekere risico's: bijzondere normen?

Hiermee kom ik toe aan deel II, over de normatieve kaders voor het vaststellen van het vereiste gedrag bij onzekere risico's. In hoofdstuk 4 wordt de voorzorgethiek van Hans Jonas vooropgesteld. Diens eerste voorzorggebod ziet De Jong in

6. E.R. de Jong, *Voorzorgverplichtingen. Over aansprakelijkheidsrechtelijke normstelling voor onzekere risico's* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom juridisch 2016, x + 291 pp. Promotor: prof. mr. A.L.M. Keirse.

essentie als een gebod tot het doen van onderzoek, vanuit een bewustheid van onwetendheid en de verantwoordelijkheid tot inspanning om die onwetendheid weg te nemen (p. 61). Jonas' tweede voorzorggebod houdt in dat de 'kwade kansen' een principieel zwaarder gewicht moet worden toegekend dan de 'goede kansen' (p. 62). De Jong ziet in deze twee geboden een tweeledig belang: zij bieden een fundering voor de plicht tot handelen ten opzichte van onzekere risico's en een grondslag voor rechtsontwikkeling op dit punt (p. 65).

Hoofdstuk 5 gaat over het voorzorgsbeginsel. In de kern genomen houdt dit inmiddels ingeburgerde beginsel in dat in geval van plausible vermoedens van een ernstig risico een proactieve houding dient te worden ingenomen (p. 76). De grondslag van dit beginsel is meerledig. Het belangrijkste lijkt mij het volgende: het is onwenselijk om aan te nemen eerst indien de gevaarskennis het niveau van de plausible vermoedens is gepasseerd, actie te vergen, omdat er dan al ernstige schade kan zijn ontstaan die door eerdere, door plausible vermoedens geïndiceerde, actie had kunnen worden voorkomen of beperkt (p. 70).

In hoofdstuk 6 wordt het voorzorgsbeginsel geconfronteerd met het aansprakelijkheidsrecht. De Jong beantwoordt de vraag of er ongeschreven verzorgingsverplichtingen kunnen bestaan bevestigend, op basis van een afweging van argumenten pro en contra (p. 77). Voor de beoefenaar van het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht is met name van belang dat De Jong – in het voetspoor van Franken⁷ – laat zien dat in asbest-jurisprudentie besloten ligt dat wetenschappelijke onzekerheid over een risico niet aan het aannemen van aansprakelijkheid in de weg staat (p. 78-80). Ik onderschrijf De Jongs opvatting op dit punt van harte, mede omdat ik nooit heb begrepen waarom onzekere risico's niet 'gewoon' binnen het Kelderluik-stramien zouden kunnen worden beoordeeld.⁸ Weliswaar gaat de gebruikelijke formulering van dit stramien (zie par. 1) uit van een situatie die 'gevaarlijk is', maar dat zal eerder zijn veroorzaakt door het gegeven dat de uitspraken van de Hoge Raad tot nu toe geen onzekere risico's als onderwerp hadden dan dat daarmee een afbakening of drempel is beoogd. Ook een onzeker risico kan als een gevaar worden gezien. De mate van onzekerheid kan worden verdisconteerd in de afweging van de omstandigheden van het geval: hoe groter de onzekerheid, hoe sterker de andere omstandigheden voor het nemen van voorzorgsmaatregelen moeten pleiten om de conclusie te rechtvaardigen dat het nemen daarvan rechtens vereist is. Het Urgenda-vonnissen vormt mijns inziens een toepassing van deze benaderingswijze.⁹ Zo bezien heeft het voorzorgsbeginsel ook een breder bereik dan dat van de onzekere risico's, en vormt het een fundament onder de zorgvuldigheidsnorm als geheel.

De hamvraag is wat mij betreft waar het omslagpunt ligt tussen aanvaardbaar nietsdoen en de rechtsplicht om in beweging te komen. De titel van deel III 'Vaststellen van de vereiste mate van voorzorg in een concreet geval' belooft een antwoord op die vraag. In hoofdstuk 7 formuleert De Jong het uitgangspunt dat een rechtsplicht tot handelen pas ontstaat indien een voldoende specifiek natuurwetenschappelijk gefundeerd (p. 94-98), plausibel vermoeden (p. 98-99) bestaat dat er een risico dreigt, en dan in beginsel alleen als de mogelijke effecten 'ernstig' zijn (p. 99 en 102). De Jong meent voorts dat in geval van onduidelijkheid over de effectiviteit van een te nemen voorzorgsmaatregel terughoudend moet worden omgegaan met het aannemen van een verplichting die maatregel te nemen (p. 99-100). Deze uitgangspunten houden mijns inziens slechts een bodem in. Zo volgt uit het vereiste van een plausibel vermoeden bijvoorbeeld dat indien de onzekerheid groter is dan dat, nimmer van een plicht tot het nemen van maatregelen sprake kan zijn. In zoverre geven de in dit hoofdstuk geformuleerde uitgangspunten weliswaar belangrijke, maar wel beperkte informatie over het gezochte omslagpunt.

4 Generalisering

In hoofdstuk 8 nuanceert De Jong de eis dat het plausible vermoeden voldoende specifiek moet zijn, door wat hij aanduidt als generalisering. Het gaat dan om het wegdenken van bepaalde onzekerheden ten aanzien van een risico. De Jong ziet de basis voor die techniek in het Natronloog-arrest,¹⁰ waar de Hoge Raad oordeelde dat de voorzienbaarheid van de precieze wijze waarop letsel ontstaat in beginsel niet relevant is voor de zorgvuldigheidsvraag (p. 104). Dit lijkt mij eigen aan, zoals de Hoge Raad het in dit arrest zegt, de aard van de (zorgvuldigheids)norm. Deze ziet op de plicht tot het voorkomen van gevaarsrealisatie. Deze plicht wordt aangenomen op basis van de omstandigheden van het geval. Als het gevaar zich dan toch realiseert, doet het er niet toe hoe dat precies gaat. Anders dan De Jong zou ik aan het Natronloog-arrest geen bijzondere betekenis willen toekennen ten aanzien van het fenomeen generalisering.

Jansen¹¹ gebruikt de term generalisering in verband met de door De Jong behandelde rechtspraak (p. 104 e.v.), waarin ook aansprakelijkheid wordt aangenomen voor de verwerkelijking van onbekende gevaren, die was voorkomen indien zorgvuldig zou zijn gehandeld met het oog op welbekende gevaren. Er is dan causaal verband tussen normschending en schade, waarbij het er niet toe doet dat de laedens de precieze wijze van gevaarsrealisatie niet hoefde te kennen. Waar deze redeneerwijze zich voor toepassing leent, wordt de betreffende risico-onzekerheid, als ik het goed zie, eenvoudigweg geëcarteerd. Iets anders lijkt mij het volgende, en dat lijkt mij belangrijker voor de vraag naar aansprakelijkheid voor onzekere risico's.

7. A.Ch.H. Franken, Het voorzorgsbeginsel in het aansprakelijkheidsrecht – een verkenning, AV&S 2010/25.

8. B.T.M. van der Wiel, *Looking for trouble*. Aansprakelijkheid voor onzekere gevaren, in: A.L.M. Keirse e.a., Nieuwe risico's, nieuwe claimgebieden (Inleidingen gehouden op het symposium van de Vereniging van Letsel-schade Advocaten 2007), Den Haag: Sdu Uitgevers 2007, p. 49-59.

9. Rb. Den Haag 24 juni 2015, AB 2015/336 m.nt. Ch.W. Backes.

10. HR 8 januari 1982, NJ 1982/614 m.nt. C.J.H. Brunner (De Rijk/Dorps-huis Kamerik), r.o. 5.

11. K.J.O. Jansen, Informatieplichten. Over kennis en verantwoordelijkheid in contractenrecht en buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2012, p. 370 e.v.

Naarmate het potentiële effect ernstiger is, zal de kennis over het gevaar algemener mogen zijn om bij gebreke van voorzorgsmaatregelen aansprakelijkheid te kunnen aannemen. De hiervoor genoemde fenomenen hadden in hoofdstuk 8 wat mij betreft wat scherper mogen worden onderscheiden.

5 Risicokennis

Hoofdstuk 9 ziet op de wijze waarop de in aanmerking te nemen kennis moet worden vastgesteld. Als uitgangspunt geldt de maatman van de redelijk oordelend wetenschapper. De checklist die De Jong hier geeft, levert geen schokkende inzichten op, maar is nuttig voor de praktijk, ook voor gevallen waar het geen onzekere risico's betreft.

Van de wetenschappelijke *body of knowledge* verlegt De Jong in hoofdstuk 10 de aandacht naar de kennis van de actor. De Jong stelt dat een verplichting tot handelen pas aan de orde kan zijn indien de actor weet of behoort te weten dat een onzeker risico dreigt. De Jong laat impliciet dat hier vanuit dogmatisch perspectief ook anders tegenaan kan worden gekeken. Ik geef de voorkeur aan de zienswijze dat indien de objectieve stand van de kennis in verband met de overige omstandigheden van het geval tot de conclusie leidt dat voorzorgsmaatregelen moeten worden getroffen, het achterwege laten daarvan onrechtmatig is. Indien de actor de betreffende kennis noch had, noch behoorde te hebben, leidt dit ertoe dat die onrechtmatige daad (behoudens toerekening op grond van de wet of de in het verkeer geldende opvattingen) niet aan hem toerekenbaar is. Het belang van dit onderscheid is gelegen in het feit dat voor een vordering tot nakoming geen toerekenbaarheid is vereist, zodat de concrete (normatieve) kennis van de actor buiten beoordeling kan blijven.¹²

Ten aanzien van het kennisniveau van de actor lijkt mij van belang in hoeverre van hem kan worden verwacht dat hij onderzoek doet. Deze vraag gaat verder dan de door De Jong in hoofdstuk 10 centraal gestelde kwestie in hoeverre de actor geacht kan worden de objectief bestaande kennis te hebben. Specifiek in verband met onzekere risico's is volgens mij juist ook van belang onder welke omstandigheden op de actor een rechtsplicht op het doen van onderzoek rust. Zulk onderzoek is naar mijn mening geen voorzorgsmaatregel in eigenlijke zin, want het is niet geëigend tot of gericht op het (direct) voorkomen van gevaarsrealisatie. Het interessante van een onderzoeksplicht in dit verband is dat het er voor het aannemen daarvan juist niet toe lijkt te doen of het betreffende risico al dan niet onzeker is vanuit het perspectief van de kennis die objectief voorhanden is. De vraag is uitsluitend of de actor voldoende aanleiding heeft nader onderzoek te doen.

Ten aanzien van objectief bekende risico's lijkt de Hoge Raad terughoudend in het aannemen van onderzoeksplichten.¹³ In de betreffende uitspraken is mijns inziens een cruciaal uitgangspunt dat er volgens de Hoge Raad in de concrete gevallen geen aanknopingspunten voorlagen die een onderzoeksplicht konden schragen. Deze uitspraken doen er, dunkt mij, daarom niet aan af dat in gevallen waarin sprake is van aanwijzingen voor een mogelijk risico met potentieel grote en ernstige gevolgen, een onderzoeksplicht kan worden aangenomen. Dat is van groot belang met het oog op de in hoofdstuk 7 (zie par. 3) door De Jong gepostuleerde 'bodem' van het plausibele vermoeden. Ik ben het met De Jong eens dat bij gebreke van een plausibel vermoeden geen rechtsplicht tot het nemen van voorzorgsmaatregelen kan worden aangenomen, maar ik meen dat lichtere aanwijzingen dan plausibele vermoedens voor een onzeker risico onder omstandigheden (ernst en aard van de mogelijke gevolgen) wel een onderzoeksplicht kunnen triggeren. Zou de uitkomst van zulk onderzoek hebben geleid tot (ten minste) plausibele vermoedens, dan kan bij het beoordelen van de aansprakelijkheid van de laedens worden geabstraheerd van zijn concrete kennis en worden uitgegaan van de kennis die hij had gehad als hij het onderzoek had gedaan waartoe hij rechtens verplicht was.¹⁴

6 Voorzorgsmaatregelen

Hoofdstuk 11 gaat over voorzorgsmaatregelen. De Jong onderscheidt hier tussen een 'sterke' en 'zwakke' voorzorgbenadering. De sterke benadering houdt in dat een activiteit achterwege dient te blijven totdat er voldoende zekerheid is over de veiligheid ervan. De Jong wijst deze benadering terecht af (p. 158). Zij impliceert te rigoureuze begrenzingen aan de gedragsvrijheid en heeft een onwenselijke remming op maatschappelijk-technologische ontwikkelingen. De Jong kiest voor de 'zwakke' benadering, die inhoudt dat met gepaste voorzorg moet worden gereageerd op een onzeker risico (zie bijv. p. 157 en 172). De Jong ontwikkelt hiertoe een bruikbare omstandighedencatalogus.

Als voorzorgsmaatregelen noemt hij enerzijds kennismanagement en onderzoek, en anderzijds fysieke maatregelen. Ik meen dat kennismanagement en onderzoek niet als voorzorgsmaatregelen kwalificeren, althans niet in de zin van de Kelderluik-criteria. Het vergroten van de gevaarskennis leidt immers niet tot bescherming tegen het intreden van een risico. Fysieke maatregelen doen dat wel. Ik zou deze term overigens willen reserveren voor maatregelen die het intreden van het gevaar fysiek verkleinen of onmogelijk maken. De door De Jong ook genoemde 'communicatieve' maatregelen (verboden, waarschuwingen) zijn wat mij betreft van een andere orde, met name in het licht van de door De Jong ook genoemde effectiviteitskwestie (p. 163). De Jong stelt aan de orde dat ook ten

12. Vgl. C.J.H. Brunner in het slot van zijn noot onder HR 8 januari 1982, NJ 1982/614 (De Rijk/Dorpsshuis Kamerik).

13. HR 22 april 1994, NJ 1994/624 m.nt. C.J.H. Brunner (Hulsbosch/Broun c.s.; Taxus), r.o. 3.4.3; HR 7 april 2006, NJ 2006/244 (Bildtpollen/Miedema; Koprot), r.o. 3.3.

14. De Jong lijkt een terughoudender standpunt voor te staan; zie p. 160 bovenaan.

aanzien van fysieke veiligheidsmaatregelen effectiviteitsvragen kunnen rijzen. De belangrijkste daarvan is onzekerheid over de vraag in hoeverre bepaalde maatregelen daadwerkelijk risicoverminderend werken. Het had hier naar mijn idee voor de hand gelegen nader in te gaan op de vraag in hoeverre van degene die verantwoordelijk is voor een risico kan worden gevegd onderzoek te doen naar de effectiviteit van mogelijke voorzorgsmaatregelen (vergelijk p. 101).

De Jong sluit deel III af met een beschouwing over de relevantie van overheidsbeleid voor de vaststelling hoe rechtens met onzekere risico's moet worden omgegaan (hoofdstuk 12). De Jong laat op heldere en overtuigende wijze zien hoe beleidsinstrumenten als onderzoek, informatieverbreiding en gedragsnormerende aanbevelingen zorgplichtverhogend kunnen werken. Terzijde merk ik op dat ook wetgeving hier een belangrijke rol kan spelen. Zo bedeedt in de Verenigde Staten de Toxic Substances Control Act aan de Environmental Protection Agency (EPA) de taak toe te onderzoeken in hoeverre door haar te selecteren chemicaliën een onredelijk risico voor mens of natuur vormen. Indien de EPA een stof selecteert (zij dient steeds twintig stoffen in onderzoek te hebben), dient zij binnen drie jaar te rapporteren. Indien het onderzoek leert dat de stof een onredelijk risico oplevert, dient de EPA dit risico binnen twee jaar te mitigeren.¹⁵

7 De conclusies van De Jong

Deel IV, waarin De Jong zijn conclusies bespreekt, valt uiteen in twee hoofdstukken, die corresponderen met zijn twee hoofdvragen (zie par. 1). Hoofdstuk 13 is gewijd aan de vraag hoe wetenschappelijke onzekerheden over risico's moeten meewegen bij de vaststelling van de rechtens vereiste omgang met een onzeker risico. De Jong loopt hier de eerder (zie par. 2) door hem onderscheiden typen en oorzaken van onzekerheid af. Zijn conclusie is dat de meeste onzekerheden als zodanig geen geldige reden tot stilzitten vormen, maar juist mede aanleiding zijn voor handelen (p. 203).

In hoofdstuk 14 bespreekt De Jong hoe de factoren die de omgang met een onzeker risico kunnen beïnvloeden, dienen mee te wegen bij het vaststellen van het rechtens vereiste gedrag. De Jong concludeert dat de eerder door hem besproken factoren (zie par. 3) die de facto tot stilzitten kunnen leiden, rechtens niet snel een geldige reden tot stilzitten zijn (p. 217).

8 Besluit

De Jong heeft de kern van zijn betoog inmiddels in essayvorm gepubliceerd.¹⁶ In de streamer van dat essay schrijft De Jong dat hij in zijn proefschrift behandelt hoe de civiele rechter op grond van ongeschreven onrechtmatigedaadsrecht moet beoordelen in hoeverre onzekerheid over de schadelijke gevolgen van een gedraging stilzitten rechtvaardigt of onverlet laat

dat het nemen van voorzorgsmaatregelen verplicht is. Naar mijn mening maakt De Jongs proefschrift dit niet helemaal waar.

Ten eerste is De Jongs proefschrift materieelrechtelijk van aard. De verschillende vormen van mogelijk rechterlijk ingrijpen komen niet afzonderlijk aan de orde. Daar ligt mijns inziens wel stof tot overdenking en analyse. Bij wijze van voorbeeld noem ik het volgende. Toewijzing van een verbod of gebod in kort geding is afhankelijk van een belangenafweging. Daarbij spelen enerzijds het voorlopig karakter van het rechterlijk oordeel en de ingrijpendheid van de gevolgen van een eventueel verbod voor de verweerder en anderzijds de omvang van de schade die dreigt indien een verbod zou uitblijven een rol. In geval van onzekere risico's komt dit laatste gezichtspunt pregnant naar voren. Denkbaar is (ook) over de belangenafweging bij onzekere risico's nadere vuistregels te formuleren.

Ten tweede is de materieelrechtelijke component van het proefschrift niet in alle opzichten 'af'. Zeker, De Jong reikt principiële bouwstenen, belangrijke gezichtspunten en nuttige kaders aan, maar de aansluiting met het ongeschreven recht heeft De Jong niet op zodanige wijze uitgewerkt dat de rechter (en de justitiabele) daarmee meteen uit de voeten kan. In deel III zou ik graag verder meegenomen zijn in de wijze waarop de Kelderluik-criteria werken bij onzekere risico's. Om een voorbeeld te noemen: men kan zich afvragen wie onder welke omstandigheden zelf oplettendheid en voorzichtigheid in acht moet nemen ten aanzien van onzekere risico's, en waarvan de actor op dit punt mag uitgaan. Belangrijker nog zijn de mogelijk te formuleren vuistregels over de wisselwerkingen tussen de verschillende Kelderluik-factoren bij onzekere risico's, zoals bijvoorbeeld tussen diverse maten van onzekerheid en aard en ernst van het eventuele risico, en tussen aard en ernst van eventuele risico's en de bezwaarlijkheid van voorzorgsmaatregelen.

Uit De Jongs hiervoor genoemde essay maak ik op dat hij inmiddels postdoc is aan het instituut waar hij zijn proefschrift heeft geschreven. Ik hoop van harte dat deze positie hem de gelegenheid geeft deze volgende stap te zetten. Het fundament dat hij daarvoor met zijn proefschrift heeft gelegd, heeft zodanige stevigheid en diepgang dat die stap geen grote is. Dat fundament zal ook vele anderen steun bieden bij het verder denken over het belangrijke onderwerp waar De Jong een inspirerend boek over heeft geschreven.

15. Zie www.epa.gov/assessing-and-managing-chemicals-under-tsca/evaluating-risk-existing-chemicals-under-tsca.

16. E.R. de Jong, Voorzorgverplichtingen, AV&S 2016/47.