

**LJN-nummer: AE5162 Zaaknr: C01/060HR**

Bron: Hoge Raad der Nederlanden 's-Gravenhage  
Datum uitspraak: 29-11-2002  
Datum publicatie: 29-11-2002  
Soort zaak: civiel - civiel overig  
Soort procedure: cassatie

29 november 2002

Eerste Kamer  
Nr. C01/060HR  
JMH

Hoge Raad der Nederlanden

Arrest

in de zaak van:

[Eiseres], gevestigd te [vestigingsplaats],

EISERES tot cassatie,

advocaat: mr. M.V. Polak,

t e g e n

1. [Verweerster 1], wonende te [woonplaats],
2. [Verweerder 2], wonende te [woonplaats],

VERWEERDERS in cassatie,  
niet verschenen.

1. Het geding in feitelijke instanties

Verweerders in cassatie - verder afzonderlijk te noemen: [verweerster 1] en [verweerder 2] dan wel gezamenlijk [verweerder] c.s. - hebben bij exploit van 30 november 1999 eiseres tot cassatie - verder te noemen: [eiseres] - alsmede de stichting Westfriese Flora Bovenkarspel, gevestigd te Bovenkarspel, hierna: Flora, in kort geding gedagvaard voor de President van de Rechtbank te Alkmaar en gevorderd bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad, [eiseres] en Flora te veroordelen om:

I. binnen acht dagen na betekening van het te dezen te wijzen vonnis aan [verweerster 1] bij wijze van voorschot op de schadevergoeding te betalen een bedrag van f 100.000,--, althans een naar goede justitie door de President te bepalen bedrag, des dat de een betaald hebbende de ander zal zijn gekweten;

II. binnen acht dagen na betekening van het te dezen te wijzen vonnis aan [verweerder 2] bij wijze van voorschot op de schadevergoeding te betalen een bedrag van f 50.000,--, althans een naar goede justitie door de President te bepalen bedrag, des dat de een betaald hebbende de ander zal zijn gekweten.

De rechtspersoonlijkheid bezittende vereniging met volledige rechtsbevoegdheid Consumentenbond, gevestigd te 's-Gravenhage, hierna: de Consumentenbond, heeft zich bij incidentele conclusie als eiseres in dit geding gevoegd, respectievelijk is in het geding als partij geïntervenieerd.

[Eiseres] en Flora hebben de vorderingen van [verweerder] c.s. en van de Consumentenbond bestreden.

De President heeft bij tussenvonnis van 23 december 1999:

ten aanzien van de vordering jegens Flora de gevorderde voorziening geweigerd;

ten aanzien van de vorderingen in de voeging/tussenkost de gevorderde voorzieningen geweigerd;

en ten aanzien van de vordering jegens [eiseres] de behandeling van de zaak aangehouden ter fine van hetgeen in rov. 7.8.2 en 7.8.3 van dit vonnis is overwogen.

Bij eindvonnis van 20 januari 2000 heeft de President ten aanzien van de vorderingen in de voeging/tussenkomst de Consumentenbond veroordeeld in de kosten van het geding aan de zijde van de [eiseres] en ten aanzien van de vordering van [verweerster 1] en [verweerder 2] jegens [eiseres] de gevorderde voorzieningen geweigerd en [verweerder] c.s. veroordeeld in de proceskosten aan de zijde van [eiseres].

Tegen het tussenvonnis heeft [eiseres] bij dagvaarding van 6 januari 2000 hoger beroep ingesteld bij het Gerechtshof te Amsterdam. [Verweerder] c.s. hebben bij dagvaarding van 2 februari 2000 tegen beide vonnissen hoger beroep ingesteld bij voormeld Hof. De appellen van [eiseres] respectievelijk [verweerder] c.s. zijn ingeschreven onder rol-nummers 70/00 SKG, resp. 185/00 SKG. Het Hof heeft de zaken bij incidenteel arrest van 18 mei 2000 gevoegd. Bij arrest van 4 januari 2001 heeft het Hof in de gevoegde zaken de vonnissen waarvan beroep bekrachtigd, in de zaak met rolnr. 74/00 SKG [eiseres] veroordeeld in de proceskosten van het hoger beroep aan de zijde van [verweerder] c.s., begroot op f 6.895,-- en in de zaak met rolnr. 185/00 SKG [verweerder] c.s. veroordeeld in de proceskosten aan de zijde van [eiseres], begroot op f 5.575,--, en de proceskostenveroordelingen uitvoerbaar bij voorraad verklaard. Het arrest van het Hof van 4 januari 2001 is aan dit arrest gehecht.

## 2. Het geding in cassatie

Tegen het arrest van het Hof heeft [eiseres] beroep in cassatie ingesteld. De cassatiedagvaarding is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.

Tegen [verweerder] c.s. is verstek verleend.

[Eiseres] heeft de zaak doen toelichten door haar advocaat.

De conclusie van de Advocaat-Generaal D.W.F. Verkade strekt tot verwerping van het beroep.

## 3. Beoordeling van het middel

3.1 In cassatie kan worden uitgegaan van de door de Advocaat-Generaal in zijn conclusie onder 2 vermelde feiten. Kort samengevat en voor zover in cassatie van belang komen deze feiten op het volgende neer.

In februari 1999 vond in Bovenkarspel de 'Westfriese Flora' plaats, een bloemententoonstelling en een consumentenbeurs, verder te noemen de Flora, bezocht door ongeveer 80.000 mensen. [Eiseres] was daar een van de beide standhouders die whirlpools tentoonstelden. De whirlpool van [eiseres] stond in hal 3, meteen na de ingang tegenover de garderobe, en is kort voor de aanvang van de beurs gevuld met leidingwater en tijdens de beurs voortdurend op een temperatuur van ongeveer 37,5 graden Celsius gehouden. Het water heeft overdag steeds gebruikt of gebubbeld en is niet vervangen, noch op een of andere manier gezuiverd of ontsmet. In de tweede week van maart 1999 werden 12 patiënten in het ziekenhuis van Hoorn opgenomen met een atypische pneumonie. Op 11 maart 1999 bleek bij zeven van de acht onderzochte patiënten de test op legionella pneumophila positief. Ruim 200 bezoekers van de Westfriese Flora zijn ziek geworden. Op 23 december 1999 waren 28 bezoekers overleden. Onderzoek heeft uitgewezen dat de whirlpool van [eiseres] de meest waarschijnlijke bron is van legionellabesmetting. [Betrokkene 1] (de echtgenoot van [verweerster 1]) en [verweerder 2] waren bezoekers van de Flora en hebben deze besmetting opgelopen; [betrokkene 1] is overleden.

3.2 De vorderingen strekken tot betaling van een voorschot op de vergoeding van schade. De president en het Hof hebben deze vorderingen afgewezen.

3.3.1 Het Hof heeft in rov. 6.1 als grondslag van de vordering van [verweerder] c.s. vermeld dat [eiseres] heeft nagelaten de hierna te melden veiligheidsmaatregelen te nemen, hoewel zij als handelaar in whirlpools op de hoogte was, althans had behoren te zijn, van de omstandigheid dat een whirlpool bij onjuiste beheersomstandigheden een mogelijke bron van legionellabesmetting is en zij daarom was gehouden de noodzakelijke veiligheidsmaatregelen te nemen om een dergelijke besmetting te voorkomen, welke maatregelen bestaan uit het op de juiste temperatuur houden, chloreren en verversen van het water.

3.3.2 In rov. 6.3 heeft het Hof de verweren van [eiseres] vermeld. Deze verweren kunnen als volgt worden samengevat.

(a) [Eiseres] was ten tijde van de Flora niet bekend en behoefde toen ook niet bekend te zijn

met het bestaan en het gevaar van de ontwikkeling van legionellabacteriën in de whirlpool en ook niet met het gevaar dat besmetting daarmee kan worden veroorzaakt door de expositie van een whirlpool in werking.

(b) Toentertijd waren van overheidswege ook geen maatregelen voorgeschreven om een dergelijke besmetting vanuit een geëxposeerde whirlpool voor particulier gebruik te voorkomen.

(c) Als (eenvoudige) handelsonderneming in whirlpools hoefde [eiseres] niet op de hoogte te zijn van een rapport van de Gezondheidsraad uit 1986, medische literatuur en enkele buitenlandse gevallen die wijzen op een mogelijk gevaar van een legionellabesmetting vanuit een whirlpool.

(d) De chloreringseisen van de Wet hygiëne en veiligheid zwemgelegenheden (WHZ) hebben alleen betrekking op openbaar toegankelijke whirlpools.

(e) Het chloreren van het water in de whirlpool zou niet afdoende zijn geweest om de besmetting te voorkomen.

3.3.3 In rov. 6.6 heeft het Hof melding gemaakt van hetgeen met betrekking tot veiligheids- en voorzorgsmaatregelen staat vermeld in de handleidingen van whirlpools die in het geding zijn gebracht. In deze handleidingen, waarvan de relevante gedeelten door het Hof in zijn arrest zijn opgenomen, wordt gewezen op de noodzaak van het zuiver houden van het water in de whirlpool met chemische middelen of ontsmettingsmiddelen of de ozon-generator teneinde, mede in verband met de temperatuur van het water, bacteriegroei in het water te voorkomen of bacteriën te vernietigen.

3.3.4 Vervolgens heeft het Hof geoordeeld dat van [eiseres] als een redelijk handelend en redelijk bekwaam handelaar in whirlpools ten minste mag worden verwacht dat hij op de hoogte is, of behoort te zijn, van normale gevaren zoals die verbonden zijn aan het gebruik van whirlpools en zijn vermeld in de informatie, waartoe handleidingen behoren, en dat ervan mag worden uitgegaan dat hetgeen in deze handleidingen is vermeld, een neerslag is van hetgeen toentertijd algemeen in kringen van deze handelaars bekend was of behoorde te zijn (rov. 6.7 en 6.8). Op grond hiervan acht het Hof (rov. 6.9) voorshands aannemelijk dat [eiseres] toentertijd wist of behoorde te weten:

"dat bij gebruik van een whirlpool in het water van de whirlpool bacteriegroei kan plaatsvinden en dat ter voorkoming en/of bestrijding van die bacteriegroei het water in de whirlpool moet worden ontsmet met behulp van chemicaliën (waaronder chloor) en/of het gebruik van een ozongenerator, indien, zoals in het geval van de geëxposeerde whirlpool van [eiseres], de whirlpool met laatstgenoemd apparaat is uitgerust. Voorts dient het water van de whirlpool regelmatig gecontroleerd te worden met behulp van een testset."

3.3.5 Het Hof heeft vervolgens (in rov. 6.10-12) vastgesteld:

- dat [eiseres] het water van de tentoongestelde whirlpool voortdurend op een temperatuur van ongeveer 37,5 graden Celsius heeft gehouden en voortdurend lucht door het water heeft laten gaan;

- dat [eiseres] het water niet heeft vervangen en ook niet heeft gezuiverd of ontsmet door gebruikmaking van chloor en/of de ozongenerator;

- dat de ozongenerator niet in gebruik is geweest omdat zij niet werkt als de whirlpool in maximale stand staat om een bruisend effect te bewerkstelligen, hetgeen tijdens de openingstijden vrijwel steeds het geval is geweest en omdat na sluitingstijd de electriciteitstoevoer werd stopgezet;

- dat in de gebruiksaanwijzing van deze whirlpool is vermeld dat het chloorgehalte van het water ten minste 2.0 ppm dient te bedragen en dat dit chloorgehalte regelmatig gecontroleerd dient te worden met de bijgeleverde testset en dat [eiseres] dit een en ander heeft nagelaten.

3.3.6 Op grond hiervan heeft het Hof geoordeeld (rov. 6.14) dat [eiseres] is tekortgeschoten in haar verplichting om al die veiligheidsmaatregelen te nemen die haar bekend waren of hadden behoren te zijn (gebruik van de ozongenerator en/of chlorering) en die vereist waren met het oog op het voorkomen en bestrijden van het gevaar van bacteriegroei in het water van de whirlpool, welk gevaar voor de gezondheid van mensen haar toentertijd bekend was of behoorde te zijn en welke maatregelen weinig kostbaar of bezwaarlijk waren. Vervolgens heeft het Hof in rov. 6.15 geoordeeld:

"Van [eiseres] kon worden gevergd om alle maatregelen te treffen die haar redelijkerwijze bekend waren of behoorden te zijn om bacteriegroei in de whirlpool te voorkomen of te

bestrijden gelet op de ernst van het te voorziene gevaar voor de gezondheid van mensen indien wordt nagelaten die maatregelen te treffen en de weinig kostbare aard van de te nemen maatregelen."

Het Hof heeft hieraan toegevoegd dat het gebruik van de ozongenerator tezamen met de chlorering van water in ieder geval doeltreffende maatregelen worden geacht.

3.3.7 Het Hof heeft in rov. 6.16 als verweren van [eiseres] vermeld dat [eiseres] betwist dat zij wist dat in het water specifiek de legionellabacterie tot ontwikkeling zou kunnen komen, dat die bacterie zo gevaarlijk was als later is gebleken voor personen die zich in de buurt van de geëxposeerde whirlpool hebben bevonden en dat de bacterie zich via de aërosolen verspreidt. Daarop heeft het Hof in rov. 6.17-18 overwogen dat tussen partijen vaststaat:

- dat de bacterie Legionella pneumophila in het algemeen in kleine aantallen in het milieu voorkomt en dat bacteriën van deze soort zich kunnen vermeerderen bij een watertemperatuur tussen ongeveer 25 en 50 graden Celsius als zij enkele dagen in het water verblijven;
- dat besmetting met de bacterie kan ontstaan door het inademen van aërosolen (zeer kleine in de lucht zwevende waterdruppeltjes of stofdeeltjes) die de bacterie bevatten;
- dat besmetting kan leiden tot de ziekte legionellose (veteranenziekte);
- dat een en ander ook blijkt uit het advies inzake legionellose van de Gezondheidsraad van 25 juni 1986;
- dat door het bubbelen of bruisen van het water in de whirlpool aërosolen ontstaan die als drager van de zich in het water bevindende legionellabacterie kunnen hebben gediend, en
- dat als gevolg daarvan de legionellabacteriën in de lucht van de expositieruimte terecht kunnen zijn gekomen en door bezoekers kunnen worden ingeademd.

3.3.8 In rov. 6.19 heeft het Hof geoordeeld dat ook als de hiervoor in 3.3.6 bedoelde nalatigheid van [eiseres] heeft geleid tot verwezenlijking van een haar toen niet bekend gevaar, zijnde het gevaar van groei van de aan [eiseres] niet bekende legionellabacterie die zich via de haar onbekende weg van aërosolen heeft verspreid in de expositieruimte, zij niettemin aansprakelijk is voor het gevolg van haar nalaten de ozongenerator van de whirlpool gedurende enige tijd in werking te hebben en aan te houden alsmede haar nalaten om andere veiligheidsmaatregelen te treffen, waartoe in het bijzonder het chloreren van het water behoort en dat, nu [eiseres] een dergelijke veiligheidsnorm heeft geschonden, voldoende is dat dit nalaten schade van een bepaalde soort - gezondheidsschade - kan veroorzaken. De specifieke aard van de schade en het causale verloop behoeft, aldus het Hof, niet kenbaar te zijn aan [eiseres].

3.4 Middel I, dat uit twee onderdelen bestaat, bestrijdt het hiervoor in 3.3.8 vermelde oordeel van het Hof en de daaraan ten grondslag gelegde overwegingen.

3.5.1 Onderdeel 1a klaagt dat het Hof heeft verzuimd te beslissen op het verweer van [eiseres] dat op haar geen wettelijke veiligheidsnormen van toepassing waren, omdat de chloreringseisen die ingevolge de Wet hygiëne en veiligheid zwemgelegenheden aan water in whirlpools worden gesteld, alleen betrekking hebben op openbaar toegankelijke whirlpools waarvan hier geen sprake was, terwijl destijds van overheidswege geen maatregelen waren voorgeschreven om een besmetting met legionellabacteriën vanuit een geëxposeerde whirlpool, die bestemd is voor particulier gebruik, te voorkomen.

3.5.2 Dit onderdeel mist feitelijke grondslag en kan daarom bij gebrek aan belang niet tot cassatie leiden. In de hiervoor in 3.3 vermelde overwegingen van het Hof ligt besloten dat het Hof dit verweer heeft verworpen, omdat het Hof van oordeel was dat voor [eiseres] een ongeschreven veiligheidsnorm gold, waaraan het ontbreken van een wettelijke regeling te dezer zake niet kon afdoen.

3.5.3 Onderdeel 1b klaagt dat het Hof door de verwerping van dit verweer een onjuiste, althans onbegrijpelijke beslissing heeft genomen. Het Hof heeft dan, aldus het onderdeel, ten onrechte, althans op onbegrijpelijke wijze, de stap genomen van schending door [eiseres] van de voor haar geldende veiligheidsnorm die - naar uit haar door het Hof niet onjuist bevonden stellingen volgt - was gericht op het voorkomen van besmetting in openbaar toegankelijke whirlpools, tot schending van een (ongeschreven) veiligheidsnorm die was gericht op het voorkomen van

besmetting met legionellabacteriën van personen die zich in de buurt van de geëxposeerde whirlpool bevonden.

3.5.4 Ook dit onderdeel mist feitelijke grondslag omdat het uitgaat van een onjuiste lezing van het arrest. Het Hof heeft, blijkens zijn hiervóór in 3.3.6 weergegeven overwegingen, op grond van hetgeen ten tijde van het ontstaan van de schade in de kring van handelaars in whirlpools bekend was of behoorde te zijn over het gevaar van bacteriegroei in de whirlpool en de mogelijkheden en de noodzaak van de bestrijding ervan in verband met de ernst van het gevaar voor de gezondheid van mensen, geoordeeld dat te dezer zake een ongeschreven veiligheidsnorm bestond die meebracht dat [eiseres] in elk geval met het oog op het voorkomen van dit gevaar de door het Hof genoemde, niet kostbare, maatregelen had behoren te nemen. Voorts heeft het Hof in rov. 6.19 geoordeeld dat [eiseres] deze veiligheidsnorm ook had behoren na te leven als zij niet (specifiek) bekend was met het gevaar van groei van de haar niet bekende legionellabacterie en de haar onbekende weg van verspreiding via aërosolen onder bezoekers van de expositieruimte. Anders dan het onderdeel veronderstelt, heeft het Hof aldus niet een ter bescherming van gebruikers van whirlpools geldende norm mede van toepassing geacht ten aanzien van de onderhavige situatie waarin het gaat om bezoekers die alleen in de buurt van de whirlpool komen. Het Hof heeft een veiligheidsnorm aangenomen die, naar in zijn oordeel ligt besloten, in het algemeen in acht moet worden genomen als noodzakelijke maatregel ter voorkoming van een, door het Hof uitdrukkelijk als ernstig beschouwd, gevaar voor de gezondheid van mensen, met welk ernstig gevaar [eiseres] bekend had behoren te zijn.

3.6.1 Onderdeel 2a klaagt dat het Hof uitgaande van de onbekendheid van [eiseres] met "het gevaar van groei van de [eiseres] onbekende legionellabacterie die zich via de haar onbekende weg van aërosolen heeft verspreid in de expositieruimte" niet tot vaststelling van aansprakelijkheid van [eiseres] kon komen. Het onderdeel strekt ten betoge dat slechts aansprakelijkheid had kunnen worden aangenomen als de exploitant van een whirlpool redelijkerwijze bekend was geweest of had kunnen zijn met (i) het ontstaan, (ii) de aard en (iii) de omvang van de schade.

3.6.2 Het onderdeel bestrijdt naar de kern genomen dat aan [eiseres] onzorgvuldig handelen te dezer zake verweten kan worden als zij niet wist, en ook niet behoefde te weten, dat het gevaar van groei van de legionellabacterie zich ook, en op de wijze als is geschied, zou kunnen verwezenlijken ten opzichte van bezoekers van de Flora die - naar [eiseres] blijkbaar bedoelt - niet als gebruikers met het water van de whirlpool in aanraking komen. Aldus stelt het onderdeel de vraag aan de orde in hoeverre het ontstaan, de aard en de omvang van de schade zoals deze zich in het onderhavige geval heeft voorgedaan, voor [eiseres] kenbaar en voorzienbaar moeten zijn geweest.

3.6.3 Bij de beantwoording van deze vraag moet worden vooropgesteld dat het gaat om een veiligheidsnorm waarvan het Hof - zoals hiervoor al is overwogen - heeft vastgesteld dat zij moet worden nageleefd met het oog op het voorkomen en bestrijden van een - ernstig - algemeen gevaar voor de gezondheid van mensen. Het Hof heeft geoordeeld dat dit gevaar aan [eiseres] bekend behoorde te zijn en dat zij maatregelen had dienen te nemen om te voorkomen dat dit gevaar zich zou kunnen verwezenlijken. Met dit een en ander heeft het Hof tot uitdrukking gebracht dat [eiseres] alleen dan van het nemen van veiligheidsmaatregelen had mogen afzien, als in de gegeven omstandigheden het ontstaan van dit gevaar en de gevolgen daarvan voor de gezondheid van bezoekers van de Flora redelijkerwijze niet viel te verwachten. Uit de hiervóór in 3.3.5-7 vermelde overwegingen van het Hof blijkt dat en waarom het Hof van oordeel was dat [eiseres] ook in de gegeven omstandigheden niet had mogen afzien van het nemen van vorenbedoelde veiligheidsmaatregelen.

3.6.4 In de eerste plaats heeft het Hof op grond van hetgeen hiervoor in 3.3.7 is vermeld over de mogelijkheid van verspreiding van de legionellabacterie, klaarblijkelijk de conclusie getrokken dat de gevolgen die zich in dit geval hebben voorgedaan, moeten worden gezien als gevolgen die naar objectieve maatstaven redelijkerwijze te verwachten zijn bij de schending van de door het Hof aangenomen veiligheidsnorm. In de tweede plaats heeft het Hof geoordeeld dat [eiseres] in de omstandigheden als in 3.3.5 vermeld gehouden was ten minste de normale en weinig kostbare veiligheidsmaatregelen te nemen ter voorkoming van het

ontstaan van een ernstig gevaar voor de gezondheid van mensen, met het bestaan van welk gevaar zij in elk geval bekend behoorde te zijn. Uit dit een en ander volgt dat het voor de te dezer zake in acht te nemen zorgvuldigheid naar het oordeel van het Hof niet van belang was in hoeverre [eiseres] die (zoals hiervóór in 3.3.6 omschreven) nalatig is gebleven om de minimaal vereiste en ook doeltreffende zorg ter voorkoming van dit gevaar in acht te nemen, ervan op de hoogte was op welke wijze en met welke buitengewoon ernstige gevolgen dit gevaar zich in een situatie als de onderhavige zou kunnen verwezenlijken. Deze oordelen van het Hof geven niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Zij zijn ook niet onbegrijpelijk of ontoereikend gemotiveerd en kunnen in cassatie, verweven als zij zijn met waarderingen van feitelijke aard, verder niet op juistheid worden getoetst.

3.6.5 Onderdeel 2b kan op grond van het vorenstaande evenmin tot cassatie leiden.

3.7 Middel II klaagt erover dat het Hof niet is ingegaan op het door [eiseres] in eerste aanleg aangevoerde en in hoger beroep gehandhaafde beroep op de verkeersopvattingen en het argument dat aansprakelijkheid van [eiseres] in een situatie als deze - terwijl de overheid zo zeer tekortgeschoten is - naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. [Eiseres] heeft in dit verband gewezen op de discrepantie tussen haar gebrek aan wetenschap dan wel verwijtbaarheid en het geringe voordeel dat zij heeft behaald met haar deelname aan de expositie enerzijds en de hoogte van de met haar aansprakelijkheid gemoeide (en niet door haar WA-polis gedekte) schade anderzijds. Het middel betoogt dat het Hof ten onrechte niet heeft beslist op dit verweer dan wel zijn beslissing ontoereikend heeft gemotiveerd.

3.8 Juist is weliswaar dat als regel geldt dat in eerste aanleg gevoerde en in hoger beroep niet prijsgegeven, verweren die zijn verworpen of buiten behandeling zijn gebleven, binnen de grenzen van het door de andere partij ingestelde hoger beroep, bij gegrondbevinding van een of meer grieven, opnieuw dan wel alsnog moeten worden behandeld, doch aan de toepassing van deze regel is het Hof in het door [verweerder] c.s. ingestelde hoger beroep niet toegekomen, omdat de vorderingen in dit hoger beroep van [verweerder] c.s. reeds op andere gronden niet toewijsbaar bleken te zijn. Indien immers het eindvonnis waarbij de vorderingen zijn afgewezen, wordt bekrachtigd, is het Hof in het algemeen niet gehouden ook andere verweren die mogelijk gegrond zijn, te behandelen. Daartoe had het Hof in dit geval ook al geen reden, nu het hier een kort geding betrof waarin het Hof slechts voorlopige oordelen kon geven en [eiseres] in het hoger beroep van [verweerder] c.s. niet in de kosten was veroordeeld. Het middel kan dus bij gebrek aan belang niet tot cassatie leiden.

#### 4. Beslissing

De Hoge Raad:  
verwerpt het beroep;  
veroordeelt [eiseres] in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van [verweerder] c.s. begroot op nihil.

Dit arrest is gewezen door de vice-president R. Herrmann als voorzitter en de raadsheren A.E.M. van der Putt-Lauwers, O. de Savornin Lohman, A. Hammerstein en P.C. Kop, en in het openbaar uitgesproken door de raadsheer A. Hammerstein op 29 november 2002.

\*\*\* Conclusie \*\*\*

01/060 HR  
Mr. D.W.F. Verkade  
Zitting 21 juni 2002

Conclusie inzake:  
[Eiseres]  
tegen  
1. [Verweester 1]  
2. [Verweerder 2]

## 1. Inleiding

1.1. Het cassatieberoep in deze zaak komt voort uit voorschotvorderingen in kort geding van [verweester 1] en [verweerder 2] jegens [eiseres], handelaar in whirlpools, in verband met het overlijden van [verweester 1]'s echtgenoot en de ziekte van [verweerder 2] na hun bezoek aan de Westfrieze Flora te Bovenkarspel in februari 1999.

[Eiseres] exposeerde daar een whirlpool in werking. Uitgangspunt in cassatie is dat [betrokkene 1] overleed en [verweerder 2] ziek werd door besmetting met legionellabacteriën via aërosolen uit de whirlpool van [eiseres].

Het hof heeft [eiseres] aansprakelijk geoordeeld. De vorderingen werden echter niet toegewezen wegens, kort gezegd, onvoldoende onderbouwing van de schade en onvoldoende spoedeisendheid respectievelijk executierisico.

[Eiseres] is toch in cassatie gegaan, met een beroep op onder meer processueel belang i.v.m. een hem treffende proceskostenveroordeling. [Verweester 1] en [verweerder 2] zijn in cassatie niet verschenen.

Het geding in cassatie betreft, kort gezegd, klachten over toepassing van geschreven en ongeschreven normen, waaronder zgn. Schutzorm-aspecten; over de door [eiseres] bestreden kenbaarheid voor haar van de gebleken risico's; en over toerekening in verband met stellingen van [eiseres] over verkeersopvattingen en redelijkheid en billijkheid.

1.2. Afgaande op Van Dale,(1) behoort het woord whirlpool tot de Nederlandse taal. Van Dale vermeldt:

'whirlpool [Eng.], wervelbad, bubbelbad'

alsmede:

'wervelbad (het), klein zwembad, met zeer warm water, waarin vanuit de bodem heet water of hete lucht geblazen wordt, zodat de bader een soort onderwatermassage krijgt'

en:

'bubbelbad (het), zwembad waarin door een sterke stroom bellen worden gevormd en het zeer warme water tegen het lichaam wordt gespoten om een masserend effect te bereiken'.

## 2. Feiten(2)

2.1. Van 19 tot 28 februari 1999 vond in de veilinghallen van de Coöperatieve Nederlandse Bloembollencentrale (hierna: CNB) in Bovenkarspel de 'Westfrieze Flora' (hierna: de Flora) plaats. De Flora omvatte een bloemententoonstelling en een consumentenbeurs. Zij was georganiseerd door de Stichting Westfrieze Flora.

2.2. Op de beurs stonden twee standhouders die whirlpools tentoonstelden, [eiseres] (eiseres tot cassatie) en een zekere [betrokkene 2]. De stand van [eiseres] bevond zich in hal 3, die van [betrokkene 2] in hal 4.

2.3. Een of twee dagen vóór de opening is de whirlpool van [eiseres] met water gevuld uit het waterleidingnet van de veilinghallen. Tijdens de expositie heeft [eiseres] het water voortdurend op een temperatuur van ongeveer 37,5 graden Celsius gehouden. Het water heeft overdag steeds gebruikt of gebubbeld en is niet vervangen, noch op enige manier gezuiverd of ontsmet.

2.4. De beurs is bezocht door ongeveer 80.000 bezoekers, die allen door het gedeelte van de consumentenbeurs zijn geleid. De stand van [eiseres] stond daar meteen links na de ingang, tegenover de garderobe.

2.5. In de tweede week van maart 1999 werden in ziekenhuis het Westfrieze Gasthuis in Hoorn twaalf patiënten opgenomen met een atypische pneumonie. Op 11 maart 1999 vond een inventarisatie plaats door de behandelend specialisten en op diezelfde dag werden acht patiënten getest op legionelle pneumophila type 1. Bij zeven van de acht patiënten was de test positief.

2.6 Op 14 maart 1999 werd een onderzoeksteam samengesteld bij het Centrum voor Infectieziekten Epidemiologie (CIE) van het Rijksinstituut voor Volksgezondheid en Milieu (RIVM). Dit team heeft, met het oog op een mogelijk verband tussen de Flora en de geconstateerde legionelle pneumonie, in opdracht van het Ministerie van Volksgezondheid,

Welzijn en Sport (VWS) een inventarisatie gemaakt van mogelijk verdachte apparaten op de Flora, in het bijzonder de aërosolvormende en watervernevelende apparatuur. Ook werd een monsternamenlijst georganiseerd.

2.7. Het onderzoek heeft geleid tot vier rapportages, respectievelijk van 16 april 1999, 21 juni 1999, 23 augustus 1999, en nadien nog van maart 2000.

2.8. In de conclusie van het rapport van het RIVM van 23 augustus 1999 staat onder meer:(3)  
'In drie apparaten op de Flora werd *L.pneumophila* aangetroffen, van dezelfde typen die verantwoordelijk waren gebleken voor ziekte bij bezoekers aan de Flora. (...) In de twee epidemiologische onderzoeken komt een sterke associatie van blootstelling aan één van deze apparaten, namelijk de whirlpool in hal 3, en een verhoogd risico op legionellose naar voren. In tegenstelling tot de whirlpool in hal 4 is de whirlpool in hal 3 tijdens de Flora niet ververst, steeds op een temperatuur van 37° à 38°C gehouden en doorlopend in werking geweest. Terwijl op grond van het eerder gerapporteerde brononderzoek beide whirlpools als mogelijke bron van besmetting konden worden aangewezen, geven de epidemiologische studies aan dat de whirlpool in hal 3 de meest waarschijnlijke bron is. Daarbij zij opgemerkt dat niet feitelijk is vastgesteld hoe de *Legionella*-besmetting in deze whirlpool is geïntroduceerd.'

2.9. De conclusies van het rapport van het RIVM van maart 2000 luiden:(4)

1. Met het aantonen van twee aan patiëntenisolaten genotypisch identieke *Legionella pneumophila* omgevingsisolaten in drie apparaten die op de WF (de Westfriese Flora, A-G) gebruikt werden, staat nagenoeg vast dat de bron van de epidemie van WF-geassocieerde *legionella*-pneumonieën zich heeft bevonden op de WF, die in de CNB-hallen te Bovenkarspel gehouden werd.
2. Van de drie apparaten heeft de whirlpool in hal 3 waarschijnlijk het meest bijgedragen aan verspreiding van *L. pneumophila* in de CNB-hallen, tijdens de WF. Argumenten hiervoor zijn dat de bij microbiologisch onderzoek gevonden bacteriële concentratie aanzienlijk sterker was dan die van de twee andere kweek-positieve apparaten, het water niet ververst is tijdens de Flora, geen werkzame desinfectie werd toegepast, dat het apparaat in tegenstelling tot de andere apparaten overdag tijdens de Flora continue bubbelde en bruisde en op een temperatuur van 37-39°C werd gehouden.
3. De conclusies van dit onderzoek ten aanzien van de belangrijkste (ziekmakende) besmettingsbron (W3) worden bevestigd door de uitkomsten van een patiënt-controle en een cohort onderzoek, uitgevoerd om de exacte locatie van blootstelling aan *Legionella* spp op het WF-terrein vast te stellen, die aangeven dat de whirlpool in hal 3 de meest waarschijnlijke bron van infectie is (zie separate RIVM-rapporten).
4. *Legionella* is waarschijnlijk in de whirlpool in hal 3 binnengekomen bij de vulling van het apparaat op 17 februari. De epidemische curve geeft aan dat een amplificatie periode van enkele dagen nodig was om de concentratie te doen stijgen tot voor de mens ziekmakende hoogte.
5. Niet uitgesloten kan worden dat de whirlpool in hal 4 heeft bijgedragen aan de verspreiding van *Legionella* spp. Desinfectie werd bij dit apparaat evenmin toegepast. Bij deze whirlpool werd een lage bacteriële concentratie gevonden en werd het water halverwege de Flora volledig ververst, terwijl het apparaat alleen tijdens demonstraties bubbelde en bruisde.
6. Verspreiding door de vernevelaar in hal 8 is eveneens niet uit te sluiten, maar niet erg waarschijnlijk gezien het beperkte gebruik van het apparaat en de temperatuur van het water in het apparaat, welke zeker lager dan 20°C was.
7. Verspreiding door andere potentieel risicovolle apparaten, zoals de fontein in hal 5 en 13 en de bubbelmat-baden in hal 3 en 4 is evenmin uit te sluiten, maar onwaarschijnlijk gezien de temperatuur van het gebruikte water (lager dan 20°C), het regelmatige verversen van het water en omdat twee weken na beëindiging van de WF in deze apparaten geen *L. pneumophila* werd aangetroffen.
8. Het is waarschijnlijk dat *L. pneumophila* de drie kweek-positieve apparaten is binnengekomen met water uit het waterleidingnetwerk van de CNB-hallen, die de bacteriën op haar beurt mogelijk via het PWN waterleidingnetwerk heeft binnengekregen. Argumenten hiervoor zijn het isoleren van identieke genotypen van *L. pneumophila* in één van elkaar verwijderde apparaten, de constatering dat twee van de drie apparaten nieuw waren (W3 en V8) en nooit eerder met water gevuld en het gegeven dat alle drie [de] apparaten gevuld werden met water uit de waterleiding van de CNB-hallen.



9. De concentratie van de vermoedelijk in de waterleiding van de CNB-hallen voorkomende Legionella zou met name in de hallen 3 en 4 verhoogd geweest kunnen zijn, omdat de op drie meter hoogte hangende PE-leiding in deze hallen met water gevuld was en gedurende enige maanden niet gebruikt was, terwijl in het Oostelijke deel van hal 3 voorafgaande aan de Flora temperaturen van ten minste 30°C heersten. Een dergelijke situatie is gunstig voor handhaving of zelfs uitgroei van L. pneumophila; de whirlpools W3 en W4 werden vóór opening van de Flora gevuld met water uit die ringleiding, op een moment dat er nog weinig doorstroming was geweest.

10. De Legionella die vermoedelijk in de waterleiding van de CNB-hallen aanwezig was zou zowel in de delen achter PWN-aansluiting "Hoofdstraat 1" als achter PWN-aansluiting "Veilingweg 5" moeten hebben gezeten omdat W3 en W4 vanuit het ene en V8 vanuit de andere gevuld zijn.

11. Het is mogelijk dat de Legionella in de waterleiding van de CNB-hallen is gekomen door introductie van (vrijwel zeker zeer lage concentraties) vanuit het PWN-waterleidingnet.

12. Dat L. pneumophila niet werd aangetroffen in water van PWN-aansluitingen en in de waterleidingen van de CNB-hallen kan verklaard worden door zeer lage concentraties (PWN) en door fors gebruik en doorstroming van het CNB-waterleiding systeem tijdens de WF waardoor een initiële hogere concentratie 'uitgespoeld' kan zijn.'

2.10. Ruim tweehonderd bezoekers van de Flora zijn ziek geworden en vertoonden symptomen van legionellose. Op 23 december 1999 waren 28 bezoekers overleden.

### 3. Procedureverloop

3.1. De - niet verschenen - verweerster in cassatie sub 1 ([verweerster 1]) heeft de president van de rechtbank te Alkmaar bij inleidende dagvaarding van 30 november 1999 gevraagd [eiseres] te veroordelen tot betaling van een voorschot van f. 100.000,- op schadevergoeding. Haar echtgenoot had de Flora bezocht en is daarna komen te overlijden.

3.2. De - evenmin verschenen - verweerder in cassatie sub 2 ([verweerder 2]) heeft een voorschot van [eiseres] gevorderd van f. 50.000,-. Hij heeft de Flora bezocht, waarna bij hem letsel is geconstateerd.

3.3. [Verweerster 1] en [verweerder 2] (hierna [verweerder] c.s.) stelden dat het overlijden, respectievelijk het letsel het gevolg is van een besmetting met een legionellabacterie die afkomstig is uit de whirlpool van [eiseres]. [Eiseres] zou verwijt treffen, omdat zij niet de noodzakelijke veiligheidsmaatregelen in acht heeft genomen die de besmetting hadden kunnen voorkomen.(5) [Eiseres] was als handelaar in whirlpools ervan op de hoogte, of had moeten weten dat een whirlpool een potentiële bron van legionellabesmetting is. Zij had daarom veiligheidsmaatregelen moeten nemen, bestaande in: het water in de whirlpool op juiste temperatuur houden, chloreren en verversen.(6)

3.4. Bij (tussen-)vonnis van 23 december 1999 heeft de president beslist dat [eiseres] jegens [verweerder] c.s. een fout heeft begaan. Aan [verweerder] c.s. werd gelegenheid geboden nadere informatie te verschaffen over het causaal verband tussen het gedrag van [eiseres] en het overlijden, respectievelijk het letsel en over de omvang van de geleden schade.(7) De president heeft in zijn eindvonnis van 20 januari 2000 de gevorderde voorschotten afgewezen vanwege het ontbreken van voldoende vaststaand causaal verband tussen oorzaak en (gepretendeerd) gevolg, met veroordeling van [verweerder] c.s. in de kosten van het geding.

3.5. [Eiseres] heeft bij het gerechtshof te Amsterdam hoger beroep ingesteld tegen het tussenvonnis van de president. Zij stelde dat ten onrechte haar aansprakelijkheid was aangenomen, (o.m.) omdat:

'zij ten tijde van de Flora niet bekend was en ook niet behoefde te zijn met het bestaan en het gevaar van de ontwikkeling van legionellabacteriën in de whirlpool en ook niet met het gevaar dat besmetting daarmee kan worden veroorzaakt door de expositie van een whirlpool in werking.'(8)

3.6. Het afzonderlijk ingestelde hoger beroep van [verweerder] c.s. betrof zowel het

tussenvonnissen als het eindvonnis van de president.

3.7. De appellanten van [eiseres] respectievelijk [verweerder] c.s. kregen de rolnummers 74/00 SKG resp. 185/00 KG. Het hof heeft de zaken bij incidenteel arrest van 18 mei 2000 gevoegd.

3.8. Het hof kwam bij arrest van 4 januari 2001 o.m. tot het voorlopige oordeel dat [eiseres] jegens [verweerder] c.s. een toerekenbare onrechtmatige daad heeft gepleegd omdat [eiseres] een (ongeschreven) veiligheidsnorm heeft overschreden en voor haar kenbaar was dat dit gezondheidsschade kon veroorzaken (r.o. 6.1 e.v.; conclusie in r.o. 6.20).

Anders dan de president achtte het hof ook voorshands aannemelijk dat de onderhavige legionellabesmetting is veroorzaakt door de whirlpool van [eiseres] (r.o. 8.15). Het hof heeft de vorderingen van [verweerder] c.s. niettemin afgewezen, kort gezegd wegens onvoldoende onderbouwing van de schadeposten en onvoldoende spoedeisend belang, respectievelijk executierisico. In cassatie zijn deze aspecten van de zaak niet aan de orde.

De vonnissen waarvan beroep werden met verbetering van gronden bekrachtigd. In de zaak met rolnummer 74/00 SKG werd [eiseres] in de kosten van het hoger beroep veroordeeld, die tot op dat moment werden begroot op f. 6.895. In de zaak met rolnummer 185/00 KG werden [verweerder] c.s. in de appelkosten veroordeeld, tot op dat moment begroot op f. 5.575,--.

3.9. [Eiseres] heeft (tijdig)(9) cassatieberoep ingesteld. Tegen [verweerder] c.s. is verstek verleend.

#### 4. Ontvankelijkheid in cassatie

4.1. [Eiseres] heeft cassatieberoep ingesteld tegen een uitspraak van het hof in kort geding. Nu het oordeel van de kortgedingrechter(10) - zelfs van de Hoge Raad in kort geding - geen prejudiciële werking heeft ten aanzien van de zaak ten principale(11), en nu er geen voorlopige voorzieningen zijn opgelegd, rijst - met een voorzet van [eiseres] in haar s.t. maar ook ambtshalve - de vraag of [eiseres] een voldoende processueel belang heeft bij haar cassatieberoep (vgl. art. 3:303 BW).

4.2. Wat [eiseres] daartoe onder 8 en 9 van de s.t. aanvoert, is ontoereikend. Haar betoog komt erop neer dat zij een principiële uitspraak van de Hoge Raad wil i.v.m. procedures die andere benadeelden nog jegens haar kunnen beginnen. Het verkrijgen van een principiële uitspraak door een hogere instantie wordt door de Hoge Raad evenwel niet als een voldoende belang aangemerkt.(12) Daarvoor is te minder aanleiding in een kort geding.

4.3. Aldus resteert als 'belang' de in de s.t. onder 7 genoemde proceskostenveroordeling in hoger beroep ad f. 6.895,--.

Kort en krachtig: de proceskostenveroordeling levert wél voldoende belang op voor [eiseres'] cassatieberoep.(13)

#### 5. Bespreking van de cassatiemiddelen

##### Middel 1

5.1. Het eerste middel heeft betrekking op r.o. 6.19 van het arrest van het hof, die mede dragend is voor 's hofs in r.o. 6.20 neergelegde voorlopige oordeel dat [eiseres] jegens [verweerder] c.s. een toerekenbare onrechtmatige daad heeft gepleegd. Het hof oordeelde (mijn cursiveringen, A-G):

'6.19. Ook als de in 6.14 beschreven nalatigheid van [eiseres] heeft geleid tot de verwezenlijking van een - zoals zij met haar in 6.16 weergegeven stellingen aanvoert - haar toen niet bekend gevaar, zijnde het gevaar van groei van de [eiseres] niet bekende legionellabacterie die zich via de haar onbekende weg van aerosolen heeft verspreid in de expositieruimte, is zij niettemin aansprakelijk voor de schade die het gevolg is van haar nalaten de ozongenerator van de whirlpool gedurende zekere tijd in werking te hebben en te houden alsmede haar nalaten om andere veiligheidsmaatregelen te treffen, waartoe in het bijzonder het chloreren van het water behoort. Nu [eiseres] een dergelijke (ongeschreven) veiligheidsnorm heeft geschonden is het voldoende dat kenbaar is dat dit nalaten schade van een algemene

soort - in dit geval: gezondheidsschade - kan veroorzaken. De specifieke aard van de schade en het causale verloop behoeven niet kenbaar te zijn aan [eiseres]. Zulks is slechts anders indien [eiseres] aannemelijk maakt dat het nemen van de destijds vereiste veiligheidsmaatregelen de verwezenlijking van het gevaar van legionellose waarschijnlijk niet had kunnen voorkomen. [Eiseres] heeft dit, tegenover de gemotiveerde betwisting daarvan door [verweerder] c.s., en gelet op hetgeen hiervoor is overwogen, voorshands niet aannemelijk gemaakt.'

5.2. [Eiseres] had o.m. gesteld (r.o. 6.3 van het bestreden arrest):

'dat van overheidswege toentertijd geen maatregelen werden voorgeschreven om een dergelijke besmetting vanuit een geëxposeerde whirlpool voor particulier gebruik te voorkomen. Als (eenvoudige) handelsonderneming in whirlpools hoefde zij niet op de hoogte te zijn van een rapport van de Gezondheidsraad uit 1986, medische literatuur en enkele gevallen in het buitenland die wijzen op een mogelijk gevaar van een legionellabesmetting vanuit een whirlpool.'

En:

'[Eiseres] bestrijdt dat de chloreringseisen aan water in whirlpools, die zijn vereist ingevolge de Wet hygiëne en veiligheid zwemgelegenheden (WHVZ), op haar van toepassing zijn, omdat deze wettelijke regelingen alleen betrekking hebben op openbaar toegankelijke whirlpools.'

Onderdeel 1(a)

5.3. Onderdeel 1(a) klaagt erover dat het hof heeft verzuimd te beslissen op de hiervoor in § 5.2 weergegeven stellingen van [eiseres] dat (kort gezegd) op haar ten deze geen overheidsvoorschriften van toepassing waren.

5.4. De wettelijke regeling waarvan de toepasselijkheid door [eiseres] is bestreden en door het hof in het midden is gelaten, heet voluit: de Wet hygiëne en veiligheid badinrichtingen en zwemgelegenheden. (14)

De regeling is ingevolge artikel 2 van toepassing op badinrichtingen. In artikel 1 wordt badinrichting omschreven als:

'een voor het publiek of voor personen, behorende tot bij algemene maatregel van bestuur aangewezen categorieën, toegankelijke plaats, welke is ingericht om te worden gebruikt voor het zwemmen of baden, tezamen met de daarbij behorende terreinen, gebouwen, getimmeren en uitrustingen'.

De considerans van de wet luidt:

'Alzo Wij in overweging genomen hebben, dat het wenselijk is bij de wet regelen te stellen met betrekking tot de hygiëne en de veiligheid in zweminrichtingen'.

Ik zal de regeling in het vervolg korthedshalve aanduiden als de WHVBZ of als de 'wettelijke badhuis- & zwembadnormen'.

5.5. Ingevolge art. 6:162, lid 2, BW zijn de geldende onrechtmatigheidscriteria: (i) inbreuk op een recht, (ii) strijd met een wettelijke plicht en (iii) strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt.(15)

De derde grond van (thans) art. 6:162, lid 2, BW is, zoals bekend, al in 1919 door de Hoge Raad aanvaard in het befaamde arrest Lindenbaum/Cohen.(16)

Het gaat om alternatieve, niet cumulatieve gronden voor aansprakelijkheid. Aan de toevoeging door de rechtspraak in 1919, en door de wetgever in 1992 van het criterium (iii) strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt als een zelfstandig criterium, ontleent dat criterium juist zijn belangrijkste betekenis.

5.6. Middelonderdeel 1 onder (a) miskent dit.

Het miskent daarmee dat voor het hof, dat zijn oordeel over het onrechtmatig handelen van [eiseres] in de r.ovv. 6.19 en 6.20 onmiskienbaar heeft gebaseerd op overtreding van een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm (categorie (iii) naar de indeling in § 5.5 hierboven), een oordeel over de al dan niet toepasselijkheid van wettelijke veiligheidsnormen (categorie (ii) naar de indeling in § 5.5 hierboven) overbodig was. Er bestond voor het hof geen reden, noch een plicht om [eiseres'] hier bedoelde argumenten te bespreken.

5.7. Niettegenstaande het zelfstandige karakter van ongeschreven zorgvuldigheidsnormen (categorie (iii)), kán de aanvaarding of niet-aanvaarding, of de inhoudsbepaling van zulke normen onder omstandigheden beïnvloed worden door het bestaan van geschreven wettelijke normen (categorieën (i) en (ii)). Het kán namelijk voorkomen dat uit de strekking of de geschiedenis van de afbakening van een wel bestaande, maar op het gegeven geval niet toepasselijke wettelijke norm, zou kunnen of moeten worden afgeleid dat de wetgever bedoeld heeft om buiten het afgebakende gebied juist vrijheden te laten bestaan die niet aan de hand van criterium (iii) alsnog onrechtmatig verklaard zouden behoren te worden.(17) Dat een dergelijke situatie zich met betrekking tot de in deze zaak aan de orde zijnde 'badhuis- & zwembadnorm' ter voorkoming van besmetting met legionellabacteriën in openbaar toegankelijke badhuis- of zwembad-whirlpools zou voordoen, en zulks met name ten gunste van voor het publiek toegankelijke exposities met demonstratiemateriaal, is door [eiseres] evenwel niet gesteld, en terecht niet. De (geschiedenis van de) de WHVBZ geeft tot een zodanig oordeel geen enkele aanleiding.

5.8. Onder de gegeven omstandigheden zou ik menen dat [eiseres] bij de klacht onder 1(a) geen belang heeft, nu een antwoord van het hof op de vraag of de betrokken wettelijke regeling al dan niet op [eiseres'] expositie op de Flora van toepassing is, niet afdoet aan het oordeel waartoe het hof op basis van een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm is gekomen. Onderdeel 1(a) is daarmee tevergeefs voorgesteld.

Onderdeel 1(b)

5.9. Onderdeel 1(b) gaat uit van de veronderstelling dat het hof wél beslist heeft op [eiseres'] door het hof in zijn r.o. 6.3 samengevatte en hierboven in § 5.2 gereleveerde verweer, en dit verweer kennelijk heeft verworpen.

Zoals ik hierboven aangaf, heeft het hof het verweer kennelijk niet relevant geoordeeld. Dat is heel iets anders dan: verwerping op inhoudelijke gronden, waarbij het hof bijv. geoordeeld zou hebben dat [eiseres] de WHVBZ wél zou hebben overtreden. Zou het onderdeel in laatstgenoemde zin bedoeld zijn, dan mist het feitelijke grondslag, zoals uit mijn commentaar op onderdeel 1(a) moge blijken.

Ik zal onderdeel 1(b) evenwel opvatten alsof het mede de terzijdestelling wegens irrelevantie bestrijdt.

5.10. Aldus verstaan bestrijdt het onderdeel 's hofs irrelevantverklaring van de verondersteld niet toepasselijke wettelijke voorschriften(18) als onjuist, althans onbegrijpelijk:

omdat het hof in r.o. 6.19 ten onrechte schending door [eiseres] van een op haar rustende (ongeschreven) veiligheidsnorm,

- nl. 'haar nalaten de ozongenerator van de whirlpool gedurende zekere tijd in werking te hebben en te houden alsmede haar nalaten om andere veiligheidsmaatregelen te treffen, waartoe in het bijzonder het chloreren van het water behoort' -

een norm die volgens [eiseres] enkel was gericht op de veiligheid van gebruikers van een whirlpool, heeft doorgetrokken ('de "stap" heeft genomen') naar schending van een (ongeschreven) veiligheidsnorm die was gericht op de veiligheid van bezoekers van een expositieruimte waarin zich een whirlpool bevindt (mijn cursiveringen, A-G).

5.11. Ook onderdeel 1(b) miskent dat het hof zich niet behoefde te bekommeren over de al of niet toepasselijkheid van de meer genoemde wettelijke 'badhuis- & zwembadnormen' van de WHVBZ: normen die men onder de eerder bedoelde categorie (ii) van art. 6:162, lid 2 BW moet vatten. Het hof oordeelde - en kon oordelen - op basis van een ongeschreven betamelijkheidsnorm, eerder aangeduid als behorend tot categorie (iii) van art. 6:162, lid 2, BW.

Als het ware via de achterdeur probeert [eiseres] met middelonderdeel 1(b) aan de wettelijke 'badhuis- & zwembadnormen' toch nog relevantie toe te kennen. Door te poneren dat het hof een norm, gericht op bescherming van baders/zwemmers van publieke whirlpools, heeft doorgetrokken naar de bescherming van bezoekers van een expositie waar een whirlpool staat te bubbelen, zou het hof een stap te ver zijn gegaan, aldus het onderdeel.

Daarmee berust onderdeel 1(b) op een onjuiste lezing van 's hofs arrest. Zoals gezegd, heeft het hof nu juist niet aangeknoopt bij de wettelijke 'badhuis & zwembad'-normen, maar bij een

ongeschreven zorgvuldigheidnorm. De door het hof aanvaarde ongeschreven zorgvuldigheidnorm maakt geen onderscheid tussen baders en zwemmers enerzijds, en anderzijds bezoekers/kijkers/passanten bij een publieke expositie (in casu 80.000 bezoekers in tien dagen,(19) een aantal waarvan de gemiddelde zwembadexploitant alleen maar kan dromen). Bezoekers van een expositie met een demonstratiemodel in werking kunnen net zo goed als baders en zwemmers besmet raken, via aërosolen. In de door het hof aanvaarde ongeschreven zorgvuldigheidnorm wordt het door [eiseres] bedoelde onderscheid allicht niet gemaakt.

5.12. Voor zover onderdeel 1(b) niet reeds afstuit op ontbreken van feitelijke grondslag wegens onjuiste lezing van 's hofs arrest, faalt het op een materiële grond. Het faalt omdat 's hofs rechtsopvatting met betrekking tot de door hem aangenomen ongeschreven veiligheidsnorm en met betrekking tot de daarmee te beschermen belangen (incl. bezoekers/passanten bij een expositie) juist is. Zijn oordeel is allerm minst onbegrijpelijk en behoefde geen nadere motivering.

5.13. Hoewel het middelonderdeel niet met zo veel woorden het relativiteitsvereiste van art. 6:163 BW aanduidt, merk ik - ten overvloede - daarover nog het volgende op. Het vereiste houdt in dat de geschonden norm moet strekken 'tot bescherming tegen de schade zoals de benadeelde die heeft geleden' . Ik onderken dat dit vereiste ook geldt ook bij een gedraging die onrechtmatig is wegens strijd met categorie (iii): strijd hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt.(20)

5.14. In de geciteerde woorden van art. 6:163 BW ligt volgens de parlementaire geschiedenis besloten dat de geschonden norm moet strekken ter bescherming van de benadeelde personen, en dat de soort van de schade en de wijze waarop de schade is ontstaan binnen het bereik van die bescherming moeten vallen.(21) De klacht raakt het eerste aspect.

5.15. Het hof verwoordt de geschonden norm, die het hof bij gebrek aan specifieke richtlijnen heeft opgemaakt uit informatie aan de gebruiker van whirlpools, waartoe in het bijzonder (een aantal door partijen overgelegde) handleidingen voor het particulier gebruik behoorden (vgl. r.ovv. 6.4- 6.8)(22) in r.o. 6.19 aldus:  
'nalaten de ozongenerator van de whirlpool gedurende zekere tijd in werking te hebben en te houden alsmede (...) nalaten om andere veiligheidsmaatregelen te treffen, waartoe in het bijzonder het chloreren van het water behoort.'

5.16. Ik verwijs verder naar - de in cassatie onbestreden - r.o. 6.9 waar het hof overweegt dat voorshands aannemelijk is dat [eiseres] wist of behoorde te weten dat bij gebruik van een whirlpool in het water van de whirlpool bacteriegroei kan plaatsvinden en dat ter voorkoming en/of bestrijding van die bacteriegroei:  
'het water in de whirlpool moet worden ontsmet met behulp van chemicaliën (waaronder chloor) en/of het gebruik van een ozongenerator, indien, zoals in het geval van de geëxposeerde whirlpool van [eiseres], de whirlpool met laatstgenoemd apparaat is uitgerust. Voorts dient het water van de whirlpool regelmatig gecontroleerd te worden met behulp van een testset'.

5.17. De norm strekt volgens het hof dus ter voorkoming en/of bestrijding van bacteriegroei in het water, terwijl volgens het hof deze bacteriegroei een gevaar voor de gezondheid van de mens vormt (r.ovv. 6.9, 6.14 en 6.15). [Eiseres] heeft deze oordelen niet bestreden.

5.18. Ik verwijs voorts naar r.o. 6.18 waarin het hof - eveneens in cassatie onbestreden - oordeelde:  
'Tussen partijen is voorts niet in geschil dat door het bubbelen of bruisen van het water in de whirlpool aërosolen ontstaan die als drager van de zich in het water van de whirlpool bevindende legionellabacterie kunnen hebben gediend en dat als gevolg daarvan de legionellabacterie in de lucht van de expositieruimte terecht kan zijn gekomen, welke bacteriën door bezoekers hebben kunnen worden ingeademd en kunnen hebben geleid tot de legionellabesmetting.'

Zie in dit verband ook r.o. 6.17.

5.19. Aldus heeft het hof geoordeeld dat de geschonden (ongeschreven) norm strekt ter voorkoming en/of bestrijding van gezondheidsschade door bacteriegroei in het water en dat bij bruisend en bubbelend water aërosolen ontstaan die de zich in het water bevindende legionellabacterie kunnen dragen en die langs die weg tot een legionellabesmetting kunnen leiden. Het is dan ook niet (om niet te zeggen: allerm minst) onjuist, noch (om niet te zeggen: allerm minst) onbegrijpelijk dat het hof ervan is uitgegaan dat de betrokken veiligheidsnorm mede strekt ter bescherming van bezoekers van een expositie waar een whirlpool werd tentoongesteld waarin het water overdag steeds bruisde en bubbelde. Onderdeel 1b wordt ook om die reden tevergeefs voorgesteld.

Onderdeel 2(a) van middel I

5.20. Zoals hiervoor in § 5.1 weergegeven, oordeelde het hof in r.o. 6.19 dat óók als [eiseres] niet met het specifieke gevaar van - kort gezegd - de groei van de legionellabacterie bekend was, zij niettemin aansprakelijk is, nu voldoende kenbaar is dat haar nalaten schade van een algemene soort (gezondheidsschade) kon veroorzaken en dat zulks slechts anders is als zij aannemelijk maakt dat de destijds vereiste veiligheidsmaatregelen het in concreto opgetreden gevaar niet hadden kunnen voorkomen.

5.21. Onderdeel 2(a) van middel I betoogt dat het hof aldus oordelende heeft miskend dat voor aansprakelijkheid voor gezondheidsschade slechts plaats is als de exploitant van de whirlpool bekend is met, althans redelijkerwijs bekend had kunnen zijn met, althans redelijkerwijs enig vermoeden had kunnen hebben van (i) het ontstaan, (ii) de aard en (iii) de omvang van de schade, en (iv) 'het causale verloop', althans dat onvoldoende is dat kenbaar is dat het nalaten schade van een algemene soort (de 'gezondheidsschade') kan veroorzaken.

5.22. Uit het Kelderluik-arrest van de Hoge Raad van 1965 citeer ik: 'dat alleen in het licht van de omstandigheden van het gegeven geval kan worden beoordeeld of en in hoever aan iemand die een situatie in het leven roept welke 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 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.'(23)

In deze overwegingen van de Hoge Raad ligt inderdaad een kenbaarheidseis besloten. De criteria zijn in rechtspraak en literatuur nader uitgewerkt.(24)

5.23. De Hoge Raad oordeelde in 1994 in het Taxus-arrest (r.o. 3.4.3): 'De in het maatschappelijke verkeer betamende zorgvuldigheid reikt niet zó ver dat degeen die een plant of struik waarvan hij de giftigheid niet kent of behoeft te kennen, onder zich heeft, verplicht zou zijn om deze plant of struik op zodanige wijze onder zijn controle te houden dat zij geen gevaar kan opleveren, tenzij hem na onderzoek is gebleken dat de plant of struik ongevaarlijk is.'(25)

Ook in deze overwegingen ligt als minimumeis besloten dat de laedens het gevaar kende of behoorde te kennen.

De vraag is of het hof de kenbaarheidseis heeft miskend.

5.24. In r.o. 6.16 geeft het hof [eiseres'] verweer ten deze als volgt weer: '[Eiseres] heeft betwist dat zij wist dat in het water specifiek de legionellabacterie tot ontwikkeling zou kunnen komen, dat die bacterie zo gevaarlijk was als later is gebleken voor personen die zich in de buurt van de geëxposeerde whirlpool hebben bevonden en dat de bacterie zich via aërosolen verspreidt.'

5.25. Het hof heeft eerder in het arrest - in cassatie onbestreden - voorshands aannemelijk geacht dat [eiseres] bekend was of had behoren te zijn met het gevaar van bacteriegroei in het

water van de whirlpool (r.ovv. 6.9 en 6.14).

Dat gevaar heeft zich ook voorgedaan. Aan het 'minimumvereiste' als neergelegd in het Taxus-arrest is aldus voldaan.

5.26. In 1995 oordeelde de Hoge Raad in het arrest 't Ruige Veld/Univé(26) (r.o. 3.10; mijn cursivering, A-G):

'Dit onderdeel berust wederom op de onjuiste gedachte dat de Stichting slechts aansprakelijk zou kunnen zijn voor de schade ten gevolge van brandstichting indien zij daarmee rekening had moeten houden. Het miskent aldus dat, nu met het oog op de verhoogde kans op het door Wendelien toebrengen van schade aan derden voorzorgsmaatregelen geboden waren en mogelijk waren, het achterwege blijven van deze maatregelen aansprakelijk maakt voor de daaruit voortvloeiende schade, onverschillig de wijze waarop Wendelien deze schade heeft toegebracht.'

Indien het gevaar bekend was, eist de Hoge Raad dus niet dat de in concreto opgetreden schade voorzienbaar was of had behoren te zijn.

5.27. Het thans bestreden oordeel van het hof kan in de woorden van het arrest 't Ruige Veld/Univé als volgt worden geduid. Nu met het oog op de verhoogde kans op het door bacteriegroei toebrengen van (gezondheids)schade aan derden voorzorgsmaatregelen geboden waren en mogelijk waren, maakt het achterwege blijven van deze maatregelen [eiseres] in beginsel aansprakelijk voor de daaruit voortvloeiende schade, onverschillig de wijze waarop de bacteriegroei deze schade heeft teweeggebracht.

Voor zover het onderdeel erover klaagt dat het hof geen betekenis heeft gehecht aan het verweer van [eiseres] dat zij niet bekend was of had behoeven te zijn met de wijze waarop in concreto de schade werd toegebracht, wordt het derhalve tevergeefs voorgesteld.

5.28. Voor zover het onderdeel wil betogen dat het hof geen rekening heeft gehouden met de aard en de omvang/ernst van de schade, respectievelijk met de mate van waarschijnlijkheid van (dodelijk) letsel, mist het feitelijke grondslag. In r.o. 6.15 spreekt het hof immers - in cassatie onbetwist - over van [eiseres] te vergen maatregelen in verband met 'de ernst van het te voorziene gevaar voor de gezondheid van de mens'. Daarin ligt besloten dat het hof de voorzienbaarheid en daarmee de kenbaarheid van deze aspecten heeft meegewogen.

Bij de afwijzing van [eiseres]' beroep op - volgens [eiseres](27) - 'te billijken onkunde' heeft het hof ook niet blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Naar mijn mening ligt in de geciteerde overweging van het arrest 't Ruige Veld/Univé besloten dat - uitgaande van door kans op toebrengen van schade aan derden geboden voorzorgsmaatregelen - niet alleen de wijze waarop de schade wordt toegebracht onverschillig is, maar ook de aard ervan (althans voor zover niet a-typisch) en de omvang ervan, alsmede het causale verloop.

Er valt hier een verbinding te leggen met de door de Hoge Raad nadien (tot op zekere hoogte) aanvaarde 'omkeringsregel'.(28) Indien door een als onrechtmatige daad (of wanprestatie) aan te merken gedraging een risico ter zake van het ontstaan van schade in het leven wordt geroepen en dat risico zich vervolgens verwezenlijkt, is daarmee het causaal verband tussen die gedraging en de aldus ontstane schade in beginsel gegeven, en is het aan degene die op grond van die gedraging wordt aangesproken om te stellen dat die schade ook zonder die gedraging zou zijn ontstaan. In de pas hiermee heeft het hof in r.o. 6.19 in fine ruimte gelaten voor het aannemelijk maken door [eiseres] dat het nemen van de destijds vereiste veiligheidsmaatregelen de verwezenlijking van het gevaar van legionellose waarschijnlijk niet hadden kunnen voorkomen. [Eiseres] heeft dit echter voorshands niet aannemelijk gemaakt, zo oordeelt het hof in genoemde overweging.

's Hof's oordeel kan voor het overige, vanwege de verwevenheid met de omstandigheden van het geval, niet voor toetsing in cassatie in aanmerking komen.

5.29. Slechts nog deze toevoeging, waarmee ik voor zover nodig nog nader stilsta bij de in het middelonderdeel genoemde, maar niet nader toegelichte factor van het 'causale verloop'.

Niemand kan er de ogen voor sluiten dat een gang van zaken als in 's hofs arrest aan de orde, met een zo groot aantal slachtoffers, voor alle betrokkenen dramatisch is, waaronder natuurlijk ook [eiseres]. Jegens [eiseres] past, naast de verwijten, menselijkerwijs ook medelijden.

Ik kan mij de volgende gedachtegang van [eiseres] voorstellen: 'had ik van deze gevaren allemaal geweten, dan was ik nooit aan whirlpools begonnen', of 'dán had ik veel meer

maatregelen genomen om het legionellagevaar tijdens de Flora te onderdrukken'.  
Wie zal dit willen betwijfelen?

5.30. Het hier besproken middelonderdeel lijkt een poging tot omkering van deze gedachtegang te behelzen. 'Omdat ik niet wist van al die gevaren, ben ik aan whirlpools begonnen', en 'omdat ik daar niet van wist, heb ik niet die verschillende maatregelen genomen om het legionellagevaar tijdens de Flora te onderdrukken'.

Ook zo'n gedachtegang is op zich geloofwaardig. Maar ze is niet doeltreffend om aan aansprakelijkheid te ontkomen. Zoals uit de aangehaalde jurisprudentie blijkt, en zoals het middelonderdeel zelf trouwens onderkent, is het kenbaarheidsvereiste met betrekking tot risico's geen subjectieve, maar een geobjectiverde aangelegenheid. Onvoldoende aandacht voor risico's van bepaalde activiteiten, hoewel menselijkerwijs misschien begrijpelijk, levert rechtens nog geen verontschuldiging op. Ook de subjectief nog minder voorziene kwantitatief dramatische gevolgen, zoals in casu, maken dit voor de aansprakelijk gestelde persoon niet anders. Hoewel men moet oppassen om vanwege zo'n (heel) grote kwantiteit ook het verwijt (veel) groter te maken, gaat het omgekeerd in een geval als dit niet aan om vanwege die gebleken kwantiteit aan het verwijt en - in de context van het onderhavige middelonderdeel - aan het kenbaarheidsvereiste af te doen.

5.31. Het voorgaande brengt mede dat onderdeel 2(a) geen doel kan treffen.

Onderdeel 2(b) van middel I

5.32. Onderdeel 2(b) klaagt over onbegrijpelijkheid van 's hofs oordeel in r.o. 6.19 voor zover het hof ervan is uitgegaan dat [eiseres] bekend was met, althans redelijkerwijs bekend had kunnen zijn met de hiervoor in § 5.21 genoemde aspecten van (i) het ontstaan, (ii) de aard en (iii) de omvang van de schade, en (iv) 'het causale verloop', althans dat onvoldoende is de kenbaarheid dat het nalaten schade van een algemene soort ('gezondheidsschade') kan veroorzaken.

5.33. Voor wat betreft een in dit onderdeel 2(b) bedoelde daadwerkelijke bekendheid bij [eiseres], faalt het middel bij gebrek aan feitelijke grondslag, nu het hof zodanige bekendheid van [eiseres] in r.o. 6.19 juist uitdrukkelijk in het midden heeft gelaten. Uit de slotzin van dit onderdeel volgt overigens dat [eiseres] dit inziet.

Voor zover onderdeel 2(b) de door het hof aangenomen voldoening aan het geobjectiverde kenbaarheidsvereiste andermaal - in iets andere bewoordingen - ter discussie wil stellen, deelt het het lot van onderdeel 2(a). In het licht van de bij mijn bespreking van dat onderdeel vermelde rechtspraak van de Hoge Raad is 's hofs motivering geenszins onbegrijpelijk. Het behoefde geen nadere motivering.

Middel II

5.34. Middel II verwijt het hof dat het eraan voorbij is gegaan dat [eiseres] in de procedure in eerste instantie haar aansprakelijkheid mede heeft bestreden met een beroep op de verkeersopvattingen, en met het argument dat in een situatie als deze - waarin de overheid volgens [eiseres] zo zeer is tekortgeschoten - aansprakelijkheid van [eiseres] naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. [Eiseres] verwijt het hof dat het over dit, volgens [eiseres] door de president niet behandelde, en volgens [eiseres] in appel gehandhaafde verweer, niet heeft beslist, althans dat het hof zijn oordeel in zoverre onvoldoende heeft gemotiveerd.

Verkeersopvattingen

5.35. In de pleitnotities van mr. Van Rhijn in eerste aanleg staat in § 22:

'(...) [eiseres] meent echter met goede reden dat de verkeersopvattingen met zich brengen dat zij voor de onderhavige schade niet aansprakelijk kan zijn. [Eiseres] treft geen enkel verwijt. In dit verband mag ook niet vergeten worden dat [eiseres] [door?] de gevolgen van de bewuste expositie ook geen (onevenredige) voordelen heeft behaald of kunnen behalen.'(29)

Deze stellingen zijn in de pleitnotities opgenomen aan het slot van het onderdeel dat betrekking heeft op de toerekening.(30) Na een uitvoerige uiteenzetting dat en waarom aan [eiseres] geen



schuld (verwijtbaarheid) zou treffen, was nr. 22 van de pleitnotities kennelijk erop gericht om de president ervan te overtuigen dat er ook niet (in de zin van art. 6:162, lid 3, BW) een oorzaak was die krachtens de in het verkeer geldende opvattingen voor rekening van [eiseres] kwam.

5.36. De criteria 'aan schuld te wijten' (verwijtbaarheid) en 'toerekening krachtens de wet of de in het verkeer geldende opvattingen' in art. 6:162, lid 3, zijn - wél te onderscheiden - alternatieve criteria.(31) Indien er geen sprake is van schuld in de zin van verwijtbaarheid, kan onder omstandigheden sprake zijn van toerekening krachtens in het maatschappelijk verkeer geldende opvattingen. Maar het is - omgekeerd - niét zo dat, indien 'schuld' aanwezig wordt geoordeeld, desondanks aan aansprakelijkheid kan worden ontkomen omdat volgens in het verkeer geldende opvattingen toch (maar) geen toerekening zou dienen plaats te hebben. Hoogstens kan er sprake zijn van matiging op de voet van art. 6:109 BW 'indien toekenning van volledige schadevergoeding (...) tot kennelijk onaanvaardbare gevolgen zou leiden.'

5.37. De president heeft in r.o. 7.5.9 e.v. van het tussenvonnis van 23 december 1999 kennelijk toerekenbaarheid op basis van het schuld criterium aanwezig geacht. Gelet op dat oordeel behoefde hij dus niet nader op de toerekeningsparagraaf van de pleitnotities (§ 22) in te gaan.

5.38. Naar mijn mening geldt voor de beoordeling van dit aspect in hoger beroep min of meer hetzelfde.(32)

Ook het hof heeft toerekening op basis van schuld (verwijtbaarheid) aangenomen, zo blijkt uit 's hofs r.ovv. 6.7 e.v., in bijzonder 6.14 en 6.15. Die oordelen zijn, voor zover zij in middel I al zijn bestreden, blijkens mijn commentaar op dat middel tegen die bestrijding bestand. Ook voor het hof was er dus geen reden om nog in te gaan op [eiseres'] verweer van 'niet-toerekening krachtens in het verkeer geldende opvattingen'.

5.39. Ten overvloede: zou de Hoge Raad ervan uitgaan dat het hof heeft toegerekend buiten schuld, dan impliceert 's hofs voorlopige oordeel, samengevat in r.o. 6.20, dat [eiseres] jegens [verweerder] c.s. een toerekenbare onrechtmatige daad heeft gepleegd, klaarblijkelijk 's hof oordeel dat de verkeersopvattingen niet in de door [eiseres] beoogde richting wezen. Dat oordeel is niet onbegrijpelijk in het licht van de omstandigheden van dit geval, waarbij ik er in het bijzonder nog op wijs dat [eiseres] een handelaar in whirlpools was, dat bijbehorende handleidingen/gebruiksaanwijzingen, daterend van (ruim) voor de onderhavige Flora-expositie hem bekend waren of bekend moesten zijn, en dat hij desondanks daaruit voortvloeiende veiligheidsmaatregelen heeft genegeerd.(33) 's Hofs oordeel behoefde m.i. geen nadere motivering.

5.40. De klacht wordt naar mijn mening in zoverre dan ook tevergeefs voorgesteld.

#### Redelijkheid en billijkheid

5.41. Voor dit (tweede) aspect van middel II geldt het volgende. Over maatstaven van redelijkheid en billijkheid lezen wij in § 23 van de pleitnotities in eerste aanleg zijdens [eiseres]:

'Voorts kan op gelijke gronden geconcludeerd worden dat aansprakelijkheid van [eiseres] in een situatie als deze - terwijl de Overheid zo zeer te kort is geschoten - naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. [Eiseres] die voor een bedrag van f. 1000,-- op de beurs heeft gestaan zou tot een onevenredige schadevergoeding worden gehouden. Wat te denken van de claims van de slachtoffers en nabestaanden en regresclaims van ziektenkostenverzekeraars. De claims lopen zo hoog op dat geen WA-polis toere[i]kend zal zijn. In zoverre is het risico - waarvan [eiseres] zich niets bewust was respectievelijk kon zijn - (vrijwel) volledig onverzekerbaar.'

5.42. Ook voor dit verweer van [eiseres] geldt dat het in de pleitnotities is opgenomen aan het slot van het onderdeel dat betrekking had op de toerekening.

5.43. De president noemt dit verweer in r.o. 5.5, derde en vierde volzin, van het tussenvonnis van 23 december 1999. Hij beoordeelt het niet expliciet, maar in zijn oordeel dat de vordering van [verweerder] c.s. in beginsel toewijsbaar is (r.ovv. 7.5.1-7.5.15 jo 7.2), en in het bijzonder

ook zijn overwegingen over de toerekening (r.ovv. 7.5.9-7.5.13) ligt m.i. besloten dat de president dit verweer afwees.

5.44. [Eiseres] heeft tegen deze voor haar ongunstige beslissing in appel (of men die nu kwalificeert als een buiten behandeling gelaten stelling of een verworpen verweer) geen expliciete grief gericht. Wel heeft zij door een algemene grief het geschil in volle omvang aan het hof willen voorleggen (p. 18, §§ 56-57 van haar appeldagvaarding).

5.45. Ontvankelijkheidsbezwaren van de kant van [verweerder] c.s. wegens een volgens [verweerder] c.s. 'niet nader gespecificeerde grief' van [eiseres], zijn door het hof van de hand gewezen.<sup>(34)</sup> Volgens het hof maakte [eiseres'] appeldagvaarding (waarin de grief was vervat) 'onmiskenbaar duidelijk wat haar bezwaren zijn tegen het tussenvonniss'. Het hof overwoog voorts:

'Het ontbreken van als zodanig aangeduide en van nummering voorziene grieven maakt haar [[eiseres']] bezwaren nog niet onvoldoende gespecificeerd. Het moet [verweerder] c.s. ook voldoende duidelijk zijn geweest welke die bezwaren waren en zij [[verweerder] c.s., A-G] hebben, zoals uit de gedingstukken blijkt, ook begrepen wat [eiseres] naar voren heeft gebracht.'

5.46. Deze overweging strookt met de niet te formele benadering van het grievenstelsel. Die medaille heeft evenwel twee kanten. Voor zover voor de wederpartij en voor het hof duidelijk is, waartegen verweer gevoerd moeten worden resp. waarop gerespondeerd moet worden, behoeven de grieven weerspreking resp. beoordeling. Maar ook het omgekeerde geldt.

5.47. [Eiseres] stelt in de inleiding op het tweede cassatiemiddel dat zij in hoger beroep het 'hiervoor geschetste verweer' heeft gehandhaafd en verwijst daarbij naar de memorie van grieven, § 55, inhoudende:

'In dit verband mag tevens worden opgemerkt dat de overheid inmiddels een schadefonds voor alle slachtoffers heeft ingesteld. Er is een bedrag van 3 miljoen gulden gereserveerd. Ook de beide eisers kunnen hierop aanspraak maken voor zover zij aan de door de overheid te stellen criteria zouden voldoen. [Eiseres] meent dat er in dit geval ook reden is om bij de overheid aan te kloppen zoals door haar in eerste aanleg reeds (uitvoerig) uiteen is gezet. In zoverre kan [eiseres] zich ook niet vinden in de overweging 7.9 waarin slechts wordt aangegeven dat er bij de rol van de overheid wellicht vraagtekens konden worden gezet. Naar het oordeel van [eiseres] hadden beide eisers (gelet op met name het artikel van mr. Sterk<sup>(35)</sup> als in eerste aanleg aangehaald) die overheid behoren aan te spreken en niet [eiseres].'

5.48. Deze paragraaf is echter geplaatst onder het kopje 'Ad C. Belangenafweging'. Deze afdeling van de memorie van grieven (inhoudende de §§ 53-55) stond onmiskenbaar in het teken van het spoedeisend belang van [verweerder] c.s. bij de gevraagde voorzieningen. In de context van deze §§ 53-55 diende de even geciteerde § 55 ter adstructie van de afwezigheid van spoedeisend belang, nu [verweerder] c.s. voor een (eerste) uitkering bij de overheid terecht konden.

Kennelijk, en niet onbegrijpelijk, heeft het hof het griefonderdeel aldus opgevat. [Eiseres] had daar ook succes mee, blijkens r.o. 9.6.5.

5.49. Het hof heeft in de grieven dus niet een bezwaar gelezen tegen het buiten beoordeling laten door de president van een 'generale' toetsing aan 'maatstaven van redelijkheid en billijkheid' op basis van art. 6:2 BW. Het hof behoefde dat ook niet te doen. Ik acht 's hofs beoordelingswijze alleszins begrijpelijk.

5.50. Ik herinner eraan dat het eerder beroep op de 'maatstaven van redelijkheid en billijkheid' bij de president ook in een specifieke context werd gedaan: daar in verband met de toerekenbaarheid ex art. 6:162, lid 3, BW.

Omdat - klaarblijkelijk - ook [verweerder] c.s. een stellingname van [eiseres] als nu in het middel bedoeld, niet in de grieven hebben kunnen ontwaren - ook zij laten dit punt rusten - en die stelling evenmin ligt binnen het door de grieven van [verweerder] c.s. ontsloten gebied,<sup>(36)</sup> behoorde deze stelling, naar het hof klaarblijkelijk en niet onbegrijpelijk heeft geoordeeld, niet tot de rechtsstrijd van partijen en had het hof, nu het geen onderwerp van openbare orde betreft, niet de vrijheid daarover te beslissen.<sup>(37)</sup>

5.51. Al met al wordt middel II m.i. dan ook in zijn geheel vruchteloos voorgesteld.

5.52. Het middel vergt (dus) niet een beschouwing over de eventuele gegrondheid van een beroep van een partij als [eiseres] in omstandigheden als in deze zaak aan de orde op (een beperkende werking van) de 'maatstaven van redelijkheid en billijkheid'. Ik acht het juist om voorlopige gedachten daarover voor mij te houden.

## 6. Conclusie

Mijn conclusie strekt tot verwerping van het beroep.

De procureur-generaal bij de  
Hoge Raad der Nederlanden,

A-G

1 Groot woordenboek der Nederlandse taal, 13e uitgave 1999.

2 Vgl. het (tussen-)vonnis d.d. 23 december 1999, r.ovv. 1.1-1.8.3, alsmede het bestreden arrest, r.ovv. 3 en 4.

3 Prod. 3 van [eiseres] in eerste aanleg en voorts bestreden arrest, r.o. 8.2. De president vermeldt deze conclusie in zijn vonnis van 23 december 1999 onder de uitgangspunten (r.o. 1.8.3).

4 Pp. 58-59 van prod. 2 bij de akte overlegging producties van [eiseres] in hoger beroep en voorts bestreden arrest r.o. 8.3.

5 R.o. 4.2 van het bestreden arrest.

6 R.o. 6.1 van het bestreden arrest.

7 Aanvankelijk was ook de Stichting Westfriese Flora gedagvaard, en aanvankelijk heeft de vereniging Consumentenbond zich als eiseres gevoegd, resp. als tussenkomende partij deelgenomen. De president heeft in het vonnis van 23 december 1999 de vordering jegens eerstgenoemde afgewezen en de door de Consumentenbond gevorderde voorzieningen geweigerd.

8 Zie r.o. 6.3 van het bestreden arrest. Zie voorts r.o. 6.16.

9 Binnen zes weken: art. 295 lid 4, Rv (oud).

10 Zo heet hij nog in deze zaak. Ik gebruik in deze conclusie dus nog niet de nieuwe term voorzieningenrechter van het per 1 januari 2002 vernieuwde WvBRv.

11 Art. 292 Rv (oud), thans art. 257 Rv.

12 HR 14 mei 1993, NJ 1993, 445 (Karaca c.s./Staat) en (de conclusie van A-G Biegan-Hartogh voor) HR 24 februari 1989, NJ 1989, 425 (Salas Rodriguez/Staat).

13 Vgl. Veegens/Korthals Altes/Groen, nr. 50 (pp. 105-106) en de daar in voetnoot 14 genoemde jurisprudentie. Zie voorts - recenter - HR 14 januari 2000, NJ 2000, 188 (L./Stichting Jeugdzorg) voor een vergelijkbare situatie in hoger beroep.

14 Stb. 1969, 315 zoals nadien gewijzigd (editie Schuurman & Jordens 147-Vd).

15 Aanduidingen (i), (ii) en (iii) door mij toegevoegd, A-G.

16 HR 31 januari 1919, NJ 1919, p. 161, W 10365 m.nt. Mff.

17 Men spreekt in zo'n geval wel van een (beoogde) 'negatieve reflexwerking' van de wet.

18 Het hof heeft de toepasselijkheid van de wettelijke norm in het midden gelaten, zodat het middelonderdeel veronderstellenderwijs uitgaat van de niet-toepasselijkheid.

19 Vgl. supra, § 2.4.

20 Parl. Gesch. 6, p. 632.

21 Parl. Gesch. 6, p. 637. Zie over het relativiteitsvereiste o.m. G.H. Lankhorst, De relativiteit van de onrechtmatige daad, diss. Leiden 1992 en Asser-Hartkamp 4-III (2002), nrs 95-115 (p. 106 e.v.).

22 Het hof noemt in de r.ovv. 6.6.1-6.6.8 de handleidingen van model AP-1400 van de Spa Builders Support Group Inc. (vermoedelijk uit 1996); de Magictub (geen datum); model Sentry 800 van Sundance Spas (uit 1994); model Duet van Vita Spa Europe (vermoedelijk uit 1995) en de whirlpool van Infinity die door Pomaz BV wordt geïmporteerd (geen datum).

23 HR 5 november 1965, NJ 1966, 136 m.nt. GJS.

24 Zie losbladige Onrechtmatige Daad VIII.4 (Lindenbergh), aant. 5 en bijv. A.T. Bolt en J. Spier, Hand. NJV 1996-I, p. 163 e.v.

- 25 HR 22 april 1994, NJ 1994, 624 m.nt. CJHB.
- 26 HR 12 mei 1995, NJ 1996, 118 m.nt. JdB, r.o. 3.10.
- 27 Vgl. o.m. schriftelijke toelichting in cassatie, nr 36.
- 28 Zie o.m. HR 16 juni 2000, NJ 2000, 584 m.nt. CJHB (St. Willibrord) en HR 19 januari 2001, NJ 2001, 524 m.nt. JBMV (slipschade), met verdere gegevens.
- 29 [eiseres] verwijst in een noot naar HR 5 januari 1968, NJ 1968, 102 (Fokker-Zentveld) en Asser-Hartkamp I, nr. 469 e.v. (bedoeld zal zijn: nr 496 e.v., A-G).
- 30 Zie het kopje op blz. 5 van de pleitnotities ('Ad toerekenen').
- 31 Vgl. C.H. Sieburgh, Toerekening van een onrechtmatige daad, diss. Groningen 2000, i.h.b. p. 99, p.150 en p. 209. Vgl. ook Asser-Hartkamp 4-III, 11e druk 2002, nrs 69, 86 en 91.
- 32 In appel komt dit verweer nog expliciet aan de orde in de pleitnotities in hoger beroep van mr Van Rhijn (eerste termijn): zie §§ 52 en 53 (p. 13-15).
- 33 Zie de verwijzingen in § 5.15 hiervóór.
- 34 Zie r.ovv. 5.1 en 5.2 van het bestreden arrest.
- 35 [Toev. A-G:] 'Staat aansprakelijk voor Salmonella schandalen', NJB 6 december 1990, p. 1683-1684; o.m. genoemd op p. 8, § 18 van de pleitnotities van mr. Van Rhijn.
- 36 Vgl. Sniijders/Wendels, Civiel appel, 1999, nrs 244 en 255..
- 37 Vgl. Ras/Hammerstein, De grenzen van de rechtsstrijd in hoger beroep in burgerlijke zaken, 2e druk 2001, nr 24 (p. 31).