

Een gewaarschuwd mens

[gepubliceerd in: Tijdschrift voor Consumentenrecht en Handelspraktijken 2005/5, p. 173-174]

In zijn recente Amsterdamse oratie getiteld *Rechter en publieksopvattingen: Feit, fictie of ervaring? Over de beoordeling door de rechter van commerciële communicatie* vraagt J.J.C. Kabel aandacht voor een kwestie die in brede zin door het gehele verbintenissenrecht speelt. De oratie – te verkrijgen via www.ivir.nl – gaat over vragen als: Wanneer is de gelijkenis tussen twee producten zodanig dat een consument verward raakt? Wanneer is een reclame misleidend? Wanneer laat een consument zich in de luren leggen door de commerciële communicatie en wanneer is hij op zijn hoede?

Deze vragen heb ik met opzet nogal feitelijk geformuleerd, want in theorie zijn op dergelijke vragen kwantitatief toetsbare antwoorden mogelijk. We kunnen de vraag onderzoeken door opinie-onderzoek te doen (in marketing-kringen gebeurt dat natuurlijk veelvuldig) of door een ‘laboratorium-opstelling’ te maken waarin we bijvoorbeeld de verwarring meten en de cognitieve impact van de communicatievorm vaststellen.

De jurist moet roeien met de riemen die hij heeft en dat betekent in veel gevallen dat dergelijk wetenschappelijk verantwoord onderzoek niet wordt uitgevoerd. Integendeel, er wordt veel met het juristen-verstand ‘opgelost’. Vaak gaat dat goed, maar soms ook niet. Juristen neigen namelijk tot het kiezen van een normatief uitgangspunt: ‘zó zal de gemiddelde consument op deze advertentie reageren’.¹ Door de consument op die manier te objectiveren stapt men af van het empirische pad en komt men tot een ideaaltype dat in het slechtste geval zó ver van de realiteit af staat dat geen sterveling er aan kan voldoen.

Of het ideaaltype ver van de werkelijkheid af staat, is soms empirisch te toetsen. En dan is het ook goed om die toetsing daadwerkelijk te verrichten. Probeer u maar eens onder tien bekenden de volgende vraag te stellen: welk risico ontstaat wanneer men een fles met geperst sinaasappelsap vijf dagen in een warme omgeving laat liggen? Als meer dan de helft als antwoord geeft dat er dan gistingsgevaar en dus het risico van ontploffing van de fles ontstaat, dan kunnen we wellicht – ik laat de statistische onvolkomenheden van het onderzoek even rusten – concluderen dat de gemiddelde consument van dit gevaar op de hoogte is en dat waarschuwen daarvoor *dus* niet nodig is. Krijgt u bij minder dan de helft dit antwoord, dan moeten we het kennisniveau van de gemiddelde consument lager inschatten en komt een waarschuwingsplicht van de producent wellicht dichterbij de werkelijkheid (onder meer afhankelijk van de grootte van het risico).²

Een rechter die de vraag moet beantwoorden of de producent aansprakelijk is wegens het ten onrechte niet waarschuwen voor dit risico, verricht dit onderzoek veelal niet, maar beslist op grond van overwegingen als ‘het is van algemene bekendheid dat...’ (die

¹ Zo bijvoorbeeld HvJ EG 16 juli 1998, C-210/96, NJ 2000, 374 (Gut Springenheide) en HR 8 maart 2002, NJ 2003, 706 (Pharmacia & Upjohn/ Cosmetique Active en l’Oréal).

² Het vraagstuk is ontleend aan Rb. Maastricht 21 maart 2002, zaaknr. 67 354, TvC 2003/1, p. 65.

insteek leidt hier dan al snel tot afwijzing van de vordering van de consument: hij had als gemiddelde consument kunnen weten dat... etcetera), of 'het gaat hier om een niet-zichtbaar en niet algemeen bekend risico dat...' (die insteek leidt al snel tot het aannemen van een waarschuwingsgebrek en dus tot aansprakelijkheid van de producent).

Toch verplicht de rechtspraak van de Hoge Raad op het vlak van waarschuwingen tot een zeker onderzoek. Van belang zijn twee recente zaken.³ Waar in de eerste zaak een wegbeheerder volgens de feitenrechter had moeten waarschuwen voor de beperkingen van een openbaar grindweggetje – een oenige vrachtwagenchauffeur was het pad op gereden met zijn ruim 14.000 kilo zware en 2,5 meter brede combinatie, en hij zakte prompt weg – stelt de Hoge Raad kort gezegd dat bij het waarschuwen voor gevaren van de *gemiddeld onoplettende weggebruiker* uitgegaan moet worden. Een nader onderzoek is dus nodig naar de vraag of de gemiddeld onoplettende vrachtwagenchauffeur hier wél zonder waarschuwing op zijn hoede zou zijn geweest.

In de tweede zaak stond centraal of het Juliana vliegveld op St. Maarten voldoende had gedaan ter voorkoming van het letsel dat een vliegtuigspotter had opgelopen. De situatie aldaar was nogal bijzonder: de landings- en startbaan op St. Maarten begint waar het openbare strand eindigt en dus is een wegwaaiende handdoek het minste dat strandtoeristen te wachten staat. De feitenrechter had kort gezegd geoordeeld dat de waarschuwingsborden ter plekke adequaat waren, maar de Hoge Raad stelt voorop dat men bij de vraag of waarschuwen een afdoende maatregel is, moet nagaan of te verwachten valt dat deze waarschuwing zal leiden tot een voorzichtiger gedrag van de gewaarschuwde. En aangezien spotters van alle werelddelen naar St. Maarten komen om de jetblast-kick te ondergaan (en soms flink weggeblazen te worden), lijkt de conclusie onontkoombaar dat waarschuwen hier helemaal niet helpt.

Als men de rechtsregels uit deze rechtspraak serieus neemt, dan betekent het dat in belangrijke zaken onderzoek nodig is naar enerzijds het gedrag van de 'gemiddeld onoplettende' consument in vergelijkbare gevallen en anderzijds de vraag of die 'gemiddeld onoplettende' consument door de waarschuwing ander gedrag zou hebben vertoond. Dit laatste noopt de rechter mijns [174] inziens overigens tot een concreter onderzoek naar de details van de waarschuwing.

En wat betreft de vraag van Kabel: *feit, fictie of ervaring?* denk ik dat in belangrijke zaken dus moet worden gestreefd naar het boven tafel krijgen van *feiten*. Dat kan haaks blijken te staan op het idee van de normatief bepaalde, uiterst oplettende en voorzichtige consument die zich bijvoorbeeld voldoende gewaarschuwd voelt wanneer hij tussen veel wervende tekst en aanprijzing in een advertentie de alinea ziet staan: "Zou de verkoop van aandelen onverhoopt minder opbrengen dan de aankoopprijs, dan zou u het verschil moeten bijbetalen. U kunt dan desgewenst gebruik maken van de verlengingsgarantie."

Haaks of niet, het is weinig zinvol om beslissingen over al dan niet waarschuwen te baseren op fictieve personages die niet het gemiddelde weerspiegelen. Dus liever meer naar de feiten vragen en minder luisteren naar ons juristen-verstand.

³ HR 26 september 2003, NJ 2003, 660 (Zeeuws weggetje) en HR 28 mei 2004, NJ 2005, 105 (Jetblast).

W.H. van Boom