

*Rotterdam Institute of Private Law
Accepted Paper Series*

***Asbestschade buiten de
werkomgeving***

*J.W.M.K.Meijer
S.D. Lindenberhg*

*Published in
NJB, 2008, 436-443*

J.W.M.K. Meijer
S.D. Lindenbergh

1. Inleiding

De afgelopen decennia is in het aansprakelijkheidsrecht veel aandacht besteed werknemers die het slachtoffer zijn geworden van blootstelling aan asbest. Intussen groeit het aantal zaken waarin het gaat om slachtoffers die anders dan in verband met de arbeid de fatale longziekte mesotheliom hebben opgelopen. Van die ziekte is blootstelling aan asbest de enige bekende oorzaak. In een aantal recente procedures is en wordt door deze slachtoffers of hun nabestaanden getracht de door hen geleden schade te verhalen op de producenten van asbest. Het gaat daarbij vooral om gevallen waarin asbestproducenten asbesthoudend afval gratis hebben aangeboden als erfverharding, met name voor boerenerven, maar ook om gevallen waarin slachtoffers anderszins aan asbesthoudende producten zijn blootgesteld.¹

Sinds 1 december 2007 bestaat er voor deze categorie van slachtoffers een regeling, die een tegemoetkoming biedt voor de geleden immateriële schade.² Ondanks het bestaan daarvan blijft de vaststelling van aansprakelijkheid relevant, omdat door middel van deze regeling niet wordt beoogd om schuld van asbestproducenten te delgen.³

In dit artikel wordt onderzocht welke mogelijkheden slachtoffers ten dienste staan om hun schade te verhalen. Daartoe zal eerst kort worden beschreven hoe de aansprakelijkheid voor schade door blootstelling van *werknemers* aan asbest zich heeft ontwikkeld om vervolgens te bezien of de daar gevonden regels ook kunnen worden toegepast op niet arbeidsgerelateerde blootstellingen. Daarbij wordt afzonderlijk aandacht besteed aan de kenbaarheid van het risico van mesotheliom en aan het causaal verband tussen de oorzaak waarop het slachtoffer zich beroept en zijn schade. Ten slotte wordt besproken welke verplichtingen bestaan om de schadelijke producten uit het verkeer te verwijderen ('recall') en wat het gevolg is van schending van een dergelijke verplichting.

2. Asbest en werkgeversaansprakelijkheid

Het afgelopen decennium is voor werknemers goed zicht gekomen op hun mogelijkheden tot het verkrijgen van schadevergoeding.⁴

¹ De problematiek van de 'secundaire' arbeidsgerelateerde slachtoffers (huisgenoten die mesotheliom hebben opgelopen doordat zij zijn blootgesteld aan asbest in de kleding van hun gezinslid) blijft hier goeddeels buiten beschouwing. Zie daarover Rb. Almelo 24 oktober 1996, *JAR* 1996, 242 (*Marino Grootenhuis/Eternit*); Rechtbank Almelo, 27 januari 1999, *JM* 1999, 57, nt Smale (*Grootenhuis/Eternit*); Rb. Amsterdam 24 maart 1999, *TMA* 1999, p. 168 (*Vat – Ajax Brandbeveiliging*); Rb. Middelburg 11 september 2002, *JAR* 2003, 11 (*Heijdens – Koninklijke Schelde Groep*). Zie tevens T. Hartlief, 'Asbest en aansprakelijkheid: de reikwijdte van de rechtspraak omtrent werkgeversaansprakelijkheid', *AV&S* 2005, nr. 9, p. 41-49.

² *Stcr.* 2007, 232, p. 18.

³ Zie nader paragraaf 3.

⁴ Zie voor een overzicht Hartlief 2005, p. 41-49.

In de eerste plaats is er in een reeks arresten duidelijkheid verschaft over de mate van zorgvuldigheid die van een werkgever met betrekking tot asbest mag worden verwacht.⁵ Voor de vaststelling of een werkgever zijn zorgplicht is nagekomen is van belang wat ten tijde van de blootstelling aan asbest de stand van de wetenschap was en welke risico's met het oog op de ernst van het gevaar bekend mochten worden geacht. Zo is bijvoorbeeld niet beslissend of vergelijkbare ondernemingen in de periode van blootstelling aan asbest eveneens de nodige veiligheidsmaatregelen achterwege lieten. Het gaat erom of een werkgever had behoren te weten dat zijn veiligheidsmaatregelen tekortschoten. Bovendien wordt van de werkgever een actieve rol verlangd bij het in kaart brengen van de relevante risico's.⁶ Ten slotte is een werkgever aansprakelijk voor hem onbekende gevaren wanneer hij onvoldoende heeft gedaan om hem bekende gevaren (asbestose, longkanker) te vermijden en daardoor de kans op verwezenlijking van het hem onbekende gevaar (mesothelioom) is groot.⁷

In de tweede plaats zijn in de rechtspraak belangrijke beslissingen genomen over de vaststelling van het causaal verband tussen de arbeid en het ontstaan van mesothelioom. Zo dient de benadeelde aannemelijk te maken dat hij daadwerkelijk blootgesteld is geweest aan asbest⁸, maar kan de werkgever zich niet verweren door te stellen dat de werknemer de schade heeft opgelopen in een periode waarin de werkgever nog niet tekortschoot in zijn zorgplicht.⁹

3. Asbestinstituut, voorschotregeling en uitbreiding daarvan

In verband met de vele verhaalsproblemen die niettemin bleven bestaan is eind 1998 het Convenant Instituut Asbestslachtoffers van kracht geworden.¹⁰ Dit convenant is gericht op mesothelioomslachtoffers die in loondienst zijn blootgesteld aan asbest.¹¹ Het instituut bemiddelt tussen de aansprakelijke werkgever en de (voormalige) werknemer over een schadevergoeding. Als aanvulling op het convenant bestaat sinds 26 januari 2000 de TAS-regeling (Regeling tegemoetkoming asbestslachtoffers).¹² Op grond van deze regeling kunnen voormalige werknemers die hun werkgever niet kunnen aanspreken, omdat hun vordering is verjaard of omdat de werkgever niet te achterhalen of failliet is, een tegemoetkoming van overheidswege krijgen. Per 1 januari 2003 is de regeling aangevuld, waardoor werknemers een voorschot kunnen krijgen op een mogelijke schadevergoeding.¹³ Later dat jaar zijn ook huisgenoten van werknemers toegelaten tot deze regeling.¹⁴ Het uitgangspunt bij de TAS-regeling is dat de verantwoordelijkheid blijft rusten op de

⁵ HR 25 juni 1993, *NJ* 1993, 686, m.nt. PAS (*Cijsouw I*) en HR 2 oktober 1998, *NJ* 1999, 683, m.nt. JBMV (*Cijsouw II*). Vgl. tevens HR 6 april 1990, *NJ* 1990, 573, m.nt. PAS, r.o. 3.4 (*Janssen/Nefabas*).

⁶ HR 6 april 1990, *NJ* 1990, 573, m.nt. PAS, r.o. 3.4 (*Janssen/Nefabas*).

⁷ HR 25 juni 1993, *NJ* 1993, 686, m.nt. PAS (*Cijsouw I*); HR 2 oktober 1998, *NJ* 1999, 683, m.nt. JBMV (*Cijsouw II*) en recent nog weer in HR 31 maart 2006, *RvdW* 2006, 328; *TMA* 2006, p. 207, m.nt. Simons-Vinckx onder *Eternit/Hollink* (*Nefalit/Karamus*) en HR 31 maart 2006, *RvdW* 2006, 336; *TMA* 2006, p. 210, m.nt. Simons-Vinckx (*Eternit/Hollink*).

⁸ Zie HR 26 januari 2000, *NJ* 2001, 597 (*Weststrate/De Schelde*), m.nt. DA onder *NJ* 2001, 596 (*Unilever/Dikmans*).

⁹ HR 25 juni 1993, *NJ* 1993, 686, m.nt. PAS (*Cijsouw I*).

¹⁰ Zie www.asbestslachtoffers.nl.

¹¹ In samenhang met dit convenant is het Instituut Asbestslachtoffers (IAS) opgericht.

¹² *Stcr.* 2000, 16, p. 9.

¹³ *Stcr.* 2002, 246, p. 28. De tegemoetkoming bedraagt € 17.050 in 2008 en wordt jaarlijks geïndexeerd.

¹⁴ *Stcr.* 2003, 132, p. 8.

werkgever. Een uitkering op grond van de TAS-regeling zal dan ook worden verrekend met de te ontvangen schadevergoeding als de werkgever aansprakelijk blijkt en het uitgekeerde bedrag zal op de werkgever worden verhaald. De ontwikkeling van de jurisprudentie en de daarmee samenhangende vragen over aansprakelijkheid blijven daarom relevant.

Sinds 1 december 2007 komen ook andere mesotheliom-slachtoffers dan (voormalige) werknemers in aanmerking voor een tegemoetkoming en wel op grond van de regeling tegemoetkoming niet-loondienstgerelateerde slachtoffers van mesotheliom (TNS-regeling).¹⁵ De overheid achtte het ongewenst dat alleen mesotheliomslachtoffers met een loondienstrelatie voor een tegemoetkoming in aanmerking kwamen en wil door de invoering van de TNS-regeling erkenning geven aan slachtoffers die buiten loondienst schade hebben geleden door hen een tegemoetkoming in de door hen geleden immateriële schade te bieden.¹⁶

Ook voor de categorie van niet-loondienstgerelateerde slachtoffers geldt dat de overheid de verantwoordelijkheid niet overneemt en dat getracht zal worden om verhaal te nemen op de verantwoordelijke partij. De tegemoetkomingsregeling vormt dan ook geen vervanging voor een civiele procedure, schikking of andere vorm van geschillenbeslechting. Tevens biedt zij geen alternatief voor het betalen van schadevergoeding door een aansprakelijke partij.¹⁷ De tegemoetkoming zal ook moeten worden terugbetaald voorzover het bedrag dat aan immateriële schadevergoeding is betaald, de tegemoetkoming overtreft. Het blijft daarom van belang te bepalen aan welke voorwaarden moet zijn voldaan, wil een dergelijke vordering slagen. Hierna zal worden verkend welke mogelijkheden en obstakels bestaan voor het verhaal van deze asbestschades.

4. Aansprakelijkheid voor schade van niet-werknemers

De belangrijkste grondslag voor aansprakelijkheid wegens blootstelling aan asbest buiten werk zal zijn gelegen in art. 6:162 BW (onrechtmatige daad). Weliswaar kan asbest ook worden aangemerkt als gevaarlijke stof in de zin van art. 6:175 BW en zal het veelal zijn verwerkt in zaken die kunnen worden aangemerkt als product in de zin van art. 6:185 e.v. BW (productenaansprakelijkheid) kunnen worden aangemerkt, maar aan deze artikelen zal in de praktijk voor de asbestschades een beperkte betekenis toekomen. Zij zijn eerst ingevoerd nadat de asbest waardoor de schade is veroorzaakt in het verkeer is gebracht en als gevolg daarvan niet van toepassing.¹⁸ Overigens zullen de verschillen tussen de beoordeling op grond van art. 6:162 BW en de genoemde bijzondere regelingen niet groot zijn, omdat voor het gevaarcriterium in art. 6:175 BW en voor het gebrekcriterium in art. 6:186 BW de kenbaarheid van het gevaar van asbest een belangrijke rol speelt, terwijl dat ook bij de beoordeling op grond van art. 6:162 BW de spil vormt. De nadruk ligt daarom op aansprakelijkheid op grond van art. 6:162 BW. In dat verband is relevant wat de

¹⁵ De tegemoetkoming bedraagt net als bij de TAS-regeling € 17.050 euro in 2008 en wordt jaarlijks geïndexeerd.

¹⁶ *Stcr.* 2007, 232, p. 18.

¹⁷ *Stcr.* 2007, 232, p. 18.

¹⁸ Zie MvT, Kamerstukken II 1988/89, 21 202, nr. 3. p. 14 en p. 67 (m.b.t. aansprakelijkheid voor gevaarlijke stoffen), alsmede art. 17 van de Europese richtlijn inzake de aansprakelijkheid voor producten met gebreken (*PbEG* 7.10.85, nr. L 210/29 en art. II van e Wet van 13 september 1990, *Stb.* 1990, 487 (m.b.t. productenaansprakelijkheid).

betekenis is van de in de arbeidsgerelateerde rechtspraak ontwikkelde regels voor niet werkgerelateerde asbestslachtoffers.

Het regime van de in art. 7:658 BW neergelegde werkgeversaansprakelijkheid verschilt van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad vooral doordat de bewijslast ten aanzien van de normschending bij art. 7:658 BW niet op de benadeelde rust, maar dat de aangesprokene de nakoming van de zorgplicht dient te stellen en bij betwisting zal dienen te bewijzen. Tevens heeft dit artikel gevolgen voor de wijze waarop wordt omgegaan met eigen schuld van de werknemer. De vraag is evenwel of de *inhoud* van de zorgplicht in art. 7:658 BW ook verschilt van de in art. 6:162 BW neergelegde zorgvuldigheidsnorm. De Hoge Raad lijkt daarover stellig. In het arrest *Hertel/Van der Lugt*, dat een werknemer betreft die niet zijn werkgever maar een onderaannemer aansprakelijk stelt op grond van art. 6:162 BW, overweegt de Hoge Raad:

‘Indien een werknemer die ziek is geworden door blootstelling aan asbeststof tijdens zijn werkzaamheden, een derde die niet zijn formele of materiële werkgever is, op grond van art. 6:162 BW (of art. 1401 (oud) BW) aansprakelijk stelt, zijn niet, ook niet overeenkomstig, de normen van toepassing die de Hoge Raad in het kader van art. 7:658 BW heeft ontwikkelde in zijn arresten van 25 juni 1993 (...), NJ 1993, 686 en 2 oktober 1998 (...) NJ 1999, 683 (Cijsouw I en II).’¹⁹

De reden voor deze beslissing vindt de Hoge Raad in de gedachte dat de zorgplicht van art. 7:658 BW mede berust op de zeggenschap die de werkgever heeft over de arbeidsomstandigheden van zijn werknemer, terwijl die zeggenschap in het concrete geval ontbrak. Hoewel dus buiten de arbeidsverhouding de in het kader van de werkgeversaansprakelijkheid gevonden normen kennelijk niet gelden, is het de vraag of de norm die de Hoge Raad vervolgens in het kader van art. 6:162 BW formuleert daarvan materieel werkelijk verschilt. De Hoge Raad kiest voor de invulling van art. 6:162 BW namelijk eerst een belangrijke parallel met de werkgeversaansprakelijkheid:

‘Bij de beantwoording van de vraag of de door de werknemer aan de derde verweten gedragingen of nalatigheden zozeer indruisen tegen hetgeen die derde jegens de werknemer volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, dat die derde zich daarvan had behoren te weerhouden en, door dat niet te doen, onrechtmatig heeft gehandeld, zijn, indien dienaangaande wettelijke regels ontbraken of onvoldoende waren uitgewerkt, beslissend de maatschappelijke opvattingen ten tijde van de aan de derde verweten gedragingen of nalatigheden.’

Vervolgens formuleert hij de contouren van de zorgplicht met het oog op asbest:

‘Bij de beantwoording van de zojuist geformuleerde vraag heeft vanaf het moment waarop binnen de maatschappelijke kring waartoe de aangesproken derde behoort, bekend moet worden geacht dat aan het werken met asbest gevaren voor de gezondheid zijn verbonden, een verhoogde zorgvuldigheidsnorm te gelden met het oog op de belangen van diegenen die

¹⁹ HR 17 december 2004, NJ 2006, 147 (*Hertel/Van der Lugt*), r.o. 3.7.

zich bevinden in de directe nabijheid van een plaats waar met asbest wordt gewerkt. Het is afhankelijk van de omstandigheden van het geval en van de toentertijd bestaande kennis en inzichten, welke veiligheidsmaatregelen vanaf dat moment van die derde konden worden verwacht. In dat verband zijn mede van belang de mate van zekerheid dat het werken met asbest gezondheidsrisico's meebracht en de aard en ernst van die risico's.'

Deze formulering vertoont grote overeenkomsten met de materiële norm zoals die in het kader van de werkgeversaansprakelijkheid is geformuleerd.²⁰ Ook hier gaat het om het moment waarop binnen de kring van gebruikers van asbest bekend moet worden geacht dat aan de blootstelling aan asbest gezondheidsrisico's verbonden zijn en om de ernst van deze risico's.

Het arrest *Hertel/Van der Lugt* bevindt zich nog in de arbeidssfeer (het betrof de aansprakelijkheid voor schade van de werknemer van een ander bedrijf), maar de principiële overwegingen van de Hoge Raad in *Hertel/Van der Lugt*, lijken er op te wijzen dat de in het arrest genoemde gezichtspunten voor het bepalen van de vereiste zorgvuldigheid ook maatgevend zijn voor casus die buiten de arbeidssfeer liggen en dus ook voor milieuaansprakelijkheid en productenaansprakelijkheid.

5. Kenbaarheid van het risico op mesothelioom buiten de arbeidssfeer

Het is de vraag of van de onderneming die asbest produceert en in het verkeer brengt eenzelfde zorgvuldigheid mag worden verwacht ten aanzien van afnemers (in brede zin) als hij ten aanzien van zijn werknemers in acht heeft te nemen. Dit speelt met name een rol, omdat met betrekking tot intensieve blootstelling aan asbest eerder een zorgplicht pleegt te worden aangenomen dan ten aanzien van meer incidentele blootstelling, omdat van frequente en intensieve blootstelling aan asbest (eerder) bekend was dat dit het risico op asbestose meebracht, terwijl het risico van mesothelioom eerst later in beeld is gekomen. Buiten de arbeidssfeer zal doorgaans sprake zijn van een minder intensieve blootstelling. Overigens zal het per geval nogal verschillen hoe intensief de blootstelling is geweest; wie op een met asbest verhard erf is opgegroeid zal veelal intensiever zijn blootgesteld dan wie bijvoorbeeld incidenteel een plaatje asbest heeft verzaagd. Met betrekking tot de aansprakelijkheid van de producent van asbest zal derhalve relevant zijn vanaf welk tijdstip de producent ook bekend moet worden geacht te zijn geweest met de risico's van (meer) incidentele blootstelling aan asbest. Het is aannemelijk dat dit tijdstip later ligt dan het moment waarop de producent bekend moet worden geacht te zijn geweest met het risico van intensieve blootstelling. Afhankelijk van de duur en intensiteit van de blootstelling aan asbest zal sprake zijn van een ander te verwachten kennisniveau.²¹ Hierna zal daarom worden verkend vanaf welk tijdstip de producent bekend had dienen te zijn met het specifieke risico van het ontstaan van mesothelioom door incidentele blootstelling aan asbest.

²⁰ Aldus ook Hartlief 2005, p. 41 e.v. (i.h.b. p. 46), die verschillen ziet op het punt van de bewijslastverdeling en eigen schuld, alsmede de van werkgevers gevraagde *actieve opstelling*.

²¹ Zie onder meer: HR 17 februari 2006, *NJ* 2007, 285, m.nt. CJHB (*Van Buuren Van Swaay/Heesbeen*), r.o. 4.7; Vzr. Rb. Rotterdam 1 augustus 2006, *M en R* 2007, 11, m.nt. Meijer (*Okker/Eternit*), r.o. 4.12.

Daarnaast zijn in de literatuur en jurisprudentie argumenten te vinden voor de stelling dat ook de soort asbest waaraan men is blootgesteld van belang is voor de vereiste zorgvuldigheid. Er zou onderscheid gemaakt moeten worden tussen de verschillende soorten, omdat van bepaalde asbestvarianten pas later bekend is geworden dat zij ook bij een beperkte blootstelling gevaarlijk waren. Beide onderwerpen verdienen aandacht.

5.1 Het belang van de duur en intensiteit van de blootstelling voor de kenbaarheid

In de rechtspraak is aangenomen dat werkgevers vanaf 1949 bekend moeten worden geacht met risico's van intensieve blootstelling aan asbest.²² Voor wat betreft het meer specifieke risico van het ontstaan van mesothelioom pleegt te worden aangenomen dat in ieder geval vanaf 1969 sprake is van kenbaarheid van het gevaar.²³ Er zijn echter ook uitspraken waarin van een vroegere datum wordt uitgegaan.²⁴ Zo is aangenomen dat in de wetenschap het verband tussen asbest en mesothelioom reeds in 1960 was aangetoond.²⁵ Vooral in deze eerdere jaren zal evenwel het verweer gevoerd kunnen worden dat de aangesproken partij ook daadwerkelijk van het risico op de hoogte behoorde te zijn voordat dat hij aansprakelijk kan worden gehouden voor het achterwege laten van maatregelen, omdat enige tijd moeten worden gegund voor het verrichten van het benodigde onderzoek.²⁶

Voor mesothelioom-slachtoffers is het onderscheid naar de duur en intensiteit van de blootstelling van belang als hun blootstelling heeft plaatsgevonden voordat het specifieke gevaar van asbest op het ontstaan van mesothelioom bekend mocht worden geacht. Zij zullen dan in beginsel moeten bewijzen dat de duur en intensiteit van de blootstelling dusdanig waren dat de aangesproken partij hen hier redelijkerwijs niet aan had mogen blootstellen zonder afdoende bescherming. Indien de blootstelling plaatsvond in een periode waarin de kans op mesothelioom bekend

²² De Hoge Raad neemt dit veronderstellenderwijs aan in HR 25 juni 1993, *NJ* 1993, 686, m.nt. PAS (*Cijsouw I*). Het Hof 's-Gravenhage bevestigt deze veronderstelling na verwijzing (Hof 's-Gravenhage 25 februari 1997, *JAR* 1997, 53 (*Cijsouw/De Schelde II*)), r.o. 8.

²³ 1969 is het jaar waarin het proefschrift van Stumphius verscheen ('Asbest in een bedrijfsbevolking', diss. UvA, Assen: Van Gorcum). Zie verder Pres. Rb. Almelo 24 oktober 1996, *JAR* 1996, 242 (*Marino Grootenhuis/Eternit*); Ktr. Middelburg 5 augustus 2002, *JAR* 2002, 253 (*Mensch/De Schelde*); HR 17 december 2004, *NJ* 2006, 147, m.nt. CJHB (*Hertel/Van der Lugt*). In de laatstgenoemde uitspraak laat de Hoge Raad het oordeel van het hof over de datum (1969) waarop het gevaar van mesothelioom bekend had moeten zijn in stand; Vزر. Rb. Rotterdam 1 augustus 2006, *M en R* 2007, 11, m.nt. Meijer (*Okker/Eternit*). Zie ook K. Festen, P.H.J.J. Swuste, 'Aansprakelijkheid voor de verwijderingskosten van asbesthoudende producten uit de consumentensfeer', *TvC* 1993, p. 53-67, i.h.b. p. 62.

²⁴ Bijvoorbeeld: Rb. Almelo 27 januari 1999, *JAR* 1999, 42; *TMA* 1999, p. 54, r.o. 4.4 (*Grootenhuis-Lourens/Eternit*). De rechtbank gaat uit van 1960; HR 2 oktober 1999, *TMA* 1999, p. 15, m.nt. Van Dort; *NJ* 1999, 682, m.nt. JBMV (*De Schelde/Erven Wijkhuizen*). Het hof ging uit van kenbaarheid vanaf 1964-1966, de Hoge Raad laat dit oordeel in stand; Hof Arnhem, 27 februari 2007, *TVP* 2007, p. 57, m.nt. De Lang; Vزر. Rb. Groningen 15 juni 2007, *LJN* BA7469. Tegen dit vonnis is appel aangetekend; Vزر. Rb. Almelo 2 oktober 2007, *LJN* BB4632, r.o. 6. Rechtspraak waarin een datum wordt gehanteerd die na 1969 ligt, bestaat ook. Dit betreft echter een weinig gevolgde opvatting. Zie Rb. Almelo 29 oktober 2003, *JM* 2004, 146, m.nt. Bos (*B/Eternit*). Deze uitspraak komt niet overeen met het oordeel van dezelfde rechtbank inzake *Horsting/Eternit* (Vزر. Rb. Almelo 22 mei 2003, *TMA* 2003, p. 164, m.nt. Janssen-Dek). Voor zover deze latere datum wordt gebaseerd op een onderscheid tussen verschillende soorten asbest, kan alvast worden opgemerkt dat dit mogelijk niet juist is.

²⁵ Zie de behandeling door het Gerechtshof Arnhem 27 februari 2007, *LJN* AZ9763; *TVP* 2007, p. 57, m.nt. De Lang; *TMA* 2007/4, p. 97, m.nt. Simons-Vinckx (*Jansman/Eternit*).

²⁶ Zie HR 17 december 2004, *NJ* 2006, 147, m.nt. CJHB (*Hertel/Van der Lugt*), r.o. 3.7; zie in vergelijkbare zin ook: HR 25 juni 1993, *NJ* 1993, 686, m.nt. PAS (*Cijsouw I*), r.o. 3.8.4.

mag worden verondersteld, kan worden volstaan met het bewijzen dat men is blootgesteld aan asbest afkomstig van de aangesproken partij.²⁷

5.2 Andere norm voor wit asbest?

Naast het onderscheid met betrekking tot de intensiteit van de blootstelling wordt ook onderscheid gemaakt naar het soort asbest waaraan de gelaedeerde is blootgesteld.²⁸ Van witte asbest wordt gezegd dat het gevaar van het ontstaan van mesothelioom pas later is erkend.²⁹ Dit onderscheid werd onder meer gemaakt in de zaak *Broug/Gemex*. De kantonrechter acht de blootstelling aan asbest bewezen, maar is tevens van mening dat het gevaar van witte asbest niet kenbaar was voor de werkgever in de periode dat de werknemer bij Gemex werkte. Dit oordeel blijft in hoger beroep en in cassatie in stand, maar de Hoge Raad wijdt geen principiële overwegingen aan het onderscheid naar soorten asbest.³⁰ Vooralsnog blijft daarom onduidelijk of een verweer dat iemand alleen is blootgesteld aan wit asbest en dat dit is gebeurd in een periode waarin het gevaar daarvan niet kenbaar was, kans van slagen heeft.³¹

Naar onze mening zou dit verweer niet zonder meer hoeven slagen. Vanaf een bepaald moment was immers duidelijk dat blootstelling aan asbest in algemene zin risicovol was, omdat het longkanker, asbestose of mesothelioom kan veroorzaken, maar bestond er geen bewijs dat wit asbest *niet* gevaarlijk was. Men zou dan kunnen zeggen dat het op de weg van een asbestverwerkend bedrijf had gelegen om onderzoek te doen om uit te sluiten dat witte asbest gevaarlijk was.³² Door dit onderzoek achterwege te laten en desondanks witte asbest te blijven gebruiken is een risico in het leven geroepen dat, als het zich verwezenlijkt, tot aansprakelijkheid leidt, ook voor gevaren die niet voorzienbaar waren.³³

Een dergelijke redenering is gevolgd in de zaak *Hertel/Van der Lugt*.³⁴ In deze zaak was het onderscheid naar de soort asbest waaraan Van der Lugt was blootgesteld

²⁷ Hierna zal nog worden ingegaan op het bewijzen van het causaal verband tussen het onzorgvuldig handelen en het ontstaan van de ziekte.

²⁸ Hartlief 2005, p. 42-44; HR 4 juni 2004, *JAR* 2004, 287 (*Broug/Gemex*).

²⁹ Voor een overzicht van literatuur waaruit zou blijken dat tot 1980 het gevaar van wit asbest nog niet was erkend, kan worden verwezen naar de overwegingen van de Rechtbank 's-Gravenhage in haar vonnis van 2 oktober 2002 in de zaak *Broug – Gemex*, zoals opgenomen in de Conclusie van A-G Spier bij HR 4 juni 2004, *JAR* 2004, 287 (*Broug/Gemex*). Stumphius heeft overigens verklaard dat elk van de drie soorten asbest mesothelioom kan veroorzaken. Zie het verslag van de beraadslaging bij de bijeenkomst van de Afdeling voor Gezondheidstechniek van het K.I.v.I. op 17 december 1969, zoals opgenomen in *De Ingenieur* van 3 april 1970, p. G46. Zie verder Vzr. Rb. Rotterdam 1 augustus 2006, *M en R* 2007, 11, m.nt. Meijer (*Okker/Eternit*), r.o. 4.10 en de verwijzingen daar naar een verslag van een beraadslaging tijdens een bijeenkomst van het KIVI op 17 december 1969.

³⁰ HR 4 juni 2004, *JAR* 2004, 287 (*Broug/Gemex*).

³¹ Van kenbaarheid van het gevaar van witte asbest zou pas sprake zijn in de jaren '80 van de vorige eeuw.

³² Op een vergelijkbare wijze wordt in diverse uitspraken omgegaan met de onzekerheid over het gevaar voor anderen dan werknemers bij een meer incidentele blootstelling aan asbest. Zie Hof Arnhem 27 februari 2007, *TMA* 2007, p. 97, m.nt. Simons-Vinckx; *TVP* 2007, p. 57, m.nt. De Lang; Hof Arnhem 5 juni 2007, *TMA* 2007, p. 103; *LJN* BA6464 (*Jansen/Eternit*), r.o. 4.17; Vzr. Rb. Almelo 2 oktober 2007, *LJN* BB4632, r.o. 9.

³³ Vgl. HR 8 januari 1982, *NJ* 1982, 614, m.nt. CJHB (*Natronloog*). Naar onze mening doet het later gewezen arrest *Taxusstruik* niet af aan deze conclusie, omdat m.b.t. asbest al duidelijk was dat het een gevaarlijke stof betreft (HR 22 april 1994, *NJ* 1994, 624, m.nt. CJHB (*Taxusstruik*)); dit in tegenstelling tot tuinafval.

³⁴ HR 17 december 2004, *NJ* 2006, 147 (*Hertel/Van der Lugt*).

niet doorslaggevend, omdat in deze zaak de kenbaarheid van het specifieke gevaar van mesothelioom er niet toe deed. Hertel had namelijk nagelaten om maatregelen te treffen tegen de kans op asbestose of longkanker, waardoor ook de kans op het ontwikkelen van mesothelioom aanmerkelijk is vergroot. Hertel is reeds daarom aansprakelijk. Niettemin gaat de Hoge Raad in op het onderscheid naar de soort asbest.³⁵

De Hoge Raad geeft aan dat het hof onbestreden heeft overwogen dat gesteld noch gebleken is dat mesothelioom *niet* door wit asbest kan worden veroorzaakt. Daarnaast is ten processe vastgesteld dat vanaf 1969 kenbaar was dat door blootstelling aan asbeststof ook mesothelioom kan worden veroorzaakt. Dat pas in 1980 met zekerheid is komen vast te staan dat witte asbest ook gevaarlijk is, staat er niet aan in de weg dat Hertel had moeten besluiten geen verdere risico's te nemen ten aanzien van de gezondheid van de medewerkers. Anders gezegd: wanneer men wel weet dat asbest in algemene zin (dus alle soorten van asbest bij elkaar genomen) mesothelioom kan veroorzaken, maar men niet zeker weet dat witte asbest *geen* mesothelioom veroorzaakt, had men het gebruik van asbest achterwege moeten laten.

6. Causaal verband

Evenals de werknemer die ageert op grond van art. 7:658 BW zal de benadeelde die zijn vordering grondt op art. 6:162 BW het causaal verband moeten aantonen. Daartoe is nodig dat de benadeelde stelt en bij betwisting bewijst dat hij door de aangesproken partij daadwerkelijk aan asbest is blootgesteld.³⁶ Dat laatste zal voor niet-werknemers in de praktijk moeilijker zijn dan voor werknemers die in een asbestverwerkend bedrijf hebben gewerkt. Wat geldt als adequaat bewijs van blootstelling, is niet in algemene zin te zeggen. Bewijs van de blootstelling kan op verschillende wijzen worden geleverd zoals door getuigenverklaringen of bonnen van aankoop van asbesthoudend materiaal. Wanneer deze blootstelling voldoende kan worden aangetoond en bovendien kan worden aangetoond dat de aangesproken partij ten tijde van de blootstelling veiligheidsmaatregelen had moeten treffen om schade te voorkomen, zal het causaal verband tussen de normschending en de schade, vanwege het feit dat mesothelioom als enige bekende oorzaak de blootstelling aan asbest heeft, in beginsel moeten worden aangenomen.³⁷

Een tweede probleem dat kan spelen met betrekking tot causaliteit, betreft de meervoudige causaliteit: gezien de aard van mesothelioom kan deze ziekte door een relatief korte blootstelling worden veroorzaakt, waardoor behalve door de blootstelling aan asbest waarvoor de aangesproken partij verantwoordelijk is, ook

³⁵ R.o. 3.9.

³⁶ Zie HR 26 januari 2000, NJ 2001, 597 (*Weststrate/De Schelde*), m.nt. DA onder NJ 2001, 596 (*Unilever/Dikmans*).

³⁷ De problematiek van de proportionele aansprakelijkheid laten wij buiten beschouwing, omdat dit niet een specifiek probleem betreft van niet-loondienstgerelateerde aansprakelijkheid. Natuurlijk zullen ook niet-loondienstgerelateerde mesothelioomslachtoffers te maken kunnen hebben met verschillende mogelijke oorzaken van hun aandoening en de daarmee mogelijk gepaard gaande proportionele aansprakelijkheid. Zie voor deze materie onder meer: J.S. Kortmann, 'Karamus/Nefalit: Proportionele aansprakelijkheid?', *NJB* 2006, p. 1404-1412 en G.E. van Maanen, 'Proportionele schadevergoeding bij asbestclaims. De zaak *Schraier/De Schelde*', in: A.J. Akkermans, M. Faure, T. Hartlief (red.), *Proportionele aansprakelijkheid*, Boom Juridische uitgevers, Den Haag: 2000.

een andere (onbekende) blootstelling de ziekte tot gevolg kan hebben gehad. Dit probleem hoeft niet onoverkomelijk te zijn, gezien artikel 6:99 BW. Dit artikel maakt aansprakelijkheid mogelijk als de schade op zichzelf door de enkele onrechtmatige veroorzaking zou kunnen zijn ontstaan.³⁸ Dat mogelijk ook een ander onrechtmatig handelen de ziekte kan hebben veroorzaakt doet dan aan de aansprakelijkheid niet af.³⁹

6. Recallverplichtingen

Hiervoor is aan de orde gekomen dat het vanaf een bepaalde datum kenbaar was dat het gevaarlijk is om asbest in het milieu of het verkeer te brengen. Dit betekent dat een partij die dit voor deze datum heeft gedaan in beginsel vrijuit gaat, omdat zij niet hoefde te weten dat haar handelwijze gevaren met zich bracht. In deze paragraaf zal worden ingegaan op de vraag of mogelijk toch aansprakelijkheid zou kunnen bestaan, omdat op een later tijdstip (toen het gevaar van mesothelioom kenbaar was) is nagelaten om recallmaatregelen te treffen. Dit zijn maatregelen die er op gericht zijn om te proberen de asbest uit het milieu/verkeer te (doen) verwijderen of ten minste te waarschuwen voor mogelijke de gevolgen van asbest.⁴⁰

Of in geval van asbest inderdaad sprake zou kunnen zijn van recallverplichtingen, is zowel voor milieu- als voor productenaansprakelijkheid relevant, maar de aanwezige literatuur⁴¹ en rechtspraak⁴² heeft met name betrekking op productenaansprakelijkheid. Hierbij kan wel worden opgemerkt dat het onderscheid tussen milieuaansprakelijkheid en productenaansprakelijkheid niet altijd scherp valt te maken als het gaat om recallmaatregelen voor asbestleverende of -producerende partijen. Zowel voor het in het milieu brengen als voor het leveren van een product geldt dat asbest terecht is gekomen in het maatschappelijk verkeer waarbij kans bestaat op een risicovolle blootstelling. In beide gevallen zal de vraag moeten worden beantwoord of de aangesproken vervuiler of producent van de asbest dient in te grijpen om verder gevaar te voorkomen. Daarnaast kan milieuaansprakelijkheid voor asbest betrekking hebben op het leveren van asbestafval als erfverharding, hetgeen in zekere zin ook beschouwd kan worden als het leveren van een product.

Kan een veroorzaker van verontreiniging of producent van asbest aansprakelijk zijn voor het (zonder waarschuwing) in het verkeer laten van de asbest? Onder het

³⁸ Zie ook de arresten *Des-dochters* (HR 9 oktober 1992, NJ 1994, 535, m.nt. CJHB) en *Moerman/Bakker* (17 januari 1997, NJ 1997, 230)). Artikel 6:99 BW geeft ook het recht voor de invoering van het NBW weer (Zie *Des-dochters*).

³⁹ Zie ook V.zr. Rb. Groningen 15 juni 2007, LJN BA7469.

⁴⁰ Vgl. P. Kuipers, 'Aansprakelijkheid voor 'terughaalschade' en waarschuwingsplichten van de producent bij (mogelijke) product recall', *AV&S* 2001, p. 99; Chr.F. Kroes, 'Product recall', *AV&S* 2004, p. 166.

⁴¹ Zie onder meer L. Dommering-van Rongen, 'Productenaansprakelijkheid voor verwijderingskosten, in het bijzonder van asbest', in: J.M. van Dunné (red.), *Asbest en aansprakelijkheid*, Arnhem: Gouda Quint, 1994, p. 51-58; N.E. Bobbert, 'Product recall – geen halve maatregel', *TvC* 1996, p. 5-16; J. Spier, 'Waarschuwingplicht van de producent voor later gebleken gebreken. Kunnen de daaraan verbonden kosten worden verhaald op de AVB-verzekeraar?', *A&V* 1997, p. 96; J.H. Wansink, 'Asbesthoudende vloerbedekking, de bereddingsplicht en een onvoorspelbare oprekking van het schadebegrip in de AVB-polis', *A&V* 1997, p. 103-107; Kuipers 2001, p. 99-111; Kroes 2004, p. 166-175.

⁴² Rb. Haarlem 18 februari 1992, *TvC* 1992, 83; NJ 1993, 521 (*Konsumenten Kontakt/Forbo*); HR 2 mei 1997, NJ 1998, 281, m.nt. MMM; *A&V* 1997, p. 96, m.nt. JS (*Centraal Beheer/Forbo Krommenie*).

huidige artikel 2 lid 1 sub b Warenwetbesluit is dat zeker het geval.⁴³ Onder de voorganger van het huidige besluit bestond er mogelijk geen directe verplichting tot het nemen van recallmaatregelen, maar dat sluit aansprakelijkheid niet uit.⁴⁴ Deze kon worden gebaseerd op het ongeschreven recht waaruit voortvloeit dat aansprakelijkheid bestaat indien men bekend is met een gevaar maar ingrijpen achterwege laat.⁴⁵ Ook ten aanzien van de blootstelling aan asbest is in de rechtspraak bepaald dat er een plicht tot het nemen van maatregelen kan bestaan.⁴⁶

Recallmaatregelen zullen kostbaar zijn, omdat niet altijd goed zicht zal bestaan op de groep van personen tot wie de maatregelen zullen moeten worden gericht. De beoordeling of in een concreet geval een plicht bestaat tot het nemen van maatregelen hangt af van de omstandigheden van het geval. Hiervoor kan worden aangesloten bij de criteria uit het *Kelderluik*-arrest.⁴⁷ Dit betekent dat een afweging moet worden gemaakt tussen de kans op schade en de ernst daarvan enerzijds en de bezwaarlijkheid van het nemen van voorzorgsmaatregelen om deze schade te voorkomen anderzijds. De kans op schade wordt daarbij bepaald door de aard van het product, de aard van het gebrek van dit product en het te verwachten gebruik.⁴⁸ In de regel zal gelden dat hoe ernstiger de mogelijke gevolgen zijn, hoe minder bezwaarlijk vergaande recallmaatregelen zullen worden geacht. Ook bij blootstelling aan asbest zal een dergelijke afweging moeten worden gemaakt.

Hiervoor kwam reeds ter sprake dat de aard en de omvang van de blootstelling van belang zijn bij de beantwoording van de vraag vanaf welk moment men had moeten weten dat het niet verantwoord is om iemand bloot te stellen aan asbest. De mate van blootstelling is evenzeer beslissend voor het niveau van maatregelen dat verwacht mag worden van een producent bij gebleken gevaar van een product, omdat de blootstelling direct van invloed is op de grootte van de kans op schade.

Voor asbesthoudende producten die bij normaal gebruik waarschijnlijk niet of nauwelijks gevaar opleveren voor de gezondheid, omdat de blootstelling aan asbest minimaal zal zijn, zal een vergaande recallmaatregel, zoals een terughaalplicht, minder snel worden aangenomen. In de zaak *Konsumenten Kontakt/Forbo* werd bijvoorbeeld geen verwijderingsplicht aangenomen ten aanzien van door Forbo geleverde (asbestbevattende) vloerbedekking, omdat het product geen gevaar opleverde bij normaal gebruik.⁴⁹ Producten die bij gebruik tot een grotere blootstelling leiden, zoals asbest als erfverharding, zouden tot uitgebreidere recallmaatregelen moeten leiden.

⁴³ Zie art. 2 lid 1 sub b Warenwetbesluit algemene productveiligheid.

⁴⁴ Zie Kroes 2004, p. 167.

⁴⁵ HR 22 november 1974, *NJ* 1975, 149, m.nt. GJS (*Struikelende bakker*). Zie tevens Kroes 2004, p. 169. Zie ook de noot van Spier bij *Centraal Beheer/Forbo Krommenie* (*A&V* 1997, p. 96 v.) voor een overzicht van relevante literatuur en rechtspraak, i.h.b. p. 98 en de tekst van de voetnoten 4, 5 en 6 op p. 100.

⁴⁶ Zie HR 2 mei 1997, *NJ* 1998, 281, m.nt. MMM (*Centraal Beheer/Forbo Krommenie*) waarin een waarschuwingsplicht werd aangenomen. Zie tevens Hof 's-Gravenhage 6 december 2005, *LJN* BB4165 (*Staedion/Allianz c.s.*), r.o. 5. Het arrest van het Hof is in cassatie in stand gebleven. Zie HR 30 november 2007, *LJN* BA7560.

⁴⁷ HR 5 november 1965, *NJ* 1966, 136, m.nt. GJS (*Kelderluik*). Zie tevens Kroes 2004, p. 168.

⁴⁸ Kroes 2004, p. 169.

⁴⁹ Zie r.o. 5.9.

Bij de afweging op basis van de *Kelderluik*-criteria speelt behalve de grootte van de kans op ongevallen met name een rol welke gevolgen het achterwege laten van recallmaatregelen kan hebben. Deze mogelijke gevolgen zijn bij blootstelling aan asbest natuurlijk ernstig. Of de ernst van de gevolgen van blootstelling aan asbest de afweging altijd zal moeten laten doorslaan ten gunste van het aannemen van een zeer uitgebreide recallmaatregel, zoals het terughalen van alle in het verleden geleverde asbesthoudende producten, kan niet met zekerheid worden gezegd. Het zal gezien de zeer lange termijn tussen de introductie van asbest als product en het beëindigen van de levering ervan vaak niet eenvoudig zijn om effectief in te grijpen, omdat gegevens van afnemers door tijdsverloop zijn komen te ontbreken. Bovendien kan voor bepaalde producten, zoals bijvoorbeeld asbesthoudende vloerbedekking, een voorlichting over de juiste wijze van gebruik of verwijdering effectiever zijn voor het verminderen van gezondheidsrisico's dan een mogelijk onvolledige terughaalactie.

De ernst van de schade bij blootstelling aan asbest betekent ons inziens wel dat niet zal kunnen worden volstaan met het geheel achterwege laten van recallmaatregelen. Gezien de verantwoordelijkheid die bestaat bij dreigend gevaar, zal enige vorm van ingrijpen verwacht mogen worden. Als in het geheel geen maatregelen zijn ondernomen, zou dit aanleiding kunnen zijn om voor die gevallen waarbij mesothelioom is ontstaan door blootstelling aan een asbesthoudend product een vergoeding toe te wijzen, ook voor producten die in het verkeer zijn gebracht, voordat het gevaar van asbest kenbaar was.⁵⁰ Daarbij dient te worden opgemerkt dat het bewijzen van de blootstelling aan een bepaald asbesthoudend product problematisch kan zijn voor het slachtoffer vanwege de lange incubatietijd van de ziekte mesothelioom.⁵¹

8. Conclusie

Dankzij de Regeling tegemoetkoming niet-loondienstgerelateerde slachtoffers van mesothelioom (TNS-regeling) is voorzien in een lacune, waardoor nu in beginsel voor ieder mesothelioom-slachtoffer binnen een redelijke termijn een zekere tegemoetkoming kan worden verkregen. Hiermee is het belang van een verdere ontwikkeling van de rechtspraak voor niet-loondienst gerelateerde asbestschade nog niet vervallen. De overheid zal namelijk trachten om de betaalde voorschotten te verhalen op de verantwoordelijke partijen. Daarnaast kunnen slachtoffers ook zelf blijven kiezen voor de civielrechtelijke weg voor het verkrijgen van schadevergoeding en zullen zij daarop zijn aangewezen voor een vergoeding van hun volledige schade.

Voor wat betreft de invulling van de zorgplicht lijkt het weinig verschil te maken of sprake is geweest van een blootstelling tijdens het werk of juist niet. De zorgplicht lijkt veel meer afhankelijk van de duur en de intensiteit van de blootstelling. Niettemin is het onderscheid tussen schade ontstaan tijdens de uitoefening van arbeid of daarbuiten weldegelijk van belang als het gaat om de bewijslastverdeling en de omgang met de 'eigen schuld' vraag. Daarnaast zullen niet-werknemers het

⁵⁰ Zie ook Bobbert 1996, p. 13.

⁵¹ Het verweer dat de blootstelling mogelijk geheel of gedeeltelijk heeft plaatsgevonden in een periode dat geen sprake was van een verplichting tot het nemen van recallmaatregelen lijkt weinig kansrijk. Vgl. hiervoor (ten aanzien van aansprakelijkheid in arbeidsrelatie) HR 25 juni 1993, *NJ* 1993, 686, m.nt. PAS (*Cijsouw I*).

waarschijnlijk aanzienlijk lastiger hebben om een blootstelling aan asbest in een bepaalde periode aan te tonen.

Bedrijven die mogelijk niet onrechtmatig jegens een slachtoffer hebben gehandeld ten tijde van het in het verkeer brengen van de asbest, zouden niettemin aansprakelijk gehouden kunnen worden voor het achterwege laten van recallmaatregelen. Of recallmaatregelen hadden moeten worden genomen, is afhankelijk van een afweging van factoren, waarbij de kans op schade, de ernst van de schade en de bezwaarlijkheid van het nemen van maatregelen beslissend zullen zijn. De hoge kosten die veelal verbonden zijn aan uitgebreide recallmaatregelen, zoals het terughalen van een product, zouden redenen kunnen zijn om niet zonder meer aan te nemen dat bedrijven in alle omstandigheden de plicht hebben om asbesthoudende producten terug te halen. Het in zijn geheel niet treffen van maatregelen nadat de ernstige gevaren van asbest bekend waren geworden, lijkt echter een gedegen grond voor een vordering tot schadevergoeding voor slachtoffers van asbest die door producenten in het milieu/verkeer is gebracht.