

## **HR 17-12-2004, C03/211HR**

**(Onder)aannemer uit onrechtmatige daad aansprakelijk voor mesothelioom van werknemer opdrachtgever (hoofdaannemer), Jurisprudentie Aansprakelijkheid 2005/2 , nr. 14, p. 139-141**

Noot W.H. van Boom

### **inleiding**

Bij de werknemer in deze zaak, die in 1921 geboren werd en die ruim veertig jaar bij scheepswerf NDSM (de Nederlandsche Dok- en Scheepsbouwmaatschappij) werkzaam was geweest als ketelmaker, wordt in 1996 de diagnose mesothelioom gesteld. De werkgever aansprakelijk stellen was niet mogelijk, aangezien de werf al in 1984 als onderdeel van het Verolme-concern ten onder was gegaan. Omdat de werkgever niet langer bestond, had het slachtoffer (althans zijn erfgenamen) een beroep op de regeling Tegemoetkoming Asbestslachtoffers (Stcrt. 2000, 16) kunnen doen. Die regeling geeft aan het mesotheliomslachtoffer c.q. de directe nabestaanden recht op een genormeerd bedrag van inmiddels ruim € 16.000, bij wijze van tegemoetkoming voor immaterieel nadeel. De langdurige weg van het aansprakelijkheidsproces tegen de derde, isolatiebedrijf Hertel BV, zou dan zijn vermeden. Daar staat tegenover dat het bedrag dat de civiele rechter aan smartengeld toewijst, veelal hoger is dan het bedrag dat de vangnetregeling van overheidswege biedt.

### **Werkgeversaansprakelijkheid niet van toepassing**

Hoe dat ook zij, in deze zaak wordt Hertel, een van de vaste onderaannemers van NDSM, aangesproken uit onrechtmatige daad. De Hoge Raad maakt duidelijk dat niet artikel 7:658 (of voorloper art. 1638x) toepasselijk is op de rechtsverhouding tussen de werknemer van NDSM en de onderaannemer Hertel, maar – bij gebreke van een contractuele rechtsverhouding – het gewone onrechtmatigedaadsrecht (art. 1401BW oud / art. 6:162 BW). Dat lijkt voor de hand te liggen, maar de afbakening tussen art. 6:162 en 7:658 luistert erg nauw in dit type gevallen waarin meerdere aannemers en onderaannemers op dezelfde werkplek tegelijkertijd werkzaam zijn. Uit *Stormer/Vedox* (HR NJ 1990, 716) weten we dat de formele werkgever in beginsel aansprakelijk is voor fouten gemaakt door de materiële werkgever. Uit *Power/Ardross* (HR NJ 1993, 687) weten we bovendien dat een werkgever heeft in te staan voor de veiligheidsfouten van andere aannemers op de bouwput, als waren het de fouten van een hulppersoon (art. 6:76 BW) bij de nakoming van de verbintenis. Het hebben van zeggenschap over de werksituatie is voor de beoordeling van die aansprakelijkheid niet relevant. Tegelijk kan ook, zo volgt uit *Stormer/Vedox*, de hulppersoon die als inlener gekwalificeerd kan worden, uit onrechtmatige daad aansprakelijk worden gesteld met toepassing van dezelfde regels (inclusief de gunstige bewijslastomkering) als bij toepassing van art. 7:658 BW zouden gelden. Die rechtspraak is later gecodificeerd in lid 4 van art. 7:658 BW. Hertel was onderaannemer en daarmee geen inlener; toch maakte Hertel wel ‘gebruik’ van de diensten van het personeel van NDSM bij de uitoefening van het eigen bedrijf, althans in de ruime zin dat door de feitelijke samenwerking van het personeel van NDSM en Hertel het scheepsproduct werd gemaakt. Aldus bezien is het verschil tussen inlening en het samenwerken van de werknemers van Hertel en NDSM in juridisch opzicht redelijk helder, maar praktisch toch wel wat arbitrair. Het blijft in beide gevallen samenwerken op de ‘bouwplaats’.

## **Zeggenschap**

De rechtvaardiging voor het verschil wordt wel gezocht in de *zeggenschap over de werkplek*. Immers, NDSM zou als hoofdaannemer (ik abstraheer van het faillissement) wél door het eventueel besmette personeel van Hertel kunnen worden aangesproken met toepassing van de normen van art. 1638x, maar andersom niet. Het is namelijk de hoofdaannemer NDSM die zeggenschap over de werkplek heeft (het is haar werf!), terwijl onderaannemer Hertel deze niet heeft. Dat verschil maakt dat de normen van art. 1638x niet op Hertel toegepast kunnen worden, zo is kennelijk de redenering.

Toch is het verschil uiteindelijk niet groot, want ook een onderaannemer als Hertel die geen zeggenschap over de arbeidsomstandigheden van het personeel van NDSM heeft, wordt een verwijt gemaakt van het nalaten om het personeel van NDSM te beschermen tegen asbeststof. De Hoge Raad spreekt van “een verhoogde zorgvuldigheidsnorm (...) met het oog op de belangen van diegenen die zich bevinden in de directe nabijheid van een plaats waar met asbest wordt gewerkt.” (r.ov. 3.7) . Die norm laat zich overigens niet alleen toepassen op personeel van onderaannemers, maar ook personen die de werkvloer om andere redenen bezoeken of anderszins met asbeststof in de nabijheid van het bedrijf in aanraking komen. Een vergelijkbare regel leest men thans in artikel 10 Arbeidsomstandighedenwet 1998.

Dat Hertel geen zeggenschap had over de arbeidsomstandigheden bij NDSM is dus eigenlijk niet relevant. De impliciete boodschap lijkt veeleer te zijn dat als een onderaannemer weet heeft (of moet hebben) van de gevaarlijke eigenschappen van de stoffen waarmee hij werkt, hij er zorg voor moet dragen dat bijvoorbeeld de persoonlijke beschermingsmiddelen die hij aan zijn personeel geeft, ook gebruikt worden door het blootgestelde personeel van de hoofdaannemer. Een onderaannemer die geen zeggenschap heeft over het personeel van de hoofdaannemer is kortom niettemin verantwoordelijk voor de bescherming van dat personeel op gelijke wijze als het de eigen werknemers beschermt. Als men geen zeggenschap heeft, zal men ófwel deze contractueel moeten bedingen van de hoofdaannemer (c.q. opdrachtgever) ófwel men moet van de klus afzien.

## **Ongeschreven normen ‘van toen’**

Het arrest geeft aan hoe de rechter het recht ‘vindt’ als het niet in wetten is neergeslagen. In r.ov. 3.7 onder b. geeft het college aan dat de maatschappelijke opvattingen ten tijde van de aan de derde verweten gedragingen of nalatigheden *beslissend zijn* voor de vraag of onrechtmatig is gehandeld. In *Cijsouw vs. De Schelde II* (HR NJ 1999, 683) waren die opvattingen nog slechts *mede* bepalend. Mij is niet duidelijk of hiermee een verschil is beoogd. In beide gevallen is onhelder hoe de rechter maatschappelijke opvattingen over deze materie in retrospectief denk te kunnen meten. Ketelmakers werden tot in de jaren zestig en zeventig wereldwijd op deze manier blootgesteld aan asbeststof. Het was kennelijk gewoon. Net zo gewoon als de maatschappij het destijds vond dat mijnwerkers hun longen lieten beschadigen, dat iedereen overal en altijd rookte, dat ongehoorzame kinderen af en toe een pak rammel kregen, en dat homofilie als een ziekte werd gezien. Nu vinden we dat helemaal niet gewoon, maar de vraag is of we in het verwoorden van de maatschappelijke opvattingen van *toen* niet met de ‘hindsight bias’ van *nu* oordelen.

## **Omkeringsregel**

In de medische wetenschap is er maar één oorzaak bekend van mesothelioom: asbestblootstelling. Dus het toepassen van de omkeringsregel op casus waarin enerzijds beroepsmatige asbestblootstelling vaststaat en anderzijds mesothelioom wordt gediagnosticeerd, ligt erg voor de hand. Het is aan de aansprakelijke om te bewijzen dat het *condicio sine qua non*-verband ontbreekt. Dit is ook in de lijn van Cijsouw/De Schelde (NJ

1993, 686 en NJ 1999, 683), waar de werkgever werd belast met het bewijs dat ook als voorzorgsmaatregelen waren getroffen met het oog op de destijds wél bekende gevaren van asbestblootstelling, toch niet voorkomen had kunnen worden dat de werknemer mesotheliom zou ontwikkelen. Ingeval van mesotheliom is de toepassing van de omkeringsregel daarom voor de hand liggend, met name in combinatie met een intensieve en langdurige blootstelling. Wellicht ligt dat anders ingeval van een incidentele blootstelling tijdens een langdurig arbeidzaam leven, alhoewel in dat geval het meest voor de hand liggende verweer tegen causaal verband is dat het mesotheliom elders is opgelopen. En dat verweer zal worden gepareerd met art. 6:99 BW.

Toch is wel iets aan te merken op de toepassing van de omkeringsregel in deze zaak. Duidelijk is dat de regel mag worden toegepast op de periode voor 1969, toen wél sprake was van onrechtmatige blootstelling vanwege de bekende gevaren maar geen sprake was van kennis van het gevaar van mesotheliom (r.ov. 3.13 i.f.). Minder duidelijk is of de Hoge Raad beseft wat de reikwijdte is van de wijze waarop hij dit in r.ov. 3.13 overweegt. Er staat namelijk kort gezegd dat het hof juist heeft geoordeeld door te beslissen dat de onrechtmatige blootstelling een specifiek gevaar in het leven heeft geroepen voor het ontstaan van *een asbestziekte*, welk gevaar door de normschending in het algemeen aanmerkelijk wordt vergroot, en dat dit alles de toepassing van de omkeringsregel rechtvaardigt. De overwegingen betreffen 'een asbestziekte' en zien dus striktgenomen ook op longkanker. Epidemiologie leert namelijk dat beroepsmatige blootstelling aan asbeststof de kans op het ontwikkelen van longkanker aanmerkelijk vergroot, maar tegelijkertijd is het aantonen van *concreet* causaal verband ingeval van longkanker vrijwel ondoenlijk. In tegenstelling tot mesotheliom is longkanker namelijk geen signatuurziekte: er zijn vele (synergetische) oorzaken mogelijk. Een asbestslachtoffer dat longkanker in plaats van mesotheliom heeft, heeft veel meer moeite met het aantonen van causaal verband tussen zijn aandoening en de normschending, en het toepassen van de omkeringsregel zou hem dus veel voordelen bieden. Als ik het goed zie is dat voordeel met deze uitspraak nu dus gegeven, tenzij de Hoge Raad 'een asbestziekte' niet heeft bedoeld als een ziekte die men door asbestblootstelling kán hebben opgelopen, maar als een signatuurziekte die *uitsluitend* door asbest teweeggebracht kan zijn.