

ADVIES OVER

DOORBREKING VAN DE VERJARINGSTERMIJN

EN

STELPLICHT EN BEWIJSLAST VOOR AANSPRAKELIJKHEID

voor het

INSTITUUT ASBESTSLACHTOFFERS

van

prof. mr. T. Hartlief

prof. mr. J. Hijma en

prof. mr. H.J. Snijders

INHOUDSOPGAVE

1.	Algemeen	3
1.1	Vraagstelling	3
1.2	Uitgangspunten van het advies	4
2.	Verjaring	5
2.1	De relevante verjaringstermijn	5
2.2	HR-rechtspraak waarbij de termijn wordt doorbroken	5
2.3	Evaluatie van de gezichtspuntencatalogus van de Hoge Raad	10
2.4	Latere rechtspraak van de Hoge Raad	12
2.5	Gezichtspunt ‘g’: te herleiden tot bepaalde termijn	12
2.6	Welke vaste termijn voor gezichtspunt ‘g’?	16
2.7	Invloed van bemiddeling door het IAS op gezichtspunt ‘g’	24
2.8	Gezichtspunt ‘c’: verkenning	25
2.9	Relativering van gezichtspunt ‘c’	30
2.10	Deelconclusies ten aanzien van verjaring	34
3.	Stelplicht en bewijslast	37
3.1	Inleiding	37
3.2	Wettelijk kader	37
3.3	Stelplicht en bewijslast in algemene zin	38
3.4	Stelplicht en bewijslast bij art. 7:658	41
3.5	Schade	42
3.6	Dienstbetrekking	42
3.7	Blootstelling aan asbest tijdens werk	44
3.8	Causaal verband	46
3.9	Betrachting van voldoende zorg	47
3.10	Opzet of bewuste roekeloosheid werknemer; eigen schuld	50
3.11	Deelconclusie ten aanzien van stelplicht en bewijslast	52

Bijlage: notitie IAS 23 oktober 2006.

1. ALGEMEEN

1.1 Vraagstelling

1. Het Instituut Asbestslachtoffers (hierna: IAS) heeft aan ondergetekenden (hierna: de Commissie) verzocht om te adviseren over enige knelpunten in de bemiddelingspraktijk van het IAS zoals verwoord in zijn notitie van 23 oktober 2006. De notitie is als bijlage bij dit advies gevoegd.
2. Het gaat hier om twee categorieën van knelpunten: enige problemen rond de vraag of en in hoeverre de verjaringstermijn voor vorderingen van mesotheliomslachtoffers wordt doorbroken en problemen rond de invulling van de stelplicht en bewijslast ter zake van werkgeversaansprakelijkheid jegens mesotheliomslachtoffers.
3. De eerste categorie van knelpunten hangt samen met twee arresten van de Hoge Raad – Van Hese/De Schelde en Rouwhof/Eternit¹ – waarin beslist is dat een beroep op het verstreken zijn van de zogenaamde lange verjaringstermijn van 20 of 30 jaar (vgl. art. 3:310 BW) door de aansprakelijk gestelde persoon naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kan zijn. Of dat het geval is, hangt af van de omstandigheden van het geval, waarbij een zevental gezichtspunten (a-g) door de rechter expliciet gewogen dient te worden, waaronder ‘de mate waarin de gebeurtenis de aangesprokene kan worden verweten’ (‘c’) en de vraag ‘of na aan het licht komen van de schade binnen redelijke termijn een aansprakelijkstelling heeft plaatsgevonden en een vordering tot schadevergoeding is ingesteld’ (‘g’), aldus de Hoge Raad. Het zijn deze gezichtspunten die het IAS blijkens genoemde notitie als zodanige knelpunten heeft ervaren dat het hierover advies wenste in te roepen.

¹ HR 28 april 2000, *NJ* 2000, 430 resp. 431 m.nt. ARB.

4. De tweede categorie van knelpunten betreft de stelplicht en de bewijslast ter zake van de aansprakelijkheid. Het betreft hierbij, zoals de notitie aangeeft, de werkgeversaansprakelijkheid van art. 7:658 BW.
5. Zoals verzocht in de notitie wordt een advies verstrekt dat handvatten biedt voor de te hanteren normen aangaande de genoemde knelpunten, op basis waarvan afspraken gemaakt zouden kunnen worden door het IAS en de bij het IAS betrokken organisaties.
6. Van een samenvatting van het advies wordt afgezien. Verwezen zij naar de deelconclusies sub 2.10 resp. 3.11.

1.2 Uitgangspunten van het advies

7. In het kader van dit advies gaat het steeds om schade in de vorm en ten gevolge van mesothelioom.
8. De Commissie gaat, conform heersend inzicht, ervan uit dat mesothelioom alleen of nagenoeg alleen wordt veroorzaakt door blootstelling aan asbest.

2. VERJARING

2.1 De relevante verjaringstermijn

9. Aan de orde is de ‘lange’ verjaringstermijn van 30 jaar, die loopt vanaf de schadeveroorzakende gebeurtenis. Zie art. 3:310 BW, eerste lid, zoals (onder meer voor asbestschade) verlengd door het tweede lid van deze bepaling. Deze termijn wordt ook wel gekwalificeerd als ‘objectieve’ termijn, nu zij ingaat ongeacht de vraag of het slachtoffer van de schade en de daarvoor aansprakelijk te stellen persoon op de hoogte is.

10. Art. 3:310 BW kent sedert 1 februari 2004 een vijfde lid dat voor rechtsvorderingen tot vergoeding van schade door letsel en overlijden nog slechts een (korte) subjectieve verjaringstermijn kent, die eerst begint te lopen nadat de benadeelde zowel met de schade als met de daarvoor aansprakelijke persoon bekend is geworden. Deze bepaling geldt echter op grond van art. 119b Overgangswet NBW slechts voor schadeveroorzakende gebeurtenissen na haar inwerkingtreding en dus niet voor de mesotheliomslachtoffers die zich bij het IAS melden.

2.2 HR-rechtspraak waarbij de termijn wordt doorbroken

11. Het betreft hier met name het arrest Van Hese/Schelde. Ook het arrest Rouwhof/Eternit is hier van belang. In beide zaken gaat het om een beroep op verjaring door een als ex-werkgever aangesproken persoon tegen een vordering van de ex-werknemer tot vergoeding van mesotheliom schade ten gevolge van blootstelling aan asbest tijdens diensttijd. In Van Hese/De Schelde biedt de Hoge Raad nadrukkelijk ruimte voor de beperkende werking van art. 6:2 lid 2 BW als correctie op de inroepbaarheid van de lange verjaringstermijn, in Rouwhof/Eternit

geschiedt dat niet. Het verschil in behandeling valt te verklaren: in Van Hese/De Schelde doet zich het ‘uitzonderlijke geval’ voor dat de ziekte zich heeft geopenbaard nadat de ‘lange’ verjaringstermijn is verstreken, in Rouwhof/Eternit had de ziekte zich reeds (kort) daarvoor geopenbaard..

12. De centrale overweging uit Van Hese/Schelde luidt als volgt:

‘3.3.3. Of in gevallen als het onderhavige toepassing van de verjaringstermijn van dertig jaar na de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust, inderdaad naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, zal met inachtneming van alle omstandigheden van het concrete geval moeten worden beoordeeld. Als gezichtspunten waarvan de rechter blijk moet geven deze in zijn beoordeling te hebben betrokken, vallen te noemen:

- (a) of het gaat om vergoeding van vermogensschade dan wel van nadeel dat niet in vermogensschade bestaat, en - mede in verband daarmee - of de gevorderde schadevergoeding ten goede komt aan het slachtoffer zelf, diens nabestaanden dan wel een derde;
- (b) in hoeverre voor het slachtoffer respectievelijk zijn nabestaanden ter zake van de schade een aanspraak op een uitkering uit anderen hoofde bestaat;
- (c) de mate waarin de gebeurtenis de aangesprokene kan worden verweten;
- (d) in hoeverre de aangesprokene reeds vóór het verstrijken van de verjaringstermijn rekening heeft gehouden of had behoren te houden met de mogelijkheid dat hij voor de schade aansprakelijk zou zijn;
- (e) of de aangesprokene naar redelijkheid nog de mogelijkheid heeft zich tegen de vordering te verweren;
- (f) of de aansprakelijkheid (nog) door verzekering is gedekt;
- (g) of na het aan het licht komen van de schade binnen redelijke termijn een aansprakelijkstelling heeft plaatsgevonden en een vordering tot schadevergoeding is ingesteld.’

13. Even daarvoor heeft de Hoge Raad aangegeven dat de redelijkheid en billijkheid zich wel degelijk kunnen verzetten tegen een beroep op het verlopen zijn van de lange verjaringstermijn van art. 3:310 BW. Eerst formuleert de Hoge Raad de kernvraag:

‘3.3.1. Het gaat in dit geding om de vraag of een vordering tot schadevergoeding nog geldend kan worden gemaakt in een geval dat zich hierdoor kenmerkt dat na de laatste blootstelling aan asbest meer dan dertig jaar zijn verstreken voordat het daardoor veroorzaakte mesothelioom is gediagnostiseerd.’

14. Dan komt het juridisch kader:

‘Bij de beoordeling van deze vraag moet worden vooropgesteld dat op grond van art. 68a lid 1 in verbinding met art. 73 Ow NBW art. 3:310 van toepassing is. Zou de in het eerste lid van dat artikel neergelegde termijn van vijf jaar, die een aanvang neemt wanneer de benadeelde zowel met de schade als met de daarvoor aansprakelijke persoon bekend is geworden, gelden, dan zou dit meebrengen dat de rechtsvordering nog niet was verjaard. Deze termijn kan echter niet meer tot toepassing komen indien inmiddels de termijn van dertig jaren van art. 3:310 lid 2 is verstreken.’

15. De aard van deze termijn is van groot belang:

‘Laatstbedoelde termijn heeft een objectief en in beginsel absoluut karakter, dat wil zeggen dat, hoezeer dit ook moeilijk is te aanvaarden uit een oogpunt van individuele gerechtigheid ten opzichte van degene die schade heeft geleden, het beginsel van rechtszekerheid dat deze absolute termijn beoogt te dienen en de billijkheid jegens de wederpartij - waarbij in het bijzonder valt te denken aan de moeilijkheden die bij het loslaten van deze termijn voor deze kunnen ontstaan met betrekking tot het vaststellen van de feiten en het beoordelen van de gemaakte verwijten - meebrengen dat hieraan strikt de hand moet worden gehouden (vgl. HR 3 november 1995, nr. 15801, NJ 1998, 380).’

16. Vervolgens komt de kern van de zaak:

‘Dit wil evenwel niet zeggen dat deze termijn *nooit* op grond van art. 6:2 lid 2 buiten toepassing zou kunnen blijven. Gelet op de belangen die deze regel beoogt te dienen, waaronder in het bijzonder het belang van de rechtszekerheid, zal echter van onaanvaardbaarheid als in die bepaling bedoeld slechts in uitzonderlijke gevallen sprake kunnen zijn. Een zodanig uitzonderlijk geval kan zich voordoen wanneer onzeker is of de gebeurtenis die de schade kan veroorzaken - hier: de blootstelling aan asbest - inderdaad tot schade - hier: de ziekte mesothelioom - zal leiden, die onzekerheid zeer lange tijd is blijven bestaan en de schade in die zin *naar haar aard* verborgen is gebleven dat zij daadwerkelijk is ontstaan en dus pas kon worden geconstateerd nadat de verjaringstermijn reeds was verstreken.’

17. Nadere argumentatie volgt:

‘Bij het voorgaande is mede van betekenis dat blijkens de parlementaire geschiedenis van de geldende verjaringsregeling als karakteristiek van de bevrijdende verjaring is genoemd het *tenietgaan* van een rechtsvordering, en dat niet blijkt dat de wetgever zich ook het geval voor ogen heeft gesteld waarin de schade pas na het verstrijken van de verjaringstermijn is ontstaan, zodat de benadeelde in het geheel geen vordering tot schadevergoeding zou kunnen instellen: vóór het verstrijken van de termijn niet, omdat er toen nog geen schade was, en na het verstrijken van de termijn niet omdat toen de rechtsvordering verjaard was. Dit geval zou hierop neerkomen dat de verjaring het *ontstaan* van een rechtsvordering verhindert, en dat het daarna voorvallen van de schade niet meer dan een natuurlijke verbintenis in het leven roept.’

18. En:

‘Aantekening verdient hierbij dat, mede gelet op de overgangsrechtelijke complicaties in verband met de invoering van de nieuwe regeling met betrekking tot de verjaring op 1 januari 1992, van een benadeelde, als hij zich al ervan bewust is dat hij indertijd, vóór 1 januari 1992, asbestdeeltjes heeft ingeademd en dat de mogelijkheid bestaat dat na het verstrijken van de verjaringstermijn van dertig jaar dientengevolge een mesothelioom zal ontstaan, in redelijkheid niet kan worden gevegd dat hij voordat de ziekte zich heeft geopenbaard ter bewaring van zijn rechten de verjaring stuit.’

19. In de zaak Van Hese tegen De Schelde heeft de verwijzingsrechter inderdaad aan de hand van de aangeduide gezichtspuntencatalogus mogen en moeten beoordelen of het beroep van De Schelde op verjaring diende te worden gehonoreerd. Zie Hof Den Haag 24 juli 2002, *Prg.* 2002, 5967.

20. Dat ligt, als gezegd, anders in de tweede zaak van dezelfde datum, inzake Rouwhof/Eternit:

‘3.5. De onderdelen 3.2 - 3.4 richten zich met rechts- en motiveringsklachten tegen rov. 24 van het bestreden vonnis, waarin de Rechtbank op grond van de uitdrukkelijke afweging van de wetgever dat eventuele onbillijkheden jegens degene die door de verjaring zijn rechtsvordering verliest, op de koop toe moeten worden genomen omwille van de rechtszekerheid van een vaste verjaringstermijn, tot de slotsom is gekomen dat "er voor de rechter geen ruimte meer (is) om op grond van de redelijkheid en billijkheid van de door de wetgever vastgestelde verjaringstermijn af te wijken". Uit hetgeen de Hoge Raad heeft overwogen in rov. 3.3.1 - 3.3.3 van zijn heden uitgesproken arrest in de zaak nr. C98/363 (Erven Van Hese/Koninklijke Scheldegroep) volgt dat de in de onderdelen vervatte klachten die zich tegen dit oordeel richten, op zichzelf gegrond zijn. Zij kunnen evenwel bij gebrek aan belang niet tot cassatie leiden, omdat zich hier niet de situatie voordoet dat de rechtsvordering reeds was verjaard voordat de vordering kon worden ingesteld, en derhalve niet sprake is van een uitzonderlijk geval waarin overeenkomstig het in voornoemd arrest overwogene grond bestaat de verjaringstermijn van dertig jaar op grond van art. 6:2 lid 2 buiten toepassing te laten. Volgens het in cassatie niet bestreden oordeel van de Rechtbank was immers op 1 januari 1992 de onder het voordien geldende recht lopende verjaringstermijn nog niet verstreken (rov. 11), zodat nog tot 1 januari 1993 op grond van art. 73 Ow NBW de vordering geldend had kunnen worden gemaakt of de verjaring had kunnen worden gestuit.’

21. Bij Rouwhof was de diagnose gesteld in 1991, ongeveer een half jaar voor zijn overlijden in april 1992. De erven Rouwhof hebben Eternit vervolgens ‘pas’ aansprakelijk gesteld in november 1993.

22. Het lijkt van belang ook het arrest Rouwhof/Eternit in dit verband te noemen, omdat het een indicatie kan opleveren voor de ruimte die de Hoge Raad weggelegd ziet voor de toepassing van art. 6:2 lid 2 BW. ‘Termijnoverschrijding aan de voorkant’ wordt in beginsel niet geaccepteerd: het kan (de erven) Rouwhof kennelijk worden aangerekend dat zij na de diagnose binnen de ‘lange’ termijn nog ruim één jaar de tijd hadden voor het ondernemen van actie, maar die niet hebben benut.
23. Het is intussen de vraag of de Hoge Raad niet toch enige ruimte zou geven voor toepassing van art. 6:2 lid 2 BW in gevallen waarin de betrokken werknemer (zeer) kort vóór het verstrijken van de betrokken termijn met zijn ziekte wordt geconfronteerd. Zie in dit verband bijvoorbeeld reeds A-G Spier vóór het arrest (conclusie onder 8.24) en Van Boom in zijn commentaar in *A&V* 2000, p. 69 op de arresten van 28 april 2000; beide auteurs lijken niet onwelwillend te staan tegenover toepassing van art. 6:2 lid 2 BW in een dergelijke situatie.
24. De Commissie kan zich hierbij aansluiten. Gesauveerd zou kunnen worden een zodanige termijnoverschrijding dat de extra termijn wordt gehanteerd vanaf het moment dat de benadeelde zowel met de schade als met de daarvoor aansprakelijke persoon bekend is geworden. Anders gezegd: de periode van bekendheid voorafgaande aan het expireren van de lange termijn zou op de extra termijn in mindering gebracht dienen te worden. Nog anders gezegd: de extra termijn begint dan niet te lopen vanaf het moment dat de lange wettelijke verjaringstermijn verstrijkt, maar op het moment dat de benadeelde zowel met de schade als met de daarvoor aansprakelijke persoon bekend is geworden. Stel die extra termijn bedraagt bijvoorbeeld – zoals in dit advies bepleit wordt - twee jaar en de benadeelde raakt eerst een half jaar voor het verstrijken van de lange wettelijke termijn op de hoogte van de schade en de laedens, dan zou een termijnoverschrijding van $2 - \frac{1}{2} = 1 \frac{1}{2}$ jaar na het verstrijken van de lange termijn aanvaardbaar zijn.

2.3 Evaluatie van de gezichtspuntencatalogus van de Hoge Raad

25. In hoofdlijn komt de benadering van de Hoge Raad op het volgende neer: in het uitzonderlijke geval dat de (ex)werknemer ziek wordt nadat reeds dertig jaar zijn verlopen sinds (de laatste) blootstelling aan asbest, kan art. 6:2 lid 2 BW in de weg staan aan een succesvol beroep door de werkgever op verjaring ex art. 3:310 BW. De rechter dient dan in ieder geval zeven gezichtspunten in zijn beoordeling te betrekken.
26. In de commentaren op de hier centraal gestelde arresten is van meet af aan gewezen op nadelen verbonden aan de gezichtspuntenbenadering voor de afwikkeling van individuele dossiers: niet steeds is duidelijk in welke richting de gezichtspunten wijzen, wat het belang van het concrete gezichtspunt is, hoe het zich verhoudt tot andere gezichtspunten en in ieder geval is over diverse van de aangeduide gezichtspunten verschil van inzicht en daarmee discussie mogelijk². Wij zullen het er echter mee moeten doen.
27. De door de Hoge Raad aangewezen gezichtspunten lenen zich voor de volgende grove tweedeling:
- een drietal gezichtspunten heeft betrekking op de consequenties van het doorbreken van de verjaring voor de aangesproken persoon:
 - o in hoeverre heeft de aangesprokene reeds vóór het verstrijken van de verjaringstermijn rekening gehouden of behoren te houden met de mogelijkheid dat hij voor de schade aansprakelijk zou zijn? ('d');
 - o heeft de aangesprokene naar redelijkheid nog de mogelijkheid zich tegen de vordering te verweren? ('e');
 - o is de aansprakelijkheid (nog) door verzekering gedekt? ('f');

² Zie o.m. A.R. Bloembergen in zijn *NJ*-noot onder deze arresten sub 5, W. van Boom in zijn commentaar in *A&V* 2000, p. 64 e.v. en J.L. Smeehuijzen, *AV&S* 2005, p. 52 e.v. en in 'De bevrijdende verjaring', diss. VU. Deventer 2008, p. 256 e.v.

- een drietal andere factoren heeft eerder betrekking op de vraag of het doorbreken van de verjaring wel voldoende gerechtvaardigd is:
 - o om welke schade(post) gaat het en aan wie komt de eventuele vergoeding ten goede? ('a');
 - o in hoeverre hebben het slachtoffer respectievelijk zijn nabestaanden ter zake van de schade een aanspraak op een uitkering uit anderen hoofde? ('b');
 - o in welke mate kan de gebeurtenis de aangesprokene worden verweten? ('c').

28. Dan blijft factor 'g' over. Deze heeft eigenlijk betrekking op de meer preliminair te noemen vraag naar de voortvarendheid waarmee eiser, eenmaal bekend geworden met zijn ziekte, is opgetreden. Het ligt voor de hand te denken dat wanneer het oordeel zou zijn dat eiser(s) niet de vereiste voortvarendheid heeft c.q. hebben betracht, het doek valt voor de vordering (omdat dan een beroep op verjaring niet door art. 6:2 lid 2 BW wordt gepareerd). Hoewel theoretisch mogelijk ligt het niet voor de hand dat een negatief oordeel op dit punt alsnog wordt gecompenseerd door een voor de eiser(s) positieve 'score' op de andere zes punten. Zo bezien, is het systeem als volgt: bij voldoende voortvarend optreden komt eiser in beginsel in aanmerking voor toepassing van ar. 6:2 lid 2 BW doch komt het vervolgens aan op beoordeling van de andere gezichtspunten. Bij niet voldoende voortvarend handelen valt in principe het doek voor eiser. In deze richting reeds Bloembergen in zijn *NJ*-noot onder 6 en uitvoeriger Smeehuijzen³.

29. Hierna zal ook eerst aan de hand van factor 'g' de vraag worden behandeld of en in hoeverre de doorbrekingsvraag van art. 6:2 lid 2 BW wel speelt, voordat op factor 'c', de mate van verwijtbaarheid, als één van de in het kader van de doorbrekingsvraag zelf te bespreken factoren wordt ingegaan.

³ Bloembergen, t.a.p. onder 6 resp. - uitvoeriger - Smeehuijzen, l.c., p. 59 resp. p. 262 e.v..

2.4 Latere rechtspraak van de Hoge Raad

30. De Hoge Raad heeft in diverse arresten van later datum bevestigd dat art. 6:2 lid 2 BW zich in uitzonderlijke gevallen kan verzetten tegen een succesvol beroep op het verlopen zijn van de 30-jaarstermijn van art. 3:310 BW. Te denken valt met name aan HR 20 oktober 2000, *NJ* 2001, 268 (Soolsma/Hertel) en HR 26 november 2004, *NJ* 2006, 228 m.nt. HJS (De Jong/Optimodal), waarin de Hoge Raad tevens aangeeft dat de rechter inderdaad verplicht is om de al eerder aangewezen zeven gezichtspunten in zijn overwegingen te betrekken.
31. Ditzelfde regime is, zo kan uit de andere rechtspraak van de Hoge Raad worden afgeleid, ook toepasselijk in andere gevallen van asbestblootstelling zoals blootstelling aan een ‘gebrekkig’ product (een asbestplaat bijvoorbeeld), blootstelling bij of na erfverharding en (andere gevallen van) thuisbesmetting. Zie in dit verband bijvoorbeeld het arrest Eternit/Horstink⁴. Ook in deze gevallen stuit men bij bestudering van de lagere rechtspraak op discussie over de juiste waardering van de bekende zeven gezichtspunten.

2.5 Gezichtspunt ‘g’: te herleiden tot bepaalde termijn?

32. Hoewel strikt genomen de Hoge Raad in het kader van factor ‘g’ twee activiteiten uit elkaar trekt, eerst het aansprakelijk stellen en vervolgens het instellen van een rechtsvordering, en daarbij steeds voortvarendheid verlangt, worden zij in rechtspraak en doctrine niet steeds afzonderlijk behandeld. Gemakshalve wordt dan wel gesproken over (de vraag of binnen) ‘een redelijke termijn’ (is opgetreden of geageerd).

⁴ HR 25 november 2005, *RvdW* 2005, 130.

33. In ieder geval wordt door de commentatoren op (sterk) uiteenlopende wijze invulling gegeven aan de redelijke termijn van factor ‘g’. Grof gezegd lopen de oorspronkelijke interpretaties van zes maanden tot vijf jaar. Min of meer op dat laatste spoor zit Van Boom⁵:

“In de maanden na ontdekking hebben de benadeelde en zijn familie andere zaken aan het hoofd, zoals afscheid nemen en verliesverwerking. Het zou verkeerd zijn om hetgeen na ampel beraad met de ene hand gegeven is (doorbreking van de verjaring), met de andere hand snel weer terug te nemen (verval van recht door niet-tijdige aansprakelijkstelling).”

34. De rechtspraak van de Hoge Raad geeft echter geen aanleiding te veronderstellen dat hij op hetzelfde spoor zit. In ieder geval denkt hij aan een termijn die korter is dan vijf jaar. Een belangrijke aanwijzing hiervoor vormt het Optimodal-arrest. De Hoge Raad overweegt hierin met name:

‘3.5 Onderdeel 3 berust blijkens de toelichting op het uitgangspunt dat bij de toepassing van gezichtspunt (g) in aansluiting bij art. 3:310 lid 1 en het nieuwe lid 5, ervan moet worden uitgegaan dat een termijn van vijf jaren in beginsel als redelijk moet worden aangemerkt, en klaagt, daarvan uitgaande, dat het hof blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door de in het onderhavige geval verstreken termijn, ongeacht of deze heeft gelopen tot 2 mei 2000 (de datum van de hiervóór in 3.4 besproken brief), tot 9 april 2001 (de datum van de aan Optimodal gezonden brief met aansprakelijkstelling) of tot 9 mei 2001 (de datum van de deze procedure ‘inleidende dagvaarding’), niet aan te merken als een redelijke termijn van aansprakelijkstelling. Deze klacht faalt, omdat het uitgangspunt niet juist is. Zoals de Hoge Raad in het arrest van 28 april 2000 heeft overwogen, moet de vraag of in gevallen als het onderhavige toepassing van de verjaringstermijn van dertig jaar na de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust, inderdaad naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, met inachtneming van alle omstandigheden van het concrete geval worden beoordeeld. Daarbij is mede van belang de strekking van de in de wet voorziene verjaringstermijn van dertig jaren van art. 3:310 lid 2, die - zoals eveneens reeds in het arrest van 28 april 2000 is overwogen - een objectief en in beginsel absoluut karakter heeft, en het beginsel van rechtszekerheid beoogt te dienen en de billijkheid jegens de wederpartij, waarbij in het bijzonder valt te denken aan de moeilijkheden die bij het loslaten van deze termijn voor deze kunnen ontstaan met betrekking tot het vaststellen van de feiten en het beoordelen van de gemaakte verwijten. Terecht heeft het hof in rov. 23 dan ook gewezen op het zwaarwegende belang van de aangesproken persoon bij een voortvarende aansprakelijkstelling na het aan het licht komen van de schade’

⁵ Van Boom, *A&V* 2000, p. 67.

35. Hier wordt nog eens duidelijk wat het punt is: de verjaringstermijn beoogt de rechtszekerheid te dienen en de billijkheid jegens de gedaagde ‘waarbij in het bijzonder valt te denken aan de moeilijkheden die bij het loslaten van deze termijn voor deze kunnen ontstaan met betrekking tot het vaststellen van de feiten en het beoordelen van de gemaakte verwijten’. De Hoge Raad spreekt hier dan ook van een zwaarwegend belang bij een voortvarende aansprakelijkstelling na het aan het licht komen van de schade.
36. In dit geval was de schade in november 1997 aan het licht gekomen – de 30-jaarstermijn was verstreken in 1991 – waarna eerst in april 2001 een aansprakelijkheidsstelling richting Optimodal uitging (zie r.o. 3.2.3 van de Hoge Raad en r.o. 21 van het Hof). Naar het (overigens niet bestreden) oordeel van het Hof was dit tardief.
37. De achtergrond van de lange, objectieve verjaringstermijn wordt hier door de Hoge Raad zelf in de beschouwingen betrokken. Waar hij in Optimodal wijst op de moeilijkheden in de sfeer van het vaststellen van feiten en het beoordelen van gemaakte verwijten, legt hij in Eternit/Horstink in het kader van de bespreking van de factor ‘verzekering’ (‘f’) de nadruk op het bieden van bescherming tegen het instellen van oude vorderingen waarmee de aangesprokene na verloop van die termijn in beginsel geen rekening meer behoefde te houden. Het is de strekking van de betrokken verjaringstermijn op deze twee fronten bescherming te bieden aan aangesproken personen.
38. Uit de rechtspraak van de Hoge Raad kan worden afgeleid dat deze strekking richting geeft bij de beantwoording van de vraag hoeveel ruimte er is voor art. 6:2 lid 2 BW in het algemeen en in ieder geval ook waar het de te verlangen voortvarendheid betreft. Gegeven dat de termijn, die nu juist bewijs- en financiële problemen wil voorkomen, is overschreden, kan een eventuele in het kader van art. 6:2 lid 2 BW geboden ‘blessuretijd’ slechts beperkt zijn. Maar hoe beperkt?

39. Vooral nog levert analyse van de rechtspraak van de Hoge Raad het beeld op dat hij niet bereid is om (nadere) invulling te geven aan de redelijke termijn, hoewel hij daartoe in diverse commentaren wel is opgeroepen⁶.
40. Een van de leden van de Commissie heeft in zijn *NJ*-noot bij het Optimodal-arrest ter vergelijking gewezen op de rechtspraak van de Hoge Raad over herstelexploten uitgebracht na verloop van de beroepstermijn. In deze rechtspraak is de mogelijkheid van herstel van verzuim ‘met bekwame spoed’ aanvaard, hetgeen de Hoge Raad uiteindelijk in latere rechtspraak heeft vastgesteld op uiterlijk veertien dagen - en geen dag meer - na de oorspronkelijke rechtsdag (zie bijv. HR 24 maart 2000, *NJ* 2000, 601 m.nt. HJS). Een dergelijk twee-fasenbeleid, eerst een open termijn geven om die vervolgens nader te concretiseren, biedt de Hoge Raad de mogelijkheid om aan de hand van de ervaringen in de praktijk te toetsen of er behoefte bestaat aan een nadere bepaling en zo ja in welke zin. De annotator spreekt vervolgens de verwachting c.q. hoop uit dat de Hoge Raad ook in verband met de doorbreking van de objectieve verjaringstermijn een dergelijke tweede fase ingaat.
41. De aard van de materie geeft geen aanleiding te denken dat het niet mogelijk is om nadere invulling aan de redelijke termijn te geven. Analyse van de feitenrechtspraak levert in ieder geval niet het beeld op dat de lengte van de toegemeten termijn bijvoorbeeld afhankelijk is van het oordeel over de andere gezichtspunten. Dat zou immers een beletsel voor invulling kunnen zijn. Het is verder ook niet zo dat de casusposities op het beslissende punt van de voortvarendheid die na diagnose moet worden betracht zozeer uiteenlopen dat een meer algemene benadering niet mogelijk is. Dat lijkt bijvoorbeeld enigszins anders te liggen bij een regeling als die van art. 7:23 (de klachtplicht van de koper) waarvoor de Hoge Raad ook niet bereid is gebleken met een geconcretiseerde

⁶ Zie de *NJ*-noot van Bloembergen onder 5, Van Boom, *A&V* 2000, p. 67 en H.J. Snijders in *Schadevergoeding: een eeuw later* (Bloembergen-bundel), Deventer 2000, p. 119-120 en in de *NJ*-noot onder het Optimodal-arrest.

termijn te werken, zelfs niet als uitgangspunt (HR 29 juni 2007, *NJ* 2008, 606 m.nt. Hijma (Pouw/Visser)).

42. Hier lijkt een invulling van de redelijke termijn of op zijn minst het formuleren van een uitgangspunt wel degelijk mogelijk. In het spoor van de *NJ*-noot bij Optimodal zou een start kunnen worden gemaakt met de tweede fase. In dat verband ligt het voor de hand te bekijken hoe in doctrine en feitenrechtspraak met factor ‘g’ wordt omgegaan.

2.6 Welke vaste termijn voor gezichtspunt ‘g’?

43. Gelet op de commentaren op de HR-rechtspraak ligt een termijn van één jaar voor aansprakelijkheidsstelling en rechtsvordering tezamen als uitgangspunt voor de verdere beschouwingen wellicht voor de hand.
44. A-G Spier⁷ begrijpt het arrest Rouwhof/Eternit aldus dat een vordering *in elk geval* is verjaard wanneer de benadeelde meer dan *een jaar* heeft laten verstrijken na het tijdstip waarop de asbestose zich heeft geopenbaard. Uit het arrest zou echter niet mogen worden afgeleid dat benadeelden in alle gevallen een jaar mogen wachten met het geldend maken van hun vordering. Hij leidt dat onder meer af uit hetgeen is overwogen ten aanzien van de zelfstandige vordering van de erfgenamen; in de zaak Rouwhof/Eternit hadden zij in elk geval de periode gelegen tussen 19 april 1992 (de datum van het overlijden van Rouwhof) en 1 januari 1993 (de beslissende datum krachtens art. 73 Ow.) ongebruikt laten verstrijken; minder dan een jaar dus. Dat bracht mee dat hun beroep op art. 6:2 BW niet kon slagen.
45. Spier zit dus op het spoor van maximaal één jaar, hetgeen in overeenstemming lijkt met zijn conclusie (onder 8.20) vóór de arresten Van Hese/De Schelde en

⁷ Conclusie voor HR 20 oktober 2000, *NJ* 2001, 268 (Soolsma/Hertel).

Rouwhof/Eternit. Daar lijkt een periode van beduidend meer dan een jaar hem in elk geval te lang. Het gaat hem te ver van iemand die heeft vernomen te lijden aan een dodelijke ziekte of van nabestaanden die worden geconfronteerd met zijn overlijden te vergen dat zij terstond vorderingen gaan instellen, doch zij zullen daarmee niet te lang mogen wachten. Doen zij dat wel, dan, aldus nog steeds Spier, is het uit menselijk oogpunt ongetwijfeld moeilijk te aanvaarden dat zij met een geslaagd beroep op verjaring worden geconfronteerd, maar kan niet gezegd kan worden dat zo'n beroep naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid *onaanvaardbaar* is.

46. Ook Bloembergen noemt in zijn *NJ*-noot (onder 5) een termijn van één jaar, waarbij hij ook wijst op de afloop van Rouwhof/Eternit, waar de eenjaartermijn van art. 73 Overgangswet NBW immers tot verwerping van het cassatieberoep leidde.
47. Analyse van de feitenrechtspraak levert het beeld op dat het binnen één jaar na de diagnose ondernemen van juridische actie in ieder geval niet problematisch is.

Zie bijvoorbeeld:

Hof Den Haag 24 juli 2002, *Prg.* 2002, 5967 (de zaak Van Hese/De Schelde na verwijzing): in september 1996 is mesothelioom vastgesteld. Van Hese is op 18 november 1996 overleden, nadat De Schelde op 29 oktober 1996 aansprakelijk is gesteld. De erven Van Hese hebben de inleidende dagvaarding uitgebracht op 7 april 1997. Daarmee zijn Van Hese en zijn erfgenamen binnen de vereiste redelijke termijn gebleven.

48. Het is echter niet zo dat in de feitenrechtspraak met een (fatale) termijn van één jaar als maatstaf wordt gewerkt.

Zie voor een uitzondering:

In Ktr. Helmond 24 september 2003, *NJ* 2004, 193 neemt de kantonrechter in navolging van A-G (onderdeel 8.20) vóór en van de annotator (onderdeel 6) bij HR 28 april 2000, *NJ* 2000, 431 aan dat een termijn van één jaar (12 maanden) als de maximale termijn dient te gelden tussen het aan het licht komen van de schade en de aansprakelijkheidstelling en voorts dat, bijzondere omstandigheden daargelaten (bijvoorbeeld schikkingsonderhandelingen die met de nodige voortvarendheid worden gevoerd) binnen zes maanden daarna een vordering tot schadevergoeding dient te zijn

ingesteld. Zelfs als wordt aangenomen dat met het instellen van een vordering in kort geding een vordering tot schadevergoeding is ingesteld, is betrokkene eerst ruim twee jaren na het aan het licht komen van zijn aanvoering tot dagvaarding overgegaan. In beide gevallen (aansprakelijkheidsstelling en dagvaarding) heeft hij niet een redelijke termijn in acht genomen. De kantonrechter acht het gezichtspunt van doorslaggevende betekenis, nu het in casu louter handelt om immateriële schadevergoeding (ook al is Gemeente Helmond hiervoor verzekerd), die ten gunste zou komen van de nabestaanden.

49. In de praktijk wordt met zekere regelmaat ook een langere termijn dan één jaar aanvaardbaar geoordeeld:

Zie bijvoorbeeld:

Rb. Dordrecht 17 juli 2003, LJN:AI0128: tussen partijen is niet in geschil dat eiser werkgever Verolme binnen een redelijke termijn aansprakelijk heeft gesteld. Tussen die aansprakelijkstelling en het instellen van de onderhavige vordering zijn 16 maanden verstreken. Uit de correspondentie in die periode blijkt dat dit tijdsverloop voor een belangrijk deel aan Verolme zelf te wijten is. Dit tijdsverloop vormt dan ook geen aanleiding om te concluderen dat eiser zijn vordering niet binnen een redelijke termijn heeft ingesteld.

Hof Den Bosch 21 augustus 2001, *KG* 2001, 274 betreft een zaak waarin in november 1998 mesothelioom is vastgesteld. Aansprakelijkstelling volgt op 24 februari 2000, derhalve na 14 maanden. De inleidende dagvaarding dateert van 6 februari 2001, derhalve na 11 maanden. De gemeente betoogt dat deze termijn van telkens ongeveer 1 jaar onredelijk is, zodat de vordering niet meer voor toewijzing in aanmerking komt. Het hof oordeelt dat de in acht genomen termijnen niet onredelijk zijn. Deze termijnen liggen noch in wet noch in rechtspraak vast. Tot analogie uitnodigende termijnen - art. 73 Overgangswet: een jaar; wetsvoorstel 3:310, lid 5 (*Handelingen II* 1999-2000, 26 824, nos. 1 en 2: vijf jaren na het bekend worden met de schade) - zijn niet korter dan een jaar of bieden uiteenlopende aanknopingspunten.

In Rb. Rotterdam 10 maart 2004, *NJF* 2004, 311 is de aansprakelijkstelling geschied binnen bekwame tijd na het bekend worden van M. met de diagnose. De vraag is vervolgens of B. te lang heeft gewacht met het uitbrengen van de dagvaarding, te weten twee jaar na het aan het licht komen van de schade (diagnose). Uit de correspondentie is af te leiden dat de gemeente ervan op de hoogte was dat M. en later B. zich verstonden met het Instituut Asbestslachtoffers. Uit een brief van dit Instituut volgt dat er contact is geweest tussen het Instituut en de gemeente. Uit dit contact heeft het Instituut begrepen dat de gemeente zich zou beroepen op verjaring, hetgeen strookt met de verweren van de gemeente in deze procedure. Bovendien is de rechtbank uit een brief van de aansprakelijkheidsverzekeraar van de gemeente gebleken dat deze zich afvraagt om welke reden voormeld Instituut niet om bemiddeling is gevraagd. Gelet op deze correspondentie, in combinatie met de omstandigheid dat M. tijdig een aansprakelijkstelling aan de gemeente heeft doen uitgaan, is de rechtbank van oordeel dat de gemeente niet kan stellen dat zij niet tijdig is gedagvaard, nu het haar uitdrukkelijke bedoeling was zich sowieso op verjaring te beroepen.

50. In de volgende uitspraken is eiser (of zijn eisers) echter te laat. Eerst volgt een aantal uitspraken waarin eiser(s) naar het oordeel van de rechter te lang heeft (hebben) gewacht met het aansprakelijk stellen als zodanig, waarbij het dan gaat om periodes van 16 maanden of langer. Vervolgens komt een aantal uitspraken waarin het daadwerkelijk instellen van de rechtsvordering ruim drie jaar of nog langer op zich heeft laten wachten.

te laat aansprakelijk stellen

Rb. Amsterdam 16 mei 2007, LJN:BA5593. Zaak tegen een onderaannemer (Hertel). De rechtbank kan de factor ‘g’ niet los zien van de andere factoren. Wat een redelijke termijn is hangt mede af van de vraag in hoeverre de tot schadevergoeding aangesproken partij door het verstrijken van de termijn is benadeeld. De rechtbank is met Hertel van oordeel dat – met het oog op de rechtszekerheid en de belangen van Hertel – A te lang heeft gewacht met het versturen van de aansprakelijkstelling. A heeft Hertel op 20 juni 2005 aansprakelijk gesteld, zijnde *16 maanden* na het bezoek aan dr. B, waarbij hem verteld is dat sprake kon zijn van asbestose. Het feit dat A eerst zekerheid wilde hebben over de vraag of hij daadwerkelijk aan asbestose leed, doet hier niet aan af. A had, ook toen nog niet met zekerheid was vastgesteld of sprake was van asbestose, Hertel middels een kort briefje kunnen melden dat hij haar mogelijk aansprakelijk zou houden. Bij de aansprakelijkstelling op 20 juni 2005 heeft de advocaat van A overigens ook geen medische informatie bijgevoegd ter onderbouwing dat A aan asbestose leed. Hertel had er als onderaannemer recht op zo spoedig mogelijk te weten dat zij aansprakelijk werd gehouden. Anders dan een werkgever kan Hertel niet voorzien welke partijen haar mogelijk in de toekomst nog aansprakelijk zouden kunnen stellen.

Hof Den Haag 19 maart 2004, LJN:AO9002: de werknemer heeft pas circa negentien maanden nadat hij met de schade en de aansprakelijke persoon bekend was geworden P&O aansprakelijk heeft gesteld voor het ontstaan en de gevolgen van de ziekte mesothelioom. Nu bijzondere omstandigheden die een in rechte te accepteren rechtvaardiging voor deze termijn van *negentien maanden* zouden kunnen opleveren gesteld noch gebleken zijn, kan niet gezegd worden dat P&O binnen een redelijke termijn aansprakelijk is gesteld. Daarom kan niet geoordeeld worden dat het beroep op verjaring van P&O in de omstandigheden van dit geval naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Hetgeen appellante overigens aan omstandigheden heeft aangevoerd, waaronder die welke zij naar aanleiding van de door de Hoge Raad in zijn hiervoor genoemde arrest van 28 april 2000 vermelde gezichtspunten heeft doen stellen, doet hieraan niet af.

Hof Den Haag 14 november 2003, *NJF* 2004, 187: nu de betrokkene reeds sinds 1976 (ernstige) longklachten had, hij er sinds 1980 mee bekend was dat zijn longklachten deels in verband gebracht werden met zijn (veronderstelde) blootstelling aan asbest van 1942 tot april 1953 en hij blijkens de inhoud van zijn medisch dossier met regelmaat artsen geconsulteerd heeft in verband met longklachten die mede in verband gebracht werden met asbest, kan, ervan uitgaande dat hem de definitieve diagnose asbestose in 1997 is meegedeeld, niet geoordeeld worden dat hij, door Wilton Feijenoord eerst *circa*

twee jaar na het vernemen van die diagnose aansprakelijk te stellen voor het ontstaan en de gevolgen van de asbestziekte asbestose, zulks binnen een redelijke termijn gedaan heeft.

Ktr. Utrecht 12 april 2006, LJN:AW2494. Na het stellen van de diagnose mesothelioom heeft naar het oordeel van de kantonrechter - niet binnen een redelijke termijn een aansprakelijkstelling plaatsgevonden. Voorts is de vordering tot schadevergoeding niet binnen een redelijke termijn ingesteld. Nadat mesothelioom was gediagnosticeerd, is betrokkene overleden. Eiseres heeft een periode van *ca. 22 maanden* (gerekend vanaf begin september 2001) laten verstrijken alvorens de Universiteit aansprakelijk te stellen. Hoezeer zij ook door de diagnose en het overlijden van haar echtgenoot zal zijn aangedaan, dat rechtvaardigt niet haar stilzitten nadien, zulks te minder nu zij haar rechtsbijstandverzekeraar (veel) eerder had kunnen inschakelen. Bij brief van 10 november 2003 heeft de Universiteit aan (de rechtsbijstandverzekeraar van) eiseres medegedeeld dat zij geen aansprakelijkheid kon erkennen voor de ziekte en het overlijden van betrokkene. Eiseres heeft vervolgens *ca. 20 maanden* (gerekend vanaf 10 november 2003) gewacht alvorens op 21 juli 2005 tot dagvaarding over te gaan. Zij heeft gesteld dat de vertraging mede is veroorzaakt doordat een langdurig en moeilijk onderzoek nodig is geweest, waarbij advies van medische en juridische deskundigen moest worden ingewonnen. Ook in een complexe zaak dient een partij die een vorderingsrecht pretendeert te hebben, zo voortvarend mogelijk te handelen. Eiseres heeft dit nagelaten.

te laat rechtsvordering instellen

Hof Den Haag 22 juni 2007, LJN:BB0853. Het hof gaat uit van een periode van 15 maanden tussen bekendheid met de schade en de aansprakelijkstelling. Hoewel het hof zich kan voorstellen dat betrokkenen enige tijd nodig hebben gehad om tot bezinning te komen na het vernemen van de diagnose alvorens tot aansprakelijkstelling over te gaan, verklaart dit onvoldoende waarom zij, ook na de aansprakelijkstelling in juli 2002 en de beëindiging van de bemiddelingspoging door het Instituut Asbestslachtoffers in maart 2004, nog bijna 11 maanden hebben laten verlopen alvorens hun vordering in te stellen. De aanvraag van een uitkering op grond van de Regeling Tegemoetkoming Asbestslachtoffers kan deze periode evenmin verklaren. Gelet op het verloop van – opgeteld – *ruim 3 jaar en 9 maanden* na de bekendheid met de schade kan, alle omstandigheden van het geval in aanmerking genomen, niet worden geoordeeld dat eisers zodra dat redelijkerwijs van hen kon worden verlangd, hun vordering hebben ingesteld.

In Ktr.Middelburg 15 april 2002, LJN:AE2717 wordt het aansprakelijk stellen 3 maanden na de definitieve diagnose mesothelioom tijdig geoordeeld ‘in aanmerking genomen dat de definitieve diagnose een doodvonnis inhoudt. Indien dan niet aanstonds de mogelijkheid van een financiële compensatie wordt onderzocht, dan is dat begrijpelijk’. Vervolgens hebben eisers pas na *vier jaar* een rechtsvordering ingesteld. In dat verband hebben zij aangevoerd niet direct tot dagvaarding te zijn overgegaan, omdat het hen bekend was dat er twee proefprocedures liepen betreffende de dertigjarige verjaringstermijn. Deze handelwijze valt te billijken, mits De Schelde ervan op de hoogte werd gesteld dat met het instellen van een rechtsvordering wordt gewacht tot de uitslag van de proefprocessen bekend is. Dienaangaande is echter niets gesteld of gebleken. In de proefprocessen heeft de Hoge Raad op 28 april 2000

uitspraak gedaan. Niet valt in te zien waarom eisers daarna nog een jaar zouden moeten wachten, alvorens hun vordering in te stellen, zoals zij gedaan hebben. De kantonrechter is het dan ook met De Schelde eens dat de rechtsvordering niet binnen een redelijke termijn is ingesteld. In hoger beroep blijft dit oordeel in stand (Hof Den Haag 25 juli 2003, *NJ* 2003, 729).

Hof Amsterdam 30 juni 2005, *NJF* 2005, 353: vordering is niet binnen redelijke termijn na het aan het licht komen van de schade ingesteld. Die vordering is pas op 3 mei 2002 ingesteld, terwijl in oktober 1995 bij K. al de diagnose mesothelioom was gesteld. Betoog dat uitkomst in de zaak Rouwhof/Eternit werd afgewacht verworpen. Dat levert echter op zichzelf nog geen reden op daarmee rekening te houden bij de vraag of de vordering binnen redelijke termijn is ingesteld na het aan het licht komen van de schade. In het midden kan blijven of dat anders zou liggen in het geval die overweging aan de wederpartij ter kennis is gebracht, nu vast staat dat dit in het onderhavige geval niet is gebeurd. Voor het (in latere instantie) afwachten van de uitkomst in de zaak Van Hese/De Schelde geldt een en ander evenzo. De door F. aangevoerde omstandigheden die haar ervan weerhouden zouden hebben eerder (dan op 3 mei 2002) tot dagvaarding over te gaan - het proceskostenrisico en psychische problematiek als gevolg van de ziekte en vervolgens het overlijden van haar man alsmede de afwijzende opstelling van de werkgever - acht het hof van onvoldoende gewicht om wijziging te brengen in het zijn oordeel. Vervolgens kijkt het hof nog wel even naar de andere factoren. Hetgeen F. overigens aan omstandigheden heeft aangevoerd - waaronder die naar aanleiding van de door de Hoge Raad in meergenoemd arrest Van Hese/De Schelde genoemde gezichtspunten - maakt niet dat het hof, ondanks het vorenstaande, toch tot het oordeel komt dat het beroep van de werkgever op de verjaringstermijn van dertig jaar naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

Hof Den Haag 31 augustus 2007, *NJF* 2007, 507. Met betrekking tot gezichtspunt g heeft de rechtbank overwogen dat de overledene binnen redelijke termijn nadat bij hem de diagnose mesothelioom was gesteld De Schelde aansprakelijk heeft doen stellen. Het instellen van de rechtsvordering heeft daarna ruim negeneneenhalf jaar op zich doen wachten, hetgeen de rechtbank - alle specifieke omstandigheden van het onderhavige geval in aanmerking nemend - niet binnen een redelijke termijn achtte. De erven hebben hiertegen in gebracht dat er weliswaar tijd verstreken is voordat de procedure daadwerkelijk werd begonnen, maar dat daardoor noch De Schelde, noch haar verzekeraar is benadeeld. Het hof onderschrijft het oordeel van de rechtbank. Niet valt in te zien waarom de erven, nadat de Hoge Raad op 28 april 2000 uitspraak had gedaan in de zaak van de erven Van Hese tegen De Schelde, nog ruim drie jaar hebben gewacht (namelijk tot 8 augustus 2003) alvorens de onderhavige procedure te starten en hun visie te geven op de diverse gezichtspunten, hoewel De Schelde 3 jaar eerder al om een nadere onderbouwing had verzocht. Het valt niet in te zien dat de erven het oordeel van dit hof over de verschillende gezichtspunten in de zaak de erven Van Hese/De Schelde nodig had, voor een (eerste) onderbouwing van haar standpunt in de onderhavige zaak. De rechtbank heeft dit gezichtspunt zwaar laten wegen, hetgeen niet alleen naar het oordeel van het hof, maar ook volgens het door de erven aangehaalde artikel van mr. Smeehuijzen (*AV&S* 2005, p. 49 e.v.) terecht is. Alles bij elkaar genomen is het hof met de rechtbank van oordeel dat hetgeen voor doorbraak van de verjaringstermijn pleit te weinig gewicht in de schaal legt ten opzichte van datgene dat daartegen pleit (met name de gezichtspunten e. en g.).

51. Wat is nu het beeld? In ieder geval niet dat het overschrijden van een termijn van één jaar fataal is. Daarvoor wordt te vaak beslist dat langere periodes nog aanvaardbaar zijn. Bovendien is het, een enkele uitspraak daargelaten, ook niet zo dat rechters een uitgangspunt van één jaar nemen om daaraan vervolgens de casus te toetsen, bijvoorbeeld op de vraag of er een rechtvaardiging is voor het overschrijden van dat ene jaar. Uiteindelijk is in de (lagere) rechtspraak niet een duidelijke algemene maatstaf terug te vinden, evenmin wordt erg duidelijk hoe een rechter in concreto tot het oordeel komt dat de door eiser(s) genomen tijd aanvaardbaar is of niet.
52. Wel lijkt buiten discussie dat de redelijke termijn zodanig ruim moet worden gesteld dat:
- eiser(s) tijd heeft (hebben) om te bekomen;
 - hij (zij) tijd heeft (hebben) om zich te oriënteren op (mogelijke) juridische actie en in dat verband ook zeker onderzoek te (laten) doen.
53. Vanuit dat perspectief is een termijn van één jaar, gegeven de benarde situatie waarin de betrokkene in de regel nogal plotseling terecht is gekomen en gegeven dat werknemers (en hun nabestaanden) op het pad van het aansprakelijkheidsrecht de nodige obstakels kunnen ontmoeten (onvindbaarheid werkgever, insolventie, causaliteitsproblemen, andere bewijsproblemen), naar het oordeel van de Commissie aan de minimale kant. Tegen deze achtergrond hoeft het niet te verbazen dat in de feitenrechtspraak inderdaad vaak meer respijt wordt gegeven.
54. Tegen deze achtergrond stelt de Commissie zich op het standpunt dat de extra termijn die hier centraal staat op méér dan één jaar dient te worden gesteld. Daarmee is echter nog niet gezegd op hoeveel meer. Een nadere analyse van de opvattingen in de literatuur kan hier richting geven.

55. Smeehuijzen haalt in 2005⁸ uit de feitenrechtspraak van dat moment dat een termijn van twee jaar redelijk is, zij het dat hij toegeeft dat deze conclusie methodologisch minder verantwoord is.
56. In zijn proefschrift van 2008⁹ doet Smeehuijzen het voorstel van een termijn van drie jaar, nadat hij zelf de optie van een termijn van vijf jaar heeft gewogen en uiteindelijk toch te lang heeft geoordeeld. Zijn keus voor een termijn van drie jaar krijgt het volgende fundament: een dergelijke termijn gunt de gelaedeerde (of zijn erfgenamen) voldoende tijd voor de overgang van rouw naar juridische strijdbaarheid maar is niet nodeloos lang en sluit aan bij de verjaringstermijnen in ons omringende landen.
57. De Commissie neemt als gezegd als vertrekpunt dat een termijn van één jaar te kort is en onderschrijft het oordeel dat een termijn van vijf jaar op zijn beurt te lang is, ook al is het zo dat de wetgever, mede ingegeven door de problemen waarmee slachtoffers van een ‘long tail’-ziekte geconfronteerd worden, voor personenschade inmiddels het bijzondere regime van art. 3:310 lid 5 BW heeft ingevoerd. Gelet op de stand van de feitenrechtspraak en de literatuur en in aanmerking genomen dat ook de Hoge Raad zijn doorbrekingsrechtspraak mede in de sleutel van art. 6 EVRM heeft gezet, ziet de Commissie aanleiding in het kader van gezichtspunt ‘g’ een termijn aan te houden van twee jaar na het aan het licht komen van de schade.
58. De genoemde termijn dient naar het oordeel van de Commissie te gelden voor aansprakelijkstelling en rechtsvordering tezamen. Per saldo is aldus (alleen) het moment van het indienen van de rechtsvordering bepalend.
59. De Commissie heeft zich afgevraagd of binnen de tweejaarstermijn een aparte positie zou dienen te worden ingeruimd voor de aansprakelijkstelling, in die zin

⁸ *AV&S* 2005, p. 57.

⁹ *L.c.*, p. 263.

dat het aansprakelijk stellen bijvoorbeeld binnen een jaar, binnen anderhalf jaar, of binnen enigerlei andere termijn zou dienen te geschieden. Die vraag beantwoordt te Commissie ontkennend. Het op deze wijze inruimen van een afzonderlijke positie van de aansprakelijkstelling zou tot een 'dubbele termijn' en daarmee tot een overgenuanceerd en onoverzichtelijk beeld leiden, terwijl de Commissie juist is verzocht om een zo scherp mogelijke en daardoor in de praktijk zo werkbaar mogelijke oplossing aan te dragen.

2.7 Invloed van bemiddeling door het IAS op gezichtspunt 'g'

60. In Circulaire AAA-L 2008/03 van het Verbond van Verzekeraars wordt naar aanleiding van door het IAS geconstateerde problemen aan de leden geadviseerd om de termijn tussen het indienen van het bemiddelingsverzoek en het aansprakelijk stellen niet bij de 'redelijke termijn' op te tellen. Meer precies luidt het advies 'een termijn van 1 jaar tussen het bekend worden met de schade en het indienen van een vordering als redelijke termijn te hanteren, waarbij de datum van het indienen van het bemiddelingsverzoek door het slachtoffer bij het Instituut Asbestslachtoffers bepalend zal zijn en niet de datum van het indienen van de feitelijke aanspraak tegen de (oud)werkgever.' Deze circulaire geeft een indicatie dat de extra termijn (in dit advies vastgesteld op twee jaar) geschorst wordt voor de duur van het bemiddelingsproces.

61. Ook Richtlijn 2008/52/EG (de Bemiddelingsrichtlijn) wijst in deze richting. Art. 8 van deze richtlijn schrijft de lidstaten voor erin te voorzien dat partijen die kiezen voor 'bemiddeling/mediation om te pogen een geschil te schikken, daarna niet wordt belet een gerechtelijke procedure of arbitrage met betrekking tot hun geschil aanhangig te maken door het verstrijken van verjaringstermijnen tijdens het bemiddelings-/mediationproces'.

Weliswaar behoeft de eventuele implementatiewetgeving eerst uiterlijk 20 mei 2011 in werking te treden – aldus blijkt uit art. 12 van de richtlijn – en is

richtlijnconforme uitleg van het nationale recht voor die datum niet verplicht, maar het lijkt zeer wel denkbaar dat de Hoge Raad een actie tot bemiddeling in het licht van de richtlijn toch als termijnschorsend zal beschouwen. Dit zal hij met name kunnen doen bij de uitleg en toepassing van art. 3:316 BW inzake de stuiting van een verjaring door een daad van rechtsvervolging: een bemiddelingsactie zou met een dergelijke daad gelijk gesteld kunnen worden. Art. 3:316 BW zou op de extra termijn van twee jaar (per analogiam) kunnen worden toegepast.

Al met al is de Commissie van oordeel dat de extra termijn van twee jaar geschorst wordt gedurende het bemiddelingsproces bij het IAS.

62. Een *caveat* is hier op zijn plaats. Wordt de bemiddelingsactie eerst op de laatste dag van de 2-jaarstermijn ingesteld, dan verloopt die termijn dus op de dag van beëindiging van het bemiddelingsproces. Is dan een vaststellingsovereenkomst gesloten, die voorziet in een aanspraak van de benadeelde, dan kan zo nodig nog een nakomingsvordering ingesteld worden. Mislukt het bemiddelingsproces daarentegen, dan zou de benadeelde reeds op de dag van beëindiging van de bemiddeling een rechtsvordering dienen in te stellen. Het zou bepaald geen kwaad kunnen als een belanghebbende hiervoor tijdig gewaarschuwd zou worden. De Commissie kan zich voorstellen dat gestreefd wordt naar een praktischere oplossing bijvoorbeeld in die zin dat partijen in het bemiddelingsproces zich vooraf conformeren aan een bepaalde korte termijn, bijvoorbeeld van 2 maanden, voor aanhangigmaking van de zaak na een eventueel mislukte bemiddeling.

2.8 Gezichtspunt 'c': verkenning

63. De tweede in dit advies te bespreken factor betreft factor 'c' (de mate van verwijtbaarheid). Het gaat hier om een typische redelijkheid- en billijkheidsfactor, die we ook kennen uit de gezichtspuntencatalogus van HR 19 mei 1967, *NJ* 1967, 261 m.nt. GJS (Saladin/HBU). Hiervóór sub 2.2.-3 is de factor nader gesitueerd.

- Daar is deze geplaatst in het groepje factoren dat niet zozeer de vraag betreft wat de gevolgen van doorbreking van verjaring zouden zijn voor de aansprakelijke persoon, maar de vraag of er wel voldoende rechtvaardiging is om tot doorbreking over te gaan.
64. In dit verband ligt het volgende denkpatroon naar het oordeel van de Commissie voor de hand: bij een lichte mate van verwijtbaarheid aan de werkgever zal eiser (of zullen zijn nabestaanden) het moeten hebben van de andere gezichtspunten, terwijl een hoge mate van verwijtbaarheid een duidelijke indicatie oplevert voor doorbreking.
65. Daarmee is echter niet gezegd dat doorbreking alleen aan de orde is bij een hoge mate van verwijtbaarheid. De formulering van gezichtspunt ‘c’ wijst niet in deze richting en de Hoge Raad zal het zo ook niet bedoeld hebben. Zie in dit verband bijvoorbeeld Hof Den Bosch 21 augustus 2001, *KG* 2001, 274:
- ‘4.2.2. De gemeente heeft in de toelichting op deze grief aangevoerd dat gevallen als onderhavige - ontdekking van schade na 30 jaren na de schadegebeurtenis - als normaal en vallend onder het bereik van de verjaring zouden moeten worden aangemerkt. Voor een uitzondering op die regel zouden naar de opvatting van de gemeente slechts plaats zijn indien aan haar een ernstig verwijt zou kunnen worden gemaakt, zoals bij opzet of bij belemmering door haar van het geldend maken van een vordering door De Koning. Naar het oordeel van het hof vindt deze strenge eis bij de toets of een bepaald beroep naar redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is geen grondslag in het recht. De door de Hoge Raad in het arrest van 28 april 2000, *NJ* 2000, 430 opgesomde gezichtspunten wijzen evenmin op een beperking tot gevallen van opzet of bewuste roekeloosheid aan de zijde van de benadeler.’
66. Zo bezien kan het voor eiser(s) wel een meerwaarde hebben om te kunnen spreken van een hoge mate van verwijtbaarheid, doch kan verwijtbaarheid ‘sec’ in samenhang met de andere gezichtspunten voldoende voor doorbreking zijn.
67. Wat een eventuele lichte verwijtbaarheid betreft, is niet uitgesloten dat de Hoge Raad denkt aan kleine werkgevers die hun werknemers slechts sporadisch met asbest hebben laten werken en dan gaat het dus om andere personen dan

professionele en gespecialiseerde asbestproducenten – of verwerkers zoals Eternit. Zie in dit verband bijvoorbeeld Hof Den Haag 22 juni 2007, LJN:BB0853:

‘3.7 Nu niet onomstotelijk vaststaat dat en wanneer [A] in dienstbetrekking heeft gestaan tot Prins & De Vries en of en in welke mate hij tijdens dat dienstverband is blootgesteld geweest aan asbest, kan ook niet worden beoordeeld in hoeverre Prins & De Vries rekening had dienen te houden met aansprakelijkheid. Dit is immers mede afhankelijk van de vraag in hoeverre indertijd in de onderneming van Prins & De Vries asbesthoudende materialen zijn verhandeld en verwerkt en (ook) op dat punt bestaat tussen partijen geen consensus. In ieder geval staat vast dat Prins & De Vries niet een onderneming exploiteerde die zich intensief met asbest of asbestverwerking bezig hield of daarin gespecialiseerd was. De gezichtspunten c) en d) kunnen daarom niet in het voordeel werken van [Appellanten].’

68. Hoewel de doctrine¹⁰ inderdaad op het spoor zit dat voor de doorbreking als zodanig de mate van verwijtbaarheid maar beperkte betekenis heeft, wordt er in de rechtspraak vaak wel een punt van gemaakt.
69. Het bezwaarlijke van deze factor, Van Boom schreef het al in 2000¹¹, is dat een werkelijk onderzoek naar de mate van verwijtbaarheid in het kader van gezichtspunt ‘c’ zou dwingen tot een exercitie die nota bene voor de aansprakelijkheidsvraag als zodanig niet nodig is: voor aansprakelijkheid van de werkgever voor blootstelling is het immers niet nodig de mate van verwijtbaarheid te reconstrueren. Het is, gegeven dat een beoordeling moet worden gegeven van een situatie die zich vele jaren geleden heeft voorgedaan en daarbij de normen van destijds moeten worden aangelegd, al erg lastig om de aansprakelijkheidsvraag te beantwoorden, laat staan dat daarbij ook nog eens, opnieuw afgezet tegen de normen van toen, de ernst van het te maken verwijt moet worden bepaald.
70. Van Boom suggereert overigens dat als dat dan inderdaad toch moet, het, in die gevallen waarin de tekortkomings/onrechtmatigheidshobbel inderdaad kan worden genomen, dan toch al snel zal gaan om een hoge mate van verwijtbaarheid.

¹⁰ Zie o.m. W. Van Boom, *A&V* 2000, p. 67 en Smeehuijzen, o.c., p. 56 resp. p. 260.

¹¹ L.c., p. 66.

Smeehuijzen¹² ziet dat in de feitenrechtspraak ook gebeuren. Hij bespeurt althans eensgezindheid: als de aansprakelijkheid gegeven is, is ook gegeven dat een grote mate van schuld bestaat. Hij brengt dat in verband met de aard van de asbestaansprakelijkheid: als niet is gezorgd voor deugdelijk toezicht op de naleving van de vereiste veiligheidsmaatregelen, met de dood tot gevolg, is het nogal contra-intuïtief om vervolgens te zeggen dat het met het verwijt aan de laedens wel meevalt.¹³

71. A-G Spier¹⁴ zit op een aanvankelijk vergelijkbaar spoor als Van Boom – beoordeling van gedrag in een ver verleden is moeilijk (genoeg) - maar komt uiteindelijk juist tot de conclusie dat onrechtmatigheid en ernstig verwijt in dit verband niet samenvallen. Spier acht beoordeling van de mate van verwijtbaarheid lastig alleen al vanwege het aanzienlijke tijdsverloop sedert de blootstelling aan asbest. Niet zonder meer valt aan te nemen dat sprake is van een ernstig verwijt beoordeeld naar de maatstaven van destijds, de vijftiger jaren bijvoorbeeld. In dit verband noemt hij het al een hele stap om, gedeeltelijk en onvermijdelijk bezien door de bril van heden, een oordeel te vellen over een gebruikelijke handelwijze van veertig of vijftig jaar geleden¹⁵. Ook wanneer vele werkgevers in een bepaalde tijd tekort schieten, is daarmee nog niet gezegd dat hen daarvan een ernstig verwijt valt te maken; Spier acht dat zelfs onaannemelijk. In een samenleving als de onze, aldus nog steeds Spier, berust zulks allicht op keuzes die - begrijpelijk of niet - niet een onvoldoende maatschappelijk draagvlak hebben, hetgeen zich onder meer hierin uit dat de overheid geen maatregelen neemt en ook de vakbonden niet tegen een dergelijke handelwijze te hoop lopen. Degene die de stelling betreft dat een gangbare praktijk ernstig verwijtbaar is, zal volgens Spier met zéér sterke argumenten moeten komen.

¹² In zijn aangehaalde dissertatie, p. 260.

¹³ In de rechtspraak wordt inderdaad wel het oordeel geveld dat van ernstige verwijtbaarheid sprake is. Zie bijvoorbeeld HR 25 november 2005, *RvdW* 2005, 130 (Eternit/Horstink), waarin, in een zaak van productenaansprakelijkheid, het oordeel van het Hof dat het onder de gegeven omstandigheden ernstig verwijtbaar was dat Eternit het publiek niet heeft gewaarschuwd voor de aan haar bekende gezondheidsrisico's die aan asbeststof zijn verbonden, in stand blijft. Zie verder ook nog Rb. Dordrecht 17 juli 2003, LJN:AI0128 en Rb. Rotterdam 10 maart 2004, *NJF* 2004, 311.

¹⁴ Conclusie voor HR 20 oktober 2000, *NJ* 2001, 268 (Soolsma/Hertel).

¹⁵ L.c., nr. 5.16.2.

72. Op een vergelijkbaar spoor zit de Kantonrechter te Middelburg¹⁶:

3c. Indien De Schelde aansprakelijk is - zij heeft dat immers betwist - dan treft haar verwijt dat zij niet (al) de veiligheidsmaatregelen heeft genomen, die destijds bekend en vereist waren met het oog op de aan het werken met asbest verbonden gevaren. Dan is zij ook aansprakelijk voor het destijds nog onbekende gevaar van mesothelioom. Ook kan haar dan niet disculperen de omstandigheid dat destijds het werken met asbest gebruikelijk en maatschappelijk aanvaardbaar was, dat vergelijkbare bedrijven ook geen/ontoereikende veiligheidsmaatregelen namen en dat gebruik van asbest van overheidswege was voorgeschreven. Gelet op een en ander kan De Schelde dan echter geen ernstig verwijt worden gemaakt.’

73. In diverse zaken wordt weliswaar aansprakelijkheid aangenomen, doch is van opzet of grove schuld geen sprake. In een vonnis dat leidde tot het HR-arrest Soolsma/Hertel¹⁷ heeft de Rechtbank in een zaak die nog niet in het teken van de gezichtspuntencatalogus kon staan, geoordeeld dat van opzet of grove schuld geen sprake was. Dat oordeel houdt stand in cassatie. Zie ook het Hof Den Haag in de zaak Van Hese/De Schelde na verwijzing¹⁸:

‘Deze tussen partijen vaststaande aansprakelijkheid brengt mee dat voor het antwoord op de vraag in welke mate blootstelling aan asbeststof aan De Schelde kan worden verweten, uitgegaan kan worden van een schending van de in art. 7:658 BW omschreven zorgplicht. In overweging 3.7 van zijn arrest heeft de Hoge Raad het oordeel van de rechtbank dat De Schelde geen opzet of grove schuld kan worden verweten met betrekking tot het nalaten de vereiste voorzorgsmaatregelen te nemen bevestigd. Van dit oordeel dient te worden uitgegaan.’

74. Exemplarisch lijkt hetzelfde hof in de volgende overweging¹⁹:

‘4.4. Met betrekking tot gezichtspunt c. heeft de rechtbank overwogen dat indien hetgeen de erven hebben gesteld omtrent de arbeidsomstandigheden van de overledene bij De Schelde juist is ... aan De Schelde een verwijt kan worden gemaakt voor het nalaten van het nemen van veiligheidsmaatregelen die vereist waren met het oog op de destijds bekende gevaren van asbestose en longkanker. Dit brengt met zich dat zij ook aansprakelijk kan worden gehouden voor het destijds nog geheel onbekende gevaar van mesothelioom. Dat betekent naar het oordeel van de rechtbank echter niet dat sprake is van een ernstig verwijt, dat kan leiden tot het doorbreken van de verjaring. De erven hebben hiertegen aangevoerd dat nu het

¹⁶ Ktr.Middelburg 15 april 2002, LJN:AE2717

¹⁷ HR 20 oktober 2000, NJ 2001, 268.

¹⁸ Hof Den Haag 24 juli 2002, Prg. 2002, 5967.

¹⁹ Hof Den Haag 31 augustus 2007, NJF 2007, 507.

ontbreken van veiligheidsmaatregelen heeft geleid tot de buitengewoon ernstige en fatale ziekte mesothelioom, niet valt in te zien dat een dergelijk verwijt niet ernstig zou zijn.

4.5. Het hof overweegt dat de enkele omstandigheid dat de werkgever een verwijt kan worden gemaakt niet voldoende is om dit gezichtspunt c. te doen doorslaan ten faveure van het slachtoffer. Zonder schending van de zorgplicht kan immers geen sprake zijn van aansprakelijkheid. Met de rechtbank is het hof van oordeel dat in dit geval - indien veronderstellenderwijs wordt uitgegaan van de juistheid van de door de erven gestelde arbeidsomstandigheden - geen sprake is van een zodanig ernstig verwijt dat dit zou moeten leiden tot doorbreking van de verjaring. Het hof heeft daarbij in aanmerking genomen dat door De Schelde onweersproken is gesteld dat de relatie tussen mesothelioom en asbest in Nederland indertijd nog niet bekend was, en dat het destijds nog niet gebruikelijk was ten aanzien van asbest veiligheidsmaatregelen te treffen. Hieraan kan niet af doen dat mesothelioom een buitengewoon ernstige en fatale ziekte is.

4.10. Alles bij elkaar genomen is het hof met de rechtbank van oordeel dat hetgeen voor doorbraak van de verjaringstermijn pleit te weinig gewicht in de schaal legt ten opzichte van datgene dat daartegen pleit (met name de gezichtspunten e. en g.). Het vorenstaande maakt in onderlinge samenhang bezien, dat niet kan worden geoordeeld dat met inachtneming van alle omstandigheden van dit geval een beroep van De Schelde op verjaring naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Het bestreden vonnis dient daarom te worden bekrachtigd.’

2.9 Relativering van gezichtspunt ‘c’

75. In de doctrine wordt gesteld dat men eigenlijk niet goed met deze factor uit de voeten kan²⁰. Zo is nadrukkelijk gesteld dat juist omdat het gaat om beoordeling van gedrag in een ver verleden beoordeling van deze factor problematisch is: het is al één ding om nu, 30, 40 of 50 jaar later, te beoordelen of het gedrag naar de normen van ‘toen’, onzorgvuldig was althans een tekortkoming in de zin van art. 7:658 opleverde. Het wordt dan wel heel lastig om ook nog, opnieuw naar de inzichten van ‘destijds’ een uitspraak te doen over de mate van verwijtbaarheid. Voor de aansprakelijkheidsvraag als zodanig is een dergelijke uitspraak ook niet nodig. Met de onzorgvuldigheid is in beginsel de verwijtbaarheid gegeven. In de praktijk wordt wel aangenomen dat gegeven de specifieke aard van de aansprakelijkheid, die berust op schending van de zorgplicht van de werkgever om zijn werknemer(s) te beschermen tegen aan asbest gerelateerde risico’s – en dat zijn bij verwezenlijking in de regel heel ernstige ziekten – van een hoge mate

²⁰ Zie A-G Spier l.c., Van Boom, *AV&S* 2000, onder 4.2, Smeehuijzen, *AV&S* 2005, p. 56 en dezelfde, diss., p. 260.

van verwijtbaarheid sprake is, zonder dat overigens gezegd kan worden dat sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid²¹.

76. In theorie kan men zich, zelfs op dit spoor, nog wel een mogelijke uitzondering voorstellen: te denken valt andermaal aan de ‘kleine’ ondernemer, zoals een garagehouder of een installatiebedrijf, voor wie het (laten) werken met asbest niet de kern van zijn bedrijfsactiviteiten inhield, maar wiens werknemers tijdens hun werk wel incidenteel met asbest in aanraking konden komen. Ook hier geldt echter: wanneer eenmaal de aansprakelijkheidsvraag bevestigend is beantwoord (en dus onzorgvuldig handelen is aangenomen mede in het licht van de destijds voor de laedens kenbare kans op schade²²), is een substantiële mate van verwijtbaarheid eigenlijk gegeven.
77. De Commissie heeft de indruk dat partijen én de (lagere) rechter in het kader van de vraag of art. 6:2 lid 2 BW een beroep op verjaring belet, aangekomen bij factor ‘c’, soms de aansprakelijkheidsvraag nog eens ‘dunnetjes’ gaan overdoen, hetgeen moeilijk de bedoeling kan zijn geweest. Mede tegen deze achtergrond en in aanmerking genomen de opvattingen in de literatuur, komt de Commissie tot het oordeel dat:
- de mate van verwijtbaarheid voor de doorbrekingsvraag slechts beperkte betekenis heeft, althans zou moeten hebben;
 - een ernstige mate van verwijtbaarheid niet vereist is voor doorbreking, maar in dat verband wel extra gewicht in de schaal legt, zij het dat ook dan nog steeds andere factoren in de beschouwing moeten worden betrokken;
 - een lichte mate van verwijtbaarheid niet in de weg hoeft te staan aan doorbreking, zij het dat andere factoren dan de doorslag moeten gaan geven.

²¹ Zie ook het rechtspraakoverzicht onder 2.8 hiervoor.

²²HR 17 februari 2006, *NJ* 2007, 285 m.nt. CJHB (Van BuurenVan Swaay BV/Heesbeen).

78. Dat zou betekenen dat minder energie dan op dit moment kennelijk gebruikelijk is, kan worden gestoken in (een debat over) deze factor. Met de aansprakelijkheid is immers in de regel ook verwijtbaarheid gegeven. Een debat is zo bekeken slechts aantrekkelijk voor – enerzijds – eisers die menen in de feiten grond te zien voor een ernstig verwijt en daarmee denken voordeel te kunnen behalen bij het uiteindelijke antwoord op de vraag of art. 6:2 lid 2 BW een beroep op verjaring belet en – anderzijds – voor werkgevers (althans aangesproken personen) die menen dat hen in hun specifieke geval slechts een licht verwijt kan worden gemaakt en daarmee denken een spiegelbeeldig voordeel te kunnen behalen. Zoals eerder aangegeven, dient in het laatstbedoelde kader vooral aan kleine werkgevers te worden gedacht wier werkzaamheden nu juist in de kern niet asbestgerelateerd waren doch bij gelegenheid wel eens tot blootstelling aan asbest hebben kunnen leiden.
79. Het adviesverzoek stelt, afgaande op de notitie van 23 oktober 2006 ook de vraag aan de orde hoe om te gaan met het navolgende vaak naar voren geschoven argument pro verjaring: ‘de werkgever kan geen verwijt gemaakt worden nu zij de jaren vóór 1969 niet bekend hoefde te zijn met de gevaren van asbest voor het krijgen van mesothelioom (en derhalve geen maatregelen behoefde te nemen)’. In dit verband lijkt de vraag welk jaartal hier uitgangspunt zou moeten zijn eventueel te differentiëren naar gelang de omvang en de soort van werkgever.
80. Duidelijk is dat aan aansprakelijkheid niet in de weg staat dat de werkgever niet bekend behoefde te zijn met het gevaar dat blootstelling aan asbest mesothelioom kan veroorzaken indien hij al wel had moeten weten dat blootstelling aan asbest een andere ernstige ziekte kan veroorzaken en hij in dat verband maatregelen had moeten treffen, maar dat heeft nagelaten²³. Dat is vaste rechtspraak van de Hoge

²³ Of de werkgever in dat verband aansprakelijk is, is onder meer afhankelijk van de duur en de intensiteit van de blootstelling (HR 17 februari 2006, *NJ* 2007, 285 m.nt. CJHB (Van BuurenVan Swaay BV/Heesbeen). Het debat omtrent de aansprakelijkheidsvraag en daarmee het debat over dit soort factoren, valt echter niet samen met de discussie over de betekenis van factor ‘c’. Anders gezegd: voorkomen moet worden dat onder de noemer van beoordeling van factor ‘c’, een factor met een naar het oordeel van de Commissie beperkte betekenis, feitelijk het debat over de aansprakelijkheidsvraag wordt

Raad²⁴, die daarmee aansprakelijkheid ter zake van een (op dat moment) aan de werkgever niet bekend gevaar aanvaardt.

81. Wat voor de aansprakelijkheid geldt, geldt naar het oordeel van de Commissie ook voor de verwijtbaarheid. Wanneer eenmaal op de voet van de rechtspraak van de Hoge Raad aansprakelijkheid aan de orde is ter zake van mesotheliom, is daarmee wel degelijk ook verwijtbaarheid aan de orde. Het is, voor alle duidelijkheid, dus niet zo dat het feit dat er aansprakelijkheid aan de orde is voor een ten tijde van de blootstelling aan de werkgever onbekend gevaar maakt dat er in zoverre verwijtbaarheid ontbreekt. Het gaat nu juist om gevallen waarin de werkgever met het oog op andere aan asbestblootstelling verbonden gevaren maatregelen had moeten nemen, maar dat heeft nagelaten. Dat zich vervolgens, later, een ten tijde van de blootstelling nog niet bij hem bekend gevaar, namelijk mesotheliom, realiseert, is niet bevrijdend.²⁵ Het verwijt zit daarmee specifiek in het niet hebben genomen van maatregelen waar dat wel had gemoeten. Er is in deze categorie gevallen geen ruimte voor het betoog dat de werkgever specifiek ter zake van het optreden van mesotheliom geen verwijt kan worden gemaakt.

82. Het wel aangevoerde argument dat de werkgever geen verwijt kan worden gemaakt nu hij de jaren vóór 1969 niet bekend hoefde te zijn met de gevaren van asbest voor het krijgen van mesotheliom (en derhalve geen maatregelen behoefde te nemen) gaat dus niet op. Te dien aanzien merkt de Commissie overigens, zij het meer ter zijde, nog op dat het jaar 1969 samenhangt met het toen verschenen proefschrift van Stumphius over de relatie tussen asbest en mesotheliom, terwijl er ook bronnen zijn die erop duiden dat die relatie eerder bekend was.

gevoerd. Dat debat is uiteraard belangrijk voor de uitkomst van het geschil als zodanig, maar is geen verjaringskwestie.

²⁴ Zie HR 25 juni 1993, *NJ* 1993, 686 m.nt. PAS en HR 2 oktober 1998, *NJ* 1998, 683 m.nt. JBMV (Cijssouw/De Schelde I en II), HR 17 december 2004, *NJ* 2006, 147 m.nt. CJHB (Hertel/Van der Lugt) en HR 17 februari 2006, *NJ* 2007, 285 m.nt. CJHB (Van Buuren/Van Swaay BV/Heesbeen).

²⁵ Behoudens het geval dat de werkgever aannemelijk maakt dat de maatregelen die hij met het oog op de hem wel bekende gevaren had moeten nemen, het optreden van mesotheliom niet had kunnen voorkomen.

83. Hoeveel jaar vóór 1969 reeds bekend moest zijn dat asbest een ernstige ziekte kon veroorzaken kan thans in het midden blijven. Aan te nemen valt dat het zoveel jaren zijn dat niet meer verwacht kan worden dat zich nu nog benadeelden bij het IAS melden die blootgesteld werden aan asbest in een tijd dat de ernstige gevaren daarvan voor de werkgever nog niet bekend waren of behoorden te zijn.
84. Al met al blijft dus staan dat de factor verwijtbaarheid als gezichtspunt voor de eventuele doorbreking van de verjaring nauwelijks van gewicht is. Slechts ernstige en lichte graden van verwijtbaarheid blijven hier nog van enig belang. Een ernstige graad van verwijtbaarheid kan een tegenwicht vormen voor argumenten die in samenhang met een of meer van de andere door de Hoge Raad centraal gestelde gezichtspunten in een concreet geval contra doorbraak van de verjaring pleiten. Een lichte graad van verwijtbaarheid vergt juist verzwarende ('compensatie') met argumenten ontleend aan de andere gezichtspunten, wil het toch tot doorbreking van de verjaring komen.

2.10 Deelconclusies ten aanzien van verjaring

85. De Commissie komt ten aanzien van de verjaringsvragen tot de volgende conclusies.

t.a.v. factor 'g' (redelijke termijn)

1. Gelet op de stand van de feitenrechtspraak en de literatuur en in aanmerking genomen dat de Hoge Raad zijn doorbrekingsrechtspraak mede in de sleutel van art. 6 EVRM heeft gezet, houdt de Commissie in het kader van gezichtspunt 'g' een termijn van twee jaar aan. Deze twee jaar gelden voor aansprakelijkstelling en rechtsvordering tezamen, waarbij het moment van aansprakelijkstelling binnen die periode van twee jaar er op zichzelf niet toe doet.

2. De Commissie ziet, mede in het licht van de Bemiddelingsrichtlijn en in aanmerking genomen circulaire AAA-L 2008/03 van het Verbond van Verzekeraars, aanleiding voor de conclusie dat deze termijn van twee jaar geschorst wordt voor de duur van het bemiddelingsproces.
3. De Commissie geeft in overweging te streven naar een praktische oplossing voor het geval een bemiddelingspoging faalt en denkt daarbij aan een regeling waarin partijen in het bemiddelingsproces zich vooraf conformeren aan een bepaalde korte termijn, bijvoorbeeld van twee maanden, voor aanhangigmaking van de zaak na een mislukte bemiddeling.

t.a.v. factor 'c' (mate van verwijtbaarheid)

1. In het licht van rechtspraak en literatuur is de Commissie van oordeel dat de factor (mate van) verwijtbaarheid als gezichtspunt voor de eventuele doorbreking van de verjaring nauwelijks van gewicht is. Slechts ernstige en lichte graden van verwijtbaarheid kunnen van belang zijn. Zo kan een ernstige graad van verwijtbaarheid een tegenwicht vormen voor argumenten die in samenhang met een of meer van de andere door de Hoge Raad centraal gestelde gezichtspunten in een concreet geval contra doorbraak van de verjaring pleiten. Op vergelijkbare wijze vergt lichte graad van verwijtbaarheid juist verzwaring ('compensatie') met argumenten ontleend aan de andere gezichtspunten, wil het tot doorbreking van de verjaring komen.
2. Belangrijk is het uitgangspunt dat indien eenmaal aansprakelijkheid is aangenomen, daarmee ook verwijtbaarheid gegeven is. Dat geldt nadrukkelijk ook in die gevallen waarin de werkgever nog niet bekend behoefde te zijn met het gevaar dat blootstelling aan asbest

mesotheliom kan veroorzaken maar al wel had moeten weten dat blootstelling aan asbest een andere ernstige ziekte kan veroorzaken en hij in dat verband maatregelen had moeten treffen, maar dat heeft nagelaten.

3. Óf de werkgever aansprakelijk is, is onder meer afhankelijk van de duur en de intensiteit van de blootstelling. Daarvoor is in de concrete casus nader onderzoek nodig en over de waardering daarvan is uiteraard debat mogelijk. Het debat omtrent de aansprakelijkheidsvraag en daarmee het debat over dit soort factoren, valt echter niet samen met de discussie over de betekenis van factor 'c'. Voorkomen moet worden dat onder de noemer van beoordeling van factor 'c', een factor met een naar het oordeel van de Commissie beperkte betekenis, feitelijk het debat over de aansprakelijkheidsvraag (opnieuw) wordt gevoerd. Dat debat is uiteraard belangrijk voor de uitkomst van het geschil als zodanig, maar is geen verjaringskwestie en mag dus ook niet de discussie over de doorbrekingsvraag vertroebelen.

3. STELPLICHT EN BEWIJSLAST

3.1. Inleiding

86. Stelplicht en bewijslast vormen naar hun aard een delicate en sterk feitenafhankelijke materie. Het is juridisch niet verantwoord om slechts een paar simpele "hard and fast rules" neer te schrijven. De rechtswerkelijkheid zou dan per definitie vertekend worden weergegeven. De rechtspraak – ook die van de Hoge Raad – vertoont, zoals te verwachten, een bijzonder genuanceerd beeld. De Commissie tracht in het onderstaande zo concreet mogelijk te zijn, maar kan uiteraard geen ijzer met handen breken.

3.2 Wettelijk kader

87. Het relevante juridische kader is dat van art. 7:658 BW, de aansprakelijkheid van werkgevers jegens werknemers – ex-werknemers hieronder begrepen – ter zake van, kort gezegd, onveilige werkomstandigheden. Men kan ook denken aan art. 6:162 BW (onrechtmatige daad), maar die route is voor schade lijdende werknemers ongunstiger dan die van art. 7:658 BW. In het kader van art. 6:162 BW zal de werknemer in de regel bij voldoende gemotiveerde betwisting onrechtmatig handelen dan wel nalaten, toerekenbaarheid, feitelijk causaal verband (*condicio-sine-qua-non*-verband) en schade moeten aantonen. Bij art. 7:658 BW is het beeld voor de werknemer gunstiger, zodat asbestslachtoffers structureel die route kiezen. De Commissie beperkt zich in haar beschouwingen daarom tot art. 7:658 BW.

88. De schade zal, althans in de kiem, veelal lang geleden zijn ontstaan. Toch is in dit soort zaken steeds art. 7:658 BW van toepassing en niet art. 1638x BW (oud).

Het in 1997 van kracht geworden art. 7:658 BW heeft onmiddellijke werking. Aldus de Hoge Raad in een aantal arresten, zoals Unilever/Dikmans²⁶.

89. Art. 7:658 BW schept in zijn eerste lid een zorgverplichting voor de werkgever; Hij moet al datgene doen wat nodig is om te voorkomen dat de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade lijdt. Deze zorgplicht is een vergaande²⁷. Bovendien legt lid 2 het bewijsrisico ter zake van (de nakoming van) deze zorgplicht op de werkgever. In de literatuur treft men dan ook nogal eens de opmerking aan, dat art. 7:658 BW praktisch gesproken "in de richting gaat van een risico-aansprakelijkheid". Van een daadwerkelijke risico-aansprakelijkheid is echter geen sprake. De Hoge Raad benadrukt geregeld dat het artikel geen absolute waarborg biedt aan werknemers ter bescherming tegen gevaar maar dat het aan de werkgever wel oplegt die maatregelen te nemen die redelijkerwijs nodig zijn om te voorkomen dat werknemers tijdens hun werk schade oplopen. Aldus onder meer de arresten Kalai/Petit en Maatzorg/Van der Graaf²⁸.

3.3 Stelplicht en bewijslast in algemene zin

90. Ter introductie van dit deel van het advies kan een korte algemene schets van de stelplicht en bewijslast misschien dienstig zijn en daar wil de Commissie dan ook mee aanvangen²⁹.
91. Het gaat hierbij weliswaar om de stelplicht en bewijslast ten overstaan van de overheidsrechter. Voor de bemiddelingsprocedure bestaan weliswaar op zichzelf geen regels ter zake, maar naar de Commissie begrijpt, wordt er in die procedure

²⁶ HR 17 november 2000, NJ 2001, 596 m.nt. DA.

²⁷ Zie o.a. Spier, in Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding, 2006, nr. 186 e.v., Lindenberg, Arbeidsongevallen en beroepsziekten, 2000, p. 28 e.v., met vermelding van meer bronnen.

²⁸ HR 27 april 2007, NJ 2008, 462 resp. HR 12 december 2008, RvdW 2009, 35.

²⁹ Zie nader bijv. W.D.H. Asser, Bewijslastverdeling, Deventer 2004, Snijders, Klaassen en Meijer, Nederlands burgerlijk procesrecht 2007, nr. 205 e.v. en H.W.B. thoe Schwarzenberg, Civiel bewijsrecht voor de rechtspraak, Apeldoorn-Antwerpen 2008, p. 45 e.v.

- bij het IAS wel geanticipeerd op de stelplicht en bewijslast bij de overheidsrechter en is het daarom dat het IAS op deze punten ook advies heeft gevraagd.
92. De rechter mag, afgezien van hier niet relevante kwesties van openbare orde, geen andere feiten aan zijn beslissing ten grondslag leggen dan door de belanghebbende partij aan haar vordering of verweer ten grondslag gelegde feiten (art. 24 en 149 Rv). Een enkele keer kan uit de wet iets anders voortvloeien (te denken valt hier aan art. 6:97 BW, dat voor de begroting van schade veel ruimte laat aan de rechter, maar dat voor dit advies niet van centrale betekenis is).
93. De partij die zich beroept op rechtsgevolgen van door haar gestelde feiten, draagt ook de bewijslast van die feiten, tenzij uit enige bijzondere regel of uit de eisen van redelijkheid en billijkheid een andere bewijslastverdeling voortvloeit (art. 150 Rv). Wie dus schadevergoeding vordert wegens een onrechtmatige daad of een tekortkoming in de verbintenis van een schuldenaar, zal in beginsel niet alleen alle voor het recht op schadevergoeding vereiste feiten dienen te stellen, maar deze ook, bij voldoende gemotiveerde betwisting, dienen te bewijzen. Deze regel geldt ook aan de zijde van verweerder. Wie zich op verjaring of overmacht beroept, zal in beginsel de hiervoor vereiste feiten dienen te stellen en bewijzen. Hoe stel- en bewijsplicht exact zijn verdeeld over de eisende en de verwerende partij wordt door ons huidig Burgerlijk Wetboek dikwijls aangegeven door gebruik van termen als ‘tenzij’. Zo bepaalt art. 6:74 BW dat iedere tekortkoming in de nakoming van een verbintenis de schuldenaar verplicht de schade die de schuldenaar daardoor lijdt te vergoeden, tenzij de tekortkoming de schuldenaar niet kan worden toegerekend. De schuldeiser heeft hier (dus) de stelplicht en bewijslast ter zake van de tekortkoming, de schade en het feitelijk causaal verband tussen de tekortkoming en de schade. De schuldenaar heeft hier – voor zover hij een beroep op overmacht wil doen – de stelplicht en de bewijslast ten aanzien van het niet aan hem toerekenbaar zijn van de tekortkoming. Op deze ‘objectieve leer’, die verkort wel wordt aangeduid met het adagium ‘wie stelt, moet bewijzen’, bestaan als gezegd twee uitzonderingscategorieën:

uitzonderingen op grond van bijzondere regels en uitzonderingen op grond van de redelijkheid en billijkheid (de ‘billijkheidsleer’).

94. Een voorbeeld van de eerste categorie vormt art. 7:658 BW. Zoals nog nader zal blijken, wijkt het tot op zekere hoogte af van de regel dat het de gelaedeerde is die alle voor schadevergoeding benodigde feiten bij voldoende gemotiveerde betwisting dient te bewijzen.
95. Uitzonderingen op grond van de redelijkheid en billijkheid, die overigens ook weer als correctief kunnen fungeren voor een bijzondere regel als die van art. 7:658 BW, neemt de rechtspraak niet snel aan. Enkele bewijsnood is hiervoor niet toereikend³⁰. Het feit dat de partij die volgens de geldende regels de bewijslast zou dragen door toedoen van haar wederpartij een heel zware bewijspositie heeft verkregen, kan wel een reden zijn om de bewijslast om te keren op grond van de redelijkheid en billijkheid³¹.
96. De Hoge Raad is zich stellig bewust dat bewijslast niet voor niets ook wel aangeduid wordt als bewijsrisico. Wie de bewijslast krijgt, verliest ook dikwijls de procedure, dit bij gebrek aan bewijsmateriaal. Om dit probleem te verzachten, heeft de Hoge Raad de volgende mogelijkheden gecreëerd.
97. De rechter kan de wederpartij van de partij met de bewijslast met een verzwaarde motiveringsplicht opzadelen door van haar te eisen dat zij informatie verschaft die de partij met de bewijslast helpt bij de vervulling daarvan.
98. Zo kan van een arts, die wegens een kunstfout wordt aangesproken, verlangd worden dat hij voldoende feitelijke gegevens verstrekt ter motivering van de

³⁰ Zie bijv. HR 31 oktober 1997, NJ 1998, 85 inzake Stad Rotterdam/Zonneveld).

³¹ Zie bijv. HR 20 januari 2006, NJ 2006, 78, inzake B/Interpolis.

betwisting van de stellingen van de patiënt teneinde die aanknopingspunten voor een eventuele bewijslevering te verschaffen³².

99. Denkbaar is ook dat de rechter een feitelijk vermoeden hanteert: uit bepaalde door de belanghebbende partij gestelde feiten die wel komen vast te staan, leidt hij andere feiten af die niet vast komen te staan.
100. Een brandassuradeur van een huis bewijst bijv. het door de verzekerde betwiste feit dat verzekerde en zijn vrouw een uur voor de brand met uiterst waardevolle zaken het pand hebben verlaten; de rechter leidt hier behoudens tegenbewijs uit af dat de verzekerde het pand ook wel in brand zal hebben gestoken althans laten steken.

3.4 Stelplicht en bewijslast bij art. 7:658

101. Art. 7:658 lid 2 BW behelst (in relatie tot lid 1) als gezegd een bewijslastomkering ten gerieve van de werknemer.
- De werknemer zal moeten stellen en, in geval van voldoende gemotiveerde betwisting, moeten bewijzen:
- a. dat hij (mesothelioom)schade heeft,
 - b. dat hij bij deze werkgever in dienst is geweest, en
 - c. dat hij deze schade heeft opgelopen in de uitoefening van die werkzaamheden.
- Indien aan deze vereisten van art. 7:658 lid 2 BW is voldaan, dan is de werkgever aansprakelijk, tenzij hij stelt en bij voldoende betwisting aantoont:
- i. ofwel dat hij voldoende zorg heeft betracht (in de zin van lid 1);
 - ii. ofwel dat de schade in belangrijke mate het gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer.

³² Zie bijv. HR 23 november 2001, NJ 2002, 386 m.nt. JBMV (ziekenhuis De Wever).

De werknemer behoeft dus niet te bewijzen dat de werkgever is tekortgeschoten in de vereiste zorg.

102. In algemene zin geldt dat van een werkgever die op grond van art. 7:658 lid 2 door een werknemer wordt aangesproken, in het kader van de motivering van de betwisting van de stellingen van de werknemer mag worden gevergd dat hij de feitelijke omstandigheden aangeeft die meer in zijn sfeer dan in die van de werknemer liggen. Aldus de arresten Unilever/Dikmans en Kalai/Petit. Op deze verzwaarde motiveringsplicht, die hierboven al in nog algemenere zin werd verwoord, komt de Commissie hieronder sub 3.9 nog terug.

3.5 Schade

103. Gezien de hoofdregel van art. 150 Rv. is het aan de werknemer om te stellen en in geval van voldoende gemotiveerde betwisting te bewijzen dat hij mesothelioom heeft opgelopen. Als de werkgever dit verlangt, zal de werknemer aan de hand van medische verklaringen dienen aan te tonen dat bij hem inderdaad van mesothelioom sprake is. Hij is overigens ook de enige die over informatie op dit punt beschikt en die ook als enige in staat is op dit punt inzicht aan de werkgever (en eventueel de rechter) te verschaffen. In de praktijk van het IAS lijken over stelplicht en bewijslast op dit punt geen noemenswaardige discussies te bestaan.

3.6 Dienstbetrekking

104. Gezien de hoofdregel van art. 150 Rv. is het aan de werknemer om te stellen en in geval van voldoende gemotiveerde betwisting te bewijzen dat hij bij deze werkgever in dienst is geweest.
105. De stelplicht houdt op dit punt naar het oordeel van de Commissie in dat de werknemer niet alleen zal moeten aangeven dát hij bij deze werkgever in dienst is

- geweest, maar ook (op hoofdlijnen) wat de aard van zijn functie is geweest en (ruwweg) in welke periode de dienstbetrekking heeft bestaan.
106. Als de werkgever voldoende gemotiveerd betwist dat de werknemer bij hem in dienst is geweest, zal het op de weg van de werknemer liggen om bewijs van de gestelde dienstbetrekking te leveren.
107. Te bedenken valt hierbij dat, afhankelijk van de omstandigheden waaronder met name het tijdsverloop sedert de blootstelling aan asbest, van de werkgever dikwijls niet een al te uitvoerig gemotiveerde betwisting gevraagd kan worden. Het kan bijvoorbeeld voorkomen dat de werkgever betoogt dat hij niet meer over een archief uit die tijd beschikt en het door de werknemer gestelde dus niet meer kan nagaan. De waarde van een dergelijk betoog kan niet in abstracto worden bepaald; al naar gelang van de concrete omstandigheden kan het onvoldoende of voldoende worden bevonden. In het laatste geval zal de werknemer op dit punt de bewijslast hebben. Het bewijsrisico kan echter gecompenseerd althans verlicht worden door de aannahme van een feitelijk vermoeden. Zo kan uit een salarisstrookje over een bepaalde periode onder omstandigheden het feitelijk vermoeden van een dienstverband gedurende de gehele gestelde periode worden afgeleid. Ook de omstandigheid dat werknemer aan mesothelioom lijdt en dat het aangesproken bedrijf werknemers langdurig aan asbest bloot stelde kan onder omstandigheden een feitelijk vermoeden van een dienstverband rechtvaardigen. Steeds zullen de omstandigheden van het geval en de waardering daarvan door betrokken beoordelaar uiteindelijk beslissend zijn voor de vraag of een motivering toereikend wordt bevonden resp. of het bewijs bij bewijsnood door een feitelijk vermoeden geleverd geacht wordt te zijn. 'Hard and fast rules' zijn op dit punt helaas uitgesloten.

3.7 Blootstelling aan asbest tijdens werk

108. Gezien de hoofdregel van art. 150 Rv. is het aan de werknemer om te stellen en in geval van voldoende gemotiveerde betwisting te bewijzen dat hij gedurende de uitoefening van zijn dienstverband aan asbest is blootgesteld en dat er feitelijk causaal verband bestaat tussen de schade (mesothelioom) en de werkzaamheden die hij uit hoofde van de dienstbetrekking verrichtte. Aldus met zoveel woorden het arrest Weststrate/Schelde³³; de strekking van art. 7:658 BW brengt – aldus de Raad in dit arrest – geen afwijking in stelplicht en bewijslast mee in zaken waar blootstelling aan asbest speelt.
109. De vervolgstap inzake de causaliteit komt aan de orde sub 3.8. Nu meer aandacht voor die blootstelling aan asbest op zichzelf.
110. De stelplicht houdt naar het oordeel van de Commissie in dat de werknemer niet alleen zal moeten aangeven dát hij (bij deze werkgever) aan asbest is blootgesteld, maar ook (in hoofdlijnen) waarin deze blootstelling aan asbest feitelijk heeft bestaan.
111. Als de werkgever de asbestblootstelling voldoende gemotiveerd betwist, zal het op de weg van de werknemer liggen om bewijs van die blootstelling te leveren.
112. Evenals bij de vorige component voor aansprakelijkheid kunnen aan de betwisting door werkgever vaak niet al te hoge eisen gesteld worden en kan een feitelijk vermoeden de bewijslast van de werknemer compenseren althans verzachten.

³³ HR 26 januari 2001, NJ 2001, 597 m.nt. DA.

113. Een voorbeeld van een mogelijk feitelijk vermoeden vormt het volgende geval. Stel dat als vaststaand valt aan te merken dat de werknemer in de zestiger en zeventiger jaren bij de betrokken werkgever in dienst is geweest en thans aan mesothelioom lijdt zodat ook als vaststaand valt aan te merken dat hij in ieder geval ergens aan asbest is bloot gesteld. Naar het oordeel van de Commissie kan dan van belang zijn of een werknemer in een functie van het litigieuze type normaliter al dan niet in relevante mate aan asbest werd blootgesteld. Hoort bij de functie een substantiële mate van asbestblootstelling, dan zal het feitelijk vermoeden gehanteerd kunnen worden dat betrokken werknemer ook wel in substantiële mate aan asbest blootgesteld zal zijn in die functie. Het is dan aan de werkgever om dit feitelijk vermoeden te ontzenuwen door tegenbewijs dat erop duidt dat die blootstelling in dit geval niet bestond. Hoort bij de functie echter géén relevante mate van asbestblootstelling, dan zal de werknemer het bewijs niet met het bovenstaande feitelijk vermoeden kunnen leveren maar zal hij anderszins dienen aan te tonen dat die blootstelling in dit geval niettemin bestond.
114. De criteria voor het zojuist gegeven feitelijk vermoeden laten zich nog wat nader invullen. Er zijn in Nederland enkele expertsystemen op het terrein van de asbestblootstelling ontwikkeld. Te noemen zijn het Rapport van de Commissie Asbestprotocollen nr. 1998/10 (Gezondheidsraad 1998) en de Asbestkaart 1945-1994 (te raadplegen op www.asbestkaart.nl). Zulke systemen brengen ten aanzien van vele functies de (mate van) asbestblootstelling in algemene zin in kaart. Heeft de werknemer een functie vervuld waarvan zulke expertsystemen aangeven dat daaraan gemeenlijk een relevante kans op asbestblootstelling is verbonden, dan mag er naar het oordeel van de Commissie van worden uitgegaan dat die blootstelling in casu heeft bestaan, dit behoudens tegenbewijs door de werkgever. Geven de expertsystemen daarentegen aan dat bij dit type functie een kleine kans of geen kans op asbestblootstelling bestond, dan mag er naar het oordeel van de Commissie van worden uitgegaan dat die blootstelling niet heeft bestaan, zulks behoudens bewijs door de werknemer.

3.8 Causaal verband

115. Zoals gezegd (par. 8.1) zal de werknemer het feitelijk causale verband tussen werkzaamheden en schade moeten stellen en in principe behoren te bewijzen. In de praktijk voegt het causaliteitsaspect wat de positie van de werknemer betreft niet veel meer toe aan zijn stelplicht en bewijslast inzake de asbestblootstelling. Uiteraard zal de werknemer moeten stellen dat van bedoeld causaal verband sprake is. Wat de bewijslast betreft, leert de rechtspraak het volgende.
116. Wanneer een werknemer bij zijn werk is blootgesteld aan voor de gezondheid gevaarlijke stoffen, dan moet het door de werknemer te bewijzen feitelijk causaal verband worden aangenomen, indien de werkgever heeft nagelaten de maatregelen te treffen die redelijkerwijs nodig zijn om te voorkomen dat de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade lijdt, dit behoudens tegenbewijs. Aldus onder meer het arrest Unilever/Dikmans. De bewijslast van de causaliteit lost zich aldus op in enerzijds de bewijslast inzake de blootstelling, die inderdaad op de werknemer rust (zie reeds hierboven), en anderzijds de vraag naar de betrachte zorg, ter zake waarvan de bewijslast echter op de werkgever rust en blijft rusten (zie hierna, par. 10).
117. Dit neemt uiteraard niet weg dat indien komt vast te staan dat het feitelijk causaal verband ontbreekt, de vordering van werknemer toch strandt³⁴.
118. Dat enkel de mogelijkheid bestaat dat de schade in de uitoefening van de werkzaamheden is geleden, is eveneens onvoldoende voor aansprakelijkheid. Er bestaat geen goede grond om de aansprakelijkheid van de werkgever tot die gevallen uit te breiden. Aldus het arrest Weststrate/De Schelde.

³⁴ Zie HR 9 januari 2009, BF8875

119. Dan nog een enkel woord over de situatie dat een werkgever gedurende een bepaalde periode van het dienstverband jegens de werknemer is tekortgeschoten (ten aanzien van welke periode hij dus aansprakelijk is), maar dat er ook een periode aanwijsbaar is waarin deze werkgever deze werknemer wél voldoende tegen de gevaren van asbest heeft beschermd. Het bewijs dat de ziekte in het 'aansprakelijkheidstijdvak' is opgelopen, zal voor de werknemer dan dikwijls niet te leveren zijn. In Erven Cijssouw/De Schelde³⁵ leert de Hoge Raad dat het niet met de strekking van de werkgeversaansprakelijkheid – bescherming van werknemers tegen aan hun werkzaamheden verbonden gevaren – strookt om in dit verband het bewijsrisico ten laste van de werknemer te brengen. De werkgever kon zich er onder de omstandigheden van dat geval niet op beroepen dat de werknemer het fatale asbestkristal mogelijk had binnengekregen op een buiten het 'aansprakelijkheidstijdvak' gelegen moment.

3.9 Betrachting van voldoende zorg

120. Indien komt vast te staan dat de gevorderde mesothelioomschade door de werknemer in de uitoefening van de diensbetrekking bij werkgever is geleden, is de werkgever ingevolge art. 7:658 lid 2 BW aansprakelijk, tenzij hij aantoont: (i) ofwel dat hij voldoende zorg heeft betracht (in de zin van lid 1), (ii) ofwel dat de schade in belangrijke mate het gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer. In de praktijk verreweg het meest belangrijk is de eerste mogelijkheid: het betracht hebben van voldoende zorg.

³⁵ HR 25 juni 1993, NJ 1993, 686 m.nt. PAS.

121. De wet geeft aan het betracht hebben van voldoende zorg (lid 1) de positie van een uitzondering op een in beginsel aan te nemen aansprakelijkheid (lid 2). Wat het al dan niet voldaan zijn aan de zorgplicht door de werkgever betreft, is zodoende sprake van een zuivere omkering van de bewijslast³⁶. In verband met deze bewijslast rust ook de stelplicht ten aanzien van de vereiste zorg op de werkgever. Als de werkgever een van de uitzonderingen aanwezig acht, zal hij zich daarop gemotiveerd moeten beroepen. Vervolgens is het aan de werknemer om zich uit te laten over de stelling(en) van de werkgever. In geval van een voldoende gemotiveerde betwisting van de door de werkgever gestelde zorg door de werknemer, zal de werkgever vervolgens die zorg dienen te bewijzen. Zie het arrest Van Buuren/Heesbeen³⁷.
122. De Hoge Raad heeft te dien aanzien enige invulling aangedragen, en wel als volgt. Op grond van art. 7:658 lid 2 kan, indien vaststaat dat de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade heeft geleden, de werkgever zich van aansprakelijkheid daarvoor bevrijden door te stellen en zonodig te bewijzen dat hij de in lid 1 van dat artikel genoemde verplichtingen is nagekomen. Indien de werkgever ter onderbouwing van dit verweer voldoende concrete feitelijke gegevens aanvoert, zal van de werknemer mogen worden verlangd dat hij zijn betwisting van dat verweer voldoende concreet motiveert, zij het dat aan die motivering niet zodanig hoge eisen mogen worden gesteld dat in betekenende mate afbreuk wordt gedaan aan de strekking van art. 7:658 lid 2 BW. Art. 7:658 lid 2 beoogt immers de werknemer door verlichting van zijn processuele positie bescherming te bieden tegen de risico's van schade in de uitoefening van zijn

³⁶ Zie over dit karakter bijv. Asser in diens NJ-noot onder Unilever/Dikmans sub 2.

³⁷ HR 17 februari 2006, NJ 2007, 285 m.nt. C.J.H. Brunner.

werkzaamheden. Naar de hoofdregel van art. 150 Rv. behoeft de werknemer, als wederpartij van de werkgever die de bewijslast voor zijn verweer draagt, in beginsel niet de door hem ter betwisting van diens verweer gestelde feiten te bewijzen. Echter, de strekking van art. 7:658 lid 2 verzet zich niet ertegen dat de rechter in het licht van de stellingen van de werkgever en de vaststaande feiten een nadere motivering van de werknemer van zijn betwisting van het verweer van de werkgever verlangt of dat de rechter in voorkomend geval uitgaat van de juistheid van dat verweer behoudens door de werknemer te leveren tegenbewijs. Aldus het arrest Van den Heuvel/Jeugdhuizen³⁸, weliswaar in het kader van een arbeidsongeval, maar voor een beroepsziekte zoals mesothelioom zal het naar het oordeel van de Commissie niet anders zijn. Zie hier weer een voorbeeld van een verzwaarde stel- of motiveringslast resp. een feitelijk vermoeden. Hoe dit afgewogen stelsel uitpakt bij de gevallen die aan het IAS worden voorgelegd en die zich kenmerken door een enorm tijdsverloop sedert de schadeveroorzakende gebeurtenissen valt echter niet in abstracto te zeggen.

123. Wel kan gerefereerd worden aan een voorbeeld uit de rechtspraak en wel andermaal aan het arrest Van Buuren/Heesbeen. Dit arrest leert tevens dat met het oog op de omstandigheid dat het hier gaat om een situatie van lange tijd – veertig jaar – geleden, aan het bewijs door de werkgever in dit verband geen hoge eisen mogen worden gesteld. Voldoende voor het slagen van het verweer in deze zaak was dat de werkgever aannemelijk maakte dat hij in de relevante periode ervan mocht uitgaan dat de blootstelling van zijn werknemers aan asbeststof, zoals die concreet heeft plaatsgevonden, gelet op de in het algemeen geringe duur en intensiteit van de blootstelling, geen risico voor asbestose opleverde. Zie hierover ook sub 2.8 waar er de aandacht op gevestigd werd dat met name “kleine” werkgevers bij deze verlichting baat zouden kunnen hebben.

³⁸ HR 25 mei 2007, NJ 2008, 463 m.nt. G.J.J. Heerma van Voss in NJ 2008, 465.

3.10 Opzet of bewuste roekeloosheid werknemer; eigen schuld

124. Als gezegd is de werkgever evenmin aansprakelijk, indien hij weet aan te tonen dat de schade in belangrijke mate het gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer (art. 7:658 lid 2 BW in fine).
125. Opzet bestaat wanneer de werknemer willens en wetens zichzelf schade doet oplopen (zelfverminking, zelfmoord). Bewuste roekeloosheid is, naar de uitleg in de jurisprudentie, een beperkt begrip. Het feit dat bij de werknemer in algemene zin bekendheid met het gevaar bestaat, is onvoldoende. Met betrekking tot arbeidsongevallen heeft de Hoge Raad aangegeven dat nodig is dat de werknemer zich tijdens zijn onmiddellijk aan het ongeval voorafgaande gedraging bewust was van het roekeloze karakter ervan. Aldus het arrest Pollemans/Hoondert³⁹.
126. Ook de wettelijke term 'in belangrijke mate' wordt door de rechtspraak beperkt opgevat. De Hoge Raad leert dat hiervan slechts sprake is, als het tekortschieten van de werkgever in het niet valt bij de bijdrage van de werknemer. Aldus andermaal het arrest Pollemans/Hoondert.
127. In de mesothelioompraktijk lijkt de hier bedoelde uitzondering intussen geen grote rol te spelen. Doet de werkgever een beroep op deze uitzondering, dan zal hij in geval van betwisting door de werknemer een tweeledige bewijslast hebben: (a) dat inderdaad sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid (welk bewijs gezien de beperkte natuur van die beide rubrieken niet eenvoudig zal zijn te leveren), alsmede (b) dat vergeleken met deze opzet of bewuste roekeloosheid, de tekortkoming van de werkgever in het niet valt (welk bewijs gezien de striktheid van de betrokken eis al evenmin eenvoudig te leveren valt).

³⁹ HR 20 september 1996, NJ 1997, 198 m.nt. PAS.

128. Naar de heersende leer, die door de Commissie wordt onderschreven, geldt dat art. 7:658 BW derogeert aan art. 6:101 BW (eigen schuld), in die zin dat de wet in geval van eigen schuld van de werknemer niet aanstuurt op een verdeling over beide partijen, maar op een alles of niets: indien voldaan is aan de eis dat de schade "in belangrijke mate het gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer" (art. 7:658 lid 2) is de werkgever in het geheel niet aansprakelijk, terwijl als aan die eis niet is voldaan hij volledig aansprakelijk is jegens de werknemer⁴⁰. Het leerstuk der eigen schuld is in het onderhavige kader dus niet van zelfstandig belang; de Commissie laat het onderwerp verder onbesproken.

⁴⁰ In die zin o.a. losbladige editie Schadevergoeding, art. 6:101 (Boonekamp), nr. 17.4, 26; Lindenbergh, Arbeidsongevallen en beroepsziekten, 2000, par. 5.1, beide met vermelding van meer vindplaatsen.

3.11 Deelconclusie ten aanzien van stelplicht en bewijslast

129. De materie van stelplicht en bewijslast is dermate feitengevoelig en genuanceerd, dat het niet mogelijk is om te dien aanzien 'hard and fast rules' te ontwikkelen. De Commissie heeft getracht de zich aandienende problematiek zo helder mogelijk in kaart te brengen door deze na een algemene inleiding en verkenning in een reeks deelonderwerpen uiteen te rafelen (schade, dienstbetrekking, asbestblootstelling, causaal verband e.d.), en vervolgens die deelonderwerpen elk van een op het betrokken onderwerp toegesneden analyse te voorzien.

Leiden/Maastricht, 6 februari 2009

(T. Hartlief)

(J. Hijma)

(H.J. Snijders)