

Advies voor het Instituut Asbestslachtoffers

**Doorbreking van de lange verjaringstermijn en stelplicht en bewijslast
bij vorderingen van mesothelioomslachtoffers op de werkgever**

Rechtspraakanalyse 2009-2013

Mr. M.R. Hebly

Prof. mr. S.D. Lindenbergh

Juni 2013

Erasmus Universiteit Rotterdam

Erasmus School of Law



Inhoudsopgave

1. Algemeen.....	1
2. Doorbreking van de absolute verjaringstermijn	2
2.1. Inleiding.....	2
2.2. Gezichtspunt a: de aard van de schade en de vraag aan wie de vergoeding toekomt.....	3
2.3. Gezichtspunt b: uitkering uit anderen hoofde?	6
2.4. Gezichtspunt c: de mate van verwijtbaarheid.....	7
2.4.1. Verwijtbaarheid nauwelijks van gewicht?	7
2.4.2. Bedrijven die niet tot de asbestproducerende of -verwerkende industrie behoorden	12
2.4.3. Asbestproducerende of -verwerkende bedrijven	13
2.4.4. Conclusies t.a.v. gezichtspunt c	14
2.5. Gezichtspunt d: moest de aangesprokene met deze claims rekening houden?.....	15
2.6. Gezichtspunt e: de mogelijkheid voor de aangesprokene om zich te verweren	18
2.7. Gezichtspunt f: aansprakelijkheid gedekt door een verzekering?	19
2.8. Gezichtspunt g: de voortvarendheid waarmee eiser is opgetreden	22
2.8.1. De redelijke termijn: voldoende bepaalbaar?	22
2.8.2. De betekenis van bemiddeling door het IAS en andere omstandigheden.....	25
2.8.3. Conclusies t.a.v. gezichtspunt g	28
2.9. Aanvulling op de 7 gezichtspunten?.....	29
2.10. De schade openbaart zich kort voor het verstrijken van de lange verjaringstermijn	30
2.11. Conclusies ten aanzien van de doorbreking van de absolute verjaringstermijn.....	30
3. Stelplicht en bewijslast.....	33
3.1. Inleiding.....	33
3.2. Resumé: stelplicht en bewijslast bij art. 7:658 BW	33
3.3. Opvallendheden in de actuele rechtspraak.....	34

1. Algemeen

1. Het Instituut Asbestslachtoffers (hierna: IAS) heeft aan de Erasmus School of Law het verzoek gedaan om advies uit te brengen over de huidige stand van zaken omtrent de doorbreking van de verjaringstermijn en de stelplicht en bewijslast voor aansprakelijkheid voor schade in de vorm en ten gevolge van mesothelioom.
2. In februari 2009 heeft de Commissie-Hijma het IAS uitvoerig geadviseerd over deze knelpunten en handvatten geboden op basis waarvan afspraken zouden kunnen worden gemaakt door het IAS en de bij het IAS betrokken organisaties. Het IAS heeft in februari 2013 echter te kennen gegeven dat verjaring en stelplicht en bewijslast anno 2013 nog steeds als knelpunten worden ervaren in zijn bemiddelingspraktijk. Aan ons is de vraag voorgelegd wat de huidige stand van zaken is en in hoeverre de in 2009 aangereikte handvatten worden aangegrepen in de rechtspraak. In het onderhavige advies wordt daarom het advies van de Commissie-Hijma als startpunt gekozen en zal dus een analyse worden gemaakt van de ontwikkelingen in de rechtspraak sinds februari 2009. Steeds is gekeken naar zaken waarin het *loondienstgerelateerde* asbestschade betrof. Bij deze analyse zijn ook enkele uitspraken betrokken die zeer kort vóór de publicatie van het rapport van de Commissie-Hijma zijn gepubliceerd (en dus mogelijk bij de totstandkoming van dat rapport niet zijn bestudeerd).
3. In het eerste deel staat de verjaringsproblematiek centraal; in het tweede zal worden ingegaan op de problematiek van stelplicht en bewijslast voor aansprakelijkheid. Zoals uit het navolgende zal blijken, leent de verjaringsproblematiek zich voor een meer grondige rechtspraakanalyse en kunnen te dien aanzien enige bevindingen worden opgetekend en lijnen worden geschetst. Dit ligt anders waar het gaat om de stelplicht en bewijslast: de actuele gepubliceerde rechtspraak biedt geen handvatten om nu meer helderheid en inzicht te bieden dan de Commissie-Hijma (ook enigszins terughoudend) deed in 2009.

2. Doorbreking van de absolute verjaringstermijn

2.1. Inleiding

4. In art. 3:310 BW is de bevrijdende verjaring verankerd: het door tijdsverloop teloorgaan van het recht om de schuldenaar aan te spreken tot nakoming van zijn verbintenis. Art. 3:310 BW kent twee typen verjaringstermijnen: de korte/subjectieve termijn en de lange/objectieve termijn. Wanneer het een vordering tot vergoeding van schade betreft, gaat de korte termijn krachtens art. 3:310 lid 1 BW lopen vanaf het moment dat de benadeelde zowel met de schade als met de daarvoor aansprakelijke persoon bekend is geworden en verjaart deze vordering dan wanneer 5 jaren na de dag van bekendwording zijn verstreken. De lange termijn wordt mede bepaald door de oorzaak van de schade: is de schade een gevolg van blootstelling aan asbest, dan verjaart op grond van art. 3:310 lid 2 BW de vordering tot schadevergoeding in elk geval na 30 jaar, gerekend vanaf de gebeurtenis waardoor de schade is veroorzaakt.
5. In zijn baanbrekende arrest Van Hese/Schelde biedt de Hoge Raad nadrukkelijk de ruimte voor de beperkende werking van art. 6:2 lid 2 BW (redelijkheid en billijkheid) ten aanzien van de inroepbaarheid van de lange verjaringstermijn van 30 jaar.¹ Het gaat daarbij om het typische geval waarin na de laatste blootstelling aan asbest meer dan 30 jaar zijn verstreken voordat het daardoor veroorzaakte mesotheliom is gediagnostiseerd; het slachtoffer zou de vordering nooit geldend kunnen maken doordat de schade naar haar aard verborgen is gebleven. De verjaring verhindert in een dergelijk geval de mogelijkheid van het instellen van de rechtsvordering: deze verjaart voordat het slachtoffer met de schade bekend is. Voor doorbreking van de lange verjaringstermijn is slechts in 'uitzonderlijke gevallen' ruimte: de termijn heeft een 'objectief en in beginsel absoluut karakter', aldus de Hoge Raad.
6. De wetgever heeft zich rekenschap gegeven van de problemen voor mesotheliomslachtoffers omtrent de lange verjaringstermijn. Met de Wet verjaring personenschade heeft de wetgever een voorziening getroffen door ten aanzien van personenschade nog slechts de korte verjaringstermijn te handhaven (art. 3:310 lid 5 BW).² De wetgever heeft er evenwel voor gekozen dat deze regeling niet van toepassing is indien de schadeveroorzakende gebeurtenis voor de inwerkingtreding heeft plaatsgevonden (art. 119b OBW). Dat is op 1 februari 2004. Dit betekent dat deze wet dus pas na ommekomst van de lange verjaringstermijnen (20 en 30 jaar) effect sorteert: de 'materiele inwerkingtreding' vindt plaats op 1 februari 2024 voor de verjaringstermijn van 20 jaar en op 1 februari 2034 voor de verjaringstermijn van 30 jaar. Tot die tijd zal dus slechts in uitzonderlijke gevallen de lange verjaringstermijn doorbroken kunnen worden.
7. Of een beroep op de verjaringstermijn van dertig jaar inderdaad naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, dient te worden beoordeeld met inachtneming van alle omstandigheden van het geval, aldus de Hoge Raad. In Van

¹ HR 28 april 2000, NJ 2000/430 (Van Hese/Schelde).

² Wet van 27 november 2003, Stb. 2003, 495, later gewijzigd bij de Wet van 23 juni 2005, Stb. 2005, 340.

Hese/Schelde geeft hij een zevental gezichtspunten dat de rechter *in elk geval en uitdrukkelijk* in dit oordeel moet betrekken.³ Deze reeks gezichtspunten is niet limitatief, zo blijkt uit de formulering van de Hoge Raad.⁴

8. De gezichtspunten die de rechter op grond van het arrest Van Hese/Schelde in zijn beoordeling moet betrekken, betreffen de vragen:
 - 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.

Hierna zal in alfabetische volgorde worden ingegaan op de toepassing van deze gezichtspuntencatalogus in de actuele rechtspraak.

2.2. Gezichtspunt a: de aard van de schade en de vraag aan wie de vergoeding toekomt

9. Gezichtspunt a betreft de vraag of het gaat om vergoeding van vermogensschade dan wel van nadeel dat niet in vermogensschade bestaat, en of de gevorderde schadevergoeding ten goede komt aan het slachtoffer zelf, diens nabestaanden dan wel een derde. Smeehuijzen concludeert in 2005 dat gezichtspunt a nauwelijks van belang is in het licht van de ratio van de absolute termijn en dat het daarom ook geen enkel reliëf krijgt: het wordt steeds afgedaan met een “obligaat ogend zinnetje waarvan de strekking onduidelijk is”.⁵ Ook uit praktisch oogpunt zou het een problematisch criterium zijn omdat de slachtoffers zo snel overlijden; het onderscheid tussen het slachtoffer zelf en zijn erfgenamen is in dat licht enigszins wrang. De rechtspraak van de afgelopen jaren geeft niettemin te denken over de uitleg van gezichtspunt a, omdat men daarin een wisselend beeld kan waarnemen.

³ Zie de ongewijzigde handhaving van de gezichtspunten in HR 25 november 2005, NJ 2009, 103 m.nt. Giesen (Eternit/Horsting).

⁴ De Hoge Raad overweegt dat de aanvaardbaarheid van het verjaringsverweer in het licht van art. 6:2 lid 2 BW 'met inachtneming van alle omstandigheden van het concrete geval' moet worden beoordeeld. Als gezichtspunten, waarvan de rechter blijk moet geven deze in zijn beoordeling te hebben betrokken, 'vallen te noemen' a t/m g. Zie HR 28 april 2000, NJ 2000/430 (Van Hese/Schelde), r.o. 3.3.3.

⁵ J.L. Smeehuijzen, 'Naar een scherpere gezichtspuntencatalogus bij verjaring van asbestzaken', AV&S 2005-10, p. 55. Hij herhaalt deze bevinding in 2008 in zijn dissertatie: zie J.L. Smeehuijzen, *De bevrijdende verjaring* (diss. VU Amsterdam), Deventer: Kluwer 2008, p.258.

10. Wanneer de vordering wordt ingesteld door het slachtoffer zelf, en de schadevergoeding dus aan hem zal toekomen, zal gezichtspunt a uiteraard niet aan doorbreking van de verjaringstermijn in de weg staan. Illustratief zijn de volgende overwegingen:

Kantonrechter Rotterdam 21 juli 2009, LJN BJ4403: Geoordeeld wordt dat de gevraagde vergoeding ten gunste komt van [eiser] zodat er geen enkele reden bestaat op grond waarvan kan worden gezegd dat dit gezichtspunt in de weg zou staan aan doorbreking van de verjaringstermijn.

Kantonrechter Roermond 10 februari 2010, LJN BL3084: [eiser] vordert zowel materiële als immateriële schadevergoeding, die aan hemzelf ten goede komt. Indien deze situatie wordt afgezet tegen de situatie dat schadevergoeding niet aan het slachtoffer noch de nabestaanden ten goede komt, spreekt het vóór doorbreking van de verjaringstermijn. Indien het echter wordt afgezet tegen de ratio van de verjaringstermijn, en dat dient naar het oordeel van de kantonrechter van doorslaggevend belang te zijn, dan legt het weinig gewicht in de schaal.

Kantonrechter Rotterdam 20 juli 2012, LJN BX6621: [gedaagde] erkent dat de door [eiser] gevorderde immateriële schade (artikel 6:106 BW) en (nog niet begrote) materiële schade (artikel 6:107 BW) aan [eiser] zelf ten goede komen. Dit gezichtspunt biedt daardoor geen ondersteuning aan het verjaringsverweer van [gedaagde].

11. Gezien de dodelijke gevolgen van mesothelioom, komt het vaak voor dat de gevorderde schadevergoeding uiteindelijk aan de nabestaanden/erfgenamen van de slachtoffers zal toekomen. Tegen deze omstandigheid kan op verschillende manieren worden aangekeken. Ten eerste kan het pleiten *in het voordeel van de aangesproken partij* (oftewel: degene die zich op de verjaring beroept) dat er feitelijk vooral vergoeding voor immateriële schade wordt gevorderd ten behoeve van nabestaanden in plaats van het slachtoffer:

Kantonrechter Rotterdam 17 februari 2009, NJF 2009/155: Vast is komen te staan dat W.H. van E. kort na het stellen van de diagnose Mesothelioom is overleden, te weten plusminus één maand daarna. De gevorderde schadevergoeding komt derhalve niet meer aan het slachtoffer zelf toe, maar aan diens nabestaanden. Naar het oordeel van de kantonrechter pleit deze omstandigheid ten nadele van eiseres.

Kantonrechter Almelo 25 augustus 2009, JA 2009/170: Een eventueel toe te kennen vergoeding voor met name immateriële schade zou niet meer aan hem ten goede kunnen komen. Op zich hoeft zulks aan toewijzing van een vordering terzake niet in de weg te staan, doch in de sleutel van de beoordeling van een verjaringsberoep is het een omstandigheid die bijdraagt aan de vaststelling dat het beroep op verjaring niet per se onaanvaardbaar is.

Kantonrechter Almelo 13 oktober 2009, JA 2009/171: Het verschil tussen het nu gevorderde bedrag en dat voorschot zou, de verjaring weggedacht, in geval van toewijzing ten goede zijn gekomen aan zijn weduwe. Nu echter wel sprake is van verjaring, behoort die omstandigheid ten gunste van Gorate mee te wegen bij de te beantwoorden vraag of een beroep op die verjaring onaanvaardbaar te achten is.

Hof Amsterdam 15 december 2009, LJN BL3708: Afweging van de overige in aanmerking te nemen factoren in samenhang met de voornoemde maakt niet dat de weegschaal naar de door [appellante] gewenste kant uitslaat. Zo gaat het in deze zaak in ieder geval voor een belangrijk deel om nadeel dat niet uit vermogensschade bestaat en om schadevergoeding die niet ten goede zal komen aan het slachtoffer zelf, maar aan zijn nabestaande (gezichtspunt a).

Hof Amsterdam 19 januari 2010, LJN BL3742: Zoals ook de kantonrechter heeft overwogen, vordert [appellante] vergoeding van immateriële schade en materiële schade die aan haar als weduwe en erfgename toekomt, waarbij zij zich in eerste aanleg niet over de aard van de materiële schade heeft uitgelaten. Naar het oordeel van het hof kan onder deze omstandigheden in ieder geval niet worden aangenomen dat het gezichtspunt (a) in belangrijke mate in het voordeel van [appellante] dient te strekken.

12. Ook kan de omstandigheid dat de schadevergoeding niet (meer) toekomt aan het slachtoffer ertoe leiden dat het gezichtspunt a in de totale weging een zeer beperkt gewicht krijgt toegekend of zelfs als *neutraal* wordt meegewogen.

Rechtbank Rotterdam 26 mei 2010, L/JN BNo602 (en gelijkloidend op 29 september 2010, L/JN BO2658 en op 6 oktober 2010, L/JN BO4042): Verder is van belang dat de nabestaande aan wie de schadevergoeding voor het overige toekomt geen willekeurige erfgenaam is, maar de weduwe van [X] met wie hij in gezinsverband heeft samengeleefd en aan wie [X] de schadevergoeding ook kennelijk ten goede heeft willen laten komen. Gezichtspunten a, b en f zijn in de totale afweging als *neutraal* meegewogen.

Hof Den Haag 25 januari 2011, L/JN BP1109: De vordering ter zake van de vererfde schadecomponenten betreft voornamelijk immateriële schade (...) en slechts in zeer beperkte mate vermogensschade (...). Deze beide schadecomponenten komen niet toe aan het slachtoffer zelf doch aan de nabestaanden. Het hof is van oordeel dat dit gezichtspunt, zo dit al gewicht in de schaal legt ten gunste van de doorbreking van de verjaring, dit in de totale weging van zeer beperkt gewicht is.

Kantonrechter Middelburg 18 juni 2012, JA 2012/156 (en gelijkloidend op 4 juni 2012, L/JN BW8716): Vergoeding van immateriële schade is van minder gewicht dan van vermogensschade. De eventuele thans nog te betalen schadevergoeding zal ten goede komen aan de erven. Ook dat is van minder gewicht dan een uitkering bij leven aan [B] zelf. Alles afwegende leggen de gezichtspunten a) en b) wel enig gewicht in de schaal om de verjaring te doorbreken, maar niet in hoge mate.

13. Een tegenovergestelde benadering komt ook voor, waarin het gegeven dat de vergoeding aan de nabestaanden van het slachtoffer zal toekomen niet in het nadeel van de nabestaanden wordt uitgelegd. Deze lijn volgt ook Smeehuijzen.⁶ In deze benadering wordt tegemoet gekomen aan de specifieke problemen die gelden ten aanzien van mesothelioom (het snel komen te overlijden na het stellen van de diagnose) en wordt benadrukt dat het in de meeste gevallen om een vordering van de nabestaanden zal gaan.

Kantonrechter Rotterdam 22 oktober 2010, L/JN BP8595: Voorts stelt de kantonrechter vast dat de gevorderde schadevergoeding ten goede komt aan (nabestaande) [eiseres] en niet aan (slachtoffer) [A]. (...) De kantonrechter is van oordeel dat het overlijden van [A] voordat de vordering ten gronde door de rechter wordt beoordeeld geen aanleiding vormt om dit gezichtspunt ten nadele van [eiseres] te laten strekken. Daarbij neemt de kantonrechter in aanmerking dat de nabestaande geen willekeurige erfgenaam is, maar de weduwe van [A]. Ook acht de kantonrechter van belang dat het, gelet op de zeer korte levensverwachting van de slachtoffers van mesothelioom nadat de diagnose is gesteld, zelden zal voorkomen dat het slachtoffer (ten volle) van de schadevergoeding kan 'profiteren'; meestal zullen dat de nabestaanden zijn. Om die reden moeten die beide situaties vrijwel op één lijn gesteld worden. Een andere interpretatie zou mogelijk tot het ongewenste gevolg leiden dat aan omstandigheden die in het kader van de aanvaardbaarheid van het beroep op verjaring geen rol behoren te spelen, zoals vertraging in de afwikkeling van een claim tot na de dood van het slachtoffer, via dit gezichtspunt toch gewicht toekomt.

Rechtbank Rotterdam 12 oktober 2011, NJF 2011/473: Hierbij zij opgemerkt dat, gelet op de zeer korte levensverwachting van de slachtoffers van mesothelioom nadat de diagnose is gesteld, het zelden zal voorkomen dat het slachtoffer (ten volle) van de schadevergoeding zal profiteren. Meestal zullen dat de nabestaanden zijn. Die omstandigheid dient naar het oordeel van de rechtbank niet mee te wegen in het voordeel van de partij die zich op verjaring beroept.

Hof Den Haag 3 april 2012, JA 2012/118: De vordering van [L] betrof in eerste aanleg zowel vergoeding van vermogensschade als van ander nadeel; deze schadevergoeding is hem zelf ten goede gekomen. Met de ratio van het gezichtspunt is in strijd dat het hof de situatie zoals die tijdens de procedure in

⁶ J.L. Smeehuijzen, 'Naar een scherpere gezichtspuntencatalogus bij verjaring van asbestzaken', AV&S 2005-10, p. 55.

hoger beroep is ontstaan (...) bij de beoordeling zou betrekken. Dat zou immers meebrengen dat een gezichtspunt dat aanvankelijk in het voordeel van [L] strekte, buiten zijn toedoen in zijn nadeel is verkeerd enkel omdat Eternit in hoger beroep is gekomen en [L] nadien is overleden aan de gevolgen van maligne mesothelioom.

Hof Den Haag 18 december 2012, NJF 2013, 66 en 67 (gelijkluidend): Vergoeding van deze beide schadecomponenten komt niet toe aan [de oud-werknemer] zelf doch aan zijn nabestaande(n). Daarbij mag evenwel niet uit het oog verloren worden dat het dodelijke karakter van mesothelioom bijna per definitie oplevert dat, zelfs wanneer de aansprakelijkstelling nog wordt uitgebracht vóór de bevestiging door het NMP (rov. 2.4/2.5), bij niet-directe-honorering van de claim zoals in deze het geval was, de gelaedeerde overlijdt voordat de schade geregeld is (vgl. het IAS-bemiddelingsrapport blz. 7 sub a.). Dat relativiseert dit punt. Voorts zij in dit geval aangetekend dat blijkens de verklaring van [geïntimeerde] ter zitting de aanvankelijk potentiële dreiging van mesothelioom gedurende 15 jaar druk heeft gelegd, ongetwijfeld ook op [geïntimeerde] zelf. Voorts tekent het relaas van [geïntimeerde] over de afgelopen 5 jaar welk een impact een zaak als deze voor haar als partner van [de oud-werknemer] heeft (gehad). Het gaat dus om de vererving aan een zeer nabij betrokkene en dit gezichtspunt legt aldus in de totale weging gewicht in de schaal ten gunste van de doorbreking van de verjaring.

Hof Den Haag 12 maart 2013 (niet gepubliceerd): Het hof volgt Allianz niet in haar stelling dat het enkele feit dat een immateriële schadevergoeding niet meer persoonlijk kan toekomen aan de eiser doordat deze is overleden, ten voordele van de absolute verjaringstermijn – en derhalve ten voordele van de aansprakelijke persoon – behoort te worden uitgelegd.

In de voorlaatste geciteerde arresten van het Hof Den Haag van 18 december 2012 wordt daarbij ook nog het ‘eigen leed’ van de nabestaande genoemd als omstandigheid die meeweegt: het gaat om de vererving aan een ‘zeer nabij betrokkene’ en dit legt in het kader van gezichtspunt a dan ook gewicht in de schaal ten gunste van de doorbreking van de verjaring.

14. Hoe moet nu gezichtspunt a worden toegepast als het gaat om de vordering van nabestaanden? Lezing van de gepubliceerde recente rechtspraak doet vermoeden dat gezichtspunt a in 2009 en begin 2010 strenger werd uitgelegd ten aanzien van deze nabestaanden dan in de jaren daarna: de meest actuele uitspraken lijken in gezichtspunt a geen beletsel meer te zien voor de doorbreking van de verjaring, althans, niet waar het gaat om *een nauw betrokken nabestaande* (zoals een partner) aan wie voornamelijk de vergoeding ter zake van immateriële schade zou toekomen. Het zou onwenselijk zijn indien hieromtrent nog langer een verschil in uitleg zou blijven bestaan.

2.3. Gezichtspunt b: uitkering uit anderen hoofde?

15. Dan gezichtspunt b; de vraag in hoeverre voor het slachtoffer respectievelijk zijn nabestaanden ter zake van de schade een aanspraak op een uitkering uit anderen hoofde bestaat. Smeehuijzen komt in 2005 tot de bevinding dat geen rechter lijkt te oordelen dat enige uitkering elders aan doorbraak van de absolute termijn in de weg staat en dat de benadeelde vergoed moet krijgen wat hem na uitkering door derden nog aan schade rest, en dit beeld is in zijn dissertatie in 2008 niet veranderd.⁷

⁷ J.L. Smeehuijzen, ‘Naar een scherpere gezichtspunten-catalogus bij verjaring van asbestzaken’, AV&S 2005-10, p. 55-56 en J.L. Smeehuijzen, *De bevrijdende verjaring* (diss. VU Amsterdam), Deventer: Kluwer 2008, p. 259-260.

16. Die conclusie ten aanzien van gezichtspunt b lijkt ook thans op te gaan. Vaak wordt gezichtspunt b als neutraal meegewogen. Het is doorgaans niet aannemelijk dat het slachtoffer op een andere wijze dan krachtens de TAS-regeling een vergoeding voor de geleden immateriële schade heeft ontvangen. Dat een dergelijke uitkering is ontvangen, weegt in sommige uitspraken wel uitdrukkelijk mee in het kader van gezichtspunt b:

Kantonrechter Rotterdam 17 februari 2009, NJF 2009/155: Vast is komen te staan dat aan W.H. van E. een uitkering is toegekend uit hoofde van de Regeling Tegemoetkoming Asbestslachtoffers ad € 16.655. Naar het oordeel van de kantonrechter pleit ook deze omstandigheid in het nadeel van eiseres. In dit verband is tevens van belang dat eiseres mogelijk ook een vordering toekomt tegen de Gemeente Stadsreiniging Amsterdam.

Kantonrechter Roermond 10 februari 2010, L/JN BL3084: Wel van belang is de mate waarin de schade al door een ander is vergoed. Indien het volledige schadebedrag al uit anderen hoofde zou zijn vergoed, dan pleit dit tegen doorbreking van de verjaringstermijn. In die situatie is immers geen sprake meer van financieel nadeel. Ingeval nog geen volledige vergoeding van de schade heeft plaatsgevonden, is dat nadeel er nog wel, zij het in mindere mate. In die situatie heeft een slachtoffer belang bij de mogelijkheid de resterende schade vergoed te krijgen. Dit pleit voor doorbreking van de verjaringstermijn.

Hof Den Haag 25 januari 2011, L/JN BP1109 (en enigszins gelijklopend op 18 december 2012, NJF: 2013/66): Deze uitkering komt feitelijk overeen met (afgerond) 33% van de gevorderde immateriële schade. (...) Met de RTAS-uitkering is dus een wezenlijk deel van de gevorderde schade “gedekt”. Het bovenstaande leidt tot het oordeel dat ook dit gezichtspunt in de totale weging slechts een zeer beperkt gewicht in de schaal legt ten gunste van de doorbreking van de verjaring.

Kantonrechter Rotterdam 20 juli 2012, L/JN BX6621: Hoewel het uitgekeerde bedrag aanmerkelijk lager is dan het bedrag dat [eiser] in deze procedure heeft gevorderd, heeft [eiser] hier wel direct over kunnen beschikken. (...) Het feit dat niet waarschijnlijk is dat [eiser] van andere werkgevers dan [gedaagde] een schadevergoeding kan vorderen, pleit tegen toepassing van de verjaringsregel. De snelle uitkering van een substantieel bedrag op grond van de Regeling TAS – waar slachtoffers van de ongeneeslijke ziekte mesothelioom zelf het meest bij gebaat zijn – maakt handhaving van de verjaringstermijn daarentegen minder schrijnend.

17. De conclusie die Smeehuijzen eerder al trok, dat vergoedingen door derden slechts dan aan de doorbreking van de absolute termijn in de weg staan als de benadeelde door die vergoedingen *integraal* is schadeloos gesteld, lijkt ook op basis van de actuele rechtspraak gerechtvaardigd. De onder punt 16 geciteerde eerste uitspraak van de Kantonrechter Rotterdam van 17 februari 2009 vormt een uitzondering.

2.4. Gezichtspunt c: de mate van verwijtbaarheid

2.4.1. Verwijtbaarheid nauwelijks van gewicht?

18. Het tweede in dit advies te bespreken gezichtspunt betreft de mate waarin de gebeurtenis de aangesprokene kan worden verweten. De Commissie-Hijma is van oordeel dat dit gezichtspunt nauwelijks van gewicht is en dat onnodig veel tijd en energie wordt gestoken in een debat over deze factor. Niets duidt erop, aldus de Commissie, dat doorbreking van de verjaring alleen aan de orde is bij een hoge mate van verwijtbaarheid.

19. De Commissie volgt het volgende denkpatroon: bij een lichte mate van verwijtbaarheid aan de werkgever zal de eiser het moeten hebben van de andere gezichtspunten, terwijl een hoge mate van verwijtbaarheid een duidelijke indicatie oplevert voor doorbreking.⁸ Zo bezien zal het voor de eiser wel een meerwaarde hebben om te kunnen spreken van een hoge mate van verwijtbaarheid; verwijtbaarheid 'sec' kan in samenhang met de andere gezichtspunten voldoende voor doorbreking zijn. Dat strookt met het spoor dat de Commissie in de doctrine waarneemt. Wat een lichte verwijtbaarheid betreft valt met name te denken aan kleine werkgevers die hun werknemers slechts sporadisch met asbest hebben laten werken, in tegenstelling tot professionele en gespecialiseerde asbestproducenten of asbestverwerkers.
20. De Commissie ziet in 2009 dat er in de rechtspraak vaak wel problemen met dit gezichtspunt ontstaan.⁹ Bezwaarlijk hieraan is dat een daadwerkelijk onderzoek naar de mate van verwijtbaarheid in het kader van gezichtspunt c zou dwingen tot een exercitie die voor de aansprakelijkheidsvraag als zodanig niet nodig is: voor de vestiging van de aansprakelijkheid van de werkgever voor blootstelling aan asbest is het immers niet nodig de mate van verwijtbaarheid terzake te reconstrueren. Het is in het kader van art. 7:658 BW aan de werkgever om te stellen en te bewijzen dat hij alles heeft gedaan wat redelijkerwijs nodig is om te voorkomen dat de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade lijdt. Desondanks heeft de Commissie de indruk dat in de praktijk bij factor c soms de aansprakelijkheidsvraag nog eens 'dunnetjes wordt overgedaan', wat moeilijk de bedoeling van de Hoge Raad kan zijn geweest. Tegen die achtergrond is de Commissie van oordeel dat de mate van verwijtbaarheid voor de doorbrekingsvraag slechts beperkte betekenis heeft, althans zou moeten hebben.
21. In de door de Commissie voorgestelde benadering gaat in het debat over deze factor minder energie zitten. Met de aansprakelijkheid (ex art. 7:658 BW) is in de regel ook een zekere mate van verwijtbaarheid gegeven. Een debat over de verwijtbaarheid is dan slechts aantrekkelijk voor 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. Spiegelbeeldig is het debat aantrekkelijk voor werkgevers die menen dat aan hen in het specifieke geval slechts een licht verwijt kan worden gemaakt.
22. De vraag naar de mate van verwijtbaarheid blijkt in sommige actuele uitspraken nauw verweven met de vraag naar de aansprakelijkheid. Illustratief zijn de volgende overwegingen:

Kantonrechter Zwolle 27 januari 2010, JA 2010/49 m.nt. A.J. Van: Hoewel het voor de hand ligt te beginnen met de vraag of het beroep van [eisende partij] op bedoelde onaanvaardbaarheid doel treft, zal de kantonrechter eerst de vraag beantwoorden of [eisende partij] voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat hij in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade heeft opgelopen. Indien die vraag ontkennend moet worden beantwoord kan het (uitvoerige) debat over het beroep op verjaring onbesproken worden gelaten.

⁸ Zie rapport Commissie-Hijma, p. 26.

⁹ Zie rapport Commissie-Hijma, p. 27-30.

Rechtbank Rotterdam 14 januari 2009, LJN BH1751: Ter zake van de mate waarin de relevante gebeurtenissen Verolme eventueel kunnen worden verweten, is de rechtbank van oordeel dat partijen zich nader zullen dienen uit te laten. Denkbaar is dat in dat kader bewijsvoering zal dienen plaats te vinden. [gedaagde] heeft getuigenbewijs aangeboden ten aanzien van de arbeidsomstandigheden. Voor de eventuele mate van verwijtbaarheid lijkt relevant of de omstandigheden waaronder [gedaagde] zijn werkzaamheden diende te verrichten - met name door de eventuele aanwezigheid van asbeststof - zodanig waren dat dit ernstige gezondheidsrisico's opleverde en of Verolme zich daar medio december 1960 (en daarvoor) van bewust had behoren te zijn.

23. De Kantonrechter Middelburg onderstreept de zelfstandige betekenis van de vraag naar de verwijtbaarheid in het kader van de doorbreking van de verjaringstermijn:

Kantonrechter Middelburg 4 juni 2012, LJN BW8716: Onafhankelijk van de aansprakelijkheid vergt gezichtspunt c) een beoordeling van de mate van het verwijt dat de aangesprokene kan worden gemaakt. Aansprakelijkheid betekent nog niet dat reeds daarom gezichtspunt c) gewicht toekomt vóór het doorbreken van de verjaring. In zoverre komt aan gezichtspunt c) wel zelfstandige betekenis toe. (...) Een afweging voor gezichtspunt c) is niet mogelijk wanneer zou moeten worden geoordeeld dat er een voldoende mate van schuld bestaat als de aansprakelijkheid is gegeven. Daarmee verdwijnt de mate van het verwijt uit gezichtspunt c) en daarmee de wegingsfactor.

24. Ook de Kantonrechter Rotterdam onderstreept het onderscheid tussen de aansprakelijkheidsvraag (waar een verdeling van de bewijslast en het opdragen van bewijs bij kan passen) en de verjaringskwestie (waarbij het om een inschatting zal moeten gaan):

Kantonrechter Rotterdam 20 juli 2012, LJN BX6621: Om vast te stellen in hoeverre [gedaagde] een verwijt gemaakt kan worden ten aanzien van de door [eiser] geleden schade, moet beoordeeld worden of aannemelijk is dat [eiser] de schade in de uitoefening van zijn werkzaamheden heeft opgelopen (ofwel of er een causaal verband bestaat tussen de schade en de werkzaamheden). Daarnaast moet een oordeel worden gegeven of het aannemelijk is dat [gedaagde] heeft nagelaten de vereiste veiligheidsmaatregelen te treffen (ofwel of [gedaagde] aan haar zorgplicht heeft voldaan). In het kader van de afweging van gezichtspunten past niet de verdeling van bewijslast en het opdragen van bewijs. Hier wordt daarom volstaan met een inschatting van de mate van verwijtbaarheid.

Kantonrechter Rotterdam 21 juli 2009, LJN BJ4403: De kantonrechter constateert dat dit gezichtspunt, letterlijk geïnterpreteerd, inhoudt dat het debat over de aansprakelijkheid, zoals dit tussen partijen inhoudelijk wordt gevoerd en door de rechter moet worden beoordeeld, naar voren wordt gehaald in het kader van de discussie over de doorbreking van de verjaring. Kennelijk dient de “feitenrechter” in dat kader niet alleen de feiten vast te stellen, doch ook de aansprakelijkheid en, nog een stap verder, de verwijtbaarheid van Maersk. In de literatuur (...) is hier kritische aandacht aan besteed (...) terwijl onder andere deze rechtbank en ook Hof Amsterdam (18 november 2008, LJN BH4147) genoegen hebben genomen met kennisneming van de stellingen van partijen en daarop een voorlopig oordeel hebben gebaseerd waarop natuurlijk kan worden teruggekomen door middel van een inhoudelijke beslissing dat niet tot inhoudelijke aansprakelijkheid, laat staan verwijtbaarheid, kan worden geconcludeerd. (...) Dit neemt dus niet weg, voor zover de kantonrechter toekomt aan beoordeling van de inhoudelijke stellingen van partijen over de aansprakelijkheid op grond van artikel 7:658 BW, dat uiteindelijk kan worden geoordeeld dat Maersk niet aansprakelijk is. Bijvoorbeeld omdat er geen blootstelling aan asbest is komen vast te staan of omdat Maersk haar zorgplicht niet heeft geschonden.

Deze laatste uitspraken van de Kantonrechter Rotterdam liggen het meest in de lijn van de conclusie van de Commissie-Hijma dat voorkomen moet worden dat de aansprakelijkheidsvraag en de verjaringskwestie teveel vertroebeld raken. De kantonrechter spreekt van een ‘voorlopig oordeel’ en een ‘inschatting’ ten aanzien van de mate van verwijtbaarheid, waarop kan worden teruggekomen bij de inhoudelijke beslissing over de aansprakelijkheid.

25. De Kantonrechter Roermond maakt uitdrukkelijk een koppeling tussen de aansprakelijkheid en de verwijtbaarheid in het kader van gezichtspunt c, zij het dat voor doorbreking van de verjaringstermijn meer nodig is dan verwijtbaarheid op zich (want: ook de andere gezichtspunten moeten bij dat oordeel worden betrokken). In deze uitspraak wordt uitdrukkelijk naar het advies van de Commissie-Hijma verwezen:

Kantonrechter Roermond 10 februari 2010, LJN BL3084: Indien er veronderstellenderwijs vanuit wordt gegaan dat sprake is van schending van de zorgplicht door de rechtsvoorgangster van Janssen De Jong zoals [eiser] stelt, dan is daarmee sprake van aansprakelijkheid. Met aansprakelijkheid is een zekere mate van verwijtbaarheid gegeven. Verwezen wordt ook naar productie 23 bij dupliek ("Advies over doorbreking van de verjaringstermijn en stelplicht en bewijslast voor aansprakelijkheid"), p. 25 e.v. Aansprakelijkheid en daarmee een zekere mate van verwijtbaarheid op zich is echter nog onvoldoende voor doorbreking van de verjaringstermijn.

26. Het Hof Den Bosch gaat in die koppeling verder: in het kader van gezichtspunt c wordt juist een *grote mate van schuld* aangenomen nu de aansprakelijkheid op grond van art. 7:658 BW kan worden gevestigd (en dat terwijl art. 7:658 BW de werkgever ook aansprakelijk houdt voor lichtere graden van verwijtbaarheid):

Hof Den Bosch 28 augustus 2012, LJN BX6042: Indien [Bouwmaatschappij] haar zorgplicht jegens [erflater] niet is nagekomen, is daarmee, mede gelet op het bepaalde in artikel 7:658 BW, de aansprakelijkheid van [Bouwmaatschappij] - en die van [Bouw] als rechtsopvolgster van [Bouwmaatschappij] - gegeven, nu niet is gesteld of gebleken dat sprake is geweest van opzet of bewuste roekeloosheid aan de zijde van [erflater]. In dit geval bestaat een grote mate van schuld, aangezien het blootstellen aan een stof die de dood tot gevolg heeft deze mate van schuld meebrengt. Het hof zal deelgrief IC betrekken bij de beoordeling van de tweede grief, die hierna, in de onderdelen 4.3 e.v. van dit arrest, aan de orde zal komen. Zoals uit die beoordeling blijkt, is, naar het oordeel van het hof, [Bouwmaatschappij] haar zorgplicht jegens [erflater] niet nagekomen.

Weliswaar preciseert het hof het verwijt (er is sprake van blootstelling aan een stof die de dood tot gevolg heeft), maar deze precisering is problematisch omdat het voor *alle* mesothelioomgevallen zou gelden.

27. Bij de beoordeling van de mate van verwijtbaarheid kan ook in aanmerking worden genomen of de functie van de betreffende werknemer een verhoogde kans op asbestblootstelling met zich bracht:

Kantonrechter Rotterdam 20 juli 2012, LJN BX6621: Hoewel er geen sprake is van een onomstotelijk causaal verband, wordt tot op zekere hoogte aannemelijk geacht dat [eiser] bij het uitvoeren van de werkzaamheden bij [gedaagde] is blootgesteld aan asbestdeeltjes waardoor mesothelioom is veroorzaakt. Gelet op de ten tijde van het dienstverband van [eiser] bekende risico's van asbest en gezien het feit dat [eiser] op grond van zijn taakomschrijving niet of nauwelijks met asbest in aanraking zou komen, is echter niet aannemelijk dat er sprake is van een schending van de zorgplicht. Er is daardoor geen of slechts een geringe mate van verwijtbaarheid aan de zijde van [gedaagde]. Dit pleit tegen het buiten toepassing laten van de verjaringsregel.

28. De Rechtbank en Kantonrechter Rotterdam benadrukken dat voor gezichtspunt c niet alleen een hoge mate van verwijtbaarheid relevant is maar dat voldoende kan zijn dat een werkgever, die behoorde te weten dat blootstelling aan asbest bepaalde gezondheidsrisico's met zich brengt, geen maatregelen treft:

Rechtbank Rotterdam 26 mei 2010, LJN BNo602 (en in gelijke zin Kantonrechter Rotterdam 22 oktober 2010, LJN BP8595): Uit hetgeen hiervoor onder C is overwogen, volgt dat Verolme kan worden verweten dat zij, hoewel zij vanaf ongeveer de jaren vijftig wist, althans behoorde te weten, dat aan de blootstelling aan asbest(stof) bepaalde gezondheidsrisico's waren verbonden, in de relevante periode (1953-1960) geen veiligheidsmaatregelen heeft genomen ter voorkoming van de bekend te veronderstellen gezondheidsrisico's. Hierdoor is [X] destijds blootgesteld geweest aan asbest(stof) en daardoor is de kans op mesothelioom in aanzienlijke mate verhoogd. Verolme heeft dus verwijtbaar gehandeld jegens [X]. (...) Anders dan Allianz is de rechtbank niet van oordeel dat voor gezichtspunt c alleen een hoge mate van verwijtbaarheid relevant is.

29. Dezelfde benadering is terug te vinden in twee arresten van het Hof Den Haag, waarin ten aanzien van asbestverwerkende bedrijven wordt overwogen dat een ernstige mate van verwijtbaarheid weliswaar niet vereist is voor doorbreking van de verjaring, maar in dat verband wel gewicht in de schaal legt:

Hof Den Haag 18 december 2012, NJF 2013/66 (en gelijkloidend NJF 2013/67): Vooropgesteld wordt dat voor de aansprakelijkheidsvraag als zodanig de vaststelling van de mate van verwijtbaarheid niet nodig is. Een ernstige mate van verwijtbaarheid is, anders dan verdedigd door Allianz, niet vereist voor een doorbreking van de verjaring, maar dit kan in dat verband wel gewicht in de schaal leggen. Het hof heeft (...) reeds de nodige overwegingen gewijd aan (de zorgplicht en) verwijtbaarheid. Dat behoeft hier niet te worden herhaald, maar is wel van belang voor dit gezichtspunt. (...) het hof is van oordeel dat hetgeen onder 5.2.2 en 5.2.3 is verwoord leidt tot de vaststelling dat sprake is van een zodanige mate van verwijtbaarheid dat dit in de totale weging gewicht in de schaal legt ten gunste van doorbreking van de verjaring.

30. Eenzelfde uitgangspunt wordt geformuleerd door de Kantonrechter Middelburg, die overigens ook onderstreept dat de vraag naar de verwijtbaarheid (in het kader van de doorbreking van de verjaring) een andere is dan de vraag naar aansprakelijkheid:

Kantonrechter Middelburg 4 juni 2012, LJN BW8716 (en gelijkloidend: 18 juni 2012, JA 2012/156): Hoe ernstiger het verwijt dat de aangesprokene in het bijzondere geval kan worden gemaakt, hoe meer dat er voor pleit om in het bijzondere geval de verjaringstermijn te doorbreken. (...) Onjuist is de opvatting dat voor doorbreking van de verjaring geen hogere mate van verwijtbaarheid mag worden verlangd dan vereist is voor de aansprakelijkheid. Voor aansprakelijkheid ex art. 7:658 BW (voorheen art. 1638x BW) kan een gering verwijt voldoende zijn. Maar wanneer de werkgever destijds slechts een gering verwijt trof, dan pleit dat er niet voor om nu, vijftig jaar later, de verjaring te doorbreken.

31. Verwijtbaarheid in lichte mate pleit dus niet voor doorbreking van de verjaringstermijn. In dit kader – en in een zeer beknopte overweging - de Rechtbank Almelo:

Rechtbank Almelo 13 oktober 2009, JA 2009/171: De kantonrechter heeft hiervoor overwogen omtrent de mate waarin Gorate wegens de besmetting tussen ongeveer 1964 en 1968 een verwijt kan worden gemaakt. Een rechtens relevant verwijt is er niet. Zo al van enig verwijt gesproken zou moeten worden, dan is dat zodanig gering dat ook dit gezichtspunt C niet ten gunste van ... mee kan wegen bij de meergenoemde vraag omtrent de aanvaardbaarheid van het beroep op verjaring.

32. Wanneer sprake is van een lichte noch ernstige mate van verwijtbaarheid, dan kan het als *neutraal* worden gewogen (en hangt het oordeel over de verjaring af van een weging van de andere gezichtspunten):

Kantonrechter Roermond 10 februari 2010, LJN BL3084: Aansprakelijkheid en daarmee een zekere mate van verwijtbaarheid op zich is (...) onvoldoende voor doorbreking van de verjaringstermijn. Verwezen wordt ook naar de conclusie van de advocaat-generaal Verkade bij het arrest van de Hoge Raad van 25 november 2005 (LJN AT8782), waarin deze overweegt dat een aangenomen verwijtbaarheid nu juist niet gelijkgesteld mag worden met een zodanige verwijtbaarheid dat daarvoor het belangrijke 30-jaars-

verjaringsregime moet wijken: anders heeft gezichtspunt C geen zin. Dat in aanmerking genomen stelt de kantonrechter vast dat [eiser] niet heeft gesteld dat bij Bouwbedrijf Bruns & Bonke sprake is geweest van opzet of bewuste roekeloosheid en evenmin zijn feiten of omstandigheden gebleken waaruit zo'n conclusie zou kunnen worden getrokken. In zoverre pleit het aangevoerde niet vóór doorbreking van de verjaringstermijn. (...) Een volgende vraag is of het door Janssen De Jong aangevoerde dan juist tegen doorbreking van de verjaringstermijn pleit. Op zichzelf voert Janssen De Jong relevante punten aan, maar nu deze punten niet nader met stukken of anderszins zijn onderbouwd, verbindt de kantonrechter er niet het gevolg aan dat slechts sprake is van een zodanig licht verwijt dat de verjaringstermijn niet zou mogen worden doorbroken. De kantonrechter komt tot het oordeel dat de mate van verwijtbaarheid in positieve noch negatieve zin veel gewicht in de schaal legt.

33. De Commissie-Hijma suggereert de theoretische mogelijkheid dat wanneer sprake is van (slechts) een lichte mate van verwijtbaarheid alsnog de verjaringstermijn kan worden doorbroken op grond van weging van de andere gezichtspunten.¹⁰ De actuele (gepubliceerde) rechtspraak bevestigt dit niet. Uit ruim 20 bestudeerde recente uitspraken blijkt dat telkens wanneer de rechter uitdrukkelijk overweegt dat er van een verwijt geen sprake is, of slechts in lichte mate (bijvoorbeeld omdat er geen sprake is van een asbestproducerend of -verwerkend bedrijf), het beroep op verjaring wordt gehonoreerd. En steeds wanneer sprake is van een ernstig verwijt of van een zodanig verwijt dat dit gewicht in de schaal legt ten gunste van doorbreking van de verjaringstermijn, wordt de termijn ook doorbroken. Dit doet vermoeden dat de beoordeling van de mate van verwijtbaarheid – die de vraag naar aansprakelijkheid natuurlijk raakt – correleert met de uitkomst van de gezichtspuntenafweging en in die afweging dus wèl van belang is.

2.4.2. Bedrijven die niet tot de asbestproducerende of -verwerkende industrie behoorden

34. In het advies van de Commissie-Hijma worden in het kader van de aangesproken werkgevers die slechts een *licht verwijt* kunnen worden gemaakt ten aanzien van de blootstelling aan asbest de bedrijven genoemd wier werkzaamheden in de kern niet asbestgerelateerd waren maar waar bij gelegenheid wel eens van blootstelling aan asbest sprake kon zijn.¹¹ Het feit dat deze bedrijven niet tot de asbestproducerende of -verwerkende industrie behoorden, weegt in de rechtspraak inderdaad mee in de beoordeling van de mate van verwijtbaarheid:

Kantonrechter Rotterdam 17 februari 2009, NJF 2009/155: In dit verband betoogt Maersk terecht dat het beroep dat eiseres doet op diverse door haar aangehaalde arresten, dit steeds arresten zijn aangaande bedrijven die werkzaam waren in de asbestverwerkende industrie, terwijl Maersk een rederij is. Zonder nadere onderbouwing van deze stelling valt niet in te zien waarin Maersk tekort is geschoten.

En vervolgens in hoger beroep:

Hof Den Haag 25 januari 2011, LJN BP1109: Allereerst wordt opgemerkt dat voor de aansprakelijkheidsvraag als zodanig de vaststelling van de mate van verwijtbaarheid niet nodig is. Op zich is een ernstige mate van verwijtbaarheid niet vereist voor een doorbreking van de verjaring, maar dit kan in dat verband wel gewicht in de schaal leggen.(...)

Indien veronderstellenderwijs wordt uitgegaan van de door [appellante] gestelde, maar door Maersk betwiste, arbeidsomstandigheden (...) is er naar het oordeel van het hof geen sprake van een zodanige ernstige mate van verwijtbaarheid dat dit in de totale weging gewicht in de schaal legt ten gunste van

¹⁰ Zie rapport Commissie-Hijma onder punt 64 en 77.

¹¹ Zie rapport Commissie-Hijma onder punt 67 en 76.

de doorbreking van de verjaring. Het hof heeft daarbij in aanmerking genomen dat door Maersk in dit geding onweersproken is gesteld dat het destijds nog niet gebruikelijk was ten aanzien van asbest veiligheidsmaatregelen te treffen, zelfs niet in de asbestverwerkende industrie. In dat licht is van belang dat, wat eveneens onweersproken is, een reder als SMN niet tot de asbestproducerende of asbestverwerkende industrie behoorde. Bij deze stand van zaken had van [appellante] een nadere onderbouwing van de ernst van het verwijt mogen worden verwacht (vgl. conclusie AG-Spier sub 5.16.3 bij HR 20 oktober 2000 (LJN AA7688)).

Rechtbank Almelo 13 oktober 2009, JA 2009/171: De kantonrechter is het wat de eventuele schending van de zorgplicht van Gorate jegens ... betreft, eens met het standpunt van de werkgeefster en grotendeels op de gronden zoals deze door haar zijn genoemd. Van belang is dat Gorate geen asbestproducent was en is, zoals Eternit dat wel was in die tijd. (...) Er was destijds in de bouwwereld niets of te weinig bekend omtrent de gevaren van werken met asbestproducten, om aanvullende veiligheidsmaatregelen van de werkgeefster te kunnen verlangen. (...) Een rechtens relevant verwijt is er niet. Zo al van enig verwijt gesproken zou moeten worden, dan is dat zodanig gering dat ook dit gezichtspunt C niet ten gunste van ... mee kan wegen bij de meergenoemde vraag omtrent de aanvaardbaarheid van het beroep op verjaring.

Hof Amsterdam 15 december 2009, LJN BL3708 en Hof Amsterdam 19 januari 2010, LJN BL3742: Aangenomen dat GTI inderdaad te verwijten valt hetgeen [appellante] stelt, zijn geen feiten en/of omstandigheden aangevoerd of gebleken die leiden tot het oordeel dat sprake is van een hoge mate van verwijtbaarheid, waarbij het hof mede in aanmerking neemt dat GTI - en haar in 4.1 genoemde rechtsvoorganger - als niet asbestproducerend, niet asbestverwerkend bedrijf niet een onderneming exploiteerde die zich intensief met asbest of asbestverwerking bezig hield.

35. Deze uitspraken onderstrepen de door de Commissie-Hijma gesuggereerde mogelijkheid dat ook de Hoge Raad bij het formuleren van gezichtspunt c kan hebben gedacht aan kleine werkgevers die hun werknemers slechts sporadisch met asbest hebben laten werken en zelf dus geen professionele en gespecialiseerde asbestproducenten of –verwerkers zijn. In dergelijke gevallen mag een nadere onderbouwing van de ernst van het verwijt worden verwacht.

2.4.3. Asbestproducerende of -verwerkende bedrijven

36. Omgekeerd blijkt dat in de rechtspraak een hogere mate van zorgvuldigheid wordt verlangd van, en dus eerder ernstiger verwijtbaarheid wordt aangenomen bij, asbestproducerende of –verwerkende bedrijven. Het gaat er steeds om of binnen de maatschappelijke kring waartoe de werkgever behoort, bekend moet worden geacht dat aan een bepaalde activiteit of aan het werken met asbest gevaren voor de gezondheid zijn verbonden en er dus maatregelen gevergd kunnen worden ter voorkoming van schade.¹² Aan asbestproducerende of –verwerkende bedrijven zou dus eerder een ernstig verwijt kunnen worden gemaakt ten aanzien van het ontstaan van schade. Illustratief zijn de arresten van het Hof Den Haag, dat ten aanzien van gezichtspunt c overweegt:

Hof Den Haag 18 december 2012, NJF 2013/66 en NJF 2013/67 (beide gelijkkluidend): Het hof heeft daarbij mede in aanmerking genomen dat juist waar in de jaren '50 en '60 in de scheepsbouw veelvuldig met asbest werd gewerkt (...) er gezien de verontrustende signalen uit de medische wetenschap voor [Wilton Fijenoord/RDM] als asbestverwerkend bedrijf aanleiding bestond maatregelen ter voorkoming van de blootstelling van haar personeel aan asbest te treffen. (...) gesteld noch gebleken is dat [Wilton

¹² HR 17 februari 2006, NJ 2007/285 (Van Buuren/Heesbeen), r.o. 3.7 e.v.

Fijenoord/RDM] enige aandacht voor het effectief voorkomen van de dreigende asbest-problematiek heeft gehad.

37. Het argument dat de werkgever geen verwijt treft omdat hij voor 1969 niet bekend hoefde te zijn met de gevaren van asbest voor het krijgen van mesothelioom gaat dus niet op. Aan aansprakelijkheid staat niet in de weg dat de werkgever niet bekend hoefde te zijn met de specifieke ziekte mesothelioom (maar dus wel met andere ernstige ziekten die door asbest kunnen worden veroorzaakt); dit is ook naar het oordeel van de Commissie-Hijma voor de verwijtbaarheid (gezichtspunt c) niet anders.¹³ Het Hof Den Haag acht het in de zojuist geciteerde arresten verwijtbaar dat deze asbestverwerkende bedrijven in de jaren '50 (nog) geen maatregelen hadden getroffen ter voorkoming van schade, terwijl de verontrustende signalen in de medische wetenschap hiertoe wel aanleiding zouden hebben gegeven.

2.4.4. Conclusies t.a.v. gezichtspunt c

38. Hoewel de vraag naar de mate van verwijtbaarheid in het kader van de doorbreking van de *verjaring* strikt genomen een andere is dan in het kader van de *vestiging van aansprakelijkheid*, blijken deze twee vragen wel nauw met elkaar verweven. In een aantal uitspraken wordt dan ook bij de behandeling van gezichtspunt c verwezen naar hetgeen eerder over de aansprakelijkheid en de zorgplicht is overwogen. Rechteren lijken echter verdeeld over de vraag of met de aansprakelijkheid ook een zodanige mate van verwijtbaarheid is gegeven dat dit pleit voor doorbreking van de verjaring.¹⁴ Duidelijk is dat een *ernstige* mate van verwijtbaarheid niet vereist is (maar wel gewicht in de schaal legt) voor doorbreking van de verjaring.
39. Voor het antwoord op de vraag wanneer sprake is van een zodanige mate van verwijtbaarheid dat deze gewicht in de schaal legt ten gunste van de doorbreking van de absolute verjaringstermijn, zal het aankomen op de vraag of de aangesproken werkgever in de periode waarin de werknemer werd blootgesteld aan asbest wist of behoorde te weten dat dit grote risico's voor de gezondheid met zich bracht en dus veiligheidsmaatregelen moest treffen. Daarbij is volgens de rechtspraak van belang of de aangesproken werkgever tot de asbestproducerende of -verwerkende industrie behoorde en ook welke functie de werknemer bij de aangesproken werkgever bekleedde.
40. De Commissie-Hijma is van oordeel dat gezichtspunt c nauwelijks van gewicht is, of: zou moeten zijn, en dat onnodig veel tijd en energie wordt gestoken in een debat over deze factor. De gepubliceerde recente rechtspraak doet echter vermoeden dat de mate van verwijtbaarheid wel een factor van belang is: de mate van verwijtbaarheid lijkt ook te correleren met de uitkomst van de gezichtspuntenafweging (wel of geen doorbreking van de absolute termijn bij een hoge respectievelijk lage mate van verwijtbaarheid). In de

¹³ Zie over de aansprakelijkheid voor het nog onbekende specifieke gevaar van mesothelioom HR 6 april 1990, NJ 1990/573 (Janssen/Nefabas) en HR 25 juni 1993, NJ 1993/686, JAR 1993/176 (Cijssouw/De Schelde).

¹⁴ De eensgezindheid die Smeehuijzen zijn dissertatie uit 2008 onder de feitenrechtters bespeurde ('als de aansprakelijkheid gegeven is, is ook gegeven dat een grote mate van schuld bestaat'), is dus in de actuele gepubliceerde rechtspraak niet waarneembaar. Vgl. J.L. Smeehuijzen, *De bevrijdende verjaring* (diss. VU Amsterdam), Deventer: Kluwer 2008, p. 260.

bestudeerde uitspraken worden in de meeste gevallen dan ook relatief veel overwegingen aan dit gezichtspunt gewijd. Denkbaar is niettemin ook dat de rechter probeert zijn oordeel over doorbreking van de verjaringstermijn ‘rond te maken’ door, wanneer eenmaal tot doorbreking is besloten, ook de verwijtbaarheid in de motivering te betrekken.

2.5. Gezichtspunt d: moest de aangesprokene met deze claims rekening houden?

41. Gezichtspunt d betreft de vraag in hoeverre de aangesprokene al vóór het verstrijken van de verjaringstermijn rekening heeft gehouden – of had behoren te houden – met de mogelijkheid dat hij voor de schade aansprakelijk zou worden gehouden. Volgens Smeehuijzen is deze factor *van wezenlijke betekenis*, omdat een van de bestaansredenen van de absolute termijn is dat de debiteur na verloop van lange tijd zijn vermogen niet meer op nakoming van de vordering heeft ingesteld.¹⁵ Het gaat er dus om of de aangesprokene voor of tijdens de looptijd van de verjaringstermijn al met mogelijke aansprakelijkheid rekening had moeten houden.
42. Vaak wordt in dit verband verwezen naar de publicatie van het proefschrift van Stumphius in 1969: vanaf dat moment was het verband tussen asbest en mesothelioom bekend:

Rechtbank Rotterdam 29 september 2010, LJN BO2658 (en gelijkloidend Rechtbank Rotterdam 6 oktober 2010, LJN BO4042 en Kantonrechter Rotterdam 22 oktober 2010, LJN BP8595): Hierbij dient mede in aanmerking te worden genomen dat – gelet op de publicatie van het proefschrift van dr. J. Stumphius uit 1969 – het verband tussen asbest en mesothelioom sedert 1969 bekend was (zodat vanaf 1969 mogelijk relevant bewijsmateriaal had kunnen worden vastgelegd en/of bewaard) en dat al vrij lang vóór 30 juni 1994 in de rechtspraak was aanvaard dat bij niet-inachtneming van een veiligheidsvoorschrift de overtreders aansprakelijk is voor de schade, ook al manifesteert deze zich op een wijze die niet voorzienbaar was.

Kantonrechter Middelburg 18 juni 2012, JA 2012/156: Anderzijds was tijdens het dienstverband van [B] niet te voorzien dat De Schelde ook aansprakelijk zou worden gehouden voor nog niet bekende gevaren van asbest, zoals het gevaar mesothelioom als een primair gevolg van asbestblootstelling. In het bijzonder was de lange latentietijd van die ziekte niet bekend. Eerst vanaf 1964 kon De Schelde rekening gaan houden met aansprakelijkheid wegens dit risico van asbestblootstelling. Vanaf 1969 moest De Schelde dit doen. (...) In ieder geval heeft De Schelde ruim vóór het verstrijken van de verjaringstermijn rekening gehouden of behoren te houden met de mogelijkheid dat zij aansprakelijk zou zijn voor de asbestziekte, die zich later bij [B] heeft geopenbaard. Daarom pleit gezichtspunt d) in dit geval vóór het doorbreken van de verjaringstermijn.

Hof Den Haag 12 maart 2013 (niet gepubliceerd): In de periode tot 1967 had het Verolme op grond van inmiddels verschenen publicaties – waaronder het proefschrift van Stumphius in 1969 – immers duidelijk kunnen zijn dat zij in de periode in geding niet had voldaan aan de verplichting beschermende maatregelen te treffen. Zeker in 1988, derhalve vóór 1990, toen de asbestregelgeving op Europees niveau geïmplementeerd werd in het Asbestbesluit Arbeidsomstandighedenwet, had dit Verolme duidelijk kunnen zijn en had zij alsnog kunnen zorgen voor toereikende documentatie. Indien Verolme dit niet heeft gedaan, vormt dit geen factor ten voordele van Verolme en dus van Allianz.

¹⁵ J.L. Smeehuijzen, ‘Naar een scherpere gezichtspuntencatalogus bij verjaring van asbestzaken’, AV&S 2005-10, p. 56-57. Zie ook J.L. Smeehuijzen, *De bevrijdende verjaring* (diss. VU Amsterdam), Deventer: Kluwer 2008, p. 261.

43. In het kader van gezichtspunt d kan het voorts in het nadeel van de aangesprokene pleiten dat deze gedurende de looptijd van de verjaringstermijn al eerder is aangesproken in een soortgelijk schadegeval. In dat geval had de werkgever dan ook met mogelijke andere aanspraken rekening moeten houden vóórdat de verjaringstermijn zou verlopen:

Rechtbank Middelburg 15 januari 2009, NJF 2009/313: Uitgaande van een verjaringstermijn van 30 jaar, welke aanvang in maart 1967 dient in het kader van dit gezichtspunt beoordeeld te worden of De Schelde vóór maart 1997 rekening had moeten houden met de mogelijkheid dat zij voor de onderhavige schade aansprakelijk zou zijn. (...) Voorts wordt daarbij in aanmerking genomen dat De Schelde ruim vóór maart 1997 reeds daadwerkelijk door een aantal (oud-)werknemers aansprakelijk is gesteld in verband met de ziekte mesothelioom.

Kantonrechter Almelo 13 oktober 2009, JA 2009/171: ... heeft niet weersproken dat Gorate volgens haar stelling voor 1998, het einde van de verjaringstermijn van dertig jaar, niet eerder is aangesproken door een werknemer terzake asbestblootstelling. Evenmin heeft ... gesteld of aannemelijk gemaakt dat voor 1998 bij andere, soortgelijke bouwbedrijven dit soort aansprakelijkheidsstellingen hebben plaatsgevonden, waardoor het in de branche van bouwbedrijven bekend had moeten zijn dat er claims zouden kunnen komen wegens besmetting als gevolg van werken met asbestgolfplaten van Eternit op de wijze zoals dat bij Gorate gebeurde toen ... er nog werkte.

Hof Den Bosch 18 december 2012, LJN BY7010: [geïntimeerde pro sé en handelend als erfgename van haar overleden echtgenoot] heeft er terecht op gewezen dat De Schelde al voor 1997 in rechte tot schadevergoeding is aangesproken door andere werknemers die leden aan mesothelioom. De Schelde kon en moest er dus rekening mee houden dat nog meer werknemers, onder wie [echtgenoot van geïntimeerde] op enig moment (en gelet op de aard van de aandoening ook nog verder terug in de tijd) zouden worden gediagnosticeerd met mesothelioom en De Schelde voor de daaruit voortvloeiende schade aansprakelijk zouden houden.

44. Het gaat volgens de Kantonrechter Roermond niet eens zozeer om de vraag of deze werkgever eerder is aangesproken; ook de maatschappelijke commotie rondom asbest kan een omstandigheid zijn op grond waarvan de aangesprokene moet hebben beseft dat hij mogelijk zou worden aangesproken:

Kantonrechter Roermond 10 februari 2010, LJN BL3084: De kantonrechter volgt [eiser] in zijn standpunt, dat de maatschappelijke commotie rondom asbest halverwege de jaren negentig al zodanig was dat het Janssen De Jong moet hebben doen beseffen dat er vorderingen konden worden ingesteld. Als onweersproken staat namelijk vast dat bij haar rechtsvoorgangster werknemers werden blootgesteld aan asbest en dat in het geheel geen veiligheidsmaatregelen waren getroffen, terwijl in elk geval na 1969 niet alleen de relatie tussen asbest en asbestose alsook longkanker bekend was, maar ook de relatie met mesothelioom. (...) Dat zij niet eerder door (ex-)werknemers is aangesproken legt geen gewicht in de schaal. Dit gezichtspunt raakt de kern van het bestaan van de verjaringstermijn en de afweging in dit geval pleit voor doorbreking van de verjaringstermijn.

45. De vraag of de aangesprokene al vóór het verstrijken van de verjaringstermijn rekening heeft gehouden – of had behoren te houden – met de mogelijkheid dat hij voor de schade aansprakelijk zou worden gehouden, hangt ook samen met de vraag of de aangesprokene een asbestproducerend- of verwerkend bedrijf is:

Kantonrechter Rotterdam 17 februari 2009, NJF 2009, 155: Eiseres heeft zich in dit verband mede beroepen op het proefschrift van Dr. Stumphius (...). Zowel het proefschrift zelve als de door eiseres overgelegde krantenartikelen als productie 23 bij de conclusie van repliek, hadden betrekking op de asbestverwerkende industrie, terwijl Maersk een rederij is en derhalve niet tot die categorie behoort. Niet valt in te zien waarom Maersk erop bedacht (...) diende te zijn dat zij aansprakelijk zou worden gesteld door mogelijke mesothelioomslachtoffers. Ook de stelling van eiseres dat het haar bekend is dat ook voor 1997 oud werknemers van Maersk haar aansprakelijk hebben gesteld wegens asbestziekten

kan — als verder niet onderbouwd — niet in haar voordeel werken. Ook dit gezichtspunt leidt naar het oordeel van de kantonrechter niet tot een argument voor doorbreking van de verjaringstermijn.

En in hoger beroep:

Hof Den Haag 25 januari 2011, LJN BP1109: Als er van zou worden uitgegaan, zoals [appellante] stelt en Maersk gemotiveerd betwist, dat Maersk (of een van haar voorgangsters) reeds vóór het verstrijken van de verjaringstermijn in 1997, rekening had behoren te houden met de mogelijkheid dat zij voor de schade van [erflater] aansprakelijk zou zijn, omdat in die periode bij haar bekend was of had moeten zijn dat de blootstelling van [erflater] aan asbest een risico vormde voor zijn gezondheid dan weegt dit aspect in de totale weging mee ten gunste van de doorbreking van de verjaring.

Hof Amsterdam 15 december 2009, LJN BL3708: In zijn algemeenheid kan worden gesteld dat bij ondernemingen die in het verleden asbest gerelateerde activiteiten hebben verricht, het besef dat (toekomstige) schadevergoedingsvorderingen van (voormalige) werknemers te verwachten zijn reeds jaren geleden moet zijn doorgedrongen, maar onder de gegeven omstandigheden had het op de weg van [appellante] gelegen om tegenover de betwisting van [geïntimeerde] relevante feiten en omstandigheden aan te dragen ter onderbouwing van haar stelling, hetgeen zij evenwel heeft nagelaten.

46. In dit laatste arrest van het Hof Amsterdam van 15 december 2009 verweert de werkgever zich met het argument dat hij niet op mogelijke aansprakelijkstellingen kon rekenen en is die stelling in hoger beroep onbetwist gebleven, zodat deze 'slag' door het bedrijf gewonnen is: eiseres had volgens de rechter moeten aangeven dat het bedrijf dat wel degelijk kon verwachten, nu het bedrijf niet tot de asbestproducerende- of verwerkende ondernemingen behoorde.¹⁶

47. Ook de functie die het slachtoffer bij de aangesproken werkgever had kan meespelen in de beoordeling of de aangesprokene al vóór het verstrijken van de verjaringstermijn rekening heeft gehouden – of had behoren te houden – met de mogelijkheid dat hij voor de schade aansprakelijk zou worden gehouden:

Kantonrechter Rotterdam 20 juli 2012, LJN BX6621: Uit het voorgaande volgt dat [gedaagde] al vele jaren geleden een risico-inventarisatie had kunnen maken van mogelijke asbestaansprakelijkheid. Het ligt echter niet voor de hand dat bij een dergelijke inventarisatie ook de functie van [eiser] is of zou zijn meegenomen. Hij kwam op basis van zijn functie als bediende in beginsel immers niet met asbest in aanraking. Het is dan ook begrijpelijk dat [gedaagde] niet in een eerder stadium heeft proberen te achterhalen of, en zo ja, in welke mate [eiser] (een werknemer die al 47 jaar uit dienst was) tijdens zijn dienstverband aan asbest is blootgesteld. Dit punt pleit daarom voor toepassing van de verjaringsregel.

48. Ten aanzien van gezichtspunt d kan worden geconcludeerd dat het een weinig problematische factor is in de afweging ten aanzien van de doorbreking van de verjaring. De rechtspraak lijkt over invulling van dit gezichtspunt minder verdeeld dan over de eerder behandelde gezichtspunten. Vrij snel kan namelijk worden aangenomen dat de aangesprokene al vóór het verstrijken van de verjaringstermijn rekening heeft gehouden of had behoren te houden met mogelijke aansprakelijkheid ter zake van mesothelioom. Van belang is hierbij dus:

- dat sinds 1969 het verband tussen asbest en mesothelioom bekend is (proefschrift Stumphius);

¹⁶ Zie over deze uitspraak ook E.H. Hulst, 'De verjaring van mesothelioom: asbest op zijn slechtst?', *TGMA* 2012-3, p. 18-20.

- dat de maatschappelijke commotie rondom asbest halverwege de jaren negentig zodanig was dat dit (vóór het einde van de verjaringstermijn) leidde tot een toenemend besef dat er vorderingen konden worden ingesteld;
- of de aangesprokene gedurende de looptijd van de verjaring reeds door andere werknemers is aangesproken voor schade door blootstelling aan asbest;
- of de aangesproken werkgever een asbestproducerend- of verwerkend bedrijf is;
- welke functie de gelaedeerde vervulde binnen het bedrijf.

2.6. Gezichtspunt e: de mogelijkheid voor de aangesprokene om zich te verweren

49. Een volgend gezichtspunt is de vraag of de aangesprokene naar redelijkheid nog de mogelijkheid heeft om zich tegen de vordering te verweren (factor e). Smeehuijzen ziet in deze vraag een factor van ‘principiële betekenis’:

“Stel dat het antwoord ‘nee’ is. De logica dwingt dan toch het ook niet meer te hebben over, bijvoorbeeld, de mate waarin de gebeurtenis de aangesprokene kan worden verweten? Wij hadden immers net geconstateerd dat hij zich niet meer kan verweren – derhalve ook niet tegen de aantijging dat hem een ernstig verwijt treft. Na gezichtspunt ‘e’ weten wij dus genoeg: een beroep op de verjaring is niet naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar.”¹⁷

50. Eerder stelde Smeehuijzen in zijn dissertatie dat gezichtspunt e waarschijnlijk bij uitzondering een beletsel voor doorbreking van de absolute termijn vormt:

"Niettegenstaande de principiële betekenis van gezichtspunt e, vormt het in de asbestzaken waarschijnlijk bij uitzondering een beletsel voor doorbreking van de absolute termijn, omdat, zoals hiervoor al werd opgemerkt, de relevante feiten in asbestzaken de tand des tijds uitzonderlijk goed weerstaan."¹⁸

51. In de actuele rechtspraak zijn gelijklopende overwegingen terug te zien ten aanzien van de betekenis van gezichtspunt e:

Hof Amsterdam 15 december 2009, L/JN BL3708: Met de kantonrechter erkent het hof de principiële betekenis van het antwoord op de vraag of de aangesprokene naar redelijkheid nog de mogelijkheid heeft zich tegen de vordering te verweren. Echter, dit brengt, anders dan de kantonrechter kennelijk meent, niet zonder meer mee dat het enkele feit dat gedaagde niets uit eigen wetenschap kan verklaren over de werkomstandigheden van eiser reeds een beletsel vormt voor doorbreking van de verjaringstermijn. Van belang is immers of de feiten nog met voldoende mate van zekerheid zijn vast te stellen. Daartoe is niet steeds vereist dat de aangesprokene uit een eigen bewijsarsenaal kan putten. Het is immers mogelijk dat de bewijsvoering door eiser in een concreet geval geen of weinig ruimte voor twijfel laat. Hiervan is echter in het onderhavige geval geen sprake.

Kantonrechter Roermond 10 februari 2010, L/JN BL3084: Ook dit gezichtspunt is naar het oordeel van de kantonrechter één die van essentieel belang is, omdat het de kern van het bestaan van een verjaringstermijn raakt: men hoort beschermd te worden tegen vorderingen waartegen men zich door tijdsverloop niet meer kan verweren. De kantonrechter acht die situatie echter niet aan de orde (...).

Kantonrechter Leeuwarden 13 november 2009, JA 2010/18: De kantonrechter begrijpt dat de Hoge Raad gezichtspunt e) heeft opgenomen, omdat, indien de daarin geformuleerde vraag ontkennend moet worden beantwoord, de daaraan te verbinden conclusie in redelijkheid slechts kan zijn dat de vordering

¹⁷ J.L. Smeehuijzen, noot bij Hof Amsterdam 15 december 2009, L/JN BL3708, TvP 2010-2, p. 51.

¹⁸ J.L. Smeehuijzen, *De bevrijdende verjaring* (diss. VU Amsterdam), Deventer: Kluwer 2008, p. 261-262.

niet meer kan worden beoordeeld, hetgeen meebrengt dat er bij een ontkennende beantwoording geen grond is om een beroep op verjaring naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar te achten. Gelet hierop beschouwt de kantonrechter het verweer van Pranger-Rosier, dat zij niet naar redelijkheid nog de mogelijkheid heeft zich tegen de vordering te verweren, als het meest verstrekkend.

52. De Kantonrechter Leeuwarden oordeelt in deze laatste uitspraak dat de gedaagde niet naar redelijkheid nog de mogelijkheid heeft om zich tegen de vordering te verweren en laat een verdere bespreking van de door de Hoge Raad geformuleerde gezichtspunten achterwege. Dit is opvallend, omdat de Hoge Raad in 2005 nog een ongewijzigde handhaving van de gezichtspuntencatalogus voorstond.¹⁹

53. Ook in een uitspraak waarin het niet om werkgeversaansprakelijkheid draaide is het belang van gezichtspunt e door de rechter onderstreept:

Rechtbank Rotterdam 8 juli 2009, LJN BL1548: Gezichtspunt e is in het kader van een beroep op verjaring in beginsel van bijzonder belang, gelet op de ratio van het instituut verjaring.

54. Smeehuijzen sluit niet uit dat rechters zich in toenemende mate de vrijheid zullen permitteren hun oordeel te stoelen op een beperkter aantal omstandigheden dan de gezichtspuntencatalogus dicteert en noemt daarbij in het bijzonder gezichtspunt e.²⁰ Hij juicht het toe dat in de hierboven geciteerde uitspraak van het Hof Amsterdam van 15 december 2009 de principiële betekenis van het gezichtspunt wordt onderstreept, omdat dan duidelijk wordt waar voor deze beslissing het zwaartepunt zit.

2.7. Gezichtspunt f: aansprakelijkheid gedekt door een verzekering?

55. Dan gezichtspunt f, oftewel de vraag of de aansprakelijkheid (nog) door verzekering is gedekt. Smeehuijzen benadrukt in 2005 dat dit gezichtspunt – gelet op de ratio van de absolute termijn – van betekenis kan zijn: voorstelbaar is dat de vraag naar de verzekering in combinatie met andere factoren betekenis toekomt in die zin dat een rechter een zaak tegen de verzekerde erfgenamen van een zelfstandige asbestverwerkende werkgever anders zou moeten beoordelen dan diezelfde zaak tegen de onverzekerde erfgenamen van een zelfstandige asbestverwerkende werkgever voor wie de veroordeling tot schadevergoeding ernstige financiële problemen teweegbrengt. Smeehuijzen ziet dit gezichtspunt dan ook als een uitwerking van het verjaringsrechtelijke motief dat wie zijn vermogenspositie niet meer op nakoming heeft ingericht, bescherming behoeft.²¹

56. Dan nu de vraag of aan het verzekeringsargument enig gewicht toekomt bij de gezichtspuntenafweging. In verreweg de meeste uitspraken wordt geoordeeld dat dekking door een aansprakelijkheidsverzekering duidelijk meeweegt ten gunste van de doorbreking van de verjaring. Dit ligt ook het meest voor de hand: gezichtspunt f behoort tot de gezichtspunten die betrekking hebben op de consequenties van het doorbreken

¹⁹ HR 25 november 2005, NJ 2009/103 m.nt. Giesen (Eternit/Horsting).

²⁰ J.L. Smeehuijzen, noot bij Hof Amsterdam 15 december 2009, LJN BL3708, TvP 2010-2, p. 50-51.

²¹ J.L. Smeehuijzen, 'Naar een scherpere gezichtspuntencatalogus bij verjaring van asbestzaken', AV&S 2005-10, p. 57.

van de verjaring voor de aangesproken persoon, en deze zijn veel minder zwaar wanneer de aansprakelijkheid door een verzekering gedekt is.

57. Interessant zijn dus de gevallen waarin de (eventuele) aansprakelijkheid niet door een verzekering gedekt is. In zijn noot onder Eternit/Horsting concludeert Giesen dat het lastig te duiden is wat de Hoge Raad heeft gewild (als er al een keuze is gemaakt) maar hij doet een voorzichtige poging om het uitgangspunt te formuleren:

“Men zou hiervoor m.i. het volgende kunnen lezen: het gegeven dat Eternit onverzekerd zou zijn, kan op zichzelf beschouwd gezien worden als een onvoldoende reden om het beroep op verjaring alsnog te honoreren, maar dat moet dan wel nader onderbouwd worden. Ofwel: als de gedaagde onverzekerd is, is dat op zich reden om het verjaringsberoep wél te honoreren, tenzij de rechter goede gronden kan aanvoeren om dat toch anders te zien. Ik lees dit derhalve, hoewel aarzelend, als de boodschap dat als de gedaagde niet verzekerd blijkt, doorbreking van de verjaring in beginsel niet aan de orde is. Daarmee is gezichtspunt (f), zo lijkt het — maar nogmaals, ik blijf voorzichtig — toch wel iets belangrijker geworden dan we tot nu toe meenden.”²²

58. In sommige uitspraken valt terug te zien dat de weegschaal dan ook de andere kant op slaat indien de aangesprokene niet verzekerd blijkt:

Kantonrechter Almelo 25 augustus 2009, JA 2009/170: Een eventueel toe te kennen vergoeding voor met name immateriële schade zou niet meer aan hem ten goede kunnen komen. Op zich hoeft zulks aan toewijzing van een vordering terzake niet in de weg te staan, doch in de sleutel van de beoordeling van een verjaringsberoep is het een omstandigheid die bijdraagt aan de vaststelling dat het beroep op verjaring niet per se onaanvaardbaar is. Daarenboven is van belang dat Permess heeft gesteld, hetwelk door de erven niet, althans niet voldoende gemotiveerd is betwist, dat zij voor de schade waar de erven aanspraak op maken niet verzekerd is.

Hof Den Haag 25 januari 2011, LJJN BP1109: De omstandigheid dat er geen verzekering is tegen de onderhavige vordering is, als gezichtspunt, van belang bij de beoordeling van het door Maersk gedane beroep op verjaring. Maersk heeft onvoldoende weersproken gesteld dat er voor haar (respectievelijk haar rechtsvoorgangers) geen reden was zich tegen de aansprakelijkheid van asbestblootstelling te verzekeren, dat asbestclaims voor haar (respectievelijk haar rechtsvoorgangers) branchevreemd waren, dat zij (respectievelijk haar voorgangers) geen reservering heeft gedaan voor mogelijke asbestclaims en dat zij niet over voldoende middelen beschikt om alle inmiddels verjaarde vorderingen van voormalige werknemers van SMN te vergoeden. Het niet verzekerd zijn tegen de onderhavige vordering legt in de totale weging geen gewicht in de schaal ten gunste van de doorbreking van de verjaring.

In het arrest van het Hof Den Haag hangt een en ander samen met de omstandigheid dat de werkgever niet tot de (typische) asbestproducerende- of verwerkende bedrijven behoorde.

59. In een uitspraak van de Kantonrechter Rotterdam blijkt ook relevant of de onverzekerde aangesprokene in financiële problemen zou kunnen komen wanneer deze voor de schade zou moeten opdraaien:

Kantonrechter Rotterdam 20 juli 2012, LJJN BX6621: [eiser] heeft niet betwist dat [gedaagde] geen beroep (meer) kan doen op een verzekering. De vordering is echter niet van zodanige omvang dat bij toewijzing hiervan de multinational [gedaagde] door het ontbreken van een verzekering in financiële problemen zou kunnen worden gebracht. Dit punt wordt daarom als neutraal meegewogen.

²² Zie onder punt 16 van de noot bij HR 25 november 2005, NJ 2009, 103 m.nt. Giesen (Eternit/Horsting).

60. Dat eventuele aansprakelijkheid niet door een aansprakelijkheidsverzekering van de gedaagde is gedekt, laat de mogelijkheid onverlet dat de aangesprokene (aanzienlijke) verzekeringspremies bespaart en wellicht zelfstandig al bepaalde reserveringen heeft gedaan. Dit overweegt de Rechtbank Rotterdam ten aanzien van de mogelijke aansprakelijkheid van Eternit:

Rechtbank Rotterdam 6 oktober 2010, LJN BO4042: Niet in geschil is dat de eventuele aansprakelijkheid van Eternit niet door een verzekering is gedekt. Dat als gevolg van het niet verzekerd zijn van Eternit enige vergoeding van schade door Eternit voor haar eigen rekening c.q. ten laste van haar eigen vermogen komt, spreekt voor zich maar dat kan naar het oordeel van de rechtbank niet bij dit gezichtspunt worden betrokken. Niet vergeten moet immers worden dat Eternit zich, doordat zij niet verzekerd is, aanzienlijke verzekeringspremies bespaart. Voorts is niet gesteld of gebleken dat Eternit onvoldoende (financiële) middelen heeft om de aanspraken van [eiseres] op te vangen. Aangezien de onderhavige zaak, gelet ook op de door partijen in het geding gebrachte jurisprudentie, niet de enige zaak is waarin Eternit door (de nabestaanden van) een slachtoffer van mesothelioom wordt aangesproken, acht de rechtbank het niet ondenkbaar dat Eternit voor eventuele uit te keren schadevergoedingen bepaalde reserveringen heeft gemaakt. Bovendien had Eternit verzekeringspremies ook in eigen beheer kunnen reserveren voor aanspraken zoals de onderhavige. Hierover is evenwel niets bekend. Maar zelfs al zou Eternit geen middelen hebben en/of reserveringen hebben gemaakt, dan staat zulks niet automatisch aan een oordeel dat het beroep op verjaring onaanvaardbaar is, in de weg.

61. In een uitspraak van de Kantonrechter Rotterdam wordt aan gezichtspunt f veel waarde gehecht. Met een uitgebreide motivering overweegt de kantonrechter dat het in dit kader van belang is om te bepalen of het in de desbetreffende periode *usance* was voor werkgevers om zich te verzekeren tegen aansprakelijkheid voor bedrijfsongevallen en beroepsziekten: het niet verzekerd zijn mag namelijk niet zonder meer leiden tot een 'beloning' voor de werkgever in het kader van de verjaringsproblematiek. De kantonrechter verwijst ook uitdrukkelijk naar de noot van Giesen onder Eternit/Horsting:

Kantonrechter Rotterdam 21 juli 2009, LJN BJ4403: De kantonrechter leidt hieruit af dat terdege onderzocht dient te worden of Maersk verzekerd is. Als Maersk niet verzekerd zou zijn, kan dat redengevend zijn om haar beroep op verjaring te honoreren, tenzij er goede gronden zijn om dat toch anders te zien (zie noot onder arrest Eternit / Horsting). (...) In het algemeen is het niet ongebruikelijk dat (grote) werkgevers zich verzeker(d)en tegen aansprakelijkheid voor beroepsziekten en bedrijfsongevallen. Een wettelijke verplichting tot het sluiten van een dergelijke verzekering bestond (en bestaat) echter niet en was destijds ook niet af te leiden uit de verplichtingen op grond van goed werkgeverschap. Aan het niet afsluiten van een dergelijke verzekering kan een scala van redenen ten grondslag liggen van zowel verzekeringstechnische aard als van economische aard. De keuze kan bijvoorbeeld zijn gemaakt om geen verzekering af te sluiten maar reserves op de balans aan te houden voor dit soort claims. Hierover wil de kantonrechter nader geïnformeerd worden. (...) De kantonrechter acht het voorts van enige betekenis dat de aansprakelijkheid inzake Eternit / Horsting niet voortvloeit uit een arbeidsovereenkomst maar dat het gaat om aansprakelijkheid uit hoofde van onrechtmatige daad. Aldus is het niet zonder meer zo dat op grond van dit arrest in het kader van werkgeversaansprakelijkheid geoordeeld moet worden dat de ex-werkgever een terecht beroep op verjaring kan doen, enkel vanwege het feit dat hij niet verzekerd is geweest tegen dit soort claims. De kantonrechter acht dit moeilijk te rijmen met de eisen van goed werkgeverschap. Dat zou neerkomen op een beloning voor niet verzekeren, zulks terwijl de Hoge Raad in vele uitspraken betreffende aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad en artikel 7:658 BW juist de verzekeringsdekking mede relevant acht voor de acceptatie van aansprakelijkheid. Gelet hierop zou de kantonrechter willen vaststellen of en in hoeverre het in de periode 1958 - 1972 *usance* was, of gaandeweg werd, dat werkgevers zich verzekerden tegen aansprakelijkheid voor bedrijfsongevallen en beroepsziekten. Ook hierover dient nadere informatie te worden verschaft. De kantonrechter constateert raakvlakken met gezichtspunt d.

62. Ten aanzien van gezichtspunt f kan worden gesteld dat dit een weinig problematisch gezichtspunt is in de actuele rechtspraak; vaak is de aansprakelijkheid door een verzekering gedekt en weegt dit duidelijk ten gunste van de doorbreking van de verjaring. Toch mag het belang van dit gezichtspunt niet onderschat worden in de gevallen waarin juist geen dekking onder een verzekering bestaat. De vraag of Giesens lezing ('als de gedaagde niet verzekerd blijkt is doorbreking van de verjaring in beginsel niet aan de orde') door de lagere rechters inderdaad als uitgangspunt wordt genomen, kan (nog) niet worden beantwoord. Wanneer de (eventuele) aansprakelijkheid niet gedekt is door een verzekering, komt het voor de weging van gezichtspunt f aan op de omstandigheden van het geval, waaronder:
- de vraag of door het ontbreken van de verzekering aanzienlijke premies zijn bespaard en of daarmee reserves zijn opgebouwd voor deze (asbest)claims;
 - of de aangesproken werkgever een asbestproducerend- of verwerkend bedrijf is en of het voor soortgelijke werkgevers gebruikelijk was om in de periode van blootstelling voor arbeidsongevallen en beroepsziekten verzekerd te zijn;
 - of de onverzekerde aangesprokene in financiële problemen zou kunnen komen wanneer deze voor de schade zou moeten opdraaien.

2.8. Gezichtspunt g: de voortvarendheid waarmee eiser is opgetreden

2.8.1. De redelijke termijn: voldoende bepaalbaar?

63. Het zevende gezichtspunt betreft de vraag of na het aan het licht komen van de schade binnen redelijke termijn een aansprakelijkstelling heeft plaatsgevonden en een vordering tot schadevergoeding is ingesteld. Zoals de Commissie-Hijma stelt, valt dit gezichtspunt als 'preliminair' aan te merken in die zin dat het doek voor de eiser zal vallen wanneer onvoldoende voortvarend is opgetreden.²³ Het ligt, aldus de Commissie, niet voor de hand dat aan de onvoldoende voortvarend handelende eiser een beroep op art. 6:2 lid 2 BW toekomt op grond van de overige gezichtspunten en omstandigheden. Omgekeerd pleit een voldoende voortvarend optreden aan de zijde van eiser op zichzelf niet vóór doorbreking van de verjaring. Zie in die zin ook de Rechtbank Roermond en het Hof Den Haag:

Rechtbank Roermond, 7 april 2010, JA 2010/79: De rechtbank is van oordeel, dat dit gezichtspunt vanwege zijn achtergrond zelfstandig van doorslaggevend belang kan zijn. Zodra van een benadeelde mag worden verwacht dat hij zijn vordering instelt, moet hij dat ook doen. Indien hij dit niet doet, bezwaart hij zonder rechtvaardiging de positie van degene die hij voor zijn schade aansprakelijk acht. Een geslaagd beroep op artikel 6:2, lid 2 van het BW kan in die situatie naar het oordeel van de rechtbank hoe dan ook niet meer aan de orde zijn.

Hof Den Haag 25 januari 2011, LJN BP1109: Tussen partijen is niet in geschil dat er na het aan het licht komen van de schade binnen een redelijke termijn een aansprakelijkstelling heeft plaatsgevonden en een vordering tot schadevergoeding is ingesteld. Zulks betekent dat dit gezichtspunt, hetwelk meer een aan de andere gezichtspunten preliminair karakter draagt, in de totale weging niet tegen, maar ook niet voor doorbreking van de verjaring pleit.

²³ Zie rapport Commissie-Hijma, p. 11.

64. De vraag is of op voorhand kan worden gezegd wat een redelijke termijn is.²⁴ De Commissie-Hijma stelt als vertrekpunt dat een termijn van één jaar te kort is en tegelijkertijd dat een termijn van vijf jaar op zijn beurt te lang is, ook al biedt art. 3:310 lid 5 BW ‘straks’ steeds een termijn van 5 jaar.²⁵ De Commissie-Hijma ziet, gelet op de stand van de feitenrechtspraak en de literatuur tot 2009, aanleiding een termijn aan te houden van twee jaar na het aan het licht komen van de schade. Het gaat dan om de aansprakelijkstelling en het instellen van een vordering tezamen (een ‘dubbele termijn’ voor deze twee acties acht de Commissie overgenuanceerd en mogelijk onwerkbaar).²⁶
65. Bekijken wij de feitenrechtspraak van de afgelopen jaren, dan zien wij uitspraken van de Rechtbank Almelo waarin een termijn van 6 maanden als uitgangspunt genomen wordt:

Rechtbank Almelo 24 december 2008, JA 2009/49: Dat betekent dat de vordering tot schadevergoeding iets meer dan 2 jaar nadat de mesothelioom was vastgesteld is ingesteld en wat van meer betekenis is ruim anderhalf jaar na de aansprakelijkheidsstelling van Eternit door X. (...) In de lijn van het voorgaande is het naar het oordeel van de rechtbank voor de hand liggend dat met betrekking tot het instellen van een vordering nadat de 30 jaar termijn is verlopen, met bekwame spoed moet worden gedagvaard bijvoorbeeld binnen 6 maanden.

Rechtbank Almelo 28 april 2010, NJF 2010/273: In beginsel dient naar het oordeel van de rechtbank een periode van zes maanden nadat de schade aan het licht is gekomen, te worden gehanteerd als zijnde een redelijke termijn waarbinnen aansprakelijkstelling dient plaats te vinden en een vordering tot schadevergoeding moet zijn ingesteld. De diagnose mesothelioom is op 11 februari 2008 gesteld door de longarts (...). Eternit heeft niet betwist dat zij op 4 juli 2008 door [eiser] aansprakelijk is gesteld voor de schade. Op 8 oktober 2008 heeft [eiseres sub 1] Eternit gedagvaard in kort geding. De periode van zes maanden is daarmee weliswaar overschreden met een maand, maar al met al heeft [eiseres sub 1] – mede gelet op het feit dat haar een zeer ernstige ziekte ten deel is gevallen – met bekwame spoed gehandeld.

Zes maanden moet dan ook worden gezien als uitgangspunt, maar het is geen ijzeren regel, zo leert dezelfde uitspraak:

De rechtbank overweegt dat ook het instellen van een vordering in kort geding kan worden beschouwd als een vordering tot schadevergoeding. Weliswaar is – wegens het bestek van een kort geding – een voorschot op de schadevergoeding gevorderd, maar evengoed diende in kort geding te worden geoordeeld over de aansprakelijkheidsvraag. Daar komt nog bij dat de periode van zes maanden geen ijzeren wet is en in ieder geval op dit moment nog niet algemeen aanvaard binnen de rechtspraak. Binnen een redelijke termijn heeft derhalve aansprakelijkstelling plaatsgevonden en is een vordering tot schadevergoeding ingesteld.

66. In een arrest van het Hof Leeuwarden wordt overwogen dat het uitgangspunt van een half jaar evenmin als een ‘absolute termijn’ in de rechtspraak is aanvaard:

Hof Leeuwarden 13 januari 2009, LJN BH2762: Een absolute termijn van een half jaar zoals door Eternit is bepleit, is in de rechtspraak niet algemeen aanvaard. Dat geïntimeerde eerst met Eternit heeft gecorrespondeerd alvorens haar op 15 mei 2007 te dagvaarden in kort geding levert evenmin en zodanig

²⁴ Smeehuijzen stelt in 2006 dat tegenstrijdige beslissingen voor de hand liggen, omdat wat een redelijke termijn is, niet of slechts in zeer beperkte mate beargumenteerbaar is. Zie J.L. Smeehuijzen, *Verjaring van het recht op vergoeding van personenschade*, Den Haag: BJU 2006, p. 67.

²⁵ Uit HR 26 november 2004, NJ 2006, 228 (De Jong/Optimodal), r.o. 3.5 valt op te maken dat de Hoge Raad eerder denkt aan een termijn die korter is dan vijf jaar. Zie ook rapport Commissie-Hijma p. 13.

²⁶ Zie rapport Commissie-Hijma, p. 23-24.

sterke aanwijzing op dat het beroep op de redelijkheid en billijkheid zijdens geïntimeerde reeds daarop stukloopt.

Het ging in deze uitspraak van het hof om een geval waarin de werkgever een jaar na de diagnose mesothelioom aansprakelijk is gesteld, en het vervolgens nog acht maanden duurde voordat de inleidende dagvaarding is betekend.

67. Soepeler ten aanzien van de vereiste voortvarendheid blijkt het Hof Amsterdam, dat een periode van ruim een jaar – in het licht van de omstandigheden van het geval – als voldoende voortvarend beschouwt:

Hof Amsterdam 15 december 2009, LJN BL3708: In het kader van de (...) gezichtspuntencatalogus overweegt het hof allereerst dat zich in het onderhavige geval niet de situatie voordoet dat op grond van een veronachtzaming van de vereiste voortvarendheid door eiser het doek voor het beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid en daarmee voor de vordering valt. Immers, na het aan het licht komen van de schade heeft [appellante] binnen redelijke termijn een aansprakelijkheidsstelling doen plaatsvinden en een vordering tot schadevergoeding ingesteld (gezichtspunt g). Nadat in oktober/november 2005 bij [echtgenoot] mesothelioom was gediagnosticeerd, volgde aansprakelijkheidsstelling van [geïntimeerde] op 4 januari 2006 en – in reactie op de afwijzing van aansprakelijkheid door [geïntimeerde] bij brieven van 6 juli en 28 september 2006 – dagvaarding tot schadevergoeding in deze procedure op 2 januari 2007. Dit acht het hof in het licht van de omstandigheden van het geval voldoende voortvarend.

Het Hof Den Haag overweegt explicieter dat een termijn van een jaar niet per definitie de grens vormt:

Hof Den Haag 18 december 2012, NJF 2013/66: In aansluiting op de opmerking onder 5.3.1 i.f. overweegt het hof dat de door Allianz voorgestane termijn van één jaar niet per definitie de grens vormt. I.c. heeft [de oud-werknemer] zéér kort na de diagnose (...) RDM aansprakelijk gesteld (...) en nadat het IAS vergeefs heeft gecorrespondeerd met Allianz heeft zich een briefwisseling ontwikkeld tussen mr. Ruers namens [de oud-werknemer] resp. [geïntimeerde] en Allianz (...). Op 26 mei 2009 is ten slotte de dagvaarding aan Allianz uitgebracht. Met de door beide partijen genomen termijnen in de gewisselde correspondentie, de aankondiging van de dagvaarding op 31 oktober 2008 zodat Allianz toen voldoende zeker wist wat zij kon verwachten, ziet het hof geen reden dit gezichtspunt ten nadele van de doorbreking te doen strekken.

68. De Rechtbank Rotterdam gaat een stap verder en houdt een termijn van twee jaar voor mogelijk, waarbij zowel voor de aansprakelijkstelling als voor de dagvaarding een jaar als uitgangspunt genomen wordt:

Rechtbank Rotterdam 8 juli 2009, LJN BL1548 en Rechtbank Rotterdam 12 oktober 2011, NJF 2011/473: Voor wat betreft gezichtspunt g neemt de rechtbank in dit soort gevallen tot uitgangspunt, dat aansprakelijkheidsstelling in beginsel dient te geschieden binnen een jaar na het stellen van de diagnose en dat dagvaarding binnen een jaar daarna dient te volgen.

Van een termijn van twee jaren spreken later ook twee gerechtshoven:

Hof Amsterdam 19 januari 2010, LJN BL3742: In het algemeen gesteld meent het hof dat een beroep van de gedaagde op verjaring in beginsel niet door de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid dient te worden gepareerd, indien na het aan het licht komen van de schade meer dan twee jaren zijn verstreken alvorens de rechtsvordering door eiser is ingediend.

Hof Den Haag 3 april 2012, JA 2012/118: Het hof onderschrijft het oordeel van de rechtbank en maakt dat tot het zijne. Het hof voegt daaraan nog toe dat naar zijn oordeel een termijn van twee jaren in het algemeen als redelijk moet worden beschouwd (...).

69. Hiermee lijkt een plafond bereikt: een redelijke termijn ruimer dan twee jaar zonder meer is in de feitenrechtspraak (nog) niet waar te nemen. Wel blijkt uit het hiernavolgende dat ook indien een vordering na meer dan twee jaar na het bekend worden met de ziekte wordt ingesteld, kan zijn voldaan aan de vereiste voortvarendheid, wanneer dit door de (bijzondere) omstandigheden wordt gerechtvaardigd.

2.8.2. De betekenis van bemiddeling door het IAS en andere omstandigheden

70. De Commissie-Hijma is van oordeel dat de voorgestelde extra termijn van twee jaar moet worden geschorst voor de duur van het bemiddelingsproces bij het IAS, onder meer met verwijzing naar Circulaire AAA-L 2008/03 van het Verbond van Verzekeraars en de Bemiddelingsrichtlijn (Richtlijn 2008/52/EG).
71. In de feitenrechtspraak is terug te zien dat de bemiddeling door het IAS, wanneer deze activiteit maar voldoende wordt gesteld of wanneer het dossier daarvan voldoende blijkt geeft, meeweegt bij de beoordeling of voldaan is aan de vereiste voortvarendheid:

Rechtbank Middelburg 15 januari 2009, NJF 2009/313: Nadat de ziekte mesothelioom bij eiser was vastgesteld in juli 2007, welke diagnose in november van dat jaar door het NMP werd bevestigd, heeft eiser De Schelde op 12 november 2007 aansprakelijk gesteld. De voorzieningenrechter is van oordeel dat [eiser] daarmee binnen een redelijke termijn tot aansprakelijkstelling van De Schelde is overgegaan. Gelet op de bemiddelingsprocedure door het IAS, welke in oktober 2008 is afgesloten, is de voorzieningenrechter van oordeel dat eiser door het aanhangig maken van de onderhavige procedure in november 2008 ook de vordering tot schadevergoeding binnen redelijke termijn heeft ingesteld.

Kantonrechter Roermond 10 februari 2010, LJN BL3084: [eiser] heeft onbetwist aangevoerd, dat

- in mei 2007 de diagnose mesothelioom is gesteld;
- in juli 2007 Janssen De Jong aansprakelijk is gesteld;
- in april 2009 een rechtsvordering is ingesteld, waarbij relevant is dat tussen juni 2007 en juni 2008 een bemiddelingstraject via het Instituut Asbestslachtoffers heeft gelopen en gedurende de periode juni 2008 en januari 2009 voorlopige getuigenverhoren hebben plaatsgevonden. (...)

Gelet op dit tijdpad, dat in totaal minder dan twee jaar bedraagt en waarbinnen ook nog is geprobeerd het geschil buiten rechte op te lossen, oordeelt de kantonrechter dat [eiser] de benodigde voortvarendheid heeft betracht. Dit gezichtspunt staat daarom niet in de weg aan doorbreking van de verjaringstermijn.

Kantonrechter Utrecht 3 februari 2010, JA 2010/48: Ook het gezichtspunt g kan niet in het voordeel van SVB gewicht in de schaal leggen, omdat nadat de nefaste diagnose was gesteld (in elk geval) bijna twee en een half jaar zijn verstreken alvorens zij tot dagvaarding is overgegaan. Voor een opschorting gedurende de gehele periode dat de bemiddeling door het IAS heeft geduurd, zoals SVB heeft bepleit, bestaat in dit geval geen reden, omdat niet is gesteld of gebleken dat er enige bemiddelingsactiviteit heeft plaatsgevonden nadat Allianz op 1 november 2006 had laten weten aansprakelijkheid af te wijzen. Hieraan doet niet af dat het IAS pas bij brief van 7 mei 2008 aan SVB heeft meegedeeld dat de bemiddeling als mislukt moest worden beschouwd.

72. Opvallend in dit kader is de uitspraak van de Rechtbank Almelo, waarin kennelijk geen termijnschorsende werking wordt toegekend aan de bemiddeling door het IAS:

Rechtbank Almelo 13 oktober 2009, JA 2009/171: Na ontdekking van de schade in juli 2006 heeft vrijwel direct aansprakelijkheidstelling plaatsgevonden en is de zaak ter bemiddeling voorgelegd aan het Instituut Asbestslachtoffers. (...) Op 16 september 2008 is gedagvaard, nadat het Instituut Asbestslachtoffers op 20 maart 2008 tot sluiting van het bemiddelingsdossier was overgegaan. Die bemiddeling heeft ongeveer twintig maanden geduurd. Tussen aansprakelijkheidstelling op 5 augustus 2006 en dagvaarding op 16 september 2008 zijn 25 maanden verstreken. Afgezet tegen gezichtspunt G is de kantonrechter van oordeel dat dit tijdsverloop bijdraagt aan de conclusie dat het beroep op verjaring in dit geval niet onaanvaardbaar is.

73. De Kantonrechter Middelburg geeft blijk van een ‘gematigd termijnschorsende werking’ door te oordelen dat niet de vereiste voortvarendheid is betracht wanneer het - nadat de bemiddeling door het IAS is gestaakt - meer dan een jaar duurt voordat tot dagvaarding wordt overgegaan:

Kantonrechter Middelburg 18 juni 2012, JA 2012/156: Op 5 september 2005 is bij [B] de diagnose mesothelioom gesteld. In september 2005 is het Instituut Asbestslachtoffers (...) de bemiddeling gestart tussen hem en De Schelde. Bij brief van 22 november 2005 heeft Allianz, de verzekeraar van De Schelde, zich namens deze beroepen op verjaring. Het IAS heeft met Allianz gecorrespondeerd. Op 12 december 2007 heeft het IAS de bemiddeling voor [B] gestaakt. Met een akte d.d. 9 februari 2009 hebben de erven aan SVB de last tot incasso gegeven. SVB heeft De Schelde op 24 maart 2009 laten dagvaarden. Gezien deze gang van zaken is de vordering niet binnen een redelijke termijn ingesteld. Nadat de bemiddeling van het IAS was gestaakt is meer dan een jaar later tot dagvaarding overgegaan. Gezichtspunt g) pleit daarom tegen een doorbreking van de verjaring.

74. Een volledig termijnschorsende werking – wat overeenstemt met het advies van de Commissie-Hijma – valt terug te lezen in de arresten van twee gerechtshoven:

Hof Amsterdam 19 januari 2010, LJN BL3742: In het algemeen gesteld meent het hof dat een beroep van de gedaagde op verjaring in beginsel niet door de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid dient te worden gepareerd, indien na het aan het licht komen van de schade meer dan twee jaren zijn verstreken alvorens de rechtsvordering door eiser is ingediend. Echter anders dan de kantonrechter, en mede in het licht van Richtlijn 2008/52/EG beschouwt het hof een actie tot bemiddeling van het Instituut Asbestslachtoffers als termijnschorsend. In het onderhavige geval ligt tussen de constatering van de ziekte mesothelioom bij [echtgenoot] en het aanhangig maken van de onderhavige procedure een tijdsverloop van bijna tweeënhalf jaar. Hier staat tegenover dat ruim negen maanden daarvan in beslag zijn genomen door de bemiddeling door het Instituut Asbestslachtoffers. Dit brengt mee dat niet zonder meer op de enkele grond dat [appellante] de vereiste voortvarendheid heeft veronachtzaamd het doek voor haar vordering behoort te vallen.

Hof Den Haag 3 april 2012, JA 2012/118: [L] heeft vijftien maanden na het vaststellen van zijn diagnose de dagvaarding uitgebracht. Eternit is van mening dat daarmee de redelijke termijn tussen de bekendheid met de schade en de dagvaarding is overschreden. Het hof deelt dat standpunt niet. Het hof onderschrijft het oordeel van de rechtbank en maakt dat tot het zijne. Het hof voegt daaraan nog toe dat naar zijn oordeel een termijn van twee jaren in het algemeen als redelijk moet worden beschouwd en bij de berekening van de termijn de (redelijke) periode waarin het I.A.S. bemiddelt buiten beschouwing moet worden gelaten. Naar die maatstaf gemeten heeft [L] de dagvaarding binnen een redelijke termijn uitgebracht.

75. Ten aanzien van de vraag of een voorlopige voorziening (bijv. in het kader van een voorschot) als het ‘instellen van een vordering’ kan worden beschouwd lijkt de rechtspraak verdeeld:

Rechtbank Roermond, 7 april 2010, JA 2010/79: In totaal zijn sinds het bekend worden met de (mogelijke) aansprakelijke meer dan twee jaren verstreken (sinds het bekend worden met de diagnose zelfs bijna drie jaren). Niet alleen is tussen de aansprakelijkstelling (één jaar na vaststellen diagnose, vier maanden na bekend worden (mogelijke) aansprakelijke) en het instellen van de vordering in kort geding de nodig

tijd verstreken (negen maanden), nadat op die vordering afwijzend was beslist, heeft het nog eens één jaar geduurd voordat de vordering in deze procedure is ingesteld. De vordering in deze bodemprocedure is dan ook niet meer binnen een redelijke termijn ingesteld.

(...) De rechtbank verwerpt het standpunt van de erven dat als peildatum de vordering in kort geding te gelden heeft. Door dat te stellen, verliezen de erven de ratio van de eis dat met de nodige voortvarendheid een vordering moet worden ingesteld uit het oog: de positie van de aangesprokene mag niet nodeloos worden verzwaaard. Die positie wordt wel nodeloos verzwaaard indien pas één jaar na het afwijzende kort geding vonnis, waarin de erven bovendien hebben berust, een vordering in een bodemprocedure wordt ingesteld. Een rechtvaardiging voor dit tijdsverloop, dat nog eens bovenop het overige tijdsverloop komt, hebben de erven niet gegeven. Daarbij is nog relevant dat een kort geding procedure geenszins hoeft te worden gevolgd door een bodemprocedure en dat dus niet gezegd kan worden dat Eternit had moeten verwachten dat zij nog zou worden aangesproken. Dit geldt temeer nu na het houden van de voorlopige getuigenverhoren nog eens een half jaar is gewacht met het instellen van de onderhavige vordering. De erven hebben naar het oordeel van de rechtbank dan ook niet gehandeld met de benodigde voortvarendheid.

Rechtbank Almelo 28 april 2010, NJF 2010/273:

De rechtbank overweegt dat ook het instellen van een vordering in kort geding kan worden beschouwd als een vordering tot schadevergoeding. Weliswaar is – wegens het bestek van een kort geding – een voorschot op de schadevergoeding gevorderd, maar evengoed diende in kort geding te worden geoordeeld over de aansprakelijkheidsvraag. Daar komt nog bij dat de periode van zes maanden geen ijzeren wet is en in ieder geval op dit moment nog niet algemeen aanvaard binnen de rechtspraak. Binnen een redelijke termijn heeft derhalve aansprakelijkstelling plaatsgevonden en is een vordering tot schadevergoeding ingesteld.

Deze uitspraken lijken met elkaar in tegenspraak waar het gaat om de betekenis van de voorlopige voorziening bij de beoordeling van de vereiste voortvarendheid. Relevant en wellicht verklarend is dat in de zaak bij de Rechtbank Roermond sprake was van een periode van bijna drie jaar tussen de diagnose mesothelioom en het starten van de bodemprocedure; in de zaak bij de Rechtbank Almelo ging het om iets meer dan zes maanden.²⁷

76. Ook rijst de vraag of andere omstandigheden dan de bemiddelingspoging door het IAS een langere termijn tussen het bekend worden met de schade en het instellen van een vordering kunnen rechtvaardigen. Dit zou mogelijk moeten zijn nu de doorbreking van de verjaring dient te worden beoordeeld met inachtneming van *alle omstandigheden van het geval*. De Commissie-Hijma is van oordeel dat juist een zo scherp mogelijke en in de praktijk zo werkbaar mogelijke termijn wenselijk is. Volgens de Kantonrechter Rotterdam kan sprake zijn van *bijzondere omstandigheden* die een langere termijn zouden kunnen rechtvaardigen (maar die werden in het betreffende geval niet aanwezig geacht):

Kantonrechter Rotterdam 21 januari 2011, LJN BQ3062: (...) Volgens [eiseres] is de diagnose mesothelioom op 7 april 2006 gesteld en op 8 april 2006 aan [erflater] medegedeeld. (...) Op 14 mei 2006 is [erflater] tot aansprakelijkstelling van [gedaagde sub 1] overgegaan. [gedaagde sub 1] heeft die aansprakelijkheid afgewezen (...). De vordering van [eiseres] is dan ook ingesteld op 4 maart 2010. (...) Onvoldoende is gebleken van bijzondere omstandigheden die een dergelijk lange termijn tussen het bekend worden met de diagnose mesothelioom (respectievelijk het overlijden van [erflater] voor zover het immateriële schade betreft) en het instellen van de vordering rechtvaardigen. De omstandigheden die [eiseres] daartoe aanvoert, namelijk de verwerking van het overlijden van [erflater] en het uitzoeken

²⁷ Aansluiting kan hier worden gezocht bij art. 3:316 lid 1 en 2 BW, waaruit volgt dat ook het instellen van een vordering in kort geding de verjaring stuit, zelfs als deze vordering niet tot toewijzing leidt, mits in dit laatste geval binnen zes maanden na afwijzing wordt een succesvolle vordering in een bodemprocedure volgt.

van aansprakelijkheid van andere partijen, gelden, hoe begrijpelijk ook, in elk geval niet als zodanige bijzondere omstandigheden.

De bemiddeling door het IAS was reeds op 15 januari 2008 geëindigd en toen was de gemachtigde van [eiseres] al bij de zaak betrokken. Het twee jaren en drie maanden later doen uitgaan van een dagvaarding is in strijd met de voortvarendheid die in asbestzaken is vereist, mede gelet op de met het verstrijken van de tijd verslechterende bewijspositie van de werkgever.

De Kantonrechter Rotterdam overweegt dat slechts onder bijzondere omstandigheden een lange termijn kan worden gerechtvaardigd, waarbij de verwerking van het overlijden van en het uitzoeken van aansprakelijkheid van andere partijen niet als zodanige bijzondere omstandigheden gelden. Het wordt vervolgens niet duidelijk aan wat voor omstandigheden de kantonrechter dan wél denkt.

2.8.3. Conclusies t.a.v. gezichtspunt g

77. De feitenrechtspraak laat een lichte mate van verdeeldheid zien ten aanzien van de 'redelijke termijn' waarbinnen een aansprakelijkstelling moet hebben plaatsgevonden en een vordering tot schadevergoeding moet zijn ingesteld. Desondanks kan op grond van arresten van verschillende gerechtshoven 'in het algemeen' worden uitgegaan van een periode van 2 jaar voor zowel de aansprakelijkstelling als het instellen van een vordering. In zoverre vindt het advies van de Commissie-Hijma inderdaad navolging in de praktijk.
78. Bemiddeling door het IAS moet worden gezien als termijnschorsend conform het advies van de Commissie-Hijma. Men kan gezag toekennen aan de uitspraken van twee gerechtshoven, waarvan er één ook uitdrukkelijk verwijst naar de Bemiddelingsrichtlijn (Richtlijn 2008/52/EG).
79. De vraag of een periode langer dan twee jaar tussen diagnose en dagvaarding nog als voldoende voortvarend handelen aan de zijde van de eiser kan worden aangemerkt, dient volgens de genoemde rechtspraak in beginsel ontkennend te worden beantwoord. Niettemin heeft geen rechterlijke instantie tot nu toe voor een 'harde' termijn van twee jaar gekozen. Uitzonderingen lijken mogelijk. Een en ander zal mogelijk afhangen van de vraag in hoeverre de gedaagde door een langere termijn is benadeeld in haar (processuele) positie en of de 'vertraging' door bijzondere omstandigheden kan worden gerechtvaardigd.²⁸

²⁸ In de arresten Van Hese/Schelde en De Jong/Optimodal verwijst de Hoge Raad naar de rechtszekerheid én de billijkheid voor de schuldenaar. Het ligt voor de hand om - vanuit de billijkheid voor de schuldenaar - een beroep op verjaring eerder gerechtvaardigd te achten zodra van een schuldeiser verwacht mocht worden dat hij zijn vordering eerder instelde. Vgl. H.J. Snijders, 'Verjaring van aan de schuldeiser onbekende rechtsvorderingen', *NTBR* 2009, p. 365-366.

2.9. Aanvulling op de 7 gezichtspunten?

80. De reeks gezichtspunten die de Hoge Raad in Van Hese/Schelde heeft gegeven, zijn niet limitatief. Dat roept de vraag op of in de actuele lagere rechtspraak ook andere factoren van belang blijken bij de eventuele doorbreking van de verjaring. Dit blijkt amper het geval. Hier zullen wel kort twee gevallen worden besproken, maar daarbij dient te worden opgemerkt dat dit geenszins een *algemene* toevoeging op de zeven gezichtspunten inhoudt.
81. In een uitspraak van de Kantonrechter Rotterdam wordt de bovengemiddeld hoge leeftijd van het mesothelioomslachtoffer meegewogen in het kader van de doorbreking van de verjaring; in hoger beroep blijft die overweging staande:

Hof Den Haag 25 januari 2011, LJN BP1109: Kort gezegd is de situatie naar het oordeel van het hof – juridisch gezien – niet voldoende schrijnend om het beroep op verjaring als onaanvaardbaar aan te merken. Dit oordeel baseert het hof op hetgeen hiervoor met betrekking tot de gezichtspunten a, b, c, e, f en g is overwogen en het feit dat [erflater] op 87-jarige leeftijd is overleden, waarbij het een feit van algemene bekendheid is dat de gemiddelde levensverwachting voor mannen (wezenlijk) lager ligt. Gesteld noch gebleken is dat [erflater] voor de diagnose van mesotheliom een zodanige lange lijdensweg heeft moeten ondergaan, dat dit de bereikte leeftijd ten tijde van het overlijden als punt van overweging relativeert.

82. In een uitspraak van de Kantonrechter Almelo wordt het van belang geacht dat het aannemelijker is dat de asbestbesmetting heeft plaatsgehad bij een andere werkgever dan degene die wordt aangesproken, zelfs al zou het om een rechtsvoorgangster gaan. De kantonrechter overweegt (verkort) als volgt:

Kantonrechter Almelo 25 augustus 2009, JA 2009/170: Eiser is in zijn arbeidzaam leven bij een aanmerkelijk aantal werkgeefsters en op een aanmerkelijk aantal werkplekken geweest waar hij mogelijk, zeer waarschijnlijk of welhaast zeker, aan asbestbesmetting blootgesteld is geweest. Aangenomen behoort te worden dat de mesotheliom is veroorzaakt door blootstelling op zo'n werkplek of meerdere daarvan. Het valt echter achteraf niet of heel moeilijk (meer) vast te stellen of het asbest bij KTS of dat bij Vonk of dat bij beide bedrijven de veroorzaker geweest is. Wel is uit publicaties bekend dat de ziekte zich doorgaans tot maximaal dertig jaar na laatste blootstelling openbaart. De laatste blootstelling bij KTS kan in 1969 zijn geweest, ongeveer 36 jaar voordat eiser ziek is geworden. Na 1969 heeft hij nog tot 1990 bij Vonk gewerkt. De laatste blootstelling daar kan ongeveer 15 jaar voor het ziek worden zijn geweest. Het is – ergo – aannemelijker dat de besmetting bij Vonk dan bij KTS plaats heeft gevonden. Het is de kantonrechter bekend dat het voor de aansprakelijkheidstelling in zaken als deze bij meerdere potentieel aansprakelijke werkgeefsters niet relevant is om vast te stellen bij wie de (meeste) besmetting plaats heeft gehad. Het slachtoffer mag zich tot een hunner wenden en deze kan dan eventueel regres nemen op andere potentiële veroorzakers. (...) Voor het beroep op de verjaringstermijn van dertig jaar acht de kantonrechter het echter, naast de zeven HR – gezichtspunten, van enig belang dat het in dit geval het meest waarschijnlijk is dat eiser als gevolg van besmetting tijdens zijn dienstverband bij Vonk de vreselijke, dodelijke ziekte heeft opgelopen.

(...) Permess was zelf materieel niet de werkgeefster tussen 1962 en 1969. Als zij al rechtsopvolgster zou zijn, hetgeen niet het geval is, dan wordt zij 39 jaar na dato aansprakelijk gehouden voor een gebrek aan zorgplicht door een voorgangster. Formeel juridisch zou zij dan voor nalatigheid ten aanzien van de zorgplicht van KTS verantwoordelijk kunnen worden gehouden. Thans, ruim na de verjaringstermijn en bij een opvolgend werkgeefster (Vonc) bij wie ook blootstelling kan hebben plaatsgehad, draagt het niet-materieel werkgeefster zijn bij aan de vaststelling dat het beroep van Permess niet onaanvaardbaar is.

2.10. De schade openbaart zich kort voor het verstrijken van de lange verjaringstermijn

83. In het rapport van de Commissie-Hijma wordt onder punt 22 t/m 24 gesproken over de bijzondere situatie waarin de betrokken werknemer, in plaats van na het verstrijken van de lange verjaringstermijn, (zeer) kort vóór het verstrijken van de termijn met zijn ziekte wordt geconfronteerd. De Commissie spreekt van ‘termijnoverschrijding aan de voorkant’, waarvoor de Hoge Raad in Rouwhof/Eternit weinig ruimte overliet.²⁹ In de literatuur staat men – zo constateert de Commissie – minder onwelwillend tegenover toepassing van art. 6:2 lid 2 BW in een dergelijke situatie. Inmiddels heeft het Hof Amsterdam deze mogelijkheid onderstreept:

Hof Amsterdam 15 december 2009, LJV BL3708: Naar het oordeel van het hof dient een dergelijke afweging in een geval als het onderhavige waarin sprake is van een door blootstelling aan asbest veroorzaakt mesothelioom, tevens plaats te vinden in gevallen waarin de betrokken werknemer zeer kort voor het verstrijken van de absolute verjaringstermijn met zijn ziekte wordt geconfronteerd. (...) Daarbij kan naar het oordeel van het hof in het midden blijven of het moment waarop [echtgenoot] met zijn ziekte werd geconfronteerd na of zeer kort vóór het verstrijken van de verjaringstermijn van dertig jaren gelegen was.

De gedachte is dat de benadeelde (of diens erfgenamen) na ontdekking van de ziekte nog een zekere tijd toekomt om van rouwverwerking naar juridische actie over te gaan.³⁰ Zoals eerder over gezichtspunt g is opgemerkt, zal het hier vermoedelijk om een termijn van 2 jaar gaan, waarin de vordering moet zijn ingesteld. Op dit punt wordt het advies van de Commissie-Hijma dus door de rechtspraak gevolgd.

2.11. Conclusies ten aanzien van de doorbreking van de absolute verjaringstermijn

84. In dit advies (Deel I) staat de vraag centraal hoe in de rechtspraak in de afgelopen vijf jaar is omgegaan met de mogelijkheid tot doorbreking van de absolute verjaringstermijn op grond van de redelijkheid en billijkheid ex art. 6:2 lid 2 BW met betrekking tot vorderingen van mesotheliomslachtoffers op de werkgever. In februari 2009 adviseerde de Commissie-Hijma het IAS over deze problematiek en in het bijzonder over de toepassing van de gezichtspunten c en g. In hoeverre heeft dit advies navolging gekregen in de feitenrechtspraak?
85. Gezichtspunt g (de vraag of binnen een redelijke termijn een vordering is ingesteld) lijkt een 'preliminair' karakter te hebben in die zin dat wanneer de eiser niet voldoende voortvarend heeft gehandeld, het doek voor hem moet vallen. In lijn met het advies van de Commissie-Hijma kan ook op basis van recente rechtspraak worden gesteld dat zowel aansprakelijkstelling als het instellen van een vordering binnen twee jaar na diagnose dienen te geschieden (hoewel dit geen 'harde' termijn is). Deze termijn moet worden geschorst zolang het IAS een bemiddelingspoging doet. In zoverre komt aan gezichtspunt g bijzonder gewicht toe.

²⁹ Zie HR 28 april 2000, NJ 2000/431 m.nt. Bloembergen (Rouwhof/Eternit), r.o. 3.5.

³⁰ J.L. Smeehuijzen, noot bij Hof Amsterdam 15 december 2009, LJV BL3708, TvP 2010-2, p. 52.

86. Gezichtspunt c (de mate van verwijtbaarheid) lijkt, anders dan het advies van de Commissie-Hijma voorstaat, geen factor van slechts geringe betekenis. In de eerste plaats valt op dat deze vraag in de uitspraken nauw verweven wordt met de vraag naar aansprakelijkheid, terwijl steeds wel het zelfstandige karakter van gezichtspunt c wordt onderstreept. Rechters lijken verdeeld over de vraag of met de aansprakelijkheid ook een zodanige mate van verwijtbaarheid is gegeven dat dit pleit voor doorbreking van de verjaring. Duidelijk is wel dat een ernstige mate van verwijtbaarheid niet vereist is (maar wel gewicht in de schaal legt) voor doorbreking van de verjaring. In het kader van de beoordeling van de verwijtbaarheid is van belang of de aangesprokene tot de asbestproducerende- of verwerkende industrie behoorde en of hij wist of behoorde te weten dat dit grote risico's voor de gezondheid met zich bracht en dus veiligheidsmaatregelen moest treffen. Opmerkelijk is dat de mate van verwijtbaarheid lijkt te correleren met de uitkomst van de gezichtspuntenafweging (wel of geen doorbreking van de absolute termijn bij een hoge respectievelijk lage mate van verwijtbaarheid). In tegenstelling tot hetgeen de Commissie-Hijma bepleit, lijken feitenrechters gezichtspunt c dus wel als een factor van enig gewicht mee te wegen.
87. In aanvulling op het advies van de Commissie-Hijma wordt in het onderhavige advies ook gezichtspunt e (de vraag naar de redelijke mogelijkheid tot verweer) als een factor van bijzonder gewicht uitgelicht. Smeehuijzen wees reeds op de principiële betekenis van gezichtspunt e in het licht van de ratio van de lange verjaringstermijn. Ook in de lagere rechtspraak wordt het bijzondere belang van dit gezichtspunt met regelmaat benadrukt en is het zelfs als het meest verstrekkende verweer bestempeld (en zijn daarbij de overige gezichtspunten buiten beschouwing gelaten). Dat gezichtspunt e een factor van bijzonder gewicht is, lijdt daarom nauwelijks twijfel.
88. De gezichtspunten a (de aard van de schade), b (de vraag of een uitkering uit anderen hoofde verkregen is), d (de vraag of de aangesprokene de vordering nog verwachten) en f (de vraag of de aansprakelijkheid door verzekering is gedekt) worden van geringer belang geacht door de feitenrechters. De meest actuele uitspraken lijken in gezichtspunt a geen beletsel (meer) te zien voor de doorbreking van de verjaring. Vergoedingen door derden (gezichtspunt b) staan slechts dan aan de doorbreking van de absolute termijn in de weg als de benadeelde door die vergoedingen *integraal* is schadeloos gesteld, hetgeen ook weinig problematisch is. Gezichtspunt d is weliswaar van 'wezenlijke betekenis', maar blijkt weinig problemen op te leveren: vrij snel kan op grond van de omstandigheden worden aangenomen dat de aangesprokene al vóór het verstrijken van de verjaringstermijn rekening heeft gehouden of had behoren te houden met mogelijke aansprakelijkheid ter zake van mesothelioom. Met betrekking tot gezichtspunt f kan worden geconcludeerd dat hier ook weinig problemen rijzen: vaak is de aansprakelijkheid door een verzekering gedekt en weegt dit duidelijk ten gunste van de doorbreking van de verjaring. Is de aansprakelijkheid niet gedekt, dan zal het alsnog van de omstandigheden afhangen of dit ten gunste of ten nadele van de doorbreking van de verjaring werkt.
89. Uitzonderingen daargelaten, worden steeds alle zeven gezichtspunten uit Van Hese/Schelde door rechters in hun beoordeling van het verjaringsverweer betrokken. In

een enkel geval wordt daar nog extra omstandigheden bij genoemd (een bovengemiddeld hoge leeftijd van het slachtoffer of de vraag naar materieel werkgeverschap ten tijde van de vermoedelijke blootstelling), maar die vormen geen algemene toevoeging op de zeven gezichtspunten uit Van Hese/Schelde.

90. Aan de afzonderlijke gezichtspunten wordt vaak een verschillend gewicht toegekend en bovendien kunnen bepaalde omstandigheden zowel ten gunste als ten nadele van de doorbreking van de verjaring worden meegewogen. De woorden van Giesen in zijn annotatie onder Eternit/Horsting zijn treffend:

“Het beeld is dus wisselend, en ook de motivering verschilt, maar dat was te verwachten bij introductie van een gezichtspunten-catalogus. Dat betekent wel dat de praktijk weinig houvast kan ontleen aan de (lagere) rechtspraak, hetgeen de noodzaak om te procederen versterkt, juist waar dat beter voorkomen had kunnen worden.”³¹

91. Ook Smeehuijzen betwijfelde reeds in zijn dissertatie de mate waarin de gezichtspunten-catalogus uit Van Hese/Schelde bevredigend gemotiveerde uitspraken oplevert, en noemt daarbij (i) de waslijst aan argumenten die het zicht op de werkelijke motieven van de rechter ontnemen, (ii) de aanleiding die de catalogus biedt voor rechterlijke doelredeneringen en (iii) de waarde die soms ten onrechte wel of niet aan een bepaald gezichtspunt wordt toegekend.³² Deze bezwaren lijken ook nu nog op te gaan, zij het dat de actuele rechtspraak enigszins aan de behoefte aan helderheid tegemoet lijkt te komen door het belang van bepaalde gezichtspunten te onderstrepen of door sommige gezichtspunten als 'doorslaggevend' te bestempelen. Voor een spoedige afwikkeling van schadeclaims van mesotheliomslachtoffers is meer houvast niettemin nog steeds welkom.

³¹ HR 25 november 2005, NJ 2009, 103 m.nt. Giesen (Eternit/Horsting).

³² J.L. Smeehuijzen, *De bevrijdende verjaring* (diss. VU Amsterdam), Deventer: Kluwer 2008, p. 256-258. Meer recent stelde Hulst dat de discussie over de verjaring op een meer fundamenteel niveau gevoerd moet worden (en eerder in binnen het kader van art. 3:12 BW dan dat van art. 6:2 lid 2 BW), dat het beroep op rechtszekerheid als component van verjaring 'arbitrair' is en dat de afwegingen die op dit punt in de rechtspraak worden gemaakt 'mager onderbouwd' zijn. Zie E.H. Hulst, 'De verjaring van mesotheliom: asbest op zijn slechtst?', *TGMA* 2012-3, p. 21.

3. Stelplicht en bewijslast

3.1. Inleiding

92. In dit tweede deel staat de invulling van de stelplicht en bewijslast ter zake van werkgeversaansprakelijkheid jegens mesothelioomslachtoffers centraal. De Commissie-Hijma stelt in haar rapport dat de stelplicht en bewijslast ‘naar hun aard een delicate en sterk feitenafhankelijke materie’ vormen en dat het juridisch onverantwoord is om deze in ‘slechts een paar simpele “hard and fast rules” neer te schrijven’, gezien het bijzonder genuanceerde beeld dat de rechtspraak ter zake vertoont.³³
93. Wij komen thans niet tot een andere bevinding dan de Commissie-Hijma destijds. De actuele gepubliceerde rechtspraak biedt niet méér houvast dan die waarop de Commissie-Hijma zich in 2009 baseert. Daarom wordt hier volstaan met een resumé van de lijn die de Commissie-Hijma reeds schetste om vervolgens een paar recente arresten te kunnen plaatsen.

3.2. Resumé: stelplicht en bewijslast bij art. 7:658 BW

94. Art. 7:658 BW gebiedt de werkgever maatregelen te treffen om schade te voorkomen en biedt tevens een bijzonder aansprakelijkheidsregime voor schade die de werknemer in de uitoefening van de werkzaamheden lijdt. De Commissie-Hijma onderscheidt ten aanzien van de stelplicht en bewijslast in het kader van art. 7:658 BW een vijftal elementen.³⁴ De werknemer moet (1) *de schade*, (2) *de dienstbetrekking* en (3) *de blootstelling aan asbest tijdens het werk* stellen en zo nodig bewijzen. Is aan deze vereisten voldaan, dan is de werkgever aansprakelijk, tenzij hij stelt en in geval van voldoende gemotiveerde betwisting bewijst (4) *dat hij aan zijn zorgplicht heeft voldaan* of dat sprake is van (5) *opzet of bewuste roekeloosheid* aan de zijde van de werknemer. Wanneer het om een vordering van een mesothelioomslachtoffer op de werkgever gaat zullen vooral de dienstbetrekking, de blootstelling aan asbest tijdens het werk en de betrachting van voldoende zorg mogelijke problemen opleveren.
95. Ten aanzien van de dienstbetrekking zal de werknemer moeten aangeven dat hij bij de aangesproken werkgever in dienst is geweest en in welke periode, en wat de aard van zijn functie was. De bewijslast rust op de werknemer; deze kan worden verlicht door ten aanzien van onbekende feiten een feitelijk vermoeden te hanteren op basis van wél bekende feiten. Hetzelfde geldt voor de blootstelling tijdens de dienstbetrekking (oftewel het feitelijk causaal verband tussen de mesothelium en de werkzaamheden). Ten aanzien van die blootstelling kan een feitelijk vermoeden worden ontleend aan het gegeven dat een substantiële mate van asbestblootstelling inherent is aan een bepaalde

³³ Zie rapport Commissie-Hijma, p. 37 en 52.

³⁴ Zie rapport Commissie-Hijma, p. 41-49.

functie.³⁵ Enkel de mogelijkheid dat de schade in de uitoefening van de werkzaamheden is geleden, is onvoldoende voor aansprakelijkheid.³⁶

96. Wat de betrachting van voldoende zorg betreft is sprake van een zuivere omkering van de bewijslast: deze rust op de werkgever. De werkgever dient dus te bewijzen dat hij zijn verplichtingen is nagekomen. Indien hij ter onderbouwing van dit verweer voldoende concrete feitelijke gegevens aanvoert, mag van de werknemer worden verlangd dat hij zijn betwisting van dat verweer voldoende concreet motiveert (zij het dat daaraan niet zulke hoge eisen mogen worden gesteld dat in betekenende mate afbreuk wordt gedaan aan de strekking van art. 7:658 BW): een nadere motivering van de betwisting van het verweer van de werkgever mag dus van de werknemer wel worden verlangd.
97. Aan het bewijs door de werkgever met betrekking tot het betrachten van de vereiste zorg mogen geen hoge eisen worden gesteld: voldoende is dat de werkgever aannemelijk maakt dat hij in de relevante periode ervan uit mocht gaan 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.³⁷ Dit zou vooral de ‘kleine werkgevers’ kunnen baten.

3.3. Opvallendheden in de actuele rechtspraak

98. Zoals gezegd is in de sinds begin 2009 gepubliceerde rechtspraak waarin sprake was van een mesothelioomclaim op de werkgever ten aanzien van de stelplicht en bewijslast weinig deining waar te nemen. Enkele arresten verdienen niettemin vermelding.
99. Het Hof Den Haag overweegt in twee recente arresten dat asbestblootstelling in bepaalde beroepen kan leiden tot een verhoogde kans op mesothelioom en dat de stelling van de werknemer dat hij schade heeft geleden in de uitoefening van de werkzaamheden in dit feit van algemene bekendheid steun kan vinden.³⁸ Ook met betrekking tot het causaal verband tussen de blootstelling aan asbest en de ziekte mesothelioom, dat volgens de werkgever als medisch-wetenschappelijk te speculatief moest worden beschouwd omdat in 15-20% van de gevallen geen oorzaak zou kunnen worden vastgesteld, baseert het Hof zich op het feit van algemene bekendheid dat vrijwel 100% van de mesothelioomgevallen hun oorzaak vinden in asbest.³⁹

³⁵ Hierbij ziet de Commissie-Hijma een rol weggelegd voor de zogenoemde ‘expertsystemen’. Zie rapport Commissie-Hijma, p. 114.

³⁶ Zie HR 26 januari 2001, NJ 2001/597 (Weststrate/De Schelde).

³⁷ HR 17 februari 2006, NJ 2007/285 m.nt. Brunner (Van Buuren/Heesbeen).

³⁸ Hof Den Haag 18 december 2012, NJF 2013/66 en 67 (het ging in deze zaken om de asbestverwerkende bedrijven Wilton-Fijenoord en de Rotterdamsche Droogdok Maatschappij. Het Hof verwijst naar de ‘Lijst van beroepen waarin asbestblootstelling kan leiden tot een verhoogde kans op het optreden van maligne mesothelioom’; bijlage C bij de protocollen Asbestziekten van de Gezondheidsraad. In een later arrest van 12 maart 2013 (niet gepubliceerd) overweegt hetzelfde hof dat deze gegevens weliswaar algemeen zijn maar dat daaraan wel een zeker feitelijk vermoeden aan kan worden ontleend, en vooral wanneer vervolgens niet wordt toegelicht waarin de concrete situatie hiervan afweek.

³⁹ Het Hof verwijst hierbij naar de Gezondheidsraad in ‘Asbest. Risico's van milieu- en beroepsmatige blootstelling’, rapport 2010, p. 34.

Ten aanzien van het verweer van de werkgever dat geen sprake is van een zorgplichtschending overweegt het hof:

Hof Den Haag 18 december 2012, NJF 2013/67: Vast staat dat reeds Hampe in 1942 publiceerde over het risico van asbestose en longkanker bij blootstelling aan asbest. Voorts is niet in geschil dat in 1949 asbestose als beroepsziekte werd erkend, in dat jaar het wetsontwerp "Wettelijke regeling betreffende het voorkomen en het bestrijden van silicose en andere stoflongziekten (pneumoconioses)" werd ingediend en in de MvT daarbij werd gewezen op het gevaar van asbestose, dat voorkomt "onder het personeel van bedrijven, waar tegen-warmte-isolerend materiaal wordt verwerkt", m.a.w. (ook) bedrijven als Wilton-Fijenoord.

Het hof geeft vervolgens een schets van de medisch-wetenschappelijke ontwikkelingen in hoofdlijnen en komt tot de conclusie dat de werkgever ook voorafgaand aan het dienstverband (dus vóór 1950) wist of behoorde te weten dat beroepsmatige blootstelling aan asbest tot ernstige gezondheidsschade kan leiden:

Hof Den Haag 18 december 2012, NJF 2013/67: Waar het om gaat is dat er (dus) reeds voorafgaand aan en tijdens het dienstverband van [de oud-werknemer] met Wilton-Fijenoord ernstige aanwijzingen waren voor de gezondheidsschadelijke effecten van beroepsmatige blootstelling aan asbest en dat Wilton-Fijenoord dat wist, althans had behoren te weten. Immers, bij Wilton-Fijenoord werd gelijk elders in de scheepsbouw veelvuldig met asbest gewerkt (...) en Wilton-Fijenoord had een eigen bedrijfsarts. (...) Het beroep van Wilton-Fijenoord op HR 17 februari 2006, LJN AU6927 en HR 4 juni 2004, LJN AO4596 in dit verband faalt: Van Buuren en Gemex waren geen asbest verwerkende bedrijven gelijk Wilton-Fijenoord.

Het hof komt tot de conclusie dat Wilton-Fijenoord haar zorgplicht jegens de werknemer heeft geschonden. Mogelijk zal deze lijn – ‘asbestproducerende- of verwerkende bedrijven behoorden in de jaren ’50 al te handelen naar de wetenschap dat blootstelling aan asbest schadelijk kan zijn voor de gezondheid’ – in de rechtspraak gevolgd worden.⁴⁰

100. De bewijslast van de causaliteit lost zich op in het derde en vierde element, oftewel in enerzijds de bewijslast inzake de blootstelling aan asbest (die op de werknemer rust) en anderzijds de bewijslast inzake de zorgplicht (die op de werkgever rust).⁴¹ In een arrest van het Hof Den Bosch, eveneens gewezen op 18 december 2012, wordt ten aanzien van het causaal verband vooruitgelopen op de vraag naar de zorgplicht:

Hof Den Bosch 18 december 2012, LJN BY7010: De Schelde stelt terecht dat het in beginsel eerst aan de werknemer is om te bewijzen dat hij schade heeft geleden in de uitoefening van de werkzaamheden en dat pas daarna de werkgever dient te bewijzen dat hij de zorgplicht is nagekomen. Het hof ziet in de omstandigheden van het geval echter aanleiding om op die zorgplicht vooruit te lopen, gelet op enerzijds het feit dat [echtgenoot van geintimeerde] gedurende vele jaren is blootgesteld aan asbest, waarvan De Schelde wist, althans ervan op de hoogte behoorde te zijn dat dit een stof is die een groot gevaar op gezondheidsschade oplevert, en zij anderzijds onvoldoende maatregelen heeft getroffen om die schade te voorkomen (...).

Het Hof Den Bosch ziet dus in de (ernst van de) schending van de zorgplicht aanleiding om het oorzakelijk verband aan te nemen en haalt dus de vraag naar het naleven van de

⁴⁰ Het Hof Den Haag oordeelt later (op 12 maart 2013, niet gepubliceerd) in een niet gepubliceerd arrest dat Verolme tussen 1953 en 1960 reeds moest weten van het gevaar van asbest voor de gezondheid en aansprakelijk is omdat zij niet de vereiste beschermingsmaatregelen heeft getroffen.

⁴¹ Zie rapport Commissie-Hijma, p. 46-47.

zorgplicht 'naar voren', onder verwijzing naar het arrest Unilever/Dikmans.⁴² Opmerking verdient hierbij dat het hof reeds had geoordeeld dat weliswaar niet met 100% zekerheid kan worden bewezen dat de mesotheliom is veroorzaakt door een van De Schelde afkomstige asbestvezel, maar dat dit, gelet op de jarenlange en dagelijkse blootstelling aan asbeststof tijdens het werk, wel zeer *aannemelijk* is.⁴³

⁴² HR 17 november 2000, NJ 2001/596.

⁴³ De Hoge Raad oordeelt in twee recente arresten (HR 7 juni 2013, LJV BZ1717 en BZ1721) dat een voldoende mate van zekerheid moet bestaan over het mogelijke causaal verband tussen de schade en de arbeidsomstandigheden: voor de 'arbeidsrechtelijke omkeringsregel' is geen plaats in het geval het verband tussen de gezondheidsschade en de arbeidsomstandigheden te onzeker of te onbepaald is.