

ADVIES

DESKUNDIGENPANEL VERJARING

Instituut Asbestslachtoffers
Dossiernummer 9122/RZ

Advies van 5 februari 2019

in de zaak van

de heer **[eiser]**,
wonende te [woonplaats],
gemachtigde mr. N.J. van Osch,

tegen

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
[installatiebedrijf],
gevestigd te [bedrijfsplaats],
gemachtigden de heer A. Groenendijk en mr. R.H.J. Wildenburg.

Partijen zullen hierna [eiser] en [installatiebedrijf] genoemd worden.

1. De procedure

1.1. Op 14 december 2017 heeft het Instituut Asbestslachtoffers (IAS) van [eiser] een aanvraag in het kader van de bemiddeling conform het Convenant Instituut Asbestslachtoffers respectievelijk de Regeling tegemoetkoming asbestslachtoffers ontvangen. Op basis van de mededelingen van [eiser] heeft het IAS diens arbeidsverleden in kaart gebracht. Tijdens de bemiddeling is gebleken dat verjaring nog het enige punt van geschil is tussen partijen. Vervolgens is met instemming van beide partijen het dossier voorgelegd aan het Deskundigenpanel Verjaring (hierna: deskundigenpanel) van het IAS.

1.2. In het aan het deskundigenpanel aangeboden dossier bevinden zich de volgende stukken:

- het rapport inzake arbeidshistorisch onderzoek en blootstelling aan asbest (ahoba);
- het oordeel van het Nederlands Mesotheliomenpanel (NMP);
- de correspondentie tussen partijen betreffende de bemiddeling;
- de standpunten van partijen inzake de verjaring van respectievelijk 15 en 17 januari 2019;
- de nadere reacties van partijen op deze wederzijdse standpunten van respectievelijk 30 en 31 januari 2019.

1.3. Op 22 januari 2019 heeft het deskundigenpanel een hoorzitting gehouden. Daarbij zijn aanwezig geweest:

- [eiser];
- [dochter van eiser];
- mr. R.N. Zandbergen, werkzaam bij Bureau Schade Afhandeling (BSA);

-
- mr. E. Verbeek, werkzaam bij BSA;
 - mr. N.J. van Osch, werkzaam bij BSA;
 - de heer A. Groenendijk, werkzaam als senior schadebehandelaar bij [verzekeraar];
 - mr. R.H.J. Wildenburg, advocaat van [installatiebedrijf]/[verzekeraar].

1.4. Ten slotte is standpuntbepaling van het deskundigenpanel bepaald op 5 februari 2019.

2. De feiten

2.1. [eiser] is voor zover voor de beoordeling van belang gedurende de periode van 1950 tot en met 1970 als loodgieter in loondienst werkzaam geweest bij [installatiebedrijf]. [installatiebedrijf] was toentertijd een installatiebedrijf waarin ook loodgieterswerkzaamheden werden verricht en had ongeveer 100 personeelsleden.

2.2. [eiser] heeft blijkens zijn verklaring in die periode onder meer met asbesthoudend materiaal gewerkt. De werkzaamheden van [eiser] bestonden uit het aanleggen van riolering in woningen in voornamelijk (grote) nieuwbouwprojecten. Daarvoor werden Eternit rioolpijpen gebruikt, die [eiser] zelf op maat diende te zagen om deze passend te maken. Deze rioolpijpen bevatten asbest.

2.3. Door [eiser] is gesteld en door [installatiebedrijf] is onvoldoende betwist dat daarbij door [installatiebedrijf] geen maatregelen genomen zijn om [eiser] tegen de gevaren van asbestblootstelling te beschermen.

2.4. Op 30 november 2017 is bij [eiser] de diagnose maligne mesothelioom gesteld. Deze diagnose is nadien door het NMP bevestigd. Van de ziekte is de blootstelling aan asbest(stof) de enige bekende oorzaak.

2.5. Bij brief van 10 december 2017 heeft [eiser] [installatiebedrijf] aansprakelijk gesteld voor zijn schade als gevolg van de ziekte mesothelioom. [installatiebedrijf] heeft zich vervolgens gewend tot [verzekeraar], haar aansprakelijkheidsverzekeraar.

2.6. De Sociale Verzekeringsbank (SVB) heeft aan [eiser] op grond van de Regeling Tegemoetkoming Asbestslachtoffers (TAS) een voorschot van € 20.355,- toegekend. Ingevolge genoemde Regeling dient [eiser] (een deel van) dat voorschot aan de SVB terug te betalen ingeval de aansprakelijke (ex-)werkgever hem rechtstreeks een schadevergoeding uitkeert.

3. De standpunten van partijen

3.1. Het standpunt van [eiser]

[eiser] heeft gesteld dat het beroep op verjaring niet kan slagen en heeft daartoe in essentie het volgende aangevoerd.

Vast staat dat [eiser] gedurende een periode van ongeveer 20 jaar, ook na 1969, nagenoeg dagelijks tijdens zijn werkzaamheden is blootgesteld aan asbest.

3.1.1. *Ten aanzien van gezichtspunt a.* meent [eiser] dat dit gezichtspunt moet strekken in zijn voordeel, nu de vergoeding van zijn schade hem nog bij zijn leven toekomt. Tijdige vergoeding van zijn schade zal voor [eiser] een erkenning betekenen van zijn verkorte levensverwachting en vormt een compensatie voor het ernstige lijden dat gepaard gaat met de ziekte mesothelioom.

3.1.2. *Ten aanzien van gezichtspunt b.* meent [eiser] dat hij weliswaar uitkeringen heeft ontvangen op grond van de Regeling TAS en (mogelijk) zijn ziektekostenverzekering, maar dat deze uitkeringen er niet toe kunnen leiden dat dit gezichtspunt in zijn nadeel moet worden uitgelegd. Indien [installatiebedrijf] de schade van [eiser] vergoedt, dan moet het ontvangen bedrag uit hoofde van de regeling TAS aan de Sociale Verzekeringsbank worden terugbetaald. Alleen als hij ter zake van schade uit een andere bron een uitkering of vergoeding zou hebben ontvangen die hem volledig schadeloos stelt zou dit [installatiebedrijf] van de schadevergoedingsplicht kunnen ontslaan.

[eiser] beroept zich in dat verband tevens op Hof Den Bosch, 18 december 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BY7010 r.o. 4.6, waar het Hof overweegt:

“In het door [.....] overgelegde rapport van [.....] wordt melding gemaakt van twee overlijdensuitkeringen, één van het ABP en één van de gemeente Veere. [...] Nu het overgrote deel van de gevorderde schadevergoeding bestaat uit immaterieel nadeel en overlijdensuitkeringen niet bedoeld kunnen zijn om die schade te dekken, is het hof van oordeel dat in het kader van de beoordeling van dit gezichtspunt, niet onderzocht hoeft te worden wat de hoogte is van deze overlijdensuitkeringen”.

3.1.3. *Ten aanzien van gezichtspunt c.* is [eiser] van oordeel dat met de aansprakelijkheid de verwijtbaarheid van [installatiebedrijf] vast staat. De blootstelling staat vast, is althans door [installatiebedrijf] niet weersproken. [installatiebedrijf] heeft geen veiligheidsmaatregelen getroffen, en heeft [eiser] nimmer gewaarschuwd voor de gevaren van asbest. [eiser] meent dat het feit dat [installatiebedrijf] destijds geen groot of “groter” asbestverwerkend bedrijf was [installatiebedrijf] niet ontslaat van de zorgplicht die op hem als werkgever rust. Hooguit kan worden gezegd dat van een groot of “groter” asbestverwerkend bedrijf nog meer verwacht mocht worden. Door de schending van de zorgplicht, waardoor [eiser] een ziekte met een dodelijke afloop heeft opgelopen, staat vast dat van een lichte mate van schuld geen sprake kan zijn.

[eiser] meent dat dit gezichtspunt niet in zijn nadeel kan worden uitgelegd, nu een ernstige mate van verwijtbaarheid voor de doorbreking van de verjaring niet is vereist. [eiser] verwijst in dat verband naar het advies van de Commissie Hijma, Snijders en Hartlief d.d. 6 februari 2009 en Hof Den Bosch 21 augustus 2001, KG 2001, 274.

Vorenbedoelde Commissie oordeelt dat een hoge mate van verwijtbaarheid wel een meerwaarde kan hebben, doch dat verwijtbaarheid ‘sec’ in samenhang met de andere gezichtspunten voldoende voor doorbreking van de verjaring kan zijn. De Commissie Hijma c.s. komt tot het oordeel:

- dat de mate van verwijtbaarheid voor de doorbrekingsvraag slechts beperkte betekenis heeft, althans zou moeten hebben;
- een ernstige mate van verwijtbaarheid niet vereist is voor doorbreking, maar in dat verband wel extra gewicht in de schaal legt, zij het dat ook dan nog steeds andere factoren in de beschouwing moeten worden betrokken;

- een lichte mate van verwijtbaarheid niet in de weg hoeft te staan aan doorbreking, zij het dat andere factoren dan de doorslag moeten gaan geven.

Met een beroep op Hof Den Bosch 28 augustus 2012, LJN BX6042 en Kantonrechter Roermond 10 februari 2010, LJN BL3084 meent [eiser] dat een ernstige mate van verwijtbaarheid wel extra gewicht in de schaal legt, maar niet als norm geldt voor de doorbreking van de verjaring. In dat verband is volgens [eiser] van belang dat het in de voornoemde zaken eveneens ging om bouwbedrijven, en niet om een groot asbestverwerkend of –producerend bedrijf. [eiser] benadrukt dat [installatiebedrijf] in de blootstellingsperiode van [eiser] het grootste loodgietersbedrijf was in de regio. Hij meent dat het bewijs, dat [installatiebedrijf] niet behoefde te weten dat een verhoogd risico bestond op gezondheidsschade door het werken met asbest rust op [installatiebedrijf]. Dat bewijs is niet geleverd, aldus [eiser].

Ten aanzien van de (on)bekendheid van de schadelijkheid van wit asbest stelt [eiser] dat niet vast staat dat hij uitsluitend aan wit asbest is blootgesteld. Uit wetenschappelijke literatuur (R. Visser et al., Praktijkgidsen Arbeidshygiëne; Asbest: Een handleiding voor opsporing en integrale aanpak, Alphen aan den Rijn, 2004) blijkt dat wit asbest doorgaans is verontreinigd met tremoliet en crocidoliet (blauw asbest). [eiser] wijst voorts op de notitie van 9 november 2006 van Dr. Ir. A. Burdorf, arbeidshygiënist/epidemioloog UMC Rotterdam waarin Burdorf stelt:

“Ik heb eerder in het kader van dit arrest gemeld dat er in die tijd, net zoals nu, nog steeds wetenschappers rondlopen die melden dat witte asbest geen mesothelioom kan veroorzaken. Af en toe hebben die wetenschappers dit standpunt ook laten doorschemeren in Nederlandse adviesorganen. [...] Overigens blijkt uit de publicaties en voorschriften van de arbeidsinspectie vanaf 1971 op geen enkele wijze dat de arbeidsinspectie zich op het standpunt stelt dat witte asbest geen mesothelioom kan veroorzaken. [...] De kern van de foutieve interpretatie van de Hoge Raad ligt mijns inziens erin dat het een wetenschappelijk voldongen feit is dat chrysotiel een lager risico met zich meebrengt dan crocidoliet voor het optreden van mesothelioom. In de literatuur worden schattingen gemaakt dat het risico 10 tot 50 keer zo laag zal liggen. Het feit dat er sprake is van een lager risico bij chrysotiel betekent echter niet dat er sprake is van geen risico op mesothelioom”.

[eiser] beroept zich tot slot op het rapport van de Gezondheidsraad inzake Protocollen asbestziekten (Protocollen asbestziekten: maligne mesothelioom. Rijswijk: Gezondheidsraad, 1998; publicatie nr 1998/10) waaruit blijkt dat alle typen asbest kunnen leiden tot het optreden van mesothelioom.

[eiser] meent dat dit gezichtspunt in de afwegingen rond de doorbreking van de verjaring als neutraal moet wegen.

3.1.4. Ten aanzien van gezichtspunt d. meent [eiser] met een beroep op Hof ‘s - Hertogenbosch 18 december 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BY7010, dat het voldoende is dat de feiten nog daadwerkelijk zijn vast te stellen, ongeacht uit welke bron deze afkomstig zijn. Ook kunnen feiten uit eerdere procedures worden betrokken (r.o. 4.12). [eiser] meent dat de feiten in deze kwestie in voldoende mate af te leiden zijn uit de stellingen van [eiser] en uit algemene bronnen, zodat dit gezichtspunt niet in zijn nadeel strekt.

Bij een bedrijf waar professioneel met asbest werd gewerkt door circa 100 medewerkers moest duidelijk zijn dat dit voor de toekomst problemen zou gaan opleveren. Uit de asbestkaart (een elektronisch expertsysteem voor het beoordelen van de historische asbest blootstelling in bedrijfstakken en beroepen in de periode van 1945-1970) blijkt dat een loodgieter in de bedrijfstak bouwnijverheid in de periode 1950 – 1970 een zekere kans had op blootstelling aan asbest. Het beroep loodgieter staat voorts op de risicoberoepen lijst van de gezondheidsraad (Commissie asbestprotocollen nummer 1998/10, Rijswijk, 15 april 1998). [installatiebedrijf] kon aldus verwachten een vordering als die van [eiser] te ontvangen, en had daarmee rekening behoren te houden.

Het belang van [eiser] tot vergoeding van zijn schade is groter dan het belang van [installatiebedrijf] om niets te hoeven betalen, zodat dit gezichtspunt niet in het nadeel van [eiser] kan uitvallen.

3.1.5. *Ten aanzien van gezichtspunt e.* meent [eiser] dat de blootstelling aan asbest en zijn ziekte als gevolg daarvan in voldoende mate vast zijn komen te staan. Hij meent dat [installatiebedrijf] sinds de jaren '70 bewijs had moeten conserveren. Als dat niet of onvoldoende is gebeurd, kan dat niet in het nadeel van [eiser] meewegen. [eiser] verwijst andermaal naar Hof 's - Hertogenbosch 18 december 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BY7010. Het Hof oordeelt dat voldoende is dat de feiten nog daadwerkelijk zijn vast te stellen, ongeacht uit welke bron deze afkomstig zijn. Ook kunnen feiten uit eerdere procedures worden betrokken (r.o. 4.12). [eiser] meent voorts dat aan [installatiebedrijf]s (on)mogelijkheden om zich te verweren geen groot gewicht kan toekomen. Verder was [installatiebedrijf] betrokken bij andere zaken uit 2008 en 2017 met blootstellingen tot resp. 1965 en medio jaren '80. Dit gezichtspunt kan daarmee niet in het nadeel van [eiser] uitvallen.

3.1.6. *Ten aanzien van gezichtspunt f.* staat vast dat de aansprakelijkheid van [installatiebedrijf] door diens aansprakelijkheidsverzekering ([verzekeraar]) is gedekt. [eiser] meent dan ook dat dit gezichtspunt niet in zijn nadeel strekt.

3.1.7. *Ten aanzien van gezichtspunt g.* staat vast dat [eiser] [installatiebedrijf] tijdig aansprakelijk heeft gesteld. [eiser] heeft [installatiebedrijf] nog niet in rechte betrokken nu de bemiddeling van het IAS nog niet is afgesloten. [eiser] meent dat dit gezichtspunt niet in zijn nadeel strekt.

3.2. Het standpunt van [installatiebedrijf]

[installatiebedrijf] stelt voorop dat bij de beoordeling van het beroep op verjaring de rechtszekerheid het uitgangspunt moet zijn. Slechts in uitzonderingsgevallen kan van het instituut van de rechtszekerheid worden afgeweken. Een dergelijk uitzonderingsgeval is in dit geval niet aan de orde.

3.2.1. *Ten aanzien van gezichtspunt a:* dit gezichtspunt strekt bij leven van [eiser] in diens voordeel, aldus [installatiebedrijf].

3.2.2. *Ten aanzien van gezichtspunt b:* [installatiebedrijf] meent dat gewicht toekomt aan het feit dat [eiser] uit hoofde van de Regeling TAS een uitkering heeft ontvangen van in

totaal € 20.355,00, welke uitkering in geval van het niet doorbreken van het beroep op verjaring mag worden behouden.

[eiser] blijft bij een geslaagd beroep op de verjaring aldus niet met lege handen staan. Dit gezichtspunt strekt volgens [installatiebedrijf] aldus niet in het voordeel van [eiser].

3.2.3. *Ten aanzien van gezichtspunt c:* Indien vast komt te staan dat er sprake is van schending van de zorgplicht als bedoeld in art. 7:658 BW levert dit niet automatisch een verwijtbaarheid op in de zin van dit gezichtspunt. [installatiebedrijf] meent dat voor de doorbreking van de verjaring sprake moet zijn van een hoge mate van verwijtbaarheid. Dat is er in dit geval niet. [installatiebedrijf] beroept zich in dat verband op een arrest van het hof Amsterdam (ECLI:NL:GHAMS:2008:BH4147) en wijst er verder op dat dit gezichtspunt ten opzichte van de andere gezichtspunten een relatief groot gewicht in de schaal legt omdat de wetenschap en/of de gedragingen van de aangesproken persoon zelf hierbij een rol spelen. Dit gezichtspunt relateert de (on)aanvaardbaarheid van het beroep op verjaring aan wetenschap of gedragingen van (of minstens toe te rekenen aan) de aansprakelijke persoon zelf (Hoge Raad 24 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:494, X/Maersk).

Verder betoogt [installatiebedrijf] dat zij tot begin van de jaren '80 nog niet bekend behoefde te zijn met de schadelijke gevolgen van blootstelling aan (wit) asbest. Tot in de eerste helft van de jaren tachtig werd immers op grote schaal gedacht dat werken met wit asbest (veruit de meest verwerkte soort, circa 90% van de producten waarin asbest is verwerkt bevat wit asbest; de asbestproductie op wereldschaal bestaat ook voor 85% uit wit asbest) niet tot het oplopen van mesothelioom kon leiden.

Zo werd in het arrest van de Hoge Raad van 4 juni 2004 (ECLI:NL:HR:2004:AO4596, Gemex) een werkgever niet aansprakelijk geacht voor de ziekte mesothelioom bij een van haar werknemers aangezien gevaar verbonden aan blootstelling van (wit) asbest niet bekend en redelijkerwijs niet kenbaar was voor de werkgever gedurende de periode dat de werknemer werkzaam was voor de werkgever (1965-1979). Het treffen van specifieke maatregelen die het gevaar van blootstelling hadden moeten wegnemen, kon dan ook niet van de werkgever worden verlangd.

Met betrekking tot de gevaren van bruin of blauw asbest geldt een ander uitgangspunt mede vanwege het proefschrift van dr. J. Stumphius, destijds bedrijfsarts van scheepswerf de Schelde in Vlissingen, die in zijn proefschrift uit 1969 voor de gevaren van asbest waarschuwde en de overheid opriep tot het nemen van maatregelen, zij het dat hij geen verbod bepleitte. De Eternit rioolbuizen waar [eiser] mee werkte bevatten voornamelijk witte asbest en nauwelijks of geen crocidoliet (blauwe asbest). Bij een eventueel aanwezige geringe hoeveelheid blauwe asbest levert dat nog geen ernstig verwijt aan de zijde van [installatiebedrijf] op.

Van een intensieve blootstelling, zoals in de asbestverwerkende- en producerende industrie is geen sprake, zodat van [installatiebedrijf] ook niet verwacht kan worden dat zij uitgebreid zelfstandig wetenschappelijk onderzoek naar de gevaren van blootstelling zou verrichten.

[installatiebedrijf] heeft ter ondersteuning van haar standpunt nog gewezen op een aantal uitspraken, zoals ECLI:NL:RBMNE:2015:9064, ECLI:NL:RBMNE:2014:5507 en ECLI:NL:RBMNE:2014:3252. Deze rechtspraak bevestigt volgens [installatiebedrijf] dat

van een hoge mate van verwijtbaarheid bij [installatiebedrijf] niet kan worden gesproken, gezien de toentertijd – in de periode tot/tot en met 1970 – bestaande kennis en inzichten bij een niet asbestverwerkend of -producerend bedrijf ter zake een niet langdurige/intensieve blootstelling aan asbest(stof). [installatiebedrijf] meent daarom dat dit gezichtspunt strekt in haar voordeel.

3.2.4. *Ten aanzien van gezichtspunt d:* ook dit gezichtspunt moet, aldus [installatiebedrijf], in zijn voordeel uitvallen. Eerst na het verstrijken van de verjaringstermijn is een vordering ingesteld. Met een vordering als deze hoefde [installatiebedrijf] geen rekening te houden. [installatiebedrijf] beschikte niet over een eigen bedrijfsgeneeskundige dienst in de in het geding zijnde periode. [installatiebedrijf] was ook niet bekend met andere claims binnen de verjaringstermijn.

3.2.5. *Ten aanzien van gezichtspunt e:* Er is sprake van een lange tijdsspanne tussen de werkzaamheden van [eiser] waarin hij met asbest in aanraking zou zijn gekomen en de aansprakelijkheidstelling. Om aan te tonen dat [installatiebedrijf] haar zorgplicht niet heeft geschonden, zal zij inzicht moeten kunnen geven in de gang van zaken bij haar in de periode tot/tot en met 1970. Het is nog maar de vraag of daartoe nog bewijsmateriaal voorhanden is en derhalve heeft te gelden dat [installatiebedrijf], gezien het tijdsverloop tussen de laatst mogelijk blootstelling aan asbest en het moment van aansprakelijkheidstelling, ernstig beperkt is in het leveren van bewijs dat zij aan haar zorgplicht heeft voldaan. Ook is onduidelijk aan welke soort asbest [eiser] is blootgesteld. Dit gezichtspunt werkt daarom in het voordeel van [installatiebedrijf].

3.2.6. *Ten aanzien van gezichtspunt f:* [installatiebedrijf] is verzekerd bij [verzekeraar] zodat dit gezichtspunt niet in het nadeel van [eiser] weegt.

3.2.7. *Ten aanzien van gezichtspunt g:* [eiser] heeft [installatiebedrijf] tijdig aansprakelijk gesteld, zodat dit gezichtspunt niet in het voordeel van [installatiebedrijf] werkt.

Alles afwegende concludeert [installatiebedrijf] dat de rechtszekerheid voortvloeiend uit de absolute verjaring in dit geval dient te prevaleren.

4. De beoordeling

4.1 In deze procedure dient als vaststaand te worden aangenomen dat [eiser] in de periode van 1950 tot en met 1970 tijdens zijn werkzaamheden als loodgieter bij [installatiebedrijf] aan asbest is blootgesteld. Daarbij kan in het midden blijven of ook nog blootstelling heeft plaatsgevonden na 1970. Uit de “Asbestkaart” blijkt dat het beroep van loodgieter bekend staat als een risicoberoep voor asbestblootstelling. Het beroep loodgieter staat voorts op de risicoberoepen lijst van de Gezondheidsraad (Commissie asbestprotocollen nummer 1998/10, Rijswijk, 15 april 1998). Vast staat verder dat [eiser] de ziekte mesothelioom heeft opgelopen, dat deze ziekte geen andere bekende oorzaak heeft dan blootstelling aan asbest en voorts dat [installatiebedrijf] op grond van artikel 7:658 BW (artikel 1638x oud BW resp. 7A:1638x oud BW) in het licht van hetgeen gedurende het dienstverband bekend was omtrent de schadelijkheid van asbest aansprakelijk is voor de schade die [eiser] heeft geleden en lijdt ten gevolge van diens ziekte.

4.2 Het gerezen geschil spitst zich toe en is met instemming van beide partijen ook beperkt tot de vraag of de vordering van [eiser] is verjaard, naar [installatiebedrijf]/[verzekeraar] gemotiveerd heeft betoogd en [eiser] evenzeer gemotiveerd heeft bestreden.

Daarbij heeft [eiser] onder meer onder verwijzing naar het arrest Van Hese/De Schelde (ECLI:NL:HR:2000:AA5648) aangevoerd dat het beroep van [installatiebedrijf]/[verzekeraar] op verjaring naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is en daarom moet worden verworpen.

4.3 De verjaring is aangevangen onder vigore van het oude Burgerlijk Wetboek. Op grond van artikel 68a in verbinding met artikel 73 Overgangswet Nieuw BW zijn thans echter de bepalingen uit het huidige Burgerlijk Wetboek van toepassing. De onderhavige rechtsvordering betreft vergoeding van schade als gevolg van blootstelling aan asbest vóór 1 februari 2004. Op een dergelijke vordering is de in artikel 3:310 lid 2 BW neergelegde verjaringstermijn van toepassing (zie Hoge Raad 2 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BR5216 en NJ 2012, 197, Nefalit/Schraa c.s.). De vordering van [eiser] verjaart daarom na verloop van dertig jaar na de gebeurtenis waardoor de schade is veroorzaakt, in dit geval de laatste blootstelling aan asbest. Het laatst mogelijke moment van blootstelling aan asbest(stof) is volgens [eiser] gelegen in 1970. Aldus is sprake van verjaring in absolute zin op basis van artikel 3:310 lid 2 BW.

4.4 Aan de lange verjaringstermijn als hier bedoeld dient, in het belang van de rechtszekerheid, in beginsel strikt de hand te worden gehouden. Echter, uit een oogpunt van individuele gerechtigheid ten opzichte van de benadeelde is het moeilijk te aanvaarden dat een vordering verjaart die de benadeelde niet eerder geldend heeft kunnen maken wegens het voor hem verborgen karakter van zowel de schade als het causaal verband daarvan met een bepaalde gebeurtenis. Immers, de ziekte mesothelioom, waarvan geen andere oorzaak bekend is dan blootstelling aan asbest, openbaart zich gemiddeld twintig tot veertig jaar na de blootstelling, binnen een bandbreedte van tien tot zestig jaar. De ziekte kan zich dus openbaren voordat de dertigjarige verjaringstermijn van artikel 3:310 lid 2 BW is verstreken, maar dat kan ook daarna gebeuren.

4.5 Tegen die achtergrond heeft De Hoge Raad in het arrest Van Hese/De Schelde overwogen dat in zeer uitzonderlijke gevallen op grond van artikel 6:2 lid 2 BW aanleiding kan bestaan het - op zich zelf terechte immers op de wet gebaseerde - verjaringsberoep te doorbreken. Een zodanig uitzonderlijk geval kan zich voordoen, zo overwoog de Hoge Raad, wanneer onzeker is of de gebeurtenis die de schade kan veroorzaken (hier: de blootstelling aan asbest) inderdaad tot schade (hier: de ziekte) zal leiden, die onzekerheid zeer lange tijd is blijven bestaan en de schade in die zin naar haar aard verborgen is gebleven, en dat zij daadwerkelijk is ontstaan en dus pas kon worden geconstateerd nadat de verjaringstermijn reeds was verstreken. Een dergelijk geval doet zich hier voor.

4.6 Of in gevallen als het onderhavige een beroep op de verjaringstermijn van dertig jaar na de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust, inderdaad naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, zal met inachtneming van alle omstandigheden van het concrete geval moeten worden beoordeeld, waarbij – aldus de Hoge Raad – de rechter blijf moet hebben gegeven de volgende gezichtspunten in zijn beoordeling te hebben betrokken:

-
- (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.

4.7 Bij de te maken afweging van alle omstandigheden van het onderhavige geval is mede van belang in welke mate elk van de afzonderlijke gezichtspunten in het voordeel van de ene of de andere partij pleit en welke waarde – eventueel mede op grond daarvan – aan het desbetreffende gezichtspunt moet worden toegekend. Ofschoon in algemene zin geen hiërarchie is aan te brengen in de genoemde gezichtspunten, zal in een concrete situatie aan het ene gezichtspunt meer gewicht toekomen dan aan het andere. Gezichtspunt C legt ten opzichte van de andere gezichtspunten in beginsel een relatief groot gewicht in de schaal, omdat de mate van verwijtbaarheid c.q. de wetenschap en/of gedragingen van (of minstens toe te rekenen aan) de aangesproken partij zelf hierbij een rol spelen. Daarvan uitgaande komt het deskundigenpanel tot het volgende.

Gezichtspunt A – Soort schade en aan wie komt de vordering toe?

4.8 De vordering van [eiser] betreft in overwegende mate immateriële schade (€ 58.060,-) en in mindere mate materiële schade (€ 6.462,-). Indien [installatiebedrijf] overgaat tot het vergoeden van de schade, dan komen deze bedragen ten goede aan [eiser] zelf. Dit gezichtspunt pleit derhalve voor doorbreking van de verjaring.

Gezichtspunt B – Aanspraak op vergoeding uit andere hoofde?

4.9 [eiser] heeft ter zake van de schade geen andere vergoedingen of uitkeringen ontvangen dan een tegemoetkoming op grond van de Regeling TAS (zie onder 2.6). Het deskundigenpanel is van oordeel dat het voorwaardelijk karakter van deze uitkering met zich brengt dat aan de TAS-uitkering, in het kader van gezichtspunt (b), geen waarde gehecht kan worden. De kennelijke bedoeling van dit gezichtspunt is vast te stellen of de benadeelde, mocht het beroep op verjaring niet (onder invloed van de redelijkheid en billijkheid) doorbroken worden, toch de schade geheel of gedeeltelijk vergoed krijgt of heeft gekregen. Ontvangt de benadeelde een – niet te verwaarlozen deel – vergoeding van de geleden schade, dan wordt het nadeel dat de verjaring met zich brengt, (deels) verzacht. Het deskundigenpanel is dan ook van oordeel dat, door het voorwaardelijk karakter van de vergoeding die door [eiser] van het TAS is ontvangen, dit gezichtspunt niet ten voordele strekt van [installatiebedrijf] bij haar beroep op de verjaring.

Gezichtspunt C – Mate waarin de gebeurtenis de aangesprokene kan worden verweten

4.10 Dit gezichtspunt relateert de (on-)aanvaardbaarheid van het beroep op verjaring aan wetenschap of gedragingen van (of minstens toe te rekenen aan) de aansprakelijke (rechts)persoon zelf. Daarmee wordt in het kader van de billijkheidstoets noodzakelijkerwijs toch in enige mate het terrein van de mate van verwijtbaarheid betreden.

[installatiebedrijf] heeft betoogd dat daarbij uitgegaan moet worden van een hoge mate van verwijtbaarheid, en mocht dat niet kunnen worden aangenomen dat gezichtspunt werkt in het voordeel van [installatiebedrijf]. Die stelling kan het panel in zijn algemeenheid niet onderschrijven.

De verwijtbaarheid als zodanig dient uitgangspunt te zijn, maar tegen de achtergrond van de billijkheidstoets als hiervoor verwoord, ligt het veeleer in de rede in die gevallen waarbij niet op voorhand sprake is van een ernstige mate van verwijtbaarheid meer de nadruk te leggen op de specifieke omstandigheden van het geval in combinatie met de weging van de overige gezichtspunten, geen ernstige maar zonder dat de mate van verwijtbaarheid als zodanig doorslaggevend kan zijn voor de vraag of een beroep op verjaring gerechtvaardigd is. Tegen deze achtergrond overweegt het deskundigenpanel het volgende.

Aan te nemen valt dat reeds voor 1965, zeker voor een middelgroot bouwbedrijf als [installatiebedrijf], waarbij door loodgieters met asbesthoudend materiaal werd gewerkt en waarbij ook bewerkingen plaatsvonden, op grond van de toenmalige ‘State of the Art’, enige bekendheid bestond of behoorde te bestaan met (ingrijpende) gezondheidsproblemen die inademing van asbestvezels kon veroorzaken (asbestose en longkanker) en dat aldus op werkgevers, zoals [installatiebedrijf], een zorgplicht rustte om werknemers die zulke gezondheidsrisico’s liepen, te beschermen. Uit de stellingen van [eiser] komt naar voren dat medewerkers van [installatiebedrijf], zoals [eiser], in ieder geval geregeld en meer dan incidenteel asbestproducten verwerkten (vgl. Gerechtshof Den Haag 15 september 2015, ECLI:NL:GHDH:2015:2438). Uitgaande van deze omstandigheden mocht van [installatiebedrijf] worden verwacht dat zij maatregelen zou treffen om het toen bij haar bekende of als bekend te veronderstellen asbestrisico voor haar werknemers te voorkomen. Het al dan niet beschikken over een eigen medische dienst doet daar niet aan af. In voldoende mate staat vast dat deze maatregelen (ter voorkoming van een ernstig gevaar voor de gezondheid van mensen) niet zijn getroffen. Het deskundigenpanel neemt eveneens, bij gebrek aan enige inhoudelijke bestrijding van de kant van [installatiebedrijf], als vaststaand aan dat [eiser] in de betreffende periode door of namens [installatiebedrijf] nimmer is gewezen op de gezondheidsrisico’s van het werken met asbest. Dat [installatiebedrijf] in de huidige procedure ook maar enige inspanning heeft verricht om in haar bedrijf nadere informatie te achterhalen is niet of onvoldoende gebleken. Aldus heeft [installatiebedrijf] destijds haar zorgplicht (ex: toen art. 1638x oud BW, nu artikel 7:658 BW) jegens [eiser] geschonden. Door dergelijke voorzorgsmaatregelen, ondanks de niet geringe mate waarin [eiser] in de uitoefening voor zijn werkzaamheden voor [installatiebedrijf] aan asbest(stof) werd blootgesteld, achterwege te laten en [eiser] zonder enig beschermingsmiddel voort te laten gaan met zijn werkzaamheden waarbij hij aan asbest(stof) werd blootgesteld, heeft [installatiebedrijf] de kans dat [eiser] een tot een mesothelioom leidend asbestkristal zou binnen krijgen, in aanmerkelijke mate verhoogd (zie Hoge Raad 25 juni 1993, ECLI:NL:HR:1993:AD1907, Cijssouw/De Schelde). Gelet hierop kan dan ook in het midden blijven met welke asbestsoort [eiser] nu precies gewerkt heeft in de betreffende periode. Daarbij komt dat in algemene zin geldt dat naarmate het risico op ernstige (personen)schade groter is, juist meer voorzorgsmaatregelen vereist zijn (zie bijvoorbeeld Hof Arnhem 7 juli

2009(ECLI:NL:GHARL:2009:BK4834). Vanuit dit gezichtspunt bezien is er daarom eerder aanleiding de verjaringstermijn buiten toepassing te laten dan deze te handhaven.

Gezichtspunt D – diende reeds vóór het verstrijken van de verjaringstermijn rekening gehouden te worden met aansprakelijkheid?

4.11 Zo al niet al vanaf 1950 [installatiebedrijf] als werkgever rekening had dienen te houden met de mogelijkheid van aansprakelijkheidstelling wegens schade veroorzaakt door de blootstelling aan asbest, kan gezien het voortschrijdend maatschappelijk inzicht in die gevaren redelijkerwijs worden aangenomen dat vanaf eind jaren '60 en begin jaren '70 van de vorige eeuw dat besef aanwezig kon zijn. Te denken valt onder meer aan het proefschrift van Stumphius (1969), het P blad 116 (1971) van de Arbeidsinspectie, het asbestverbod (1977) en het asbestverbod (1993). In dat verband weegt verder mee dat zeker in de jaren '80 van de vorige eeuw min of meer algemeen bekend was, gezien ook de toen gewezen rechterlijke uitspraken omtrent aan asbest blootgestelde werknemers bij wie zich (eerst) jaren nadien de ziekte maligne mesothelioom manifesteerde en de daaraan – in brede zin – bestede (media)aandacht, dat blootstelling aan asbest(stof) op langere termijn tot (onder meer) deze ziekte kon leiden. Nu de laatste blootstelling aan asbest(stof) van [eiser] heeft plaatsgevonden in 1970 en alstoen ook reeds een absolute verjaringstermijn van 30 jaar had te gelden en [installatiebedrijf] wetenschap had van het werken met asbest in haar bedrijf, werkt dit gezichtspunt meer in het voordeel van [eiser] dan van [installatiebedrijf].

Gezichtspunt E – Bestaat er naar redelijkheid nog de mogelijkheid tot verweer tegen de vordering?

4.12 Voorstelbaar is weliswaar dat het voeren van verweer door [installatiebedrijf] tegen een vordering als hier aan de orde bemoeilijkt wordt door het substantiële tijdsverloop, maar dit laat onverlet dat zij in staat moe(s)t worden geacht, mede gelet op hetgeen ten aanzien van gezichtspunt D is overwogen (ook gelet op de andere zaken van 2008 en 2017 met blootstellingen tot resp. 1965 en medio jaren '80 waarbij zij betrokken was) verdere informatie te verkrijgen omtrent de (aard van de) destijds door [eiser] verrichte werkzaamheden en omstandigheden waaronder hij die werkzaamheden heeft verricht. Dat [installatiebedrijf] ook maar enige inspanning heeft verricht om deze informatie te achterhalen is, zoals hiervoor reeds is overwogen, niet of onvoldoende gebleken. Dat klemt te meer nu het [installatiebedrijf] zelf is geweest die is aan te merken als de direct aansprakelijke werkgever, anders dan in de kwestie De Jong/Optimodal (ECLI:NL:HR:2004:AR3138). [installatiebedrijf] heeft in ieder geval onvoldoende inzichtelijk gemaakt waarom zij ernstig belemmerd is geweest in het vergaren van bewijsmateriaal, waaruit kan blijken op welke wijze zij is omgegaan met de fysieke blootstelling aan asbest(stof) van haar werknemers, waaronder [eiser]. Een enkel beroep op tijdsverloop legt daarbij onvoldoende gewicht in de schaal. Dit gezichtspunt biedt daarom geen steun voor het beroep op verjaring van [installatiebedrijf].

Gezichtspunt F – Is de aansprakelijkheid (nog) door verzekering gedekt?

4.13 [installatiebedrijf] heeft bij [verzekeraar] een aansprakelijkheidsverzekering gesloten die zo nodig dekking biedt tegen de door [eiser] gevorderde schadevergoeding. Dit gezichtspunt werkt daardoor in het voordeel van [eiser].

Gezichtspunt G – Heeft binnen redelijke termijn een aansprakelijkstelling plaatsgevonden?

4.14 Bij [eiser] is in november 2017 de diagnose maligne mesothelioom gesteld. Op 10 december 2017 heeft hij [installatiebedrijf] aansprakelijk gesteld voor zijn schade. Naar het oordeel van het deskundigenpanel heeft [eiser] aldus voldoende voortvarend gehandeld en is de redelijke termijn als hier bedoeld geenszins verstreken, zodat dit gezichtspunt pleit tegen het handhaven van de verjaringstermijn.

Alle gezichtspunten in onderling verband en samenhang beschouwd

4.15 Zoals hiervoor is overwogen, is de vordering tot vergoeding van de schade van [eiser] in beginsel verjaard. Gelet op het absolute karakter van verjaring, dient het beroep op doorbreking van die verjaring alleen in uitzonderlijke gevallen te worden gehonoreerd. Van een dergelijke uitzondering is naar het oordeel van het deskundigenpanel in dit geval sprake. Uit het voorgaande volgt immers dat het merendeel van de gezichtspunten, erop duidt dat een beroep op verjaring van de zijde van [installatiebedrijf] in het gegeven geval naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, zodat het buiten toepassing laten van de verjaringstermijn alleszins gerechtvaardigd is te achten.

5. Het advies

Gelet op hetgeen hiervoor is overwogen ten aanzien van de zeven gezichtspunten, zowel afzonderlijk als in onderling verband bezien, komt het deskundigenpanel tot het oordeel dat toepassing van de dertigjarige verjaringstermijn van artikel 3:310 lid 2 Burgerlijk Wetboek in dit geval naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, waardoor [installatiebedrijf] geen beroep op verjaring toekomt.

Dit advies is gegeven door mrs. Aarts, Kremer en Charlier op 5 februari 2019.