

De arbeidsrechtelijke omkeringsregel bij asbestblootstelling

HR 6 april 2018¹



Chris van Dijk, advocaat bij
Kennedy Van der Laan

Inleiding

Als een werknemer bewijst dat hij gezondheidsschade heeft opgelopen in de uitoefening van zijn werk, rust op grond van art. 7:658 lid 2 BW de bewijslast op de werkgever dat hij zijn veiligheidsverplichtingen is nagekomen, of dat de schade in belangrijke mate het gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer. Ook kan de werkgever bewijzen dat het causaal verband ontbreekt tussen zijn schending van de veiligheidsverplichtingen en de door de werknemer gestelde gezondheidsschade.² Voordat aan de beoordeling van de door de werkgever getroffen veiligheidsmaatregelen wordt toegekomen is het in beginsel eerst aan de werknemer om te stellen en bewijzen dat hij schade heeft geleden in de uitoefening van zijn werkzaamheden. Bij beroepsziekten heeft de werknemer vaak grote moeite om te bewijzen dat hij schade heeft opgelopen in de uitoefening van zijn werkzaamheden. Bij arbeidsongevallen ontstaat het letsel meestal onmiddellijk als gevolg van het arbeidsongeval; de val van een ladder, het steken van een hand in een machine, of bijvoorbeeld het uitglijden op een natte vloer. Bij beroepsziekten ligt dit meestal anders. Het is lastig voor een werknemer om te bewijzen dat het (chronische) ziektebeeld waaraan hij lijdt, dat zich vaak na het verrichten van jarenlange werkzaamheden geleidelijk aan heeft ontwikkeld en dus niet op één moment is ontstaan, is veroorzaakt door de voor zijn werkgever verrichte werkzaamheden. Om dit bewijsprobleem deels te ondervangen kan de werknemer zich beroepen op de in art. 7:658 lid 2 BW besloten liggende ‘arbeidsrechtelijke omkeringsregel’. Deze regel is nader uitgewerkt in de Hoge Raad arresten Unilever/Dikmans, Havermans Luycks, Lansink/Ritsma en SVB/Van der Wege.³ De regel houdt in dat, wanneer een werknemer aantoonde (1) dat hij bij zijn werk is blootgesteld aan omstandigheden die schadelijk “kunnen” zijn geweest voor zijn gezondheid en (2) aannemelijk maakt dat zijn gezondheidsklachten hierdoor “kunnen” zijn veroorzaakt, het oorzakelijk verband tussen klachten en blootstelling wordt aangenomen, tenzij de werkgever bewijst dat hij die maatregelen heeft getroffen

die redelijkerwijs nodig waren om de schade van de werknemer te voorkomen.

Bij arrest van 6 april jl. heeft de Hoge Raad wederom een uitspraak gewezen over de ‘arbeidsrechtelijke omkeringsregel’.⁴ Ditmaal in het kader van mesothelioom en blootstelling aan asbest door de werkgever. Deze uitspraak is de aanleiding voor dit artikel. Voordat ik op die uitspraak zelf inga zal ik in paragraaf 2 kort de vraag beantwoorden onder welke omstandigheden de arbeidsrechtelijke omkeringsregel door de werknemer in stelling kan worden gebracht en in paragraaf 3 enige recente (lagere) rechtspraak in beroepszietezaken bespreken. In paragraaf 4 wijs ik op enkele uitspraken van lagere rechters over mesothelioom en asbestblootstelling en in paragraaf 5 bespreek ik het arrest van de Hoge Raad van 6 april 2018. Ik sluit in paragraaf 6 af met enkele conclusies.

Wanneer is de arbeidsrechtelijke omkeringsregel toepasselijk?

Voor toepasselijkheid van de arbeidsrechtelijke omkeringsregel dient de werknemer zoals gezegd (i) te stellen en zo nodig te bewijzen dat hij werkzaamheden heeft moeten verrichten onder omstandigheden die schadelijk “kunnen” zijn geweest voor zijn gezondheid en (ii) te stellen en zo nodig te bewijzen dat zijn gezondheidsklachten hierdoor “kunnen” zijn veroorzaakt. In de arresten van 7 juni 2013 (Lansink/Ritsma en SVB/Van der Wege) expliciteert de Hoge Raad dat de regel alleen van toepassing is als er een vermoeden bestaat dat de gezondheidsschade is veroorzaakt door de omstandigheden waarin de werknemer zijn werk heeft verricht. Van een dergelijk vermoeden is geen sprake als het causaal verband tussen de geleden gezondheidsschade en de uitoefening van de werkzaamheden te onzeker of te onbepaald is.⁵

Voor het aannemen van een vermoeden bestaat daarom een ondergrens. Waar deze in een concrete zaak ligt is afhankelijk van de omstandigheden van het geval, waarbij volgens de Hoge Raad van belang is (1) hetgeen in het algemeen bekend is omtrent de ziekte en haar oorzaken, en (2) de schending door de werkgever van de veiligheidsnorm die beoogt deze ziekte te voorkomen. Wat algemeen bekend is over de ziekte en haar oorzaken geeft dus een beperkte mate van abstractie. Dat de omstandigheden van het geval en de schending van de veiligheidsnorm zelf van groot belang zijn voor het antwoord op de vraag of sprake is van een vermoeden is evident. Over de omstandigheden van het geval en de mogelijke schending van een veiligheidsnorm was in de zaak Lansink/Ritsma onvoldoende bekend. Daarom merkt A-G Spier in zijn conclusie bij dit arrest op:

'Deskundigen menen dat sprake is van een niet-verwaarloosbare kansverhoging op kanker [te weten 17%, cvd]. Maar dat oordeel is (...) niet gebaseerd op een beoordeling van de concrete feiten en omstandigheden waaromtrent vrijwel niets bekend was, maar op een meer modelmatige benadering. In een dergelijke setting past zéér, zéér grote voorzichtigheid om gemakkelijk een conditio sine qua non-verband aan te nemen.'

In de meeste commentaren naar aanleiding van de arresten van 7 juni 2013 wordt betoogd dat niet te snel een vermoeden van causaal verband tussen de ziekte en het werk mag worden aangenomen. Hartlief schrijft in zijn noot in de NJ:⁶

"(...) Uiteraard is dan niet iedere kans, ongeacht haar omvang, geschikt om dit vermoeden te dragen. (...) Welke drempel moet worden overschreden, zal ook afhankelijk zijn van de vraag welke ziekte het betreft, wat we weten van haar oorzaken en van de (effectiviteit van) eventuele maatregelen en waarschijnlijk ook van de vraag of en zo ja welke alternatieve verklaringen in beeld zijn en hoe aannemelijk deze zijn. Gelet op het feit dat het gaat om een vermoeden van causaal verband dat in principe leidt tot een alles-of-niets-oplossing zou ik denken dat het moeilijk anders dan om een behoorlijke grote kans zal gaan."

A-G Drijber sluit zich in zijn conclusie bij het nog te bespreken arrest van 6 april 2018 bij deze gedachte aan:⁷

"3.11. Ik lees de beide arresten ook zo dat Uw Raad het signaal heeft willen afgeven dat de aansprakelijkheid van werkgevers voor schade die is veroorzaakt door beroepsziekten van werknemers beheersbaar moet blijven. Dat lijkt ook daarom gerechtvaardigd omdat de toepassing van de arbeidsrechtelijke omkeringsregel in beginsel tot een alles-of-niets-oplossing leidt. Immers, als de werknemer erin slaagt aan te tonen dat (i) hij is blootgesteld aan voor de gezondheid gevaarlijke werkomstandigheden en (ii) zijn gezondheidsschade daarin zijn oorzaak kan vinden, dan staat de aansprakelijkheid van de werkgever voor door de werknemer geleden schade in beginsel vast indien tevens vaststaat dat de werkgever, kort gezegd, zijn zorgplicht niet is nagekomen. Er kunnen volgens de beide genoemde arresten echter omstandigheden zijn waarbij voor het vermoeden dat de gezondheidsschade van de werknemer is veroorzaakt door zijn arbeidsomstandigheden "geen plaats is".

Het antwoord op de vraag of de arbeidsrechtelijke omkeringsregel toepasselijk is heeft een hoog feitelijke gehalte. Zoals Spier schrijft: *'Maar m.i. is voor een dergelijk oordeel [aannemelijkheid tussen werk en gezondheidsklachten] een voldoende begrijpelijke feitelijke basis nodig. In gevallen waarin de rechter een deskundige heeft benoemd, zal deze zich op dit punt voldoende helder en overtuigend moeten uitlaten, terwijl de deskundige en de rechter hun oordeel zullen moeten baseren op voldoende harde gegevens over de voorliggende zaak. Als zodanige gegevens niet voorhanden zijn, kan geen toepassing worden gegeven aan de Unilever/Dikmans-regel'*⁸

Uit de uitspraken van 7 juni 2013 volgt voorts dat als het causaal verband tussen een normschending en de schade zich niet laat vaststellen, omdat niet kan worden vastgesteld of de schade is veroorzaakt door een normschending van de aansprakelijk gestelde persoon of door een oorzaak die voor risico van benadeelde zelf komt (of een combinatie van beide oorzaken), het leerstuk van proportionele aansprakelijkheid uitkomst kan bieden. De rechter zal, als het causaal verband tussen de normschending en de schade niet kan worden achterhaald (hetgeen niet te snel mag worden aangenomen), een deskundige moeten benoemen om zich te laten voorlichten over de grootte van de kans dat de gezondheidsschade van de werknemer is veroorzaakt in de uitoefening van zijn werkzaamheden. Is de door de deskundigen geschatte kans zeer klein, dan ligt het in het algemeen voor de hand dat de rechter de vordering afwijst. Is de kans heel groot, dan zal de rechter de vordering in beginsel toewijzen. Op grond van het leerstuk van de proportionele aansprakelijkheid kan de rechter – ten aanzien van de tussen deze twee uitersten gelegen gevallen – de werkgever tot vergoeding van de gehele schade veroordelen, met aftrek van het geschatte percentage waarin de aan de werknemer toe te rekenen omstandigheden tot diens schade hebben bijgedragen.

De uitspraken van lagere rechters in beroepsziekteclaims sinds 7 juni 2013

Onder meer de volgende uitspraken zijn sinds de arresten van de Hoge Raad van 7 juni 2013 geweest: Hof Den Bosch 16 september 2014¹⁰, Hof Den Haag 25 oktober 2016¹¹, Hof Den Haag 10 november 2016¹², Hof Arnhem-Leeuwarden 28 februari 2017, ECLI:NL:GHARL:2017¹³ en Hof Den Haag 21 maart 2017.¹⁴ In deze uitspraken oordeelt de rechter na het inwinnen van een deskundigenbericht steeds dat de omkeringsregel niet kan worden toegepast, omdat het verband tussen klachten en werk te onzeker of onbepaald is. Toewijzingen in beroepsziekteclaims zijn sinds juni 2013 nauwelijks in de gepubliceerde rechtspraak te vinden.¹⁵

Mesothelium, onrechtmatige asbestblootstelling tijdens het werk en de omkeringsregel

Voorop staat dat asbestblootstelling de enige bekende oorzaak is van mesothelium. Het wordt daarom een 'monocausale ziekte' genoemd. Bovendien wordt wel als voorstelling van zaken gegeven dat het inademen van slechts één asbestvezel voldoende kan zijn om – veel later, 20 tot zelfs 50 jaar – de ziekte veroorzaken. De Hoge Raad heeft dit in zijn arrest Cijssouw/De Schelde uit 1993 expliciet overwogen. Uit dit arrest volgt dat de onzekerheid omtrent het antwoord op de vraag wanneer het 'fatale asbestkristal' in het lichaam van de betrokken werknemer terecht is gekomen, voor risico van de werkgever komt, ook als dat geweest zou zijn in de periode vóórdat de werkgever op de hoogte was met de gevaren van asbest en waarin hij dus niet tekortgeschoten was. In 1998 oordeelde de Hoge Raad verder dat de werkgever aansprakelijk is indien hij tekort is geschoten in het nemen van veiligheidsmaatregelen en de kans op mesothelium daardoor in aanmerkelijke mate is vergroot.¹⁷

- > De enkele mogelijkheid van asbestblootstelling is niet voldoende om aan te nemen dat de werknemer de ziekte heeft opgelopen tijdens zijn werk. De werknemer moet daadwerkelijke blootstelling bewijzen.¹⁸

In een zaak die leidde tot een uitspraak van 14 december 2004 van de Hoge Raad paste het hof de omkeringsregel toe.¹⁹ De klacht daartegen verwierp de Hoge Raad. Het ging in die zaak om een werknemer die van 1936 tot 1978 als ketelmaker in loondienst was geweest van scheepswerf NDSM. Dat hij door (isolatie)werkzaamheden van een onderaannemer (Hertel) op de NDSM werf fors met asbeststof in aanraking was gekomen stond vast. Hertel werd aangesproken voor zijn ziekte mesothelioom.²⁰ Vanwege de forse asbestblootstelling door het werk van Hertel was het weinig verwonderlijk dat de omkeringsregel werd toegepast en dat Hertel zich er niet op kon beroepen dat de ketelmaker ook elders blootgesteld was geweest aan asbest.

Van een zeer beperkte blootstelling van een werknemer aan asbest was wel sprake bij een aantal zaken die lagere rechters te behandelen kregen. Desondanks pasten ook die met enige regelmaat dat de omkeringsregel toe, ook na de arresten van 7 juni 2013 nog. Zo oordeelde het Hof Arnhem-Leeuwarden op 25 maart 2014:²¹

‘Indien iemand lijdt aan mesothelioom kan ervan worden uitgegaan dat dit is te wijten aan de blootstelling aan asbest. Dit “monocausale” karakter van mesothelioom wettigt naar het oordeel van het hof in beginsel het vermoeden van functioneel verband met de werkzaamheden van de werknemer indien vaststaat dat de werknemer tijdens zijn werkzaamheden is blootgesteld aan asbest. Dat is niet anders wanneer sprake is geweest van een geringe blootstelling en/of een beperkte blootstellingsduur. Ook bij een geringe mate van blootstelling kan mesothelioom ontstaan. In zoverre is, de mate en duur van de blootstelling niet van belang voor het al dan niet toepassen van de arbeidsrechtelijke omkeringsregel op situaties van mesothelioom.’

en de Rechtbank Midden-Nederland op 28 oktober 2015²²:

(...) heeft de ziekte ‘maligne mesothelioom’ een monocausaal karakter. Vaststaat dat [A] in of via de oude brandweerkazerne van de Gemeente Ede is blootgesteld aan asbeststof (...).

De Gemeente Ede heeft gewezen op alternatieve blootstellingsmogelijkheden en heeft gesteld dat veiligheidsmaatregelen van haar zijde asbestblootstelling van [A] niet zou hebben voorkomen, maar deze ‘mogelijkheden’ (zoals nevenactiviteiten van [eiser], privésituaties en het verleden van [A]) zijn onvoldoende geconcretiseerd. Ook doet een (vaststaande) alternatieve oorzaak niet af aan de schadevergoedingsverplichting van de aansprakelijke voor een gebeurtenis als gevolg waarvan de schade een gevolg kan zijn (artikel 6:99 BW). Door de Gemeente Ede is niet, althans onvoldoende gesteld, om tot bewijsoverlevering van het tegendeel te worden toegelaten.

Causaal verband tussen de blootstelling in of via de oude

brandweerkazerne en de ziekte ‘maligne mesothelioom’ bij [A] wordt derhalve aangenomen.’

Deze uitspraken lezende krijg ik de indruk dat gedaagden niet of onvoldoende hebben gesteld of onderbouwd dat er alternatieve blootstellingsmogelijkheden waren die in de risicosfeer van de benadeelde zelf liggen. Hoe dan ook was het wachten op een uitspraak van de Hoge Raad over de omkeringsregel bij (onrechtmatige) beperkte asbestblootstelling door (meestal) de werkgever, als er ook sprake was van een reële kans dat het mesothelioom door blootstelling elders was veroorzaakt. Met de uitspraak 6 april 2018 scheidt de Hoge Raad nu duidelijkheid.

Het arrest van de Hoge Raad van 6 april 2018

Nadat rechtbank en hof de vordering van de benadeelde werknemer hadden afgewezen omdat – kort gezegd – volgens hen het verband tussen de gezondheidsschade en zijn arbeidsomstandigheden te onzeker was – moest de Hoge Raad over de volgende zaak oordelen.

De overleden echtgenoot (verder: de badmeester) van eiseres heeft van 1972 tot 1996 gewerkt voor achtereenvolgens twee gemeentelijke zwembaden van de gemeente Rheden. Aanvankelijk als badmeester en later ook als beheerder/bedrijfsleider. In 2006 kreeg hij mesothelioom waaraan hij in 2007 is overleden. Het door het IAS uitgevoerde arbeidshistorisch onderzoek vermeldt over de blootstelling:

‘Vanaf 1 augustus 1979 is [eiser] overgeplaatst naar het Nieuwland zwembad. Hij geeft aan dat hij een leidinggevende functie had en tevens dezelfde werkzaamheden als voorheen uitvoerde. Hij verklaart dat er in de banken die rondom het zwembad stonden asbestmateriaal zat verwerkt. Op welke wijze dit is geweest kan hij niet aangeven. Hij heeft 5 of 6 keer tijdens zijn dienstverband zijn personeel opdracht geven om in de banken gaten te boren om deze te verstevigen. [eiser] was hierbij aanwezig. Hierbij kwam er stof vrij. Deze werkzaamheden duurden ongeveer een uur. Tevens heeft hij dagelijks op de banken gezeten.’

In dat rapport van dit onderzoek staat tevens dat de badmeester van 1961 tot en met augustus 1967 heeft gewerkt bij Machinefabriek Arnhem waar zijn werkzaamheden bestonden uit las- en slijpwerkzaamheden voor de productie van ketels.

Na aansprakelijkstelling van de gemeente laat deze IndusTox, een vaker door gedaagden ingeschakelde asbestdeskundige, onderzoek doen naar de mate van blootstelling. Naar het oordeel van IndusTox is deze zeer beperkt geweest. Daartegenover stelt zij dat hij ook in de buitenlucht of in huis, bij hobby's en bij de werkzaamheden bij Machinefabriek Arnhem blootgesteld kan zijn geweest aan asbest. Zij schat dat 92% van het totale aantal asbestvezels dat de badmeester tijdens zijn leven heeft ingeademd afkomstig is uit de omgevingslucht en 8% uit de werkzaamheden voor de gemeente. Gegeven de lange latentietijd van ontwikkeling van mesothelioom is asbestblootstelling in deze

periode (van 1961 tot en met augustus 1967) als oorzaak van de ziekte van de badmeester volgens IndusTox niet onaannemelijk.

Het hof meent niet alleen dat de omkeringsregel niet toepasselijk maar oordeelt tevens dat door gebrek aan goede blootstellingsgegevens niet met redelijke zekerheid te schatten is hoeveel de proportionele bijdrage van het boren in de banken langs het zwembad aan de totale blootstelling is geweest.

In cassatie wordt aangevoerd dat de omkeringsregel toepasselijk is omdat i) de werknemer tijdens de uitoefening van zijn werkzaamheden is blootgesteld aan asbest, (ii) hij mesothelioom heeft ontwikkeld, (iii) mesothelioom alleen door asbestblootstelling wordt veroorzaakt en (iv) mesothelioom kan zijn veroorzaakt door de onder (i) bedoelde blootstelling. Dit is temeer zo omdat in cassatie er verondersteltenderwijze van uit moet worden gegaan dat (v) de werkgever zijn zorgplicht heeft geschonden, omdat het hof dit in het midden had gelaten. Bij ziektebeelden als RSI (het arrest SVB/Van der Wege zag daarop) of 'schildersziektegevallen' (Lansink/Ritsma) voert het, aldus de cassatieklacht, weliswaar te ver om reeds op basis van een geringe blootstelling aan te nemen dat de ziekte verband houdt met de werkzaamheden. Maar in geval van mesothelioom zou dat anders liggen, omdat hiervoor reeds één enkele blootstelling voldoende is en mesothelioom uitsluitend daardoor kan worden veroorzaakt. In een dergelijk geval, waarbij asbestblootstelling tijdens het dienstverband (en de zorgplichtschending) vaststaat, zou het, aldus nog steeds het cassatiemiddel, gerechtvaardigd zijn er als uitgangspunt van uit te gaan dat de mesothelioom is veroorzaakt door die blootstelling.

De A-G Drijber, die overigens het cassatiemiddel goed verdedigbaar vindt, en de Hoge Raad gaan niet mee met deze gedachte. De Hoge Raad overweegt:

'Het voorgaande [dat voor toepassing van de omkeringsregel sprake moet zijn van een vermoeden dat niet te onzeker of onbepaald is cvd] geldt ook bij schade als gevolg van mesothelioom. Het door [eiseres] gestelde feit dat mesothelioom in alle gevallen wordt veroorzaakt door blootstelling aan asbest, brengt niet mee dat oorzakelijk verband tussen blootstelling aan asbest tijdens de werkzaamheden bij de aansprakelijk gehouden werkgever en die schade in beginsel moet worden aangenomen. Deze omstandigheid neemt immers niet weg dat het verband tussen die blootstelling en de gezondheidsschade te onzeker of te onbepaald kan zijn wanneer de werknemer ook buiten deze werkzaamheden aan asbest blootgesteld is geweest. Daarom komt, gelet op hetgeen in het algemeen bekend is omtrent de ziekte mesothelioom en haar oorzaak, betekenis toe aan (i) de duur en de intensiteit van de blootstelling bij deze werkgever, en in voorkomend geval aan (ii) de duur en de intensiteit van andere blootstelling(en) aan asbest gedurende de latentieperiode en (iii) de verhouding tussen (i) en (ii).'

Ik kan instemmen met het oordeel van de Hoge Raad. Dat mesothelioom monocausaal is en door onrechtmatige asbestblootstelling tijdens het werk kan zijn veroorzaakt, en ook nog eens door het inademen van één vezel, zegt immers niets over het antwoord op de vraag of de werknemer ook buiten zijn werk is blootgesteld aan asbest waardoor hij de ziekte kan hebben gekregen en zo ja of desondanks het vermoeden is gerechtvaardigd dat de blootstelling tijdens het werk de boosdoener was. Om dat te kunnen bepalen komt – naar ik aanneem, naast eventuele andere omstandigheden van het geval – gelet op hetgeen in het algemeen bekend is omtrent de ziekte mesothelioom en haar oorzaak, betekenis toe aan: (i) de duur en de intensiteit van de blootstelling bij deze werkgever, en in voorkomende gevallen aan (ii) de duur en de intensiteit van andere blootstelling(en) aan asbest gedurende de latentieperiode en, tot slot, aan (iii) de verhouding tussen (i) en (ii). Uit de woorden 'in voorkomend geval' lijkt te volgen dat zelfs als een alternatieve asbestblootstelling niet kan worden aangewezen, bij een zeer geringe blootstelling aan asbest tijdens het werk het verband tussen deze blootstelling en mesothelioom toch te onbepaald kan zijn. Het in paragraaf 4 aangehaalde stellige oordeel van onder meer het Hof Arnhem-Leeuwarden 25 maart 2014, dat de mate en duur van de blootstelling aan asbest niet van belang is voor het toepassen van de arbeidsrechtelijke omkeringsregel, vindt dus geen genade bij de Hoge Raad. Dat lijkt mij juist. Weliswaar kan mesothelioom theoretisch door blootstelling aan één asbestvezel ontstaan, maar die kans is wel buitengewoon klein en daar geeft het hof zich geen rekenschap van. Als geen alternatieve blootstelling kan worden aangewezen voor het mesothelioom zal de rechter wel logischerwijze eerder een vermoeden van causaal verband met het werk aannemen, ook als sprake is van een beperkte blootstelling. Een alternatieve oorzaak is overigens vaak wel aanwezig. Ik verwijs onder meer naar het rapport van de Gezondheidsraad 'Asbest: Risico's van milieu- en beroepsmatige blootstelling.' (2010)²³ en een rapport van TNO uit 1981 waarin de blootstellingsniveaus aan asbest in de buitenlucht werden gemeten.²⁴ Voor mijzelf ben ik aan de hand van die rapporten eens nagegaan hoeveel witte vezels asbest ik ongeveer gewoon door buiten te lopen binnen moet hebben gekregen. Dat moeten er meer dan 150 miljoen zijn geweest. Dit gegeven laat zien hoe inadequaat in deze context de voorstelling van zaken is dat voor het ontstaan van mesothelioom één asbestvezel voldoende is.

Ook klaagt eiseres in cassatie nog over de overwegingen van het hof (a) dat niet uit te sluiten valt dat de badmeester ook buiten het werk bij de gemeente aan asbest is blootgesteld - hetzij buiten beroep (buitenlucht of in de privésfeer), hetzij tijdens zijn eerdere werkzaamheden voor Machinefabriek Arnhem - en (b) dat niet onaannemelijk is dat de asbestblootstelling tijdens zijn dienstverband bij de Machinefabriek Arnhem de oorzaak van de ziekte van de badmeester is. Geklaagd wordt dat deze omstandigheden niet op begrijpelijke wijze kunnen bijdragen aan de conclusie dat het causaal verband tussen de werkzaamheden

- > bij de gemeente en het ontwikkelen van het mesothelioom te onzeker dan wel te onbepaald is, nu de (theoretische) mogelijkheid van een alternatieve asbestblootstelling op zichzelf niets zegt over de kans dat het (daadwerkelijk ontstane) mesothelioom door de (vaststaande) relevante blootstelling bij de gemeente is veroorzaakt.

De advocaat-generaal acht deze klacht gegrond. Het moet naar zijn mening gaan om méér dan een aannemelijke alternatieve oorzaak c.q. een niet uit te sluiten mogelijkheid elders, wil deze andere blootstelling dit causaal verband op losse schroeven kunnen zetten. In hetgeen in het algemeen bekend is omtrent de aard en de oorzaak van mesothelioom ligt naar zijn mening immers reeds een duidelijke indicatie besloten voor de aannemelijkheid dat de ziekte kan zijn veroorzaakt door de (vaststaande) asbestblootstelling bij de aangesproken werkgever. Dit zou te meer gelden indien er sprake is van een schending van een geldende veiligheidsnorm door de aangesproken werkgever.

De Hoge Raad gaat niet mee in dit betoog:

‘3.4.2.

Het hof heeft (...) onder verwijzing naar de toelichting van IndusTox, overwogen dat niet is uit te sluiten dat ook buiten het werk bij de gemeente blootstelling aan asbest heeft plaatsgevonden, waarbij het hof heeft gewezen op blootstelling buiten beroep, bijvoorbeeld in de buitenlucht of in huis, bij hobby's en bij de werkzaamheden van [de badmeester] bij Machinefabriek Arnhem. Hierbij heeft het hof klaarblijkelijk het oog gehad op het rapport van IndusTox. (...) is vermeld dat in de laatste periode van de vorige eeuw door het intensieve gebruik van asbest en asbesthoudende materialen eenieder in Nederland aan asbestvezels werd blootgesteld en dat asbest in lage concentraties aanwezig was in omgevingslucht en in binnenlucht van leefruimten. Ook is daarin schattenderwijs berekend dat 92% van het totale aantal asbestvezels dat [de badmeester] tijdens zijn leven heeft ingeademd afkomstig is uit de omgevingslucht en 8% uit de werkzaamheden voor de gemeente. (...) is vermeld dat het niet juist is om uitsluitend het niveau van de blootstelling als maat voor het mesothelioomrisico te hanteren en dat de duur van de blootstelling uitgedrukt in jaren van werkzaamheden met asbest evenzeer meeweegt, dat [de badmeester] in zijn loopbaan bij de gemeente op zes werkdagen verdeeld over 17 jaar in de buurt is geweest als er werkzaamheden werden verricht aan asbesthoudende materialen, dat gezien de zeer lage frequentie van de blootstelling mogelijk ook specifieke asbestblootstelling buiten het beroep een rol speelt en dat in een geval als dit die achtergrondblootstelling niet van ondergeschikt belang is.

In het licht van deze gegevens moet het oordeel van het hof aldus worden begrepen dat in het onderhavige geval de duur en de intensiteit van de blootstelling van [de badmeester] aan asbest tijdens zijn werkzaamheden voor de gemeente zo gering zijn geweest in verhouding tot zijn totale blootstelling aan asbest, dat reeds daarom het verband tussen het mesothelioom van [werknemer] en zijn werkzaamheden bij de

gemeente te onzeker is. Dat oordeel is in het licht van de stukken van het geding (...) niet onbegrijpelijk.’

Gezien de hiervoor weergegeven inhoud van het rapport van IndusTox lijkt dat oordeel juist, omdat er in dit rapport wel degelijk concrete alternatieve besmettingsbronnen worden aangewezen.

Een werkgever kan niet klagen dat aan andere werkgevers toe te schrijven oorzaken die tot dezelfde beroepsziekte kunnen lijden, voor rekening van de werknemer komen. Althans niet als ook die andere werkgevers onrechtmatig hebben gehandeld jegens de werknemer en de gehele schade (ook) daardoor kan zijn veroorzaakt.²⁵ Onder dergelijke omstandigheden is namelijk art. 6:99 BW van toepassing. Dat artikel luidt: *‘Kan de schade een gevolg zijn van twee of meer gebeurtenissen voor elk waarvan een andere persoon aansprakelijk is, en staat vast dat de schade door ten minste één van deze gebeurtenissen is ontstaan, dan rust de verplichting om de schade te vergoeden op ieder van deze personen, tenzij hij bewijst dat deze niet het gevolg is van een gebeurtenis waarvoor hijzelf aansprakelijk is.’* Op grond hiervan is de aangesproken werkgever in zo'n geval hoofdelijk aansprakelijk voor de gehele schade van de werknemer, tenzij hij bewijst dat de schade niet bij hem is ontstaan.

Voor beantwoording van de vraag of er voldoende vermoeden van causaal verband bestaat tussen het werk en het mesothelioom betreft het hof in de zaak waarover de Hoge Raad op 6 april oordeelde het feit dat de badmeester bij de machinefabriek Arnhem met asbest had gewerkt. Men zou kunnen denken dat dit in strijd is met genoemd art. 6:99 BW. Dat is echter niet zo omdat niet gesteld was, noch bij voorbaat vast stond, dat bij de Machinefabriek sprake was van een onrechtmatige blootstelling. De blootstelling was in 1961-1967 en de Machinefabriek was niet in de procedure betrokken.

Conclusies

De Hoge Raad is – in tegenstelling tot een aantal lagere rechters – streng bij de toepassing van de arbeidsrechtelijke omkeringsregel bij onrechtmatige asbestblootstelling tijdens het werk en de ziekte mesothelioom. Hij acht voor de toepasselijkheid van de omkeringsregel relevant hetgeen in het algemeen bekend is omtrent de ziekte mesothelioom en haar oorzaak. Daarbij komt volgens de Hoge Raad betekenis toe aan (i) de duur en de intensiteit van de blootstelling bij deze werkgever, en in voorkomend geval aan (ii) de duur en de intensiteit van andere blootstelling(en) aan asbest gedurende de latentieperiode en (iii) de verhouding tussen (i) en (ii). Dat is naar mijn mening juist. Wel teken ik aan dat de uitspraak ongetwijfeld ingekleurd is door de feiten. De kans dat de badmeester de ziekte had gekregen door de beperkte blootstelling in het zwembad was, zeker afgezet tegenover de andere blootstellingsmogelijkheden, zonder meer klein. Wel zou men nog de vraag kunnen stellen waarom niet voor een proportionele benadering is gekozen. Uitsluitend afgaande op het gepubliceerde arrest had ik mij kunnen voorstellen dat het rapport van

IndusTox toch wel een aanknopingspunt gaf voor een proportionele benadering.

De hier besproken uitspraak van de Hoge Raad ademt een terughoudende benadering door de rechter van beroepsziekteclaims. Zoals aangegeven kan ik dat technisch gezien zeker billijken. Wel moet worden gezegd dat de barrière voor het toewijzen van een beroepsziekteclaim vrij hoog is in Nederland. Niet alleen in verband met de hier besproken rechtspraak maar bijvoorbeeld ook vanwege hoge kosten van in te schakelen deskundige en het vaak moeilijk kunnen achterhalen van de werkomstandigheden (van vaak jaren geleden). In 2003 heeft de Europese commissie een aanbeveling gedaan om een lijst te gebruiken waarop staat welke ziekten als beroepsziekte worden aangemerkt.²⁶ Het was de bedoeling dat een Europese lijst van beroepsziekten zou worden opgenomen in de wet- en regelgeving van de diverse landen ten behoeve van compensatie en preventie. Alleen Nederland en IJsland gebruiken de lijst niet. Zweden compenseert beroepsziekten los van een lijst. Vanuit een beschermingsgedachte van de werknemer lijkt het mij het onderzoeken waard of niet ook Nederland van deze lijst gebruik zou moeten maken.

Tot slot merk ik op dat het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid op 15 januari 2018 definitief groen licht aan De Letselschade Raad heeft gegeven voor het ontwikkelen van een Gedragscode Behandeling Beroepsziekten. De problematiek rond de afwikkeling van beroepsziekteclaims kan zich terecht in een bredere belangstelling verheugen.

¹ HR 6 april 2018 ECLI:NL:HR:2018:536.

² Zie HR 12 september 2003, LJV AF8254.

³ HR 17 november 2000, NJ 2001, 596, HR 23 juni 2006, NJ 2006, 354, HR 7 juni 2013, LJV BZ1721 en HR 7 juni 2013, LJV BZ1717.

⁴ HR 6 april 2018, ECLI:NL:HR:2018:536

⁵ Van belang is nog dat bij toepassing van de arbeidsrechtelijke omkeringsregel slechts sprake is van een weerlegbaar vermoeden en dus niet van een omkering van de bewijslast. De werkgever behoeft bij toepassing van deze regel niet te bewijzen dat de gezondheidsklachten niet zijn veroorzaakt door de omstandigheden waaronder de werknemer zijn werk heeft verricht, maar kan volstaan met het ontzenuwen van het vermoeden dat dit het geval is.

⁶ NJ 2014/99, onder 3 en 13, zie bijv. ook R.A.A. Duk, De Hoge Raad en het arbeidsovereenkomstenrecht in 2013: multum, sed non multa, TRA 2014/44, onder 15.

⁷ ECLI:NL:PHR:2017:1432

⁸ Randnummer 4.22.1 in zijn conclusie bij Lansink/Ritsma, HR 7 juni 2013, LJV BZ1721.

⁹ HR 31 maart 2006, LJV: AU6092 (Nefalit/Karamus)

¹⁰ Hof Den Bosch 16 september 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:3643.

¹¹ Hof Den Haag 25 oktober 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:2920.

¹² Hof Den Haag 10 november 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:2920

¹³ Hof Arnhem-Leeuwarden 28 februari 2017, ECLI:NL:GHARL:2017.

¹⁴ Hof Den Haag 21 maart 2017 ECLI:NL:GHDHA:2017:697.

¹⁵ Een zeldzame eend in de bijt is Hof 's-Hertogenbosch 19 januari 2016, JA 2016/53. Daarin is echter geen echte beroepsziekte aan de orde. Het ging in die zaak om een werknemer die volgens het hof onvoldoende begeleid was bij terugkeer in zijn werk en daardoor volgens het hof psychische klachten kan hebben gekregen.

¹⁶ HR 25 juni 1993, ECLI:NL:HR:1993:AD1907.

¹⁷ HR 2 oktober 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2721 (De Schelde/Cijsouw II).

¹⁸ HR 26 januari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AA9666.

¹⁹ HR 14 december 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR3290 (Hertel/Van der Lugt)

²⁰ De NDSM zelf bestond inmiddels niet meer.

²¹ Hof Arnhem-Leeuwarden 25 maart 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:2424.

²² Rechtbank Midden-Nederland op 28 oktober 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:8742, rov. 4.13.; zie ook Rechtbank Noord-Nederland 27 mei 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:2609, rov. 4.4.

²³ Te vinden op www.Gezondheidsraad.nl.

²⁴ den Boeft J, Lanting RW. Asbest en andere minerale vezels in de buitenlucht; oriënterende metingen van 22 concentratieniveaus in Nederland. Delft: TNO; 1981: IMG-TNO Rapport G 865.

²⁵ Zie de conclusie van AG Spier, 6.80.1 bij HR 7 juni 2013, LJV BZ1721 en HR 14 december 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR3290 (Hertel/Van der Lugt).

²⁶ Report on the current situation in relation to occupational diseases' system in EU Member States and EFTA/EEA countries, in particular relative to Commission Recommendation 2003/670/EC concerning the European Schedule of Occupational Diseases and gathering of data on relevant related aspects'.