

| 19 | Proportionele aansprakelijkheid voor mesotheliom? Een beschouwing aan de hand van het Engelse recht

mr. F. Sobczak¹

1. Inleiding

Asbestaansprakelijkheid blijft de gemoederen bezighouden in zowel binnen- als buitenland. In Nederland kan asbestaansprakelijkheid worden beschouwd als een ‘proeftuin’ voor de rechtsontwikkeling binnen het algemene civielrechtelijke aansprakelijkheidsrecht² en meer specifiek als wegbereider voor verhaal van schade als gevolg van andere beroepsziekten.³ In dit verband kan worden opgemerkt dat de Hoge Raad recentelijk heeft bepaald dat de in Hoge Raad *Nefalit/Karamus*⁴ geformuleerde rechtsregel van ‘proportionele aansprakelijkheid’ ook buiten de asbestaansprakelijkheid toepassing vindt. Dit betekent dat het toepassen van proportionele aansprakelijkheid niet (meer) uitsluitend is voorgeschreven voor situaties waarin een aan asbest blootgestelde rokende werknemer sterft aan de gevolgen van longkanker die meerdere oorzaken kan hebben.⁵ De grote impact die asbestaansprakelijkheid heeft op de rechtsontwikkeling in Nederland is vergelijkbaar met de ontwikkelingen binnen de Engelse rechtspraak. In Engeland hebben verschillende rechtszaken geleid tot vernieuwende uitspraken over met name de invulling van de voorwaarden

schade⁶ en causaliteit⁷ onder de buitencontractuele aansprakelijkheidsgrond de ‘*Tort of Negligence*’. Deze uitspraken scheppen op hun beurt een precedent voor andere aansprakelijkheidsprocedures waarin vergelijkbare juridische problemen spelen.

Deze bijdrage heeft niet tot doel om een allesomvattende rechtsvergelijkende analyse te geven ten aanzien van asbestaansprakelijkheid in Nederland en Engeland, maar strekt er toe om Nederlandse rechtsgeleerden te informeren over de wijze waarop de Engelse rechtspraak het moeilijk te doorgronden leerstuk van ‘asbestaansprakelijkheid’ nader uitwerkt. Gelet op de omvang van dit leerstuk richt dit artikel richt zich enkel op de aansprakelijkheid voor maligne mesotheliom in situaties waarin de werknemer door twee of meer werkgevers is blootgesteld aan asbest tijdens het dienstverband. Naar Nederlands recht kan de alternatieve causaliteit – als omschreven in art. 6:99 BW – uitkomst bieden, maar naar Engels recht blijkt een dergelijke hoofdelijke benadering van aansprakelijkheid niet altijd even voor de hand liggend te zijn geweest in claims voor mesotheliom.⁸ In 2006 kiest de House of Lords⁹ voor een nieuwe benadering, die ons deels¹⁰ doet denken aan de door Advocaat-generaal

¹ Faro Sobczak is als promovendus verbonden aan Maastricht University. Het rechtsvergelijkende promotieonderzoek heeft betrekking op de aansprakelijkheid voor letselschade door blootstelling aan asbest.

² Arresten van de civiele rechter op het gebied van de asbestaansprakelijkheid blijken ook invloed te hebben op de rechtspraak van de bestuursrechter. In zijn uitspraak van 9 april 2009 (TAR 2009/126) heeft de CRvB zich laten leiden door het arrest van de Hoge Raad van 31 maart 2006 (RvdW 2006, 328). Zie hierover meer uitvoerig: F. Sobczak, Proportionele aansprakelijkheid; de CRvB laat zich leiden door de Hoge Raad en vice versa?, NTBR 2010/10, p. 407-412.

³ S.D. Lindenbergh, Asbest, aansprakelijkheid en verzekering, AV&S 2005/2, p. 39. Denk hierbij met name aan het grote aantal uitspraken op het gebied van de verjaring van de schadevergoedingsvordering van de eiser en aan de twee arresten van de Hoge Raad van 31 maart 2006 (RvdW 2006, 328 en LJN: AU6093).

⁴ HR 31 maart 2006, RvdW 2006, 328 (Nefalit/Karamus). Daarnaast kan worden gedacht aan het grote aantal uitspraken over het al dan niet schenden van de zorgplicht van de werkgever.

⁵ In HR 24 december 2010, LJN: BO01799 komt vast te staan dat op een vermogensbeheerder een op de eisen van redelijkheid en billijkheid gebaseerde zorgplicht rust. De in HR 31 maart 2006 (RvdW 2006, 328) geformuleerde rechtsregel dient ‘gelet op het daaraan verbonden bezwaar dat iemand mogelijk aansprakelijk wordt gehouden voor een schade die hij niet, of niet in de rechter aangenomen mate, heeft veroorzaakt – met terughoudendheid te worden toegepast.’ Voor het toepassen van proportionele aansprakelijkheid kan met name aanleiding zijn als de aansprakelijkheid van de aangesprokene vaststaat, en een niet zeer kleine kans bestaat dat het c.s.q.n.-verband bestaat tussen de geschonden norm en geleden schade en de strekking van de geschonden norm en de aard van de normschending toepassing rechtvaardigen. Zie in dit verband ook C.A.M. Roijackers, De verleiding van de metafoer; een beschouwing over causaliteit en proportionaliteit, L&S 2009/177, afl. 3, p. 21-23 waarin hij uitvoerig ingaat op aard van de normschending. In HR 18 december 2009, RvdW 2010, 33, LJN: BK0873 (London/Delta Lloyd) komt vast te staan dat de ernst van de normschending geen rol speelt bij het toekennen van shockschade.

⁶ Zie de Engelse zaak *Johnston v. NEI International Combustion Limited*, [2007] UKHL 39; F. Sobczak *et al.*, Dutch case note, ERPL 2009 17/2, p. 207-217: In aansprakelijkheidszaken waarin de eiser alleen zogenaamde ‘pleural plaques’ heeft opgelopen is de vraag of de eiser ‘schade’ heeft geleden niet eenvoudig te beantwoorden.

⁷ Zie de Engelse zaak: *Fairchild v Glenhaven Funeral Services Ltd*, [2002] UKHL 22 waarin een werknemer sterft aan de gevolgen van mesotheliom nadat hij door meerdere werkgevers is blootgesteld aan asbest tijdens de betreffende dienstverbanden. Zie ook de zaak: *Shortell v Bical Construction Ltd*. [2008], QBD Liverpool (16-05-2008) waarin een werknemer door zijn werkgever is blootgesteld aan asbest en sterft aan de gevolgen van longkanker die veroorzaakt kan zijn door asbestblootstelling, maar ook door andere factoren.

⁸ Zie voor een succesvolle toepassing van art. 6:99 BW in een mesotheliomzaak: Hof Arnhem 13 april 2004, LJN: AO8064.

⁹ Hoogste rechtscollege in Engeland. Vanaf oktober 2009 is de naam van de ‘House of Lords’ veranderd in de ‘Supreme Court of the United Kingdom’.

¹⁰ De aansprakelijkheid van de gedaagden wordt namelijk niet gebaseerd op hun ‘marktaandeel’, maar op de duur en intensiteit van de blootstelling aan asbest.

Hartkamp in Hoge Raad *DES*¹¹ voorgestelde benadering, welke inhoudt dat de eiser de gedaagden slechts proportioneel aansprakelijk kan houden voor (een deel van) de door hem geleden schade.¹² Alhoewel de uitspraak van de House of Lords korte tijd daarna wordt herroepen door het Engelse ‘Parliament’ – middels het uitvaardigen van de zogenaamde *Compensation Act 2006*¹³ – blijft de proportionele benadering van aansprakelijkheid volgens de regels van *common law* gelden voor andere ondeelbare ziekten.¹⁴

Allereerst volgt in paragraaf 2 een korte bespreking van relevante medische gegevens, welke daarna vanuit juridisch perspectief worden gezien om zodoende de juridische problemen die zich in het geval van maligne mesothelioom kunnen voordoen in kaart te brengen. Vervolgens worden in paragraaf 3 de ontwikkelingen in de Engelse rechtspraak geschetst aan de hand van een drietal, in chronologische volgorde te bespreken, uitspraken van de *House of Lords*.¹⁵ Daarbij wordt met name ingegaan op de gevolgen die verbonden zijn aan het toepassen van proportionele- of hoofdelijke aansprakelijkheid in claims voor mesothelioom. De in paragraaf 4 opgenomen conclusie geeft de belangrijkste bevindingen weer. Nederlandse rechtsgeleerden kunnen deze bevindingen gebruiken voor het innemen van een eigen standpunt ten aanzien van de aansprakelijkheid voor mesothelioom.

2. Maligne mesothelioom

2.1. Medische informatie

In 1998 publiceert de Gezondheidsraad de “Protocollen asbestziekten: maligne mesothelioom.”¹⁶ Maligne mesothelioom is een kwaadaardige tumor die doorgaans optreedt in het longvlies. Daarnaast zijn ook gevallen van mesothelioom waargenomen in het buikvlies en het hartzakje. De meest voorkomende symptomen zijn aanhoudende pijn op de borst, kortademigheid en gewichts-

verlies.¹⁷ Bij 80 tot 87 procent van de patiënten met maligne mesothelioom kan een relatie met blootstelling aan asbest in het verleden worden vastgesteld. In de overige gevallen kan geen andere oorzaak aannemelijk worden gemaakt.¹⁸ Maligne mesothelioom wordt in de meeste gevallen veroorzaakt door het inademen van blauwe asbestvezels (*crocidolite*) of bruine asbestvezels (*amosite*). Sporadisch wordt mesothelioom veroorzaakt door de inademing van witte asbestvezels (*chrysotile*), omdat tremolite hierin is verwerkt.¹⁹ Gemiddeld bedraagt de incubatietijd 20 tot 50 jaar, maar er zijn gevallen bekend waarin de incubatietijd minder dan 10 jaar of meer dan 60 jaar bedroeg.²⁰ De lange incubatietijd verklaart waarom mesothelioom doorgaans voorkomt bij mensen met een gemiddelde leeftijd van 60 jaar.²¹ De medische wetenschap heeft kunnen vaststellen dat mesothelioom veroorzaakt kan worden door de inademing van één asbestvezel, een paar asbestvezels of veel asbestvezels. Daarnaast is vast komen te staan dat de ontwikkeling van mesothelioom, in tegenstelling tot asbestose, niet cumulatief van aard is. Dit betekent dat niet valt uit te sluiten dat personen die slechts beperkt zijn blootgesteld aan asbest ook mesothelioom kunnen ontwikkelen.²² Aangenomen wordt dat het risico op het ontwikkelen van mesothelioom groter wordt naarmate de duur en intensiteit van de blootstelling toeneemt. De periode tussen de ontwikkeling van een kwaadaardige kankercel en het moment waarop het mesothelioom kan worden gediagnosticeerd bedraagt ten minste 5 jaar.²³ Tot slot kan worden gesteld dat mesothelioom een fatale ziekte is. De overleving na het stellen van de diagnose is kort: 80 procent van de patiënten met een mesothelioom sterft binnen 12 maanden en slechts enkele overleven het tweede jaar.²⁴

2.2. Juridische (bewijs)problemen in claims voor mesothelioom

Indien bovengenoemde medische informatie vanuit juridisch perspectief wordt gezien stuiten we op een aantal

¹¹ HR 9 oktober 1992, NJ 1994, 535 (DES); AG-Hartkamp stelt een tussenoplossing voor waarin iedere producent (slechts) aansprakelijk is voor zijn aandeel in de (gehele) markt. De Hoge Raad wijst deze oplossing resoluut van de hand en kiest, uit het oogpunt van slachtofferbescherming, voor toepassing van art. 6:99 BW waarin de benadeelden in beginsel kunnen volstaan met het aansprakelijk stellen van één producent.

¹² *Barker v Corus UK Ltd* [2006] 2 AC 572.

¹³ Elektronisch te raadplegen via: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/29/contents>.

¹⁴ Zie voor een inleiding in het Engelse rechtssysteem (*common law*): C.C. van Dam, Aansprakelijkheidsrecht. Een grensoverschrijdend handboek, Den Haag: BJU 2003, p. 105-141.

¹⁵ *Fairchild v Glenhaven Funeral Services Ltd*, [2002] UKHL 22; *Barker v Corus UK Ltd* [2006] 2 AC 572; *Sienciewicz v Greif (UK) Limited* [2011] UKSC 10.

¹⁶ Gezondheidsraad; Commissie Asbestprotocollen. Asbestziekten: Maligne mesothelioom. Rijswijk: Gezondheidsraad 1998/10.

¹⁷ J.S. Axford *et al.*, *Medicine*, Blackwell Publishing 2004 (second edition), p. 379.

¹⁸ Gezondheidsraad; Commissie Asbestprotocollen. Asbestziekten: Maligne mesothelioom. Rijswijk: Gezondheidsraad 1998/10, p. 31.

¹⁹ H.T. Planteydt, *Asbestos exposure and health*, TMA 1991, p. 56-59.

²⁰ J.E. Muscat & E.L. Wynder, *Cigarette smoking, asbestos exposure and malignant mesothelioma*, *Cancer Research* 1991/51, p. 2263-2267.

²¹ R.L. Souhami *et al.*, *Textbook Medicine*, Churchill Livingstone 2002, p. 217.

²² Denk hierbij aan blootstelling aan asbest in het milieu of aan blootstelling aan asbest door het wassen van werkkleding.

²³ *Sienciewicz v Greif (UK) Limited* [2011] UKSC 10, r.o. 19 (Lord Phillips). In de zaak *Fairchild* werd nog uitgegaan van 10 jaar.

²⁴ P. Bol, *Asbestose en mesothelioom*, *Nederlands Tijdschrift Tandheelkunde*, 2002/109, p. 498.

juridische (bewijs)problemen die ik aan de hand van de Nederlandse rechtspraak zal illustreren.²⁵ Ten eerste roept de lange incubatietijd vragen op ten aanzien van het bewijs van de blootstelling aan asbest. Voor mesotheliomslachtoffers is het vaak niet eenvoudig om te bewijzen dat zij in het verleden tijdens hun dienstverband zijn blootgesteld aan asbest.²⁶ Daarbij kan worden opgemerkt dat de Nederlandse rechtspraak het bewijs van een mogelijke blootstelling aan asbest tijdens het dienstverband als onvoldoende kwalificeert.²⁷ Daar staat echter tegenover dat het bewijs van een zogenaamd ‘functioneel verband’ tussen de blootstelling aan asbest tijdens het dienstverband en het ontwikkelen van mesotheliom snel wordt aangenomen, omdat – in tegenstelling tot bijvoorbeeld de ziekte asbestose – een veilig blootstellingsniveau niet bestaat in het geval van mesotheliom.²⁸ Vervolgens zal moeten worden beoordeeld of de werkgever zijn zorgplicht jegens zijn werknemer heeft geschonden om de onrechtmatigheid van de gedraging vast te stellen. De rechtspraak op dit punt laat zien dat er voor de werkgever niet veel ruimte overblijft om aan te tonen dat hij zich niet onzorgvuldig heeft gedragen jegens zijn werknemer. De ‘onbekendheid met gevaar’ (wit asbest en mesotheliom) heeft enkele keren een succesvol verweer aan de zijde van de werkgever opgeleverd. Echter, specifieke gegevens zijn nodig om te kunnen aantonen dat de werkgever ten tijde van de blootstelling aan asbest onbekend was met het gevaar. Hierbij valt te denken aan gegevens omtrent het tijdstip waarop de werknemer is blootgesteld aan asbest, de intensiteit en duur van de blootstelling²⁹ en het type asbestvezels dat is ingeademd³⁰ door de werknemer. Het

behoeft geen nadere beschouwing dat deze gegevens door de lange incubatietijd niet altijd voor handen zijn. Daarnaast blijft de vraag of de schadevergoedingsvordering van het mesotheliomslachtoffer niet reeds is verjaard, in het merendeel van de aansprakelijkheidsclaims voor mesotheliom, moeilijk te beantwoorden.³¹ In het navolgende wordt echter enkel aandacht besteed aan bewijsproblematiek ten aanzien van het vereiste causaal verband tussen de blootstelling aan asbest en het ontwikkelen van maligne mesotheliom.

Asbest is – zover bekend – de enige oorzaak van maligne mesotheliom.³² Dit betekent dat, in tegenstelling tot claims voor longkanker die meerdere oorzaken kan hebben³³, geen causale onzekerheid bestaat over de ‘oorzaak’ van de longkanker. Het inhaleren van tabaksrook kan het mesotheliom niet veroorzaken en versnelt de ontwikkeling van het mesotheliom niet.³⁴ Causale onzekerheid kan echter wel aanwezig zijn ten aanzien van de aansprakelijke persoon in situaties waarin twee of meer personen het mesotheliomslachtoffer hebben blootgesteld aan asbest: de eiser kan niet aantonen welke persoon het mesotheliom heeft veroorzaakt, omdat de medische wetenschap niet in staat is om het moment te bepalen waarop het zogenaamde ‘fatale asbestvezel’ is ingeademd.³⁵ Het toepassen van traditionele causaliteitsregels leidt tot onwenselijke uitkomsten voor mesotheliomslachtoffers die door meer dan één persoon zijn blootgesteld aan asbest. Strikte toepassing van de *condicio sine qua non* test heeft tot gevolg dat deze slachtoffers met lege handen huiswaarts keren, omdat de eiser niet in staat is om met een ‘redelijke mate van waarschijnlijk-

²⁵ De te bespreken juridische (bewijs)problemen gelden niet alleen voor de Nederlandse- en Engelse rechtspraak, maar worden wereldwijd gesignaleerd.

²⁶ Dit geldt in het algemeen niet voor werknemers van grote asbestverwerkende bedrijven zoals Eternit en Nefalit.

²⁷ HR 26 januari 2001, NJ 2001, 597 (Weststrate/De Schelde).

²⁸ HR 23 juni 2006, NJ 2006, 354 (Havermans/Luyckx); Gezondheidsraad; Commissie Asbestprotocollen. Asbestziekten: Maligne mesotheliom. Rijswijk: Gezondheidsraad 1998/10, p. 10-11.

²⁹ Zie in dit verband Hof 's-Hertogenbosch 22 maart 2011, LJN: BP8866; HR 17 februari 2006, LJN: AU6927 (Heesbeen/Van Buuren) waarin een korte en niet intensieve blootstelling aan asbest in de periode 1965-1967 niet leidt tot een schending van de zorgplicht aan de zijde van de werkgever. Zie in dit verband ook HR 25 juni 1993, NJ 1993, 686 (Cijssouw/De Schelde 1) waarin wel een schending van de zorgplicht van de werkgever werd aangenomen.

³⁰ Zie hierover Hof Amsterdam 22 maart 2011, LJN: BP8854; HR 4 juni 2004, JAR 2004, 287 (Broug/Gemex) waarin de werkgever kan aantonen dat hij aan zijn zorgplicht heeft voldaan, aangezien hij niet bekend was met het gevaar van wit asbest. Echter in HR 17 december 2004, NJ 2006, 147 (Hertel/Van der Lugt) kon de werkgever zich niet met succes beroepen op de onbekendheid met het gevaar van wit asbest. Het verschil in uitkomst tussen de eerste rechtszaak en de laatste rechtszaak kan wellicht worden verklaard door het gegeven dat de werkgever in de eerste zaak slechts een garagebedrijf was, terwijl de werkgever in de laatste zaak een asbestverwerkend bedrijf was welke meer op de hoogte behoorde te zijn van de gevaren die verbonden zijn aan (het werken met) asbest.

³¹ Zie voor het doorbreken van de absolute verjaringstermijn: HR 28 april 2000, NJ 2001, 430 (Erven Van Hese/De Schelde); HR 28 april 2000, NJ 2001, 431 (Rouwhof/Eternit). Zie hierover meer uitgebreid: S. De Lang & A.J. Van, *Aansprakelijkheid voor blootstelling aan asbest*, in: Handboek personenschade, Deventer Kluwer 2008.

³² Dit wordt ook in de Engelse rechtspraak als uitgangspunt genomen: *Sienciewicz v Greif (UK) Limited* [2011] UKSC 10, r.o. 19 (Lord Phillips).

³³ Denk hierbij aan de Hoge Raad *Nefalit/Karamus* problematiek; de longkanker kan meerdere oorzaken hebben: blootstelling aan asbest, roken, genetische aanleg en leeftijd. Zie voor een rechtsvergelijkende beschouwing tussen Nederland en Engeland: F. Sobczak, *Proportionality in Tort Law; A comparison between Dutch and English laws with regard to the problem of multiple causation in asbestos-related cases*, ERPL 2010 18/6, p. 1155-1179.

³⁴ Zie voor meer informatie over de aansprakelijkheid voor (mee)roken op de werkvloer: A.L.M. Keirse, *De meerokende of uitgerookte werknemer en zijn kansen in het aansprakelijkheidsrecht*, NTBR 2010/9, p. 352-360.

³⁵ Volgens Wiegiersma bestaat er niet zoiets als het ‘fatale asbestvezel’: S. Wiegiersma, *Asbest*, NJB 1998/30, p. 1304.

heid³⁶ of ‘*on the balance of probabilities*’³⁷ te bewijzen dat het mesotheliom zich niet zou hebben ontwikkeld indien persoon ‘A’ of persoon ‘B’ hem niet zou hebben blootgesteld aan asbest.

3. Aansprakelijkheid voor maligne mesotheliom in Engeland

Indien het aantal (te verwachten) mesotheliomslachtoffers in Engeland wordt vergeleken met het aantal slachtoffers in Nederland kan worden gesteld dat het asbestprobleem in Engeland van nog grotere orde is.³⁸ Het totale aantal slachtoffers dat in het Verenigd Koninkrijk zal sterven aan de gevolgen van mesotheliom komt naar verwachting uit op 90.000 personen.³⁹ De Engelse rechtspraak kampt met exact dezelfde juridische bewijsproblematiek als de Nederlandse rechtspraak. Dit is echter niet verwonderlijk, aangezien de problemen die zich in het geval van mesotheliom voordoen inherent zijn aan de ontwikkeling van de ziekte en niet verband houden met het rechtssysteem dat de aansprakelijkheid voor die ziekte reguleert. In Engeland hebben rechtzaken van mesotheliomslachtoffers geleid tot vernieuwende uitspraken, met name ten aanzien van de voorwaarde causaal verband. Evenals in Nederland is het – in beginsel – aan de eiser om het causaal verband tussen de onrechtmatige gedraging en de schade aan te tonen. De traditionele Engelse maatstaf vraagt de eiser te bewijzen dat het ‘*on the balance of probabilities more likely is than not*’ dat de schade niet zou zijn ontstaan zonder de onrechtmatige gedraging van de gedaagde (*but-for*). In Engeland ontvangt het slachtoffer in beginsel volledige schadevergoeding indien het causaal verband met 51% of meer kan worden aangetoond.⁴⁰ In mesotheliomzaken waarin de werknemer door twee of meer werkgevers is blootgesteld aan asbest kan de eiser niet bewijzen dat het ‘*on the balance of probabilities more likely is than not*’ dat werkgever ‘A’ of ‘B’ zijn schade heeft veroorzaakt. Dit betekent dat de vordering van de eiser strandt nu hij niet in staat is om het causaal verband te bewijzen, hetgeen – ook in Engeland – een basisvoorwaarde is voor het vaststellen van aansprakelijkheid onder de

buitencontractuele *Tort of Negligence*.⁴¹ In de navolgende subparagrafen zal worden gezien op welke wijze de Engelse rechtspraak deze uitkomst, welke vanuit maatschappelijk oogpunt als onrechtvaardig is te kwalificeren, tracht te ondermijnen.

3.1. Het ruimer uitleggen van het begrip causaal verband

In de bekende rechtszaak *Fairchild v Glenhaven Funeral Services Ltd*⁴² (2002), waarin een werknemer (Mr Fairchild) overlijdt aan de gevolgen van mesotheliom nadat hij door twee werkgevers onrechtmatig is blootgesteld aan asbest, zou het vasthouden aan de traditionele maatstaf voor het vaststellen van causaal verband hebben geleid tot het gevolg dat de onrechtmatig handelende werkgevers niet aansprakelijk kunnen worden gehouden voor de schade die waarschijnlijk is veroorzaakt door één van de werkgevers. Dit impliceert dat de regels van het Engelse aansprakelijkheidsrecht (*Tort law*) gunstiger uitpakken voor werknemers die slechts door één werkgever zijn blootgesteld aan asbest dan voor werknemers die door twee of meer werkgevers zijn blootgesteld aan asbest. Is de werknemer slechts door één werkgever blootgesteld aan asbest, dan is de werknemer eerder in staat om aan te tonen dat – *on the balance of probabilities* – het mesotheliom niet zou zijn ontstaan als zijn werkgever hem niet zou hebben blootgesteld aan asbest. Werknemers die door meerdere werkgevers zijn blootgesteld aan asbest keren met lege handen huiswaarts, omdat zij niet in staat zijn om ten aanzien van het individuele handelen van de werkgever aan te tonen dat – *on the balance of probabilities* – het mesotheliom niet zou zijn ontstaan als de werkgever zijn zorgplicht niet zou hebben geschonden. De House of Lords beschouwt het verschil in uitkomst als ‘onredelijk’. Daarbij wordt tevens gewezen op het preventieve karakter van het aansprakelijkheidsrecht. Het ontlopen van aansprakelijkheid in situaties zoals *Fairchild* prikkelt werkgevers niet om preventief te zorgen voor een veilige(re) werkomgeving.⁴³ Het komt er in feite op neer dat het onredelijk zou zijn als een werkgever, die zijn werknemer onrechtmatig heeft blootgesteld aan asbest, aansprakelijkheid kan ont-

³⁶ Maatstaf voor het bewijs van causaal verband in Nederland.

³⁷ Maatstaf voor het bewijs van causaal verband in Engeland.

³⁸ Dit verklaart tevens waarom toonaangevende Engelse advocatenkantoren speciale afdelingen hebben ingericht voor het afhandelen van claims voor asbestgerelateerde ziekten. Zie bijvoorbeeld: www.irwinmitchell.com.

³⁹ <http://www.irwinmitchell.com/search/pages/newviewer.aspx?f=item145.aspx>: Dit rapport geeft enkel een indicatie van het aantal te verwachten mesotheliomslachtoffers in het *United Kingdom*. Het aantal mensen dat naar verwachting in Engeland zal sterven aan de gevolgen van mesotheliom kan hieruit niet specifiek worden afgeleid, maar ligt naar verwachting vele malen hoger dan in Nederland.

⁴⁰ R.L.M.M. Tan, Over het mogelijke en waarschijnlijke, salomonsoordelen in het aansprakelijkheidsrecht, p. 24, AV&S 2008/1. De Nederlandse rechtspraak verbindt geen percentage aan de bewijslat ‘redelijke mate van waarschijnlijkheid’.

⁴¹ In het merendeel van de claims op het gebied van asbestaansprakelijkheid vormt de buitencontractuele *Tort of Negligence* de grondslag voor de claim. Zie voor een inleiding in het Engelse rechtssysteem (*common law*) en de voorwaarden voor de *Tort of Negligence*: C.C. van Dam, Aansprakelijkheidsrecht. Een grensoverschrijdend handboek, Den Haag: BJU 2003, p. 105-141.

⁴² *Fairchild v Glenhaven Funeral Services Ltd*, [2002] UKHL 22.

⁴³ De preventiefunctie van het aansprakelijkheidsrecht lijkt steeds belangrijker te worden. Zie in dit verband ook art. 10:101 Principles of European Tort Law: ‘*Damages also serve the aim of preventing harm*’.

lopen door simpelweg aan te tonen dat de werknemer ook door een andere werkgever is blootgesteld aan asbest.

De onredelijkheid van bovenstaande situatie heeft de House of Lords doen besluiten het bewijs van het causaal verband te verlichten. Het begrip causaal verband moet in *Fairchild* ruimer worden uitgelegd: causaal verband kan worden vastgesteld indien de eiser kan bewijzen dat de schending van de zorgplicht '*materially increased the risk of mesothelioma*'.⁴⁴ De eiser kan in dat geval het causaal verband vaststellen zonder dat *condicio sine qua non* verband vaststaat op grond van de traditionele *balance of probabilities* maatstaf. De House of Lords komt tot de conclusie dat de werknemer beide werkgevers aansprakelijk kan houden voor zijn schade. Echter, het blijft onduidelijk of de House of Lords met deze overweging kiest voor hoofdelijke- of proportionele aansprakelijkheid.

1. Hoofdelijke aansprakelijkheid: werkgevers 'A' en 'B' kunnen beide individueel aansprakelijk worden gehouden voor de gehele schade.
2. Proportionele aansprakelijkheid: werkgevers 'A' en 'B' kunnen slechts aansprakelijk worden gehouden voor een gedeelte van de gehele schade.

Aangenomen wordt dat de House of Lords in *Fairchild* uitgaat van optie 1 en daarmee opteert voor een hoofdelijke aansprakelijkheid in gevallen van mesotheliom waarin twee of meer aansprakelijke partijen zijn aan te wijzen. In dat geval wordt de schade van de eiser volledig vergoed door werkgever 'A' of werkgever 'B' aansprakelijk te stellen voor de door de eiser geleden schade. Mocht één van de twee werkgevers inmiddels failliet zijn verklaard, dan kan de eiser zijn schade nog steeds volledig vergoed krijgen van de nog solvante werkgever.

3.2. Proportionele aansprakelijkheid.....

Het duurt echter vier jaar voordat de House of Lords expliciet wordt gevraagd om een besluit te nemen over de verdeling van de aansprakelijkheid in mesotheliomzaken waarin de eiser door twee of meer werkgevers is blootgesteld aan asbest. In *Barker v Corus UK Ltd*⁴⁵ (2006) overlijdt Dhr. Barker in 1996 aan de gevolgen van maligne mesotheliom. De feiten in *Barker* verschillen van de feiten in *Fairchild*. Dhr. Barker heeft – naast de

onrechtmatige blootstelling aan asbest door twee werkgevers – zichzelf ook blootgesteld aan asbest in een periode waarin hij werkte als zelfstandig ondernemer.⁴⁶ Dit betekent dat één van de drie blootstellingen aan asbest aan Dhr. Barker zelf is toe te schrijven. In *Barker* is de House of Lords zoekende naar een oplossing die als redelijk kan worden beschouwd voor zowel de eiser als voor de gedaagden en kiest uiteindelijk voor een proportionele verdeling van aansprakelijkheid. Dit betekent dat de aansprakelijk gestelde werkgevers slechts aansprakelijk zijn te houden voor dat deel van de schade dat toerekenbaar is aan het niet nakomen van hun zorgplicht.⁴⁷ De werkgevers die hun werknemer onrechtmatig hebben blootgesteld aan asbest kunnen slechts verantwoordelijk, en in het verlengde hiervan aansprakelijk, worden gehouden voor hun relatieve bijdrage aan het ontstaan van het risico op mesotheliom.⁴⁸ Frappant is dat de onrechtmatig handelende werkgevers hierdoor in feite aansprakelijk worden gehouden voor een gedeelte van het ondeelbare mesotheliom.

3.2.1. Verdeling van aansprakelijkheid

De verdeling van de aansprakelijkheid in claims voor mesotheliom is een complex en multidisciplinair onderwerp.⁴⁹ Zoals reeds gesteld in paragraaf 2.1 vergroot de duur en intensiteit van de blootstelling het risico op het ontwikkelen van mesotheliom. Echter, de medische wetenschap is niet in staat om, in gevallen waarin het slachtoffer gedurende verschillende perioden is blootgesteld aan asbest, het moment te bepalen waarop het mesotheliom zich heeft ontwikkeld.⁵⁰ De meest praktische benadering om de aansprakelijkheid te verdelen kent beslissende waarde toe aan de duur van de blootstelling bij de verschillende dienstverbanden: des te langer de duur van het dienstverband, des te groter de kans dat het mesotheliom zich ten tijde van dat dienstverband heeft ontwikkeld. Mijs inziens moet zeer terughoudend met deze praktische benadering worden omgegaan. Geheel in lijn met de *opinion* van Lord Hoffmann ben ik van mening dat tevens gekeken moet worden naar de intensiteit van de blootstelling aan asbest en naar het type asbestvezels dat tijdens de dienstverbanden is ingeademd door de werknemer. Laatstgenoemde gegevens zijn namelijk ook van belang bij het bepalen van de ontwikkeling van het mesotheliom.⁵¹ Teleurstellend is het feit dat de House of Lords zich niet uitlaat over de exacte

⁴⁴ Zie hierover ook I. Giesen & T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Proportionele tendensen in het verbintenissenrecht*, Deventer Kluwer 2008, p. 102.

⁴⁵ *Barker v Corus UK Ltd* [2006] 2 AC 572.

⁴⁶ Beide werkgevers '*have breached their duty of care towards the employee*'.

⁴⁷ *Barker v Corus UK Ltd* [2006] 2 AC 572, r.o. 49.

⁴⁸ Opgemerkt kan worden dat alleen Lord Rodger of Earlsferry het niet eens was met deze proportionele verdeling van aansprakelijkheid.

⁴⁹ Denk hierbij aan het inschakelen van medisch specialisten, statistici en epidemiologen.

⁵⁰ C. Miller, *Judicial approaches to contested causation: Fairchild v. Glenhaven Funeral Services in context*, *Law, Probability & Risk* 2002 1/2, p. 119-139.

⁵¹ *Barker v Corus UK Ltd* [2006] 2 AC 572, r.o. 48.

manier waarop de relatieve bijdrage van de werkgevers moet worden berekend. Het wordt aan de lagere rechtbanken overgelaten om, aan de hand van een berekening, de relatieve bijdrage van de werkgevers vast te stellen. De House of Lords geeft de lagere rechtbanken enkel mee dat de aansprakelijk van de onrechtmatig handelende werkgever overeen moet komen met de mate waarin de werkgever een bijdrage heeft geleverd aan het ontstaan van het risico op mesothelioom.

3.2.2. Gevolgen voor werkgevers en werknemers

De uitspraak van de House of Lords in *Barker* heeft tot gevolg dat solvente werkgevers, die hun werknemers in het verleden hebben blootgesteld aan asbest, niet meer hoeven te betalen voor de risico's die hun inmiddels insolvente collegae werkgevers hebben gecreëerd. Een dergelijke proportionele verdeling van aansprakelijkheid betekent echter ook dat de eiser zelf een deel van de schade draagt in zaken waarin één of meerdere werkgevers inmiddels failliet zijn gegaan of niet meer traceerbaar blijken te zijn. Deze uitspraak van de House of Lords wordt door werkgevers die hun werknemers in het verleden hebben blootgesteld aan asbest, alsook door hun verzekeraars, met open armen ontvangen. Zonder enige twijfel brengt *Barker* een voordeel mee voor werkgevers: de in de toekomst te verwachten kosten voor asbestschade worden verlaagd. Werkgevers kunnen immers slechts aansprakelijk worden gehouden voor dat deel van de schade dat overeenkomt met hun relatieve bijdrage aan het ontstaan van het risico op mesothelioom. De House of Lords overweegt dat het niet redelijk is dat de eiser volledige schadevergoeding kan eisen van één werkgever nu de schade ook door andere onrechtmatig handelende werkgevers kan zijn veroorzaakt. De House of Lords wijst hiermee de toepassing van hoofdelijke aansprakelijkheid in claims voor mesothelioom resoluut van de hand. Voor werknemers die in het verleden onrechtmatig zijn blootgesteld aan asbest is deze uitspraak ongunstig. Mesotheliomslachtoffers kunnen nog enkel volledige schadevergoeding ontvangen als zij elke afzonderlijke werkgever aansprakelijk stellen voor een deel van hun gehele schade. Indien één of meerdere werkgevers niet traceerbaar blijken te zijn of inmiddels failliet zijn verklaard, dan draagt de werknemer zelf (een deel van) zijn eigen schade.

3.2.3. Voor- en tegenstanders

In de literatuur is wisselend gereageerd op deze vergaande uitspraak in *Barker*. De minderheid kan zich vinden in de door de House of Lords toegepaste proportio-

nele verdeling van aansprakelijkheid in claims voor maligne mesothelioom. Voorstanders geven echter aan dat werknemers juist ook baat kunnen hebben bij het toepassen van proportionele aansprakelijkheid. De onderbouwing is als volgt: het feit dat de werknemer in sommige gevallen niet volledig gecompenseerd wordt is namelijk niet het gevolg van het toepassen van proportionele aansprakelijkheid, maar van het realistische feit dat enkele werkgevers nu eenmaal failliet gaan. Indien de medische wetenschap in staat is om vast te stellen in welke periode het fatale asbestvezel is ingeademd dan zou er geen verdeling van aansprakelijkheid plaatsvinden. Als dan zou blijken dat het fatale asbestvezel is ingeademd tijdens het dienstverband bij de inmiddels failliet verklaarde werkgever of tijdens een periode waarin de werknemer thuis heeft gewerkt met asbest, dan zou het mesotheliomslachtoffer met lege handen huiswaarts keren, terwijl de werknemer nu proportioneel gecompenseerd wordt door de nog solvente en traceerbare andere onrechtmatig handelende werkgever(s).⁵² Ik heb mijn bedenkingen bij bovenstaande redenering. Het klopt natuurlijk dat, indien proportionele aansprakelijkheid wordt toegepast, het mesotheliomslachtoffer zijn schade nog steeds volledig vergoed kan zien als alle werkgevers, die de werknemer hebben blootgesteld aan asbest, solvent en traceerbaar blijken te zijn. Echter, in tijden van economische neergang is het niet ondenkbaar dat één van de werkgevers inmiddels failliet is verklaard. In deze laatste situatie komt een deel van de schade voor rekening van het slachtoffer. De House of Lords heeft in *Barker* dus gekozen voor een werkgevervriendelijk aansprakelijkheidsregime en heeft klaarblijkelijk het oogpunt van slachtofferbescherming, in tegenstelling tot de Hoge Raad in *DES*⁵³, niet hoog in het vaandel staan. De stelling dat de werknemer blij mag zijn dat hij iets krijgt (proportionele vergoeding) in plaats van niets kan ook worden omgedraaid: indien de medische wetenschap in staat is om vast te stellen dat het fatale asbestvezel is ingeademd bij een nog steeds solvente werkgever, dan heeft de werknemer recht op een volledige vergoeding in plaats van een proportionele vergoeding. Aan deze 'wat als de medische wetenschap in staat zou zijn om' redenering ken ik weinig waarde toe, aangezien een dergelijke redenering tweezijdig⁵⁴ kan worden uitgelegd. 'Wat als' redeneringen moeten worden vermeden: asbestaansprakelijkheid is immers al hypothetisch genoeg!

Tegenstanders wijzen er met name op dat mesotheliomslachtoffers door de in *Barker* gekozen proportionele verdeling van aansprakelijkheid steeds vaker volledige schadevergoeding zullen mislopen. Daarnaast

⁵² A. Kramer, Case comment; Smoothing the rough justice of the Fairchild principle, *Law Quarterly Review* 2006/122, p. 547-553.

⁵³ HR 9 oktober 1992, NJ 1994, 535 (DES).

⁵⁴ Positief en negatief voor het mesotheliomslachtoffer en daarmee ook positief en negatief voor de werkgever.

wordt gewezen op de negatieve consequenties die deze uitspraak heeft voor de duur van aansprakelijkheidsprocedures. Het moge duidelijk zijn dat, in een situatie waarin de werknemer voor meerdere werkgevers heeft gewerkt die hem allemaal onrechtmatig hebben blootgesteld aan asbest, enige tijd zal verstrijken voordat de werknemer zijn voormalige werkgevers heeft getraceerd en aansprakelijk heeft gesteld voor de door hem geleden schade. Daarbij verdient opmerking dat mesotheliom een zeer ernstige ziekte is met een, zoals besproken in paragraaf 2.1, relatief korte levensduur na diagnose.⁵⁵ De moedige stap van Lord Rodger of Earlsferry, die zich als enige *Law Lord* niet kon vinden in de door de andere *Law Lords* zo gewenste proportionele verdeling van aansprakelijkheid, verdient ook een nadere beschouwing. In zijn *opinion* geeft hij aan dat het risico op insolventie van één van de onrechtmatig handelende werkgevers volledig voor rekening komt van de onschuldige werknemer. Uit zijn overwegingen blijkt duidelijk dat hij zich niet kan vereenzelvigen met deze uitkomst: het is onwenselijk om werkgevers, die zich onrechtmatig hebben gedragen jegens hun werknemers, de hand boven het hoofd te houden ten koste van onschuldige werknemers.⁵⁶ In aansprakelijkheidsclaims voor mesotheliom, waarin één of meerdere werkgevers insolvent of onvindbaar blijken te zijn, moet het mesotheliomslachtoffer niet (een deel van) zijn eigen schade betalen.⁵⁷ Hoofdelijke aansprakelijkheid is, aldus Lord Rodger, alhoewel dit in sommige gevallen hard kan zijn voor onrechtmatig handelende werkgevers, op grond van beleidsoverwegingen de meest wenselijke oplossing in claims voor mesotheliom.⁵⁸ Tot mijn verbazing ben ik niet gestuit op tegenargumenten die verband houden met de berekening van de verdeling van de aansprakelijkheid. Mijns inziens levert dit een goed argument op om het toepassen van proportionele aansprakelijkheid in claims voor ondeelbare mesotheliom in twijfel te trekken. De specifieke gegevens die nodig zijn om de relatieve bijdrage van de werkgevers op een adequate manier te berekenen, zoals gegevens omtrent de duur en intensiteit van de blootstelling en het type asbestvezels dat is ingeademd door de werknemer, zullen in de meeste gevallen namelijk niet voorhanden zijn. Het schatten van deze gegevens is 'nattevingerwerk', waar de rechtszekerheid niet mee is gediend.

3.2.4. (On)rechtmatige blootstelling en eigen verantwoordelijkheid

De toepassing van de in *Fairchild* vastgestelde maatstaf voor het bewijs van causaal verband wordt opgerekt in *Barker*. De House of Lords bepaalt dat het causaal verband kon worden vastgesteld als de eiser kan bewijzen dat de onrechtmatige blootstelling aan asbest '*materially increased the risk of mesothelioma*'. Met de uitspraak in *Barker* komt vast te staan dat het begrip causaal verband ook ruimer kan worden uitgelegd in situaties waarin de eiser tevens zelf verantwoordelijk kan worden gehouden voor een deel van de totale duur van de blootstelling aan asbest.⁵⁹ De toepasbaarheid van deze maatstaf voor het vaststellen van causaal verband blijkt niet afhankelijk van de vraag of de eiser al dan niet onrechtmatig is blootgesteld aan asbest. De vraag naar de onrechtmatigheid van de blootstelling blijft echter wel van belang voor het beantwoorden van de vraag wie verantwoordelijk kan worden gehouden voor de door de eiser geleden schade. De maatstaf in *Fairchild* kan dus ook worden toegepast in situaties waarin werkgevers 'A' en 'B' hun werknemer 'X' onrechtmatig hebben blootgesteld aan asbest, maar werknemer 'X' zelf ook verantwoordelijk is voor een deel van de totale duur van de blootstelling aan asbest. Deze maatstaf kan tevens worden toegepast in situaties waarin werkgever 'A' zijn werknemer 'X' onrechtmatig heeft blootgesteld aan asbest en werkgever 'B' zijn werknemer 'X' niet onrechtmatig heeft blootgesteld aan asbest. Drie van de vijf Law Lords maken hierbij echter wel een kanttekening. Zij stemmen alleen met deze uitbreiding in onder de voorwaarde dat de aansprakelijkheid van de werkgevers, om de schade die werknemer 'X' lijdt te vergoeden, in lijn is met de mate waarin de blootstelling door de werkgevers heeft bijgedragen aan het ontstaan van het risico op mesotheliom.⁶⁰ Met andere woorden: de House of Lords is van mening dat het begrip causaal verband ook ruimer moet worden uitgelegd in situaties waarin de werknemer zowel rechtmatig als onrechtmatig is blootgesteld aan asbest mits proportionele aansprakelijkheid wordt toegepast om de mate van aansprakelijkheid van de onrechtmatig handelende werkgevers vast te stellen.

3.3.of toch hoofdelijke aansprakelijkheid voor de gehele schade?

Het Engelse '*Parliament*' (*Labour*) kon zich, evenals Lord Rodger of Earlsferry, niet vinden in de uitspraak

⁵⁵ P. Bol, Asbestose en mesotheliom, Nederlands Tijdschrift Tandheelkunde, 2002/109, p. 498; De overleving na het stellen van de diagnose is kort: 80 procent van de patiënten met een mesotheliom sterft binnen 12 maanden en slechts enkele overleven het tweede jaar.

⁵⁶ *Barker v Corus UK Ltd* [2006] 2 AC 572, r.o. 90.

⁵⁷ Zie hierover ook Kortmann: J.S. Kortmann, Karamus/Nefalit: Proportionele aansprakelijkheid?, NJB 2006/26, p. 1411.

⁵⁸ *Barker v Corus UK Ltd* [2006] 2 AC 572, r.o. 90.

⁵⁹ *Barker v Corus UK Ltd* [2006] 2 AC 572, r.o. 17.

⁶⁰ *Barker v Corus UK Ltd* [2006] 2 AC 572, r.o. 101 (Lord Rodger), r.o. 117 (Lord Walker), r.o. 128 (Lord Baroness Hale).

van de House of Lords in *Barker*. Het *Parliament* was het niet eens met het toepassen van proportionele aansprakelijkheid en stelt, middels het uitvaardigen van de zogenaamde *Compensation Act 2006* (*Section 3: Mesothelioma*), vast dat hoofdelijke aansprakelijkheid moet worden toegepast in claims voor maligne mesotheliom waarin meer dan één aansprakelijke partij het mesotheliom kan hebben veroorzaakt.⁶¹ De aan asbest blootgestelde werknemer kan één werkgever, in een groep van meerdere werkgevers, aansprakelijk stellen voor zijn gehele schade. Hierbij moet echter worden opgemerkt dat voldaan moet zijn aan *Fairchild*⁶² en dat, indien het mesotheliomslachtoffer onzorgvuldig heeft gehandeld door zichzelf bloot te stellen aan asbest, de totale schade verlaagd kan worden met de eigen schuld van de werknemer.⁶³ De aansprakelijk gestelde werkgever moet de schade die de werknemer lijdt dus in beginsel in zijn geheel vergoeden, tenzij de werknemer zichzelf (buiten het dienstverband) ook heeft blootgesteld aan asbest en dus zelf verantwoordelijk kan worden gehouden voor een deel van de totale duur van de blootstelling aan asbest.⁶⁴ Het verweer van de aansprakelijk gestelde werkgever zal zich dus ook richten op de blootstelling die het mesotheliomslachtoffer buiten het dienstverband heeft gehad. Dit bewijs wordt door de lange incubatietijd bemoeilijkt.

3.3.1. Gevolgen voor werkgevers en werknemers

De inwerkingtreding van de *Compensation Act 2006* heeft enkel positieve gevolgen voor mesotheliomslachtoffers die door meer dan één werkgever zijn blootgesteld aan asbest tijdens de betreffende diensverbanden en draait hiermee de negatieve consequenties van de uitspraak in *Barker* terug. Het mesotheliomslachtoffer kan elke onrechtmatig handelende werkgever hoofdelijk aansprakelijk houden voor het vergoeden van zijn gehele schade. Mesotheliomslachtoffers dragen nu niet meer een deel van hun eigen schade, tenzij de eiser zelf verantwoordelijk is voor een deel van de totale duur van de blootstelling aan asbest. In dat laatste geval wordt het deel waarvoor de betrokkene eigen schuld draagt van de gehele schade afgetrokken.⁶⁵ Werkgevers zijn met de inwerkingtreding van '*Section 3: Mesothelioma*' terug bij af: zij dragen nu immers opnieuw het risico dat collegae werkgevers niet traceerbaar zijn of inmiddels failliet zijn

verklaard. Waar vier van de vijf Law Lords in *Barker* van mening waren dat dit risico voor rekening van het mesotheliomslachtoffer moet komen besluit het *Parliament* het tegenovergestelde.

De reikwijdte van de *Compensation Act 2006* is echter zeer beperkt. De *Compensation Act 2006* is alleen van toepassing op claims voor mesotheliom en vindt geen toepassing in letselschadeprocedures waarin de eiser niet lijdt aan mesotheliom. Voor andere ziekten, die zich ook laten kenmerken door ondeelbaarheid, blijft het besluit in *Barker* volgens de regels van *common law* gelden.⁶⁶ Mocht de rechterlijke macht besluiten tot toepassing van *Barker* (proportionele aansprakelijkheid) in claims voor andere ondeelbare ziekten, dan zal het slachtoffer een deel van zijn schade zelf moeten betalen indien één of meerdere aansprakelijk te stellen personen inmiddels failliet zijn verklaard.⁶⁷ De aansprakelijk te stellen personen die traceerbaar en solvent blijken te zijn kunnen immers slechts aansprakelijk worden gehouden voor hun relatieve bijdrage aan het risico op het ontstaan van de ziekte. Niet de aansprakelijk te stellen solvente partijen, maar het slachtoffer draagt in deze situatie opnieuw het risico van insolventie van een van de mogelijke schadeveroorzakers.

3.3.2. Nogmaals: (on)rechtmatige blootstelling en eigen verantwoordelijkheid

Zou de House of Lords ook hoofdelijke aansprakelijkheid hebben aangenomen in *Barker* indien de *Compensation Act 2006* in werking zou treden voordat Dhr. Barker zijn zaak aanhangig had gemaakt? Vaststaat immers dat drie van de vijf *Law Lords* enkel met het oprekken van de *Fairchild* maatstaf hebben ingestemd onder de voorwaarde dat proportionele aansprakelijkheid werd toegepast en de werkgevers dus alleen aansprakelijk kunnen worden gehouden voor dat deel van de schade dat overeenkomt met hun verantwoordelijkheid. Na de inwerkingtreding van de *Compensation Act 2006* bleef het lange tijd onduidelijk of hoofdelijke aansprakelijkheid voor de gehele schade wordt aangenomen in situaties waarin het mesotheliomslachtoffer 'X' onrechtmatig is blootgesteld door werkgever 'A' en 'B', maar niet onrechtmatig is blootgesteld door werkgever 'C'. Daarnaast is het ook maar de vraag of aansprakelijkheid voor

⁶¹ M. Brazier & E. Cave, *Medicine, Patients and the Law*, Penguin Books 2007 (fourth edition), p. 177.

⁶² De werknemer moet kunnen aantonen dat de blootstelling aan asbest door werkgever 'A' *materially increased the risk of mesothelioma*.

⁶³ *Compensation Act 2006*, Section 3 (2A): De *Compensation Act 2006* schrijft toepassing van hoofdelijke aansprakelijkheid voor: '*irrespective of whether the victim was also exposed to asbestos (i) other than by the defendant, whether or not in circumstances in which another person has a liability in tort, or (ii) by the defendant in circumstances in which he has no liability in tort.*' Elektronisch te raadplegen via: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/29/contents>.

⁶⁴ N.J. McBride & R. Bagshaw, *Tort Law*, Pearson Education Limited 2008 (third edition), p. 555.

⁶⁵ *Compensation Act 2006*, Section 3 (3B). Elektronisch te raadplegen via: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/29/contents>.

⁶⁶ Zie voor een inleiding in het Engelse rechtssysteem (*common law*): C.C. van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht. Een grensoverschrijdend handboek*, Den Haag: BJU 2003, p. 105-141.

⁶⁷ M.A. Jones, *Proving causation- beyond the "but-for" test*, *Professional Negligence 2006/4*, p. 251-269.

de gehele schade wordt aangenomen in situaties waarin 'X' onrechtmatig is blootgesteld aan asbest door werkgever 'A', maar tevens onzorgvuldig heeft gehandeld door zichzelf bloot te stellen aan asbest.

Zeer recent, op 9 maart 2011, verschaft de rechtszaak *Sienkiewicz v Greif*⁶⁸ (2011) aanknopingspunten voor de beantwoording van bovenstaande vragen. Daarmee is *Sienkiewicz* tevens de eerste rechtszaak waarin de Supreme Court de relatie tussen de *Fairchild* maatstaf en de *Compensation Act 2006* vaststelt. Eerst kort de feiten. In januari 2006 overlijdt Mevrouw Costello aan de gevolgen van maligne mesothelioom. In de periode 1966-1984 werkt zij als administratief medewerkster in dienst van haar werkgever, genaamd Greif (UK) Limited, die stalen containers (*steel drums*) fabriceert. Tijdens het productieproces van deze stalen containers komen asbestvezels vrij in de atmosfeer van het bedrijfsterrein. Vaststaat dat Mw. Costello niet in de fabriek heeft gewerkt, maar wel werkzaamheden heeft verricht op het bedrijfsterrein. De Supreme Court kwalificeert bovengenoemde beroepsmatige blootstelling aan asbest als onrechtmatig ondanks het feit dat Mw. Costello zelf niet met asbest heeft gewerkt. Deskundigen komen tot de conclusie dat de beroepsmatige blootstelling aan asbest het ontstaan van het risico op mesothelioom met 18% heeft verhoogd.⁶⁹ Daarnaast komt vast te staan dat Mw. Costello in een omgeving woont waarin zij, evenals andere buurtbewoners, ook wordt blootgesteld aan asbeststof in de algemene atmosfeer. De Supreme Court kwalificeert deze milieublootstelling aan asbest als rechtmatig en maakt vervolgens van de gelegenheid gebruik om duidelijk aan te geven dat – in een situatie als *Sienkiewicz* – geen uitzondering wordt gemaakt op de toepasbaarheid van zowel de *Fairchild* maatstaf als de *Compensation Act 2006*. Dit betekent dat mesotheliomslachtoffers, in situaties waarin de betrokkene 'X' onrechtmatig is blootgesteld aan asbest door werkgever 'A' en niet onrechtmatig is blootgesteld aan asbest in de vorm van milieublootstelling, het causaal verband kunnen bewijzen door aan te tonen dat de onrechtmatige blootstelling aan asbest '*materially increased the risk of mesothelioma.*' Het bewijs dat de onrechtmatige blootstelling aan asbest het ontstaan van het risico op mesothelioom met 18% heeft verhoogd blijkt hiervoor voldoende.⁷⁰ De onrechtmatige blootstelling aan asbest hoeft, in tegenstelling tot het oordeel van de *Trial Judge* (rechtbank), het risico op mesothelioom niet te verdubbelen.⁷¹ Vervolgens wordt aansluiting gezocht bij de *Compensation Act 2006*: de

persoon die verantwoordelijk is voor de onrechtmatige blootstelling aan asbest kan aansprakelijk worden gehouden voor de gehele schade.⁷²

De overwegingen in *Sienkiewicz* bieden ook aanknopingspunten voor het bepalen van de reikwijdte van de *Fairchild* maatstaf- en de toepassing van de *Compensation Act 2006* in andere claims voor mesothelioom. Alhoewel *Sienkiewicz* verschilt van een situatie waarin het mesotheliomslachtoffer, naast een onrechtmatige blootstelling aan asbest door één werkgever, ook zichzelf heeft blootgesteld aan asbest (eigen verantwoordelijkheid) kan mijns inziens worden gesteld dat de werkgever aansprakelijk is voor de door de werknemer geleden schade indien het mesotheliomslachtoffer kan bewijzen dat de onrechtmatige blootstelling aan asbest '*materially increased the risk of mesothelioma.*' Toepassing van de *Compensation Act 2006* leidt vervolgens tot het resultaat dat de werkgever aansprakelijk is voor de gehele schade met aftrek van de eigen schuld van de werknemer.⁷³ In situaties waarin de werknemer door twee werkgevers onrechtmatig- en door één werkgever rechtmatig is blootgesteld aan asbest kan het mesotheliomslachtoffer één van de twee onrechtmatig handelende werkgevers hoofdelijk aansprakelijk houden voor het vergoeden van zijn gehele schade.⁷⁴ Ook in deze laatste situatie kan de *Fairchild* maatstaf worden toegepast. Met andere woorden: de betrokkene kan het causaal verband bewijzen door aan te tonen dat het handelen van de aansprakelijk gestelde werkgever '*materially increased the risk of mesothelioma.*'

4. Conclusie

In 2002 heeft de House of Lords in *Fairchild* de maatstaf voor het bewijs van causaal verband verlicht in een situatie waarin een werknemer sterft aan de gevolgen van mesothelioom nadat hij door twee werkgevers onrechtmatig is blootgesteld aan asbest. Causaal verband wordt vastgesteld als de eiser kan bewijzen dat de onrechtmatige blootstelling aan asbest '*materially increased the risk of mesothelioma.*' Echter, waar de House of Lords zich in *Fairchild* niet uitlaat over de verdeling van de aansprakelijkheid, kiezen vier van de vijf *Law Lords* in *Barker* (2006) voor het toepassen van proportionele aansprakelijkheid. De onrechtmatig handelende werkgevers kunnen slechts aansprakelijk worden gehouden voor hun relatieve bijdrage aan het ontstaan

⁶⁸ *Sienkiewicz v Greif (UK) Limited* [2011] UKSC 10.

⁶⁹ *Sienkiewicz v Greif (UK) Limited* [2011] UKSC 10, r.o. 4, 109, 118 (Lord Phillips).

⁷⁰ *Sienkiewicz v Greif (UK) Limited* [2011] UKSC 10, r.o. 4, 60 (Lord Phillips).

⁷¹ *Sienkiewicz v Greif (UK) Limited* [2011] UKSC 10, r.o. 70 (Lord Phillips); r.o. 130 (Lord Rodger).

⁷² Compensation Act 2006, Section 3 (2A). Elektronisch te raadplegen via: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/29/contents>.

⁷³ Compensation Act 2006, Section 3 (2A) juncto (3B).

⁷⁴ N.J. McBride & R. Bagshaw, *Tort Law*, Pearson Education Limited 2008 (third edition), p. 555.

van het risico op mesothelioom. De gekozen proportionele verdeling van aansprakelijk wordt met open armen ontvangen door werkgevers, maar stuit op veel kritiek aan de zijde van de asbestslachtoffers. Zij dragen nu immers het risico dat, in situaties waarin één of meerdere aansprakelijk te stellen partijen inmiddels failliet zijn gegaan of niet meer traceerbaar blijken te zijn, een deel van hun schade voor eigen rekening komt.

Het Engelse *Parliament (Labour)* besluit vervolgens tot het uitvaardigen van de *Compensation Act 2006* en draait hiermee de negatieve gevolgen van *Barker* terug. De betrokkene kan één werkgever, in een groep van meerdere werkgevers, hoofdelijk aansprakelijk stellen voor zijn gehele schade. Hierbij dient te worden opgemerkt dat de totale schade verlaagd kan worden met de eigen schuld van de betrokkene in gevallen waarin de betrokkene onzorgvuldig heeft gehandeld door zichzelf bloot te stellen aan asbest. In *Sienciewicz* (2011) maken de *Law Lords* duidelijk dat, in een situatie waarin de betrokkene zowel rechtmatig- als onrechtmatig is blootgesteld aan asbest, geen uitzondering wordt gemaakt op de toepasbaarheid van zowel de *Fairchild* maatstaf als de *Compensation Act 2006*. Het toepassen van proportionele aansprakelijkheid tussen aansprakelijke derden is in Engeland niet (meer) aan de orde in claims voor mesothelioom.

Het Engelse *Parliament* heeft, evenals de *Law Lords* in *Sienciewicz*, een weloverwogen besluit genomen: *Barker*

leidt tot een onwenselijk resultaat. Ter onderbouwing wijs ik op het feit dat mesothelioom een ondeelbare ziekte is. Medisch gezien is het onmogelijk om deze ziekte te verdelen over verschillende veroorzakers. Mocht alsnog tot een verdeling worden overgegaan dan dient geen beslissende waarde te worden toegekend aan de duur van de blootstelling bij de verschillende dienstverbanden. Voor een adequater 'geschatte' verdeling van de aansprakelijkheid moet tevens waarde worden toegekend aan de intensiteit van de blootstelling en aan het type asbestvezels dat tijdens de dienstverbanden is ingeademd door de werknemer. Het is dan ook teleurstellend dat de House of Lords in *Barker* niet ingaat op de wijze waarop de relatieve bijdrage van de werkgevers moet worden berekend.

Ik schaar mij achter het pleidooi van Lord Rodger of Earlsferry die zich, in *Barker*, als enige *Law Lord* heeft verzet tegen het toepassen van proportionele aansprakelijkheid. In claims voor mesothelioom geniet het toepassen van hoofdelijke aansprakelijkheid de voorkeur, aangezien het onwenselijk is om werkgevers, die zich onrechtmatig hebben gedragen jegens hun werknemers, de hand boven het hoofd te houden ten koste van onschuldige werknemers.⁷⁵

⁷⁵ *Barker v Corus UK Ltd* [2006] 2 AC 572, r.o. 90 (Lord Rodger).