

GERECHTSHOF ARNHEM-LEEWARDEN

locatie Arnhem

afdeling civiel recht, handel

zaaknummer gerechtshof 200.145.846
(zaaknummer rechtbank Overijssel 378740 CV EXPL 11-6537)

arrest van 8 december 2015

in de zaak van

de stichting

[REDACTED]
gevestigd te Enschede,
appellante,
in eerste aanleg: gedaagde,
hierna: [REDACTED]
advocaat: [REDACTED]

tegen:

1. [REDACTED]
2. [REDACTED]
3. [REDACTED]
allen wonende te Enschede, geïntimeerden,
in eerste aanleg: eisers,
hierna: 'de erven',
advocaat: mr. L.E.M. Charlier.

1. Het verdere verloop van het geding in hoger beroep

1.1 Het hof neemt de inhoud van het tussenarrest van 8 juli 2014 hier over.

1.2 Het verdere verloop blijkt uit:
- de memorie van grieven met productie;
- de memorie van antwoord met productie.

1.3 Vervolgens hebben partijen de stukken voor het wijzen van arrest aan het hof overgelegd en heeft het hof arrest bepaald.

2. De vaststaande feiten

2.1 Het hof gaat in hoger beroep uit van de feiten zoals beschreven in de rechtsoverwegingen 2.1 tot en met 2.8 van het vonnis van 20 december 2011, met dien

verstande dat de erven hebben aangevoerd dat [REDACTED] al op 21 augustus 1984 (voor bepaalde) tijd in dienst is getreden bij [REDACTED] en niet pas op 6 februari 1985. Op die laatste datum is volgens de erven een contract voor onbepaalde tijd verstrekt.

3. Het geschil en de beslissing in eerste aanleg

3.1 De erven hebben in eerste aanleg samengevat gevorderd een verklaring voor recht dat [REDACTED] aansprakelijk is voor de door [REDACTED] (hierna: [REDACTED] geleden en nog te lijden schade op grond van artikel 6:106 en 6:107 BW, zowel materieel als immaterieel, alsmede de door zijn weduwe, [REDACTED] geleden en nog te lijden schade op grond van artikel 6:108 BW en voorts veroordeling van [REDACTED] tot betaling van een voorschot onder algemene titel ad € 54.113,00 en de door [REDACTED] en zijn erven geleden en nog te lijden schade, op te maken bij staat, wettelijke rente en proceskosten. Bij de in eerste aanleg gehouden comparitie van 19 september 2013 hebben de erven afgezien van de vordering ingevolge artikel 6:108 BW voor zover die de forfaitaire bedragen van het convenant overstijgt, hetgeen betekent dat resteert de vordering op basis van het convenant, te weten € 54.133,00, vermeerderd met de wettelijke rente.

3.2 Als grondslag van de vordering hebben de erven gesteld dat [REDACTED] tijdens zijn werkzaamheden in dienst van [REDACTED] aan asbest is blootgesteld, dat [REDACTED] haar zorgplicht op grond van artikel 7:658 BW jegens [REDACTED] heeft geschonden door onvoldoende maatregelen te treffen om hem tegen de gevaren van asbestblootstelling te beschermen, dat bij [REDACTED] in 2007 de diagnose mesotheliom is gesteld, een ziekte die door blootstelling aan asbest ontstaat, en dat [REDACTED] aansprakelijk is voor de daaruit voortvloeiende schade.

3.3 [REDACTED] heeft verweer gevoerd.

3.4 De kantonrechter heeft bij vonnis van 20 december 2011 geoordeeld dat [REDACTED] aan mesotheliom leed en een comparitie gelast alvorens nadere bewijsopdrachten te zullen geven. Bij vonnis van 1 mei 2012 heeft de kantonrechter de erven opgedragen te bewijzen dat [REDACTED] in de uitoefening van zijn werkzaamheden bij (de rechtsvoorgangster van) [REDACTED] is blootgesteld aan asbest en dat die blootstelling aan asbest geleid kan hebben tot het later bij [REDACTED] gediagnosticeerde mesotheliom. Verder heeft zij bij dat vonnis aan [REDACTED] opgedragen te bewijzen dat zij dan wel haar rechtsvoorgangster, uitgaande van de State of the Art ten tijde van het dienstverband van [REDACTED] met (de rechtsvoorgangster van) [REDACTED] in voldoende mate aan de op haar (rechtsvoorgangster) rustende zorgverplichting heeft voldaan. Na de bewijslevering heeft de kantonrechter bij vonnis van 11 juni 2013 geoordeeld dat de erven erin zijn geslaagd te bewijzen dat [REDACTED] in de uitoefening van zijn werkzaamheden bij de rechtsvoorgangster van [REDACTED] direct en/of indirect aan asbest is blootgesteld. Ook heeft zij geoordeeld dat [REDACTED] door de blootstelling aan asbest tijdens het uitoefenen van zijn werkzaamheden bij [REDACTED] (de rechtsvoorgangster van [REDACTED]) hierna: [REDACTED] de ziekte mesotheliom kan hebben gekregen. Verder heeft zij geoordeeld dat niet is komen vast te staan dat [REDACTED] aan haar zorgplicht heeft voldaan. Daarna heeft de kantonrechter het verweer onderzocht dat [REDACTED] ook in zijn eigen bedrijf, alsmede bij het onderhoud van zijn panden, aan asbest is blootgesteld. Zij heeft ter bespreking van deze problematiek een comparitie gelast. Bij het eindvonnis van 18 februari 2014 ten slotte heeft de kantonrechter geoordeeld dat [REDACTED] voor de gehele schade aansprakelijk is en de gevorderde verklaring voor recht

gegeven, alsmede [REDACTED] veroordeeld tot betaling van € 54.133,00, vermeerderd met rente en proceskosten.

4. De beoordeling van de grieven en de vordering

4.1. [REDACTED] is van de bestreden vonnissen in hoger beroep gekomen onder aanvoering van 13 grieven. Zij heeft geconcludeerd dat het hof de vonnissen van 20 december 2011, 11 juni 2013 en 18 februari 2014 zal vernietigen en opnieuw rechtdoende de vorderingen van de erven alsnog af zal wijzen met een veroordeling in de kosten in beide instanties. De erven hebben verweer gevoerd en geconcludeerd tot bekrachtiging van de vonnissen waarvan beroep, met veroordeling van [REDACTED] in de kosten van het hoger beroep, waaronder de nakosten, een en ander bij uitvoerbaar bij voorraad te verklaren arrest.

4.2. Het gaat in deze zaak, samengevat, om het volgende. [REDACTED] heeft van, naar de erven stellen 21 augustus 1984, maar in ieder geval 6 februari 1985 tot 2002 bij [REDACTED] gewerkt, de rechtsvoorgangster van [REDACTED]. Hij stelt dat hij daar aan asbest is blootgesteld, waardoor hij mesothelioom heeft gekregen - welke ziekte in 2007 is gediagnosticeerd - of in ieder geval kan hebben gekregen. Hij heeft [REDACTED] voor de gevolgen daarvan aansprakelijk gesteld. [REDACTED] is op 27 maart 2008 overleden. De erven hebben de vordering van [REDACTED] alsmede hun eigen vorderingen uit hoofde van zijn ziekte en overlijden, jegens [REDACTED] aanhangig gemaakt. [REDACTED] heeft betwist dat er sprake was van mesothelioom en dat [REDACTED] tijdens zijn werkzaamheden voor haar aan asbest is blootgesteld. Verder heeft zij gesteld dat [REDACTED] voordat hij bij [REDACTED] in dienst trad, lange tijd met zijn vader een schildersbedrijf heeft gehad, waarin hij ook aan asbest is blootgesteld, alsmede dat [REDACTED] enig onroerend goed bezat en onderhield, in het kader waarvan hij eveneens aan asbest zal zijn blootgesteld. Zij heeft zich in dat kader ook beroepen op het gezag van gewijsde van een vonnis dat in een andere procedure, omtrent door [REDACTED] naar hij stelde, bij [REDACTED] opgelopen OPS, tussen partijen reeds was geweest. Ten slotte betwist zij de hoogte van de gevorderde schadevergoeding. Al deze verweren komen in de grieven weer aan de orde.

4.3. In grief 1 klaagt [REDACTED] dat de kantonrechter ten onrechte heeft geoordeeld dat [REDACTED] heeft geleden aan een mesothelioom en daaraan is overleden. Zij stelt dat het geautoriseerd verslag van de afdeling pathologie van het Antoni van Leeuwenhoek ziekenhuis, met de conclusie: "Pleurabiopten: het beeld past bij maligne mesothelioom epitheliaal type" (productie 2 bij inleidende dagvaarding), te beknopt is om de conclusie op te baseren dat sprake was van mesothelioom en dat [REDACTED] daaraan is overleden. Het hof volgt haar daarin niet. Het bedoelde verslag is namens het mesotheliomenpanel ondertekend door dr. [REDACTED]. De erven hebben onbetwist gesteld dat het mesotheliomenpanel het in Nederland bij uitstek ervaren en deskundige orgaan is voor het stellen van de diagnose. De diagnose is voorts aanvaard door het Instituut Asbest Slachtoffers, op basis waarvan aan [REDACTED] op grond van de Regeling Tegemoetkoming Asbestslachtoffers (hierna: Regeling TAS) ook een voorschot is toegekend. Het hof is van oordeel dat de conclusie 'past bij maligne mesothelioom' van het mesotheliomenpanel een voldoende stevige basis is voor het oordeel dat [REDACTED] leed aan mesothelioom. Nu de erven onbetwist hebben gesteld dat die diagnose infaust is en de overlijdensdatum 27 maart 2008 ongeveer een jaar na de diagnose mesothelioom is gelegen, is voldoende aannemelijk gemaakt dat [REDACTED] aan die ziekte is overleden. [REDACTED] heeft weliswaar gesteld dat [REDACTED] ook leed aan OPS, maar zij heeft niet gesteld dat die ziekte infaust is. De grief wordt verworpen.

4.4. Het hof ziet aanleiding de grieven 2 tot en met 10 gezamenlijk te bespreken. In grief 2 klaagt [REDACTED] dat de kantonrechter ten onrechte heeft overwogen dat indien komt vast te staan dat [REDACTED] in haar zorgplicht is tekortgeschoten en daarmee het causale verband juridisch moet worden aangenomen, zij in beginsel aansprakelijk is voor de door [REDACTED] en zijn nabestaanden geleden schade. [REDACTED] voert aan dat met aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid moet worden aangenomen dat [REDACTED] de ziekte mesotheliom al bij zich droeg toen hij in 1985 in dienst trad van [REDACTED] aangezien [REDACTED] zelf heeft verklaard dat hij in het [REDACTED] van 1964 tot 1982 veelvuldig aan asbest is blootgesteld en mesotheliom zich eerst gemiddeld na 30 jaar na de laatste blootstelling manifesteert. Primair voert [REDACTED] aan dat de schade dan voor risico van [REDACTED] moet blijven. Subsidiair stelt zij dat de schade hooguit proportioneel (voor een factor 8:31) voor haar risico behoort te komen. In grief 3 klaagt [REDACTED] dat de kantonrechter ten onrechte heeft geoordeeld dat is komen vast te staan dat [REDACTED] in de uitoefening van zijn werkzaamheden bij [REDACTED] direct of indirect aan asbest is blootgesteld. Verder klaagt zij dat niet is bewezen dat de blootstelling bij [REDACTED] kan hebben geleid tot het later vastgestelde mesotheliom. Volgens haar blijkt uit verklaringen van getuigen dat [REDACTED] bij [REDACTED] hooguit incidenteel met asbest in aanraking kan zijn gekomen en is het hoogst waarschijnlijk dat de eerdere blootstelling in het familiebedrijf heeft geleid tot het mesotheliom. Zij acht het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar dat [REDACTED] de schade moet dragen ingeval [REDACTED] op het moment dat hij in dienst trad bij [REDACTED] al de ziekte bij zich droeg. In grief 5 klaagt [REDACTED] dat de kantonrechter ten onrechte heeft overwogen dat het enkele feit dat geen opdracht werd gegeven tot zagen, schuren of boren aan of in asbesthoudende platen en het feit dat de werknemers, onder wie [REDACTED] zelf een grote mate van verantwoordelijkheid hadden, nog niet zegt dat aan de zorgplicht is voldaan. De betreffende verklaringen van de getuigen [REDACTED] en [REDACTED] zagen niet op het voldoen aan de zorgplicht, maar uit die verklaringen volgt veeleer dat [REDACTED] slechts zeer incidenteel aan asbest is blootgesteld, zo voert [REDACTED] aan. In grief 6 klaagt [REDACTED] dat de kantonrechter ten onrechte heeft overwogen dat het voor de vraag naar proportionele aansprakelijkheid van belang is of [REDACTED] voor zijn indiensttreding bij [REDACTED] al dan niet werkzaamheden in loondienst, dan wel binnen een eigen bedrijf heeft verricht, bij welke werkzaamheden hij direct of indirect is blootgesteld aan asbest. Dit aspect wordt verder deels ook in grief 4 naar voren gebracht. Volgens [REDACTED] moeten alle oorzaken van ziekte, die vallen buiten de uitoefening van de werkzaamheden bij [REDACTED] voor rekening van [REDACTED] blijven, ongeacht of die in loondienst dan wel in het kader van een eigen bedrijf zijn verricht. In grief 4 klaagt [REDACTED] dat de kantonrechter ten onrechte heeft overwogen dat nu de blootstelling aan asbest vaststaat en (naar het hof begrijpt) die blootstelling bij uitsluiting mesotheliom kan veroorzaken, het causaal verband tussen het verrichten van de werkzaamheden bij [REDACTED] en het ontstaan van mesotheliom voorshands wordt aangenomen, tegenbewijs door [REDACTED] daargelaten. In grief 7 klaagt [REDACTED] dat de kantonrechter het gezag van gewijsde heeft miskend van het eerder tussen [REDACTED] en [REDACTED] gewezen vonnis van 6 mei 2007 in de OPS-zaak, waarin is overwogen dat [REDACTED] ruim 15 jaar heeft gewerkt in een eigen schildersbedrijf voordat hij in dienst trad van [REDACTED]. In grief 8 klaagt [REDACTED] dat de kantonrechter haar ten onrechte met het bewijs heeft belast dat [REDACTED] bij het verrichten van onderhoudswerk in de aan hem in eigendom toebehorende panden direct of indirect aan asbest is blootgesteld. Grief 9 ziet, zo begrijpt het hof, op het oordeel van de kantonrechter dat de erven voldoende onderbouwd hebben bestreden dat [REDACTED] als eigen ondernemer werkzaamheden heeft verricht binnen het (voormalig) bedrijf van

zijn pleegvader. Grief 10 ten slotte klaagt dat de kantonrechter ten onrechte het beroep van [REDACTED] op art. 6:101 BW heeft verworpen.

4.5. De grieven stellen allereerst de vraag aan de orde of is bewezen dat [REDACTED] bij [REDACTED] aan asbest is blootgesteld. Hierover wordt als volgt overwogen.

4.5.1 Met betrekking tot de vraag of de erven zijn geslaagd in het bewijs van hun stelling dat [REDACTED] tijdens zijn werkzaamheden voor [REDACTED] direct of indirect is blootgesteld aan asbest, verwijst het hof naar het oordeel van de kantonrechter in de rechtsoverwegingen 2.3 tot en met 2.6, eerste volzin, van het tussenvonnis van 11 juni 2013 en maakt deze motivering en dit oordeel tot het zijne. Ook het hof is van oordeel, op gelijke gronden als de kantonrechter, dat met de verklaringen van [REDACTED] (schriftelijk) en [REDACTED] (onder ede) is komen vast te staan dat [REDACTED] bij [REDACTED] aan asbest is blootgesteld. Het hof voegt daaraan toe dat uit die verklaringen niet kan worden afgeleid dat die blootstelling hooguit incidenteel is geweest, zoals [REDACTED] stelt. Anders dan [REDACTED] aanvoert, hebben de getuigen [REDACTED] evenmin incidenteel (voor korte duur) met [REDACTED] samengewerkt. [REDACTED] heeft verklaard dat hij heel veel met [REDACTED] heeft samengewerkt, hij dacht wel een jaar of tien. [REDACTED] heeft verklaard dat hij [REDACTED] eigenlijk alleen bij verhuizingen tegenkwam en dat hij dacht dat zij er ongeveer 50-60 samen per jaar deden, waarbij de vloer er uit gehaald werd. [REDACTED] heeft verklaard dat hij denkt dat hij [REDACTED] wel wekelijks tegenkwam. Uit deze verklaringen blijkt dus niet dat de getuigen zo weinig samenwerkten met [REDACTED] dat hun verklaringen over [REDACTED] werkzaamheden van onvoldoende gewicht zouden zijn.

4.5.2 Het hof is van oordeel dat het feit dat [REDACTED] en [REDACTED] hebben verklaard dat zij geen opdracht gaven tot de werkzaamheden waarbij asbest vrijkwam, onvoldoende is voor de conclusie dat die werkzaamheden niet zijn verricht.

4.6 [REDACTED] heeft geen grief gericht tegen het oordeel dat zij niet heeft bewezen dat zij aan haar zorgplicht jegens [REDACTED] heeft voldaan. Dat laatste staat dan ook vast.

4.7. Vervolgens stellen de grieven de vraag aan de orde of zó onwaarschijnlijk is dat de ziekte mesothelioom is ontstaan door de asbestblootstelling tijdens de werkzaamheden voor [REDACTED] dat er geen grond is voor aansprakelijkheid van [REDACTED]. [REDACTED] voert aan dat het hoogstwaarschijnlijk is dat [REDACTED] al eerder het fatale asbestdeeltje had ingeademd en dat hij, in wezen mét mesothelioom, bij [REDACTED] in dienst is getreden. Deze grief faalt. Om te beginnen is het hof van oordeel dat voldoende vast staat dat het bij [REDACTED] gediagnosticeerde mesothelioom door asbestblootstelling is veroorzaakt, aangezien vaststaat dat hij een geschiedenis van blootstelling aan asbest heeft en de erven gemotiveerd hebben gesteld dat sprake is van een monocausale aandoening. Zij hebben op de volgende stukken gewezen. Volgens de regionale richtlijn IKL, versie: 1.1 (mesothelioom), productie 1 bij conclusie van repliek, is asbestinhalatie 'de voornaamste en misschien wel de enige oorzaak voor mesothelioom'. Ook in productie 4 bij conclusie van repliek, een artikel gepubliceerd op www.news.medical.net, staat vermeld: 'Het werken met asbest is de belangrijkste risicofactor voor mesothelioom. Een geschiedenis van blootstelling aan asbest bestaat in bijna alle gevallen.' In productie 6 bij conclusie van repliek (een print van de website www.comiteasbestslachtoffers.nl) staat vermeld: "Mesothelioom. (...) Uit onderzoeken kwam vast te staan dat in bijna alle gevallen van mesothelioom er sprake was van blootstelling aan asbest. De tijd tussen het ontstaan van de aandoening en de blootstelling varieert nogal. In onderzoeken worden termijnen genoemd van 3 tot 60 jaar.

Ook kwam vast te staan dat de blootstellingsduur soms zeer kort kon zijn (maanden). (...)”. De dienovereenkomstige stellingen van de erven zijn niet gemotiveerd betwist door [REDACTED]. Dat betekent dat blootstelling aan asbest als de oorzaak van de ziekte van [REDACTED] moet worden beschouwd.

4.8. Anders dan [REDACTED] acht het hof het niet ‘hoogst onwaarschijnlijk’ dat het mesothelioom van [REDACTED] is veroorzaakt door de blootstelling bij [REDACTED] (en later [REDACTED]). [REDACTED] is immers gedurende de jaren 1984/1985 tot in 1993 (naar zijn eigen verklaring jegens het Instituut Asbestslachtoffers, zie productie 5 bij de inleidende dagvaarding) bij [REDACTED] aan asbest blootgesteld, een periode dus van ongeveer acht à negen jaar, terwijl de ziekte eerst in 2007, dus toch geruime tijd later, is gediagnosticeerd. Weliswaar moet worden aangenomen dat [REDACTED] eveneens gedurende een periode van 18 jaar (van 1964 tot 1982) aan asbest is blootgesteld bij zijn werkzaamheden voor [REDACTED] Schildersbedrijf, zodat de kans dat de ziekte is veroorzaakt door de blootstelling bij [REDACTED] substantieel is, maar dat neemt niet weg dat de blootstelling gedurende acht à negen jaar bij [REDACTED] zodanig substantieel is geweest dat er een voldoende grote kans bestaat dat de oorzaak van [REDACTED] ziekte in die blootstelling bij [REDACTED] is gelegen.

Anders dan door [REDACTED] is aangevoerd, kan uit de stelling dat dat het tijdsverloop tussen de blootstelling en het ontstaan van de ziekte gemiddeld dertig jaar bedraagt (welke stelling door [REDACTED] overigens is betwist), niet worden afgeleid dat hoogst waarschijnlijk is dat [REDACTED] de ziekte bij J. [REDACTED] Schildersbedrijf heeft opgelopen. De hiervoor geciteerde print van de website www.comiteasbestslachtoffers.nl vermeldt dat die tijdsduur sterk varieert en van 3 tot 60 jaar kan bedragen. Er is geen grond om aan te nemen dat juist bij [REDACTED] sprake is van de gestelde gemiddelde latentietijd of langer.

4.9. De grieven stellen vervolgens de vraag aan de orde welke (rechts)gevolgen moeten worden verbonden aan de omstandigheid dat [REDACTED] ook bij [REDACTED] Schildersbedrijf in substantiële mate aan asbest is blootgesteld en aan de stelling van [REDACTED] dat hij ook bij het onderhoud van zijn eigen panden aan asbest zal zijn blootgesteld.

4.10. Daarbij komt eerst aan de orde de vraag of [REDACTED] bij [REDACTED] Schildersbedrijf in loondienst was of dat hij zijn werkzaamheden voor [REDACTED] Schildersbedrijf in eigen bedrijf uitvoerde. [REDACTED] betoogt dat deze vraag niet meer behoeft te worden onderzocht omdat het vonnis van 6 maart 2007 (overgelegd als productie 6 bij conclusie van antwoord), gewezen tussen [REDACTED] en [REDACTED] naar aanleiding van hun geschil over de ziekte OPS, gezag van gewijsde heeft. Bij dit vonnis heeft de kantonrechter in de rechtbank Almelo in conventie [REDACTED] veroordeeld om aan [REDACTED] te vergoeden 21,25% van de totaal door [REDACTED] geleden en nog te lijden materiële schade en daarnaast te vergoeden 42,5% van zijn ten gevolge van OPS geleden immateriële schade, nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet, alsmede tot betaling van een voorschot van € 10.000,00. In reconventie heeft de kantonrechter [REDACTED] veroordeeld tot betaling aan [REDACTED] van € 5.239,16 met rente. Dit vonnis is een eindvonnis. Het is dus in kracht van gewijsde gegaan. In zoverre is aan de vereisten van artikel 236 Rv voldaan. Het hof is echter van oordeel dat in dit vonnis, anders dan [REDACTED] betoogt, geen beslissing is gegeven ten aanzien van de vraag of [REDACTED] in loondienst was van zijn vader of een eigen bedrijf had (met zijn vader). De kantonrechter heeft onder 2.14 van het vonnis van 11 juni 2013 weliswaar overwogen dat de overweging [REDACTED] heeft ruim 15 jaar gewerkt in een eigen schildersbedrijf voordat hij in dienst trad van [REDACTED], in beginsel bindende kracht heeft, maar het hof ziet dat anders. In rechtsoverweging 2 van het vonnis van 6 maart

2007 heeft de kantonrechter het standpunt, in die procedure, van [REDACTED] samengevat, nadat hij in rechtsoverweging 1 van dat vonnis het standpunt en de vordering van [REDACTED] had samengevat. In rechtsoverweging 3 en verder heeft de kantonrechter vervolgens zijn eigen oordeel gemotiveerd. De geciteerde volzin uit rechtsoverweging 2 betreft dus niet een beslissing over de rechtsbetrekking in geschil, maar een weergave van het standpunt van [REDACTED]. In de motivering van de kantonrechter, met name rechtsoverwegingen 7 en 8 van het vonnis van 6 maart 2007, heeft de kantonrechter niet beslist over de vraag of [REDACTED] in de periode vóórdat hij bij [REDACTED] in dienst trad, in een eigen bedrijf heeft gewerkt of bij zijn vader in loondienst heeft gewerkt. De redenering van de kantonrechter in de OPS zaak is er louter op gebaseerd dat [REDACTED] in de eerste 20 jaar van zijn loopbaan als schilder elders heeft gewerkt. De kantonrechter heeft dus geen beslissing gegeven over de vraag of dat in dienstbetrekking was of in de uitoefening van een eigen bedrijf. Daarmee is geen beslissing gegeven over de rechtsbetrekking in geschil. Daarop stuit het beroep op gezag van gewijsde reeds af. Grief 7 faalt.

4.11. Dat betekent dat nog wel moet worden onderzocht of [REDACTED] voor J. [REDACTED] Schildersbedrijf in loondienst heeft gewerkt of als zelfstandige. Ook het hof is van oordeel dat de erven hun stelling dat [REDACTED] bij J. [REDACTED] Schildersbedrijf in loondienst heeft gewerkt, voldoende hebben onderbouwd. Deze stelling komt overeen met hetgeen [REDACTED] bij leven jegens het Instituut Asbestslachtoffers heeft verklaard (rapport d.d. 30 januari 2007, productie 5 bij inleidende dagvaarding, p. 2 onderaan). Die stelling is ook niet in strijd met hetgeen hij jegens neuroloog Hageman heeft verklaard, namelijk "*patiënt heeft vanaf 12 jaar de ambachtsschool gedaan en is in een familiebedrijf gaan werken. Vanaf 15 jaar heeft hij tot 35 jaar in dit familiebedrijf gewerkt.*" (brief d.d. 26 april 1999, productie 2 bij conclusie van antwoord, zie met gelijke strekking de brief d.d. 19 oktober 1999, productie 7 bij akte van 30 oktober 2012), aangezien hierin niets wordt verklaard over de wijze waarop [REDACTED] in het familiebedrijf werkte (met een dienstverband of als zelfstandige). De pensioenoverzichten en de verklaring van de Stichting Sociaal Fonds Schildersbedrijf aan [REDACTED] tonen daarnaast aan dat [REDACTED] in de relevante periode als werknemer werkzaam was. [REDACTED] heeft geen concrete stellingen aangevoerd die dat ontkrachten. Anders dan [REDACTED] betoogt, acht het hof wél relevant dat [REDACTED] in loondienst was bij [REDACTED] Schildersbedrijf. Dat betekent immers dat artikel 7:658 BW van toepassing is en dat [REDACTED] Schildersbedrijf in beginsel dan ook eveneens jegens [REDACTED] uit dien hoofde aansprakelijk is. Dat is van belang voor de hierna onder 4.13 te behandelen vraag of de blootstelling bij [REDACTED] Schildersbedrijf een aan de werknemer toe te rekenen omstandigheid is.

4.12. Het uitgangspunt is dan ook dat [REDACTED] van augustus 1964 tot en met oktober 1982 als werknemer in dienst van schildersbedrijf [REDACTED] is blootgesteld aan asbest en dat [REDACTED] in dienst van [REDACTED] van augustus 1984/februari 1985 tot in 1993 (naar zijn eigen verklaring jegens het Instituut Asbestslachtoffers, zie productie 5 bij de inleidende dagvaarding) aan asbest is blootgesteld. Er bestaat geen grond om aan te nemen dat [REDACTED] daarnaast werkzaamheden in eigen onderneming heeft verricht, laat staan dat hij daarbij aan asbest zou zijn blootgesteld. [REDACTED] heeft haar stelling dat [REDACTED] tussen 31 oktober 1983 (naar [REDACTED] onbetwist heeft gesteld het einde van het dienstverband met [REDACTED] Schildersbedrijf, zie akte d.d. 9 juli 2013 onder 8) en zijn indiensttreding bij [REDACTED] (naar [REDACTED] onbetwist heeft gesteld op 21 augustus 1984 op basis van een contract voor bepaalde tijd, zie akte d.d. 9 juli 2013 onder 20) een eigen bedrijf heeft gehad, in het licht van de gemotiveerde betwisting daarvan (zie akte d.d. 9 juli 1984) onvoldoende onderbouwd.

4.13. Wel moet nog worden geoordeeld over het verweer dat ook het werk bij [REDACTED] Schildersbedrijf voor risico van [REDACTED] komt, aangezien sprake was van een familiebedrijf en de blootstelling bij [REDACTED] Schildersbedrijf een aan [REDACTED] toe te rekenen omstandigheid is, ofwel het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn als [REDACTED] het risico zou dragen van de aanzienlijke blootstelling aan asbest die [REDACTED] in dat familiebedrijf heeft ondergaan. Dit verweer wordt verworpen. Vast staat dat [REDACTED] ook bij [REDACTED] Schildersbedrijf als werknemer in dienst was. De blootstelling aan asbest die [REDACTED] daar heeft ondergaan is, zo moet worden aangenomen, het gevolg van een schending van de zorgplicht op grond van (destijds) artikel 7A:1638x BW door [REDACTED] Schildersbedrijf. Aangenomen moet worden dat de kans zeer groot is dat [REDACTED] leed aan mesotheliom dat is ontstaan door de blootstelling bij ofwel [REDACTED] Schildersbedrijf ofwel [REDACTED]. Voor die zeer grote kans is dus sprake van een alternatieve causaliteit als bedoeld in artikel 6:99 BW, die leidt tot een hoofdelijke aansprakelijkheid, tenzij de aangesprokene bewijst dat de schade niet het gevolg is van een gebeurtenis waarvoor hijzelf aansprakelijk is. Dat bewijs heeft [REDACTED] niet aangeboden. Het hof ziet in het feit dat [REDACTED] is opgegroeid in het gezin van [REDACTED] zijn werkgever, onvoldoende grond voor het oordeel dat het risico van blootstelling bij die werkgever voor zijn eigen rekening moet komen en dat artikel 6:99 BW dus als naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar, buiten toepassing moet worden gelaten. Ook de omstandigheid dat [REDACTED] de schade niet (deels) zal kunnen verhalen op [REDACTED] Schildersbedrijf maakt dat niet onaanvaardbaar. Dat het verhaalsrisico bij de aangesproken partij komt te liggen, is nu eenmaal het gevolg van hoofdelijke aansprakelijkheid en maakt een beroep op die hoofdelijkheid nog niet onaanvaardbaar.

4.14. Nog wel is de vraag aan de orde of [REDACTED] ook bij het onderhoud van de huizen die hij in eigendom had en verhuurde, aan asbest is blootgesteld. Hierover wordt het volgende overwogen. Vast staat dat [REDACTED] gedurende zijn werkzame leven twee huizen in eigendom had, daarin kamers verhuurde en zelf het onderhoud verzorgde. Bij akte van 15 oktober 2013 hebben de erven de leveringsakte d.d. 30 september 1985 met betrekking tot één van deze huizen, gelegen aan de [REDACTED] te Enschede, in het geding gebracht. Verder hebben de erven gesteld dat [REDACTED] nog een tweede huis in dezelfde straat bezat, doch dat zij niet beschikken over stukken daaromtrent. Vast staat dat dit huizen zijn met een bouwjaar rond 1910, een periode waarin (nog) geen asbest werd toegepast. Ook hebben de erven gesteld dat [REDACTED] een vakantiewoning in Tsjechië bezat. [REDACTED] heeft gesteld dat aannemelijk is dat [REDACTED] (ook) bij het onderhoud van die panden met asbest in aanraking is gekomen. Die stelling heeft [REDACTED] echter niet voldoende concreet onderbouwd. [REDACTED] heeft niet voldoende gemotiveerd weersproken dat bij de bouw van huizen van rond 1910 in het algemeen genomen geen asbest is verwerkt, noch dat de vakantiewoning houtbouw was. Op grond van de arbeidsrechtelijke omkeringsregel is het aan [REDACTED] om (tegen)bewijs te leveren tegen het in beginsel aan te nemen causale verband tussen de blootstelling aan asbest door haar (dan wel de hoofdelijke aansprakelijke andere werkgevers) en de ziekte. Zij heeft onvoldoende gesteld waaruit, indien bewezen, dat tegenbewijs zou kunnen worden afgeleid. Ook dit verweer wordt verworpen. In het voorgaande ligt tevens besloten dat het beroep van [REDACTED] op artikel 6:101 BW faalt.

4.15. De slotsom van het voorgaande is dat is bewezen dat [REDACTED] bij [REDACTED] aan asbest is blootgesteld, dat [REDACTED] niet heeft bewezen dat zij aan haar zorgplicht

jegens [REDACTED] heeft voldaan, dat er een substantiële kans is dat die blootstelling bij [REDACTED] de ziekte heeft veroorzaakt, dat er een eveneens substantiële kans is dat de blootstelling bij werkgever [REDACTED] Schildersbedrijf de ziekte heeft veroorzaakt, dat niet van een andere reële veroorzaking is gebleken en dat [REDACTED] en [REDACTED] Schildersbedrijf dus op grond van artikel 6:99 BW hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de schade die [REDACTED] als gevolg van zijn ziekte heeft geleden, nu niet is gebleken van omstandigheden die met zich brengen dat toepassing van dit artikel naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

4.16. Met grief 11 klaagt [REDACTED] subsidiair dat het toegewezen bedrag van € 54.133,00 een normbedrag is en dat [REDACTED] aan meerdere andere aandoeningen leed (zoals OPS en schouderletsel), zodat hij daarnaast niet nog eens (het hof begrijpt: het volle) normbedrag kan ontvangen. In grief 12 klaagt [REDACTED] voorts dat op het toegewezen bedrag ten onrechte niet in mindering is gebracht het voorschot van € 16.655,00 dat [REDACTED] ingevolge de regeling TAS heeft ontvangen.

4.17. Ook deze grieven falen. Het bedrag van € 54.113,00 bestaat uit, zoals [REDACTED] zelf ook aanvoert, € 48.717,00 voor immateriële schade, € 2.708,00 voor materiële schade van de nabestaanden en € 2.708,00 voor overige materiële schade. Het hof ziet geen aanleiding het bedrag van € 48.717,00 voor immateriële schade te matigen. Het feit dat [REDACTED] ook leed aan andere aandoeningen, te weten OPS en schouderletsel, maken niet dat hij minder immateriële schade heeft geleden als gevolg van de ziekte mesothelioom. Als gevolg van deze ziekte heeft [REDACTED] pijn, verdriet en ongemak ondervonden, bovenop de pijn, het verdriet en het ongemak die hij reeds door OPS en het schouderletsel ondervond. Daarnaast heeft hij zich geconfronteerd gezien met een sterk bekorte levensverwachting en overlijden op jonge leeftijd (58 jaar). Dit alles rechtvaardigt toewijzing van het gevorderde forfaitaire bedrag van € 48.717,00. Dat er daarnaast materiële schade is geleden ter hoogte van de gevorderde bedragen, is voorts voldoende aannemelijk. Dat volgt al uit het feit dat noodzakelijkerwijs bijvoorbeeld reiskosten zullen zijn gemaakt voor medische behandeling en kosten voor de uitvaart. De bedragen zijn voorts zodanig laag dat deze bij wijze van schatting kunnen worden toegewezen. Dat [REDACTED] reeds een voorschot op deze schade had ontvangen, kan evenmin tot vermindering van het toegewezen bedrag leiden. De Regeling TAS, zoals deze gold ten tijde van het toekennen van het voorschot aan [REDACTED] voorzag in artikel 6a in een recht voor de werknemer, die op het moment van de aanvraag in leven is en bij wie met toepassing van het protocol diagnostiek de ziekte maligne mesothelioom is vastgesteld, op toekenning van een voorschot, uit te betalen door de Sociale Verzekeringsbank ('SVB'). De werknemer diende ingevolge artikel 6a leden d en e van de toenmalige Regeling TAS een onherroepelijke volmacht aan de SVB te verstrekken om zo nodig de immateriële schade langs gerechtelijke weg te verhalen, alsmede om de immateriële schade namens hem van de werkgever te innen, teneinde dit te verrekenen met het verleende voorschot. Vast staat dat [REDACTED] een dergelijk voorschot heeft ontvangen en een dergelijke onherroepelijke volmacht heeft afgegeven. Dat betekent echter niet dat [REDACTED] zelf zijn schade niet meer op de werkgever zou kunnen verhalen. Artikel 6a lid f van de Regeling TAS (oud), die krachtens artikel 26 van de Regeling tegemoetkoming asbestslachtoffers 2014 voor de erven nog van toepassing is, bepaalt dat de werknemer, na ontvangst van de schadevergoeding van de werkgever, het voorschot voor het geheel of, wanneer de schadevergoeding lager is dan het verleende voorschot, het voorschot voor dat deel aan de SVB terugbetaalt, indien geen gebruik wordt gemaakt van de volmacht. Vast staat dat de SVB geen gebruik heeft gemaakt van de volmacht. De erven zullen dus het voorschot uit de door [REDACTED] te betalen schadevergoeding dienen terug te betalen aan de SVB. Voor

vermindering van de schadevergoedingsplicht van [REDACTED] bestaat dan ook geen grond. Onder 170 van de memorie van grieven wordt nog aangevoerd dat de erven geen aanspraak hebben op rente voor zover de schade door het door SVB betaalde voorschot is gedekt. De erven hebben zich op dit punt gerefereerd aan het oordeel van het hof (zie 4.1.1.6 MvA). Daarover wordt als volgt overwogen. Bij de comparitie in eerste aanleg van 19 september 2013 heeft [REDACTED] onbetwist gesteld dat de erven het voorschot aan de SVB zullen moeten terugbetalen zonder daarover een rentevergoeding verschuldigd te zijn. Dat brengt mee dat de erven, tussen het moment van uitkeren van het voorschot - naar moet worden aangenomen kort na 14 maart 2007, zie productie 8 bij inleidende dagvaarding - de beschikking hebben gehad over deze vergoeding en daarover rente hebben kunnen verkrijgen. Het hof volgt [REDACTED] dus in haar standpunt dat zij over € 16.655,00 na de betaling van het voorschot geen wettelijke rente is verschuldigd. De kantonrechter heeft echter niet geoordeeld dat die rente wél is verschuldigd. Bij het eindvonnis heeft zij De [REDACTED] veroordeeld om € 54.113,00 te betalen met de wettelijke rente hierover vanaf 22 januari 2007 tot aan de dag der algehele voldoening. Bij de berekening van de verschuldigde rente zal in aanmerking moeten worden genomen dat de schade deels door het voorschot is voldaan. Daartoe behoeft het bestreden vonnis niet te worden vernietigd. De grieven 11 en 12 falen.

4.18. Grief 13 is een veeggrief, waarin geen nieuwe bezwaren naar voren worden gebracht. Zij faalt op grond van hetgeen hiervoor is overwogen.

5. De slotsom

5.1 De grieven falen, zodat de bestreden vonnissen moeten worden bekrachtigd.

5.2 Als de in het ongelijk te stellen partij zal het hof [REDACTED] in de kosten van het hoger beroep veroordelen. De kosten voor de procedure in hoger beroep aan de zijde van de erven zullen worden vastgesteld op € 704,00 wegens griffierecht en € 1.631,00 wegens salaris advocaat (1 punt x tarief 1.631,00). Het hof zal ook de nakosten en de gevorderde wettelijke rente daarover toewijzen zoals hierna vermeld.

6. De beslissing

Het hof, recht doende in hoger beroep:

bekrachtigt de vonnissen van de kantonrechter (Rechtbank Almelo respectievelijk Overijssel, Locatie Enschede) van 20 december 2011, 1 mei 2012, 11 juni 2013 en 18 februari 2014;

veroordeelt [REDACTED] in de kosten van het hoger beroep, tot aan deze uitspraak aan de zijde van de erven vastgesteld op € 704,00 voor verschotten en op € 1.631,00 voor salaris overeenkomstig het liquidatietarief;

veroordeelt [REDACTED] in de nakosten, begroot op € 131,00, met bepaling dat dit bedrag zal worden verhoogd met € 68,- in geval [REDACTED] niet binnen veertien dagen na aanschrijving aan deze uitspraak heeft voldaan én betekening heeft plaatsgevonden, een en ander vermeerderd met de wettelijke rente te rekenen vanaf veertien dagen na dagtekening van dit arrest;

verklaart dit arrest voor zover het de hierin vermelde proceskostenveroordeling betreft uitvoerbaar bij voorraad;

wijst het meer of anders gevorderde af.

Dit arrest is gewezen door [REDACTED] en is in tegenwoordigheid van de griffier in het openbaar uitgesproken op 8 december 2015.



Uitgegeven voor grösse
op 8-12-2015
door de griffier van het Gerechtshof
Arnhem-Leeuwarden