

beantwoordt het niet aan de daaraan ingevolge het bepaalde in art. 407 lid 2 Rv te stellen eisen, zodat het ook in zoverre niet tot cassatie kan leiden.

5.3. De onderdelen 2 en 4 bestrijden het eindvonnis met de stelling dat de rechtbank ten onrechte heeft nagelaten hoofdsom en omzetbelasting in het dictum van dat vonnis te splitsen. De onderdelen gaan, voorzover duidelijk, uit van een veronderstelde rechtsregel die meebrengt dat de rechter die een veroordeling uitspreekt tot betaling van een geldsom wegens verschuldigde provisie vermeerderd met omzetbelasting, zijn vonnis zo moet inrichten dat dat voldoet aan de in of krachtens de Wet OB geformuleerde eisen waaraan een factuur moet voldoen, althans in het dictum van zijn vonnis het bedrag van de in het totaal begrepen doorberekende omzetbelasting moet vermelden. Waar geen rechtsregel de rechter daartoe verplicht, falen ook deze onderdelen.

6. Beslissing

De Hoge Raad:

in het principale beroep:

vernietigt de vonnissen van de rechtbank te Rotterdam van 20 april 2000, 13 augustus 2003 en 7 april 2004;

verwijst de zaak naar het gerechtshof te 's-Gravenhage ter verdere behandeling en beslissing;

in het incidentele beroep:

verklaart Newinco en Nedwind niet-ontvankelijk in hun beroep voorzover dat gericht is tegen het vonnis van de rechtbank van 20 april 2000;

verwerpt het beroep voor het overige;

in het principale en in het incidentele beroep:

veroordeelt Newinco en Nedwind in de kosten van het geding in cassatie (...; Red.).

hebben zijn voormalig werkgever aansprakelijk gesteld ex art. 7:658 BW. In cassatie stonden centraal (i) de omvang van de zorgplicht voor destijds onbekende gevaren (longkanker zonder voorafgaande asbestose) en (ii) schadevergoeding naar kansaandeel bij onzeker causaal verband (longkanker veroorzaakt door asbestblootstelling of door rookgewoonte betrokkene?). De Hoge Raad heeft wat de zorgplicht betreft eerdere rechtspraak bevestigd, dat, als vaststaat dat de werkgever niet al die veiligheidsmaatregelen heeft getroffen die waren vereist met het oog op de aan het werken met asbest verbonden gevaren die hem bekend waren of behoorden te zijn, en dat nalaten de kans op het verwezenlijken van destijds nog onbekende gevaren aanzienlijk heeft verhoogd, de werkgever ook voor de gevolgen daarvan aansprakelijk is. Wat de tweede vraag betreft heeft de Hoge Raad geoordeeld dat bij onzeker causaal verband de vergoedingsplicht van de werkgever mag worden verminderd met het aandeel dat aan het eigen toedoen van de werknemer valt toe te schrijven.

Nefalit BV, te Goor, gemeente Hof van Twente,

eiseres tot cassatie,

advocaat: mr. J. van Duijvendijk-Brand,

tegen

de erfgenamen van wijlen [betrokkene 1]

1. [verweerster 1],

2. [verweerster 2],

3. [verweerster 3], allen te [woonplaats],

verweersters in cassatie,

advocaat: mr. M.J. Schenck.

Hoge Raad:

1. Het geding in feitelijke instanties

Verweersters in cassatie, handelend als erfgenamen van de op 11 januari 2000 overleden [betrokkene 1] en voor zichzelf – verder te noemen: de erven – hebben bij exploit van 4 augustus 2000 eiseres tot cassatie – verder te noemen: Nefalit – gedagvaard voor de kantonrechter te Almelo en gevorderd bij vonnis, voor zoveel mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

1. te verklaren voor recht dat Nefalit als voormalige werkgever van wijlen [betrokkene 1] verwijtbaar tekortgeschoten is jegens [betrokkene 1], althans onrechtmatig jegens hem heeft gehandeld en daardoor schadeplichtig is geworden jegens [betrokkene 1] en zijn nabestaanden als zijn erfgenamen;

2. Nefalit dientengevolge te veroordelen om aan de erven te vergoeden de immateriële schade op grond van artikel 6:106 BW, te vermeerderen met de wettelijke rente hierover vanaf de datum waarop de ziekte longkanker bij [betrokkene 1] werd vastgesteld, zulks nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet;

3. Nefalit te veroordelen om aan de erven te vergoeden de door hen geleden en nog te lijden materiële schade krachtens de artikelen 6:107 en 6:108 BW, te vermeerderen met de wettelijke rente hierover vanaf de datum van dagvaarding, zulks nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet;

4. Nefalit te veroordelen om aan de erven te vergoeden de kosten tot vaststelling van de schade en aansprakelijkheid en de kosten ter verkrijging van voldoening buiten rechte, te vermeerderen met de wettelijke rente hierover vanaf de datum van dagvaarding, zulks nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet;

5. Nefalit te veroordelen in de kosten van deze procedure.

Nefalit heeft de vorderingen bestreden.

De kantonrechter heeft bij tussenvonnis van 19 april 2001 een comparitie van partijen gelast en bij een tweede tussenvonnis van 11 oktober 2001 een deskundigenonderzoek gelast, een deskundige benoemd en een aantal vragen geformuleerd. Na

209
Hoge Raad 31 maart 2006, nr. Co4/303HR, LJN AU6092 (mr. Fleers, mr. Herrmann, mr. Van Buchem-Spapens, mr. Numann, mr. Bakels) (concl. A-G mr. Spier (niet opgenomen; Red.)) Noot Schijns
Asbest. Zorgplicht werkgever. Nalatigheid veiligheidsmaatregelen. Verwezenlijking onbekende gevaren. Proportionele aansprakelijkheid.
Werkgever is ook aansprakelijk voor de gevolgen van onbekende gevaren als het nalaten vereiste veiligheidsmaatregelen te treffen de kans op het verwezenlijken van die nog onbekende gevaren aanzienlijk heeft verhoogd. Bij onzeker causaal verband mag de schadevergoedingsplicht van de werkgever worden gemitigeerd naar evenredigheid kansaandeel.
[BW art. 6:101, 7:658]

Betrokkene was van 1964 tot 1979 als fabrieksarbeider werkzaam bij het asbestbedrijf Nefalit. In die periode is hij tijdens zijn werk blootgesteld aan asbest. In 1997 is bij hem longkanker vastgesteld, aan de gevolgen waarvan hij in 2000 is overleden. Zijn erfgenamen

deskundigenbericht heeft de kantonrechter bij eindvonnis van 17 december 2002 de gevorderde verklaring voor recht toegevoegd en Nefalit veroordeeld tot vergoeding van 55% van de geleden immateriële schade en eenzelfde percentage van de materiële schade als bedoeld in art. 6:107 en 6:108 BW, vermeerderd met wettelijke rente en nader op te maken bij staat. Tegen de drie vermelde vonnissen heeft Nefalit hoger beroep ingesteld bij het gerechtshof te Arnhem. Bij arrest van 6 juli 2004 heeft het hof de vonnissen waarvan beroep bekrachtigd. Het arrest van het hof is aan dit arrest gehecht.

2. Het geding in cassatie

Tegen het arrest van het hof heeft Nefalit beroep in cassatie ingesteld. De cassatiedagvaarding is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.

De erven hebben geconcludeerd tot verwerping van het beroep.

Nefalit heeft de zaak doen toelichten door haar advocaat en de erven hebben de zaak namens hun advocaat doen toelichten door mr. M.V. Polak, advocaat bij de Hoge Raad.

De conclusie van de Advocaat-Generaal J. Spier strekt tot verwerping van het beroep.

De advocaat van Nefalit heeft bij brief van 25 november 2005 op de conclusie gereageerd.

3. Beoordeling van het middel

3.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

De erven zijn de dochters en erfgenamen van [betrokkene 1]. [Betrokkene 1] was van 1964 tot 1979 als fabrieksarbeider krachtens arbeidsovereenkomst werkzaam bij Nefalit (toen nog Asbestona geheten) in haar toenmalige asbestbedrijf te Harderwijk. Bij hem is op 12 september 1997 longkanker vastgesteld. [Betrokkene 1] is aan deze ziekte, die niet is voorafgegaan door asbestose, op 11 januari 2000 overleden.

3.2 In dit geding hebben de erven aan hun hiervoor in 1 vermelde vordering ten grondslag gelegd dat [betrokkene 1] in de uitoefening van zijn werkzaamheden voor Nefalit langdurig en intensief is blootgesteld aan asbeststof en dat de longkanker waaraan hij is overleden, mede daardoor is veroorzaakt. Zij verwijten Nefalit te weinig te hebben gedaan om te voorkomen dat haar werknemers in aanraking zouden komen met asbeststof.

Nefalit heeft erkend dat sprake is geweest van enige blootstelling van [betrokkene 1] aan asbeststof in de uitoefening van zijn werkzaamheden. Zij heeft echter bestreden dat de bij [betrokkene 1] vastgestelde longkanker is veroorzaakt door die blootstelling. Zij heeft aangevoerd dat een meer aannemelijke oorzaak van die ziekte is geweest de – vaststaande – omstandigheid dat [betrokkene 1] gedurende ten minste 28 jaar heeft gerookt. Bovendien heeft zij betwist dat zij is tekortgeschoten in haar verplichting zodanige maatregelen te treffen en aanwijzingen te geven als redelijkerwijs nodig is om te voorkomen dat de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade lijdt.

3.3 De kantonrechter heeft voor recht verklaard dat Nefalit verwijtbaar is tekortgeschoten jegens [betrokkene 1] en daardoor schadeplichtig is geworden. Hij heeft voorts Nefalit veroordeeld tot vergoeding van 55% van de geleden immateriële en materiële schade.

In het door Nefalit ingestelde hoger beroep heeft het hof de vonnissen van de kantonrechter bekrachtigd. Kort weergegeven overwoog het daartoe als volgt, voor zover in cassatie nog van belang. De op voorstel van partijen door de kantonrechter benoemde deskundige, prof. Smid, heeft op basis van een

mede door hem ontwikkeld rekenmodel geconcludeerd dat de kans dat de longkanker van [betrokkene 1] door (blootstelling aan) asbest(stof) is veroorzaakt, 55% bedraagt. Medisch kan niet worden vastgesteld of een bepaald geval van longkanker is veroorzaakt door asbest en dus ook niet of de longkanker van [betrokkene 1] is veroorzaakt door de asbestblootstelling in zijn werk bij Nefalit. Onder deze omstandigheden is het hof, mede gezien de aard van de aansprakelijkheid, te weten die wegens schending van de zorgplicht van de werkgever voor de veiligheid en gezondheid van zijn werknemers en voor hun bescherming tegen de gevaren van hun arbeid in zijn dienst, van oordeel dat in elk geval die asbestblootstelling, nu deze substantieel risicoverhogend heeft gewerkt, als oorzaak van de ziekte moet worden beschouwd. De eerste rechter heeft echter op de voet van art. 6:101 BW de asbestblootstelling terecht voor het kansaandeel (55%), dat wil zeggen naar de mate van de risicoverhoging, tot aansprakelijkheid doen leiden, kennelijk omdat in dit geval ook een andere risicoverhogende en aan [betrokkene 1] toe te rekenen factor, te weten diens rookgewoonte, aanwijsbaar is (rov. 5.3–5.6).

Het hof overwoog voorts dat het verweer van Nefalit dat zij niet is tekortgeschoten in haar verplichting als werkgever om de redelijkerwijs nodige veiligheidsmaatregelen te nemen, moet worden beoordeeld aan de hand van art. 7:658 BW, dat onmiddellijke werking heeft (rov. 7.2). Het hof overwoog vervolgens: "Dat betekent dat, indien vaststaat dat [betrokkene 1] in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade heeft geleden, het op de weg van Nefalit ligt te stellen en bij betwisting te bewijzen dat zij de redelijkerwijs nodige veiligheidsmaatregelen heeft getroffen. Nu van dergelijke betwisting sprake is en Nefalit geen bewijs aanbiedt, kan deze grief geen effect sorteren. 7.3 Nefalit heeft nog aangevoerd dat de onderhavige vraag beantwoord dient te worden aan de hand van het (door haar gestelde) gegeven dat het overheersend wetenschappelijk inzicht destijds met zich bracht dat ervan uit moest worden gegaan dat asbestgeïnduceerde longkanker slechts als complicatie van asbestose kon ontstaan en niet als rechtstreeks gevolg van asbestblootstelling. Indien en voorzover zij daarmee bedoelt te betogen dat veiligheidsmaatregelen redelijkerwijs van haar niet verlangd mochten worden omdat zij niet op de hoogte was en behoefte te zijn van het gevaar dat [betrokkene 1] getroffen heeft, te weten dat van longkanker zonder dat eerst asbestose ontstaan was, miskent zij dat zij, indien zij tekort is geschoten in haar verplichting om al die veiligheidsmaatregelen te nemen welke vereist waren met het oog op de haar bekende gevaren van het werken met asbest en dit verzuim de kans op de schade aanmerkelijk heeft verhoogd, voor die schade aansprakelijk is, ook al heeft die nalatigheid geleid tot de verwezenlijking van een haar toen niet bekend gevaar, te weten dat van een rechtstreeks door asbestblootstelling zich ontwikkelende longkanker."

3.4 Onderdeel 1 van het tegen dit arrest gerichte middel bevat geen klacht, maar slechts een inleiding.

Onderdeel 2 betoogt dat Nefalit als verweer heeft aangevoerd dat volgens de destijds heersende opinie voor het ontstaan van asbestose langdurige blootstelling aan een hoge dosering asbest nodig was, en dat in de relevante periode de heersende wetenschappelijke opinie was dat asbestgerelateerde longkanker slechts voorkwam als complicatie van asbestose. Het gaat hier om essentiële stellingen waaraan het hof in zijn rov. 7.1–7.3 niet zonder motivering had mogen voorbijgaan omdat deze stellingen, indien juist, meebrengen dat als Nefalit in de relevante periode voldoende veiligheidsmaatregelen heeft genomen ter voorkoming van asbestose, zij ook voldoende heeft ge-

daan ter voorkoming van longkanker, aldus nog steeds het onderdeel.

3.5 Blijkens de rov. 5.3, 5.5 en 8.2–8.4 van zijn arrest, heeft het hof het door prof. Smid in diens rapport gehanteerde rekenmodel ten grondslag gelegd aan zijn oordeel dat de kans dat de longkanker van [betrokkene 1] is veroorzaakt door blootstelling aan asbeststof in de uitoefening van zijn werkzaamheden voor Nefalit, 55% bedraagt. Hoewel het de voorkeur had verdiend dat het hof hieraan een uitdrukkelijke overweging had gewijd, is toch voldoende duidelijk dat het hof, eveneens op grond van het rapport van prof. Smid, voorts heeft geoordeeld dat Nefalit is tekortgeschoten in haar verplichting de in het onderhavige geval noodzakelijke veiligheidsmaatregelen te nemen ter voorkoming van schade van haar werknemers in de uitoefening van hun werkzaamheden, en dat [betrokkene 1] in zodanige mate aan asbeststof is blootgesteld dat zijn longkanker daarvan het gevolg kan zijn geweest. Dit oordeel is niet onbegrijpelijk, gelet op de in de conclusie van de Advocaat-Generaal in 4.9.1–4.9.4 kort weergegeven inhoud van dat rapport, in samenhang met het feit dat het, onder de daarin vermelde werk-omstandigheden, naar het oordeel van het hof op de weg van Nefalit had gelegen concreet en gemotiveerd te stellen welke veiligheidsmaatregelen zij heeft genomen met het oog op het gevaar dat haar werknemers in de uitoefening van hun werkzaamheden schade zouden lijden door blootstelling aan asbeststof, waarmee Nefalit in gebreke is gebleven.

Het hof heeft voorts – terecht – overwogen, zakelijk weergegeven, dat, als vaststaat dat de werkgever niet al die veiligheidsmaatregelen heeft getroffen welke waren vereist met het oog op de aan het werken met asbest verbonden gevaren die hem bekend waren of behoorden te zijn, en dat nalaten de kans op het zich verwezenlijken van destijds nog onbekende gevaren aanzienlijk heeft verhoogd, de werkgever ook voor de gevolgen daarvan aansprakelijk is (HR 25 juni 1993, nr. 14958, NJ 1993, 686, HR 2 oktober 1998, nr. 16673, NJ 1999, 683 en HR 17 februari 2006, nr. C 04/199, RvdW 2006, 204). Het onderdeel bestrijdt niet de juistheid van het kennelijke oordeel van het hof dat in het onderhavige geval sprake was van een aanzienlijke kansverhoging als hiervoor bedoeld.

Onderdeel 2 mist dus feitelijke grondslag voor zover het erover klaagt dat het hof aan de door het onderdeel bedoelde stellingen is voorbijgegaan. Het hof is immers niet aan deze stellingen voorbijgegaan, maar heeft ze verworpen. Aangezien die verwerping kennelijk mede op de inhoud van het rapport van prof. Smid is gebaseerd, is deze niet onvoldoende gemotiveerd. 3.6 Onderdeel 3 bevat geen klacht, maar slechts een inleiding. Onderdeel 3.1. voert aan dat het hof met zijn oordeel in rov. 7.2, (i) dat het op de weg van Nefalit ligt te stellen en bij betwisting te bewijzen dat zij de redelijkerwijs nodige veiligheidsmaatregelen heeft getroffen, (ii) dat van een dergelijke betwisting sprake is en (iii) dat Nefalit geen bewijs aanbiedt, van een onjuiste rechtsopvatting blijkt geeft omdat het niet primair erop aankomt of een gespecificeerd bewijsaanbod is gedaan, maar of Nefalit met het door haar in de stukken bijgebrachte bewijs haar stellingen voldoende aannemelijk heeft gemaakt.

Dit laatste heeft het hof echter niet miskend, nu in zijn oordeel dat Nefalit bij gebreke van een daarop gericht bewijsaanbod niet zal worden toegelaten te bewijzen dat zij de redelijkerwijs nodige veiligheidsmaatregelen heeft getroffen ter voorkoming van asbestose, en daarmee naar de destijds geldende inzichten ook van longkanker ten gevolge van blootstelling aan asbeststof, besloten ligt dat Nefalit met hetgeen zij in de stukken naar voren heeft gebracht het hier vereiste bewijs niet heeft geleverd. Onderdeel 3.1 kan dus wegens gemis aan feitelijke grondslag niet tot cassatie leiden.

3.7 Onderdeel 3.2 faalt omdat het enkele feit dat de stelling dat Nefalit de hiervoor in 3.6 bedoelde maatregelen had getroffen een essentieel onderdeel van haar betoog vormde, het hof niet noodzaakte tot nadere motivering van zijn oordeel dat de juistheid van die stelling niet bewezen was met hetgeen Nefalit in de stukken naar voren had gebracht.

3.8 De onderdelen 4 en 4.2 bevatten geen klacht, maar slechts een inleiding.

Onderdeel 4.1 bouwt voort op de onderdelen 3–3.2 en moet dus het lot daarvan delen.

Onderdeel 4.2.1 keert zich tegen rov. 7.3 van het bestreden arrest en betoogt dat het hof daarin van een onjuiste rechtsopvatting heeft blijk gegeven. Uit het arrest van de Hoge Raad van 2 oktober 1998, nr. 16673, NJ 1999, 683, volgt immers niet dat de werkgever die voldoende maatregelen heeft getroffen tegen bekende gevaren, niettemin aansprakelijk is voor de gevolgen van toentertijd onbekende gevaren omdat hij heeft nagelaten maatregelen te nemen ter voorkoming van schade die zich niet heeft voorgedaan.

Voor zover het onderdeel ervan uitgaat dat Nefalit niet nalatig is geweest met het treffen van al die veiligheidsmaatregelen welke waren vereist met het oog op de aan het werken met asbest verbonden gevaren die haar bekend waren of behoorden te zijn, berust het op een verkeerde lezing van de bestreden overweging. Het hof is in rov. 7.3 immers uitgegaan van zijn in die rechtsoverweging besloten liggende oordeel dat Nefalit met hetgeen zij in de stukken naar voren heeft gebracht, het vereiste bewijs niet heeft geleverd. Voor het overige faalt het onderdeel nu het berust op de onjuiste opvatting dat aansprakelijkheid voor schade als gevolg van Nefalit toen onbekende gevaren, zoals het gevaar van het ontstaan van longkanker zonder dat asbestose is opgetreden, ontbreekt, indien de nalatigheid van Nefalit betrekking heeft op maatregelen ter voorkoming van schade (asbestose) die zich niet heeft voorgedaan. Beslissend is immers niet of de gevaren die Nefalit destijds bekend waren of behoorden te zijn, zich hebben verwezenlijkt, maar of het verzuim van het treffen van de vereiste maatregelen ter voorkoming van die gevaren (asbestose), eveneens de kans op het gevaar dat zich wél heeft verwezenlijkt (longkanker zonder voorafgaande asbestose) in aanzienlijke mate heeft verhoogd, hetgeen zich hier, naar 's hofs in cassatie onbestreden vaststelling (zie hiervoor in 3.5), heeft voorgedaan.

Onderdeel 4.2.2 kan om dezelfde reden evenmin tot cassatie leiden.

3.9 De onderdelen 5–5.4.2 zijn alle gericht tegen de beslissing van het hof in de rov. 5.4–5.6 van zijn arrest om, kort gezegd, te dezen een proportionele aansprakelijkheid van Nefalit aan te nemen. De overwegingen op grond waarvan het hof tot dit oordeel is gekomen, dienen als volgt te worden verstaan.

Aangezien Nefalit niet aan de stelplicht heeft voldaan die in het kader van art. 7:658 lid 2 BW op haar rustte, staat haar aansprakelijkheid vast voor de aan het werken met asbest verbonden gevaren die haar toentertijd bekend waren of behoorden te zijn. Deze aansprakelijkheid strekt zich mede uit tot de schadelijke gevolgen van het destijds nog onbekende gevaar van die nalatigheid (namelijk het ontstaan van longkanker zonder dat tevens asbestose is opgetreden), voor zover de kans op het zich verwezenlijken daarvan aanzienlijk door die nalatigheid is verhoogd. De longkanker van [betrokkene 1] kan echter behalve door blootstelling aan asbeststof in de uitoefening van zijn werkzaamheden voor Nefalit, ook zijn veroorzaakt door zijn rookgedrag. Medisch kan niet worden aangetoond in hoeverre die longkanker is veroorzaakt door één van deze beide omstandigheden, door een andere oorzaak waarvoor niemand verantwoordelijk is, of door een combinatie van factoren. In

aanmerking genomen de aard van de aansprakelijkheid van Nefalit, die berust op schending van de uit hoofde van art. 7:658 BW op haar rustende zorgplicht, en het feit dat de asbestblootstelling substantieel risicoverhogend heeft gewerkt enerzijds en de omstandigheid dat ook [betrokkene 1] langjarig rookgedrag in substantiële mate risicoverhogend is geweest anderzijds, dient de vergoedingsplicht van Nefalit voor de door [betrokkene 1] geleden schade te worden verminderd in overeenstemming met de op de voet van art. 6:101 BW aan laatstgenoemde toe te rekenen kans dat die longkanker is veroorzaakt door dat rookgedrag.

3.10 De onderdelen 5 en 5.1 bevatten slechts een inleiding op de daarop volgende klachten.

Onderdeel 5.2 betoogt dat het hof van een onjuiste rechtsopvatting heeft blijk gegeven door, ondanks het vaststaan van een andere substantieel risicoverhogende factor (jarenlang roken), de blootstelling van [betrokkene 1] aan asbest(stof) onverkort als enige schadetoebrengende oorzaak te laten gelden en te oordelen dat geen plaats is voor proportionele aansprakelijkheid.

Het onderdeel kan niet tot cassatie leiden omdat het feitelijke grondslag mist, nu het hof de blootstelling van [betrokkene 1] aan asbest(stof) juist niet als enige factor in aanmerking heeft genomen en Nefalit juist wel (slechts) proportioneel aansprakelijk heeft geacht voor de gevolgen van haar nalatigheid.

3.11 De beide klachten van onderdeel 5.3 zijn gebaseerd op het uitgangspunt dat het hof de rookgewoonte van [betrokkene 1] niet als "substantieel risicoverhogend" zou hebben aangemerkt. Dit uitgangspunt mist blijkens het hiervoor overwogene feitelijke grondslag, zodat de klachten niet tot cassatie kunnen leiden.

3.12 De onderdelen 5.4.1 en 5.4.2 achten onbegrijpelijk hetgeen het hof over het verdisconteren van de rookgewoonte van [betrokkene 1] heeft overwogen. Volgens onderdeel 5.4.1 "is de kantonrechter niet op deze wijze te werk is gegaan".

Deze klacht faalt omdat bij de beoordeling van de tegen de vonnissen van de kantonrechter gerichte grieven, niet van belang was hoe de kantonrechter is te werk gegaan, maar het hof binnen de door de grieven getrokken grenzen en gelet op het partijdebat, was gehouden tot een zelfstandige beoordeling van de door de grieven aan de orde gestelde vragen.

3.13 Onderdeel 5.4.2, dat de kern van het geschil aan de orde stelt, houdt in dat art. 6:101 BW hier niet van toepassing kan zijn omdat daarvoor nodig is dat (i) oorzakelijk verband tussen een gebeurtenis en de schade vaststaat en (ii) vaststaat dat de schade mede een gevolg is van een omstandigheid die aan de benadeelde kan worden toegerekend. Aan geen van beide voorwaarden is voldaan.

Het onderdeel strekt kennelijk ertoe te betogen dat het hof Nefalit ten onrechte proportioneel aansprakelijk heeft gehouden voor de door haar toedoen verhoogde kans dat [betrokkene 1] longkanker zou oplopen in plaats van de vordering van de erven, als onvoldoende bewezen, af te wijzen. Dienaangaande heeft het volgende te gelden.

Het gaat in dit geding om de aansprakelijkheid van een werkgever tegenover zijn werknemer wegens blootstelling van die werknemer in de uitoefening van diens werkzaamheden aan een voor de gezondheid gevaarlijke stof. Zoals hiervoor in 3.5 overwogen, heeft het hof – door onderdeel 2 tevergeefs bestreden – geoordeeld dat Nefalit door die blootstelling, kort gezegd, jegens [betrokkene 1] toerekenbaar is tekortgeschoten in de nakoming van de uit hoofde van art. 7:658 BW op haar rustende zorgplicht. Het causaal verband (sine-qua-non-verband) tussen die normschending en de door [betrokkene 1] geleden gezondheidsschade (longkanker zonder voorafgaande asbes-

tose) laat zich echter niet vaststellen. Nefalit heeft zich erop beroepen dat een meer waarschijnlijke oorzaak van de longkanker van [betrokkene 1] diens rookgedrag is, terwijl partijen voorts het erover eens zijn dat die ziekte ook kan zijn veroorzaakt door omstandigheden waarvoor niemand verantwoordelijk is of door een combinatie van factoren, aldus nog steeds het hof.

Onder zodanige omstandigheden ligt het in het algemeen voor de hand – zoals ook in dit geding is geschied – dat de rechter een deskundige benoemt 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 door een toerekenbare tekortkoming van de werkgever. Indien vervolgens moet worden geoordeeld dat die kans zeer klein is, zal het in het algemeen voor de hand liggen dat de rechter de vordering afwijst en indien die kans zeer groot is, dat hij haar toewijst. Ten aanzien van de tussen die beide uitersten gelegen gevallen is het echter in het algemeen, mede gelet op de strekking van de onderhavige norm – het voorkomen van gezondheidsschade bij de werknemer – en de aard van de normschending als hiervoor aangeduid, uit overwegingen van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar de onzekerheid over de mate waarin de tekortkoming van de werkgever heeft bijgedragen tot de schade van de werknemer, in zijn geheel op de werknemer af te wentelen. Eveneens onaanvaardbaar, maar nu tegenover de werkgever, ook al is deze tegenover de werknemer tekortgeschoten in zijn zorgplicht, is het echter de onzekerheid over het causaal verband met de schade van de werknemer geheel voor risico van de werkgever te laten komen, in weerwil van de niet zeer kleine kans dat buiten de uitoefening van de werkzaamheden gelegen omstandigheden die aan de werknemer moeten worden toegerekend (zoals roken, genetische aanleg, veroudering of van buiten komende oorzaken), de schade (mede) hebben veroorzaakt. Hierbij verdient opmerking dat die laatste drie omstandigheden de werknemer weliswaar niet kunnen worden verweten, maar in de verhouding tot de werkgever voor risico van de werknemer komen.

Mede gelet op de aan de artikelen 6:99 en 6:101 BW ten grondslag liggende uitgangspunten moet daarom worden aangenomen dat, indien een werknemer schade heeft geleden die, gelet op de hiervoor bedoelde kanspercentages, zowel kan zijn veroorzaakt door een toerekenbare tekortkoming van zijn werkgever in de nakoming van zijn verplichting de werknemer in de uitoefening van diens werkzaamheden voldoende te beschermen tegen een voor de gezondheid gevaarlijke stof, als door een aan de werknemer zelf toe te rekenen omstandigheid als hiervoor bedoeld, als door een combinatie daarvan, zonder dat met voldoende zekerheid is vast te stellen in welke mate de schade van de werknemer door deze omstandigheden of één daarvan is ontstaan, de rechter de werkgever tot vergoeding van de gehele schade van de werknemer mag veroordelen, met vermindering van de vergoedingsplicht van de werkgever in evenredigheid met de, op een gemotiveerde schatting berustende, mate waarin de aan de werknemer toe te rekenen omstandigheden tot diens schade hebben bijgedragen.

In dit licht kan het onderdeel geen doel treffen, aangezien het op een onjuiste rechtsopvatting is gebaseerd.

4. Beslissing

De Hoge Raad:

verwerpt het beroep;

veroordeelt Nefalit in de kosten van het geding in cassatie (...; *Red.*).

NOOT

1. De Hoge Raad boog zich dit jaar reeds enkele malen (opnieuw) over het vraagstuk van werkgevers-aansprakelijkheid voor asbestgerelateerde beroepsziekten. Deze noot heeft betrekking op twee van de drie recente arresten: HR 17 februari 2006 (CO4/199HR), hierna ook te noemen "Van Buuren/Heesbeen" gepubliceerd in «JIN» 2006/134 en HR 31 maart 2006 (CO4/303HR), hierna ook te noemen "Nefalit". Een derde recente uitspraak over de asbestproblematiek (HR 31 maart 2006, CO4/304HR) laat ik hier buiten beschouwing omdat deze minder belangwekkend is dan de twee eerstgenoemde uitspraken. Van Buuren/Heesbeen en Nefalit voegen een relevante schakel toe aan de keten van arresten van de Hoge Raad met betrekking tot asbest, waarbij het gaat om vragen van zorgplicht, (onzekere) causaliteit en (doorbraak van) verjaring. Laatstgenoemd aspect was alleen aan de orde in Van Buuren/Heesbeen en kwam daar in cassatie slechts zijdelings ter sprake. Aan de inzichten die de Hoge Raad over de (doorbraak van de) dertigjarige verjaringstermijn gaf in HR 25 november 2005, RvdW 2005, 130, en HR 26 november 2004, NJ 2006, 115, voegen de hier te bespreken uitspraken niets toe. Zie over het leerstuk van de verjaring mijn noot in «JIN» 2005/72. De arresten geven wél meer inzicht in de omvang van de zorgplicht van de werkgever, en in de vraag hoe moet worden omgegaan met onzeker causaal verband.
2. In de zaak Nefalit ging het om een asbestverwerkend bedrijf waarvan de werknemer gedurende lange tijd (van 1964 tot 1979) met asbeststof had gewerkt, maar ook 28 jaar lang had gerookt. In 1997 is bij de werknemer longkanker geconstateerd. In de zaak Van Buuren/Heesbeen ging het om een werknemer van een verwarmingsinstallatiebedrijf die asbeststof had ingeademd tijdens monteurwerkzaamheden in het oude postkantoor in Den Haag waar hij ergens in de periode 1965–1967 oude verwarmingsleidingen heeft verwijderd. Bij deze werknemer is in 1997 mesotheliom geconstateerd. Van deze ziekte is maar één oorzaak bekend, namelijk blootstelling aan asbest.
3. Ik kom eerst te spreken over de omvang van de zorgplicht. Nefalit had zich tegen de vordering van haar voormalig werknemer verweerd door te stellen dat de werknemer longkanker heeft gekregen zonder dat voordien bij hem asbestose (stoflong) is opgetreden. In de jaren waarin hij met de asbeststof werkte was nog niet bekend dat dit mogelijk was. De Hoge Raad verwerpt dit beroep door te herhalen dat als een werkgever tekort is geschoten in de verplichting om die veiligheidsmaatregelen te nemen die zijn vereist met het oog op de haar bekende gevaren die zijn verbonden met het werken met asbest, de werkgever ook aansprakelijk is voor onbekende gevaren (in casu het ontstaan van longkanker zonder voorafgaande asbestose) als het nalaten van het treffen van maatregelen de kans op verwezenlijking van het onbekende risico heeft verhoogd. Met andere woorden: voor de aansprakelijkheidsvraag is beslissend of het verzuim om maatregelen te treffen ter voorkoming van de bekende (niet verwezenlijkte) gevaren, de kans in aanzienlijke mate heeft vergroot op het (destijds onbekende) gevaar dat zich wél heeft verwezenlijkt (in casu longkanker zonder voorafgaande asbestose). Nefalit had onvoldoende aannemelijk gemaakt dat zij maatregelen had genomen ter voorkoming van schade. Aansprakelijkheid van Nefalit was daarmee gegeven, ook voor de schadelijke gevolgen van het destijds onbekende gevaar. Deze beslissing is in overeenstemming met hetgeen de Hoge Raad heeft beslist in HR 25 juni 1993, NJ 1993,686 (Cijssouw/De Schelde I) en daarna heeft bevestigd in HR 2 oktober 1998, NJ 1999, 683 (Cijssouw/De Schelde II).
4. Ook in de zaak Van Buuren/Heesbeen herhaalt de Hoge Raad deze regel, maar wordt tegelijkertijd inzichtelijk welke "escape" werkgevers onder omstandigheden hebben om onder aansprakelijkheid uit te komen. De Hoge Raad overwoog dat niet reeds de bekendheid met het algemene gevaar op asbestose noopt tot het treffen van veiligheidsmaatregelen, ongeacht de duur en intensiteit van de blootstelling. Of van de werkgever kan worden verwacht dat hij veiligheidsmaatregelen had genomen, is afhankelijk van de destijds bestaande kennis en inzichten. In dat verband zijn van belang de mate van zekerheid dat het werken met asbest gezondheidsrisico's meebracht en de aard en de ernst van de risico's. De werkgever kan dus aan aansprakelijkheid ontkomen, indien hij kan bewijzen (in de zin van aannemelijk maken) dat de blootstelling zo gering is geweest dat deze naar de toentertijd bestaande kennis en inzichten geen risico voor asbestose opleverde. In dat geval is de werkgever dus niet zonder meer verplicht bijzondere veiligheidsmaatregelen te treffen. Deze uitweg staat, zo moge duidelijk zijn, vooral open voor werkgevers die een niet-asbestverwerkend bedrijf hebben gehad waarin de werknemers gedurende het dienstverband in geringe mate zijn blootgesteld aan asbeststof, en waarin het dienstverband vóór 1969 is geëindigd. In 1969 werd landelijk bekend dat mesotheliom reeds bij een lage blootstelling aan asbest kan ontstaan. De uitwegmogelijkheid zou ertoe kunnen leiden, zoals A-G Spier in zijn conclusie al constateerde, dat opeenvolgende werkgevers niet aansprakelijk zijn wanneer de mate van blootstelling binnen het bedrijf van iedere afzonderlijke werkgever onvoldoende zou zijn om, los van de andere blootstellingen, een ziekte (zoals asbestose) teweeg te brengen. Het risico van de schadelijke gevolgen van asbestblootstellingen bij verschillende werkgevers die geen van allen veiligheidsmaatregelen hebben getroffen, komt daarmee, als ik het goed zie, bij de werknemer te liggen. Dat lijkt op het eerste gezicht een maatschappelijk onwenselijke consequentie, zeker als men daarbij bedenkt dat veel werkgevers zich destijds niet (intensief) zullen hebben beziggehouden met de vraag bij welke mate van asbestblootstelling gevaar bestond op asbestziektes.
5. Terzijde plaats ik hier een enkele opmerking over de zorgvuldigheidsnorm die de Hoge Raad toepast in het arrest Van Buuren/Heesbeen. Deze norm houdt in dat "vanaf het moment waarop binnen de maatschappelijke kring waartoe de aangesproken werkgever behoort, bekend moet worden geacht dat aan het werken met asbest gevaren voor de gezondheid zijn verbonden, een verhoogde zorgvuldigheidsnorm heeft te gelden met het oog op de gezondheid van zijn werknemers (en anderen) die zich bevinden in de directe nabijheid van een plaats waar met asbest wordt gewerkt". De zorgvuldigheidsnorm op zichzelf is niet nieuw, want deze werd al geformuleerd in HR 17 december 2004, NJ 2006, 147, en herhaald in HR 25 november 2005, RvdW 2005, 130. Wel wordt de norm nu voor het eerst genoemd in een situatie waarop art. 7:658 BW en niet art. 6:162 BW van toepassing is. Het is interessant dat de norm die is afgeleid van de normen die de Hoge Raad in het kader van art. 7:658 BW heeft ontwikkeld, nu wordt gebruikt binnen het juridisch kader waaruit hij is voortgekomen, namelijk het kader van de werkgeversaansprakelijkheid.
6. Naast de reikwijdte van de zorgplicht van de werkgever, is er in de asbestjurisprudentie een tweede steeds terugkerend

thema, namelijk dat van de (vaak onzekere) causaliteit. Nefalit had die onzekerheid in haar zaak tot één van de speerpunten van verweer gemaakt, door te stellen dat de longkanker van de werknemer behalve door blootstelling aan asbeststof, óók kan zijn veroorzaakt door de omstandigheid dat de werknemer gedurende 28 jaar heeft gerookt. Medisch kan niet worden aangetoond in hoeverre de longkanker is veroorzaakt door één van beide omstandigheden. Wel heeft het hof op basis van een deskundigenrapport geoordeeld dat de kans 55% is dat asbestblootstelling de oorzaak van de longkanker is, waarna Nefalit met toepassing van art. 6:101 BW is veroordeeld tot betaling van 55% van de geleden schade. De Hoge Raad casseerde niet en heeft daarmee in dit soort gevallen het leerstuk van de proportionele aansprakelijkheid aanvaard. Het leerstuk komt er kort gezegd op neer dat in bepaalde gevallen van onzeker causaal verband de schade in evenredigheid met de kans wordt vergoed. Omdat onzeker causaal verband op allerlei gebieden van het aansprakelijkheidsrecht kan spelen, heeft het leerstuk een breed bereik. Dat de HR het leerstuk in het kader van de asbestproblematiek heeft omarmd, komt niet geheel onverwacht. Al eerder hanteerde de Hoge Raad proportionele benaderingen. Zo opende de Hoge Raad in 1997 op het gebied van de beroepsaansprakelijkheid de deur naar een proportionele aansprakelijkheid door de mogelijkheid open te laten dat bij het laten verlopen van een appeltermijn de toewijsbare schadevergoeding wordt geschat aan de hand van de goede en kwade kansen die de cliënt in hoger beroep zou hebben gehad (HR 24 oktober 1997, NJ 1998, 257). De lagere civiele rechtspraak paste de proportionele leer bij asbestproblematiek al enige tijd toe (zie o.a. Hof Den Haag 1 oktober 2004, «JAR» 2004/273, en Hof Amsterdam 18 maart 2004, «JAR» 2004/96). In de literatuur werd de proportionele aansprakelijkheid bepleit (zie m.n. A.J. Akkermans, "Proportionele schadevergoeding: onbekend maakt onbemind?", VR 1999, p. 65–69, en: *Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband* (diss.), Deventer: Tjeenk Willink 1997). Tegenstanders van de proportionele leer hebben erop gewezen dat een proportionele benadering de kern van het aansprakelijkheidsrecht aantast omdat de noodzakelijke vaststelling van het causaal verband wordt "overgeslagen". De Hoge Raad gaat aan dat bezwaar voorbij, en overweegt dat het gelet op de eisen van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn de onzekerheid over het causaal verband geheel voor risico van hetzij de werknemer, hetzij de werkgever te laten komen. Dat lijkt mij in ieder geval een oplossing die recht doet aan beider belangen. En, belangrijker nog, een oplossing die, misschien wel juist op dit specifieke gebied van asbestproblematiek, recht doet aan een praktijk die steeds moeilijker uit de voeten kan met de klassieke "alles-of niets"-benadering.

Deze noot heeft ook betrekking op HR 17 februari 2006, nr. Co4/199HR, LJN AU6927 gepubliceerd in «JIN» 2006/134.

A.J.J.G. Schijns