

Voldoet de Nederlandse aanpak voor asbestslachtoffers? Een terugblik op tien jaar Convenant Asbestslachtoffers (2)

Mr. L.E.M. Charlier¹

I. Inleiding

Het Convenant Asbestslachtoffers, het Nederlandse initiatief om te komen tot een adequate en snelle vergoeding voor mesothelioomslachtoffers², viert dit jaar zijn tiende verjaardag. Een goed moment voor een terugblik op de keuzes die tien jaar geleden werden gemaakt, de doelen die werden gesteld, en deze in het licht te plaatsen van de concrete resultaten tot dusver.

In dit artikel zal ik nagaan of de doelstelling van het Convenant – de bekorting van de juridische lijdensweg voor asbestslachtoffers – wordt gehaald. Mijn conclusie zal ontkennend luiden. Doel van deze terugblik is dan ook te komen tot herbezinning van de uitgangspunten die aan de Nederlandse aanpak van vergoeding voor mesothelioomslachtoffers ten grondslag liggen.

II. Het Convenant

In het Convenant Instituut Asbestslachtoffers dat tussen de verschillende partijen werd gesloten op 23 november 1998 en dat mede werd ondertekend door de Minister van Justitie en de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid hebben de deelnemende organisaties de noodzaak van een snelle en zorgvuldige afhandeling van schadeclaims van asbestslachtoffers onderkend.

In 2000 werd daartoe het Instituut Asbest Slachtoffers³ (IAS) opgericht door het Comité Asbestslachtoffers, werknemersorganisaties (FNV, CNV, MHP), werkgeversorganisaties (VNO-NCW, MKB, LTO, VSO), het Verbond van Verzekeraars en de rijksoverheid. Doelstelling van het Convenant was om door middel van de oprichting van het Instituut voor Asbestslachtoffers (IAS) en het in het leven roepen van de regeling Tegemoetkoming Asbestslachtoffers (TAS) de mesothelioomslachtoffers zowel maatschappelijke erkenning te bieden, alsook om hen een juridische lijdensweg te besparen in de korte tijd die hen nog gegeven was.

¹ Mr. Charlier is advocaat bij Beer Advocaten te Amsterdam en gespecialiseerd in werkgeversaansprakelijkheid op het gebied van bedrijfsongevallen en beroepsziekten, waaronder zaken verband houdende met blootstelling aan asbest.

² Het Convenant biedt geen oplossing voor slachtoffers van de andere asbestziekten zoals asbestose en longkanker.

³ Zie www.asbestslachtoffers.nl.

De Nederlandse oplossing voor mesotheliomslachtoffers is een schoolvoorbeeld van het oerHollandse poldermodel. De combinatie van het IAS en de regeling TAS wordt tot voorbeeld gesteld, enerzijds voor de keuze tot alternatieve geschillenbeslechting en anderzijds als uiting van maatschappelijke betrokkenheid van de rijksoverheid bij het lot van asbestslachtoffers.⁴ Kort gezegd voorziet het Convenant in een vergoeding van € 55 163 (peiljaar 2008) voor slachtoffers voor wie een aansprakelijke en betalende wederpartij gevonden kan worden. Voor slachtoffers bij wie dat niet het geval is wordt van overheidswege voorzien in een bedrag € 17 050,00 (peiljaar 2008).⁵ Uit de cijfers van het IAS blijkt dat het Convenant voor een deel van de mesotheliomslachtoffers soelaas biedt.

Voor een substantieel deel zien slachtoffers zich echter tot op heden gesteld voor belangrijke problemen bij het verkrijgen van een volledige Convenantvergoeding. Zij zijn als voorheen aangewezen op langdurige procedures voor het verkrijgen van deze vergoeding. Uit de totaalcijfers blijkt in dat verband dat de uitzondering even groot is als de regel. Daarmee zij vastgesteld dat het gestelde doel op het punt van de snelheid niet wordt gehaald als het gaat om de volledige Convenantvergoeding. Wel komen deze slachtoffers in aanmerking voor de regeling TAS.

De oorzaken van de problemen van slachtoffers bij het verkrijgen van de volledige Convenantvergoeding zijn tweeledig. Zij zijn gelegen in enerzijds de keuze die in het Convenant werd gemaakt over de positie van het IAS en haar concrete werkwijze, en anderzijds in het feit dat de Convenantpartners kozen voor toepasselijkheid van het geldend recht.⁶ Op basis van dat laatste moeten enkele juridische maar ook financiële hobbels genomen worden. Ik zal deze oorzaken hierna bespreken.

Op grond van de ontwikkelingen in de afgelopen jaren zal ik signaleren dat – als de ingeslagen weg wordt voortgezet – de rol van het Instituut voor Asbestslachtoffers als bemiddelaar door de indertijd gemaakte keuzes in de nabije toekomst aan belang zal inboeten. Asbestslachtoffers zullen op grond van de gemaakte keuzes het onderspit delven. Op grond van die bespreking zal ik de vraag aan de orde stellen of de keuzes van tien jaar geleden op grond van de resultaten en ervaringen tot dusver bijstelling behoeven.

⁴ Daar zijn kanttekeningen bij te maken. Vergelijk in dat kader het artikel ‘Een uiting van maatschappelijke betrokkenheid’ van de hand van prof. mr. W.H. van Boom, AV&S 2005, 11, afl. 2, p. 60.

⁵ Per 1 december 2007 is tevens de regeling Tegemoetkoming Niet-werkgerelateerde Slachtoffers (TNS), Stcrt. 2007, 232, p. 18 in werking getreden. De werking van deze regeling valt buiten de bespreking van deze terugblik op tien jaar convenant.

⁶ Waar aanvankelijk bij de totstandkoming van het IAS werd bepleit dat het advies van het IAS omtrent de vergoeding van de schade bindend zou moeten zijn, werd dat door verzekeraars geblokkeerd. In de regeling werd uiteindelijk een zuiver adviserende bevoegdheid van het IAS neergelegd.

Mijn conclusie zal zijn dat het tijd is voor een herbezinning op de uitgangspunten van de Nederlandse aanpak voor mesotheliomslachtoffers.

III. Asbest: de geschiedenis van een volksgezondheidsprobleem

Asbest is, zoals al eeuwen bekend is, een sterk brandwerend materiaal. Al in de Romeinse tijd waren de brandwerende eigenschappen bekend. Vanaf 1870 werd het gebruik van asbest als gevolg van de industriële revolutie in toenemende mate populair. Nederland is een van de landen waarin werknemers in de loop der jaren op grote schaal aan het kankerverwekkende asbest zijn blootgesteld. Uit historisch onderzoek van het asbestgebruik⁷ blijkt dat de invoer van asbest in Nederland lange tijd langzaam toenam, en met name vanaf 1960 met grote sprongen steeg. In totaal is in de periode 1920-1994 zo'n 1,4 miljoen ton asbest in Nederland ingevoerd.⁸ Het overgrote merendeel vond zijn weg naar de Nederlandse primaire asbest be- en verwerkende industrie, dat wil zeggen naar bedrijven voor asbestisolatie die asbest verspoten, de asbestcementindustrie, en bedrijven die kit, mortelpakkingen en andere producten produceerden. Asbest werd onder andere verwerkt in asbestisolatieproducten, asbestremvoeringen, asbesthoudende vloerbedekking, asbestpapier en -vilt. In de zogenoemde secundaire industrie vond verdere be- en verwerking plaats. De grootste verwerker was de bouw. Buiten de bouw is asbest zeer veel toegepast in asbestbuizen (vooral waterleidingen en persriolen). Verder is asbest voor isolatie en andere doeleinden op grote schaal gebruikt in de scheepsbouw.

Tussen 1970 en 1985 was de import van asbest het grootst. Nederland kende een piek van asbestinvoer in 1975. Na 1985 nam de invoer dramatisch af. Blauw asbest werd in Nederland verboden in 1987. In 1993 werden alle soorten asbest, ook bruin en wit asbest, verboden in Nederland. Sinds 1 januari 2005 geldt in de gehele Europese Unie een verbod op verbruik, gebruik en handel in alle asbestsoorten.⁹

Asbest kan een aantal ernstige ziekten veroorzaken. Bekend zijn de ziekten asbestose (een stoflongziekte waarbij verbindweefseling van de luchtwegen optreedt), longkanker, pleura plaques (verdikking c.q. verkalking van het longvlies op basis van asbest) en mesotheliom (kanker van het long- of buikvlies). Deze ziekten kunnen zowel afzonderlijk als in combinatie voorkomen. Van mesotheliom wordt aangenomen dat deze ziekte alleen door asbestblootstelling wordt veroorzaakt. Bijzonder aan de ziekte mesotheliom is, dat het – in uitersten uitgedrukt – 10 tot 68 jaar na de blootstelling aan asbest duurt voordat de ziekte zich

⁷ Harmsma, S. (2006), Asbest in kaart.

⁸ Bron: Ssbest tot in de vezels van de samenleving, onderzoek in opdracht van Greenpeace Nederland, contrast Advies, Amersfoort:
www.xs4all.nl/~contrast/publicaties/asbesteindrapport.pdf.

⁹ Richtlijn 1999/77/EEG, uiterlijk te implementeren op 1 januari 2005. Zie voor implementatie het besluit van 17 december 2004, houdende regels betreffende asbest en asbesthoudende producten (Productenbesluit Asbest) Stb. 2005, 6.

openbaart. Bijzonder is ook dat zij binnen zeer korte tijd na de diagnose tot de dood lijdt. Het grootste deel van de slachtoffers overlijdt binnen een termijn van één jaar na de diagnose. Gemiddeld ligt de zogenaamde latentietijd – de periode gelegen tussen blootstelling en het ziekteproces – tussen 30 tot 40 jaar. Bijzonder is ten slotte dat het voor het oplopen van deze ziekte niet nodig is om grote hoeveelheden asbest binnen te krijgen. Een geringe blootstelling aan zowel blauw, bruin en wit asbest kan al leiden tot de ziekte mesothelioom.¹⁰

De Romeinen onderkenden al een grote sterfte onder slaven die aan asbest werden blootgesteld. Dat asbestblootstelling kon leiden tot de ziekte asbestose was in de moderne wetenschap al vanaf 1900 bekend. Al in 1918 waren de eerste reacties in de commerciële wereld waar te nemen: twee grote Amerikaanse verzekeringsmaatschappijen, de Prudential Insurance company en de Metropolitan Life Insurance Company, namen op dat moment het besluit om asbestwerkers uit te sluiten van de door hen aangeboden levensverzekering: de risico's waren voor de commerciële wereld kennelijk toen al voldoende duidelijk.¹¹ Na de Tweede Wereldoorlog bestond over het risico van asbestose bij asbestblootstelling nauwelijks nog twijfel. In 1949 werd asbestose in het Verenigd Koninkrijk als beroepsziekte erkend. Medio jaren vijftig werd bewezen dat asbestblootstelling ook kan leiden tot longkanker. Al medio jaren vijftig werd eveneens vermoed dat asbest ook mesothelioom kon veroorzaken. In samenwerking met de Arbeidsinspectie werd om die reden in 1961 in Nederland bij scheepswerf De Schelde een onderzoek naar de relatie asbest en mesothelioom geïnitieerd. In 1969 verscheen het proefschrift van dr. Stumphius, bedrijfsarts bij De Schelde,¹² waarin hij verhaalde over onderzoek in de periode vanaf 1962. In het proefschrift werd geconstateerd: *'dat de tijd dat asbest alleen een bedrijfsgeneeskundig probleem vormde, definitief achter ons ligt. In het buitenland blijkt reeds, dat asbest zich tot een volksgezondheidsprobleem ontwikkelt; het is niet te verwachten, dat Nederland hierop een uitzondering vormt, integendeel.'*

In Nederland zijn in de vorige eeuw naar schatting 340 000 mensen alleen al op het werk met asbest in aanraking gekomen. Het overgrote merendeel van de blootgestelde beroepsbevolking heeft gewerkt in de bouw, de scheepvaart, fabrieken en garages. Werknemers die door hun werkgevers aan asbest zijn blootgesteld, vooral mesotheliomslachtoffers, hebben in de jaren tachtig en negentig van de vorige eeuw een langdurige en taaie juridische strijd moeten voeren om tot vergoeding van hun schade te komen.

¹⁰ Vergelijk HR 4 juni 2004, JAR 2004/287: inmiddels is algemeen bekend dat ook wit asbest tot mesothelioom kan leiden. Vergelijk ook prof. mr. T. Hartlief, 'Asbest en aansprakelijkheid: de reikwijdte van de rechtspraak omtrent werkgeversaansprakelijkheid', AV&S 2005, 9, p. 41 e.v.

¹¹ Asbest, de vervanging van het magische materiaal, Swüste c.s., Delftse Universitaire Pers 1985, Vakgroep Veiligheidskunde TH Delft, ISBN 90 6275 224 1.

¹² J. Stumphius, Asbest in een bedrijfsbevolking, Assen: Van Gorcum 1969.

De situatie van de vele mesotheliomslachtoffers werd in de negentiger jaren zodanig schrijnend geacht, dat voor deze groep slachtoffers in Nederland een bijzondere oplossing werd gezocht en gevonden. Naar aanleiding van het advies ‘Asbestslachtoffers’ van prof. mr. J. de Ruiter in 1997 en het rapport ‘schatting van asbestgerelateerde ziekten’¹³ werd die oplossing in 1998 neergelegd in het Convenant Instituut Asbestslachtoffers.¹⁴ Op 26 januari 2000 werd het IAS een feit, op de voet gevolgd door eerste versie van de regeling TAS.¹⁵ Op grond van deze regeling konden voormalige werknemers die hun werkgever niet meer konden aanspreken wegens verjaring of omdat de werkgever niet te achterhalen of failliet was, een tegemoetkoming van overheidswege krijgen. Deze regeling werd op 1 januari 2003 aangevuld in die zin dat voor deze mesotheliomslachtoffers en de slachtoffers onder hun huisgenoten in een snelle financiële compensatie werd voorzien in de vorm van een voorschot¹⁶. De regeling TAS wordt op basis van een postitief advies van het IAS uitgevoerd door de Sociale Verzekerings Bank (SVB). Opgemerkt zij dat de hoogte van de vergoedingen¹⁷ in verhouding tot nationale¹⁸ en internationale¹⁹ normen voor vergelijkbaar leed en een sterk bekorte levensverwachting laag

¹³ Het adviesrapport De Ruiter ‘Asbestslachtoffers’ advies in opdracht van de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, maart 1997 (ISBN 90 5250 6728) en het rapport ‘Schatting van asbestgerelateerde ziekten (ISBN 90 5250 3702). VUGA Uitgeverij, 070-3819900.

¹⁴ De Ruiter onderzocht ook andere oplossingsmogelijkheden zoals een asbestfonds waaruit bijvoorbeeld voorschotten aan slachtoffers zouden kunnen worden uitgekeerd. Volgens De Ruiter was een fonds niet alleen onwenselijk maar ook onhaalbaar: zowel bij werkgevers, verzekeraars als bij de overheid was geen enkel animo te bespeuren om aan een asbestfonds in financiële zin bij te dragen. In andere landen werden alternatieve oplossingen voor mesotheliomslachtoffers gevonden. Het voert echter te ver om deze in het bestek van dit artikel te bespreken.

¹⁵ Stcrt. 2000, 16, p. 9.

¹⁶ Stcrt. 2002, 246, p. 28

¹⁷ Resp. € 17 050 (peiljaar 2008) voor de regeling TAS en € 55 163 (2008) voor de volledige Convenantvergoeding.

¹⁸ Vergelijk bijvoorbeeld het HIV-besmettingsarrest HR 8 juli 1992, NJ 1992, 714 voorts HR 28 januari 2005, LJN AR6458: aan een HIV-besmet slachtoffer werd f 300 000 (€ 135 000) toegekend. In de praktijk van asbestzaken heeft zich na het Convenant een wonderlijke ontwikkeling voorgedaan: de jurisprudentie rond de hoogte van schadevergoedingen voor asbestslachtoffers heeft zich aan de ‘poldernorm’ van het Convenant aangepast. Voor een internationale vergelijking van schadebedragen zij verwezen naar N.J. Wikely 1993: Compensation for Industrial disease, ISBN 1 85521 264 1, Dartmouth publishing company Ltd.

zijn. Daar staat tegenover dat zonder deze regeling de slachtoffers die om welke reden dan ook geen aansprakelijke partij vinden, in het geheel geen vergoeding zouden ontvangen. De groep van blootgestelden beperkt zich – helaas – niet tot de beroepsbevolking. Slachtoffers van mesothelioom zijn ook, in toenemende mate, te vinden in de groep huisgenoten van deze werknemers, zelfstandigen die werden blootgesteld, en slachtoffers van asbest in het milieu. Voor de huisgenoten van werknemers werd in 2003 een regeling getroffen²⁰. Recentelijk, op 1 december 2007 werd tevens een regeling in het leven geroepen die ook een tegemoetkoming biedt voor de schade van andere groepen mesothelioomslachtoffers, de regeling Tegemoetkoming niet-loondienstgerelateerde slachtoffers van mesothelioom (TNS).²¹ Een nieuwe generatie slachtoffers in de privésfeer is te verwachten, vergelijk de uitzending van het televisieprogramma Netwerk d.d. 11 februari 2008.²² Kinderen die thuis, op de boerderij, op met asbest verharde wegen of op scholen werden blootgesteld vormen de jongste groep schrijnende gevallen die zich al op jonge leeftijd met deze ernstige en fatale ziekte geconfronteerd zien. Gevallen zoals Marius Coenraats, die op basisschool St. Michaël aan asbest is blootgesteld en zich op 25-jarige leeftijd geconfronteerd ziet met een buikvliesmesothelioom, zullen zich steeds meer voordoen.²³, ²⁴ De vordering van Coenraats werd recentelijk in kort geding afgewezen.²⁵ Daarnaast biedt het Convenant geen oplossing voor de vele andere soorten asbestslachtoffers: slachtoffers van asbestose, longkanker en pleura-plaques vallen buiten de boot. Ook voor deze slachtoffers geldt dat zij een beroep moeten kunnen doen op een passende, volledige schadevergoeding. De huidige regelingen schieten daarin tekort. Zonder de ernstige situatie van ook deze slachtoffers te willen miskennen, zal ik mij in het kader van dit artikel richten op de eerstgenoemde groep mesothelioomslachtoffers, de

¹⁹ Het voert te ver om in dit artikel op de – ruimere – internationale vergoedingen in te gaan. Verwezen zij onder andere naar N.J. Wikely 1993: Compensation for Industrial disease, ISBN 1 85521 264 1, Dartmouth publishing company Ltd.

²⁰ Stcrt. 2002, 246, p. 28

²¹ Stcrt. 2007, 232, p. 18. Deze regeling valt buiten het bestek van deze terugblik op tien jaar Convenant.

²² Zie www.netwerk.tv/archief/6483235/2191/Asbestbesmetting_in_Nederland.html.

²³ Coenraats zat van 1983 tot 1990 op de basisschool in De Bilt. Toen deze school in 2007 plotseling de deuren van het oude schoolgebouw moest sluiten vanwege asbest, kwam Coenraats er eindelijk achter waar hij in contact met asbest was gekomen. Hij houdt het schoolbestuur verantwoordelijk voor zijn ziekte. De school had in 1983 moeten weten dat de in het gebouw gebruikte asbestplaten gevaarlijk waren en dat blootstelling aan deze platen tot kanker konden leiden. In deze zaak wordt voor het eerst een school aansprakelijk gehouden door een asbestslachtoffer. In veel Nederlandse schoolgebouwen zit asbest verwerkt.

²⁴ Zie NJB 2008, 379, afl. 8, p. 436 e.v.: het artikel Asbestschade buiten de werkomgeving, mr. S.D. Lindenbergh en mr. J.W.M.K Meijer.

²⁵ LJN BC7697.

werknemers, waarmee gedurende tien jaar Convenant Asbestslachtoffers de meeste ervaringen bestaan.

IV. De concrete problemen voor mesothelioomslachtoffers

Het IAS: de hybride positie

Bijzonder aan de positie van het IAS zoals deze in het Convenant werd vormgegeven is haar hybride karakter. Het IAS is, hoewel die indruk bij de slachtoffers wel bestaat, nadrukkelijk geen belangenbehartiger.²⁶ Het Instituut wordt gedomineerd door de invloed van alle Convenantpartijen. Het IAS kan uit de aard der zaak geen actie ondernemen die indruist tegen de belangen van een der partijen. Dat heeft consequenties: het betekent dat het Instituut bij afwijzing van de volledige Convenantvergoeding niet voor de belangen van slachtoffers kan opkomen. Het IAS adviseert op grond van haar feitenonderzoek al dan niet tot aansprakelijkheid van de werkgever. Dat advies heeft geen bindende kracht. Het advies van het IAS strekkende tot aansprakelijkheid van de werkgever kan door (de verzekeraar van) de werkgever daarom moeiteloos terzijde worden gelegd. Dat gebeurt op dit moment veelvuldig op het gebied van de verjaring. Het slachtoffer is ingeval van afwijzing van zijn vordering op zichzelf aangewezen.

Gevolg van haar hybride positie is aldus dat het IAS kan grommen, maar niet bijten. Dat alles behoudens de mogelijkheid tot het doen van een verzoek ex artikel 96 Rv.²⁷ Van die mogelijkheid wordt echter tot op heden om onduidelijke redenen geen gebruikgemaakt.²⁸

De praktische werkwijze van het IAS: de spagaat van snel en zorgvuldig

Praktisch ziet de werkwijze van het IAS er uit als volgt.

Het slachtoffer meldt zich aan bij het IAS: meest telefonisch, in mindere mate met de antwoordkaart uit de brochure of per e-mail (info@asbestslachtoffers.nl). Een medewerker van het IAS vult telefonisch samen met het slachtoffer de aanvraagformulieren in. In een tweede telefonisch gesprek gaat het IAS met het slachtoffer na hoe het contact met asbest heeft plaatsgevonden.²⁹ Het IAS streeft ernaar deze fase binnen tien dagen af te ronden. Het slachtoffer machtigt het IAS om medische informatie op te vragen, en de Sociale Verzekeringsbank (SVB) om eventuele schade via de rechter te verhalen. Het IAS vraagt het

²⁶ Slachtoffers verkeren, zo blijkt uit de praktijk, veelal in de veronderstelling dat het IAS voor hen optreedt. Uit mijn betoog zal blijken dat de positie van het IAS en de andere mogelijkheden tot het verkrijgen van een vergoeding aan slachtoffers onvoldoende duidelijk is.

²⁷ Art. 96 Rv regelt de mogelijkheid om aan de kantonrechter een bindend, niet voor hoger beroep vatbaar oordeel te vragen.

²⁸ Dat geeft gelet op de hybride positie van het IAS op zijn minst te denken.

²⁹ Dat gesprek kan ook bij het slachtoffer thuis plaatsvinden. In de praktijk gebeurt dat nauwelijks.

Nederlands Mesotheliomen Panel (NMP) om bevestiging van de gestelde diagnose maligne mesotheliom. In geval van twijfel wordt een herbeoordeling gevraagd aan de mesotheliomenwerkgroep van de longartsenvereniging NVALT.

Het IAS onderzoekt of aan de voorwaarden voor de regeling TAS wordt voldaan en adviseert de SVB op dat punt. Als wordt voldaan aan de gestelde voorwaarden volgt, mits de vordering bij leven van het slachtoffer is ingesteld, een voorschot van € 17 050 (peiljaar 2008). Het IAS en de SVB streven ernaar deze procedure binnen twee maanden af te ronden.

Vervolgens onderzoekt het IAS of de werkgever aansprakelijk is te houden voor de schade, en bemiddelt in het bevestigende geval tussen het slachtoffer en de (ex-) werkgever of diens verzekeraar. Bemiddeling betekent in dit geval feitelijk: advisering. Als (ex-) werkgever of diens verzekeraar op grond van dat advies de aansprakelijkheid erkent dan volgt betaling van de volledige Convenantvergoeding van € 55 163 (2008). Het IAS streeft ernaar dit traject binnen zes maanden af te ronden. Als de volledige Convenant-vergoeding wordt betaald, dan wordt het voorschot op basis van de Regeling TAS met deze vergoeding verrekend.

Wordt er geen aansprakelijke, betalende partij gevonden dan mag het voorschot als definitieve vergoeding worden behouden.

Wat opvalt in de wijze waarop het IAS werkt – moet werken – is het grote spanningsveld tussen snelheid en zorgvuldigheid. Snelheid vanwege de tijdsdruk van het veelal aanstaande overlijden van het slachtoffer, terwijl de zorgvuldigheid de haalbaarheid van diens vordering bepaalt.

Enkele cijfers

Uit schattingen van de Gezondheidsraad³⁰ was te verwachten dat de ziekte mesotheliom zich anno 2000 bij ongeveer 350 mensen per jaar zou openbaren. De schattingen voor de toekomst variëren. De verwachting is dat voornoemd cijfer zal oplopen, tot ongeveer 700-900 slachtoffers per jaar rond 2018, en daarna weer zal afnemen. Uit de cijfers van 2005 en 2006 blijkt dat er in de laatste jaren een stijging valt waar te nemen: 371 (2006) gevallen hebben zich bij het IAS gemeld.³¹ In 2005 waren dat er 374. In 2003 en 2004 ging het om respectievelijk 342 en 345 meldingen.³²

Die stijging in het aantal slachtoffers in de beroepsbevolking is conform verwachting. De piek van de asbestinvoer in Nederland was in 1975, toen er sprake was van een invoer van ruim 41 000 ton. Daarna is deze weer snel gedaald tot enkele duizenden tonnen.³³ De omvang van

³⁰ Zie noot 4.

³¹ Zo blijkt onder andere uit het IAS jaarverslag 2006, p. 8 alsmede berichtgeving van 8 augustus 2007, onder andere terug te vinden op: www.nu.nl/news/1187723/36/rss/Schadevergoeding_asbestslachtoffers_fors_toegenomen.html.

³² Bron: jaarverslag IAS 2006, p. 8.

³³ Swuste en Klaver 1990, Swuste e.a. 1996; Ruiters 1977; Burdorf en Swuste 1997; Burdorf e.a. 1997; Swuste e.a. 1997.

de blootstelling aan asbest in de beroepsbevolking is evenredig aan de invoer geweest. Dat betekent dat de hausse aan slachtoffers in de beroepsbevolking nog moet komen.³⁴, ³⁵

De resultaten tot dusver: de afgehandelde aanvragen

- De regeling TAS

Uit de cijfers over het jaar 2006³⁶ blijkt dat 82% van de aanvragen voor een voorschot op grond van de regeling TAS werd gehonoreerd. In al die gevallen staat vast dat de diagnose mesotheliom werd gesteld. Van de resterende 18% werd 41% afgewezen omdat de diagnose mesotheliom niet kon worden bevestigd. Van de restcategorie voldeed 14% niet aan de bewijslast van de blootstelling. Bij een succespercentage van 82 kan worden vastgesteld dat slachtoffers in verreweg de meeste gevallen van de regeling TAS gebruik kunnen maken.

- De volledige Convenantvergoeding

In schril contrast met het hoge percentage slachtoffers dat daadwerkelijk een uitkering ontvangt op grond van de regeling TAS staat het relatief geringe percentage slachtoffers dat uiteindelijk in aanmerking komt voor de volledige Convenantvergoeding van € 55 163 (2008).

De totaalcijfers vanaf de start van IAS geven het volgende beeld te zien. In slechts 39% van het totaal aantal aanvragen werd de vordering ten aanzien van de volledige Convenantvergoeding gehonoreerd³⁷. In 36% van het totaal aantal aanvragen werd alleen de vergoeding op grond van de regeling TAS uitgekeerd. Daarmee zij vastgesteld dat historisch gezien ongeveer de helft van het aantal slachtoffers voor de volledige Convenantvergoeding in aanmerking komt. In de restcategorie van 25% van het totaal aantal aanvragen werd zowel de Convenantvergoeding als de Regeling TAS afgewezen, onder meer omdat de ziekte mesotheliom niet kon worden vastgesteld, het blootstellingsbewijs niet kon worden geleverd, of omdat er geen nabestaanden waren.

³⁴ Prof. De Ruiter heeft indertijd bij de totstandkoming van het Asbestinstituut begroot dat er een stijging zou zijn tot 700 slachtoffers per jaar. Tot aan het jaar 2035 verwachtte hij zo'n 19 000 slachtoffers. Die schatting is later iets naar beneden bijgesteld. Op dit moment wordt geschat dat zo'n 4% van de ca. 340 000 blootgestelden in de beroepsbevolking naar schatting zo'n 12 000 slachtoffers, zal overlijden aan mesotheliom. De overige groepen blootgestelden zijn daarin niet meegenomen.

³⁵ Dat is van belang voor de slachtoffers die zich geconfronteerd zullen zien met de verjaring. De piek in de blootstelling is immers inmiddels meer dan 30 jaar geleden.

³⁶ Bron: jaarverslag IAS 2006, p. 11.

³⁷ Bron: jaarverslag IAS 2006, p. 12.

In 2006 geven de cijfers een beeld van toenemende afwijzingen te zien. In 82% van de aanvragen werd een mesothelioom daadwerkelijk vastgesteld, en werd door het IAS bemiddeld. In 43% van deze gevallen slaagde de bemiddeling, en werd de volledige Convenantvergoeding toegekend. In 57% van de gevallen slaagde de bemiddeling niet. Daarmee staat in 2006 57% van de door het IAS bemiddelde gevallen waarin de diagnose mesothelioom daadwerkelijk werd gesteld in de kou, en moeten deze slachtoffers het doen met de TAS-pleister op de wonde. De uitzondering is daarmee groter geworden dan de regel. De verwachting is dat het aantal afwijzingen zal toenemen op grond van het toenemend aantal verjaringsgevallen.

De vraag is gerechtvaardigd of in dat verband een successcore van minder dan de helft van het aantal vastgestelde mesothelioomgevallen (2006) voldoet aan de verwachtingen die daaraan mogen worden gesteld. Ik meen dat dat niet het geval is. Waar mr. A.S. Fransen van de Putte in zijn artikel ‘Asbest en de ABV-verzekering’³⁸ stelt dat asbestslachtoffers in het aansprakelijkheidsrecht ‘gewonnen’ zouden hebben, verdient dat standpunt gelet op het voorgaande op zijn minst nuancering.

Voor het grootste deel van de vorderingen geldt immers dat verzekeraars onder hun aansprakelijkheid uitkomen, waarbij het risico van betaling wordt afgewenteld op de overheid in het kader van de regeling TAS. Prof. mr. W.H. van Boom noemt in zijn artikel ‘Een uiting van maatschappelijke betrokkenheid’³⁹ de bemiddeling door het IAS een succes. Mij komt voor dat die stelling afhangt van de vraag vanuit welk perspectief men het hiervoor beschreven resultaat bekijkt. Het merendeel van de slachtoffers zal dat met hem oneens zijn.

- Proceduremogelijkheden

Wordt de Convenantvergoeding geweigerd, dan heeft het IAS op grond van het Convenant de mogelijkheid tot het voeren van een procedure ex artikel 96 Rv tegen de aansprakelijke persoon, kortweg het verzoek aan de kantonrechter om een, niet voor hoger beroep vatbare, bindende beslissing. Van deze mogelijkheid werd echter tot op heden geen gebruikgemaakt.⁴⁰ De SVB heeft mogelijkheden tot regres. Opvallend is dat, hoewel die mogelijkheid openstaat, van enig regres door de SVB op verzekeraars ingeval de volledige Convenantvergoeding werd afgewezen om onduidelijke redenen niet of nauwelijks sprake is. Het IAS heeft als beoogd kenniscentrum bij uitstek mogelijkheden tot advisering van de SVB in haar mogelijkheden tot regres.

Conclusie

³⁸ AV&S 2005, 12, afl. 2, p. 67 e.v.

³⁹ AV&S 2005, 11, afl. 2, p. 60.

⁴⁰ Dat is zonder nadere toelichting, die in de jaarverslagen ontbreekt, onbegrijpelijk, en roept om een verklaring.

Op grond van de invoercijfers van asbest valt te verwachten dat het aantal mesotheliomslachtoffers in de komende tijd sterk zal stijgen. De door het IAS te behalen resultaten zijn daarom in toenemende mate van belang.

Conclusie ten aanzien van toekenning van de regeling TAS is dat zij een succes is. In 82% van het totaal aantal gevallen leidt een aanvraag voor de regeling TAS tot een uitkering. Dat zijn de aanvragen waarin in ieder geval een mesotheloom werd vastgesteld.

Conclusie ten aanzien van de volledige Convenantvergoeding is dat de uitzondering tot dusver groter is dan de regel. De resultaten in de behandeling van de vorderingen van slachtoffers tot nu toe laten een beeld zien waarin minder dan de helft van het aantal aanvragen voor een volledige vergoeding van de schade in aanmerking komt. De rest valt buiten de boot. Het aantal afwijzingen zal in de nabije toekomst toenemen op grond van het toenemend aantal verjaringsgevallen.

Bij afwijzing van de vordering door de aansprakelijke partij kan het IAS voor de slachtoffers niets betekenen.

Van de haar gegeven procedure mogelijkheid op grond van art. 96 Rv maakt het IAS geen gebruik.

V. De factoren die debet zijn aan deze cijfers: het verkrijgen van een volledige vergoeding is een hobbelige weg

De vier obstakels

Het verkrijgen van de volledige Convenantvergoeding € 55 163 (peiljaar 2008) is een hobbelige en onzekere weg. Vier belangrijke obstakels zal ik hieronder kort signaleren. In de volgende paragraaf zal ik deze nader uitwerken. In hoofdlijn betreft het juridische obstakels, onder andere op grond van bij de totstandkoming van het Convenant toepasselijk verklaarde geldend recht. Dat is een keuze die verstreckende consequenties heeft voor de juridische positie van mesotheliomslachtoffers. Nu ook het IAS daaraan gebonden is heeft die keuze eveneens verstreckende gevolgen voor de huidige resultaten van het IAS. Met evenveel recht en reden had een andere keuze kunnen worden gemaakt.⁴¹ Zoals uit het hiernavolgende zal blijken, vormt onder andere de keuze voor toepasselijkheid van het geldend recht een blokkade voor een groot deel van de slachtoffers.

1. De eerste hobbel: het bewijs naar geldend recht

De eerste hobbel is gelegen in het op het slachtoffer rustende bewijs naar geldend recht. Het slachtoffer, en dus ook het IAS, zien zich in het kader van de toepasselijkheid van het geldend recht geconfronteerd met het gehele scala aan relevante vragen van stelplicht en bewijslast, vragen van schending der zorgplicht, en vragen rond de causaliteit. Zij zijn bepalend voor de

⁴¹ Voor bijvoorbeeld een bindend advies van het IAS heeft prof. De Ruiter de handen echter niet op elkaar gekregen. Verzekeraars hebben deze keuze geblokkeerd.

haalbaarheid van de bemiddeling van het IAS. De (zeer) lange tijd sedert de blootstelling speelt het slachtoffer in dat kader parten.

2. De tweede hobbel: de verjaring naar geldend recht

De tweede, niet onbelangrijke hobbel voor het slachtoffer wordt gevormd door de verjaring. Vragen rond de 30-jarige verjaringstermijn en de doorbreking daarvan zijn medebepalend voor de haalbaarheid van de vordering van het slachtoffer en de uitkomsten van de bemiddeling door het IAS. De verjaring speelt een prominente en toenemende rol. Vele slachtoffers zullen in de toekomst door de verjaring worden getroffen. De verjaring speelt een steeds belangrijker rol bij de afwijzing van claims.

3. De derde hobbel: de gevallen die worden getroffen door faillissement of ontbinding van de werkgever

In verband met de lange periode die verstrijkt voordat de ziekte zich openbaart, komt het meer dan eens voor dat werkgevers ontbonden of failliet zijn. Voor de slachtoffers die zich met deze problematiek geconfronteerd zien, bestaat de vangnetregeling van de regeling TAS. Echter, voor deze slachtoffers zijn er – bij leven – verhaalsmogelijkheden voor de volledige schadevergoeding, als de werkgever verzekerd was. Het smartengeld moet bij leven worden aangezegd. De achterliggende verzekeringsdekking geldt in dat geval als opgekomen bate. In dit kader is in verband met het geldende recht op het punt van de overgang van vorderingen onder algemene titel snelheid van handelen van het grootste belang. Het IAS kan deze vordering niet voor het slachtoffer instellen. Het slachtoffer is dus aangewezen op individuele rechtshulp.

4. De vierde hobbel: de financiële aspecten van belang voor belangenbehartiging

Een vierde hobbel is ten slotte voor het slachtoffer gelegen in het financiële aspect. De regeling TAS vormt voor het slachtoffer onder omstandigheden een belemmering voor het voeren van een procedure. De regeling TAS vormt in voorkomende gevallen tevens een belemmering voor het verkrijgen van een spoedeisende voorziening die verder gaat dan het voorschot op grond van de Regeling TAS.⁴² Ik zal deze hobbels hierna toelichten.

VI. Een hobbelige weg: vier obstakels nader beschouwd

In deze paragraaf zal ik dieper ingaan op de gesignaleerde obstakels en hun consequenties voor de mesotheliomslachtoffers. In mijn betoog zullen de gemaakte keuzes bij de

⁴² Vergelijk JA 2008, afl. 1, nr. 10, Rb. Amsterdam 1 november 2007, LJN BB7041 inzake x/Nefalit r.o. 4.6 (gezichtspunt b) en in dezelfde zin meest recent Vzr. Rb. Roermond 20 februari 2008, LJN BC4626.

totstandkoming van het Convenant, de positie en de werkwijze van het IAS aan de orde komen.

1. De eerste hobbel: het bewijs naar geldend recht

Van toepassing is artikel 7:658 BW, voorheen artikel 7A:1638x en voordien artikel 1638x BW. Van belang zijn de regels die in de jurisprudentie in de jaren negentig werden geformuleerd.

In ons land hebben vooral de arresten HR 6 april 1990, NJ 1990/573 inzake Jansen/Nefabas en HR 25 juni 1993, NJ 1993, 686 inzake Cijssouw/De Schelde I, Hof Den Haag, JAR 1997/53 en HR 2 oktober 1998, NJ 1999, 683, m.nt. J.B.M. Vranken inzake De Schelde/Erven Cijssouw II en HR 30 april 2000, NJ 2000, 430 en NJ 2000, 431, m.nt. A.R. Bloembergen de koers bepaald. In deze belangrijke arresten heeft de Hoge Raad strenge regels in het kader van de werkgeversaansprakelijkheid in asbestzaken geformuleerd.⁴³

Voorts is de recente jurisprudentie op het gebied van de bewijslastverdeling in beroepsziektezaken van belang. Vergelijk HR 17 november 2000, NJ 2001, 596 inzake Unilever/Dikmans, HR 20 mei 2005, LJV AU6927, HR 31 maart 2006, LJV AU6092 en LJV AU6093. HR 2 juni 2006, LJV AW6167 inzake de RSI-zaak Köpke/Kampen, HR 23 juni 2006, LJV AW6166 inzake de OPS-zaak Havermans/Luykcs, Hof Den Haag 18 augustus 2006, LJV AY8791 inzake de OPS-zaak Pekaar/Atofina, HR 31 maart 2006, RvdW 2006, 328, LJV AU6092 inzake Nefalit/Karamus.⁴⁴ Zeer recent kunnen daaraan worden toegevoegd HR 27 april 2007, LJV AZ6717, het zogenaamde ovenarrest, en voorts Hof Den Bosch 31 juli 2007, LJV BB1552, Hof Den Bosch 8 januari 2008, LJV BC3222, Hof Den Bosch 1 april 2008, LJV BC8292 en HR 16 mei 2008, LJV BC7683, 81 RO inzake Pekaar/Atofina met lezenswaardige conclusie A-G van Langemeijer.⁴⁵

Kort samengevat moet het slachtoffer op grond van deze jurisprudentie de *condicio sine qua non* bewijzen.⁴⁶ Kort gezegd: de noodzakelijke voorwaarde voor het ontstaan van de ziekte. De vraag moet dus worden gesteld: zou het letsel ook zonder de blootstelling, in casu aan asbest, zijn ontstaan. Vergelijk ook Hartlief in zijn artikel 'Wat kan art. 7:658 BW betekenen voor werknemers met RSI?'⁴⁷

De concrete invulling van die c.s.q.n. betekent in asbestgevallen dat het slachtoffer aannemelijk moet maken:

⁴³ Zie voor een overzicht T. Hartlief, 'Asbest en aansprakelijkheid: de reikwijdte van de rechtspraak omtrent werkgeversaansprakelijkheid', AV&S 2005, 9, p. 41-49.

⁴⁴ Zie r.o. 3.5.

⁴⁵ Voor de recente stand van zaken ten aanzien van de bewijslastverdeling in beroepsziektezaken vergelijk L.E.M. Charlier: 'Het bewijs in beroepsziektezaken (2)', L&S 2008, nr. 3.

⁴⁶ Vergelijk recent ook Hof Den Bosch 31 juli 2007, LJV BB1552 en Hof Den Bosch 8 januari 2008, LJV BC3222.

⁴⁷ NTBR 2002/1.

- dat hij door de werkgever gedurende zijn werk is blootgesteld aan asbest, en
- dat zijn klachten door de blootstelling kunnen zijn veroorzaakt.

Heeft het slachtoffer aan dat bewijs voldaan, dan is het aan de werkgever om te bewijzen dat hij aan zijn zorgplicht heeft voldaan. In dat kader is van belang wat de ‘state of the art’ en de ‘state of the industry’ was op het moment van de blootstelling. Kan de werkgever niet aantonen dat hij aan zijn zorgplicht heeft voldaan, dan wel heeft de hij de kans op de ziekte in aanmerkelijke mate verhoogd, dan is hij aansprakelijk voor de schade van het slachtoffer, en is het causaal verband tussen de arbeid en het ziektebeeld gegeven behoudens bewijs van het tegendeel door de werkgever. De werkgever mag aantonen dat de ziekte ook zou zijn ontstaan als hij alle maatregelen die in redelijkheid van hem mochten worden gevergd wel zou hebben genomen.

Op dit moment zijn naar mijn oordeel teveel gevallen waarin een mesothelioom werd vastgesteld, die hun vordering juist op grond van tekortschietende informatie over de blootstelling of hun dienstverband afgewezen zien en aangewezen zijn op de vangnetregeling van de regeling TAS. In de praktijk blijkt dat in het kader van het bewijs door het slachtoffer vooral het eerste punt een probleem vormt. Werkgevers/hun assuradeuren betwisten in de praktijk (1) de arbeidsrelatie en (2) de blootstelling aan asbest. De lange tijd sedert de blootstelling en het relevante dienstverband speelt het slachtoffer in dat verband parten.

De werkwijze van het IAS op het punt van het bewijs

In het kader van het bewijs van de arbeidsrelatie en de asbestblootstelling bij een werkgever is de concrete feitenvergaring van groot belang. Deze gegevens vormen het fundament van de claim.

De concrete werkwijze van het IAS is in dat kader een punt van aandacht. Deze werkwijze van het IAS kent haar beperkingen.

De telefonische feitenvergaring

De feitenvergaring vormt het fundament van het door het slachtoffer te leveren bewijs. Een medewerker van het IAS vult telefonisch samen met het slachtoffer de aanvraagformulieren in. In een tweede telefonisch gesprek gaat het IAS met het slachtoffer na hoe het contact met asbest heeft plaatsgevonden.⁴⁸ Een probleem is natuurlijk dat het gaat om veel zaken die hun oorsprong in de jaren vijftig en zestig vinden. Het slachtoffer moet kunnen aantonen dat hij of zij destijds bij een bepaald bedrijf heeft gewerkt en dat hij daar in zijn werkomgeving aan asbest is blootgesteld. Voor de meeste mensen is het niet gemakkelijk om daar nog bewijsstukken of getuigen voor te vinden.⁴⁹ Daar komt bij dat de vraag naar die feiten voor

⁴⁸ Dat gesprek kan ook bij het slachtoffer thuis plaatsvinden. In de praktijk gebeurt dat nauwelijks.

⁴⁹ Hoe moeilijk het soms is om feiten te vergaren blijkt bijvoorbeeld uit HR 17 februari 2006, LJN AU6927.

hen, gelet op de omstandigheden nadat ze de fatale diagnose hebben gehoord, natuurlijk niet op een geschikt moment komt. Optimale hulp bij de feitenvergaring is dan ook geboden. De praktijk van telefonische feitenvergaring kent in deze situatie kwalitatief (te) grote beperkingen. Door persoonlijk contact in de vorm van een huisbezoek kan op dit punt winst worden geboekt. Weliswaar heeft het slachtoffer de keuze om thuis te worden bezocht, doch van die mogelijkheid wordt in mijn optiek onvoldoende de noodzaak benadrukt, en derhalve te weinig gebruikgemaakt. Het is wenselijk de zaak om te keren, en het huisbezoek als de standaard bij de feitenvergaring te hanteren.⁵⁰ Het horen van betrokkenen tijdens een huisbezoek, waarbij gevraagd kan worden om anderen die iets zouden kunnen bijdragen aan de beeldvorming eveneens bij het gesprek te betrekken kan helpen het geheugen op te frissen. De verwachting is dat de kwaliteit van de blootstellingsinformatie daarmee kan worden verbeterd.

Het nut van de asbestkaart

In Nederland is de zogenaamde ‘asbestkaart’ beschikbaar.⁵¹

De asbestkaart is een elektronisch expertsysteem voor het beoordelen van de historische asbestblootstelling in bedrijfstakken en beroepen in de periode 1945-1994. Beschikbare informatie over de asbestblootstelling en ontwikkelingen in productieprocessen en arbozorgsystemen in Nederland wordt gebruikt om de trends in de historische blootstelling aan asbest te beschrijven.

De asbestkaart beslaat de periode 1945-1994. Het jaar 1945 is gekozen omdat de vooroorlogse asbestindustrie in Nederland van zeer geringe omvang is geweest.⁵² Het jaar 1994 is gekozen omdat vanaf 1 juli 1993 het gebruik van asbest en asbesthoudende producten verboden is in Nederland. De informatie over historische asbestblootstelling is ontleend aan verschillende bronnen. Kwalitatieve informatie over veranderingen in asbestblootstelling en stand der techniek in bedrijfstakken en beroepen in Nederland in de periode 1945-1994 is afkomstig uit dossiers van schadeclaimprocedures van asbestslachtoffers. Kwantitatieve gegevens over asbestblootstelling in Nederlandse bedrijven zijn afkomstig uit de

⁵⁰ Een persoonlijk contact, bij voorkeur een huisbezoek is een minimumeis om tot adequate feitenvergaring te komen. In een situatie waarin het slachtoffer werd geconfronteerd met een fatale diagnose en een korte levensverwachting staat het leven van het gezin volledig op zijn kop. Letselschadebehandeling – zeker in deze situatie – kan niet zonder aandacht voor geestelijke bijstand. Bij een huisbezoek kan aandacht worden besteed aan de fysieke en emotionele situatie, en vervolgens aan de noodzakelijke stappen om tot een adequate vergoeding van het leed te komen. Doorvragen is nodig om de herinnering op te frissen. Een huisbezoek dwingt het slachtoffer tot focus. Bekenden kunnen bij het gesprek betrokken worden. Een telefonisch gesprek schiet daarin onder de gegeven omstandigheden tekort en zal minder informatie opleveren.

⁵¹ Vergelijk www.asbestkaart.nl.

⁵² Burdorf e.a., 1997a.

wetenschappelijke literatuur, rapporten van de Arbeidsinspectie en openbare processtukken. Het expertsysteem is mede opgebouwd op basis van gegevens uit het buitenland, met name Engeland, Verenigde Staten, Duitsland, Australië, Finland en Canada. In deze landen is al vanaf 1960 op min of meer systematische wijze de asbestblootstelling in het beroep in kaart gebracht.

Van de asbestkaart wordt door het IAS bij het in kaart brengen van de asbestblootstelling niet of onvoldoende gebruikgemaakt. De asbestkaart wordt niet meer geactualiseerd. Daarmee wordt van kansen om de blootstelling bij een werkgever in kaart te brengen onvoldoende gebruikgemaakt. Ook op dit punt is naar mijn mening voor de slachtoffers winst te behalen.

Het medisch bewijs

Het IAS vergaart de medische informatie die nodig is voor de beoordeling van de vraag of er sprake is van een mesotheliom. Deze informatie wordt voorgelegd aan het Nederlands Mesotheliomen Panel (NMP) verbonden aan het Antoni van Leeuwenhoek Ziekenhuis in Amsterdam en, mocht er in uitzonderlijke gevallen nog onduidelijkheid zijn, besproken in een expertgroep van de Nederlandse Vereniging van Artsen voor Longziekten en Tuberculose (NVALT), allen specialisten in de herkenning van mesotheliom. Pas nadat het NMP heeft bevestigd dat de werknemer lijdt aan de ziekte mesotheliom, kan het IAS adviseren en bemiddelen.

Voor zover dat aan de hand van de cijfers kan worden beoordeeld, verloopt de medische beoordeling snel, accuraat en adequaat.

Als eenmaal vaststaat dat het slachtoffer aan asbest is blootgesteld, en een mesotheliom is vastgesteld, dan staat vast dat de blootstelling het ziektebeeld heeft veroorzaakt. Aan de tweede eis van het op het slachtoffer rustende bewijs is dan voldaan.

De zorgplicht

In het kader van de beoordeling van de schending van de zorgplicht is van belang hetgeen in de blootstellingsperiode bekend was omtrent de schadelijkheid van asbest, en de maatregelen die tegen de risico's van asbest konden worden genomen. De werkgever moet aantonen dat hij gelet op de 'state of the art' en de 'state of the industry' heeft voldaan aan zijn zorgplicht.

Slachtoffers, met name bij vroege blootstellingen, worden veelvuldig op argumenten rond de 'state of the art' en de 'state of the industry' afgerekend. Zij zijn in die gevallen nog immer op langdurige juridische procedures aangewezen.⁵³

Het IAS heeft mede tot doel zich te ontwikkelen tot kenniscentrum op dit vlak. De vergaarde kennis kan echter door het IAS niet te gelde worden gemaakt. Het IAS kan immers bij afwijzing geen vuist maken door bijvoorbeeld het voeren van een bodemprocedure. In het kader van de rol als kenniscentrum ligt het op de weg van het IAS om de beschikbare kennis in dat geval algemeen toegankelijk te maken. Tot op heden is dat in onvoldoende mate het geval, zoals uit de zaak *Heesbeen/Van Buuren* blijkt. De rechtbank had in dat geval

⁵³ Vergelijk bijv. HR 4 juni 2004, JAR 2004/287 en HR 17 februari 2006, LJN AU6927.

gebruikgemaakt van bij haar aanwezige specifieke kennis omtrent publicaties van Swuste, terwijl partijen daarop beweerdelijk geen beroep hadden gedaan. De inhoud van die publicatie werd géén feit van algemene bekendheid geacht. De rechtbank had derhalve in strijd met artikel 24 jo. artikel 149 Rv gehandeld, omdat zij de door het slachtoffer aan zijn vorderingen ten grondslag gelegde feiten had aangevuld.

Voor het IAS is een rol als kenniscentrum weggelegd. Onderdeel van haar doelstelling is de verspreiding van kennis op het gebied van de ‘state of the art’ en de ‘state of the industry’. Die rol komt onvoldoende uit de verf, getuige voornoemd arrest. De genoemde feiten zouden na tien jaar Convenant, als onderdeel van de taak als van het IAS, inmiddels van algemene bekendheid moeten zijn.⁵⁴ Dat biedt ruimte voor verbetering.

2. De tweede hobbel: de verjaring naar geldend recht

De verjaringstermijn

De absolute verjaringstermijn voor dit soort gevallen is ex artikel 3:310 lid 2 30 jaar na de laatste blootstelling aan asbest. Per 1 februari 2004 is, ondanks de vele kritiek, artikel 3:310 lid 5 BW ingevoerd.⁵⁵ Deze bepaling breidt de verjaringstermijn van 30 jaar na de schadeveroorzakende gebeurtenis uit tot vijf jaar na het bekend worden van de schade. Die regeling is echter beperkt tot schade die zijn oorsprong vindt in gebeurtenissen die hebben plaats gevonden na 1 februari 2004. Zij geldt dus niet voor gebeurtenissen die voordien hebben plaatsgevonden. Dit brengt mee dat slachtoffers van gebeurtenissen vóór 1 februari 2004 niet onder die verruimde verjaringsregeling vallen.

De verjaring speelt bij de afhandeling van de claims door het IAS een prominente rol. In verband met de lange latentietijd voordat de ziekte zich openbaart, komt het meer dan eens voor dat de absolute verjaringstermijn van artikel 3:310 BW (i.e. in asbestzaken 30 jaar na de laatste blootstelling aan asbest) wordt overschreden voordat het ziektebeeld zich openbaart.⁵⁶ De verjaring zal, gelet op het feit dat de piek van de asbestinvoer in Nederland inmiddels ruim 30 jaar geleden is, voor slachtoffers in toenemende mate een probleem gaan vormen. In dat kader van de verjaring wordt door aansprakelijke partijen veelvuldig een beroep gedaan op het hiervoor besproken arrest HR 28 april 2000, *LJN AA5635, NJ 2000, 430 inzake Van Hese/De Schelde*. Van Hese werd gediagnosticeerd met de ziekte mesothelioom, welgeteld zes maanden na afloop van een termijn van 30 jaar na de laatste blootstelling aan asbest. De Schelde beriep zich op verjaring.

De Hoge Raad overwoog:

⁵⁴ Ook hier, het zij herhaald, kan de hybride positie van het IAS een belemmering zijn

⁵⁵ Stb. 2003, 495, art. 3:310 lid 5 BW

⁵⁶ Dat betekent dat de hausse aan slachtoffers nog moet komen. Deze slachtoffers zullen zich naar verwachting allen geconfronteerd zien met de verjaringsproblematiek. Het IAS zal naar verwachting in de toekomst steeds meer geconfronteerd zien met een beroep op de verjaring.

‘Of in gevallen als het onderhavige toepassing van de verjaringstermijn van dertig jaar na de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust, inderdaad naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, zal met inachtneming van alle omstandigheden van het concrete geval moeten worden beoordeeld. Als gezichtspunten waarvan de rechter blijk moet geven deze in zijn beoordeling te hebben betrokken, vallen te noemen:

- (a) of het gaat om vergoeding van vermogensschade dan wel van nadeel dat niet in vermogensschade bestaat, en – mede in verband daarmee – of de gevorderde schadevergoeding ten goede komt aan het slachtoffer zelf, diens nabestaanden dan wel een derde;*
- (b) in hoeverre voor het slachtoffer respectievelijk zijn nabestaanden ter zake van de schade een aanspraak op een uitkering uit anderen hoofde bestaat;*
- (c) de mate waarin de gebeurtenis de aangesprokene kan worden verweten;*
- (d) in hoeverre de aangesprokene reeds vóór het verstrijken van de verjaringstermijn rekening heeft gehouden of had behoren te houden met de mogelijkheid dat hij voor de schade aansprakelijk zou zijn;*
- (e) of de aangesprokene naar redelijkheid nog de mogelijkheid heeft zich tegen de vordering te verweren;*
- (f) of de aansprakelijkheid (nog) door verzekering is gedekt;*
- (g) of na het aan het licht komen van de schade binnen redelijke termijn een aansprakelijkstelling heeft plaatsgevonden en een vordering tot schadevergoeding is ingesteld.’*

In de in aantal toenemende verjaringszaken worden deze gezichtspunten door verzekeraars steeds vaker aangegrepen om de vordering van het slachtoffer af te wijzen.

De Hoge Raad heeft zich jammer genoeg niet uitgelaten over de vraag hoe de voornoemde gezichtspunten zich hiërarchisch tot elkaar verhouden.⁵⁷

Drie van deze gezichtspunten zijn zoals in de praktijk van de lagere jurisprudentie blijkt met name van belang. Het gaat om gezichtspunten c, f, en g. Kort samengevat: de vraag naar de verwijtbaarheid zijdens de werkgever, ofwel de schending van de zorgplicht in relatie tot de ‘state of the art’ en de ‘state of the industry’, de vraag of de vordering nog door verzekering is gedekt en de vraag of de claim na voltooiing van de 30-jarige verjaringstermijn binnen een redelijke termijn werd ingesteld. Terzijde is voor de honorering van een vordering in kort geding is ook gezichtspunt b. van belang.⁵⁸ Uit de jurisprudentie daaromtrent blijkt dat een

⁵⁷ Vergelijk in het kader van de gezichtspuntencatalogus tevens het artikel: ‘Naar een scherpere gezichtspuntencatalogus bij verjaring van asbestzaken’ van de hand van mr. J.L. Smeehuizen, AV&S 2005, 10, afl. 2, p. 49-60.

⁵⁸ Vergelijk JA 2008, nr. 10, afl. 1, Rb. Amsterdam 1 november 2007, LJN BB7041 inzake x/Nefalit, r.o. 4.6 (gezichtspunt b) en in dezelfde zin meest recent Vzr. Rb. Roermond 20 februari 2008, LJN BC4626.

groot aantal vorderingen op deze punten strandt.⁵⁹ In het kader van gezichtspunt (c) komt de rol van het IAS als kenniscentrum op het gebied van de state of the art/state of the industry wederom op de voorgrond. Het IAS zou een voortrekkersrol moeten vervullen om de relevante feiten en omstandigheden in de openbaarheid te brengen, zodat zij tot feiten van algemene bekendheid kunnen worden. Die rol kan het IAS mijns inziens beter vervullen dan het tot dusver heeft gedaan.⁶⁰

Ten aanzien van gezichtspunt (c), de mate waarin de gebeurtenis de aangesprokene kan worden verweten

Ten aanzien van gezichtspunt (c) is gelet op de jurisprudentie⁶¹ van belang hetgeen bekend was in binnen- en buitenland rond de gevaren van asbest. Kort gezegd is in het kader van de verjaring de 'state of the art/state of the industry' van belang.

Recentelijk, in 2006 is deze materie aan de orde geweest in een geval van een niet regulier asbestverwerkende werkgever, bij wie het mesothelioomslachtoffer vermoedelijk toch incidenteel aan asbest werd blootgesteld.⁶² De werkgever stelde niet te zijn tekortgeschoten in haar verplichting maatregelen te treffen en aanwijzingen te geven die redelijkerwijs nodig waren om te voorkomen dat het slachtoffer in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade zou lijden. Naar de in de desbetreffende periode (1965-1967) bestaande kennis en inzichten meende de werkgever dat hij niet gehouden was enige maatregel te treffen om de werknemer te beschermen tegen asbeststof, ook al was toentertijd al bekend dat asbest gevaarlijk kon zijn voor de gezondheid. De rechtbank overwoog dat in de periode 1965-1967, ook aan niet asbestverwerkende bedrijven zoals dat van deze werkgever, bekend was dat blootstelling aan asbeststof een gevaar voor *asbestose* opleverde en dat op de werkgever de verplichting rustte al die bijzondere veiligheidsmaatregelen te nemen welke waren vereist om haar werknemers tegen *dat* gevaar te beschermen.

In cassatie speelde de vraag of deze werkgever in de periode 1965/1967 wist dan wel behoorde te weten dat asbest zodanige gezondheidsrisico's met zich bracht dat hij maatregelen had dienen te nemen. A-G Spier gaf de rechtbank in een uitstekend

⁵⁹ Onder andere HR 26 november 2004, RvdW 2004, 133 bevestigend op het oordeel van Pres. Rb. Rotterdam 19 juni 2001, KG 2001/190, Hof Den Haag 25 juli 2003, NJF 2004, 28, Hof Den Bosch 21 augustus 2001, KG 2001/274; Pres. Rb. Dordrecht 17 juli 2003, KG 2003/173, Rb. Rotterdam 10 maart 2004, NJF 2004, 311, Hof Den Haag 19 maart 2004, LJV AO9002, Rb. Utrecht, sector kanton, 12 april 2006, LJV AW2494, Hof Den Haag 22 juni 2007, LJV BB0853, HR 17 februari 2006, LJV AU6927.

⁶⁰ Ook hier geldt dat zulks ten nadele van een van de convenantpartners (werkgevers/assuradeuren) kan strekken. Dat e.e.a. niet of onvoldoende gebeurt laat zich wellicht wederom door de hybride positie van het IAS verklaren.

⁶¹ Vergelijk prof. mr. T. Hartlief, 'Asbest en aansprakelijkheid: de reikwijdte van de rechtspraak omtrent werkgeversaansprakelijkheid', AV&S 2005, 9, p. 41 e.v.

⁶² HR 17 februari 2006, LJV AU 6927 inzake Heesbeen/Van Buuren.

doortimmerde conclusie gelijk. De Hoge Raad oordeelde anders. Het slachtoffer zag zijn vordering alsnog stranden.

De Hoge Raad overwoog⁶³ dat het op zichzelf weliswaar juist is 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. Maar het afhankelijk is van de omstandigheden van het geval en van de toentertijd bestaande kennis en inzichten, welke veiligheidsmaatregelen vanaf dat moment van die werkgever konden worden verwacht. In dat verband zijn mede van belang de mate van *zekerheid* dat het werken met asbest gezondheidsrisico's meebracht en de aard en ernst van die risico's⁶⁴.

De Hoge Raad overwoog voorts dat het enkele feit dat gedurende het dienstverband van het slachtoffer aan de werkgever bekend was dat blootstelling aan asbeststof gevaar voor *asbestose* opleverde niet het oordeel van de rechtbank kon dragen dat op de werkgever de verplichting rustte veiligheidsmaatregelen te nemen om haar werknemers tegen dat gevaar te beschermen, *ongeacht de duur en intensiteit van die blootstelling*.

De Hoge Raad vernietigde het oordeel van de rechtbank en overwoog⁶⁵ dat na vernietiging het verweer van de werkgever alsnog moet worden onderzocht. De Hoge Raad gaat nog een stap verder en overweegt dat ingevolge artikel 7:658 lid 2 BW op de werkgever de bewijslast en daarmee het bewijsrisico ter zake van de juistheid van haar verweer rust. Met het oog op de omstandigheid dat het hier gaat om een situatie van thans veertig jaar geleden, mag aan het bewijs geen hoge eisen worden gesteld, aldus de Hoge Raad. Voldoende voor het slagen van het verweer is dat de werkgever aannemelijk maakt dat zij in die periode ervan mocht uitgaan dat de blootstelling van haar werknemers aan asbeststof, zoals die concreet heeft plaatsgevonden, gelet op de in het algemeen geringe duur en intensiteit van die blootstelling, geen risico voor *asbestose* opleverde.

Het voorgaande betekent in dit specifieke geval een verlichting van de bewijslast van de werkgever wegens het feit dat de blootstelling al zo lang geleden is. Verlichting van de bewijslast van het slachtoffer op het punt van de blootstelling is echter niet aan de orde. Een curieuze stap, die de toepassing van het geldend recht voor slachtoffers des te schrijnender maakt, nu zij hun blootstelling wel dienen te bewijzen. Slachtoffers ontkomen er blijkens dit arrest niet aan om langdurige – deze procedure heeft acht jaar geduurd (!) – procedures te moeten voeren op het punt van de 'state of the art en de state of the industry'. In de elf jaar durende procedure inzake *Cijsouw/De Schelde*⁶⁶ is het onderwerp dat in het arrest van 17

⁶³ R.o. 4.7.

⁶⁴ HR 17 december 2004, RvdW 2005, 4.

⁶⁵ R.o. 4.8.

⁶⁶ HR 25 juni 1993 NJ 1993, 686 inzake *Cijsouw/De Schelde I*, Hof Den Haag 25 februari 1997, JAR 1997/53 en HR 2 oktober 1998, NJ 1999, 683, m.nt. J.B.M. Vranken inzake *De Schelde/Erven Cijsouw II*.

februari 2006 aan de orde was, te weten de bekendheid van de gevaren en de maatregelen meer dan ruimschoots aan de orde geweest. Waar deze kennis in juridische procedures uitgebreid aan de orde is geweest, en slachtoffers blijkens de recente jurisprudentie nog steeds tegen deze materie aanlopen, is er alle reden om de beschikbare kennis rond de gevaren van asbest en maatregelen die genomen moesten worden tot feiten van algemene bekendheid te maken.

Gelet op de zeer uitgebreide kennis rond de gevaren van asbest en de bekende maatregelen ter voorkoming daarvan is het oordeel van de Hoge Raad in voornoemde zaak – zelfs in een zaak van een werkgever die niet op reguliere basis met asbest werkt, maar daar blijkbaar tijdens zijn arbeidsproces toch incidenteel mee in aanraking komt slechts met moeite te begrijpen. A-G Spier waarschuwt dan ook in zijn conclusie terecht herhaaldelijk om het oordeel in die zaak te beperken tot de in het geding zijnde casus, en geen bredere werking toe te kennen. Ik kan niet anders dan die waarschuwing onderschrijven.

Blijkens dit arrest⁶⁷ is er voor slachtoffers sinds de uitgebreide jurisprudentie in de jaren negentig in de juridische lijdensweg, met een lange doorlooptijd van de juridische procedures slechts weinig veranderd. Daar heeft noch het Convenant, noch het IAS tot dusver verandering in gebracht. Dat is een trieste balans na tien jaar Convenant.

Ten aanzien van gezichtspunt (f), of de aansprakelijkheid (nog) door verzekering is gedekt

Uit de voornoemde jurisprudentie valt af te leiden dat het van bijzonder belang is of er nog verzekeringsdekking bestaat. In dat kader is het volgende van belang.

Verzekeraars kennen verschillende dekkingssystemen. Een in dit kader relevante invalshoek is de vervanging van het ‘act committed’ en het ‘loss occurrence’ systeem door het ‘claims-made’ systeem.

Act committed

Dit systeem geeft dekking voor de dag van het schadetoebrenkend feit. In asbestzaken betekent dat: de dag van de (laatste) blootstelling, ongeacht wanneer de schade zich in de toekomst voordoet.

Voor asbestzaken geldt dat de verzekeraar in dit systeem dekking biedt voor die blootstellingen die plaatsvonden tijdens de duur van het contract ongeacht het tijdstip waarop de schade zich manifesteert of het ogenblik waarop er een klacht ingediend wordt. Bij het beëindigen van het contract blijft de dekking bestaan voor de verzekerde, aan zijn erfgenamen en rechthebbenden, voor de schadeveroorzakende feiten die dateren uit de looptijd van de polis.

⁶⁷ Deze nu reeds tien jaar durende zaak loop anno 2008 nog bij het Hof Den Haag. De zaak Cijssouw werd afgewikkeld elf jaar na het overlijden van Bram Cijssouw.

Loss Occurrence

In dit systeem verleent de verzekeraar dekking volgens het principe van het 'schadevoorval'. Hij voorziet uitsluitend in dekking:

1. voor de schade die zich voordoet tijdens de geldigheidsduur van het contract;
2. voor de claims die na afloop van het contract worden ingediend, tot de wettelijke verjaring een feit is, voor zover deze claims betrekking hebben op een schade die zich heeft voorgedaan tijdens de geldigheidsduur van het contract.

Claims made

Vrijwel alle verzekeringen die in de voor de asbestclaims relevante periode liepen, waren gesloten op deze act committed-basis. Dat wil zeggen dat de aangesproken werkgever terug konden vallen op deze verzekeringen.

Verzekeraars hebben van de asbestproblemen een nuttige les geleerd. Zij hebben methoden gevonden zich tegen het verlenen van dekking tegen de risico's van reeds bekende en nog niet onderkende beroepsziekten te beschermen door over te gaan op het claims made-systeem.

Voorts is de AVB ondergebracht in een aparte rubriek, waardoor het mogelijk is gemaakt een polis met of zonder beroepsziektorisico af te sluiten. Vergelijk in dit kader het artikel '*Asbest en de AVB-verzekering*' van de hand van mr. A.S. Fransen van de Putte.⁶⁸

Als er al dekking wordt geboden op de reguliere AVB-polis, dan betekent dat dat verzekeringsdekking in het claims made-systeem slechts wordt verleend bij vorderingen die schriftelijk worden ingesteld tegen de verzekerde of de verzekeraar tijdens de looptijd van de polis voor schade die is ontstaan tijdens diezelfde looptijd.

In dat geval worden ook zaken in aanmerking genomen, die schriftelijk worden ingesteld tegen de verzekerde of de verzekeraar, binnen zesendertig maanden te rekenen van het einde van de overeenkomst, met betrekking tot de vorderingen tot vergoeding die betrekking hebben op:

- schade die zich tijdens de duur van deze overeenkomst heeft voorgedaan als bij het einde van deze overeenkomst het risico niet door een andere verzekeraar is gedekt;
- daden of feiten die aanleiding kunnen geven tot schade, die tijdens de duur van deze overeenkomst zijn voorgevallen en aan de verzekeraar zijn gemeld.

In het kort betekent de overgang naar het claims made-systeem dat de vordering van het slachtoffer moet zijn ingesteld binnen de looptijd van de polis of binnen 36 maanden daarna. Met een latentietijd voor het zich openbaren van een mesotheliom van 10 tot 68 jaar, met een zwaartepunt tussen 30-40 jaar, doet zich veelvuldig de situatie voor dat de polis is beëindigd en geen dekking meer biedt zodat het slachtoffer achter het net vist.

⁶⁸ AV&S 2005, 12, p. 67 e.v.

Wie als verzekeraar in dit kader kwaad wil,⁶⁹ kan de polis elk jaar laten vervallen, en daags daarop een nieuwe afsluiten. De dekkingperiode wordt hoe dan ook sterk beperkt om de belangen van verzekeraars veilig te stellen. De werkgever ziet zich dan gesteld voor de situatie dat hij onverzekerd is.⁷⁰ Dat is van belang bij de beoordeling van de gezichtspunten in de verjaringsdiscussie, en levert voor het slachtoffer in dat kader een serieus te nemen blokkade op voor de haalbaarheid van zijn vordering.⁷¹

Conclusie:

De vraag of een vordering nog door een verzekeraar is gedekt is een belangrijk punt van overweging in de gezichtspunten zoals geformuleerd door de Hoge Raad. De ontwikkelingen hebben bij verzekeraars,⁷² partijen bij het Convenant, niet stilgestaan. Een belangrijk gezichtspunt in de beoordeling van de doorbreking van de steeds meer voorkomende 30-jarige verjaringstermijn zal daardoor aan kracht en importantie winnen ten nadele van de slachtoffers. Meer en meer zullen werkgevers door de ontwikkelingen bij verzekeraars onverzekerd blijken te zijn. Gelet op de piek van de asbestinvoer en daarmee van de asbestblootstellingen vanaf 1975, valt te voorzien dat steeds meer slachtoffers bij wie een mesothelioom werd vastgesteld, om redenen van verjaring van de volledige Convenantvergoeding verstoken zullen blijven. De schade die slachtoffers daardoor lijden wordt in die gevallen afgewenteld op de overheid in het kader van de regeling TAS. Daaraan kan het IAS als ‘polderinstituut’ niet afdoen.

Ten aanzien van gezichtspunt (g), of na het aan het licht komen van de schade binnen redelijke termijn een aansprakelijkstelling heeft plaatsgevonden en een vordering tot schadevergoeding is ingesteld

De Hoge Raad heeft er in het arrest *Van Hese/De Schelde* voor gekozen geen vaste ‘redelijke termijn’ te stellen waarbinnen na voltooiing van de 30-jarige verjaringstermijn de vordering door het slachtoffer moet worden ingesteld, of in recht aanhangig gemaakt. De rechtspraak geeft op dat punt een wat verdeeld beeld. Gelet op de meest recente uitspraken moet een veilige termijn van één jaar na de diagnose worden aangehouden.

Ik refereer onder andere, maar zonder de pretentie van volledigheid, aan:

⁶⁹ Zie noot 48.

⁷⁰ Dat is voor de werkgever een belangrijk probleem, dat echter buiten het bestek van dit artikel valt.

⁷¹ Vergelijk voor de relevantie van het bestaan van verzekeringsdekking vergelijk onder andere HR 25 november 2005, LJN AT8782, RvdW 2005, 130.

⁷² Dat verzekeraars een weg vinden om hun schadelast voor de toekomst te beperken, althans in overeenstemming te brengen met de premiestelling, is niet alleen begrijpelijk maar commercieel ook verstandig. Een en ander staat echter op gespannen voet met de doelstellingen van het Convenant, waarbij ook verzekeraars partij zijn. Deze situatie illustreert eens te meer de hybride positie van het IAS.

- President Rb. Rotterdam 19 juni 2001:⁷³ De president overwoog: *‘Ten aanzien van de vraag of De Jong binnen een redelijke termijn tot aansprakelijkstelling is overgegaan overweegt de President als volgt. De diagnose mesothelioom is in november 1997 gesteld terwijl de aansprakelijkstelling van de NS – van wie De Jong aannam dat hij de aan te spreken werkgever was – plaats vond bij brief van 2 mei 2000. Hoewel de omstandigheden die er toe hebben geleid dat er een lange periode tussen de diagnose en de aansprakelijkstelling was gelegen, niet onbegrijpelijk zijn, is een termijn van ruim 2,5 jaar in deze geen redelijke termijn.’*

De vordering werd op die grond afgewezen. Het door het hof bekrachtigde oordeel van de rechtbank hield ook bij de Hoge Raad stand.⁷⁴

- Hof Den Haag 25 juli 2003, NJF 2004, 28: Het hof vond een termijn van vier jaar te lang. Het beroep op de verjaring was redelijk. De vordering werd op die grond afgewezen.
- Hof Den Bosch 21 augustus 2001, KG 2001/274: Het hof achtte een termijn van één jaar redelijk.
- President Rb. Dordrecht 17 juli 2003, KG 2003/173: De President oordeelde een termijn van 16 maanden onder de gegeven omstandigheden, waarbij de vertraging voor een belangrijk deel aan de zijde van de werkgever Verolme gelegen was, redelijk.
- Rb. Rotterdam 10 maart 2004, NJF 2004, 311: De rechtbank oordeelde een termijn van bijna twee jaar redelijk.
- Hof Den Haag 19 maart 2004, LJN AO9002: Het hof achtte een termijn van negentien maanden te lang.
- Rb. Utrecht, sector kanton, 12 april 2006, LJN AW2494: Een termijn van 22 maanden na diagnose is volgens de rechtbank te lang. De werkgever is bovendien niet verzekerd.
- Rb. Amsterdam 16 mei 2007, LJN BA5593: De dertigjarige verjaringstermijn is verstreken in 1997. De vermoedelijke diagnose asbestose werd gesteld op 20 april 2004. Na enige tijd vraagt het slachtoffer om zekerheid te verkrijgen een second opinion bij een andere longarts, die op 13 juni 2005 de diagnose pleura plaques en asbestose bevestigde. Bij brief van 20 juni 2005 werd Hertel aansprakelijk gesteld. De rechtbank oordeelde een termijn van zestien maanden na de diagnose te lang. Het feit dat het slachtoffer eerst zekerheid wilde hebben, doet daar niet aan af. Op grond van gezichtspunten g en e prevaleert naar het oordeel van de rechtbank de rechtszekerheid. De vordering werd afgewezen.
- Hof Den Haag 22 juni 2007, LJN BB0853: Het hof oordeelde dat algemeen wordt aangenomen dat de redelijke termijn voor het instellen van de vordering maximaal één

⁷³ KG 2001/190.

⁷⁴ HR 26 november 2004, RvdW 2004, 133.

jaar mag beslaan. In dit geval ging het om in totaal *drie jaar en negen maanden*. De periode van de bemiddeling door het IAS, met een tijdsverloop van *één jaar en zeven maanden* werd door het hof ten nadele van het slachtoffer uitgelegd. Helaas heeft de weduwe – zoals in zovele gevallen – om financiële redenen in dat arrest moeten berusten.

Van belang is dat deze termijn van – veiligheidshalve – één jaar kan niet worden gestuit, anders dan door dagvaarding. Het slachtoffer kan dat niet zonder tijdige inschakeling van gespecialiseerde rechtshulp.

Ten aanzien van de minimumvereisten die gelet op deze jurisprudentie aan het IAS moeten worden gesteld geldt:

1. dat in de redelijke termijn als hiervoor bedoeld in acht genomen moet worden bij de bemiddeling. Dat dat tot dusverre feitelijk niet is gebeurd, wreekt zich ten nadele van de slachtoffers blijkens voornoemde rechtspraak.
2. Tevens is voor het IAS de taak weggelegd om slachtoffers te wijzen op het aspect van de hiervoor besproken redelijke termijn, zodat zij in voorkomende gevallen hun eigen beslissingen daarin kunnen nemen.

De positie van het IAS kan aan deze minimumtaken in de weg staan. Het is immers niet in het belang van een niet onbelangrijk deel van de convenantpartijen, te weten werkgevers en hun assuradeuren die voor de schade op moeten komen, indien het IAS het slachtoffer op deze punten adviseert. Waar de hybride positie van het IAS op gespannen voet staat met de noodzakelijke belangenbehartiging van het slachtoffer, moet over deze positie dringend duidelijkheid aan slachtoffers en hun organisaties worden verschaft.

Het IAS moet mijns inziens op zijn minst zodanig handelen dat het vorderingsrecht van slachtoffers bij afwijzing van de vordering in rechte overeind blijft. Uit de praktijk van de afgelopen zeven jaar blijkt dat niet het altijd het geval te zijn, zoals blijkt uit de voornoemde jurisprudentie.

Mijns inziens geldt als minimumeis dat het IAS slachtoffers van afwijzing adviseert zich tijdig te voorzien van adequate rechtshulp. Dat is in het verleden niet of onvoldoende gebeurd. Dat geeft te denken. Ik concludeer dat de positie van het IAS in de eerste zeven jaren, zoals uit het hiernavolgende in diverse scenario's zal blijken, op gespannen voet heeft gestaan en zelfs in strijd is gekomen met de belangen van de slachtoffers.

Binnen het IAS bestaat inmiddels aandacht voor dit probleem. Afhandeling binnen de streeftermijn van zes maanden mag echter niet betekenen dat een van de uitgangspunten van de behandeling: te weten de zorgvuldigheid verloren gaat. Het gevaar bestaat dat zaken bij eerste afwijzing aan het slachtoffer worden teruggegeven. Daarmee zijn de slachtoffers niet gebaat. Ik signaleer dat de vereiste snelheid op sterk gespannen voet staat met de vereiste zorgvuldigheid. Dat is een gevolg van de gemaakte keuzes bij de totstandkoming van het Convenant.

Conclusie: een trieste balans

Geconstateerd moet worden dat waar in de helft van het aantal mesothelioomgevallen een afwijzing volgt het slachtoffer zich nog immer met het soort obstakels, en daarmee met juridische procedures als hiervoor genoemd geconfronteerd ziet. Dat is een trieste balans in het kader van het bekorten van de juridische lijdensweg voor slachtoffer die nog een levensverwachting van gemiddeld 6-9 maanden hebben.

Het slachtoffer heeft in het merendeel van de gevallen behoefte aan adequaat advies van een belangenbehartiger. Uit de voornoemde jurisprudentie valt af te leiden dat, in gevallen waarin de verjaringstermijn van 30 jaar een feit is, de rechtspraak ter zake van de state of the art/industry, de verzekeringsdekking en de redelijke termijn waarbinnen de vordering na de diagnose moet worden ingesteld zich in het nadeel van slachtoffers ontwikkelt. Voor wat betreft de redelijke termijn voor het instellen van een vordering nadat de 30-jarige verjaringstermijn is voltooid, geldt dat deze niet langer mag zijn dan één jaar na de diagnose. Dat wil zeggen dat binnen deze termijn aansprakelijk gesteld én gedagvaard moet worden, op straffe van het alsnog verloren gaan van de vordering. Deze termijn kan alleen door het uitbrengen van de dagvaarding worden gestuit. Een langer dan zes maanden durende doorlooptijd van de dossierbehandeling door het IAS speelt in verjaringsgevallen op het punt van de redelijke termijn een blokkerende rol.⁷⁵ Dat staat op gespannen voet met de belangen van het slachtoffer. Dat staat ook op gespannen voet met de vereiste zorgvuldigheid van het onderzoek door het IAS.

3. De derde hobbel: de gevallen die worden getroffen door faillissement of ontbinding van de werkgever

In verband met de lange periode die verstrijkt voordat de ziekte zich openbaart, komt het meer dan eens voor dat werkgevers ontbonden of failliet zijn. Waar werd aangenomen dat de mogelijkheden tot verhaal van de schade in die gevallen minimaal zou zijn, is het tegendeel het geval.⁷⁶

Wel degelijk bestaat de mogelijkheid om in voornoemde gevallen, bij bestaande verzekeringsdekking, tot volledige vergoeding van de schade te komen door heropening van de vereffening op de voet van artikel 2:23c lid 1 BW, en aanzegging van de immateriële schade bij leven van het slachtoffer. Desnodig kan voor het onderzoek naar het bestaan van de in artikel 2:23c lid 1 bedoelde bate een deskundige worden benoemd.⁷⁷

Snelheid is geboden

⁷⁵ Zo blijkt uit Hof Den Haag 22 juni 2007, LJN BB0853.

⁷⁶ HR 31 oktober 1997, NJ 1998, 257 en NJ 1998, 258 inzake respectievelijk Bloem/RDM (asbestose) Andeweg/RDM (mesothelioom).

⁷⁷ Vergelijk Gerechtshof 's-Hertogenbosch 28 maart 2007, LJN BA8079.

Het geldend recht zit ook in deze gevallen in de weg. De vordering ter zake van smartengeld gaat ex artikel 6:106 lid 2 BW bij overlijden van het slachtoffer niet onder algemene titel op de erven over. Daarvoor is bij leven van het slachtoffer mededeling van de aanspraak op immateriële schadevergoeding aan de aansprakelijke persoon nodig. Na heropening van de vereffening moet het smartengeld ex artikel 6:106 lid 2 BW nog bij leven van het slachtoffer aan de vereffenaar worden aangezegd. Blijft deze tijdige mededeling aan de vereffenaar persoon uit, dan gaat deze vordering op het moment van overlijden van het slachtoffer voor de erven verloren.

In geval van een failliete of ontbonden werkgever moet ter veiligstelling van deze vordering daarom bliksemsnel actie ondernomen worden om door middel van een verzoekschrift tot heropening van de vereffening en benoeming van een vereffenaar (meestal de vroegere curator) te komen, zodat nog bij leven van het slachtoffer de smartengeld aanspraak aan de vereffenaar kan worden aangezegd. In de meeste gevallen is dat een ware race tegen de klok.⁷⁸ Deze race tegen de klok heeft in het geval van *Andeweg/RDM*⁷⁹ betekend dat in dertien maanden vier instanties werden doorlopen, met als resultaat dat het smartengeld aangezegd kon worden twee weken voordat Andeweg overleed. De erven hebben de volledige schade vergoed gekregen.

Het IAS kan deze vordering niet voor het slachtoffer instellen. In geval van ontbinding of faillissement mag van het IAS wel worden verwacht dat het slachtoffer per direct naar een gespecialiseerde rechtshelper wordt verwezen. Gebeurt dat niet, dan betekent dat teloorgang van de vordering, zodat dat het slachtoffer per definitie aangewezen is op de marginale vergoeding van de regeling TAS.

In de praktijk blijkt dat van deze mogelijkheden geen gebruik wordt gemaakt. Slachtoffers worden door het IAS niet op deze mogelijkheden gewezen, noch naar een rechtshelper verwezen. Dat wordt wellicht door de hybride positie van het IAS verklaard. Dit nalaten staat op gespannen voet met de belangen van de getroffen slachtoffers en biedt ruimte voor verbetering.

4. De vierde hobbel: de fuik van het poldermodel in het licht van de financiële aspecten van rechtshulp

Een vierde hobbel is ten slotte voor het slachtoffer gelegen in het financiële aspect van belangenbehartiging. De regeling TAS werkt daarin blokkerend. Het effect is tweeledig.

⁷⁸ Zie noot 75. Andeweg heeft de gang naar de Hoge Raad en terug bij leven meegemaakt. In deze zaak werden in dertien maanden vier instanties doorlopen. De aanzegging aan de vereffenaar werd gerealiseerd twee weken voordat Andeweg overleed. De erven hebben een volledige schadevergoeding ontvangen.

⁷⁹ Zie noot 75.

Ten aanzien van het verkrijgen van een toevoeging

De regeling TAS moge voor de korte termijn enig soelaas, een pleister op de wonde bieden voor de slachtoffers, zij werkt echter belemmerend waar de volledige Convenantvergoeding om welke reden dan ook wordt geweigerd. De op het eerste gezicht positief ogende financiële regeling van de regeling TAS belemmert voor slachtoffers in voorkomende gevallen de gang naar de rechter. In die gevallen ontspringt de aansprakelijke werkgever de dans. Reden daarvoor is het volgende.

Minder vermogende slachtoffers zijn veelal afhankelijk van een toevoeging. Voor slachtoffers gaat veelal gezien de treurige omstandigheden en bij gebrek aan andersluidend advies, in hun onwetendheid enige tijd voorbij voordat besloten wordt om tot een procedure over te gaan. Voor het verkrijgen van een toevoeging geldt dat het peilmoment ligt 2 jaar voorafgaand aan de aanvraag. Gaat er twee jaar voorbij voordat de toevoeging voor het voeren van een procedure wordt aangevraagd, dan komt de eiser (veelal dan wel de nabestaande) met een vermogen van € 17 050 (peiljaar 2008) uit hoofde van de regeling TAS op zijn bankrekening in de meeste gevallen niet in aanmerking. Het toegestane vrije vermogen in het kader van een toevoeging is in 2008 (peiljaar voor toevoeging 2006) maximaal 50% van € 20 014. Met een klein eigen vermogen van € 3000 waarover de meeste huishoudens al gauw beschikken, wordt de toevoegingsgrens al snel overschreden. Indien de eiser⁸⁰ al voor een toevoeging in aanmerking komt, hij de procedure wint en alsnog een vergoeding van meer dan € 10 000 ontvangt, wordt de toevoeging ingetrokken. De eiser moet in dat geval zijn kosten in rechte alsnog zelf betalen. Van de Convenantvergoeding van € 55 163 (2008) zal dan al gauw gelet op de omvang van de jaren durende procedures, die in de meeste gevallen niet bij één instantie blijven, niet veel overblijven. Al met al voor de eiser geen aantrekkelijk vooruitzicht. Procederen betekent in de voornoemde gevallen dat de regeling TAS feitelijk niet aan het slachtoffer (of zijn nabestaanden) toekomt. Slachtoffers worden daardoor feitelijk voor een onmogelijke keuze gesteld. Procederen is daardoor voor de minder vermogende slachtoffers (het merendeel) nagenoeg onmogelijk. Het IAS kan daarin voor het slachtoffer niets betekenen.

Voorts is het volgende van belang. Indien het slachtoffer c.q. de nabestaanden al voor een toevoeging in aanmerking komen, de gevoerde procedure wordt gewonnen en het slachtoffer alsnog een vergoeding van meer dan € 10 000 ontvangt, wordt de toevoeging ingetrokken. Het slachtoffer moet in dat geval zijn kosten in rechte alsnog zelf betalen. Van de Convenantvergoeding van € 55 163 (2008) zal dan al gauw gelet op de omvang van de jaren durende procedures, die in de meeste gevallen niet bij één instantie blijven, niet veel overblijven. Al met al geen aantrekkelijk vooruitzicht voor een slachtoffer c.q. zijn nabestaanden.

Daarnaast gaat het veelal om bewerkelijke zaken. Gelet op de nieuwe leidraad bewerkelijke⁸¹ zaken zal niet snel een verhoging van de onder de toevoeging vallende uren van de

⁸⁰ In de meeste gevallen de nabestaande(n)

⁸¹ Zie www.rvr.org/nl/subhome_rbv/rechtsbijstand,Wat-zijn-de-kosten-.html.

rechtshelper worden verkregen. Als gevolg van het uniforme beleid volgens de genoemde Leidraad dreigt op dit moment een grote leemte in de rechtshulp voor on- en minvermogenen te ontstaan. Dat vormt eveneens een belemmering bij de behandeling van deze zaken.

Waar een slachtoffer geheel aangewezen is op eigen middelen, vormt een procedure in de meeste gevallen geen optie. Wat in de spaarzaam voorkomende gevallen rest is de rechtshulp die wordt gefinancierd door de vakbond of de eigen rechtsbijstandverzekering, waarbij de laatste in de praktijk nauwelijks een rol van betekenis speelt.

In de advocatenpraktijk ziet men met enige regelmaat gevallen waarbij dit financiële probleem zich voordoet, en de cliënt bij gebrek aan middelen in arren moede van een procedure, en daarmee van de vordering afziet. Het effect is tweeledig. De *individuele* rechtshulpverlening komt met het voorgaande ernstig in het gedrang. Daarenboven zal de *rechtsontwikkeling* – als het aankomt op particuliere financiering van verjaringszaken – zeer beperkt zo niet afwezig zijn. Dat betekent dat veel slachtoffers in de fuik van poldermodel zullen blijven steken.

Ten aanzien van de mogelijkheden in kort geding

Ten tweede vormt de regeling TAS vormt in voorkomende gevallen tevens een belemmering voor het verkrijgen van een spoedeisende voorziening die verder gaat dan het voorschot op grond van de Regeling TAS.⁸²

Conclusie rond de financiële aspecten van rechtshulp

De op het eerste gezicht positief ogende financiële regeling van de regeling TAS belemmert voor slachtoffers in voorkomende gevallen de gang naar de rechter. Het slachtoffer komt als gevolg van de vergoeding op grond van de regeling TAS in de meeste gevallen voor een toevoeging niet meer in aanmerking. Procederen is in financieel opzicht een welhaast onmogelijke opgave voor mesotheliomslachtoffers en hun nabestaanden. Particuliere financiering is in veel gevallen onmogelijk, terwijl rechtsbijstandsverzekeringen nauwelijks een rol van belang spelen. Slachtoffers zijn – als voorheen – aangewezen op grote financiers zoals bijvoorbeeld de vakbonden. In het kader van individuele belangenbehartiging en rechtontwikkeling is onder de gegeven omstandigheden voor de vakbonden als participanten bij het Convenant nog steeds een belangrijke taak weggelegd.

VII. Zijn de keuzes die ten grondslag liggen aan het Convenant aan heroverweging toe? Vier vragen en hun antwoorden

⁸² Vergelijk JA. 2008, nr. 10, afl. 1, Rb. Amsterdam 1 november 2007, LJN BB7041 inzake x/Nefalit, r.o. 4.6 (gezichtspunt b) en in dezelfde zin meest recent Vzr. Rb. Roermond 20 februari 2008, LJN BC4626.

I. De kring van gerechtigden

De primaire vraag moet worden gesteld of de keuzes die tien jaar geleden in het Convenant werden gemaakt ten aanzien van de kring van gerechtigden de juiste zijn. In Nederland vallen veel asbestslachtoffers, niet alleen in de kring van mesothelioomslachtoffers. Ook asbestose, longkanker en pleurale plaques zijn aantoonbaar aan asbestblootstelling te relateren. Voor de laatste groepen slachtoffers werd niet aan voor een regeling gekozen. Hoewel de monocausale veroorzaking van mesotheliom de beoordeling op het eerste gezicht gemakkelijker maakt dan in de andere gevallen moet de vraag worden gesteld of dat kan rechtvaardigen dat voor de andere slachtoffers de dubbele lijdensweg blijft bestaan. Verschillen bestaan in de doorlooptijd van het ziektebeeld (asbestose) en in de causaliteitsproblematiek (longkanker). Die verschillen behoeven aan een regeling voor deze groepen slachtoffers niet in de weg te staan.⁸³ Ontwikkelingen op dat vlak worden node gemist.

II. Het poldermodel

1. De tweede vraag die moet worden gesteld is of de keuze voor het poldermodel de juiste is geweest. Als gevolg van de keuzes die in het Convenant werden gemaakt zijn de vergoedingen die worden verstrekt zowel in nationaal als in internationaal verband laag tot zeer laag. De argumenten zijn in dat verband gelegen in de betaalbaarheid van de regeling, en de solidariteit van de slachtoffers. Gelet op de (relatief geringe) aantallen slachtoffers die hun (volledige) vordering uiteindelijk gehonoreerd zien is het de vraag of de keuze voor de lage vergoedingen nog kan worden gerechtvaardigd. Ik meen dat dat geenszins het geval is.
2. Een ander gevolg van het poldermodel is de hybride positie van het IAS. Het instituut is nadrukkelijk geen belangenbehartiger, maar een bemiddelend c.q. adviserend orgaan dat in haar handelen rekening heeft te houden met de belangen van alle convenantpartijen. Dat maakt het IAS tot een tandeloze tijger.
3. De hybride positie van het IAS uit zich mede in haar werkwijze. De werkwijze van het IAS houdt in de praktijk onvoldoende rekening met de belangen van de slachtoffers. In voorkomende gevallen handelt het IAS zelfs strijdig met het belang van de asbestslachtoffers. Het slachtoffer heeft in een groot aantal gevallen behoefte aan adequaat advies van een belangenbehartiger. Het IAS verwees echter tot dusver niet. Aan onderwerpen zoals adequaat handelen en advisering rond de verjaring en de heropening van vereffening na faillissement of ontbinding wordt tot dusverre onvoldoende aandacht besteed. Van de mogelijkheden van artikel 96 Rv wordt geen gebruikgemaakt. De hybride positie van het IAS kan aan het nemen van voor het slachtoffer noodzakelijke stappen in de weg staan. Gevolg is dat op de verantwoordelijkheid van werkgevers/ assuradeuren in

⁸³ De proportionaliteitsrechtspraak in het kader van longkanker geeft inmiddels voldoende aanknopingspunten voor een adequate beoordeling van de causaliteit. Vergelijk HR 31 maart 2006, LJN AU6092 en LJN AU6093.

een te gering aantal gevallen een beroep kan worden gedaan. De weegschaal slaat daardoor door naar werkgevers/assuradeurenzijde.

4. De positie van het IAS is niet helder. Over deze positie moet aan de slachtoffers en hun organisaties dringend duidelijkheid worden verschaft. Informatie daarover moet aan de individuele slachtoffers kenbaar worden gemaakt.
5. Samenvattend geldt dat de keuze voor het poldermodel gelet op het voorgaande onwenselijke gevolgen heeft. De hoogte van de vergoedingen moet, in relatie tot de beschikbare cijfers opnieuw worden bezien. De hybride positie van het IAS verdient duidelijkheid.

III. De bemiddelende rol: een tandeloze tijger

6. De derde vraag die moet worden gesteld is de vraag of de keuze voor een ‘bemiddelende’ rol voor het IAS de juiste is geweest. Bemiddeling betekent in dit geval feitelijk: advisering. Daar waar het IAS tot de conclusie komt dat er aansprakelijkheid is, is dat oordeel niet meer dan een advies dat de aansprakelijke partij zonder moeite naast zich neer kan leggen. Gevolg van deze keuze dat anno 2006⁸⁴ minder dan de helft van de claims van slachtoffers bij wie daadwerkelijk een mesothelioom werd vastgesteld wordt gehonoreerd. Gevolg is dan ook dat anno 2006 meer dan de helft van het aantal slachtoffers, zich geconfronteerd ziet met de zeer beperkte pleister op de wonde van de regeling TAS, of genoodzaakt is alsnog een lange juridische strijd aan te gaan.
7. De bemiddelende rol van het IAS zal zoals is te voorzien bovendien in omvang afnemen. Gelet op de grote aantallen verjaringslachtoffers die te verwachten zijn na de piekinvoer van asbest vanaf 1975 is te voorzien is dat de bemiddelende rol van het IAS voor het verkrijgen van de volledige Convenantvergoeding in de toekomst zal afnemen. Het belang van asbestslachtoffers zal op grond van de gemaakte keuzes het onderspit delven. Het doel van het Convenant wordt daarmee geweld aangedaan, zoniet voorbij gestreefd.
8. Om te voorkomen dat het IAS over niet al te lange tijd door een stroom van verjaringszaken verwordt tot uitsluitend een adviesorgaan van de SVB ter uitvoering van de regeling TAS⁸⁵ moet de polder na tien jaar drooggelegd worden: heroverweging van alle betrokken belangen van alle betrokken partijen verdient dringend aandacht.

IV. Het geldend recht: de juiste keus?

9. De laatste vraag die moet worden gesteld is de vraag of de keuzes die tien jaar geleden in het Convenant werden gemaakt ten aanzien van de toepasselijkheid van het geldend recht de juiste is geweest. Dat geldt met name voor de vraag of in het kader van de verkrijging van de volledige Convenantvergoeding het geldend recht onverkort op de bewijspositie van de slachtoffers en hun werkgevers, maar ook bijvoorbeeld op de verjaring en de problematiek bij heropening van de vereffening moet worden toegepast. Uit de

⁸⁴ Jaarverslag IAS 2006.

⁸⁵ En vanaf 1 december 2007 ook: TNS.

voorgaande blijkt dat het de keuze voor de toepasselijkheid van het geldend recht voor de slachtoffers op te veel fronten in de weg zit.

10. Slachtoffers hebben op grond van de solidariteitsgedachte bij de totstandkoming van het Convenant veel ingeleverd. De vergoedingen voor de bekorte levensverwachting zijn in nationaal en internationaal verband gezien laag tot zeer laag. Voor de bekorte levensverwachting van een HIV-slachtoffer valt een vergoeding van € 135 000 te verwachten. Aan een asbestslachtoffer moet worden uitgelegd waarom in zijn geval slechts een vergoeding van maximaal € 55 163 of € 17 050 is te verwachten. Ondanks de solidariteitsgedachte valt dat gelet op de geringe aantallen slachtoffers die in aanmerking komen voor de volledige Convenantvergoeding zijn mijns inziens niet uit te leggen. Waar de uitzondering even groot is als de regel, vallen te veel slachtoffers buiten de boot. Aan de belangen en het leed van de slachtoffers wordt met deze resultaten mijns inziens onvoldoende recht gedaan.
11. In een te groot aantal gevallen ontspringen verzekeraars ten aanzien van de volledige Convenantvergoeding de aansprakelijkheidsdans, waarbij feitelijk het risico van schadevergoeding wordt afgewenteld op de overheid in het kader van de regeling TAS. Voordeel van de regeling TAS is dat een aantal slachtoffers die zonder deze regeling helemaal geen vergoeding zouden hebben gekregen, nu toch voor een vergoeding van € 17 050 in aanmerking komen. Praktijk is echter dat het leed en de sterk bekorte levensverwachting van de slachtoffers nu al in meer dan de helft van de gevallen wordt ‘afgedaan’ met toekenning van deze (in nationaal en internationaal verband gezien zeer lage) vergoeding van € 17 050 (peiljaar 2008). Als gevolg van het toenemend aantal verjaringsgevallen zal dat aantal toenemen. De rechtvaardiging van het grote aantal gevallen dat met deze pleister op de wonde genoeg moet nemen, ontbreekt.
12. Op grond van de tot dusver behaalde – naar mijn mening onvoldoende – resultaten ben ik van oordeel dat de keuze voor de toepasselijkheid van het geldend recht niet de juiste was, en aan heroverweging toe is.

VIII. Tijd voor de noodklok

Waar de oprichting van het IAS en de regeling TAS tot voorbeeld wordt gesteld voor de keuze tot alternatieve geschillenbeslechting en als uiting van maatschappelijke betrokkenheid van de rijksoverheid bij het lot van asbestslachtoffers, is de verwachting dat dat voorbeeld van snel afnemende betekenis zal zijn.

In een te groot en steeds toenemend aantal van de mesotheliomgevallen wordt de doelstelling van het Convenant niet gehaald waar de diagnose mesotheliom wel werd vastgesteld.

De huidige ontwikkelingen betekenen gelet op de cijfers dat aan de bedoeling van het Convenant onvoldoende recht wordt gedaan, en gelet op de ontwikkelingen in steeds afnemende mate recht zal worden gedaan. In dat kader mag, zelfs moet, de vraag worden gesteld of het Convenant – en in het verlengde daarvan het IAS – in zijn *huidige vorm* voor de toekomst voldoende bestaansgrond heeft. De gerechtvaardigde vraag moet worden gesteld of

de grote aantallen asbestslachtoffers, niet alleen mesotheliomslachtoffers maar alle slachtoffers, die mede door het ernstig nalaten van de overheid in de jaren zestig tot en met negentig zonder adequate bescherming aan vaak ruime hoeveelheden asbest zijn blootgesteld, niet beter verdienen. Mijns inziens is dat het geval.

Waar de vakbonden,⁸⁶ eerder het belang van de slachtoffers bijzonder serieus hebben genomen,⁸⁷ hebben zij nu weer een taak in het verbeteren van de positie van de asbestslachtoffers in de toekomst. Waar de het Comité Asbestslachtoffers en de SP eerder een grote voortrekkersrol hebben vervuld bij de totstandkoming van het Convenant en jurisprudentie in het belang van slachtoffers hebben ook zij in dat opzicht een taak. Waar de overheid niet alleen haar rol in de nalatigheid in de vorige eeuw, maar ook het belang inziet van maatschappelijke betrokkenheid bij het lot van asbestslachtoffers heeft zij eenzelfde taak. Waar assuradeuren tenslotte namens de werkgevers die hun zorgplicht schonden hun maatschappelijke taak serieus nemen kunnen zij hun verantwoordelijkheid niet verloochenen. De tijd is aangebroken voor de Convenantpartners om nu, tien jaar nadat het Convenant in 1998 werd gesloten, opnieuw om de tafel te gaan om zich te beraden omtrent de wijze waarop Nederland met haar asbestslachtoffers om wenst te gaan.

Een aanbeveling: verstand met lef

Op grond van het voorgaande is de tijd aangebroken om de polder na tien jaar droog te leggen: de keuzes die bij de totstandkoming van het Convenant zijn gemaakt moeten op grond van de resultaten tot dusver opnieuw tegen het licht worden gehouden.

Het belang van de slachtoffers heeft in het kader van de keuzes die tien jaar geleden werden gemaakt onvoldoende gewicht. Dat heeft onvoldoende rechtvaardiging. Er zijn goede gronden om de kring van slachtoffers die voor een bekorting van hun dubbele lijdensweg in aanmerking komen uit te breiden. In het belang van de vele slachtoffers moet, in ruil voor de (zeer) ruime veer die zij laten op het gebied van de hoogte van de schadevergoeding, verlichting geboden worden op het gebied van de toepasselijkheid van het geldend recht. Immers, duidelijk is dat het overgrote merendeel van degenen die in de vorige eeuw aan asbest werden blootgesteld, hun ziekte door asbestproducerende en asbestverwerkende bedrijven, zij het bij het verrichten van de werkzaamheden om in samenhang daarmee hebben opgelopen. De grove nalatigheid van zowel de overheid, werkgevers en asbestverwerkende bedrijven is debet aan zowel de oude als de nieuwe ziektegevallen.

Nederland kan ervoor kiezen het huidige systeem in stand te laten. Daarmee maakt Nederland er zich mijns inziens met het oerHollandse Jantje van Leiden van af.

Het kan ook anders. Er is veel ruimte voor verbetering.

Nederland kan ervoor kiezen de toepasselijkheid van het geldend recht onder de loep te nemen. Zo kan zij het strenge bewijsregime op het punt van de blootstelling en de verjaring te

⁸⁶ De FNV in het bijzonder.

⁸⁷ Door de arresten Cijssouw/De Schelde, Van Hese/De Schelde en Andeweg/RDM tot stand te brengen.

laten rusten. Zij kan oplossingen vinden voor de onevenredige belasting van slachtoffers van failliete bedrijven in het kader van de heropening van de vereffening.

De charme van de eenvoud ligt in fondsvorming. Fondsvorming van de zijde van werkgevers/asbestverwerkende bedrijven/verzekeraars en de overheid, niet alleen als uiting van solidariteit maar ook vanwege de in internationaal verband bezien grove nalatigheid van die zijde in de vorige eeuw, ligt voor de hand. Niet valt in te zien waarom hernieuwde, serieuze overweging van deze optie op dit moment uit de weg moet worden gegaan.

Waar ten slotte het IAS nationaal en internationaal een op het gebied van asbest alom geprezen en vooraanstaand Instituut is waar kennis en kunde op het gebied van asbest zich verenigen, valt niet goed in te zien waarom partijen zich niet aan het advies van een dergelijk instituut durven te conformeren. Voor de optie van een bindend advies moet Nederland anno 2008 niet meer niet weglopen.

Nederland is aan de asbestslachtoffers gelet op het voorgaande een antwoord verschuldigd. De noodklok zij anno 2008, na tien jaar Convenant, bij deze geluid. Het is tijd voor verstand met lef.