

Nieuw licht op de arbeidsrechtelijke omkeringsregel?

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

1. Inleiding

Deze zaak betreft een werkgeversaansprakelijkheid waarin de betrokkene als gevolg van mesothelioom is overleden. Bij leven heeft de betrokkene aanspraak gemaakt op schadevergoeding bij zijn oud-werkgever, de gemeente, waar hij als badmeester en beheerder/bedrijfsleider werkzaam is geweest. Zowel in eerste aanleg als in hoger beroep wordt de vordering hiertoe afgewezen. De rechtbank heeft de vorderingen afgewezen op de grond dat niet aannemelijk is geworden dat de betrokkene tijdens zijn dienstverband bij de gemeente is blootgesteld aan asbest. Het hof heeft het vonnis van de rechtbank bekrachtigd, maar wel overwogen dat vast is komen te staan dat betrokkene tijdens zijn werkzaamheden voor de gemeente daadwerkelijk aan asbest is blootgesteld. In cassatie zijn vooral de vragen relevant of in een situatie als de onderhavige de arbeidsrechtelijke omkeringsregel moet worden toegepast, of hier eerder aan moet worden toegekomen (of juist niet) gezien de asbestblootstelling, en hoe in een situatie als de onderhavige de eerdere bewijsrechtelijke regels uit de arresten van de Hoge Raad van 7 juni 2013 dienen te worden toegepast. Deze punten komen in het onderstaande aan bod. Naast een bespreking van het arrest en de conclusie van A-G Drijber, zet ik de bewijsrechtelijke lijn uiteen zoals die mijns inziens dient te worden gevolgd bij de beoordeling van zaken als de onderhavige, en ik maak enige omzwervingen waar het punten betreft die mij hierbij zijn opgevallen.

2. Relevante feiten, het arrest en de conclusie van de A-G

Betrokkene heeft gedurende de periode 1972 tot 1996 in dienst van de gemeente bij diverse zwembaden als badmeester en later tevens als beheerder/bedrijfsleider gewerkt. Vast is komen te staan dat hij gedurende deze periode opdracht heeft gegeven om asbesthoudende zwembadbanken te verstevigen, waarbij in de banken is geboord en asbeststof is vrijgekomen. Deze werkzaamheden hebben (over de gehele periode van dienstverband) zes werkdagen geduurd. In opdracht van de gemeente heeft onderzoeksbureau IndusTox Consult onderzoek gedaan naar de blootstelling van betrokkene aan asbestvezels. Hierbij heeft de deskundige de incidentele blootstelling tijdens het boren en afmonteren van platen op de perronbanken geschat, waarbij deze blootstelling niet boven de destijds geldende grenswaarde van chrysotiel (wit asbest) kwam. In rechte is vastgesteld dat geen inzicht bestaat in de totale cumulatieve blootstelling van betrokkene aan asbest en ook niet in het aandeel per werkgever van betrokkene daarin. Begin jaren zestig was betrokkene gedurende ongeveer anderhalf jaar

werkzaam als hulpje bij Machinefabriek Arnhem, waar zijn werkzaamheden onder meer bestonden uit las- en slijpwerkzaamheden voor de productie van ketels. Gezien het gebruik van asbest als isolatiemateriaal in ketels betrof dit bij uitstek asbestgerelateerde werkzaamheden. Uit het onderzoek van IndusTox Consult volgt bovendien dat ook buiten beroep bijvoorbeeld in de buitenlucht of in huis en bij hobby's blootstelling aan asbest kan hebben plaatsgevonden. Door het intensieve gebruik van asbest en asbesthoudende materialen in de laatste periode van de vorige eeuw wordt eenieder in Nederland aan asbestvezels blootgesteld in de omgevingslucht en in de binnenlucht van leefruimten. Schattenderwijs is vastgesteld dat 92% van het totale aantal asbestvezels dat betrokkene tijdens zijn leven zal hebben ingeademd, afkomstig is uit omgevingslucht en 8% uit de werkzaamheden bij de gemeente.

De eerste (princiële) klacht in cassatie die ik zal bespreken, klaagt erover dat het hof blijkt heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting waar het hof zou hebben miskend dat indien vaststaat dat de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden is blootgesteld geweest aan asbest en hij mesothelioom heeft ontwikkeld, terwijl ervan uit moet worden gegaan dat de werkgever zijn zorgplicht niet is nagekomen, aan de voorwaarden voor toepassing van de omkeringsregel is voldaan. Dit nu mesothelioom slechts één oorzaak heeft en de ziekte dus door de desbetreffende blootstelling kan zijn ontstaan. De Hoge Raad volgt deze redenering niet. Onder verwijzing naar de bovengenoemde arresten SVB/Van der Wege en Lansink/Ritsma zet de Hoge Raad de vaste bewijslijn uiteen (r.o. 3.3.2):

‘Op grond van art. 7:658 lid 2 BW is het aan de werknemer te stellen en zo nodig te bewijzen dat hij de schade waarvan hij vergoeding vordert, heeft geleden in de uitoefening van zijn werkzaamheden. Het door de werknemer te bewijzen oorzakelijk verband tussen de werkzaamheden en die schade moet in beginsel worden aangenomen indien de werkgever heeft nagelaten de maatregelen te treffen die redelijkerwijs nodig zijn om te voorkomen dat de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden dergelijke schade lijdt. Voor de toepassing van deze regel is nodig dat de werknemer niet alleen stelt, en zo nodig bewijst, dat hij zijn werkzaamheden heeft mogen verrichten onder omstandigheden die schadelijk kunnen zijn voor zijn gezondheid, maar ook dat hij stelt en zo nodig aannemelijk maakt dat hij lijdt aan gezondheidsklachten die daardoor kunnen zijn veroorzaakt. De hier bedoelde regel drukt het vermoeden uit dat, indien de zojuist genoemde feiten komen vast te staan, de gezondheidsschade van de werknemer is veroorzaakt door de omstandigheden waarin deze zijn werkzaamheden heeft verricht. Dat vermoeden wordt

gerechtvaardigd door hetgeen in het algemeen bekend is omtrent de ziekte en haar oorzaken, alsook door de schending door de werkgever van de veiligheidsnorm die beoogt een en ander te voorkomen. Gelet daarop is voor dit vermoeden geen plaats in het geval het verband tussen de gezondheidsschade en de arbeidsomstandigheden te onzeker of te onbepaald is.’

Nieuw is dat de Hoge Raad expliciet overweegt dat het voorgaande ook geldt bij schade als gevolg van mesothelioom. Dat mesothelioom in alle gevallen wordt veroorzaakt door blootstelling aan asbest, brengt naar oordeel van de Hoge Raad niet mee dat oorzakelijk verband tussen blootstelling aan asbest tijdens de werkzaamheden bij de aansprakelijk gehouden werkgever en de schade in beginsel moet worden aangenomen. Want deze omstandigheid, zo vervolgt de Hoge Raad, neemt immers niet weg dat het verband tussen die blootstelling en de gezondheidsschade te onzeker of te onbepaald kan zijn wanneer de werknemer ook buiten deze werkzaamheden aan asbest blootgesteld is geweest. Daarbij komt naar oordeel van de Hoge Raad, gelet op hetgeen algemeen bekend is omtrent de ziekte mesothelioom en haar oorzaak, betekenis toe aan (1) de duur en de intensiteit van de blootstelling bij deze werkgever, en in voorkomend geval (2) de duur en de intensiteit van andere blootstelling(en) aan asbest gedurende de latentieperiode en (3) de verhouding tussen (1) en (2). A-G Drijber volgt dezelfde route. Ook hij geeft aan¹ de stelling van de werknemer, dat (automatisch) aan de voorwaarden voor de toepassing van de arbeidsrechtelijke omkeringsregel is voldaan als, naast schending van de zorgplicht door de werkgever, blootstelling aan asbest en intreden van mesothelioom vaststaan, in het licht van de arresten SVB/Van der Wege en Lansink/Ritsma, te absoluut te achten. De werknemer zal ook aannemelijk moeten maken dat er een behoorlijk grote kans is dat de ziekte door de blootstelling bij de aangesproken werkgever is ontstaan.

Ook de motiveringsklachten tegen het arrest van het hof falen. De Hoge Raad geeft aan dat het oordeel van het hof zo moet worden begrepen dat in het onderhavige geval de duur en de intensiteit van de blootstelling aan asbest tijdens de werkzaamheden voor de gemeente zo gering zijn geweest in verhouding tot zijn totale blootstelling aan asbest, dat reeds daarom het verband tussen het mesothelioom en de werkzaamheden bij de gemeente te onzeker is, welk oordeel gezien het deskundigenrapport niet onbegrijpelijk is. A-G Drijber ziet dit anders. Naar hij aangeeft,² zou bij mesothelioom het relevante verband tussen blootstelling bij de aangesproken werkgever en de ziekte makkelijker aannemelijk te maken zijn dan bij tal van andere gezondheidsklachten. Aldus acht de A-G het oordeel van het hof dat dit verband onvoldoende aannemelijk is gemaakt, en daarom te onzeker of te onbepaald is, niet in alle opzichten toereikend gemotiveerd. Zo zou het hof – aldus de A-G – ook iets hebben kunnen overwegen over de aard en de

ernst van de normschending en waar het de blootstelling in de eerdere functie betrof over meer concrete (blootstellingen)informatie moeten kunnen beschikken.

3. Bewijsrechtelijk kader

Waar het de bewijslastvolgorde betreft van zaken als de onderhavige, zijn vier stappen te onderscheiden.³ De eerste stap (stap 1) bestaat uit het vaststellen van de omvang van de blootstelling (aan gevaarlijke stoffen, belastende arbeidsomstandigheden) gedurende het werk bij de aansprakelijk gehouden werkgever. Dit betreft direct een lastige stap omdat de exacte werkomstandigheden en/of blootstelling gezien het tijdsverloop vaak niet meer precies zijn vast te stellen. In deze fase vindt veelal bewijslevering plaats door getuigenverhoren en/of onderzoek door (partij)deskundigen. Het ligt in de rede veel aandacht aan deze stap te besteden. Zonder schadelijke blootstelling of gevaarlijke arbeidsomstandigheden wordt immers niet toegekomen aan de vervolgstappen en zal geen sprake kunnen zijn van causaliteit. Zoals volgt uit het arrest Weststrate/De Schelde⁴ is de enkele mogelijkheid dat iemand schade zou *kunnen* hebben geleden onvoldoende, er moet sprake zijn van een feitelijk opgetreden schadelijke blootstelling. De bewijslast van deze stap ligt bij de werknemer.

De tweede en de derde stap bestaan uit het vaststellen dat de gezondheidsklachten (stap 2) in causale relatie (stap 3) staan met de werkomstandigheden. De bewijslast van deze stappen rust ook bij de werknemer. Bij deze stap 3 komt de omkeringsregel om de hoek kijken. Deze regel kan de werknemer helpen met het ‘bewijsvermoeden’ dat causaal verband aanwezig is. De arbeidsrechtelijke omkeringsregel⁵ komt er – kort gezegd – op neer dat bij vaststaande (voor de gezondheid schadelijke) blootstelling het causaal verband tussen de ziekte en deze blootstelling wordt aangenomen, indien komt vast te staan dat de werkgever de zorgplicht heeft geschonden.

De basis van de arbeidsrechtelijke omkeringsregel kan worden gevonden in de arresten Unilever/Dikmans,⁶ Havermans/Luyckx⁷ en Landskroon/BAM⁸ en is nader uitgewerkt in

3. Waarbij de Hoge Raad in het arrest Lansink/Ritsma, HR 7 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ1721, r.o. 3.3.1, drie fases benoemde en de eerste fase (waarin de werknemer dient te stellen en te bewijzen dat hij aan gevaarlijke stoffen is blootgesteld en dat de gezondheidsklachten door de blootstelling kunnen zijn veroorzaakt, de zogenaamde ‘aansprakelijkheidsdrempel’) samenvalt met de stappen 1, 2 en 3 die ik hier schets. Stap 4a valt samen met de tweede fase en stap 4b met de derde fase.
4. HR 26 januari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AA9666 (Weststrate/De Schelde).
5. Waarbij er mijns inziens overigens geen inhoudelijk verschil is tussen de ‘reguliere’ omkeringsregel en de ‘arbeidsrechtelijke’ omkeringsregel, behalve dat het onderhavige arrest specifieke verduidelijking geeft voor toepassing van de omkeringsregel inzake werkgeversaansprakelijkheid en aldus ‘arbeidsrechtelijk’ is. In deze annotatie gebruik ik beide termen dus willekeurig.
6. HR 17 november 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA8369.
7. HR 23 juni 2006, ECLI:NL:HR:2006:AW6166.
8. HR 9 januari 2009, ECLI:NL:HR:2009:BF8875.

1. ECLI:NL:PHR:2017:1432, r.o. 4.9 e.v. en 4.49.
2. ECLI:NL:PHR:2017:1432, r.o. 4.38, 4.39 en 4.49.

SVB/Van der Wege en Lansink/Ritsma.⁹ Voor een uitvoerige analyse van met name de betekenis van de beide laatstgenoemde arresten voor toepassing van de omkeringsregel (ruimer) de bewijslastverdeling en bewijslastvolgorde bij beroepsziekten, verwijs ik naar de literatuur¹⁰ en de annotaties bij bovengenoemde arresten. Zoals annotator Den Hoed uiteenzet,¹¹ is het belang van beide arresten van de Hoge Raad van 7 juni 2013 meerledig (en hiermee groot). In het oog springt de ondergrens voor de toepassing van de omkeringsregel: een slechts theoretische kans op veroorzaking van gezondheidsklachten door de arbeidsomstandigheden is niet voldoende om voorshands causaal verband (in de vestigingsfase van de aansprakelijkheid) aan te nemen tussen deze arbeidsomstandigheden en de gezondheidsklachten. Dit wordt ook wel aangeduid als de 'aansprakelijkheidsdrempel', de drempel die men over moet om gebruik te kunnen maken van het bewijsvermoeden dat causaal verband aanwezig is. Deze ondergrens of aansprakelijkheidsdrempel geldt dus ook alvorens de omkeringsregel kan worden toegepast. Hiertoe heeft de Hoge Raad als aanwijzing meegegeven¹² 'dat voor een causaliteitsvermoeden geen plaats is in het geval het verband tussen de gezondheidsschade en de arbeidsomstandigheden te onzeker of te onbepaald is'. Niet elke mogelijkheid is dus voldoende om het vermoeden van causaliteit (en hiermee toepassing van de omkeringsregel) te rechtvaardigen. Waar de concrete ondergrens ligt in een zaak, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval, waarbij volgens de Hoge Raad van belang is 'hetgeen in het algemeen bekend is omtrent de ziekte en haar oorzaken en de schending door de werkgever van de veiligheidsnorm die beoogt een en ander te voorkomen'.¹³

Bij stap 4 volgt beoordeling van de zorgplicht. De bewijslast hiervan rust op de werkgever. Wanneer de zorgplicht is nagekomen, volgt geen aansprakelijkheid. Naast het bewijs dat de zorgplicht (al dan niet) is nagekomen (stap 4a),¹⁴ is ook van belang te beoordelen of de nakoming van de zorgplicht zou hebben betekend dat het risico, zoals zich nu heeft gerealiseerd, niet had plaatsgevonden (stap 4b).¹⁵ Dit betreft dus het onderzoek of de niet-nagekomen zorgplicht in causale relatie

staat met de ziekte. Bij gebreke hiervan ontbreekt causaliteit in deze stap (beoordeling van de zorgplicht) en kan niet aan aansprakelijkheid worden toegekomen. Ten aanzien van de opgetreden ziekte valt de werkgever in een dergelijke situatie immers – bij gebreke van specifieke normen die hierop zien – niets te verwijten. Zoals ik in een eerdere annotatie heb aangegeven,¹⁶ verwacht ik in de toekomst nog veel discussie over deze stap. Zeker met het oog op toekomstige en nu nog onbekende risico's (waartoe nu nog geen preventiemaatregelen zijn ontwikkeld en waarvan de effectiviteit van eventuele preventiemaatregelen nog niet duidelijk is) verwacht ik dat de betekenis van deze stap 4b in de toekomst steeds groter zal worden. Overigens komt deze toets ook wel deels terug bij stap 4a (de beoordeling van de zorgplicht), waar de 'kenbaarheid' van het risico en de hiertoe te hanteren norm onderdeel van het toetsingscriterium vormen.

4. Signaleringen

4.1 De betekenis van 'kunnen' wordt aan banden gelegd

In het hier besproken arrest signaleer ik een nuancering ten opzichte van de eerdere rechtspraak. Deze nuancering was al door het hof aangebracht, maar valt (in ieder geval mij) nu pas op. Ik doel hier op de zinsnede uit de bovengenoemde vaste rechtspraak:¹⁷

'Voor de toepassing van deze regel is nodig dat de werknemer niet alleen stelt, en zo nodig bewijst, dat hij zijn werkzaamheden heeft moeten verrichten onder omstandigheden die schadelijk *kunnen* zijn voor zijn gezondheid, maar ook dat hij stelt en zo nodig aannemelijk maakt dat hij lijdt aan gezondheidsklachten die daardoor *kunnen* zijn veroorzaakt.' (cursivering VO)

Zoals in rechtsoverweging 5.12 van het arrest weergegeven, zegt het hof hierover:

'Al met al acht het hof, ander dan [eiseres] bepleit, het verband tussen de gezondheidsschade van [betrokkene 1] en zijn arbeidsomstandigheden bij de gemeente te onzeker dan wel te onbepaald ter rechtvaardiging van het (...) bedoelde vermoeden. Het door [eiseres] gestelde feit dat er geen enkele veilige drempelwaarde is aan te geven waarbij blootstelling aan asbest niet het mesotheliomrisico oplevert, omdat elke blootstelling, hoe kort en beperkt ook, het mesotheliomrisico met zich brengt, is daarvoor op zich zelf, de gedeeltelijke betwisting daarvan door de gemeente nog daargelaten, niet voldoende. *Waarom het bij de toepassing van dit vermoeden gaat, is (...) immers niet of de mesotheliom door die arbeidsomstandigheden kan zijn ontstaan, maar of daaromtrent in zodanig geval niet al teveel onzekerheid, zoals in deze zaak, bestaat. De enkele blootstelling aan*

9. HR 7 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ1717 en ECLI:NL:HR:2013:BZ1721, NJ 2014/99 m.nt. Hartlief, JA 2013/108 m.nt. J. den Hoed, JA 2013/128 m.nt. J.P.M. Simons.
10. Zonder volledigheid te betrachten: Chr. van Dijk, Causale perikelen, het is moeilijk en het zal moeilijk blijven, TVP 2013, afl. 3, p. 61-84; Chr. van Dijk & L. Veendrick, Zorgplichtschending, arbeidsrechtelijke omkeringsregel en proportionele aansprakelijkheid nader belicht door de Hoge Raad, PIV-Bulletin 2013, afl. 4, p. 1-8; C. Klaassen, Enkele opmerkingen en keuzes wat betreft het bewijs van het functioneel verband bij beroepsziekten en de rol van A-G Spier in dit verband, in: T. Hartlief & M.G. Faure (red.), De Spier-bundel, Deventer: Wolters Kluwer 2016, par. 14.2.
11. J. den Hoed, annotatie bij HR 7 juni 2013, JA 2013/108.
12. ECLI:NL:HR:2013:BZ1721, r.o. 4.1.3.
13. ECLI:NL:HR:2013:BZ1721, r.o. 4.1.3.
14. In de door de Hoge Raad in het arrest Lansink/Ritsma, HR 7 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ1721, r.o. 3.3.1 benoemde drie fases betreft dit de tweede fase.
15. In de door de Hoge Raad in het arrest Lansink/Ritsma, HR 7 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ1721, r.o. 3.3.1 benoemde drie fases betreft dit de derde fase.

16. V. Oskam, annotatie bij Rb. Gelderland 25 november 2015, JA 2016/15.
17. O.a. HR 17 november 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA8369 (Unilever/Dikmans).

*asbest is niet voldoende om toepassing te geven aan de omkeringsregel.*¹ (cursivering VO)

Waar eerder het woordje ‘kunnen’ werd aangegrepen door de schadelijgende partijen om toepassing van de omkeringsregel te bepleiten teneinde het (begin van) bewijs van causaliteit te kunnen leveren, wordt dit nu duidelijk aan banden gelegd. Het hof, bevestigd door de Hoge Raad, stelt duidelijk vast dat het alleen *kunnen* veroorzaken van de klachten, oftewel alleen de theoretische mogelijkheid dat er oorzakelijk verband is, onvoldoende is om een bewijsvermoeden van causaliteit aan te nemen met toepassing van de omkeringsregel. Over de causaliteit – aldus het hof en nu ook de Hoge Raad –, dus over het (theoretische) *kunnen*, mag (in de praktijk) niet te veel onzekerheid bestaan.¹⁸ Een te geringe beroepsmatige blootstelling (bij de aangesproken werkgever), zeker wanneer daar andere blootstellingen (in de privésituatie of uit andere werkkring) tegenover staan, voedt de onzekerheid en staat aan toepassing van de omkeringsregel in de weg, althans zo lees ik het arrest.

Dit vormt aldus een bevestiging van de hierboven beschreven aanpak, waarbij in de beoordeling (bij stap 1) altijd eerst uitvoerig dient te worden stilgestaan bij de vraag of blootstelling heeft plaatsgevonden en wat de omvang van die blootstelling is. Wanneer dit een ‘ongevaarlijke’ blootstelling is, valt immers uit *conditio sine qua non*-overwegingen het doek voor een vordering. De blootstelling kan de fatale ziekte dan niet hebben veroorzaakt. Juist in asbestzaken werd dan aangevoerd – zo ook hier – dat asbestblootstelling altijd gevaarlijk is en ook één asbestvezel causaal kan zijn voor de asbestziekte (en monocausaal voor mesothelioom). Aldus leek geen ondergrens te worden gesteld waar het de blootstelling aan asbest betrof. Met de onderhavige zaak wordt duidelijk dat dit bepaald niet zo is, zeker niet wanneer aannemelijk kan worden gemaakt (of onderdeel uitmaakt van een gemotiveerde betwisting) dat andere bronnen van asbestblootstelling een (behoorlijke) rol spelen.

4.2 Welke oorzaken voeden de onzekerheid?

Ook de vervolgvraag is belangrijk: welke andere bronnen van blootstelling zijn relevant om de ‘onzekerheid’ te voeden? Anders gezegd: wanneer er ook blootstellingen te reconstrueren zijn in eerdere of latere dienstverbanden of in de privésituatie, achtergrondblootstellingen bestaande uit omgevingslucht enzovoort, voor wiens risico komen die andere blootstellingen dan? Worden de andere beroepsmatige blootstellingen bij eerdere of latere dienstverbanden, al dan niet onder de noemer van artikel 6:99 van het Burgerlijk Wetboek (BW), alsnog voor risico van de aansprakelijk gehouden partij gebracht en ‘tellen die blootstellingen mee’ bij het bepalen van de omvang van de blootstelling (en hiermee het groeien van de zekerheid), of dienen deze bronnen strikt gescheiden te worden beoor-

deeld? Hierbij lijkt het mij goed de strekking van artikel 6:99 BW in het oog te houden: het vestigen van hoofdelijkheid bij meerdere potentiële schadeveroorzakers wanneer juist *omdat* verschillende partijen de schade kunnen hebben veroorzaakt, hierdoor een *conditio sine qua non*-verband niet kan worden aangetoond.¹⁹

Naar mijn overtuiging dienen de diverse blootstellingsbronnen (strikt) gescheiden te worden beoordeeld en te worden gewogen om te bepalen of men met de vordering de aansprakelijkheidsdrempel passeert. Mijns inziens is de vraag of de arbeidsomstandigheden bij een andere werkgever als (mede)veroorzakingskans dienen te worden gezien en – de vervolgvraag – hoe groot deze kans is, relevant waar het de beoordeling van stap 1 (omvang van de blootstelling/werkomstandigheden) en stap 3 (causaal verband) betreft. Bij de beoordeling van stap 1 ligt immers de vraag voor of de omvang van de blootstelling/de arbeidsomstandigheden bij de aangesproken werkgever van zodanige omvang/inhoud is/zijn dat dit in potentie een gevaar heeft opgeleverd voor de gezondheid, en hoe groot dit risico is te duiden. Met toepassing van artikel 6:99 BW in deze stap (1) door ook blootstellingen bij andere werkgevers ‘mee te wegen’ bij de inventarisatie van de blootstelling én de vervolgvraag (bij stap 3) of deze blootstelling de ziekte kan hebben veroorzaakt, zou mijns inziens een vertekend beeld ontstaan, waarbij de aangesproken werkgever niet voor diens eigen bedrijfsvoering aansprakelijk wordt gehouden, maar voor de gehele bedrijfstak en (ver) daarbuiten. Wanneer ook blootstellingen bij andere werkgevers – langs de band van artikel 6:99 BW – zouden moeten worden verdisconteerd bij de beoordeling in stap 1 en 3, zou de aansprakelijkheidsdrempel op deze wijze weer verlaagd worden. Hierop ziet dan ook mijn bezwaar tegen het toepassen van artikel 6:99 BW bij de beoordeling van het causaal verband in de eerste bewijsfase, waar het de invulling van de aansprakelijkheidsdrempel ter vestiging van de aansprakelijkheid betreft.^{20,21}

Praktisch gezien stuit de toepassing van artikel 6:99 BW, waar het de verdiscontering van eerdere (of latere) blootstellingen gedurende andere dienstverbanden betreft, ook op problemen. Artikel 6:99 BW bepaalt dat indien schade is ontstaan als gevolg van ‘twee of meer gebeurtenissen waarvoor een andere persoon aansprakelijk is, en vast staat dat de schade door ten minste één van deze gebeurtenissen is ontstaan’, de verplichting tot schadevergoeding rust op ieder van deze personen.²² Voordat aan toepassing van dit artikel kan worden toegekomen (en een blootstelling uit een eerder of later dienstverband wordt ‘meegewogen’ bij het bepalen of men de aansprakelijkheidsdrempel over is), dient dus te worden vastgesteld dat die

18. Welke rechtsregel ook al door de Hoge Raad in de genoemde arresten d.d. 7 juni 2013 (ECLI:NL:HR:2013:BZ1721 en ECLI:NL:HR:2013:BZ1717) wordt genoemd, maar nu met de feiten concrete invulling krijgt door het hof, zoals bevestigd door de Hoge Raad.

19. Denk hierbij aan het klassieke voorbeeld van de twee schutters, waarbij onbekend is welke schutter de fatale kogel heeft geschoten.
20. Zoals meer uitvoerig beschreven in: V. Oskam, Ontwikkelingen in de asbestjurisprudentie, PIV-Bulletin 2016, afl. 1, p. 10-17.
21. Anders hierover: o.a. A.J. Akkermans, Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband (diss. Tilburg), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997.
22. Zie voor literatuur onder meer Akkermans 1997.

eerdere of latere werkgever voor die blootstelling aansprakelijk is.

Juist in situaties van opvolgende dienstverbanden met (mogelijke) asbestblootstelling staat geenszins vast dat zowel het dienstverband bij de aangesproken werkgever als het andere dienstverband (of de andere dienstverbanden) (zelfstandig) de gezondheidsschade heeft (hebben) veroorzaakt. Hierbij ga ik er – gelijk A-G Spier in zijn conclusie voor London/Delta Lloyd²³ als uitgangspunt lijkt te nemen – van uit dat voor de toepasselijkheid van artikel 6:99 BW nodig is dat elk van de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenissen, de overige aansprakelijkheidscheppende gebeurtenissen weggedacht, zelfstandig alle schade zou hebben veroorzaakt. Hierbij merk ik op dat hier ook anders over wordt gedacht. Zo veronderstelt Klaassen²⁴ dat de rechtsregel van artikel 6:99 BW ook van toepassing is wanneer bijvoorbeeld mogelijk is dat de schade niet het gevolg is van een zelfstandig werkende oorzaak, maar van samenwerkende oorzaken. Deze ruimere uitleg leest zij in de woorden ‘ten minste’ in artikel 6:99 BW.

Zelfs wanneer een dergelijke ruime uitleg wordt gehanteerd voor de toepasselijkheid van artikel 6:99 BW, zal het mijns inziens problematisch zijn ten aanzien van de overige werkgevers aansprakelijkheid vast te stellen. Gezien het meestal grote tijdsverloop zal het mijns inziens maar zeer de vraag zijn of de andere werkgever(s) een normschending kan worden verweten en/of ten tijde van de eerdere blootstelling ter voorkoming van dit gezondheidsrisico al specifieke normen bestonden. Wanneer deze normschending bij de andere werkgever(s) niet is vastgesteld, is hiermee mijns inziens niet voldaan aan de belangrijkste voorwaarde om artikel 6:99 BW in werking te laten treden. Tenzij een werknemer (of diens nabestaanden) ervoor zou(den) kiezen alle werkgevers waar mogelijk blootstelling zou kunnen hebben plaatsgevonden in één (desnoods gevoegde) procedure te betrekken, zal de inhoudelijke toetsing van dit aspect (is de eerdere werkgever aansprakelijk?) niet worden beoordeeld in de procedure tussen de betrokkene (of diens erven) en de laatst aangesproken werkgever. Ook dit vormt wat mij betreft een argument tegen toepassing van artikel 6:99 BW in een situatie als de onderhavige.

Ter rechtvaardiging van een ruimere toepassing, en hiermee overige werkgerelateerde blootstellingen wel ten laste van de aangesproken werkgever mee te laten wegen ter bepaling of men de aansprakelijkheidsdrempel passeert, zou kunnen worden gewezen naar het DES-arrest.²⁵ In dit arrest kreeg artikel 6:99 BW een ruimer toepassingsbereik, waarbij de Hoge Raad oordeelde dat het feit dat andere gebeurtenissen waarvoor niemand aansprakelijk is en welke gebeurtenissen eveneens de schade kunnen hebben veroorzaakt, niet aan toepassing van artikel 6:99 BW in de weg staan, tenzij de omvang van die

mogelijkheid te groot is. Gelijk A-G Spier eerder benadrukte,²⁶ waren er destijds bijzondere redenen om het betreffende arrest te wijzen. Daarbij hadden de DES-fabrikanten en hun verzekeraars een fonds opgericht waarmee de gezamenlijke schadelast werd gedragen. In een situatie van opvolgende dienstverbanden waarbij de laatste werkgever wordt aangesproken, is dit nu juist niet het geval. In de praktijk blijft de laatst aangesproken werkgever veelal met een oninbare regresvordering achter. In zijn conclusie voor het arrest London/Delta Lloyd vroeg A-G Spier in 2009²⁷ al aandacht voor dit punt, waar hij opmerkte: ‘nog daargelaten de vele praktische problemen – wat is ieders “interne” aandeel bij zoveel onzekerheid – is dit ronduit unfair wanneer de anderen allemaal insolvent zijn’.

A-G Drijber geeft aan²⁸ dat artikel 6:99 BW in de onderhavige zaak geen rol speelt, omdat er maar één werkgever wordt aangesproken. Dit hoeft mijns inziens echter niet in de weg te staan aan het bespreken van de (principiële) vraag of en op welke wijze (veronderstelde) blootstellingen in eerdere (of latere) dienstverbanden – elders dan bij de aangesproken werkgever – dienen te worden verdisconteerd bij toetsing van de ‘aansprakelijkheidsdrempel’.

Ik signaleer dat de Hoge Raad overweegt in r.o. 3.3:

‘Deze omstandigheid [het door eiseres gestelde feit dat mesotheliom in alle gevallen wordt veroorzaakt door blootstelling aan asbest; VO] neemt immers niet weg dat het verband tussen die blootstelling en de gezondheidsschade te onzeker of te onbepaald kan zijn wanneer de werknemer ook buiten deze werkzaamheden aan asbest blootgesteld is geweest. Daarom komt het, gelet op hetgeen in het algemeen bekend is omtrent de ziekte mesotheliom en haar oorzaak, betekenis toe aan (i) de duur en de intensiteit van de blootstelling bij deze werkgever, en in voorkomend geval aan (ii) de duur en de intensiteit van andere blootstelling(en) aan asbest gedurende de latentieperiode en (iii) de verhouding tussen (i) en (ii).’

Hieruit leid ik af dat bij stap 1 uitsluitend de blootstelling bij de aansprakelijk gehouden werkgever wordt gewogen en – bij gebreke van een andere aangesproken werkgever – alle overige blootstellingen (tezamen) worden gewogen tegen de eerstgenoemde blootstelling, om zodoende een ‘veroorzakingskans’ te schatten.

23. ECLI:NL:PHR:2009:BK0873.

24. C.J.M. Klaassen & J.S. Kortmann, *Causaliteitsperikelen*, Deventer: Kluwer 2012, p. 33.

25. HR 9 oktober 1992, NJ 1994/535.

26. A-G Spier in zijn conclusie bij HR 18 december 2009, ECLI:NL:PHR:2009:BK0873 (London/Delta Lloyd), alinea 4.22.1 e.v.: de causale relatie tussen de ziekte en de consumptie van de DES-producten stond vast; de setting was bijzonder gezien de grote hoeveelheid producenten; de tijdsomvang was anders; en waarbij de DES-fabrikanten bovendien een fonds hadden opgericht en zodoende alsnog gezamenlijk de schadelast dragen.

27. ECLI:NL:PHR:2009:BK0873, r.o. 4.10.2.

28. ECLI:NL:PHR:2017:1432, r.o. 3.19.

Hierbij kan/kunnen de periode(n) van blootstelling(en) worden gehouden tegen de latentietijd(en), wat een instrument kan zijn om te bepalen welke blootstellingsbron het hoogste 'waarschijnlijkheidsgehalte' heeft. Hoewel dit laatste een mooi toetsingskader lijkt, blijkt dit in de praktijk niet zonder discussie. Ook over de latentietijden van de diverse ziektebeelden lopen de wetenschappelijke opvattingen (ver) uiteen. Hierbij blijft het altijd een inschatting van (vaak ver) in het verleden plaatsgevonden blootstellingen, waarvan de exacte aard en omvang, laat staan de impact, niet meer volledig te reconstrueren blijken en waarbij de causale discussies blijven bestaan.

4.3 *Risico van (te) vroege beoordeling zorgplicht*

Het is niet zonder reden dat ik in het bovenstaande bij de bewijsstappen wat langer heb stilgestaan bij stap 4, waar het door de werkgever te leveren bewijs van de nagekomen zorgplicht of – bij schending – het ontbreken van causaliteit tussen de zorgplichtschending en de ziekte betreft. Deze zorgplicht komt immers ook aan bod bij stap 3, waar bij de vaststelling van het door de werknemer te bewijzen causaal verband met een bewijsvermoeden (arbeidsrechtelijke omkeringsregel) wordt gewerkt wanneer sprake is van een geschonden zorgplicht.

De Hoge Raad²⁹ gaf eerder aan dat het voor toepassing van de omkeringsregel onder meer relevant is te kijken naar 'de schending door de werkgever van de veiligheidsnorm die beoogt een en ander te voorkomen'. Het is de vraag of dit betekent dat bij deze beoordeling in stap 3 (ter toetsing of de omkeringsregel dient te worden toegepast) de causaliteit tussen de geschonden norm en de ziekte in volle omvang ter beoordeling voorligt, of dat het een element is dat in de beoordeling kan worden betrokken wanneer daar in dit stadium (bij stap 3) van het partijdebat al iets over bekend is en aldus kan bijdragen aan een 'causaliteitsvermoeden' (door toepassing van de omkeringsregel). In de rechtspraak heb ik nog geen duidelijke beantwoording van deze vraag gezien.

In de onderhavige zaak speelde deze (vervroegde) beoordeling niet, omdat het hof oordeelde, en de Hoge Raad bevestigde, dat de aansprakelijkheidsdrempel niet was gehaald. Niettemin vraag ik aandacht voor de bewijsrechtelijke consequenties wanneer dit bewijselement wel in volle omvang ter beoordeling voorligt.

Wanneer invulling van de bovenstaande aanwijzing van de Hoge Raad zou betekenen dat de causaliteit tussen de geschonden zorgplicht en de ziekte (dus stap 4b) volledig bij stap 3 zou moeten plaatsvinden, signaleer ik dat dit mogelijk tot bewijsrechtelijke verschuivingen zou kunnen leiden. Dit zal mijns inziens het geval zijn wanneer met deze vervroegde beoordeling van stap 4b (causaal verband tussen zorgplichtschending en ziekte) het bewijs van de oorzaak van de ziekte in de beoordeling zou moeten worden betrokken. Zeker wanneer

het een multicausaal ziektebeeld betreft of wanneer in de wetenschap nog onvoldoende duidelijk is door welke factoren een ziekte wordt veroorzaakt, kan ik mij voorstellen dat het risico aanwezig is dat deze factoren ook bij de beantwoording van de vraag of causaal verband aanwezig is tussen de zorgplichtschending en de ziekte, een rol spelen. Dit zou kunnen betekenen dat de vraag (en hiermee de bewijslast) naar de oorzaak van de ziekte en de vraag of de ziekte is ontstaan door de arbeidsomstandigheden, op deze wijze 'via de achterdeur van stap 4b' in de vervroegde beoordeling bij stap 3 (ter toetsing of de omkeringsregel moet worden toegepast) een rol spelen.

Aannemende dat de bewijslast van de nagekomen zorgplicht (stap 4a) en het bewijs van causaal verband tussen de zorgplichtschending en de ziekte (stap 4b) bij de werkgever blijven rusten, maar – met de toetsing bij stap 3 of de omkeringsregel moet worden toegepast – alleen op een eerder moment aan bod komen, signaleer ik het risico dat met deze vervroegde beoordeling meer causale vraagstukken op het (bewijsrechtelijke) bord van de werkgever komen te liggen dan mijns inziens door de wetgever is bedoeld.

Om te bewijzen dat de geschonden zorgplicht niet in causaal verband staat met de ziekte, zal immers nader bewijs (of in ieder geval nader begrip) van de factoren die de ziekte (wel) hebben veroorzaakt, moeten bestaan. Wanneer nu juist onduidelijk is welke factoren (en in welke mate) een rol hebben gespeeld in de veroorzaking van de ziekte, zal de werkgever zich, met de bewijslast dat de schending van de zorgplicht niet in causale relatie staat met de ziekte, in een onmogelijke bewijsrechtelijke positie geplaatst zien. Bij gebreke van duidelijkheid over de ontstaansoorzaken van de ziekte zal de werkgever immers ook niets zinnigs kunnen aanvoeren waar het het (ontbreken van) causaal verband tussen de geschonden zorgplicht en de ziekte betreft.

Aangezien de wetgever bij de redactie van artikel 7:658 BW de bewijslast van causaal verband (in de 'eerste fase van de bewijsoverlevering', oftewel bij stap 3) bij de werknemer heeft gelegd, is het van belang ervoor te waken dat te lichtvaardig, met toepassing van de omkeringsregel en/of het in die fase 'naar voren halen van de zorgplichtbeoordeling', de bewijslast van de causaliteit via de 'sluiproute van stap 4b' alsnog bij de werkgever zou komen te rusten. Conform de redactie van artikel 7:658 BW meen ik dat het bewijsrisico van dergelijke 'structurele causaliteitonzekerheid' bij de werknemer behoort te blijven liggen en niet alsnog langs de band van een (vervroegde) zorgplichtbeoordeling dient te worden verschoven naar de aansprakelijk gehouden partij. Met een dergelijke verschuiving zou de werkgeversaansprakelijkheid immers – zeker in het geval van structurele causaliteitonzekerheid, waar bij gebreke van bewijsmogelijkheden het bewijsrisico zich zal realiseren – alsnog een zuivere risicoaansprakelijkheid worden.

29. Onder meer ECLI:NL:HR:2013:BZ1721, r.o. 4.1.3.

Wanneer de aanwijzing van de Hoge Raad,³⁰ dat het voor de toepassing van de omkeringsregel onder meer relevant is te kijken naar ‘de schending door de werkgever van de veiligheidsnorm die beoogt een en ander te voorkomen’, zo moet worden gelezen dat deze causaliteit alleen dan een rol speelt (en pleit voor toepassing van de omkeringsregel) wanneer daar op dat moment van het partijdebat al iets over bekend is,³¹ stuit dit niet op bovengenoemde problemen. Om deze reden lijkt mij dit een juistere toepassing waar het de aanwijzing van de Hoge Raad betreft.

4.4 Arbeidsrechtelijke omkeringsregel overschat?

Hierbij merk ik – tot slot – op dat het maar zeer de vraag is of de arbeidsrechtelijke omkeringsregel terecht zoveel aandacht krijgt in literatuur en jurisprudentie. Waar de omkeringsregel een hulpmiddel kan zijn om de bewijslast te verlichten, althans een bewijsvermoeden te vestigen, is belangrijk te onderkennen dat veelal een structurele causaliteitonzekerheid het onderliggende (en echte) probleem is. Die structurele causaliteitonzekerheid wordt mijns inziens niet met toepassing van de omkeringsregel opgelost.

Zeker wanneer het beroepsziekten betreft die een lange latentietijd kennen, en het dus vele tientallen jaren heeft geduurd voordat de ziekte aan het licht is gekomen en naar een mogelijke (beroepsmatige) oorzaak wordt gezocht om een aansprakelijke partij te traceren, zullen de bewijsmiddelen beperkt zijn. De arbeidsomstandigheden zullen inmiddels ingrijpend zijn gewijzigd, getuigen zijn zoek of overleden, bedrijfsgegevens waaruit bijvoorbeeld de samenstelling van de gebruikte producten blijkt, zijn niet meer aanwezig, enzovoort. Extra gecompliceerd wordt het wanneer het een aandoening betreft die meerdere oorzaken kan hebben. Denk hierbij aan de rugklachten die door zwaar werk kunnen komen, pre-existent kunnen zijn of ‘gewoon’ bij veel mensen voorkomen. Of denk aan de blaaskanker van schilder Ritsma,³² die door de blootstelling aan oplosmiddelen kan zijn veroorzaakt, maar ook door blootstellingen gedurende zijn dienstverband als vrachtwagenchauffeur, door (sociale) alcoholconsumptie, omgevingsblootstellingen, enzovoort.

Naast het instrument van de omkeringsregel vormen ook instrumenten als proportionele aansprakelijkheid, alternatieve aansprakelijkheid, leer van de redelijke toerekening, verdiscontering van predispositie en/of pre-existent instrumenten om causaliteitsvragen te beantwoorden. Het is de vraag of structurele causaliteitonzekerheid zich met toepassing van de omkeringsregel laat oplossen. Ik meen van niet.

Met toepassing van de arbeidsrechtelijke omkeringsregel komt de bewijslast dat de gezondheidsschade niet door de arbeidsomstandigheden bij de aansprakelijk gehouden werkgever is

veroorzaakt niet bij de werkgever te liggen. De omkeringsregel scheidt slechts een weerlegbaar vermoeden van *conditio sine qua non*-verband. Voor het weerleggen daarvan is slechts nodig om het vermoeden voldoende te ontkrachten. Toepassing van de omkeringsregel betekent *verlichting* van de bewijslast van de benadeelde ten aanzien van het te bewijzen causaal verband tussen de schade en de normschending. De omkeringsregel betekent geen *verschuiving* van dit bewijsrisico. Bij toepassing van de omkeringsregel is sprake van door de aansprakelijk gehouden partij te leveren tegenbewijs. Dat betekent dat het bestaan van gerede twijfel dat andere omstandigheden of factoren causaal zijn, voldoende is om de bewijslast weer terug te leggen bij de eisende partij. Met toepassing van de arbeidsrechtelijke omkeringsregel behoeft de aansprakelijk gehouden partij dus niet de oorzaak van de ziekte te bewijzen om aan te tonen dat er geen causaliteit aanwezig is tussen de ziekte en de werkzaamheden. Argumenten/bewijs aanvoeren om aan te geven waarom het werk niet de causale factor is, en of dit voor andere oorzaken meer of net zo waarschijnlijk is, zal hiertoe volstaan. De in de onderhavige zaak door de deskundige genoemde ‘overige oorzaken’ (r.o. 3.4.2: schattenderwijs is berekend dat 92% van het totale aantal ingeademde asbestvezels afkomstig is uit omgevingslucht en 8% uit de werkzaamheden voor de gemeente) zouden ook met toepassing van de arbeidsrechtelijke omkeringsregel tot resultaat hebben gehad dat geen causaliteit kan worden aangenomen.

5. Afsluitend

Ik stel vast dat de Hoge Raad geen geheel nieuw licht op deze problematiek heeft geworpen, maar wel iets meer duidelijkheid heeft gegeven waar het de omvang van de aansprakelijkheidsdrempel betreft, in het bijzonder bij asbestblootstellingen. Tevens leert het arrest ons dat het van belang is naar mogelijke andere schadeoorzaken te kijken, hier zorgvuldig onderzoek naar te laten verrichten en vervolgens alle overige oorzaken te wegen teneinde te toetsen of het causaal verband tussen de gezondheidsschade en de arbeidsomstandigheden bij de aangesproken werkgever niet te onzeker of te onbepaald is.

Mr. Veneta Oskam

30. Onder meer ECLI:NL:HR:2013:BZ1721, r.o. 4.1.3.

31. Denk bijv. aan de situatie waarbij een werknemer hoofdletsel heeft opgelopen en vaststaat dat geen helm werd gedragen.

32. ECLI:NL:HR:2013:BZ1721.