

Werkgeversaansprakelijkheid, blootstelling aan asbest en bewijslastverdeling op basis van de strekking van de materiële norm

Noot bij HR 26 januari 2001, RvdW 2001, 41 (Weststrate/De Schelde)

1. Het geschil

Weststrate is bij De Schelde in dienst geweest van 1 april 1972 tot 1 april 1989. Tot 1975 was hij werkzaam als aanwezigheidscontroleur, daarna was hij administratief medewerker en vanaf 1980 werkte hij als groepsleider. Eind 1993 is bij hem een mesothelioom

vastgesteld, een vorm van kanker waarvoor vooralsnog maar één oorzaak bekend is, namelijk het inademen van asbeststof. Weststrate meent dat de blootstelling (die fataal bleek; Weststrate is op 8 september 1998 overleden, waarna zijn erfgenamen de procedure hebben voortgezet) bij De Schelde heeft plaatsgevonden en dat De Schelde, met name in de periode 1972-1975, als werkgever is te kort geschoten in haar zorgplicht voor de veiligheid van haar werknemers. Voor die tekortkoming wordt De Schelde in casu aansprakelijk gesteld.

Weststrate heeft in januari 1997 De Schelde gedagvaard voor de Kantonrechter te Middelburg en onder meer gevorderd om De Schelde te veroordelen tot volledige vergoeding van alle door Weststrate geleden materiële en immateriële schade. De kantonrechter heeft bij vonnis van 12 januari 1998 de vordering afgewezen. Bij vonnis van 23 december 1998 heeft de rechtbank het bestreden vonnis van de kantonrechter bekrachtigd.

2. De oordelen in feitelijke instanties:

De kantonrechter oordeelde, kort gezegd, dat niet bewezen is dat Weststrate tijdens zijn werkzaamheden bij De Schelde blootgesteld werd aan asbeststof en dat hij daarom De Schelde niet aansprakelijk kan houden.

De rechtbank bekrachtigde dit vonnis, en heeft in haar vonnis van 23 december 1998¹ in r.o. 3.2 onder andere geoordeeld:

'In gevallen die bestreken worden door artikel 7:658 Burgerlijk Wetboek (BW) – zoals het onderhavige – geldt dat voor het slagen van een vordering tot schadevergoeding nodig is dat de benadeelde stelt en, zonedig, bewijst dat er schade is en dat hij die schade heeft geleden in de uitoefening van de werkzaamheden. (...) niet de mogelijkheid van blootstelling veroorzaakt (...) mesothelioom maar de daadwerkelijke blootstelling. Terecht heeft de kantonrechter daarom die feitelijke blootstelling of het ontbreken daarvan willen vaststellen en heeft hij onvoldoende geoordeeld dat wordt aangetoond dat Weststrate aan asbest kan zijn blootgesteld. De Schelde heeft gemotiveerd betwist dat van blootstelling sprake

is geweest. Conform voormeld algemeen uitgangspunt ligt de bewijslast van die blootstelling in beginsel bij Weststrate.'

In r.o. 3.4 en r.o. 3.5 heeft de rechtbank geoordeeld dat de tekst, noch de strekking van art. 7:658 BW nopen tot een andere bewijslastverdeling. De rechtbank overwoog daarbij (r.o. 3.5):

'De strekking van art. 7:658 BW is de bescherming van de werknemer tegen de gevaren die verbonden zijn aan de opgedragen werkzaamheden. Die strekking brengt – behoudens bijzondere omstandigheden, waaromtrent niets is gesteld – niet met zich mee een bijzondere bescherming bij de bewijslastverdeling ten aanzien van de vraag of zich een dergelijk gevaar verwezenlijkt heeft. (...)'

In r.o. 3.6 heeft de rechtbank geoordeeld dat Weststrate niet heeft betoogd dat redelijkheid en billijkheid tot een andere verdeling van de bewijslast leiden en ambtshalve heeft de rechtbank evenmin aanleiding tot een andere verdeling daarvan gezien. In r.o. 3.7 heeft de rechtbank geoordeeld dat op basis van de vast te stellen feiten en omstandigheden niet ervan kan worden uitgegaan dat Weststrate blootgesteld is geweest aan asbest en dat er derhalve geen aanleiding bestaat voor het verplaatsen van de bewijslast naar De Schelde. De rechtbank:

'(...) Ervan uitgaande dat geen andere oorzaak van mesothelioom bekend is dan blootstelling aan asbest betekent het feit dat Weststrate een mesothelioom heeft opgelopen echter nog niet dat hij bij De Schelde is blootgesteld geweest aan asbest. Dat kan ook elders het geval zijn geweest. Het enkele feit dat bij De Schelde asbest verwerkt is in de periode van zijn dienstverband betekent evenmin dat Weststrate wel blootgesteld geweest moet zijn aan asbest nu De Schelde gemotiveerd heeft betwist dat Weststrate met asbestverwerking te maken heeft gehad. (...)'

3. Het oordeel van de Hoge Raad:

De Hoge Raad overweegt naar aanleiding van de cassatiemiddelen van Weststrate het volgende:

'3.4 Onderdeel 1.2 van het middel (...)

¹ De uitspraak van de rechtbank werd eerder gepubliceerd in JAR 1999/113.

strekt ten betoge dat bij de toepassing van art. 7:658 bw voor het bewijs dat de schade door de werknemer is geleden in de uitoefening van zijn werkzaamheden in een geval als het onderhavige voldoende is dat komt vast te staan dat de desbetreffende werknemer aan asbest kan zijn blootgesteld en derhalve niet vereist is dat, naast het bewijs van het voorkomen van asbest binnen het bedrijf in het algemeen, tevens komt vast te staan dat de desbetreffende werknemer daadwerkelijk is blootgesteld geweest aan asbest. (...) Het onderdeel faalt. Art. 7:658 bw betreft de schade die de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden lijdt en niet de schade die de werknemer heeft geleden maar waarvan niet vaststaat dat de werknemer haar, in de zin van het tweede en het vierde lid van genoemde bepaling, in de uitoefening van zijn werkzaamheden heeft geleden. Er bestaat geen goede grond om de aansprakelijkheid van de werkgever als in de zo-even genoemde bepalingen bedoeld, in deze zin uit te breiden dat de werkgever ook aansprakelijk is voor schade die de werknemer heeft geleden en ten aanzien waarvan de mogelijkheid bestaat dat zij is geleden in de uitoefening van de werkzaamheden. (...)

3.6 Met onderdeel 2.2 (...) wordt geklaagd dat de Rechtbank in rov. 3.5 blijkt heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting aangezien de strekking van art. 7:658 – te weten werknemers bescherming te bieden tegen aan hun werkzaamheden verbonden gevaren en bevordering van veilige arbeidsomstandigheden – (juist wél) noopt tot een andere bewijslastverdeling in gevallen als het onderhavige, namelijk dat de werkgever zal moeten aantonen dat de werknemer niet aan asbeststof is blootgesteld geweest. Met betrekking tot de vraag of de werknemer aan asbeststof is blootgesteld geweest, geldt in beginsel de hoofdregel van art. 177 Rv. dat de partij die zich op een bepaald rechtsgevolg beroept, (voldoende) feiten moet stellen en bewijzen waaruit dat gevolg kan worden afgeleid. De strekking van art. 7:658 bw brengt geen afwijking in stelplicht en bewijslast mee in zaken waar blootstelling aan asbest speelt. De Rechtbank heeft derhalve in rov.

3.5 niet blijkt gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. (...)

3.8 Onderdeel 3.2 (...) strekt ten betoge dat rov. 3.6 van het vonnis van de Rechtbank blijkt geeft van een onjuiste rechtsopvatting nu gezien de hiervoor in 3.4 en 3.5 genoemde omstandigheden² moet worden geoordeeld dat de ongeschreven regels van bewijslastverdeling en/of de eisen van redelijkheid en billijkheid in het onderhavige geval meebrengen dat de bewijslast terzake op De Schelde als (voormalig) werkgever rust. Tegen de achtergrond van het oordeel van de Rechtbank dat "Weststrate zelf in staat geacht moet worden – en, trouwens, ook is gebleken – om aan te geven op welke lokaties in het bedrijf hij in de loop der jaren werkzaam is geweest en gesteld noch gebleken is dat Weststrate minder mogelijkheden had dan De Schelde heeft om (eventuele) asbestblootstellingen op die lokaties aan te tonen" (rov. 3.6) geeft de beslissing van de Rechtbank de bewijslast in het onderhavige geval niet om te keren geen blijkt van een onjuiste rechtsopvatting; zij is zozeer verweven met een waardering van feitelijke aard dat zij in cassatie voor het overige niet op juistheid getoetst kan worden. Zij is evenmin onbegrijpelijk.

3.9 Onderdeel 3.3 keert zich met een rechts- en motiveringsklacht tegen rov. 3.6 van het vonnis. Art. 7:658 bw brengt in het onderhavige geval mee, aldus het onderdeel, dat de stelplicht van de werknemer wegens de aard van de materie beperkt is, terwijl van de werkgever mag worden gevergd dat hij zodanige mededelingen doet dat daaruit met een redelijke mate van zekerheid kan worden opgemaakt dat het optreden van de ziekte mesothelioom niet het gevolg is van het feit dat onvoldoende maatregelen als in art. 7:658 lid 1 bedoeld waren genomen, althans kan van de werkgever worden verlangd dat hij aan de werknemer voldoende feitelijke gegevens betreffende in het bijzonder de aanwezigheid van en mogelijke blootstelling aan asbeststof, verstrekt ter motivering van zijn betwisting van de stellingen van de werknemer teneinde deze aanknopingspunten voor eventuele bewijsoverlevering te verschaffen. De klacht faalt, nu het oordeel dat hiervoor in 3.8 is gegeven, niet alleen geldt

voor de uit art. 7:658 voortvloeiende bewijslast maar evenzeer voor de daaruit voortvloeiende stelplicht.

3.10 Onderdeel 4.2 (...) strekt ten betoge dat de Rechtbank haar oordeel in rov. 3.7 onvoldoende (begrijpelijk) heeft gemotiveerd, nu de Rechtbank de hiervoor in 3.4 onder V genoemde omstandigheid niet in haar beschouwingen betreft en deze omstandigheid, gevoegd bij de wel door de Rechtbank in haar overwegingen betrokken omstandigheden, tot het oordeel had kunnen leiden dat blootstelling van Weststrate aan asbest bij De Schelde voorshands bewezen geacht moest worden, behoudens door De Schelde te leveren tegenbewijs. De klacht onder 4.3 voegt daaraan toe dat de omstandigheid dat Weststrate ook elders aan asbest blootgesteld kan zijn, er slechts op duidt dat het volledige bewijs nog niet geleverd is. De klachten kunnen niet tot cassatie leiden, aangezien zij opkomen tegen een aan de Rechtbank als feitenrechter voorbehouden waardering van het voorhanden bewijsmateriaal. Anders dan de klachten betogen, is het door de Rechtbank in rov. 3.7 gegeven oordeel niet onbegrijpelijk noch onvoldoende gemotiveerd.'

Waarna de Hoge Raad het beroep, conform de conclusie van het OM, verwerpt.

4. Commentaar

Inleiding

Op het terrein van de werkgeversaansprakelijkheid is de verdeling van de bewijslast en het bewijsrisico³ in het verleden al diverse malen beslissend gebleken. De erven Cijssouw wonnen bijvoorbeeld hun eerste cassatieberoep op basis van het door de Hoge Raad zeer gunstig uitgelegde bewijsregiem van (toen nog) art. 1638x bw.⁴ Het hele terrein van de werkgeversaansprakelijkheid, ook op basis van het huidige art. 7:658 bw, kenmerkt zich overigens door een voor het slachtoffer, de door een arbeidsongeval of beroepsziekte getroffen werknemer, gunstige bewijs-

2 Die omstandigheden zijn hier niet opgesomd. Het betreft onder andere het feit dat er van mesothelioom geen andere oorzaak dan het inademen van asbeststof bekend is, dat er geen concentratie asbestvezels is aan te geven waaraan werknemers kunnen worden blootgesteld zonder kans op het optreden van mesot-

helioom, en dat Weststrate op diverse plekken in het bedrijf werkte.

3 Zie over dat begrippenpaar I. Giesen, *Bewijs en aansprakelijkheid. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de bewijslast, de bewijsvoeringslast, het bewijsrisico en de bewijsrisico-omkering in het aansprakelijkheidsrecht* (diss. KUB), Den Haag 2001, met name p.

12-13. Ik spreek aldaar mijn voorkeur uit voor de term 'bewijsrisico'. In het navolgende zal ik beide termen naast elkaar gebruiken, steeds in de zin van: wie draagt het risico indien een feit niet komt vast te staan?

4 Zie HR 25 juni 1993, NJ 1993, 686 m.nt. PAS (Cijssouw/De Schelde I).

lastverdeling.⁵ De door de wetgever op 1 april 1997 geïntroduceerde bewijslastomkering in lid 2 van dat artikel ten aanzien van de vraag of de werkgever al dan niet zorgvuldig handelde, is daarvoor exemplarisch.

Aanvaarding van een bewijslastomkering ten aanzien van de vraag of de werknemer bij de uitoefening van zijn werkzaamheden blootgesteld is geweest aan asbest(stof), want daarover ging het uiteindelijk in deze procedure, gaat de Hoge Raad echter te ver. Daarmee lijken de grenzen aan de mogelijkheden om de werkgeversaansprakelijkheid op te rekken en te verruimen, (eindelijk) in zicht te zijn gekomen. Dat zal ongetwijfeld in bepaalde kringen tot opluchting leiden en is op zichzelf vrij opmerkelijk omdat de Hoge Raad niet regelmatig zo expliciet aangeeft dat een grens aan een aansprakelijkheidsregeling bereikt is.

Uitoefening van werkzaamheden en blootstelling aan asbest

Een belangrijke voorwaarde om een beroep op de regeling van de werkgeversaansprakelijkheid van art. 7:658 BW te kunnen doen, is dat de werknemer de gestelde schade 'in de uitoefening van zijn werkzaamheden' geleden heeft.⁶ Als dat niet vastgesteld kan worden, komt de rechter niet toe aan de vraag of de werkgever wellicht onzorgvuldig handelde. Indien een werknemer aan een mesothelioom blijkt te lijden, waarvoor (vooralsnog) maar één oorzaak bekend is, namelijk het inademen van asbeststof,⁷ betekent dat uitgangspunt dat vastgesteld zal moeten worden dat het slachtoffer inderdaad asbeststof heeft ingeademd en dat zulks tijdens zijn werkzaamheden bij de aangesproken werkgever geschied is.

Geheel in die lijn stelde Weststrate in deze procedure dat hij bij zijn werk bij

De Schelde blootgesteld is geweest aan asbest. Alleen al gezien de vele procedures tegen De Schelde in zaken die verband houden met asbestziekten, lijkt dat op zichzelf geen vreemde veronderstelling. De kantonrechter was er echter niet van overtuigd dat Weststrate daadwerkelijk blootgesteld is geweest aan asbest.⁸ De enkele mogelijkheid dat een dergelijke blootstelling bij De Schelde plaats zou hebben kunnen vinden, werd voor aansprakelijkheid niet voldoende geacht.

In de procedure bij de rechtbank spitste het geschil zich vervolgens toe op de vraag welke partij ten aanzien van de blootstelling aan asbest, en derhalve ten aanzien van de voorwaarde van 'de uitoefening van de werkzaamheden', de bewijslast en (uiteindelijk) het bewijsrisico zou moeten dragen en hoeveel bewijs daarbij nodig zou zijn. De rechtbank meent dat op basis van de hoofdregel van bewijslastverdeling (art. 177 Rv) de eiser de bewijslast draagt, en beslist verder dat een omkering van de bewijslast niet geaccepteerd kan worden, noch op basis van de tekst en de strekking van art. 7:658 BW, noch op basis van de redelijkheid en billijkheid zoals genoemd in art. 177 Rv. Ook een (feitelijk) vermoeden van blootstelling aan asbest werd niet aanvaard.

Dat ten aanzien van de voorwaarde dat de schade van de werknemer in de uitoefening van de werkzaamheden is geleden, in beginsel de bewijslast op de eiser rust, wordt algemeen erkend.⁹ Het betreft hier een toepassing van de hoofdregel van bewijslastverdeling op basis waarvan degene die zich op een rechtsgevolg beroept, de feiten die voor het intreden van dat rechtsgevolg nodig zijn, dient te bewijzen. In cassatie werd in essentie geprobeerd om die bewijslast alsnog, op welke grond dan ook, omgekeerd te krijgen, omdat

Weststrate er niet in geslaagd was het gevraagde bewijs te leveren. De Hoge Raad gaat daarin, zoals gezegd, niet mee.

De waarschijnlijk belangrijkste, en meest rechtspolietiek getinte reden daarvoor wordt in r.o. 3.4 uit de doeken gedaan, in antwoord op de stelling van het middel dat voor het bewijs al voldoende zou zijn dat vast zou komen te staan dat de betreffende werknemer aan asbest *kan* zijn blootgesteld, zodat bewijs van daadwerkelijke blootstelling niet noodzakelijk zou zijn. Hoewel de Hoge Raad ook zelf de 'in de uitoefening van de werkzaamheden'-voorwaarde ruim ingevuld heeft,¹⁰ verwerpt hij die stelling, want de werkgeversaansprakelijkheid heeft volgens de Hoge Raad betrekking op:

'de schade die de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden lijdt en niet de schade die de werknemer heeft geleden maar waarvan niet vaststaat dat de werknemer haar (...) in de uitoefening van zijn werkzaamheden heeft geleden',

want

'er bestaat geen goede grond om de aansprakelijkheid van de werkgever (...), in deze zin uit te breiden dat de werkgever ook aansprakelijk is voor schade die de werknemer heeft geleden en ten aanzien waarvan de mogelijkheid bestaat dat zij is geleden in de uitoefening van de werkzaamheden.' (mijn curs., IG).

Met andere woorden: de werkgeversaansprakelijkheid nog verder oprekken dan in het verleden reeds geschied is, is niet wenselijk. Dat daarna ook de overige middelen niet tot cassatie konden leiden, zal na deze ontboezeming nauwelijks nog een verrassing zijn.

5 Zie over de bewijslastverdeling op het gebied van de werkgeversaansprakelijkheid uitvoerig Giesen, *a.w.*, p. 164 e.v., alsmede S.D. Lindenbergh, *Arbeidsongevallen en beroepsziekten*, Deventer 2000, p. 47 e.v. en p. 56 e.v., en de conclusie van A-G Wesseling-van Gent voor het arrest, nr. 2.3 e.v.

6 Vergelijk ook Lindenbergh, *a.w.*, p. 94, en Giesen, *a.w.*, p. 181 e.v., alwaar de situatie besproken wordt waarin er meerdere mogelijke oorzaken voor een bepaalde ziekte bestaan, maar er daarvan slechts één aan de uitoefening van bepaalde

werkzaamheden gerelateerd kan worden. Zie daarover ook uitvoerig A.J. Akkermans, *Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband* (diss. KUB, Deventer 1997, p. 411 e.v., en Ktg. Middelburg 1 februari 1999, *NJKort* 1999, 35 (Schaier/De Schelde). Ik ga hier aan deze gevallen verder voorbij.

7 Geheel zeker is dit echter niet. Zo stelt M.G. Faure, *(G)een schijn van kans?* (Oratie RL), Antwerpen 1993, p. 23, dat mesothelioom in 80% van de gevallen is terug te voeren op asbest.

8 Zie ook de conclusie van A-G Wesseling-

van Gent voor het arrest, onder nr. 1.4.

9 Zie bijvoorbeeld P.S. Fluit, 'De verruiming van de werkgeversaansprakelijkheid voor bedrijfsongevallen en beroepsziekten', *SR* 2000, p. 43; Lindenbergh, *a.w.*, p. 52; Giesen, *a.w.*, p. 182 en 510; de conclusie van A-G Wesseling-van Gent, nr. 2.10-2.12, en recentelijk nog HR 15 december 2000, *RvdW* 2001, 6 (Van Uitert/Jalas).

10 Zie HR 15 december 2000, *RvdW* 2001, 6 (Van Uitert/Jalas).

Een juiste grens?

Het vereiste van de schade die geleden moet zijn in de uitoefening van de werkzaamheden, kan derhalve als een (laatste?) grens ten opzichte van een steeds verder uitdijende aansprakelijkheid gezien worden, althans voor zover het over de werkgeversaansprakelijkheid gaat. Is het trekken van de grens langs de hier uitgezette lijnen gerechtvaardigd?

Ik denk dat een dergelijke grens op zichzelf terecht gesteld wordt, met name omdat, zoals Akkermans al (in een iets ander verband) aangetoond heeft,¹¹ de ratio van de aansprakelijkheid van de werkgever, te weten het beschermen van de werknemer tegen de gevaren van zijn arbeid,¹² nu eenmaal in zijn toepassing beperkt blijft, althans zou moeten blijven, tot die gevallen waarin er ook daadwerkelijk sprake is van een arbeidsongeval of een beroepsziekte (zelfs als wij in beide gevallen uitgaan van een ongeval of ziekte in de meest ruime zin van het woord). Voordat duidelijk is dat het inderdaad om een arbeidsongeval of een beroepsziekte gaat, kan de ratio van art. 7:658 BW, en de daaraan gekoppelde ruime aansprakelijkheid, niet aan bod komen. Met name ook omdat het aansprakelijkheidsregiem zo gunstig is voor de werknemer als hij de eerste hobbel (werd de schade geleden in de uitoefening van de werkzaamheden?) genomen heeft,¹³ dient die eerste 'hobbel' wel iets van gewicht in de schaal te leggen, zo lijkt het.

Billijkheid en stelplicht

Om die 'hobbel' van enig gewicht te laten zijn, was natuurlijk tevens nodig dat een eventuele uitzondering op de normale bewijslastverdeling op basis van de redelijkheid en billijkheid in de zin van art. 177 Rv, buiten toepassing

bleef, én dat de stelplicht van de werkgever met betrekking tot de motivering van zijn betwisting niet al te zeer verzwaaard zou worden. In de r.o. 3.8 en 3.9 van het arrest wordt dat bewerkstelligd. Volgens de rechtbank en de Hoge Raad in navolging daarvan, kon Weststrate zelf aangeven op welke plaatsen binnen het bedrijf hij in de loop der jaren werkte en is niet gebleken dat hij minder mogelijkheden zou hebben om asbestblootstellingen op die plaatsen aan te tonen, zodat een billijkheidsuitzondering op de normale bewijslastverdeling of een zogenaamde aanvullende stelplicht hier niet aanvaard hoefde te worden. Onbegrijpelijk was dit grotendeels feitelijke oordeel van de rechtbank ook niet, aldus de Hoge Raad.

Ik vraag mij echter af hoe Weststrate in 1997 dan had moeten aantonen, nadat zijn ziekte zich in dat jaar voor het eerst openbaarde, dat er in de jaren 1972 tot en met 1989 op bepaalde plaatsen binnen het bedrijf (mogelijk) sprake was van blootstelling aan asbeststof.¹⁴ Wij mogen toch aannemen dat De Schelde, voor zover die blootstelling aan asbest in de jaren '70 en '80 inderdaad mogelijk aanwezig is geweest, deze toestand in 1997 inmiddels had opgeheven. Dat ook De Schelde zelf, naar ik aanneem, niet zal kunnen aantonen dat er toen géén sprake was van blootstelling, laat onverlet dat de (bewijs)mogelijkheden voor Weststrate waarover de Hoge Raad in navolging van de rechtbank spreekt, gewoonweg niet bestaan, noch feitelijk ooit bestaan hebben. De enkele verwijzing naar het bestaan van dergelijke bewijsmogelijkheden als motivering voor de weerlegging van een beroep op de billijkheidsuitzondering of op de aanvaarding van een aanvullende stelplicht, is hier derhalve nogal mager.¹⁵ Mijns inziens had

een aanvullende stelplicht hier dan ook best aanvaard kunnen worden. Ik kom daar nog op terug.

De bewijslast en de strekking van de norm
Niet alleen is de mogelijkheid van blootstelling aan asbest als bewijs onvoldoende en leidt de billijkheid niet tot aanvaarding van een uitzondering op de 'normale' bewijslastverdeling, ook de al eerder genoemde strekking van de werkgeversaansprakelijkheid kan hier volgens de rechtbank niet leiden tot een bewijslastomkering ten aanzien van de vraag naar de blootstelling.¹⁶ Het middel betoogde dat die (beschermende) strekking van art. 7:658 BW nu juist wél een bewijslastomkering ten gunste van de werknemer met zich zou brengen. Volgens de Hoge Raad kan daarvoor echter geen sprake zijn (r.o. 3.6). *Waarom* die strekking niet tot een omkering zou kunnen leiden, staat echter nergens. Er staat alleen dat dat volgens de Hoge Raad zo is. De reden daarvoor zal waarschijnlijk nauw samenhangen met het eerder besproken oordeel dat een uitbreiding van aansprakelijkheid niet wenselijk werd geacht, maar de Hoge Raad zegt daar in het kader van de hier gestelde vraag verder niets over. De vraag is derhalve nog steeds waarom die strekking hier eigenlijk niet tot een bewijslastomkering zou kunnen leiden. In mijn proefschrift heb ik betoogd dat in bepaalde gevallen de strekking van een (materiële) aansprakelijkheidsnorm van belang kan zijn bij de vraag of een bewijsrisico-omkering gerechtvaardigd zou kunnen zijn.¹⁷ Als uitgangspunt van mijn betoog geldt dat *de bewijsrisicoverdeling niet in de weg mag staan aan de verwezenlijking van de materiële (aansprakelijkheids)norm*. Daaruit volgt dan dat een uitzondering op de hoofdregel van bewijsrisicoverde-

11 Zie Akkermans, *a.w.*, p. 405 e.v.

12 Zie bijvoorbeeld HR 25 juni 1993, *NJ* 1993, 686 m.nt. PAS (Cijssouw/De Schelde I), en Giesen, *a.w.*, p. 158 en 191.

13 Naast de eerder genoemde bewijslastomkering ten aanzien van de in acht genomen zorgvuldigheid, is er immers ook nog de bewijsrechtelijke tegemoetkoming op het vlak van het causale verband, waarbij de werkgever, kort gezegd, zal moeten aantonen dat maatregelen zijnerzijds de schade niet voorkomen zouden hebben. Zie nader daarover Giesen, *a.w.*, p. 174-184, en in meer algemene zin p. 116 e.v., alsmede Lindenbergh, *a.w.*, p. 56 e.v., en Akkermans, *a.w.*, p. 393 e.v.

14 Voor 1997 was het voor Weststrate onbekend dat hij mesothelioom had, zodat niet van hem gevergd kon worden om voordien al bewijs te verzamelen. Na 1997 is het verzamelen van bewijs gedeels onmogelijk geworden, omdat de feitelijke situatie toen al veranderd was. Anders gezegd: de noodzaak tot bewijslevering openbaart zich pas na het verstrijken van de periode waarin bewijslevering mogelijk was. Ik zie hier wel een parallel met de asbestziekte die zich openbaart na het verstrijken van de verjaringstermijn, zie daarover HR 28 april 2000, *NJ* 2000, 430 (Van Hese/De Schelde) en HR 28 april 2000, *NJ* 2000, 431

m.nt. ARB (Rouwhof/Eternit), en recentelijk T. Hartlief, 'Verjaring, rechtszekerheid en billijkheid', *NTBR* 2001/2, p. 58 e.v.

15 Ik ben overigens geen voorstander van het gebruik van de billijkheidsleer ten aanzien van de bewijslastverdeling, zie nader Giesen, *a.w.*, p. 87 e.v.

16 In plaats van een uitzondering op de hoofdregel van bewijslastverdeling gebaseerd op de billijkheid, zou het hierbij dan gaan om een uitzondering gebaseerd op een zogenaamde bijzondere regel van bewijslastverdeling, de andere mogelijke uitzondering in de zin van art. 177 Rv.

17 Giesen, *a.w.*, met name p. 445 e.v.

ling gerechtvaardigd is indien aansprakelijkheid in principe wenselijk is op basis van de in die soorten gevallen in beginsel toepasselijke materiële norm, maar die aansprakelijkheid niet kan worden aangenomen – met als gevolg dat verwezenlijking van het doel en de strekking van de materiële norm niet meer mogelijk is – omdat er in de meerderheid van de gevallen van dat soort structurele bewijsnood bestaat.¹⁸ Het door mij opgestelde model om te beoordelen of een bewijslastomkering inderdaad mogelijk is, behelst dan kort gezegd het volgende. De materiële norm is niet meer te verwezenlijken als aansprakelijkheid op basis van die materiële norm niet te bereiken is vanwege de daarbij spelende bewijsproblemen, indien dus van die materiële norm eigenlijk niet meer dan een 'lege huls' resteert. Bewijsproblemen in de hier bedoelde zin doen zich daarbij alleen voor als er sprake is van *structurele bewijsnood*. Dat is het geval indien het in de meerderheid van de gevallen die in beginsel onder de materiële norm geschaard zouden kunnen worden, (toch) niet tot toepassing van die norm kan komen doordat de feitelijke voorwaarden voor toepassing van die norm structureel niet te bewijzen zijn. Dit betekent derhalve dat de enkele bewijsnood niet voldoende is voor een bewijsrisico-omkering. Door het vereiste van structurele bewijsnood wordt bewerkstelligd dat dit model alleen toepasselijk is als de materiële norm daadwerkelijk van zijn effectiviteit beroofd dreigt te worden.¹⁹ In een aantal gevallen dient echter aansprakelijkheid (beter) mogelijk gemaakt te worden en daartoe kan dan de bewijsrisico-omkering benut worden.²⁰ Zo'n geval doet zich voor indien (verzwaring van de bestaande) aansprakelijkheid in het voorliggende type van gevallen *wenselijk* is. Of zo'n (verzwaarde) aansprakelijkheid wenselijk is, is afhankelijk van de *uitleg* van

de materiële norm. Op basis van *het doel en de strekking* van die norm dient dat beoordeeld te worden. Aanvaarding van een bewijsrisico-omkering is zodoende uiteindelijk afhankelijk van de vraag of het doel en de strekking van de materiële norm nog verwezenlijkt kan worden.

De invulling van het doel en de strekking van een bepaalde materiële norm wordt daarbij bepaald door de normatieve argumenten voor aansprakelijkheid, de 'toerekeningsfactoren', zoals die in het *materiële aansprakelijkheidsrecht* te vinden zijn.²¹ De argumenten die de bewijsrisicoverdeling bepalen, zijn dus uiteindelijk dezelfde als die welke de materieelrechtelijke aansprakelijkheidsvraag bepalen. Gezien de invloed van de bewijsrisicoverdeling op de materiële uitkomst van een procedure en de daaruit voortvloeiende nauwe banden tussen bewijsrisico en materieel recht, is het gebruik van materiële argumenten op bewijsrechtelijk niveau overigens logisch en geboden. Deze aansluiting bij het materiële recht is tevens geboden, omdat de bewijsrisicoverdeling op het terrein van het aansprakelijkheidsrecht een vorm van toedeling of toerekening van schade is. Immers, de persoon op wie het bewijsrisico rust, zal veelal ook de schade dragen.

Bewijslast, strekking van de norm en asbestblootstelling

Met betrekking tot de toepassing van dit model op gevallen van schade door asbestblootstelling, concludeerde ik eerder dat zulks in die gevallen niet tot een bewijslastomkering zou leiden.²² Voor wat betreft de uiteindelijke verdeling van de bewijslast, stemt mijn opvatting derhalve overeen met die van de Hoge Raad. De reden voor het niet aanvaarden van een bewijslastomkering is dat er in deze gevallen geen structurele bewijsnood aanwezig is. De situatie waarin onduidelijk is of een

werknemer eigenlijk wel blootgesteld is geweest aan asbest, zal zich immers slechts bij een beperkt aantal gevallen van schade door een asbestziekte voordoen. Anders gezegd: het aantonen van de blootstelling aan asbest vormt over het algemeen geen (groot) probleem.²³ Aan de (vervolg)vraag naar de eventuele wenselijkheid van aansprakelijkheid in deze gevallen, komen wij dan verder niet toe.

Bij het voorgaande speelt, naast hetgeen hiervoor al naar voren gebracht werd, ook nog een rol dat er in deze gevallen mijns inziens een bruikbaar alternatief voor een bewijslastomkering aanwezig is. Deze gevallen zijn naar mijn mening veelal via een feitelijk vermoeden op te lossen, vooral indien de werknemer aan mesothelioomlijdt, waarvoor (eigenlijk²⁴) geen andere oorzaak bekend is dan asbestblootstelling. De aard van de werkzaamheden en de aard van het bedrijf waar de werkgever werkte, zullen vaak tot het vermoeden kunnen leiden, behoudens tegenbewijs²⁵ door de werkgever, dat er inderdaad sprake was van blootstelling aan asbest. Daarbij zou mijns inziens eventueel ook nog een ten laste van de werkgever aanvaarde aanvullende stelplicht een rol kunnen spelen.²⁶ De werkgever zal dan gegevens moeten verstrekken met betrekking tot de vraag welke werkzaamheden de werknemer in de loop der tijd op welke plekken binnen het bedrijf verricht heeft én met betrekking tot de vraag of er daar of in de buurt van die plekken met asbest gewerkt werd. Zo zou via deze procesrechtelijke instrumenten bereikt kunnen worden wat via de bewijslastverdeling niet zal lukken, namelijk dat de vraag of de werkgever een zorgvuldigheidsnorm schond, inhoudelijk getoetst wordt. Uiteindelijk meen ik derhalve dat een vermoeden en een aanvullende stelplicht in dit soort gevallen de nodige soelaas kan bieden. In het hier bespro-

18 Het voorgaande en navolgende is gebaseerd op Giesen, *a.w.*, p. 449 e.v., met een nadere uitwerking op p. 455 e.v.

19 De aanname van een bewijsrisico-omkering (en daarmee een verzwaarde vorm van aansprakelijkheid) is derhalve niet steeds mogelijk als zich een bewijsprobleem aandient.

20 Er bestaan overigens materieelrechtelijke en procesrechtelijke alternatieven voor zo'n omkering, zie mijn dissertatie, *a.w.*, p. 472 e.v.

21 Ik heb die argumenten in mijn proefschrift blootgelegd, zie (in verkorte vorm) Giesen, *a.w.*, p. 409 e.v.

22 Zie Giesen, *a.w.*, p. 510-511.

23 Als wij bij de beoordeling uitgaan van de groep werknemers die getroffen zijn door een asbestziekte en waarbij onduidelijk is of er sprake was van blootstelling aan asbest, zal er (uiteraard) wel een structureel bewijsprobleem zijn, maar als wij uitgaan van de (grotere) groep werknemers die aan een (bepaalde) asbest-

ziekte lijden, zal dat bewijsprobleem niet structureel zijn. Mijns inziens dienen wij van die laatste groep uit te gaan, want in het eerste geval is de groep van gevallen teveel geconcretiseerd, zie hieromtrent nader Giesen, *a.w.*, p. 457-458.

24 Zie echter noot 7.

25 Dat wil zeggen dat het zaaien van twijfel volstaat; bewijs van het *tegendeel* is niet noodzakelijk. Zie nader Giesen, *a.w.*, p. 14.

26 Zie daarover Giesen, *a.w.*, p. 164 e.v.

ken arrest wordt die opvatting echter meteen verworpen. Voor wat betreft het niet-aanvaarden van een aanvullende stelplicht zagen wij dat reeds, doch ook het hiervoor bedoelde feitelijke vermoeden werd niet aanvaard.

Een feitelijk vermoeden van blootstelling aan asbest?

Laat ik voorop stellen dat er zeer geregeld over getwist zal kunnen worden of er een vermoeden voor aanname van een bepaald feit spreekt of juist niet. Dat zal hier niet anders zijn. Ik wil echter ook voorop stellen dat de uiteindelijke uitkomst van deze procedure mijns inziens te wensen over laat. Het is op zijn zachtst gezegd nogal cru voor Weststrate en zijn familie om te moeten ontdekken dat hun vordering niet kan slagen, hoewel Weststrate aan een mesothelioom gestorven is, voor die ziekte vooralsnog alleen blootstelling aan asbest als oorzaak in aanmerking komt én hij jarenlang bij een bedrijf werkte waarvan iedereen weet dat daar asbest verwerkt werd, terwijl bovendien diverse ex-collega's wel erin geslaagd zijn om schadevergoeding te verkrijgen van diezelfde werkgever. Dat Weststrate gezien het werk dat hij feitelijk deed, misschien niet direct bij de verwerking van en het werken met asbest betrokken was, lijkt in het licht van bijvoorbeeld de werkzaamheden van de in het verleden zo genereus bejegende Cijssouw (die tot oktober 1961 direct met asbest werkte, terwijl de periode waarover De Schelde in dat ge-

val een verwijt gemaakt kon worden, van 1960 tot 1967 liep)²⁷ niet echt doorslaggevend te kunnen zijn, maar was dat waarschijnlijk wel. Immers, ook het vermoeden dat er, behoudens tegenbewijs, sprake was van blootstelling aan asbest, durft de rechtbank in casu niet aan, en daarvoor zie ik geen andere mogelijke reden dan het feit dat Weststrate niet dagelijks zelf met asbest in de weer was.

Dat de Hoge Raad zich te dien aanzien achter de feitelijkheid van dat oordeel van de rechtbank 'verschuilt', is cassatietechnisch gezien wellicht wel juist en begrijpelijk, maar verder niet heel erg bevredigend. Als er slechts één bekende oorzaak, namelijk een bepaalde stof, bestaat voor een bepaalde ziekte, zoals de Hoge Raad zelf aangeeft, is dan niet het vermoeden gewettigd dat die oorzaak op zijn minst een bepaalde rol speelde als iemand aan die bepaalde ziekte komt te overlijden? En wordt dat vermoeden niet nog veel sterker als dan ook nog bekend is, al was het maar uit de overige (asbest)rechtspraak, dat in het bedrijf waar die persoon gewerkt heeft, jarenlang met die bepaalde stof gewerkt is? Ligt het oordeel dat stof, werk en ziekte verbonden zijn, in zo'n geval niet zozeer voor de hand dat het afwijzen van een vermoeden op het eerste gezicht vreemd en wél onbegrijpelijk is?

Mijns inziens is dat wel het geval, en de motivering van de rechtbank overtuigt mij dan ook niet. Het moge wellicht juist zijn dat de blootstelling el-

ders kan hebben plaatsgevonden, maar hoe reëel is die veronderstelling eigenlijk? En is het niet veeleer zo dat als die blootstelling al elders (bijvoorbeeld thuis) plaatsvond, ook dat te maken had met De Schelde omdat daar de oorsprong van de asbeststof (meegenomen via de kleding?) lag? En het feit dat Weststrate wellicht niet direct met asbestverwerking te maken had, betekent mijns inziens ook niet direct dat De Schelde de dans zou mogen ontspringen, al was het maar omdat ik mij zou kunnen voorstellen dat er in (een deel van) de tijd van het dienstverband van Weststrate (1972-1989) op het hele bedrijfsterrein van De Schelde sprake was van een zekere mate van blootstelling aan asbeststof.

Conclusie

De juridisch-dogmatische kern van de uitspraak, te weten dat een bewijslastomkering ten aanzien van de blootstelling aan asbest niet aanvaard kan worden, kan ik onderschrijven. Dat er in deze concrete zaak geen ruimte was voor een vermoeden van blootstelling aan asbest, gekoppeld aan tegenbewijslevering door de werkgever, acht ik echter onbegrijpelijk.

I. Giesen

Als postdoc verbonden aan Centrum voor aansprakelijkheidsrecht KU Brabant en aan het SaRO-project 'Aansprakelijkheid, verzekering en schadevergoeding'

²⁷ Zie HR 25 juni 1993, NJ 1993, 686 m.nt. PAS (Cijssouw/De Schelde I), r.o. 3.1.