

van mening dat dit niet het geval is. Met verwijzing naar de rechtspraak (o.a. het arrest van het Gerechtshof 's-Gravenhage van 14 november 2003, ECLI:NL:GHSGR:2003:AO1242) betoogt Cofely dat de onderhavige termijn van meer dan twee jaar niet als een redelijke termijn kan worden aangemerkt.

De kantonrechter is van oordeel dat die termijn in het algemeen inderdaad niet als redelijk kan worden aangemerkt. Zelfs als aan de periode van bemiddeling door het IAS, die liep van eind juli tot eind december 2011, schorsende werking zou worden toegekend, acht de kantonrechter de termijn tot het uitbrengen van de dagvaarding nog aan de lange kant.

Alle gezichtspunten in beschouwing genomen

4.21. Zoals hiervoor is overwogen, is de vordering tot vergoeding van de schade van [A] in beginsel verjaard. Gelet op het absolute karakter van verjaring, dient het beroep op doorbreking van die verjaring alleen in uitzonderlijke gevallen te worden gehonoreerd. Van een dergelijke uitzondering is naar het oordeel van de kantonrechter in dit geval geen sprake. Alle hiervoor besproken gezichtspunten, behalve de gezichtspunten b en d, vallen in meer of mindere mate in het voordeel van Cofely uit. De gezichtspunten b en d leggen tegenover de overige gezichtspunten onvoldoende gewicht in de schaal om die alsnog in het voordeel van de erfgenamen te laten doorslaan. Overige omstandigheden die van belang zouden kunnen zijn bij de beantwoording van de vraag of het beroep op verjaring naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, zijn gesteld noch gebleken.

4.22. Uit het voorgaande volgt dat de vordering van de erfgenamen moet worden afgewezen. Nu het primaire verweer slaagt, behoeft het overige verweer geen bespreking meer.

4.23. [A] zal als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. De kosten aan de zijde van Cofely worden begroot op:
– salaris gemachtigde: € 1.800,= (3 punten x tarief € 600,=).

De gevorderde wettelijke rente over de proceskosten zal worden toegewezen met inachtneming van de hierna te bepalen termijn.

5. De beslissing

De kantonrechter:

5.1. wijst de vordering af;

5.2. veroordeelt [A] tot betaling van de proceskosten aan de zijde van Cofely, tot de uitspraak van dit vonnis begroot op € 1.800,= aan salaris gemachtigde, te voldoen binnen veertien dagen na de datum van dit vonnis, bij gebreke waarvan voormeld bedrag wordt vermeerderd met de wettelijke rente vanaf de vijftiende dag na de datum van dit vonnis tot de dag van volledige betaling;

5.3. verklaart deze kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

NOOT

1. Inleiding

Met regelmaat wordt geprocedeerd in zaken waarin sprake is van zogenoemde asbestschade. Niet zelden gaat het daarbij om een werknemer die tijdens de uitoefening van zijn werkzaamheden met asbest in aanraking is gekomen en daarbij asbestvezels heeft ingeademd.¹ Daardoor kan de asbestziekte maligne mesothelioom worden veroorzaakt. Deze ziekte kent een lange incubatietijd van soms wel 30 of 40 jaar.² Dat betekent dat tussen het inademen van asbestkristallen en het diagnosticeren van mesothelioom zeer veel tijd kan verstrijken. Wanneer daarvan sprake is, ligt een beroep op verjaring door de tot schadevergoeding aangesproken partij voor de hand, zo ook in de zaak die leidde tot de uitspraak van de Kantonrechter Utrecht van 10 november 2014, waarin Cofely, die tot schadevergoeding werd aangesproken, zich primair met een beroep op verjaring verweerde. Het vonnis van de kantonrechter is één van de vele uitspraken waarin een oordeel is gegeven over de verjaringsaspecten bij zogenoemde asbestclaims. In deze annotatie zal worden beoordeeld of het vonnis van de Kantonrechter Utrecht in lijn is met eerder gewezen recht-

1 Overigens komt ook niet-werkgerelateerde asbestschade voor. Zie daarover bijvoorbeeld N. Vloemans & A. van den Heuvel, 'Kroniek aansprakelijkheid voor niet-loondienstgerelateerde asbestschade', *AV&S* 2013-3.

2 Zie hierover de website van het Instituut Asbestslachtoffers (www.asbestslachtoffers.nl). Zie over de ziekte mesothelioom ook S. de Lang & A.J. Van, 'Aansprakelijkheid voor blootstelling aan asbest', *Hb. Personenschade* 2075-21.

spraak. Ik zal daarbij voornamelijk mijn proefschrift als leidraad gebruiken. Ten behoeve van mijn promotieonderzoek heb ik de – hier relevante en hieronder nader te bespreken – gezichtspuntencatalogus uit het arrest Van Hese/De Schelde³ tegen het licht gehouden en bekeken hoe in de lagere rechtspraak invulling aan de diverse relevante factoren is gegeven.⁴

In deze noot zal ook aandacht worden besteed aan het vonnis van de Rechtbank Den Haag van 5 november 2014. Ook in die zaak was sprake van een werknemer die tijdens zijn werk (voor Zalco) de ziekte mesothelioom had opgelopen. Via het Instituut Asbestslachtoffers had de werknemer enkele vergoedingen ontvangen. Nadat Zalco in 2011 failliede, sprak eiser de Staat aan, onder andere vanwege wetgevings- en toezichtsfalen. De vordering was gebaseerd op onrechtmatige daad. Voor zover de rechtbank op verjaringsaspecten is ingegaan, zal dat hieronder worden besproken.

2. Juridisch kader

Wanneer sprake is van een vordering tot schadevergoeding hebben we – bijzondere termijnen in specifieke regelgeving daargelaten – te maken met de verjaringstermijnen van art. 3:310 BW. Het eerste lid van deze bepaling kent een subjectieve verjaringstermijn van vijf jaar en een absolute termijn van 20 jaar.⁵ Wanneer sprake is van de verwezenlijking van een gevaar als bedoeld in art. 6:175 BW (welke bepaling, kort gezegd, de risicoaansprakelijkheid voor gevaarlijke stoffen regelt), geldt op grond van art. 3:310 lid 2 BW een absolute verjaringstermijn van 30 jaar.

In gevallen als de onderhavige is de termijn van lid 2 van toepassing. Immers, in zijn arrest van 2 december 2011⁶ overwoog de Hoge Raad dat asbest een bijzonder gevaar voor personen op-

levert als bedoeld in art. 6:175 BW. Dat de vordering als zodanig niet op dit artikel, maar bijvoorbeeld op art. 7:658 BW (werkgeversaansprakelijkheid) wordt gebaseerd, maakt dit niet anders.⁷ De verwijzing in de tekst van art. 3:310 lid 2 BW naar schade als gevolg van de verwezenlijking van het risico als bedoeld in art. 6:175 BW beoogt niet de toepasselijkheid van de bepaling te beperken tot vorderingen die op art. 6:175 BW gegrond zijn, maar geeft slechts aan om welke soort schadelijke stoffen het gaat.

Ik merk op dat art. 3:310 BW reeds sinds 2004 een vijfde lid kent. Daarin is bepaald dat, in afwijking van de leden 1 en 2, een rechtsvordering tot vergoeding van schade door letsel of overlijden slechts verjaart door verloop van vijf jaren nadat de gelaedeerde zowel met de schade als met de aansprakelijke partij bekend is geworden. Dat betekent dat, in het geval van mesothelioom, het slachtoffer na het ontdekken van deze ziekte nog vijf jaar heeft om zijn (voormalig) werkgever aansprakelijk te stellen (lees: de verjaring te stuiten). Deze regeling, die de absolute verjaringstermijn voor personenschade heeft afgeschaft, geldt voor schade die is veroorzaakt op of na 1 februari 2004, de dag waarop de Wet verjaring personenschade in werking is getreden. Dat betekent dat de “oude” verjaringsregeling voorlopig nog van belang zal blijven.⁸

In de zaak tegen Cofely is op grond van art. 3:310 lid 2 BW sprake van een absolute verjaringstermijn van 30 jaar. Dat was niet het geval in de zaak tegen de Staat. Het beroep van het slachtoffer op toepassing van de termijn van art. 3:310 lid 2 BW werd verworpen, nu de overheid – in de woorden van de rechtbank – niet met een asbestproducent gelijk kan worden gesteld. De Staat heeft geen asbest in het verkeer gebracht en kan – in deze zaak – ook niet op grond van art. 6:175 BW aansprakelijk worden gehouden. Dat brengt mee dat voor de vordering jegens de Staat de “gewone” 20-jarige termijn van art. 3:310 lid 1 BW geldt.

3 HR 28 april 2000, NJ 2000, 430, m.nt. ARB.

4 J.P. Quist, *Gezichtspunten in het privaatrecht, in het bijzonder het arbeidsrecht* (diss. EUR), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014, in het bijzonder hoofdstuk 5.

5 Zie voor deze begrippen onder andere J.L. Smeehuijzen, *Verjaring van het recht op vergoeding van personenschade*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, p. 9.

6 NJ 2012, 197, m.nt. T.FE. Tjong Tjin Tai.

7 In dit verband wijs ik op HR 2 oktober 1998, NJ 1999, 682.

8 Waarover ook M.R. Hebly & S.D. Lindenberg, ‘Doorbreking van de absolute verjaring in geval van mesothelioomclaims: de toepassing van de gezichtspunten uit Van Hese/De Schelde’, *AV&S* 2013-5, p. 172.

3. Art. 6 EVRM

In de procedure tegen Cofely werd door de erfgenamen het standpunt ingenomen dat de absolute verjaringstermijn in strijd is met art. 6 EVRM, omdat de toegang tot de rechter zou worden belemmerd. In dit verband werd een beroep gedaan op het recente arrest van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) van 11 maart 2014 in de zaak *Moor c.s./Zwitserland*.⁹ In deze zaak oordeelde het EHRM dat, wanneer wetenschappelijk is aangetoond dat iemand pas na het verstrijken van de verjaringstermijn kan weten dat hij lijdt aan een bepaalde ziekte, dit feit moeten worden meegevoegd bij het bepalen van de verjaringstermijn. In de specifieke omstandigheden van het geval in de zaak van Moor tegen Zwitserland, kwam het EHRM tot de conclusie dat het recht op toegang tot de rechter, dat door art. 6 EVRM wordt gewaarborgd, was geschonden. Daarbij speelde een voorname rol dat in dat geval een absolute verjaringstermijn van (slechts) tien jaar gold. In de zaak tegen Cofely heeft de kantonrechter het beroep van de erfgenamen op voornoemd arrest van het EHRM niet gevolgd. Hij overwoog dat deze uitspraak niet de conclusie kan wettigen dat de absolute verjaringstermijn van (hier) 30 jaar de toegang tot de rechter belemmert. Daarbij komt, zo overwoog de kantonrechter verder, dat de Hoge Raad in het arrest *Van Hese/Schelde* reeds een mogelijkheid heeft gecreëerd om de verjaringstermijn te doorbreken, zo zal onder punt 5 nader worden uitgewerkt. Bovendien overwoog de Hoge Raad in *Van Hese/De Schelde*, onder verwijzing naar het arrest van het EHRM in de zaak *Stubblings c.s./Verenigd Koninkrijk*,¹⁰ dat de mogelijkheid om het beroep op verjaring naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar te achten, in lijn is met het in art. 6 EVRM belichaamde recht op toegang tot de rechter. Ook wees de Hoge Raad erop dat, gelet op de zeer lange duur van de termijn van art. 3:310 lid 2 BW en het met verjaring beoogde belangrijke doel van rechtszekerheid, niet kan worden gezegd dat deze beperking van het recht op toegang tot de rechter niet mag worden gesteld. Ik wijs in dit verband ook op

het vonnis van de Kantonrechter Amsterdam van 3 mei 2003,¹¹ waarin werd overwogen dat lidstaten het in art. 6 EVRM gegeven recht op toegang tot de rechter mogen reguleren, alsmede dat de verjaringstermijn van art. 3:310 lid 2 BW binnen de grenzen ligt van de beoordelingsvrijheid van de lidstaten, zodat deze verjaringstermijn op zichzelf niet in strijd met art. 6 EVRM kan worden geacht.

De Hoge Raad heeft zich dus reeds uitgelaten over de verhouding tussen de hier geldende absolute verjaringstermijn van 30 jaar, de mogelijkheid die te doorbreken en art. 6 EVRM. Van een schending van dat artikel is naar het oordeel van de Hoge Raad geen sprake. Dat de Hoge Raad in het arrest *Van Hese/De Schelde* reeds aan art. 6 EVRM had getoetst, was voor de kantonrechter in de onderhavige zaak reden om, anders dan de erfgenamen hadden geopperd, geen prejudiciële vragen te stellen.

Ook in de zaak tegen de Staat, die leidde tot het vonnis van de Rechtbank Den Haag, werd een beroep op art. 6 EVRM gedaan en ook in deze zaak werd dit beroep verworpen. De rechtbank oordeelde dat toepassing van de termijn van art. 3:310 lid 1 BW in verband met de vordering van het slachtoffer jegens de Staat geen schending van art. 6 EVRM oplevert. Daartoe is naar het oordeel van de rechtbank redengevend dat het slachtoffer in verband met zijn asbestvordering niet beperkt is in zijn vrije toegang tot de rechter. Immers, de termijn van 30 jaar (op grond van art. 3:310 lid 2 BW) was nog niet verstreken op het moment dat bij hem de ziekte mesothelioom werd gediagnosticeerd. Het slachtoffer is ook in staat geweest om Zalco tijdig aansprakelijk te stellen en in rechte te betrekken. Dat Zalco failliet ging en geen verhaal meer bood, maakt dat naar het oordeel van de rechtbank niet anders. Bovendien wees ook de Rechtbank Den Haag erop dat de Hoge Raad zich reeds in het arrest *Van Hese/De Schelde* over de absolute verjaringstermijn in relatie tot art. 6 EVRM had uitgelaten, zoals hierboven besproken.

Dat – ondanks de termijn van 20 jaar – geen sprake is van schending van art. 6 EVRM vond volgens de rechtbank bovendien rechtvaardiging

⁹ RAV 2014, 48.

¹⁰ EHRM 22 oktober 1996, NJ 1997, 449.

¹¹ Ktr. Amsterdam 3 mei 2003, «JAR» 2003/184.

in het feit dat de vordering op de direct aansprakelijke partij (Zalco) niet verjaard is, terwijl de Staat in zijn hoedanigheid van *indirect* aansprakelijke partij (als wetgever en toezichhouder) wordt aangesproken. Ook de Rechtbank Den Haag heeft geen gevolg gegeven aan het verzoek prejudiciële vragen te stellen.

4. De verjaring van art. 3:310 lid 4 BW

De erfgenamen hebben zich in de zaak voor de Kantonrechter Utrecht voorts op het standpunt gesteld dat de termijn als bedoeld in art. 3:310 lid 4 BW toegepast moet worden. Uit deze bepaling, die geldt vanaf 1 april 2013, volgt dat, indien een schadeveroorzakende gebeurtenis een strafbaar feit oplevert, de rechtsvordering tot vergoeding van schade tegen de persoon die het feit heeft begaan, niet verjaart zolang die persoon nog strafrechtelijk kan worden vervolgd. Volgens de erfgenamen zou Cofely zich schuldig hebben gemaakt aan onder meer dood door schuld (art. 307 Sr). Volgens de erfgenamen heeft het strafbare feit zich gemanifesteerd op het moment dat de ziekte mesothelioom werd geconstateerd. Nu de strafrechtelijke verjaringstermijn volgens de erfgenamen nog liep, kon de zaak in civielrechtelijk opzicht niet verjaard zijn. Ook dit betoog werd door de kantonrechter verworpen. De kantonrechter wees in dit verband op art. 71 Sr, waarin is bepaald dat de hoofdregel is dat strafrechtelijke verjaring begint te lopen op de dag na die waarop het feit is gepleegd en (dus) niet pas nadat de schade, veroorzaakt door de strafbare gedraging, zich heeft gemanifesteerd. In de procedure was ook niet gesteld dat zich één van de in art. 71 Sr genoemde uitzonderingen voordeed.¹² Bovendien volgt uit de wetsgeschiedenis bij art. 3:310 lid 4 BW dat dit artikel niet tot gevolg kan hebben dat een dader van een strafbaar feit met een vordering wordt geconfronteerd, die onder het daarvoor geldende regime reeds was verjaard.¹³ Dat wordt door art. 73a lid 2 Overgangswet voorkomen.

Deze bepaling bewerkstelligt dat een verjaringstermijn die reeds is verstreken, niet door de inwerkingtreding van art. 3:310 lid 4 BW herleeft. In de zaak voor de Kantonrechter Utrecht was de werknemer tot medio juli 1970 bij Cofely in dienst geweest. De laatste dag waarop de inademing van asbestkristallen kon plaatsvinden en waarop de verjaring een aanvang nam,¹⁴ was reeds meer dan 30 jaar geleden. De absolute verjaringstermijn van art. 3:310 lid 2 BW was dus verstreken. Het vierde lid van art. 3:310 BW maakt dit niet anders, zodat ook het beroep op deze bepaling werd verworpen.

Ook in de zaak voor de Rechtbank Den Haag werd een beroep op art. 3:310 lid 4 BW gedaan, welk beroep eveneens werd verworpen, en wel met de overweging dat de Staat zich jegens het slachtoffer niet schuldig heeft gemaakt aan mishandeling (van het slachtoffer) dan wel het aan hem toebrengen van zwaar lichamelijk letsel. Art. 3:310 lid 4 BW mist in deze zaak dus toepassing.

5. Het arrest Van Hese/De Schelde

Nu noch het beroep op art. 6 EVRM, noch het beroep op art. 3:310 lid 4 BW slaagde, kwam de kantonrechter in de zaak tegen Cofely toe aan de toepassing van de gezichtspunten die de Hoge Raad formuleerde in het arrest Van Hese/De Schelde. In dit arrest overwoog de Hoge Raad dat de absolute verjaringstermijn een objectief en in beginsel absoluut karakter kent. Aan deze termijn moet, zo vervolgde de Hoge Raad, strikt de hand worden gehouden. Dat wil evenwel niet zeggen dat deze termijn nooit op grond van art. 6:2 lid 2 BW buiten toepassing zou kunnen blijven. De Hoge Raad haastte zich in het arrest daaraan toe te voegen dat daarvoor uitsluitend in uitzonderlijke gevallen plaats is. Of toepassing van de verjaringstermijn van 30 jaar na de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust inderdaad naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, zal, aldus de Hoge Raad, met inachtneming van alle omstandigheden van het concrete geval moeten worden beoordeeld. De Hoge Raad voegde aan

¹² Gelet op de omschrijving van die uitzonderingen, zou een beroep daarop ook niet erg kansrijk zijn geweest.

¹³ *Kamerstukken II* 2010-2011, 32 853, nr. 3, p. 6-7.

¹⁴ Vgl. daarover T.J.C. van Noord, 'Wanneer is het gebeurd? Het begrip "gebeurtenis" en het probleem van verjaring bij asbestzaken', *TMA* 2001-3, p. 62.

deze overweging toe dat de rechter er blijk van moet geven in ieder geval de door de Hoge Raad genoemde gezichtspunten in zijn beoordeling te hebben betrokken. Deze door de Hoge Raad aangereikte relevante factoren hebben dus een imperatief karakter.¹⁵ Uit de overweging dat alle omstandigheden van het geval van belang zijn, volgt dat de gezichtspuntencatalogus niet limitatief is.¹⁶ De door de Hoge Raad geformuleerde gezichtspunten kunnen dus steeds met andere relevante factoren worden aangevuld.

Het imperatieve karakter van de gezichtspuntencatalogus uit het arrest Van Hese/De Schelde wordt in de lagere rechtspraak doorgaans onderkend, doordat alle zeven uitdrukkelijk door de Hoge Raad genoemde factoren in de beoordeling worden betrokken.¹⁷ Ook wordt in lang niet alle gevallen het beroep op doorbreking van de absolute verjaringstermijn gehonoreerd. In de in mijn proefschrift onderzochte uitspraken was in 35% van de gevallen sprake van doorbreking van deze verjaringstermijn, terwijl dat in 65% van de zaken niet het geval was.¹⁸ Daaruit volgt dat de lagere rechters het beroep op de absolute verjaringstermijn niet snel onaanvaardbaar vinden. Dat is in lijn met voornoemde overweging van de Hoge Raad in het arrest Van Hese/De Schelde, dat alleen in uitzonderlijke gevallen geoordeeld kan worden dat het beroep op verjaring onaanvaardbaar is.

6. Toepassing van de gezichtspunten uit Van Hese/De Schelde

Vervolgens rijst de vraag hoe de Kantonrechter Utrecht in de zaak tegen Cofely invulling heeft gegeven aan de gezichtspunten uit het arrest Van Hese/De Schelde. Daar zal hieronder nader op worden ingegaan.

15 Tegen dit verplichte karakter van de gezichtspuntencatalogus is in de literatuur wel geprotesteerd, voornamelijk door Smeehuijzen, onder andere in zijn proefschrift. J.L. Smeehuijzen, *De bevrijdende verjaring* (diss. VU Amsterdam), Deventer: Kluwer 2008, p. 257.

16 Zie Hof Leeuwarden 13 januari 2009, ECLI:NL:GHLEE:2009:BH2762, alsmede Hof Den Haag 25 januari 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BP1109.

17 Quist, a.w., p. 331.

18 Quist, a.w., p. 333.

Gezichtspunt a

Het eerste gezichtspunt stelt de vraag naar de aard van de schade aan de orde. Wordt vergoeding gevorderd van vermogensschade, van immateriële schade of van beide? In de onderhavige zaak stelde de kantonrechter te dien aanzien vast dat de vordering voor het merendeel uit immateriële schade bestaat. Verder is bij de toepassing van dit gezichtspunt van belang aan wie de schadevergoeding toekomt. Is dat het slachtoffer zelf, diens nabestaanden of derden? In de zaak die leidde tot het vonnis van de Kantonrechter Utrecht was het slachtoffer overleden en hebben zijn erfgenamen de procedure voortgezet. Een eventueel toe te wijzen schadevergoeding zou aan hen ten goede komen. De kantonrechter kwam tot het oordeel dat dit (eerste) gezichtspunt in het voordeel van Cofely uitviel. Dat is deels in lijn met eerdere rechtspraak. Daaruit valt als algemene lijn te destilleren dat aan een vordering tot vergoeding van vermogensschade in de regel meer gewicht wordt toegekend dan aan een vordering strekkende tot het verkrijgen van smartengeld. De kantonrechter overwoog weliswaar dat de vordering voor het merendeel uit immateriële schade bestond, maar uit de vordering van de erfgenamen volgt dat ongeveer een derde van het totaal gevorderde bedrag uit materiële schade bestond. Verder geldt dat wanneer de vergoeding aan het slachtoffer zelf ten goede komt dan wel aan zijn nabestaande(n) met wie hij in gezinsverband heeft geleefd, dat in de regel een argument voor doorbreking van de verjaringstermijn is. Tegen doorbreking pleit overduidelijk de situatie waarin de vergoeding voor een regresnemer bestemd is, maar dat is hier niet aan de orde.¹⁹

Gezichtspunt b

Het tweede gezichtspunt dat de rechter in zijn beoordeling moet betrekken betreft de vraag in hoeverre voor het slachtoffer respectievelijk zijn nabestaanden ter zake van de schade een aanspraak uit anderen hoofde bestaat. In dat verband overwoog de kantonrechter dat het slachtoffer een zogenoemde TAS-uitkering als

19 Zie voor een en ander Quist, a.w., p. 339.

voorschot heeft ontvangen, maar dat dit moet worden terugbetaald indien de vordering in de procedure wordt toegewezen.

De kantonrechter overwoog dat dit gezichtspunt in het voordeel van de erfgenamen uitvalt. In veel andere uitspraken zien we juist dat het verkrijgen van een uitkering bijdraagt aan het oordeel dat het beroep op verjaring niet onaanvaardbaar is. Het gegeven dat de uitkering onder omstandigheden moet worden terugbetaald heeft evenwel ook in andere zaken een rol gespeeld. Uit sommige uitspraken blijkt dat het subsidiaire karakter van de Regeling tegemoetkoming asbestslachtoffers²⁰ een argument is voor het doorbreken van de verjaringstermijn. In andere zaken was dat niet het geval. De rechtspraak laat op dit punt dus een wisselend beeld zien.²¹

Verder komt nog betekenis toe aan de woorden "in hoeverre" in gezichtspunt b. Daaruit vloeit voort dat niet uitsluitend moet worden gekeken óf een uitkering uit anderen hoofde bestaat. De aangehaalde woorden bieden ook de ruimte om bij de invulling van het gezichtspunt te differentiëren naar de hoogte van het reeds ontvangen bedrag in relatie tot de omvang van de totale schade. Ook over dit aspect wordt in de lagere rechtspraak verschillend gedacht.²²

Gezichtspunt c

De mate waarin de gebeurtenis aan de aangesproken partij kan worden verweten, is het volgende gezichtspunt dat de rechter in de beoordeling moet betrekken. Hierbij ligt het voor de hand en wordt ook algemeen aangenomen, dat wanneer sprake is van een hoge mate van verwijtbaarheid dat eerder leidt tot doorbreking van de verjaringstermijn dan wanneer geen sprake is van verwijtbaarheid of wanneer de mate daarvan gering is.²³

In de onderhavige zaak hadden de erfgenamen naar het oordeel van de kantonrechter onvoldoende gesteld tegenover het gemotiveerde verweer van Cofely. De kantonrechter volgde hen dus niet in het standpunt dat Cofely een ernstig verwijt kon worden gemaakt. Daarbij was naar het oordeel van de kantonrechter vooral van belang dat Cofely geen asbestproducerend of asbestverwerkend bedrijf was, dat zich intensief met asbest of de verwerking daarvan bezig hield. Ook uit andere rechtspraak volgt dat de aard van het aangesproken bedrijf een belangrijke factor is bij de toepassing van het onderhavige gezichtspunt.²⁴

Gezichtspunt d

Dit gezichtspunt werpt de vraag op in hoeverre de aangesproken partij reeds voor het verstrijken van de verjaringstermijn rekening heeft gehouden of had moeten houden met de mogelijkheid dat zij voor de schade aansprakelijk zou zijn. Te dien aanzien overwoog de kantonrechter dat Cofely wellicht niet reeds tijdens het dienstverband van het slachtoffer met een mogelijke aansprakelijkstelling rekening hoefde te houden, maar dat dat wel het geval was voordat de verjaringstermijn verstreek. De kantonrechter wees in dit verband op de bekendheid van de schadelijke gevolgen van asbest bij het grote publiek en het algeheel asbestverbod in Nederland in 1993. De kantonrechter legde dit gezichtspunt dan ook ten nadele van Cofely uit.

Dit is in lijn met andere rechtspraak, waaruit allereerst volgt dat wanneer de rechter tot de vaststelling komt dat de laedens wist dat asbest een (gezondheids)risico vormde, daaraan het gevolg wordt gekoppeld dat hij ook met aansprakelijkheid rekening diende te houden. Bovendien volgt uit de rechtspraak dat met regelmaat een onderscheid wordt gemaakt tussen de situatie waarin een voormalig werknemer schade lijdt en het geval dat een derde gelaedeerde is. In gevallen van zogenoemde thuisbesmetting wordt namelijk minder snel aangenomen dat de laedens er voor het verstrijken van de verjaringstermijn rekening mee moest houden dat hij aansprakelijk zou zijn.²⁵

20 Zie art. 3 lid 2 jo. art. 12.

21 Quist, a.w., p. 341-342.

22 Idem, p. 345.

23 Zie ook M.R. Hebly & S.D. Lindenbergh, 'Doorbreking van de absolute verjaring in geval van mesothelioomclaims: de toepassing van de gezichtspunten uit Van Hese/De Schelde', AV&S 2013-5, p. 164, alsmede Quist, a.w., p. 349.

24 Quist, a.w., p. 354.

25 Zie voor een en ander Quist, a.w., p. 358 en 359.

Gezichtspunt e

De overgang tussen de gezichtspunten d en e (betreffende de vraag of de aangesprokene naar redelijkheid nog de mogelijkheid heeft om zich tegen de vordering te verweren) is een vloeiende. Beide gezichtspunten lopen in elkaar over, aangezien de mogelijkheid tot het kunnen voeren van verweer in grote mate afhankelijk zal zijn van de bewustheid van de laedens dat hij aansprakelijk zou kunnen worden gehouden, omdat hij pas daarna werk heeft kunnen maken van het verzamelen, vastleggen en bewaren van bewijsmateriaal, hetgeen nodig is voor het kunnen voeren van verweer tegen de ingestelde vordering.

In de onderhavige zaak kwam de Kantonrechter Utrecht tot het oordeel dat Cofely, gelet op de lange tijdspanne tussen de uitdiensttreding en de aansprakelijkstelling (41 jaar), ernstig beperkt is in haar mogelijkheden om verweer te voeren. De kantonrechter verwees hierbij naar het arrest van de Hoge Raad van 26 november 2004,²⁶ waaruit volgt dat dit gezichtspunt zeer in het algemeen de vraag aan de orde stelt of de aangesprokene naar redelijkheid nog de mogelijkheid heeft zich tegen de vordering te verweren. Daarbij is niet van belang door welke oorzaken bewijsmateriaal verloren is gegaan en of dit de aangesprokene valt toe te rekenen.

Voor een partij die meer dan 30 jaar na het eindigen van het dienstverband met een bepaalde werknemer aansprakelijk wordt gesteld, is het in beginsel lastig om nog deugdelijk, dat wil zeggen concreet en onderbouwd, verweer te voeren tegen de jegens haar ingestelde vordering. Het enkele feit dat er geruime tijd is verstreken is hier debet aan. Dit is een aspect dat in de lagere rechtspraak, net als in het onderhavige vonnis van de Kantonrechter Utrecht, vaak tot uitdrukking komt.²⁷ Voorts is van belang dat in veel uitspraken zwaar aan gezichtspunt e wordt getild, waarbij soms ook uitdrukkelijk wordt gewezen op de ratio van het instituut verjaring.²⁸

In de literatuur is er zelfs voor gepleit dat gezichtspunt e op zichzelf beschouwd doorslaggevende betekenis moet kunnen hebben.²⁹

Gezichtspunt f

Het een-na-laatste gezichtspunt dat de Hoge Raad in het arrest Van Hese/De Schelde heeft genoemd stelt de vraag aan de orde of de aansprakelijkheid (nog) door verzekering is gedekt. Daarvan was in de onderhavige zaak geen sprake, hetgeen in het voordeel van Cofely werd uitgelegd.

Uit het arrest van de Hoge Raad van 25 november 2005³⁰ blijkt dat het enkele feit dat de aansprakelijkheid niet (meer) door verzekering is gedekt, niet betekent dat de weegschaal in het voordeel van de aangesprokene moet doorslaan. Het gezichtspunt is en blijft dus één van de factoren die, in samenhang met de andere gezichtspunten, in ogenschouw moet worden genomen. Hoewel er weinig uitspraken zijn waarin uitdrukkelijk wordt aangegeven wat het gevolg is van een bepaalde invulling van gezichtspunt f, ligt het voor de hand dat wanneer er nog verzekeringsdekking bestaat, dit in het uiteindelijke oordeel over de toelaatbaarheid van het verjaringsverweer in het voordeel van de gelaedeerde c.q. diens nabestaanden meeweegt. Andersom geldt dan, dat wanneer die dekking er niet (meer) is, dit in het voordeel van de aangesproken partij pleit.³¹ Bovengenoemde overweging van de kantonrechter is hiermee in lijn.

Gezichtspunt g

Het zevende en laatste gezichtspunt uit de Van Hese/De Schelde-catalogus betreft de vraag 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 onderhavige zaak had de werknemer Cofely binnen een maand na de diagnose aansprakelijk gesteld. De dagvaarding werd echter pas ruim twee jaar later uitgebracht. De kantonrechter oordeelde dat die (laatste) termijn in het algemeen niet als redelijk

²⁶ NJ 2006, 288.

²⁷ Quist, a.w., p. 365.

²⁸ Zoals bijvoorbeeld in Rb. Rotterdam 8 juli 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:BL1548 en Ktr. Roermond 10 februari 2010, ECLI:NL:RBROE:2010:BL3084.

²⁹ Vgl. J.L. Smeehuijzen, 'Verjaring', TVP 2010-2, p. 50.

³⁰ NJ 2009, 103, m.nt. I. Giesen.

³¹ Quist, a.w., p. 373.

kan worden aangemerkt, zodat het niet kon bijdragen aan de onaanvaardbaarheid van het beroep op verjaring.

Gezichtspunt g vraagt een redelijkheidsoordeel van de (lagere) rechter, terwijl de Hoge Raad geen aanknopingspunten heeft gegeven voor de invulling van deze factor, noch in het arrest Van Hese/De Schelde, noch in latere rechtspraak. In de literatuur is er wel voor gepleit dat met een vaste termijn wordt gewerkt.³²

Uit onderzoek naar de lagere rechtspraak is naar voren gekomen dat in de zaken waarin gezichtspunt g naar het oordeel van de rechter in het voordeel van de gelaedeerde dan wel diens nabestaanden strekte, was de gemiddelde termijn van de diagnose tot aan de aansprakelijkstelling 3,33 maanden. Tot aan het uitbrengen van de dagvaarding verstreek (eveneens vanaf de diagnose) gemiddeld 15,24 maanden. In de zaken waarin werd geoordeeld dat *niet* voortvarend (genoeg) was gehandeld, zien we termijnen van een heel andere orde. Uit die zaken blijkt dat de gemiddelde duur tot aan de aansprakelijkstelling 11,06 maanden bedraagt en tot aan de dagvaarding 44,53 maanden, in beide gevallen vanaf de diagnose.³³

Blijkens de rechtspraak wordt, net als bij gezichtspunt e, zwaar aan deze factor getild. Het komt zelfs voor dat zaken uitsluitend op basis van dit gezichtspunt worden afgedaan, zonder dat de andere (overigens ook imperatief voorgeschreven) gezichtspunten in de beschouwing worden betrokken.

De kantonrechter kwam in de zaak tegen Cofely, na afweging van de hiervoor genoemde gezichtspunten tot het oordeel dat er geen aanleiding bestaat om de absolute verjaringstermijn te doorbreken. Alle gezichtspunten, behalve de gezichtspunten b en d, vielen in meer of mindere mate in het voordeel van Cofely uit, zodat de conclusie luidde dat haar beroep op verjaring stand hield en de vordering van de erfgenamen werd afgewezen. Hiervoor is aangegeven dat de invulling van de gezichtspunten door de kantonrechter over het algemeen genomen in lijn is

met eerdere rechtspraak. Bovendien past het oordeel in de "opdracht" van de Hoge Raad om in beginsel aan de absolute verjaringstermijn vast te houden en deze alleen in uitzonderlijke gevallen te doorbreken. Naar het oordeel van de kantonrechter was deze zaak niet "uitzonderlijk" genoeg.

Met betrekking tot het ook eerder aan de orde gestelde vonnis van de Rechtbank Den Haag merk ik nog op dat daarin geen aanleiding werd gezien om de gezichtspunten uit het arrest Van Hese/De Schelde toe te passen. De rechtbank overwoog in dit verband dat deze gezichtspunten specifiek betrekking hebben op de 30-jarige verjaringstermijn (van art. 3:310 lid 2 BW). De rechtbank vervolgde dat zij geen aanleiding ziet die gezichtspunten ook te betrekken bij de vraag of de Staat in redelijkheid een beroep kan doen op de verjaringstermijn van art. 3:310 lid 1 BW.

7. Tot slot

De twee hierboven besproken uitspraken onderstrepen dat allerlei meer of minder creatieve stellingen om aan verjaring van een zogenoemde asbestvordering te ontkomen (zoals een beroep op art. 6 EVRM en art. 3:310 lid 4 BW), door de rechter vaak niet worden gevolgd. Wanneer sprake is van de 30-jarige termijn van art. 3:310 lid 2 BW, zal het dan ook meestal uitdraaien op de beantwoording van de vraag of het beroep op verjaring naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid al dan niet onaanvaardbaar is. Daarbij zal de rechter de in Van Hese/De Schelde genoemde gezichtspunten moeten betrekken. Allereerst zal daaraan invulling moeten worden gegeven, waarbij de rechter in belangrijke mate afhankelijk is van hetgeen partijen in de procedure hebben gesteld. Vervolgens zullen de diverse factoren tegen elkaar moeten worden afgewogen. Dat is geen eenvoudige exercitie, aangezien de gezichtspunten niet langs dezelfde meetlat kunnen worden gelegd om hun onderlinge gewicht te bepalen. Er is, anders gezegd, sprake van incommensurabiliteit.³⁴ Er mag dan

32 Zoals bijvoorbeeld door Snijders in zijn noot onder HR 26 november 2004, NJ 2006, 228.

33 Zie voor de verantwoording van deze cijfers Quist, a.w., p. 383-384.

34 Waarover F.M.J. den Houdijker, 'Vraagstukken rond de rechterlijke belangenafweging', in: E.T. Feteris e.a. (red.), 'Alles afwegende ...' Bijdragen aan het Vijfde Symposium Juridische Argumentatie 22 juni 2007 te Rotterdam, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2007, p. 174.

ook het nodige worden verwacht van de motivering van een uitspraak waarin aan de hand van gezichtspunten, bijvoorbeeld die uit het arrest Van Hese/De Schelde, wordt getoetst. De rechter zal niet alleen moeten aangeven welke factoren in ogenschouw zijn genomen en hoe die gezichtspunten zijn "ingekleurd", ook zal moeten worden gemotiveerd hoe de uiteindelijke afweging heeft plaatsgevonden. In de praktijk wil het daar nog wel eens aan schorten.³⁵

J.P. Quist
advocaat bij Olie & De Jonge Advocaten te Goes
(www.oliedejonge.nl) en universitair docent bij de
sectie Arbeidsrecht van de Erasmus Universiteit
Rotterdam

Deelgeschillen

19

Rechtbank Oost-Brabant zp 's-Hertogenbosch
30 oktober 2014, nr. C/01/277834/EX RK 14-130,
ECLI:NL:RBOBR:2014:6528
(mr. Rietveld)

Letselschade. Deelgeschil.

[Rv art. 1019aa; BW art. 6:96]

Verzoek om te verklaren voor recht dat twee door partijen gezamenlijk ingewonnen expertiserapporten niet als basis kunnen dienen voor de afwikkeling van de schade wordt afgewezen. Het verzoek leent zich voor deelgeschil, maar verzoeker heeft zijn bezwaren tegen de inhoud van de rapporten pas erg laat naar voren gebracht en ook niet voldoende onderbouwd. Het verzoek wordt afgewezen. Verweerder, die voor 70% aansprakelijk is voor de schade van verzoeker, wordt veroordeeld tot betaling van 70% van de kosten van het deelgeschil. Het tegenverzoek van verweerder, om voor recht te verklaren dat de expertiserapporten wél het vertrekpunt dienen te zijn voor de verdere afwikkeling van de schade, wordt ingewilligd.

35 Zie onder andere C.E. Drion, 'De omstandigheden-catalogus; drie gedachten ter verbetering', *NJB* 2008-27, p. 1635.

[Verzoeker] te [woonplaats],
verzoeker,
advocaat: mr. T.G.M. Gersjes te Eindhoven,
tegen
de naamloze vennootschap *London Verzekeringen NV*, thans onderdeel uitmakend van *Allianz Benelux NV*, te Rotterdam,
verweerster,
advocaat: mr. H.A. Kragt te Arnhem.

Partijen zullen hierna [verzoeker] en London worden genoemd.

De complete uitspraak is te raadplegen op www.sdujurisprudentie.nl

20

Kantonrechter Rechtbank Oost-Brabant zp
Eindhoven
31 oktober 2014, nr. 3072845/14-387,
ECLI:NL:RBOBR:2014:6522
(mr. Roeterdink)
Noot mr. V. Oskam

Deelgeschil. Werkgeversaansprakelijkheid. Geen bewuste roekeloosheid. Zorgplicht werkgever.

[BW art. 6:162, 6:173, 7:611, 7:658;
Rv art. 1019w, 1019aa]

Werknemer (medewerker houtzagerij) verlaat na overwerk in de avonduren het bedrijfsterrein samen met een collega. Hierbij klimmen zij over het stalen hek (2.30 meter hoog en met metalen punten) aangezien de toegangspoort al op slot zit en zij bij het verlaten van het bedrijfspand de sleutel niet hebben gevraagd van de (hertoe aangestelde) sleutelhouder. Voor het hek geplaatste prullenbak (ca. 75 cm hoog) gebruiken ze als opstapje, zonder welk "opstapje" het hek te hoog zou zijn geweest om overheen te klimmen. Werknemer blijft met ringvinger hangen aan metalen punt en verliest zijn vinger, waarna gedeeltelijk arbeidsongeschikt. Werknemer spreekt werkgever aan ex art. 7:658 BW (en gevaarstelling (art. 6:173 jo. 6:162 BW)) en op grond van goed werkgeverschap (art. 7:611 BW). In deelgeschil wordt de aansprakelijkheidsvraag (voor de werknemer positief) beantwoord. Ruime uitleg van het begrip "in de uitoefening van de werkzaamheden". Geoordeeld wordt dat de

ook het nodige worden verwacht van de motivering van een uitspraak waarin aan de hand van gezichtspunten, bijvoorbeeld die uit het arrest Van Hese/De Schelde, wordt getoetst. De rechter zal niet alleen moeten aangeven welke factoren in ogenschouw zijn genomen en hoe die gezichtspunten zijn "ingekleurd", ook zal moeten worden gemotiveerd hoe de uiteindelijke afweging heeft plaatsgevonden. In de praktijk wil het daar nog wel eens aan schorten.³⁵

J.P. Quist
advocaat bij Olie & De Jonge Advocaten te Goes (www.oliedejonge.nl) en universitair docent bij de sectie Arbeidsrecht van de Erasmus Universiteit Rotterdam

Deelgeschillen

19

Rechtbank Oost-Brabant zp 's-Hertogenbosch
30 oktober 2014, nr. C/01/277834/EX RK 14-130,
ECLI:NL:RBOBR:2014:6528
(mr. Rietveld)

Letselschade. Deelgeschil.

[Rv art. 1019aa; BW art. 6:96]

Verzoek om te verklaren voor recht dat twee door partijen gezamenlijk ingewonnen expertiserapporten niet als basis kunnen dienen voor de afwikkeling van de schade wordt afgewezen. Het verzoek leent zich voor deelgeschil, maar verzoeker heeft zijn bezwaren tegen de inhoud van de rapporten pas erg laat naar voren gebracht en ook niet voldoende onderbouwd. Het verzoek wordt afgewezen. Verweerder, die voor 70% aansprakelijk is voor de schade van verzoeker, wordt veroordeeld tot betaling van 70% van de kosten van het deelgeschil. Het tegenverzoek van verweerder, om voor recht te verklaren dat de expertiserapporten wél het vertrekpunt dienen te zijn voor de verdere afwikkeling van de schade, wordt ingewilligd.

35 Zie onder andere C.E. Drion, 'De omstandigheden-catalogus; drie gedachten ter verbetering', *NJB* 2008-27, p. 1635.

[Verzoeker] te [woonplaats],
verzoeker,
advocaat: mr. T.G.M. Gersjes te Eindhoven,
tegen
de naamloze vennootschap *London Verzekeringen NV*, thans onderdeel uitmakend van *Allianz Benelux NV*, te Rotterdam,
verweerster,
advocaat: mr. H.A. Kragt te Arnhem.

Partijen zullen hierna [verzoeker] en London worden genoemd.

De complete uitspraak is te raadplegen op www.sdujurisprudentie.nl

20

Kantonrechter Rechtbank Oost-Brabant zp
Eindhoven
31 oktober 2014, nr. 3072845/14-387,
ECLI:NL:RBOBR:2014:6522
(mr. Roeterdink)
Noot mr. V. Oskam

Deelgeschil. Werkgeversaansprakelijkheid. Geen bewuste roekeloosheid. Zorgplicht werkgever.

[BW art. 6:162, 6:173, 7:611, 7:658;
Rv art. 1019w, 1019aa]

Werknemer (medewerker houtzagerij) verlaat na overwerk in de avonduren het bedrijfsterrein samen met een collega. Hierbij klimmen zij over het stalen hek (2.30 meter hoog en met metalen punten) aangezien de toegangspoort al op slot zit en zij bij het verlaten van het bedrijfspand de sleutel niet hebben gevraagd van de (hiertoe aangestelde) sleutelhouder. Voor het hek geplaatste prullenbak (ca. 75 cm hoog) gebruiken ze als opstapje, zonder welk "opstapje" het hek te hoog zou zijn geweest om overheen te klimmen. Werknemer blijft met ringvinger hangen aan metalen punt en verliest zijn vinger, waarna gedeeltelijk arbeidsongeschikt. Werknemer spreekt werkgever aan ex art. 7:658 BW (en gevaarzetting (art. 6:173 jo. 6:162 BW)) en op grond van goed werkgeverschap (art. 7:611 BW). In deelgeschil wordt de aansprakelijkheidsvraag (voor de werknemer positief) beantwoord. Ruime uitleg van het begrip "in de uitoefening van de werkzaamheden." Geoordeeld wordt dat de