

NJ 2009, 103

HOGE RAAD (CIVIELE KAMER)

25 november 2005, nr. C04/182HR

(Mrs. D.H. Beukenhorst, A.M.J. van Buchem-Spapens, P.C. Kop, W.A.M. van Schendel, F.B. Bakels; A-G Verkade)

m.nt. prof. mr. I. Giesen

LJN AT8782

BW art. 6:162

Asbest. Aansprakelijkheid producent/leverancier: art. 6:162 BW; maatstaf; bekendheid met gevaren voor gezondheid; verhoogde zorgvuldigheidsnorm. Verjaring; objectieve verjaringstermijn; strekking; derogerende werking redelijkheid en billijkheid; omstandigheden geval; gezichtspunten: aansprakelijkheid door verzekering gedekt?. Taak cassatierechter.

De (on)rechtmatigheid van het handelen van de producent/leverancier van asbestcementplaten moet worden beoordeeld in het licht van de maatschappelijke opvattingen ten tijde van de aan de producent/leverancier verweten gedragingen. Vanaf het moment waarop binnen de maatschappelijke kring waartoe de producent/leverancier behoort, bekend moest worden geacht dat aan het werken met asbest gevaren voor de gezondheid zijn verbonden, had een verhoogde zorgvuldigheidsnorm te gelden met het oog op de belangen van diegenen die zich bevinden in de directe nabijheid van een plaats waar met asbest wordt gewerkt. Het is afhankelijk van de omstandigheden van het geval en van de toentertijd bestaande kennis en inzichten, welke veiligheidsmaatregelen vanaf dat moment van de producent/leverancier konden worden verwacht. In dat verband zijn mede van belang de mate van zekerheid dat het werken met asbest gezondheidsrisico's meebracht en de aard en ernst van die risico's.

Als gezichtspunt waarvan de rechter blijk moet geven deze in zijn beoordeling te hebben betrokken bij de beantwoording van de vraag of in een concreet geval sprake is van een uitzonderlijk geval waarin een beroep op de objectieve verjaringstermijn naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, valt onder meer te noemen of de aansprakelijkheid (nog) door verzekering is gedekt. In aanmerking genomen de strekking van de onderhavige objectieve verjaringstermijn heeft het hof blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting dan wel zijn oordeel onvoldoende gemotiveerd door te overwegen dat het in de stelling dat de solvabiliteit van de niet verzekerde producent/leverancier zal worden bedreigd door

de bij toewijzing van de onderhavige vordering te verwachten toename van het aantal vorderingen, geen voldoende reden ziet om het beroep op verjaring te honoreren. De klachten die betrekking hebben op oordelen van feitelijke aard vragen in de vorm van motiveringsklachten in wezen een hernieuwde beoordeling van de stellingen en van het bewijsmateriaal, welke beoordeling de taak van de cassatierechter te buiten gaat.

Een producent/leverancier van asbestcement-platen wordt in kort geding door een mesothelioom-slachtoffer aansprakelijk gesteld voor de ten gevolge van haar ziekte geleden schade. De vordering is gebaseerd op art. 6:162 BW. Het slachtoffer heeft aangevoerd dat moet worden aangenomen dat de blootstelling aan asbest, die haar ziekte heeft veroorzaakt, heeft plaatsgevonden tijdens de werkzaamheden bij haar ouderlijk huis in 1971, en dat de producent/leverancier van de asbestcementplaten de gebruikers hiervan niet heeft gewaarschuwd voor de gezondheidsrisico's daarvan, hoewel zij daarmee toen wel op de hoogte was. De voorzieningenrechter heeft het door het slachtoffer gevorderde voorschot op de schadevergoeding toegewezen; het hof heeft het bestreden vonnis bekrachtigd.

In cassatie wordt opgekomen tegen het oordeel dat de producent/leverancier onrechtmatig heeft gehandeld en voorts tegen het oordeel dat het beroep van de producent/leverancier op verjaring niet opgaat. De rechtmatigheid van het handelen van de producent/leverancier moet worden beoordeeld in het licht van de maatschappelijke opvattingen ten tijde van de verweten gedragingen of nalatigheden. Daarbij verdient opmerking dat vanaf het moment waarop binnen de maatschappelijke kring waartoe de producent/leverancier behoort, bekend moest worden geacht dat aan het werken met asbest gevaren voor de gezondheid zijn verbonden, een verhoogde zorgvuldigheidsnorm had te gelden met het oog op de belangen van diegenen die zich bevinden in de directe nabijheid van een plaats waar met asbest wordt gewerkt. Het is afhankelijk van de omstandigheden van het geval en van de toentertijd bestaande kennis en inzichten, welke veiligheidsmaatregelen vanaf dat moment van de producent/leverancier konden worden verwacht. In dat verband zijn mede van belang de mate van zekerheid dat het werken met asbest gezondheidsrisico's meebracht en de aard en ernst van die risico's (vgl. HR 17 december 2004, RvdW 2005, 4). Het hof heeft deze maatstaven klaarblijkelijk aan zijn beoordeling van het geschil tussen partijen ten grondslag gelegd. Het is mitsdien van een juiste rechtsopvatting uitgegaan ter beoordeling van de rechtmatigheid van het handelen van de producent/leverancier. Zijn oordeel is evenmin onbegrijpelijk gemotiveerd.

De overige klachten, voor zover die betrekking hebben op oordelen van feitelijke aard, miskennen de grenzen van hetgeen in cassatie nog aan de orde kan komen. Zij vragen immers in de vorm van motiveringsklachten in wezen een hernieuwde beoordeling van de stellingen van de producent/leverancier en van het bewijsmateriaal, welke beoordeling de taak van de cassatierechter te buiten gaat.

Prof. mr. I. Giesen is hoogleraar Burgerlijk recht (i.h.b. Aansprakelijkheidsrecht) en is verbonden aan het Molengraaff Instituut, Faculteit der Rechtsgeleerdheid (Universiteit Utrecht). Deze zaak is eerst onlangs in handen van de annotator gesteld, Red.

In zijn arrest van 28 april 2000, NJ 2000, 430 heeft de Hoge Raad in beginsel mogelijk geacht dat ook een beroep op een objectieve verjaringstermijn in uitzonderlijke gevallen naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kan zijn. Of dat in een concreet geval inderdaad zo is, zal met inachtneming van alle omstandigheden van dat geval moeten worden beoordeeld. Als gezichtspunten waarvan de rechter blijk moet geven deze in zijn beoordeling te hebben betrokken, valt onder meer te noemen of de aansprakelijkheid (nog) door verzekering is gedekt. De strekking van een objectieve verjaringstermijn is met name om de schuldenaar te beschermen tegen het instellen van oude vorderingen waarmee hij na verloop van die termijn in beginsel geen rekening meer behoefde te houden. Het hof heeft blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, dan wel zijn oordeel onvoldoende gemotiveerd door te overwegen dat het in de stelling van de niet-verzekerde producent, dat de solvabiliteit zal worden bedreigd door de bij toewijzing van de onderhavige vordering te verwachten toename van het aantal vorderingen, geen voldoende reden ziet om het beroep op verjaring te honoreren. Het hof heeft blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting indien de aangehaalde overweging aldus moet worden verstaan dat de omstandigheid dat de producent/leverancier tegen de onderhavige vordering niet is verzekerd, niet terzake dienend is bij de beoordeling van het door zijn gedane beroep op verjaring. Deze omstandigheid is bij die beoordeling immers wel degelijk van belang. Voor het geval het hof evenwel van de juiste rechtsopvatting is uitgegaan, is zijn oordeel dat de enkele omstandigheid dat de producent/leverancier tegen de onderhavige vordering niet is verzekerd, onvoldoende reden is om zijn beroep op verjaring te honoreren, zonder nadere motivering, die ontbreekt, onbegrijpelijk.

Eternit Fabrieken B.V., te Goor, gemeente Hof van Twente, eiseres tot cassatie, adv. mr. J. van Duijvendijk-Brand,
tegen

A. Horsting, te Dalen, verweerders in cassatie, adv. mr. M.J. Schenck.

Hof:

4 De beoordeling van het geschil in hoger beroep

4.1 De voorzieningenrechter heeft in de rov. 4 en 5 van het vonnis waarvan beroep het beroep op verjaring door Eternit verworpen. Eternit komt hiertegen op in haar grief VII.

4.2 De voorzieningenrechter heeft geoordeeld dat de vordering van Horsting tot schadevergoeding in beginsel is verjaard, nu de ziekte mesothelioom zich bij Horsting in mei 2002, derhalve zo'n 31 jaar na de gestelde onrechtmatige daad, heeft geopenbaard. Vervolgens heeft de voorzieningenrechter geoordeeld dat toepassing van de criteria van HR 28 april 2000, NJ 2000, 430 inzake Van Hese/De Schelde gegeven de omstandigheden van de onderhavige zaak tot de conclusie noopt dat toepassing van de wettelijke verjaringstermijn naar maatstaven van

redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, zodat Eternit geen beroep op verjaring toekomt.

4.3 Voor zover Eternit bedoeld heeft te stellen (memorie van grieven onder 9.2) dat de vermelde uitspraak van de Hoge Raad inzake Van Hese/De Schelde in casu niet toepasbaar is, omdat, anders dan in de zaak Van Hese/De Schelde, het in deze zaak niet gaat om een werkgever/werknemer-relatie, verwerpt het hof dat standpunt. Ook in de onderhavige zaak is immers sprake van het 'uitzonderlijke geval' als vermeld in rov. 3.3.1 van het vermelde arrest van de Hoge Raad, te weten, kort gezegd, dat de ziekte mesothelioom pas kon worden geconstateerd nadat de verjaringstermijn al was verstreken.

4.4 Het hof deelt de overweging van de voorzieningenrechter in rov. 6 van het vonnis waarvan beroep, waar de omstandigheden van deze zaak worden getoetst aan de criteria van het vermelde arrest van de Hoge Raad, en neemt die overweging geheel over. In die afweging wordt verondersteld dat te dezen sprake is van een onrechtmatige daad van Eternit jegens Horsting. In die veronderstelde situatie deelt het hof de overweging van de voorzieningenrechter – en verwerpt daarmee het andersluidende standpunt van Eternit – dat 'zo komt vast te staan dat Eternit, zonder te waarschuwen voor de gezondheidsrisico's, asbestplaten heeft geleverd voor de loods bij de ouderlijke woning van Horsting, terwijl zij wist dat het asbest bij bewerking schadelijk zou kunnen zijn voor de gezondheid, Eternit hier een ernstig verwijt (kan) worden gemaakt'. In de stellingen van Eternit dat zij nimmer eerder met een aansprakelijkstelling als in deze zaak werd geconfronteerd alsmede dat een bij toewijzing van de onderhavige vordering te verwachten toename van het aantal vorderingen de solvabiliteit van het niet-verzekerde Eternit zal bedreigen, ziet het hof geen voldoende reden om het beroep van Eternit op verjaring wel te honoreren. Grief VII is mitsdien tevergeefs voorgesteld.

4.5 De voorzieningenrechter heeft in rov. 7 van het vonnis onder meer het volgende overwogen: 'De onderhavige asbestcementplaten zijn door de plaatsing op en aan de loods verwerkt door aannemer IJdens en de broers van Horsting. Daartoe zijn de platen onder andere verspaand (zagen, slijpen e.d.). Naar het voorlopige oordeel van de voorzieningenrechter was dit in 1970–1971 een redelijkerwijs te verwachten gebruik van asbestcementplaten. Al vele jaren werden de asbestcementplaten aldus gebruikt en dat is in de onderhavige periode voortgegaan terwijl de platen zonder enige waarschuwing in het verkeer werden gebracht. (...)'. In de toelichting bij grief III betwist Eternit, met een beroep op een passage uit de memorie van toelichting bij het ontwerp van de Silicosewet van 16 december 1949, te weten 'Ook bij de vervaardiging en het zagen van asbestcementplaten e.d. heeft verspreiding van asbesthoudend stof plaats' (zie productie 8 bij memorie van grieven), dat het vermelde gebruik van asbestplaten door een aannemer in 1970–1971 redelijkerwijs te verwachten was, doch naar 's hofs oordeel bevestigt de vermelde

passage nu juist de vermelde overweging van de voorzieningenrechter.

4.6 Vervolgens heeft de voorzieningenrechter in rov. 7 van het vonnis waarvan beroep geoordeeld dat bij het verspanen van asbestcementplaten asbeststof vrijkomt, dat dit stof mesothelioom kan veroorzaken, alsmede dat dit gevaar in de onderhavige periode, 1970-1971, bij Eternit bekend was althans bekend had behoren te zijn. Eternit komt tegen dit oordeel op in haar grief II.

4.7 Uit de in rov. 4.5 vermelde passage uit de memorie van toelichting bij het ontwerp uit 1949 van de Silicosewet blijkt van het gevaar van verspreiding van asbesthoudend stof bij het vervaardigen en het verzagen van asbesteementplaten. Uit de door Horsting in het geding gebrachte publicatie van ir. Kolff van Oosterwijk d.d. 3 april 1970 betreffende het gebruik van asbestproducten (productie 12 in eerste aanleg en productie L bij akte van Horsting na pleidooi) blijkt uit de in die publicatie vermelde door ir. Bijleveld, directeur van Eternit, gestelde vragen en de beantwoording daarvan door dr. Stumphius genoegzaam dat op dat moment bekend was dat vrijkomende asbeststoffen mesothelioom kunnen veroorzaken. Ter illustratie vermeldt het hof de volgende drie citaten: 'De laatste jaren zijn zij, die direct dagelijks contact hebben met asbest, zich redelijk goed bewust van de daaraan verbonden risico's. Bescherming is hier gebruikelijk; in de fabrieken door een permanent afzuigstelsel en op plaatsen, waar dit niet mogelijk is, door een persoonlijke bescherming met behulp van diverse typen maskers.' (blz. G 45, rechterkolom, tweede alinea, van die publicatie), 'De reële gevaren van een asbest-expositie treden op bij de fabricage, montage en demontage van asbesthoudende producten, waar grote hoeveelheden asbeststof kunnen vrijkomen. In Engeland zijn door de asbestindustrieën richtlijnen uitgegeven, hoe onder deze omstandigheden te handelen (...)' (blz. G 45, rechtsonderaan, van die publicatie), alsmede 'Als eerder gezegd, zal asbest gevaar opleveren door losse, zwevende vezels; bij asbestisolatiewerkzaamheden zal dit in sterke mate het geval zijn. In gebonden vorm – als asbestcementmaterialen – zal het geen probleem opleveren, tenzij het asbest in dit soort materialen door bewerken of slijtage vrijkomt. Een onzer mesothelioomslachtoffers was bijv. een waterleidingmonteur, die jarenlang asbestcementbuizen had bewerkt. Het asbest kon in de longen van het slachtoffer worden aangetoond.' (blz. G 46, rechterkolom, van die publicatie). De wetenschap dienaangaande, die ir. Bijleveld als directeur van Eternit al enige tijd vóór de vermelde publicatie d.d. 3 april 1970 moet hebben gehad, namelijk toen de beraadslaging waarvan die publicatie verslag doet en waarbij Bijleveld kennelijk aanwezig is geweest, heeft plaatsgevonden, mede gelet op de publicatie van het proefschrift van dr. J. Stumphius over 'Asbest in een bedrijfsbevolking' in 1969 (zie productie 11 in eerste aanleg), dient aan Eternit te worden toegerekend. Gelet op deze gegevens is het hof met de voorzieningenrechter van oordeel dat het bewuste

gevaar aan Eternit, een internationaal opererend bedrijf, in 1970-1971 bekend was althans bekend had behoren te zijn. Grief II is tevergeefs voorgesteld.

4.8 Daarop volgend heeft de voorzieningenrechter in rov. 7 van het bestreden vonnis geoordeeld als volgt: 'Gegeven het in 1970-1971 redelijkerwijs te verwachten gebruik van asbestcementplaten en de wetenschap bij Eternit over het gevaar dat daaraan is verbonden voor de gebruiker en eventuele derden in de omgeving van die gebruiker, is het in het verkeer brengen van asbestcementplaten zonder dat redelijkerwijs te verwachten gebruik – door bijvoorbeeld waarschuwingsetiketten – tot veilige verwerking te beperken, ook naar de normen van 1970-1971 onrechtmatig jegens benadeelden. Onder de gegeven omstandigheden heeft Eternit een gevaarlijk en dus gebrekkig product in het verkeer gebracht'. Hiertegen richt Eternit zich tevergeefs in haar grief III. Van Eternit had mogen worden verwacht dat zij gegeven het vermelde redelijkerwijs te verwachten gebruik en haar kennis aangaande de daaraan verbonden ernstige gevaren de voor de hand liggende en weinig kostbare maatregel van een waarschuwing had moeten nemen. Van het feit dat zij dit niet heeft gedaan valt haar, zoals in rov. 4.4 al overwogen, een ernstig verwijt te maken.

4.9 Partijen hebben ten processe mede aan de hand van schriftelijke bewijsstukken uitvoerig gedebatteerd over de vraag of de bewuste asbestcementplaten, die in 1971 door aannemer IJdens bij de ouderlijke woning van Horsting zijn aangeleverd, door Eternit in het verkeer zijn gebracht. Horsting heeft te dezen terecht een beroep gedaan op het bepaalde in art. 6:99 BW, zoals door de Hoge Raad uitgelegd in zijn arrest van 9 oktober 1992, NJ 1994, 535 inzake de DES-dochters (zie ook HR 31 januari 2003, NJ 2003, 346). Toepassing van dat wetsartikel brengt in deze zaak mede dat Eternit moet bewijzen dat de ziekte die Horsting heeft gekregen niet het gevolg is van een gebeurtenis waarvoor Eternit aansprakelijk is. Dat geldt dus zowel voor de stelling van Eternit dat de bewuste asbestcementplaten niet door haar in het verkeer zijn gebracht, als voor haar stelling dat niet vaststaat dat Horsting ziek is geworden door de asbeststof afkomstig van de bewuste asbestcementplaten maar door een andere blootstelling aan asbeststof dan het gebeuren bij de ouderlijke woning van Horsting in 1971, alsook voor haar stelling dat niet zij doch uitsluitend aannemer IJdens voor de litigieuze blootstelling aan asbeststof aansprakelijk is. Gelet op de met bewijsstukken (waaronder de in eerste aanleg overgelegde, op schrift gestelde verklaringen van IJdens en Meijerink en de in hoger beroep overgelegde, op schrift gestelde verklaring van Kasteleijn, met bijbehorende foto's, alsmede het ter griffie van het hof gedeponeerde stuk asbestplaat) onderbouwde stellingname door Horsting heeft Eternit voorshands niet aannemelijk gemaakt dat zij in de bodemprocedure in de krachtens art. 6:99 BW op haar rustende bewijslast zal slagen. Deze kwestie vergt een nadere instructie van de zaak, in ieder geval een (of meer) bewijsopdracht(en) en mogelijk nog

een deskundigenbericht, voor welke nadere instructie in dit kort geding geen plaats is. Mitsdien zijn ook de grieven I en IV tevergeefs voorgesteld.

4.10 Uit het vorenoverwogene volgt dat ook de grieven V en VI tevergeefs zijn voorgedragen.

4.11 Uit het vorenoverwogene volgt tevens dat grief VIII geen succes kan hebben. Gegeven het voldoende aannemelijk zijn van de onrechtmatige daad zijdens Eternit jegens Horsting en gegeven de toepassing in deze zaak van art. 6:99 BW is voorschands genoegzaam aannemelijk dat Eternit door de bodemrechter voor de door Horsting als gevolg van haar ziekte mesothelioom geleden en te lijden schade aansprakelijk zal worden gehouden.

4.12 Het bewijsaanbod van Eternit wordt gepasseerd omdat daarvoor in dit kort geding geen plaats is.

4.13 De slotsom luidt dat het vonnis waarvan beroep dient te worden bekrachtigd. Eternit dient als de in het ongelijk gestelde partij te worden veroordeeld in de kosten van de procedure in hoger beroep.

5 Beslissing

Het hof, rechtdoende in hoger beroep in kort geding: bekrachtigt het vonnis waarvan beroep;

veroordeelt Eternit in de kosten van deze procedure in hoger beroep, tot op heden aan de zijde van Horsting begroot op € 650 voor griffierecht en op € 2.994 voor salaris voor de procureur;

verklaart deze kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

Cassatiemiddel:

Schending van het recht, en/of verzuim van vormen waarvan de niet-inachtneming nietigheid met zich brengt, omdat het hof heeft overwogen en beslist als vermeld in het hier als ingelast en herhaald te beschouwen arrest, waarvan beroep, ten onrechte om de navolgende redenen:

Klacht 1

1. In rov. 4.6 verwijst het hof naar rov. 7 van het vonnis van de voorzieningenrechter waarin de verschillende stappen zijn opgenomen waarlangs de voorzieningenrechter tot aansprakelijkheid van eiseres tot cassatie (Eternit) is gekomen, te weten: bij het verspanen van asbestcementplaten komt asbeststof vrij (stap 1). Als gevolg daarvan kan Pels Rijken & Droogleever Fortuijn advocaten & notarissen mesothelioom ontstaan (stap 2) en van dit gevaar was Eternit zich in de onderhavige periode (1970-1971) bewust, althans had zij met dit gevaar bekend behoren te zijn (stap 3). Het hof komt in rov. 4.7 en 4.8 via eenzelfde stappenplan tot een gelijklopende conclusie als de voorzieningenrechter. Deze redenering van het hof en de conclusie waartoe het hof vervolgens (met name in rov. 4.8) komt, te weten dat Eternit wetenschap had van het gevaar dat aan het redelijkerwijs te verwachten gebruik van asbestcementplaten was verbonden en dat zij gegeven die

wetenschap onrechtmatig jegens benadeelden (in casu dus Horsting) heeft gehandeld door een, zonder adequate waarschuwing gebrekkig, en dus gevaarlijk product in het verkeer te brengen, geeft blijk van een onjuiste rechtsopvatting (meer in het bijzonder omtrent het vereiste 'bekendheid' of 'state of the art') en/of is zonder nadere, ontbrekende, motivering onbegrijpelijk.¹ Deze hoofdklacht, die in onderling verband en samenhang met de hierna volgende onderdelen van het middel gelezen dient te worden (en vice versa), zal hierna verder worden uitgewerkt en toegelicht.

2. Tegen het eerste deel van de redenering van het hof, te weten de (feitelijk) vaststelling dat bij het vervaardigen en verzagen van asbestcementplaten asbesthoudend stof vrijkomt en dat dit in 1970/1971 óók aan Eternit bekend was/moet zijn geweest (mede gelet op de door het hof genoemde MvT op de Silico-sewet) valt weinig in te brengen, tenzij de betreffende passage – het hof spreekt in rov. 4.7 van 'het gevaar van verspreiding van asbesthoudend stof' (curs. JvDB) – aldus zou moeten worden gelezen dat daarin reeds besloten ligt het oordeel dat verspreiding van asbeststof steeds – dat wil zeggen los van de vraag om welke soort asbest het gaat en los van de vraag naar de mate en aard (duur en hoeveelheid) van blootstelling aan het stof – een reëel gevaar voor de gezondheid van betrokkenen oplevert alsmede dat dit gevaar reeds in 1970/1971 bekend was. Indien en voorzover Uw Raad zou menen dat de passage aldus moet worden gelezen, kan Eternit zich met dat oordeel niet verenigen; de hierna nader uit te werken rechts- en motiveringsklachten richten zich in dat geval ook tegen 'stap 1' van de redenering van het hof.

3. In rov. 4.7 overweegt het hof vervolgens dat uit de door Horsting in het geding gebrachte publicatie van ir. Kolff van Oosterwijk d.d. april 1970 betreffende het gebruik van asbestcementplaten² blijkt uit 'de door ir. Bijleveld, directeur Eternit, gestelde vragen en de beantwoording daarvan door dr. Stumphius' dat op dat moment bekend was dat vrijkomende asbeststoffen mesothelioom kunnen veroorzaken', waarna het hof vervolgens ter illustratie een drietal citaten uit het artikel vermeldt. In rov. 4.8 verbindt het hof aan een en ander de conclusie dat waar Eternit bekend moest zijn met het redelijkerwijs te verwachten gebruik van asbestcementplaten, zij *dus* gelet op eerder vastgestelde wetenschap over het daaraan verbonden gevaar, onrechtmatig jegens Horsting heeft gehandeld door de platen zonder waarschuwing in het verkeer te brengen.

¹ Gelet op de uitvoerige wijze van procederen in dezen moet het ervoor gehouden worden dat de gewone motiveringseisen gelden, vgl. HR 29 november 2002, NJ 2003, 549, met noot JBMV.

² Het artikel is door Horsting in eerste aanleg in het geding gebracht als productie 12 en bij akte van Horsting na pleidooi in appel als productie L.

3.1 'de door ir. Bijleveld, directeur Eternit, gestelde vragen en de beantwoording daarvan door dr. Stumphius'

Voorzover uit dit geciteerde deel van het arrest van het hof moet worden afgeleid dat het hof het gehele vraag en antwoord spel op het conto van Bijleveld (vragen) en Stumphius (antwoorden) heeft geschreven, is dat (feitelijke) oordeel *onbegrijpelijk* omdat uit het artikel blijkt dat alleen de op p. G 46 linkerkolom onderaan (vraag a) en rechterkolom bovenaan tot halverwege (vragen b, c en d) weergegeven vragen door Bijleveld zijn gesteld. De door het hof weergegeven citaten zien (goed)deels op de door anderen gestelde vragen. Voorzover het hof dus van beslissende betekenis heeft geacht dat de vragen die het hof weergeeft door Bijleveld zelf (en dus niet door een van de anderen) zijn gesteld, lijdt het arrest van het hof reeds om die reden aan een manco in de motivering.

3.2 'dat op dat moment bekend was dat vrijkomende asbeststoffen mesothelioom kunnen veroorzaken' (rov. 4.7) levert op 'wetenschap over het aan het gebruik van asbestcementplaten verbonden gevaar' (rov. 4.8)

3.2.1 Dit oordeel geeft blijk van een *onjuiste rechtsopvatting*, meer in het bijzonder omtrent het begrip 'wetenschap' a) omdat niet alle asbestsoorten qua eigenschappen en de daaraan verbonden risico's over één kam geschoren kunnen worden (ten aanzien van witte asbest, waarvan in casu sprake is, is het (zie met name hierna onder 3.3.3) steeds de opvatting geweest dat deze soort slechts in zeldzame gevallen mesothelioom kan veroorzaken) en verder b) omdat de relatie tussen 'duur, aard en omvang' van de blootstelling aan asbest enerzijds en de aan die combinatie gerelateerde kans³ op het ontstaan van mesothelioom anderzijds bepalen OF er sprake is van 'gevaar', zodat het onjuist is om, zoals het hof doet, uitgaande van de bij Eternit aanwezig geachte bekendheid met 'HET' gevaar (verbonden aan het vrijkomen van asbeststof) daaraan vervolgens de conclusie te verbinden dat Eternit dus ook bekend was met 'het gevaar verbonden aan het gebruik van asbestcementplaten zoals hier aan de orde', omdat – zoals hiervoor is aangegeven en hierna verder zal worden toegelicht – duur, aard en omvang van de blootstelling alsmede de soort asbest, zowel elk afzonderlijk, maar zeker ook in combinatie met elkaar – het gevaar zelf constitueren, of, zo men wil, van de vraag naar het bestaan van dat gevaar integraal onderdeel uitmaken, zodat het hof deze aspecten bij het antwoord op de vraag of Eternit wetenschap had omtrent het gevaar verbonden aan *het litigieuze gebruik* (aard, omvang enzovoort) van *deze vorm van asbestmaterialen* (t.w. asbestcementplaten) had dienen te betrekken.

3.2.2 Het hiervoor onder 3.2.1 geformuleerde middelonderdeel klaagt er dus *niet* over dat het hof heeft miskend dat voor aansprakelijkheid van Eternit onvoldoende is dat er sprake is van schending van

een *algemene* veiligheidsnorm en dat bekendheid met het *specifieke* gevaar, in de zin van het ontstaan, de aard en de omvang van de schade voor Eternit kenbaar en voorzienbaar moeten zijn geweest⁴ maar het bestrijdt de *aan die vraag voorafgaande vaststelling* door het hof dat Eternit in 1970/1971 wetenschap moet hebben gehad omtrent het algemene gevaar voor de gezondheid van mensen dat verbonden zou zijn aan *geringe/incidentele blootstelling aan asbeststof* afkomstig van *witte asbest* in de vorm van asbestcementplaten.

Slechts *subsidiar*, dat wil zeggen voor het geval uw Raad de klacht uit 3.2.1 zou verwerven, heeft dit middelonderdeel (3.2.2) tot doel om óók een klacht van de hiervoor aangeduide strekking aan uw Raad voor te leggen, te weten de klacht dat het hof heeft miskend dat voor aansprakelijkheid van Eternit nodig is dat de besmetting van Horsting een naar *objectieve maatstaven* te verwachten gevolg is van schending van de door het hof aangenomen veiligheidsnorm. De conclusie dat dit naar objectieve maatstaven (anno 1970/1971) het geval is geweest houdt immers geen stand (vergelijk ook de onderdelen 3.2.3 t/m 3.3.12), zodat het oordeel van het hof blijk geeft van een *onjuiste rechtsopvatting*.

3.2.3 Althans is het oordeel van het hof, in het licht van hetgeen Eternit onder meer in appèl in haar derde en vijfde grief en de daarop gegeven toelichting naar voren heeft gebracht over de onvoorzienbaarheid van de wijze waarop de platen zouden worden verspaand (door de familie van Horsting), de wijze waarop Horsting daarbij betrokken was (uitkloppen van kleding/vegen) en de aan een dergelijke betrokkenheid gerelateerde, geringe mate van, blootstelling aan asbest, *onvoldoende begrijpelijk gemotiveerd*.

3.2.4 Voorzover het oordeel van hof (mede) zou berusten op de gedachte dat voor aansprakelijkheid van Eternit niet is vereist dat, het (aan het gebruik door derden/gebruikers van [verwerking van] asbestcementplaten verbonden) gevaar van het ontstaan van mesothelioom, *destijds (geheel) bekend* was, heeft het hof miskend dat voor een dergelijk 'oprekken' van de schuldaansprakelijkheid, zoals in het geval van werkgeversaansprakelijkheid ex art. 1638x⁵, hier uitdrukkelijk geen plaats is. *Ten eerste* is de grondslag van de aansprakelijkheid een geheel andere dan die bij werkgeversaansprakelijkheid. *Ten tweede* zijn de bezwaren die voor het aansprakelijk gestelde bedrijf zijn verbonden aan het toepassen van de 'omkeringsregel' (welke toepassing, gegeven de bestaande rechtspraak, vrijwel onvermijdelijk lijkt te zijn indien eenmaal schending van een specifieke zorgvuldigheidsnorm is vastgesteld) in gevallen als de onderhavige veel klemmender dan bij werkgeversaansprake-

³ Vgl. HR 15 juni 2001, NJ 2002, 336, m.nt. CJHB.

⁴ Zoals in het Legionella arrest van 9 november 2002, NJ 2002, 549, m.n. JBMV, waarin de bekendheid met het algemene gevaar als vaststaand werd aangenomen (zie het arrest, rov. 3.6.2-3.6.4).

⁵ Vgl. HR 25 juni 1993, NJ 1993, 686 en HR 2 oktober 1998, NJ 1999, 682 en 683.

lijkheid⁶, dit vanwege de veel grotere mate van waarschijnlijkheid dat een ANDER astbesthoudend product de besmetting heeft veroorzaakt, danwel dat sprake is van mesotheliom ZONDER relatie met blootstelling aan asbest. Het hof heeft dus ook in dat opzicht blijk gegeven van een *onjuiste rechtsopvatting*.

3.2.5 Althans lijdt het arrest van het hof aan motiveringsgebreken, omdat Eternit de hiervoor onder 3.2.1 weergegeven stellingen in haar verweer heeft betrokken – onder meer door middel van haar tweede grief en de daarop gegeven toelichting⁷ – zodat het hof, nu het om essentiële instellingen van Eternit gaat, daar niet zonder enige motivering aan voorbij had mogen gaan.

3.3 Het oordeel van het hof is voorts, in het licht van de inhoud van de gedingstukken, om meerdere redenen *onbegrijpelijk*. Uit de door het hof geciteerde passages en de conclusie die het hof daaraan vervolgens in rov. 4.8 verbindt (zie ook hiervoor onder 1) blijkt dat het hof kennelijk van oordeel is dat bekendheid met 'het gevaar van vrijkomende asbeststoffen' in het algemeen, niet alleen óók impliceert bekendheid met 'het gevaar van vrijkomende witte asbeststof' (kennelijk ongeacht de *mate* waarin dat stof is vrijgekomen) maar ook met het feit dat:

- '1) juist niet degenen die dagelijks contact hebben met asbest het grootste gevaar lopen (bescherming is hier gebruikelijk), maar eerder *anderen*, die zich niet bewust zijn van de risico's
- 2) de reële gevaren van asbestblootstelling optreden bij fabricage, montage en demontage van asbesthoudende producten en
- 3) meer specifiek als het gaat om *asbestcement-materialen in gebonden vorm*, bij het bewerken van die producten of in geval van slijtage (curs. van mij, JvDB)

Het hof baseert dat oordeel volgens eigen zeggen (rov. 4.7) op het eerder genoemde verslag van de bijeenkomst met Stumphius⁸ en op diens proefschrift. Dat oordeel is onbegrijpelijk, niet alleen in het licht van de stellingen van Eternit zelf (Eternit heeft (zie hiervoor onder 3.2.2) gemotiveerd gesteld dat het een 'geenszins wetenschappelijk uitgemaakte zaak was dat het risico op mesotheliom ook zou kunnen bestaan bij kleinschalige blootstelling aan louter witte asbest'⁹ en zij heeft die stellingen onderbouwd, onder meer door verwijzing naar de door Horsting overgelegde producties), maar ook gelet op de inhoud van de stukken die door Horsting zijn

overgelegd (waaruit door Horsting slechts selectief is geciteerd) en tenslotte, maar niet in de laatste plaats, gezien de inhoud van het proefschrift van Stumphius waaraan het hof naar eigen zeggen groot gewicht heeft toegekend bij zijn beslissing op het punt van de aan Eternit toegedichte wetenschap.

Gevaar van wit asbest?

3.3.1 Het hof doet zijn oordeel onder meer steunen op het proefschrift van Stumphius. De bevindingen over het mogelijk gevaar van wit asbest (chrysotiel) in diens proefschrift zijn echter zeer schaars. Na de publicatie van Wagner c.s. uit 1960 te hebben besproken (onderzoek in Zuid-Afrika binnen een beperkt gebied, te weten een streek waar asbest werd gedolven en wel het crocidoliet) merkt Stumphius over dit onderzoek op:

'In de nabijheid van mijnen van andere asbestsoorten in Zuid-Afrika (chrysotiel) werd deze opeenhoping van mesotheliomen niet gevonden.'¹⁰

3.3.2 Stumphius heeft geen onderzoek verricht naar besmetting met mesotheliom als gevolg van (uitsluitend) chrysotiel. Ook de door hem vermelde onderzoeken in het buitenland besteden daar niet of nauwelijks aandacht aan. Wel maakt Stumphius melding van een aantal dierproeven (bij de methode waarvan hij vervolgens zodanige kanttekeningen plaatst dat de conclusie daaruit meteen op losse schroeven komt te staan) en slechts en marge merkt hij naar aanleiding daarvan op:

'(...) indien de stof direct wordt ingebracht in de pleuraholte, er bepaald niet gesteld kan worden, dat chrysotiel minder tumorogeen zou kunnen werken dan crocidoliet, hoewel deze veronderstelling wel gangbaar is.'

Daar wordt dan echter onmiddellijk aan toegevoegd dat toediening *via de ademwegen* wel longtumoren oplevert, maar nauwelijks het ontstaan van mesotheliomen (a.w., p. 82).

3.3.3 Het *deskundigenrapport*¹¹ dat in een andere zaak tegen Eternit werd uitgebracht op verzoek van de kantonrechter te Almelo en door Horsting als productie¹² in deze procedure werd ingebracht, geeft heel duidelijke antwoorden op de vraag naar de kans op besmetting met mesotheliom als gevolg van blootstelling aan witte asbest; die antwoorden wijzen in een geheel andere richting dan die in deze zaak door het hof werd aangenomen. Zo betogen de deskundigen dat niet alle asbestsoorten even belangrijk zijn als oorzaak van mesotheliom:

'het meest gevaarlijk is crocidoliet (blauw asbest), daarop volgt amosiet (bruin asbest), terwijl het meest gebruikte en geproduceerde witte asbest (chrysotiel) slechts *in zeldzame gevallen* als oorzaak kan worden aangemerkt (en waarschijnlijk veroorzaakt door een verontreiniging met het

6 Daarbij bedenke men niet alleen dat vaststaat dat in 15 tot 20% van de gevallen waarin mesotheliom wordt geconstateerd nooit een verband gelegd heeft kunnen worden met de blootstelling aan asbest (vgl het hierna nog nader aan te halen deskundigenrapport (p. 11) dat door Horsting is overgelegd als productie 34), maar ook dat het aantal andere blootstappingsbronnen schier onbeperkt is, zoals ook door Eternit in haar pleitnotities in eerste aanleg (onderdeel 7) reeds naar voren is gebracht.

7 Zie memorie van grieven onderdeel 10.2 alsmede 7.6 t/m 7.13.

8 Zie voetnoot 2.

9 Memorie van grieven onderdeel 7.7. Vgl ook onderdelen 7.8 en 7.9, alsmede de pleitaantekeningen van mr. Bruidemom 16-18 en antwoordakte d.d. 9 maart 2004.

10 A.w. p. 59.'

11 Het rapport is van de hand van onder meer Dr. H.T. Planteydt, Klinisch Patholoog en lid van het Nederlandse mesotheliom-panel.

12 Productie 34 in eerste aanleg.

mineraal Tremoliet, dat evenals crocidoliet en amosiet behoort tot het amfibole type asbestvezel). (curs. JvDB)¹³

En op de daarop volgende pagina wordt vermeld dat de maaksters in WO II van gasmaskers die blauwe asbest bevatten wél en degenen die werkten met wit asbest geen mesothelioom kregen.¹⁴

Even verderop, als antwoord op de vraag of Eternit tijdig veiligheidsmaatregelen heeft genomen die voldeden aan de eisen welke daaraan op de grond van de stand der wetenschap en regelgeving redelijkerwijs mochten worden gesteld:

'Voor wat betreft de kennis over de relatie asbest en mesothelioom, die beschikbaar kwam in de jaren '70 en '80, moet achteraf worden vastgesteld, dat Eternit de ernst van die bevinding toch niet juist heeft ingeschat. Met name bij de buizenfabricage, waarbij een asbestmengsel van 15% crocidoliet en 85% chrysotiel werd gebruikt, had het management naar de mening van de commissie meer alert moeten zijn. (curs. JvDB)¹⁵ Dat het witte asbest (chrysotiel) verontreinigd kan zijn met amfibole asbestvezels, zoals Tremoliet, is pas eind jaren '80 duidelijk geworden toen specifieke analysemethoden beschikbaar kwamen (Churg, 1988b).'

De deskundigen vermelden vervolgens op pagina 29 van hun rapport dat voor de fabricage van asbestcement plaatmaterialen uitsluitend chrysotiel (witte asbest) werd gebruikt en dat het amfibole crocidoliet (blauwe asbest) bij Eternit in Goor pas in 1953 werd geïntroduceerd en wel (uitsluitend) bij het fabriceren van asbestcementbuizen. De deskundigen concluderen dan ook 'daar het niet aannemelijk is, dat de expositie aan (zuiver) chrysotiel mesotheliomen veroorzaakt' het in de reden ligt om te veronderstellen dat de initiatie van mesotheliomen bij Eternit na 1952 heeft plaatsgevonden.

3.3.4 Ook het advies *Asbestslachtoffers* van Prof. Mr. J. de Rooter verdient in dit verband vermelding. Sprekend over het gevaar van mesothelioom en de wetenschap daarover begin jaren zestig¹⁶:

'Daarbij wordt met name *crocidoliet* (blauwe asbest) als boosdoener aangewezen. *Chrysotiel* (witte asbest, de Nederland verreweg meest gebruikte soort) wordt minder risicovol geacht.'

3.3.5 Gelet op het vorenstaande is *onvoldoende (begrijpelijk)* gemotiveerd waarom in de kennelijke visie van het hof – zulks kennelijk uitsluitend op basis van eerdergenoemd verslag – wit asbest even gevaarlijk is als de andere asbestsoorten, althans dat het in zodanige mate gevaarlijk is – én dat dit 1970/1970 ook bekend was – dat de voorzorgsmaatregelen, zoals door het hof genoemd, bij het in het

verkeer brengen van de asbestcementplaten door Eternit zo zeer geïndiceerd waren dat het achterwege laten daarvan een onrechtmatige gedraging jegens Horsting oplevert.

Gevaar bij kleinschalige blootstelling?

3.3.6 In alle voorhanden zijnde literatuur over het onderwerp mesothelioom wordt benadrukt dat een, in verhouding tot asbestose, veel geringere blootstelling aan asbest de ziekte kan veroorzaken. Dat betekent echter niet dat iedere mate van niet-beroepsmatige (en dus incidentele) blootstelling aan asbest voldoende is om het gevaar op mesothelioom in het leven te roepen, laat staan dat Eternit op basis van de toentertijd verschenen publicaties en afgegeven signalen had moeten begrijpen dat dit het geval was of het geval zou kunnen zijn. Eternit heeft daarop gewezen¹⁷, evenals op het feit dat het in de beperkt aanwezige literatuur steeds ging om langdurige blootstelling aan aanzienlijke doses in de beroepssfeer.¹⁸ Eternit heeft haar stelling met citaten uit diverse van de door Horsting overgelegde producties onderbouwd. Bovendien heeft zij ter ondersteuning van haar stelling het advies *Asbestslachtoffers* van Prof. Mr. J. de Rooter overgelegd waarin wordt gesproken over het gevaar van het ontstaan van mesothelioom zoals dat begin jaren '60 aan het licht kwam dat 'chronische beroepsmatige blootstelling aan asbest long- en buikvlieskanker (*mesothelioom*) kan veroorzaken bij opvallend lagere concentraties dan nodig zijn voor andere asbestaandoeningen'.¹⁹

3.3.7 De dissertatie van Stumphius, waarop het hof zegt zijn conclusies mede te baseren, onderschrijft het standpunt van Eternit. Naar aanleiding van door hem beschreven buitenlandse onderzoeken in de zware industriegebieden (o.a. in Engeland en Hamburg) wordt gesproken over mesothelioom als gevolg van *beroeps- of huiscontact* (bijvoorbeeld in hetzelfde huis wonend als een asbestwerker), *omgevingsbesmetting* met asbest (de zogenaamde 'neighbourhood-cases') en het woonachtig zijn in de nabijheid van een asbestbedrijf. De conclusies die Stumphius uit deze onderzoeken trekt²⁰ zijn dat het diffuse mesothelioom vooral de laatste jaren meer voorkomt (1) dat asbestexpositie hierbij vrijwel steeds een rol speelt (2), de incubatietijd tussen een eerste expositie aan asbest en het ontwikkelen van de tumor varieert van 30–40 jaar (3), asbestose als beroepsziekte nauwelijks schijnt toe te nemen (4) en niet alleen de beroepsmatige asbestexpositie verantwoordelijk is voor het ontstaan van het mesothelioom maar ook asbestexpositie en opname via expositie thuis, luchtverontreiniging en anderszins (5).

¹³ Rapport deskundigencommissie p. 11.'

¹⁴ Vergelijk daarover ook de memorie van grieven 7.9. Zie ook artikel van Laros in Nederlands tijdschrift voor Geneeskunde 124, nr 52, 1980, overgelegd door Horsting in eerste aanleg als productie 22.

¹⁵ Rapport deskundigencommissie p. 23.

¹⁶ Zie het als productie 5 bij memorie van grieven door Eternit overgelegde rapport, p. 66.

¹⁷ Zie pleitaantekeningen mr. Bruidgom, onderdelen 16–18 en de memorie van grieven onderdeel 7.7–7.13.

¹⁸ Zie memorie van grieven onderdeel 10.2 alsmede onderdelen 7.6–7.13.

¹⁹ Zie het als productie 5 bij memorie van grieven door Eternit overgelegde rapport, p. 66.

²⁰ Dissertatie, p. 64.

'Let wel: indien deze conclusie wordt gelezen in de context van het voorgaande – hetgeen uiteraard de enige juiste lezing is – dan blijkt dat met die thuisbesmetting wordt bedoeld op de huisgenoten van een asbestwerker. Van situaties zoals die in de onderhavige procedure aan de orde zijn, blijkt uit de onderzoeken in het geheel niets.'

3.3.8 Even verderop²¹ bespreekt Stumphius het vóórkomen in Nederland, waarna²² de conclusies volgen. Die conclusies luiden dat er duidelijke aanwijzingen zijn dat in Nederland het vooral de kustprovincies zijn, waar de zware industrie is gelegen (Noord-Holland, Zuid-Holland en Zeeland), die de hoogste cijfers geven voor primaire pleuratumoren en dat het in deze provincies vooral de industriesteden zijn die op hun beurt weer de grootste aantallen leveren.

Die bevindingen komen overeen met de Engelse cijfers. Stumphius sluit af met de conclusie:

'Hoewel in Nederland geen grote asbestindustrie wordt gevonden, kan worden geconcludeerd, dat de *relatief geringe expositie* aan asbest voor de beroepsbevolking in de zware (metaal)-industrie ook in ons land leidt tot een waarschijnlijk steeds toenemend aantal mesotheliom gevallen in de toekomst.'

In hoofdstuk 13 van zijn proefschrift, dat als titel heeft 'Conclusies, aanbevelingen en nabeschouwingen' gaat het in par. 3 specifiek over het diffuse mesotheliom. Stumphius schrijft daar onder meer:

' (...) Het is bepaald niet een beroepsziekte te noemen van degene, die professioneel in sterke mate aan asbest zijn blootgesteld geweest. De anamnese van de patiënt zal vrijwel nimmer een uitgesproken asbestcontact in het verleden opleveren, tenzij er uitdrukkelijk naar gevraagd wordt.²³ (curs. JvDB).'

En, even verderop²⁴

'De gehele materie geeft vooralsnog aanleiding tot vele vragen. Opheldering hiervan zal een uitgebreid scala van onderzoeken vergen.

(...)

Wellicht zal dan inzicht wordt verkregen in het ontstaan, aard en verbreiding van diffuse mesotheliom.'

3.3.9 Dat Eternit de signalen over het gevaar verbonden aan asbest, zoals zij deze heeft begrepen en heeft mogen begrijpen, serieus heeft genomen blijkt uit de door Horsting overgelegde verklaring van de heer de Jong, in de jaren zestig directeur bij Eternit te Goor en later technisch directeur van Eternit Nederland²⁵. De Jong maakt daarin melding van de maatregelen die na het verschijnen van het proefschrift van Stumphius ter optimalisering van de arbeidsomstandigheden in de fabriek werden genomen. Uit de verklaring van de Jong zelf alsook uit

hetgeen hij over het bezoek van Stumphius en Planteydt aan de fabriek meldt, blijkt dat niet alleen Eternit maar ook de bij uitstek deskundigen steeds alle aandacht hebben gericht op de situatie in het bedrijf.²⁶

3.3.10 Het al eerder genoemde *deskundigenrapport*²⁷ geeft verdere steun aan het betoog van Eternit: 'de duur van de blootstelling kan relatief kort (weken of maanden) zijn, doch meestal onder ongunstige, zeer stoffige omstandigheden'²⁸

Na aan het slot²⁹ te hebben gemeld dat eerst zeer recentelijk (1996) nieuwe literatuurgegevens beschikbaar zijn gekomen die aannemelijk maken dat mesotheliom-inducerende vezels beschouwd moeten worden als compleet carcinogeen en dat geen dosis-effect relatie is vast te stellen, voegen de deskundigen daar aan toe:

'In de praktijk komt het er echter op neer dat de blootstelling weliswaar relatief kort (i.t.t. asbestose) kan zijn, doch altijd nog weken tot maanden³⁰ zal bedragen in vaak zeer stoffige omstandigheden, waarbij miljoenen vezels worden ingeademd.'

3.3.11 Gelet op het vorenstaande is *onvoldoende (begrijpelijk) gemotiveerd* waarom het hof – zulks kennelijk uitsluitend op basis van eerdergenoemd verslag – ervan uit is gegaan dat (incidentele) blootstelling aan het bij het verspanen van de (witte) asbestcementplaten vrijkomende stof, in de mate en op de wijze als hier aan de orde, in zodanige mate gevaarlijk is –én dat dit 1970/1970 ook bekend was – dat de voorzorgsmaatregelen, zoals door het hof genoemd, bij het in het verkeer brengen van de asbestcementplaten door Eternit geïndiceerd waren en dat het achterwege laten daarvan een onrechtmatige gedraging jegens Horsting oplevert.

Combinatie van kleinschalige blootstelling en witte asbest

3.3.12 Het moge duidelijk zijn dat de hiervoor onder 3.3.5 en 3.3.11 getrokken conclusies elkaar versterken indien sprake is van beide: kleinschalige blootstelling aan witte asbest.

Klacht 2

4. In rov. 4.4. verwerpt het hof het beroep van Eternit op verjaring onder meer met de overweging dat, indien komt vast te staan dat zij asbestcementplaten heeft geleverd voor de ouderlijke woning van Horsting, zonder te waarschuwen voor de mogelijke gezondheidsrisico's, terwijl zij wist dat asbest bij

26 De Jong maakt ook melding van het feit dat zowel Stumphius als Planteydt (meerdere malen) in de fabriek zijn geweest en 'tevreden' waren.

27 Zie voetnoot 12.

28 Zie pagina 12 van het rapport.'

29 Zie pagina 26/27.

30 Eternit heeft in eerste aanleg betoogd dat de duur van de blootstelling ook in tijd een beperkte moet zijn geweest (pleitnotities, onderdeel 9), eerder een tiental dagen dan de door Horsting genoemde drie maanden. Het hof laat de juistheid van deze stelling van Eternit, evenals de voorzieningenrechter, in het midden zodat van de juistheid daarvan in casusatie veronderstellenderwijs dient te worden uitgegaan.

21 A.w., p. 82–88.

22 A.w., p. 89–91.

23 A.w., p. 207.

24 A.w., p. 207–208.

25 Productie 33 in eerste aanleg.

bewerking schadelijk zou kunnen zijn, daarmee vaststaat dat aan Eternit een *ernstig verwijt* kan worden gemaakt (gezichtspunt c uit HR 28 april 2000, NJ 2000, 430), hetgeen volgens het hof, indien aan de gezichtspunten uit het arrest Van Hese/De Schelde wordt getoetst, leidt tot het oordeel dat een beroep op verjaring naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Zoals hiervoor in klacht 1 is betoogd, kan de conclusie dat sprake is van *enig verwijt* geen stand houden, doch indien en voorzover Uw Raad daarover anders zou oordelen, meent Eternit dat dan zeker niet kan worden gesproken van een *ernstig verwijt*. Het andersluidende oordeel van het hof is dan ook onbegrijpelijk.

4.1 Nu de mate van verwijtbaarheid dus, anders dan het hof heeft aangenomen, bij de weging van de gezichtspunten ook aan de (voordeel)kant van Eternit komt te liggen, dient, mede gelet op het feit dat dit óók reeds het geval is voor gezichtspunt f (Eternit is niet verzekerd tegen dit soort schade), de schaal uiteindelijk in het voordeel van Eternit door te slaan. Dat geldt temeer nu gebrek aan (volledige) wetenschap aan de zijde van Eternit tevens maakt dat gezichtspunt d) op andere wijze zal moeten worden beantwoord.³¹

4.2 Alsdan is zonder nadere motivering – welke ontbreekt – onbegrijpelijk waarom bij de afweging van de, aan de kant van elk der partijen, aanwezige gezichtspunten de weegschaal in dat geval nog steeds in het voordeel van Horsting zou moeten doorslaan.

4.3 Althans geldt het volgende. Nu uit het arrest Van Hese/De Schelde volgt dat de vraag óf in gevallen als het onderhavige toepassing van de verjaringstermijn van dertig jaar na de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, met inachtneming van alle omstandigheden van het concrete geval moeten worden beoordeeld en de rechter er blijk van moet geven de in het arrest genoemde gezichtspunten in zijn beoordeling te hebben betrokken, betekent dit in ieder geval dat een andersluidend oordeel van uw Raad over de mate van verwijtbaarheid van de gedraging van Eternit en de mate van (on)voorzienbaarheid van de gevorderde schade dan het hof heeft gegeven, een hernieuwde beoordeling van het beroep op verjaring noodzakelijk maakt.

Kosten dezes € 70,40.

Conclusie A-G mr. Verkade:

1. Inleiding

1.1. In deze (kort-geding-)procedure wordt (voor zover ik weet) de Hoge Raad voor het eerst benaderd in een asbestzaak van een mesotheliomslachtoffer tegen een producent op basis van art. 1401 (oud, nu 6:162) BW.

1.2. Horsting heeft Eternit aansprakelijk gesteld voor de schade die zij heeft geleden als gevolg van

de in 2002 bij haar geconstateerde ziekte mesotheliom, welke ziekte naar zij stelde het gevolg is van in 1971 bij haar ouderlijk huis verrichte werkzaamheden waarbij van Eternit afkomstige asbestcementplaten zijn gebruikt. Het hof heeft dit voorshands voldoende aannemelijk geacht. Ik benadruk dat in cassatie dit aspect niet meer aan de orde is.

1.3. De voorzieningenrechter heeft het door Horsting gevorderde voorschot op de schadevergoeding toegewezen, en het hof heeft het vonnis bekrachtigd. Daarbij heeft het hof onder andere, kort gezegd, geoordeeld dat Eternit onrechtmatig heeft gehandeld omdat zij haar asbestplaten in 1970/1971 niet van waarschuwingsetiketten heeft voorzien, hoewel zij bekend was dan wel bekend behoorde te zijn met het mesotheliomgevaar dat ook voor derden verbonden was aan het bewerken van asbestcementplaten.

In cassatie, waarin de erven Horsting de procedure na het overlijden van Horsting hebben voortgezet, komt Eternit met name tegen dit oordeel op, m.i. zonder succes.

1.4. Klachten gericht tegen 's hofs oordeel dat het verjaringsverweer van Eternit niet opgaat, gelet op de Van Hese/De Schelde-jurisprudentie, geven m.i. wél aanleiding tot vernietiging en verwijzing voor hernieuwde beoordeling.

2. Feiten³²

2.1. Horsting is opgegroeid in haar ouderlijk huis aan de a-straat te Oosterhesselen, waar zij tot augustus 1973 is blijven wonen.

2.2. In 1971 zijn door aannemer A.K. Ijdens asbestplaten aangeleverd bij de ouderlijke woning van Horsting. De asbestgolfplaten zijn gebruikt voor de bouw van een loods bij de woning. De loods is voorzien van een dak met asbestcementplaten en ook op de zijkanten van de loods zijn de asbestcementplaten aangebracht. Het aanbrengen van de asbestcementplaten is gedeeltelijk door aannemer Ijdens en gedeeltelijk door c.q. in samenwerking met de broers van Horsting gebeurd.

2.3. Horsting heeft in 1971 de kleding van haar broers uitgeklopt en het erf, waar de platen werden verzaagd, aangeveegd. Daarbij is Horsting blootgesteld aan asbeststof.

2.4. In mei 2002 is bij Horsting de diagnose mesotheliom, zijnde long- en buikvlieskanker vastgesteld. Bij brief van 17 juli 2002 heeft het Nederlands Mesotheliomen Panel de diagnose bevestigd.

2.5. Van de ziekte mesotheliom is slechts één oorzaak bekend, de blootstelling aan asbest.

2.6. Eternit was (in 1971) leverancier van asbestcementplaten.

3. Procesverloop

3.1. Horsting heeft Eternit bij inleidende dagvaarding van 28 april 2003 in kort geding gedagvaard

³¹ Zie ook het door Eternit gestelde in de pleitaantekeningen onder 29 en memorie van grieven, grief VII en de daarop in onderdeel 10.7 gegeven toelichting.

³² Ontleend aan rov. 1 van het vonnis van de voorzieningenrechter waarvan het hof blijkens rov. 3 ook is uitgegaan.

voor de voorzieningenrechter te Almelo en gevorderd dat Eternit wordt veroordeeld om aan Horsting, bij wijze van voorschot op de schadevergoeding, te betalen een bedrag van € 25 000.

3.2. Horsting heeft aan deze vordering ten grondslag gelegd, kort samengevat, dat het alleszins aannemelijk is dat de blootstelling aan asbest, welke haar ziekte heeft veroorzaakt, heeft plaatsgevonden tijdens de werkzaamheden bij haar ouderlijke woning begin 1971; dat de gebruikte asbestcementplaten afkomstig zijn van Eternit; dat door Eternit in de bewuste periode in 1971 op geen enkele wijze aan de gebruikers van de golfplaten is kenbaar gemaakt dat deze gevaarlijk konden zijn bij het gebruiken, verwerken en bewerken ervan, terwijl Eternit in 1971 op de hoogte was van die gevaren; en dat Eternit aldus jegens Horsting onrechtmatig heeft gehandeld en jegens haar schadeplichtig is.

3.3. Eternit heeft de vordering gemotiveerd bestreden. Zij heeft daartoe in de kern aangevoerd dat niet bewezen is dat de asbestcementplaten van haar afkomstig zijn, noch dat de ziekte is ontstaan doordat Horsting in 1971 aan asbestcementstof afkomstig van die platen is blootgesteld; dat ieder causaal verband tussen de Eternit verweten gedraging en de door Horsting geleden schade derhalve ontbreekt; dat het in 1970/1971 in het verkeer brengen van asbestcementplaten zonder te waarschuwen tegen de mogelijke gevolgen van het gebruik ervan niet onrechtmatig was; dat de verweten gedraging nimmer onrechtmatig jegens Horsting kan zijn omdat Eternit nimmer in staat was omstanders of derden te waarschuwen, doch slechts de afnemer/bewerker van de asbestcementplaten en – tot slot – dat de vordering is verjaard.

3.4. Bij vonnis van 22 mei 2003 heeft de voorzieningenrechter de vordering van Horsting toegewezen. Hieraan heeft de voorzieningenrechter ten grondslag gelegd, kort gezegd, dat voldoende is komen vast te staan dat de onderhavige cementplaten zijn geproduceerd door Eternit, dat het hier gaat om een redelijkerwijs te verwachten gebruik van asbestcementplaten en dat het gevaar dat asbeststof mesothelioom kan veroorzaken in 1970/1971 bij Eternit bekend was, althans behoorde te zijn. Onder de gegeven omstandigheden heeft Eternit volgens de voorzieningenrechter een gevaarlijk en dus gebrekkig product in het verkeer gebracht. Het verweer van Eternit dat niet vaststaat dat Horsting ziek is geworden door de asbeststof afkomstig van de asbestcementplaten wordt verworpen met verwijzing naar het DES-arrest. Tot slot is de wettelijke verjaringstermijn weliswaar verstreken, doch is een beroep op die verjaring wegens strijd met de redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar, aldus de voorzieningenrechter. Eternit moet dan ook jegens Horsting aansprakelijk worden gehouden voor de schade die zij lijdt door haar ziekte mesothelioom.

3.5. Eternit is van dit vonnis in hoger beroep gegaan, onder aanvoering van acht grieven. Horsting heeft de grieven gemotiveerd bestreden.

3.6. Bij arrest van 13 april 2004 heeft het hof het vonnis waarvan beroep bekrachtigd.³³

Het hof heeft daartoe allereerst geoordeeld, kort weergegeven, dat het door Eternit gedane verjaringsberoep niet kan slagen (rov. 4.1–4.4). Het hof heeft voorts in rov. 4.5 geoordeeld dat het hier om redelijkerwijs te verwachten gebruik gaat en in rov. 4.6–4.7 dat Eternit in 1970/1971 met het bewuste gevaar bekend was, althans behoorde te zijn. In rov. 4.8 overweegt het hof dat van Eternit had mogen worden verwacht dat zij de voor de hand liggende en weinig kostbare maatregel van een waarschuwing had genomen en dat, nu zij dit niet heeft gedaan, haar een ernstig verwijt valt te maken. Tot slot heeft het hof geoordeeld dat Horsting terecht een beroep doet op art. 6:99 BW en het DES-arrest (rov. 4.9).

3.7. 's Hof's overwegingen, voor zover in cassatie van belang, luiden als volgt:

'4.2 De voorzieningenrechter heeft geoordeeld dat de vordering van Horsting tot schadevergoeding in beginsel is verjaard, nu de ziekte mesothelioom zich bij Horsting in mei 2002, derhalve zo'n 31 jaar na de gestelde onrechtmatige daad, heeft geopenbaard. Vervolgens heeft de voorzieningenrechter geoordeeld dat toepassing van de criteria van HR 28 april 2000, NJ 2000, 430 inzake Van Hese/De Schelde gegeven de omstandigheden van de onderhavige zaak tot de conclusie noopt dat toepassing van de wettelijke verjaringstermijn naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, zodat Eternit geen beroep op verjaring toekomt.

4.3 Voor zover Eternit bedoeld heeft te stellen (memorie van grieven onder 9.2) dat de vermelde uitspraak van de Hoge Raad inzake Van Hese/De Schelde in casu niet toepasbaar is omdat, anders dan in de zaak Van Hese/De Scheide, het in deze zaak niet gaat om een werkgever/werknemer-relatie, verwerpt het hof dat standpunt. Ook in de onderhavige zaak is immers sprake van het 'uitzonderlijke geval' als vermeld in rov. 3.3.1 van het vermelde arrest van de Hoge Raad, te weten, kort gezegd, dat de ziekte mesothelioom pas kon worden geconstateerd nadat de verjaringstermijn al was verstreken.

4.4 Het hof deelt de overweging van de voorzieningenrechter in rov. 6 van het vonnis waarvan beroep, waar de omstandigheden van deze zaak worden getoetst aan de criteria van het vermelde arrest van de Hoge Raad, en neemt die overweging geheel over. In die afweging wordt verondersteld dat te dezen sprake is van een onrechtmatige daad van Eternit jegens Horsting. In die veronderstelde situatie deelt het hof de overweging van de voorzieningenrechter – en verwerpt daarmee het andersluidende standpunt van Eternit – dat 'zo komt vast te staan dat Eternit, zonder te waarschuwen voor de gezondheidsrisico's, asbestplaten heeft geleverd voor de

³³ Het arrest is gepubliceerd in NJ 2004, 612.

loods bij de ouderlijke woning van Horsting, terwijl zij wist dat het asbest bij bewerking schadelijk zou kunnen zijn voor de gezondheid, Eternit hier een ernstig verwijt (kan) worden gemaakt'. In de stellingen van Eternit dat zij nimmer eerder met een aansprakelijkstelling als in deze zaak werd geconfronteerd alsmede dat een bij toewijzing van de onderhavige vordering te verwachten toename van het aantal vorderingen de solvabiliteit van het niet-verzekerde Eternit zal bedreigen, ziet het hof geen voldoende reden om het beroep van Eternit op verjaring wel te honoreren. Grief VII is mitsdien tevergeefs voorgesteld.

4.5 De voorzieningenrechter heeft in rov. 7 van het vonnis onder meer het volgende overwogen: 'De onderhavige asbestcementplaten zijn door de plaatsing op en aan de loods verwerkt door aannemer Ijdens en de broers van Horsting. Daartoe zijn de platen onder andere verspaand (zagen, slijpen e.d.). Naar het voorlopige oordeel van de voorzieningenrechter was dit in 1970-1971 een redelijkerwijs te verwachten gebruik van asbestcementplaten. Al vele jaren werden de asbestcementplaten aldus gebruikt en dat is in de onderhavige periode voortgegaan terwijl de platen zonder enige waarschuwing in het verkeer werden gebracht. (...)'. In de toelichting bij grief III betwist Eternit, met een beroep op een passage uit de memorie van toelichting bij het ontwerp van de Silicosewet van 16 december 1949, te weten 'Ook bij de vervaardiging en het zagen van asbestcementplaten e.d. heeft verspreiding van asbesthoudend stof plaats' (zie productie 8 bij memorie van grieven), dat het vermelde gebruik van asbestplaten door een aannemer in 1970-1971 redelijkerwijs te verwachten was, doch naar 's hofs oordeel bevestigt de vermelde passage nu juist de vermelde overweging van de voorzieningenrechter.

4.6 Vervolgens heeft de voorzieningenrechter in rov. 7 van het vonnis waarvan beroep geoordeeld dat bij het verspanen van asbestcementplaten asbeststof vrijkomt, dat dit stof mesotheliom kan veroorzaken, alsmede dat dit gevaar in de onderhavige periode, 1970-1971, bij Eternit bekend was althans bekend had behoren te zijn. Eternit komt tegen dit oordeel op in haar grief I.

4.7 Uit de in rov. 4.5 vermelde passage uit de memorie van toelichting bij het ontwerp uit 1949 van de Silicosewet blijkt van het gevaar van verspreiding van asbesthoudend stof bij het vervaardigen en het verzagen van asbestcementplaten. Uit de door Horsting in het geding gebrachte publicatie van ir. Kolff van Oosterwijk d.d. 3 april 1970 betreffende het gebruik van asbestproducten (productie 12 in eerste aanleg en productie I hij akte van Horsting na pleidooi) blijkt uit de in die publicatie vermelde door ir. Bijleveld, directeur van Eternit, gestelde vragen en de beantwoording daarvan door dr. Stumphius genoegzaam dat op dat moment bekend was dat vrijkomende asbeststoffen mesotheliom kunnen veroorzaken.

Ter illustratie vermeldt het hof de volgende drie citaten: 'De laatste jaren zijn zij, die direct dagelijks contact hebben met asbest, zich redelijk goed bewust van de daaraan verbonden risico's. Bescherming is hier gebruikelijk; in de fabrieken door een permanent afzuigstelsel en op plaatsen, waar dit niet mogelijk is, door een persoonlijke bescherming met behulp van diverse typen maskers.' (blz. G 45, rechterkolom, tweede alinea, van die publicatie), 'De reële gevaren van een asbest-expositie treden op bij de fabricage, montage en demontage van asbesthoudende produkten, waar grote hoeveelheden asbeststof kunnen vrijkomen. In Engeland zijn door de asbestindustrieën richtlijnen uitgegeven, hoe onder deze omstandigheden te handelen (...)ahs; (blz. G 45, rechtsonderaan, van die publicatie), alsmede 'Als eerder gezegd, zal asbest gevaar opleveren door losse, zwevende vezels; bij asbestisolatiewerkzaamheden zal dit in sterke mate het geval zijn. In gebonden vorm – als asbestcementmaterialen – zal het geen probleem opleveren, tenzij het asbest in dit soort materialen door bewerken of slijtage vrijkomt. Een onzer mesotheliomslachtoffers was bijv. een waterleidingmonteur, die jarenlang asbestcementbuizen had bewerkt. Het asbest kon in de longen van het slachtoffer worden aangetoond.' (blz. G 46, rechterkolom, van die publicatie). De wetenschap dienaangaande, die ir. Bijleveld als directeur van Eternit al enige tijd vóór de vermelde publicatie d.d. 3 april 1970 moet hebben gehad, namelijk toen de beraadslaging waarvan die publicatie verslag doet en waarbij Bijleveld kennelijk aanwezig is geweest, heeft plaatsgevonden, mede gelet op de publicatie van het proefschrift van dr. J. Stumphius over 'Asbest in een bedrijfsbevolking' in 1969 (zie productie 11 in eerste aanleg), dient aan Eternit te worden toegerekend. Gelet op deze gegevens is het hof met de voorzieningenrechter van oordeel dat het bewuste gevaar aan Eternit, een internationaal opererend bedrijf, in 1970-1971 bekend was althans bekend had behoren te zijn. Grief II is tevergeefs voorgesteld.

4.8 Daarop volgend heeft de voorzieningenrechter in rov. 7 van het bestreden vonnis geoordeeld als volgt: 'Gegeven het in 1970-1971 redelijkerwijs te verwachten gebruik van asbestcementplaten en de wetenschap bij Eternit over het gevaar dat daaraan is verbonden voor de gebruiker en eventuele derden in de omgeving van die gebruiker, is het in het verkeer brengen van asbestcementplaten zonder dat redelijkerwijs te verwachten gebruik – door bijvoorbeeld waarschuwingsetiketten – tot veilige verwerking te beperken, ook naar de normen van 1970-1971 onrechtmatig jegens benadeelden. Onder de gegeven omstandigheden heeft Eternit een gevaarlijk en dus gebrekkig product in het verkeer gebracht'. Hiertegen richt Eternit zich tevergeefs in haar grief III. Van Eternit had mogen worden verwacht dat zij gegeven het vermelde redelijker-

wijs te verwachten gebruik en haar kennis aangaande de daaraan verbonden ernstige gevaren de voor de hand liggende en weinig kostbare maatregel van een waarschuwing had moeten nemen. Van het feit dat zij dit niet heeft gedaan valt haar, zoals in rov. 4.4 al overwogen, een ernstig verwijt te maken.'

3.8. Van dit arrest heeft Eternit – tijdig³⁴ – beroep in cassatie ingesteld. De erven Horsting hebben geconcludeerd tot verwerping van het beroep. Namens beide partijen is de zaak schriftelijk toegelicht en namens Eternit is er nog gerepliceerd.

4. Aanduiding van het beoordelingskader

4.1. Vanaf ongeveer halverwege de vorige eeuw werd geleidelijk bekend dat het gebruik van asbest ernstige gevaren voor de gezondheid kan meebrengen (met name asbestose, longkanker en mesotheliom). Dit heeft geleid tot procedures waarin slachtoffers of hun nabestaanden/erfgenamen vergoeding wensten van de schade als gevolg van asbestblootstelling en/of smartengeld. In Nederland heeft een aantal van deze procedures geleid tot – belangwekkende – arresten van de Hoge Raad. Ik denk met name aan de arresten waarin het verjaringsrecht dat nogal eens in de weg stond aan het geldend maken van de rechten van slachtoffers, is verwijfd.³⁵

4.2. Algemene beschouwingen over de aan de eigenschappen van asbest(soorten) gerelateerde oorzaken van asbestzieken, over die ziekten waaronder mesotheliom (in de woorden van onder anderen Bloembergen³⁶ 'een tijdbom'), over de smartelijke gevolgen daarvan voor de slachtoffers, en over de gevolgen van (jaren latere) mogelijk grootschalige claims van slachtoffers/nabestaanden voor de aansprakelijk gestelde ondernemingen en hun verzekeraars en herverzekeraars, alsmede over overheids/wetgevingsinterventie ten deze, zijn – met rijke literatuurvermeldingen – in voorafgaande zaken in de conclusies van met name mijn ambtgenoot Spier regelmatig aan de orde gesteld, evenals in enkele annotaties bij deze arresten, waarin ook weer op verdere literatuur gewezen is.³⁷

Ik meen dat het voor de beoordeling van de onderhavige zaak niet nodig is om dit in deze conclusie (andermaal) te herhalen, al zal ik op aspecten ervan hieronder nog wel terugkomen.

4.3. In de zaken die de Hoge Raad tot dusverre bereikten, ging het vooral om werknemers die hun werkgevers aansprakelijk stelden op grond van werkgeversaansprakelijkheid (artt. 7A:1638x (oud) BW en 7:658 BW)³⁸. Een tweetal zaken betrof de

aansprakelijkheid van de eigenaar van een opstal voor de kosten van het verwijderen van asbesthoudend materiaal dat ten gevolge van een brand in de opstal was vrijgekomen.³⁹ In het vrij recente arrest [...] [...] ging het om de aansprakelijkheid van een onderaannemer van de werkgever en was niet art. 7A:1638x (oud) BW of 7:658 BW, maar art. 6:162 (art. 1401 (oud)) BW de grondslag. Op dit arrest kom ik nog terug.

4.4. De Hoge Raad wordt nu, voor zover ik weet, voor het eerst benaderd in een geval waarin de producent van een asbestproduct in de kwaliteit van producent aansprakelijk wordt gesteld wegens het zonder waarschuwing in het verkeer brengen van een gevaarlijk product. Ook in deze zaak is uiteraard niet art. 7A:1638x (oud) BW of 7:658 BW de grondslag. Vanwege het moment van het in het verkeer brengen van het product, 1970/1971, is de vordering ook niet op art. 6:185 e.v. BW (productenaansprakelijkheid) gegrond, maar – evenals de vordering van [...] c.s. tegen [...] – op art. 6:162 (art. 1401 (oud)) BW.

4.5. Ik sta kort stil bij de ontwikkeling van het productenaansprakelijkheidsregime volgens art. 6:162 BW aan de hand van drie arresten van de Hoge Raad.⁴¹

Uit HR 30 juni 1989, nr. 13564, NJ 1990, 652 m.nt. CJHB (Halcion I), betreffende een type geneesmiddelen, waaraan – verondersteld – schadelijke bijwerkingen kleefden, citeer ik:

'4.4.2 De onderdelen 2, 4 en 5 bevatten klachten over de door het hof gehanteerde norm en monden uit in de volgende formulering van de norm die het hof had moeten toepassen: 'Rechts is een geneesmiddel, althans een geregistreerd geneesmiddel dat slechts op doktersrecept verkrijgbaar is als het onderhavige, gebrekkig – en kan het in de handel brengen daarvan in geval van verwijtbaarheid tot aansprakelijkheid uit

1998, nr. 16673, NJ 1999, 683 m.concl. A-G Spier, m.nt. JBMV (Cijssouw/De Schelde II), HR 2 oktober 1998, nr. 16636, NJ 1999, 682 m.concl. A-G Spier, m.nt. JBMV (De Schelde/Wijkhuizen), HR 28 april 2000, C98/363, NJ 2000, 430 m.concl. A-G Spier en m.nt. ARB onder nr. 431 (Van Hese/De Schelde), HR 28 april 2000, C98/220, NJ 2000, 431 m.concl. A-G Spier, m.nt. ARB ([...]/Eternit), HR 20 oktober 2000, C98/382, NJ 2001, 268 m.concl. A-G Spier ([...]/[...]), HR 26 januari 2001, C99/110, NJ 2001, 597 m.concl. A-G Wesseling-van Gent ([...]/De Schelde), HR 6 april 2001, C99/158, NJ 2002, 383 m.concl. A-G Spier ([...]/Wilton Fijenoord), HR 8 juni 2001, C99/283, NJ 2001, 466 m.concl. A-G Spier ([...]/[...]), HR 6 juni 2003, C02/062, NJ 2003, 504 m.concl. A-G Spier, m.nt. JBMV ([...]/Wilton Fijenoord), HR 4 juni 2004, C03/034, JAR 2004, 287 m.concl. A-G Spier ([...]/Gemex) en HR 26 november 2004, C03/227, RvdW 2004, 133, JAR 2004, 289 m.concl. A-G Timmerman ([...]/Optimodal).

39 HR 15 juni 2001, C99/350, NJ 2002, 336 m.concl. A-G Spier, m.nt. CJHB (Gemeente Almelo/[...]) en HR 7 november 2003, C02/163, NJ 2004, 292 m.concl. A-G Spier, m.nt. CJHB (Gemeente Wateringen/GIK).

40 HR 17 december 2004, C03/211, RvdW 2005, 4, JAR 2005, 32 m.concl. A-G Spier.

41 Twee andere arresten, HR 24 december 1993, NJ 1994, 214 (Leebeek/Vrumona) en HR 22 september 2000, C98/299, NJ 2000, 644 ([...] c.s./[...]), doen daaraan ten deze niet toe of af.

34 De cassatiedagvaarding is uitgebracht op 8 juni 2004.

35 Hierover nader in par. 6.1 e.v.

36 Noot onder HR 28 april 2000, C98/220HR, NJ 2000, 431 ([...]/Eternit).

37 Zie de volgende drie voetnoten; vgl. ook de noot van JBMV onder HR 29 november 2002, C01/060HR, NJ 2003, 549 (Legionella).

38 HR 6 april 1990, NJ 1990, 573 m.concl. A-G Mok, m.nt. PAS (Janssen/Nefabas), HR 25 juni 1993, NJ 1993, 686 m.concl. A-G Hartkamp, m.nt. PAS (Cijssouw/De Schelde I), HR 2 oktober

onrechtmatige daad jegens gebruikers/consumenten leiden – indien aard en ernst van mogelijke schadelijke bijwerkingen en de grootte van de kans daarop zodanig zijn dat deze door de ernst van de ziekte of kwaal die het middel bedoelt te genezen of bestrijden niet worden gerechtvaardigd, mede gelet op alle verdere omstandigheden, zoals de effectiviteit van het middel in het algemeen, de wijze van produktinformatie en de effectiviteit en (potentiële) schadelijkheid van substitueerbare middelen’.

De klachten falen omdat het hof deze norm in feite heeft toegepast.

Het hof heeft – slechts in zoverre de maatstaf van de EEG richtlijn inzake produktenaansprakelijkheid gebruikende – geoordeeld dat een geneesmiddel gebrekking is ‘wanneer het niet de veiligheid biedt die de gebruiker/consument gerechtigd is te verwachten, alle omstandigheden in aanmerking genomen’. Dit oordeel is juist.

Bij de toepassing van deze maatstaf heeft het hof, dat (zoals hiervoor in 4.3 is overwogen) voorlopig is uitgegaan van de juistheid van de stelling dat gebruik van Halcion de ernstige bijverschijnselen teweeg kan brengen (...), het risico daarvan afgewogen tegen het positieve effect van het middel, te weten het bestrijden van de (door het hof niet ernstig geachte) kwaal van slapeloosheid. Daarbij heeft het hof – zoals uit de verdere overwegingen van het arrest blijkt – alle omstandigheden die in de door de onderdelen bedoelde norm worden genoemd in aanmerking genomen:

de door Upjohn gestelde geringe frequentie van die ernstige bijverschijnselen enerzijds (r.o. 17), het bestaan van ongevaarlijke andere slaapmiddelen anderzijds (r.o. 5), en de produktinformatie (r.o. 8).

Voor wat betreft de aansprakelijkheid van Upjohn heeft het hof niet de maatstaf van de richtlijn aangehouden, maar heeft het onderzocht of Upjohn een onrechtmatige daad heeft gepleegd door het middel op de wijze als zij heeft gedaan in het verkeer te brengen, waarbij het hof voor wat betreft de verwijtbaarheid met name van belang heeft geacht in hoeverre Upjohn met de mogelijke ernstige bijwerkingen bekend was (r.o. 16).

(...)

4.4.4 De onderdelen 6 en 7 falen eveneens. Zij miskennen dat het hof bij zijn oordeel over bijverschijnselen waarvoor de fabrikant dient te waarschuwen het oog heeft op ernstige bijverschijnselen als hier – veronderstellenderwijs – aan de orde zijn en waarvan de ernst naar 's hofs oordeel meebrengt dat daarvoor moet worden gewaarschuwd ook indien de frequentie daarvan gering is. 's Hofs oordeel geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting.’

Uit HR 6 december 1996, nr. 16137, NJ 1997, 219 (Du Pont/Hermans), betreffende het in het verkeer brengen van een verontreinigde hoeveelheid van een bepaald product, citeer ik:

‘3.5 (...) Ook naar het in 1982 geldende recht is het in het verkeer brengen van een produkt dat bij normaal gebruik voor het doel waarvoor het – naar in deze zaak niet is bestreden – bestemd was, schade veroorzaakt als hier aan de orde is, onrechtmatig. Zulks strookt met hetgeen onder dat recht is overwogen in rov. 4.4.2 van HR 30 juni 1989, NJ 1990, 652. 's Hofs oordeel dat zich hier een zodanige onrechtmatigheid voordoet, moet worden gezien in verband met hetgeen Du Pont in haar conclusie van antwoord onder 4.1 als haar standpunt naar voren heeft gebracht: ‘Du Pont erkent dat door haar verontreinigde Vydade L in het verkeer is gebracht. (...)’

Uit HR 22 oktober 1999, nr. C98/043, NJ 2000, 159 m.nt. ARB ([...] c.s./Rockwool), betreffende het in het verkeer brengen van een halffabrikaat in een voor afnemers onverwacht gewijzigde samenstelling, haal ik ten slotte aan:

‘3.4 (...) Naar uit het hiervoor in 3.3.5 overwogene volgt, moet in cassatie veronderstellenderwijs ervan worden uitgegaan dat de door [...] c.s. gestelde schade is veroorzaakt door ongeschiktheid van de zeswol voor gebruik als toevoeging aan potgrond voor het kweken van yucca's. Naar het te dezen toepasselijke, vóór 1 januari 1992 geldende recht, evenals naar het sedertdien geldende recht, is het in het verkeer brengen van een product dat bij normaal gebruik voor het doel waarvoor het bestemd was, schade veroorzaakt, onrechtmatig jegens gebruikers van het product (vgl. HR 6 december 1996, nr. 16137, NJ 1997, 219). Anders dan het Hof klaarblijkelijk heeft aangenomen, brengen de enkele omstandigheden dat het om een halffabrikaat gaat en dat dit product niet in absolute zin ongeschikt is gebleken voor het door de rechtstreekse afnemer beoogde doel, niet mee dat die regel uitzondering zou moeten lijden. Het Hof is dan ook van een onjuiste rechtsopvatting uitgegaan.

3.5 Onderdeel 4 komt op tegen 's Hofs oordeel dat Rockwool geen verwijt treft. Het onderdeel neemt onder 4.2 terecht tot uitgangspunt dat een fabrikant in het algemeen die maatregelen zal moeten nemen die van hem, als zorgvuldig fabrikant, kunnen worden gevergd teneinde te voorkomen dat het door hem in het verkeer gebrachte product schade veroorzaakt, en dat in dit opzicht geen wezenlijk verschil bestaat tussen de fabrikant van een eindproduct en de fabrikant van een halffabrikaat. Evenzeer met juistheid betoogt subonderdeel 4.2 dat een fabrikant zich zelf ervan moet vergewissen welk effect een nieuw of vernieuwd product (eindproduct of niet) zal hebben in de voor de hand liggende toepassingen ervan.

Subonderdeel 4.3 klaagt dat het Hof blijkens zijn rov. 35 ten onrechte heeft aangenomen dat de fabrikant zich van die verplichtingen ontslagen kan achten door het enkele feit dat hij zijn opvolger in de productieketen (hier: de potgrondfabrikanten) ervan op de hoogte stelt dat een wijziging

in de samenstelling is gebracht en verder erop vertrouwt (a) dat die opvolger zulks doorgeeft aan de eindafnemers van het product, en (b) dat de eindafnemers dan wel (desgewenst) nadere inlichtingen zouden hebben kunnen inwinnen of proeven zouden hebben kunnen nemen.

Ook deze klacht treft doel. Indien, zoals hier blijken de eerste zin van 's Hofs rov. 35 het geval is, de fabrikant van een halffabrikaat dit met een gewijzigde samenstelling op de markt brengt zonder het grondig te hebben getest en het resultaat van de test openbaar te hebben gemaakt of een aangepaste toepassing van het product (hier: een aangepaste kweekmethode) te hebben aanbevolen, mag hij niet ermee volstaan de directe afnemer die het gewijzigde halffabrikaat in het eindproduct verwerkt, ervan op de hoogte te stellen dat de samenstelling is gewijzigd. Hij behoort dan ten minste erop toe te zien dat de afnemers van het eindproduct worden ingelicht.'

4.6. Van de in deze arresten neergelegde regels geef ik de volgende korte samenvatting:⁴²

- het in het verkeer brengen van een product dat – eventueel door bijwerkingen/bijverschijnselen – bij normaal gebruik voor het doel waarvoor het bestemd is, schade veroorzaakt, is als regel onrechtmatig jegens gebruikers van het product;
- bij de beoordeling spelen een rol de aard en ernst van mogelijke schadelijke bijwerkingen/bijverschijnselen en de grootte van de kans daarop, mede gelet op alle verdere omstandigheden, zoals de wijze van productinformatie;
- bij ernstige bijverschijnselen kan geoordeeld worden dat de producent daarvoor had moeten waarschuwen, ook indien de frequentie van die bijverschijnselen gering is;
- ten aanzien van verwijtbaarheid, leidend tot aansprakelijkheid jegens gebruikers/consumenten, is met name van belang in hoeverre de mogelijke ernstige bijwerkingen/bijverschijnselen aan de producent bekend zijn;
- de producent treft in het algemeen verwijt indien hij niet die maatregelen neemt die van een zorgvuldig fabrikant kunnen worden gevergd teneinde te voorkomen dat het door hem in het verkeer gebrachte product schade veroorzaakt. Daarbij zal de producent zich er zélf van moeten vergewissen welke effecten een (nieuw of vernieuwd) product zal hebben in de voor de hand liggende toepassingen ervan;
- indien de producent een product met een gewijzigde samenstelling in het verkeer brengt zonder het grondig te hebben getest en het resultaat van de test openbaar te hebben gemaakt of een aangepaste toepassing van het product te hebben aanbevolen, mag hij niet ermee volstaan de directe afnemer ervan op de hoogte te stellen dat de samenstelling is gewijzigd. Hij behoort er dan ten minste op toe te zien dat de eindafnemers worden ingelicht.

4.7. Ik keer terug naar het onder 4.3 genoemde, ook op art. 6:162 gebaseerde arrest [...] [...] van 17 december 2004, waarin het overigens niet ging om aansprakelijkheid van een asbestproducent, maar om aansprakelijkheid van – kort gezegd – een asbestverwerkende onderaannemer met betrekking tot de blootstelling van het personeel van zijn opdrachtgever aan asbeststof.

Uit dit arrest citeer ik:

'3.7. Bij de beoordeling van deze klachten wordt het volgende vooropgesteld.

(a) Indien een werknemer die ziek is geworden door blootstelling aan asbeststof tijdens zijn werkzaamheden, een derde die niet zijn formele of materiële werkgever is, op grond van art. 6:162 BW (of art. 1401 (oud) BW) aansprakelijk stelt, zijn niet, ook niet overeenkomstig, de normen van toepassing die de Hoge Raad in het kader van art. 7:658 BW heeft ontwikkeld in zijn arresten van 25 juni 1993, nr. 14958, NJ 1993, 686 en 2 oktober 1998, nr. 16673, NJ 1999, 683 (Cijssouw I en II). Deze normen berusten immers mede op de zeggenschap die de werkgever heeft over de arbeidsomstandigheden van zijn werknemer, welke in een geval als zojuist bedoeld, niet bestaat.

(b) Bij de beantwoording van de vraag of de door de werknemer aan de derde verweten gedragingen of nalatigheden zozeer indruisen tegen hetgeen die derde jegens de werknemer volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, dat die derde zich daarvan had behoren te onthouden en, door dat niet te doen, onrechtmatig heeft gehandeld, zijn, indien dien-aangaande wettelijke regels ontbraken of onvoldoende waren uitgewerkt, beslissend de maatschappelijke opvattingen ten tijde van de aan de derde verweten gedragingen of nalatigheden.

(c) Bij de beantwoording van de zojuist geformuleerde vraag heeft vanaf het moment waarop binnen de maatschappelijke kring waartoe de aangesproken derde behoort, bekend moet worden geacht dat aan het werken met asbest gevaren voor de gezondheid zijn verbonden, een verhoogde zorgvuldigheidsnorm te gelden met het oog op de belangen van diegenen die zich bevinden in de directe nabijheid van een plaats waar met asbest wordt gewerkt. Het is afhankelijk van de omstandigheden van het geval en van de toentertijd bestaande kennis en inzichten, welke veiligheidsmaatregelen vanaf dat moment van die derde konden worden verwacht. In dat verband zijn mede van belang de mate van zekerheid dat het werken met asbest gezondheidsrisico's meebracht en de aard en ernst van die risico's.'

4.8. Ik meen dat de hierboven geciteerde, door de Hoge Raad in het arrest [...] [...] gegeven regels en gezichtspunten ook het uitgangspunt dienen te vormen bij de beoordeling van de voorliggende zaak.

Daarbij laat zich de vraag stellen of de door de Hoge Raad (na 's hofs arrest in de nu voorliggende zaak Eternit/Horsting) in het [...] [...] -arrest in

42 Vgl. ook Asser-Hartkamp 4-III (2002), nr. 202a.

rov. 3.7 sub c geformuleerde regels en gezichtspunten een zekere koerswijziging, althans – verfijning – behouden ten opzichte van de in nr. 4.5 weergegeven en in nr. 4.6 samengevatte eerdere productenaansprakelijkheidsjurisprudentie van uw Raad. Ik meen dat daarvan niet of nauwelijks kan worden gesproken.⁴³

De geëxpliciteerde regel dat vanaf het moment waarop binnen de maatschappelijke kring waartoe de aangesproken derde behoort, bekend moet worden geacht dat aan het werken met asbest [gegeneraliseerd: het product] gevaren voor de gezondheid [gegeneraliseerd: gevaren voor de gezondheid en/of voor schade aan andere zaken] zijn verbonden, een verhoogde zorgvuldigheidsnorm heeft te gelden met het oog op de belangen van diegenen die zich bevinden in de directe nabijheid van een plaats waar met asbest [gegeneraliseerd: het product] wordt gewerkt [of die met dat product werken⁴⁴], is m.i. een logisch voortvloeisel uit de genoemde eerdere jurisprudentie; een voortvloeisel overigens dat niet alleen gevolg heeft voor de invulling van de zorgvuldigheidsnorm maar ook voor de toerekenbaarheid.

Dat bij de vraag welke veiligheidsmaatregelen vanaf dat moment van die derde konden worden verwacht, een rol wordt toegekend aan de omstandigheden van het geval en aan de toentertijd bestaande kennis en inzichten, ligt óók geheel in de lijn van de eerdere jurisprudentie. De aard en ernst van de risico's waren reeds aan de orde in het arrest Halcion-I. Voor zover in het kader van de productenaansprakelijkheid het gezichtspunt van de mate van zekerheid dat het werken met het product (gezondheids-)risico's meebracht, al iets nieuws inhield, ligt ook dat in de lijn van de eerdere jurisprudentie.

Wat dit laatste betreft, wijs ik met name op het onder 4.5 aangehaalde arrest [...] c.s./Rockwool, met de daarin (rov. 3.5) voor de producent aangenomen verplichting tot voorafgaand testen vóór het in het verkeer brengen van een nieuw resp. gewijzigd product m.b.t. voor de hand liggende toepassingen ervan, en de daarin aangenomen zorgplicht voor informatie aan eindafnemers.

4.9. Het ligt m.i. voor de hand om ook in het geval dat een maatschappelijke kring waartoe een producent behoort, bekend moet worden geacht met serieus gesignaleerde gevaren voor de gezondheid en/of voor schade aan andere zaken, ten aanzien van de reeds eerder in het verkeer gebrachte producten zo'n test- c.q. onderzoeksplicht aan te nemen.

4.10. Navrant genoeg, maar tegelijkertijd voor een asbestproducent als Eternit alleszins duidelijk, viel er met betrekking tot de risico's voor mesotheliom van incidentele blootstelling uiteraard niet zinnig iets (naders) te 'testen' na de in 's hofs arrest bedoelde, in 1969 (nader) bekend geworden risico's, ook niet ten aanzien van een eventueel gewijzigde (maar nog steeds asbesthoudende) productsamenstelling. Bij een incubatietijd van zo'n 30–40 jaar,

met fatale gevolgen nadien, kan men de testresultaten uiteraard niet afwachten.

4.11. Het niet zinvol kunnen testen na het (nader, serieus) bekend worden van (gezondheids-)risico's, zou allicht aanleiding kunnen geven om het in het verkeer brengen van het betrokken product te staken. Dat is een zeer ingrijpende maatregel.

Vandaar dat de Hoge Raad niet voor niets moet hebben overwogen dat 'afhankelijk van de omstandigheden van het geval en van de toentertijd bestaande kennis en inzichten, [is] welke veiligheidsmaatregelen vanaf dat moment van die derde [lees hier: de producent] konden worden verwacht&' evenals het vervolg: 'In dat verband zijn mede van belang de mate van zekerheid dat het werken met asbest gezondheidsrisico's meebracht en de aard en ernst van die risico's.'

4.12. Dat Eternit er in 1970/1971 niet toe is overgegaan om (de productie van en) het in de handel brengen van de bewuste asbestcementplaten te staken, wordt haar in deze zaak evenwel niet verweten.

Aan Eternit wordt verweten het *niet waarschuwen*, c.q. het niet voorzien van de asbestcementplaten van waarschuwingsetiketten.

4.13. Zoals in mijn inleiding onder 1.3 reeds aangegeven, hebben de voorzieningenrechter en het hof, kort gezegd, geoordeeld dat Eternit in 1970/1971 bekend was dan wel behoorde te zijn met het mesotheliomgevaar dat ook voor derden zoals Horsting verbonden was aan het bewerken van asbestcementplaten.

De voorzieningenrechter en het hof hebben daarvoor een motivering gegeven die uitgaat van de juiste rechtsopvatting dat de 'peildatum' voor het besef bij Eternit op '1970/1971' dient te worden gesteld.

Daarvan uitgaande hebben de voorzieningenrechter en het hof hun voor Eternit ongunstig uitpakkende oordelen gegeven.

5. Bespreking van klacht 1 van het cassatiemiddel

5.1. Klacht 1 is opgebouwd uit een aanzienlijk aantal paragrafen en subparagrafen. De samenhang ervan is niet steeds gemakkelijk te doorgronden. Ik zal alle paragrafen en subparagrafen (daarom) aanduiden als onderdelen.

Na bespreking van de onderdelen stuk voor stuk, waarbij ik niettemin reeds enige m.i. door de steller bedoelde onderlinge verbanden wil aanbrengen of verduidelijken, zal ik in nr. 5.27 e.v. nog een eindbeschouwing geven.

5.2. Onderdeel 1 bevat de hoofdklacht die erop neerkomt dat de redenering van het hof en de conclusie waartoe het hof (in rov. 4.7 en 4.8) komt, te weten dat Eternit wetenschap had van het gevaar dat aan het redelijkerwijs te verwachten gebruik van asbestcementplaten was verbonden en dat zij, gegeven die wetenschap, onrechtmatig jegens Horsting heeft gehandeld door een zonder adequate waarschuwing gebrekkig en dus gevaarlijk product in het

43 Bij rov. 3.7 sub b is daarvan al in het geheel geen sprake.

44 Vgl. bijv. de casus in de (niet-asbest) zaak [...] c.s./Rockwool.

verkeer te brengen, blijk geven van een onjuiste rechtsopvatting (meer in het bijzonder omtrent het vereiste 'bekendheid' of 'state of the art') en/of zonder nadere motivering, die ontbreekt, onbegrijpelijk zijn. Deze hoofdklacht vindt zijn uitwerking en toelichting in de volgende onderdelen.

5.3. In een voetnoot bij dit onderdeel wordt, onder verwijzing naar HR 29 november 2002, NJ 2003, 549 m.nt. JBMV (Legionella-arrest), nog wel aangevoerd dat, gelet op de uitvoerige wijze van procederen, het ervoor moet worden gehouden dat de gewone motiveringseisen gelden. Voor zover deze voetnoot een klacht behelst, en voor zover die klacht aan de op grond van art. 407 lid 2 Rv geldende eisen voldoet, faalt deze. Niet valt in te zien, ook niet in het licht van het genoemde arrest, waarom in casu de regel dat de motiveringseisen in een kortgeding procedure minder streng zijn dan in een bodemprocedure⁴⁵ niet zou opgaan.

5.4. Onderdeel 2 stelt voorop dat tegen 's hofs oordeel dat bij het vervaardigen en verzagen van asbestcementplaten asbesthoudend stof vrijkomt en dat dit in 1970/1971 óók aan Eternit bekend was/moet zijn geweest, weinig valt in te brengen, tenzij de betreffende passage – het hof spreekt in rov. 4.7 van 'het gevaar van verspreiding van asbesthoudend stof' – aldus zou moeten worden gelezen dat verspreiding van asbeststof *steeds* – dat wil zeggen los van de vraag om welke soort asbest het gaat en los van de vraag naar de mate en aard van blootstelling – een reëel gevaar voor de gezondheid van betrokkenen oplevert, alsmede dat dit gevaar reeds in 1970/1971 bekend was. In dat geval kan Eternit zich met dat oordeel niet verenigen en richten de hierna nader uit te werken rechts- en motiveringsklachten zich ook hiertegen.

Gelet op de verdere onderdelen van het middel, neem ik aan dat dit onderdeel niet een zelfstandige klacht bevat. Zou dat wel bedoeld zijn, dan voldoet de klacht m.i. niet aan de eisen die art. 407 lid 2 Rv daaraan stelt, en kan zij daarom niet tot cassatie leiden.

5.5. Onderdeel 3 richt zich tegen rov. 4.7 waarin het hof overweegt dat uit de door Horsting in het geding gebrachte publicatie van ir. Kolff van Oosterwijk van april 1970⁴⁶, uit de in die publicatie vermelde door ir. Bijleveld (directeur Eternit) gestelde vragen en de beantwoording daarvan door dr. Stumphius blijkt dat op dat moment bekend was dat vrijkomende asbeststoffen mesotheliom kunnen veroorzaken, waarna het hof een drietal citaten uit het artikel weergeeft. In rov. 4.8 verbindt het hof hieraan de conclusie dat waar Eternit bekend moest zijn met het redelijkerwijs te verwachten gebruik van asbestcementplaten, zij dus gelet op de eerder vastgestelde wetenschap over het daaraan verbonden gevaar, onrechtmatig jegens Horsting heeft gehandeld door

de platen zonder waarschuwing in het verkeer te brengen.

Onderdeel 3.1 klaagt dat voor zover uit de overweging 'de door ir. Bijleveld, directeur van Eternit, gestelde vragen en de beantwoording daarvan door dr. Stumphius' moet worden afgeleid dat het hof het vraag en antwoordspel op het conto van Bijleveld (vragen) en Stumphius (antwoorden) heeft geschreven, dit onbegrijpelijk is omdat uit de betreffende publicatie blijkt dat alleen de op p. G 46 linkerkolom onderaan (vraag a) en rechterkolom bovenaan tot halverwege (vragen b, c en d) weergegeven vragen door Bijleveld zijn gesteld en de door het hof weergegeven citaten (goed)deels op door anderen gestelde vragen zien. Voorzover het hof dus van beslissende betekenis heeft geacht dat de vragen die het hof weergeeft door Bijleveld zelf zijn gesteld, lijdt het arrest van het hof aan een manco in de motivering, aldus het onderdeel.

5.6.1. Voor zover het onderdeel klaagt dat het hof in rov. 4.7 heeft geoordeeld dat de in de publicatie van ir. Kolff van Oosterwijk gestelde vragen alle door Bijleveld zijn gesteld of dat de in rov. 4.7 geciteerde opmerkingen alle naar aanleiding van door Bijleveld gestelde vragen zijn gemaakt, faalt het wegens gebrek aan feitelijke grondslag. Dergelijke oordelen zijn immers niet vervat in de bestreden rechtsoverweging.

Het hof heeft in rov. 4.7 onmiskenbaar willen aangeven dat uit de door Bijleveld gestelde vragen en de daarop door Stumphius gegeven antwoorden al voldoende blijkt dat bekend was dat vrijkomende asbeststoffen mesotheliom kunnen veroorzaken. Voorzover het onderdeel hiertegen opkomt, faalt het nu dit oordeel geenszins onbegrijpelijk is. Ik citeer in dit verband enkele van de door Bijleveld gestelde vragen en door Stumphius daarop gegeven antwoorden:

'Vraag b. Hebben verschillende soorten asbest verschillende gevolgen?

Antwoord dr. J. Stumphius: De meest gebruikte asbestsoorten (chrysotiel, amosiet en crocidoliet) kunnen als verwekker van asbestosen, resp. mesotheliomen, worden beschouwd. [...]

Vraag d. Kunnen wij alle asbest op een hoop vegen, bijv. asbest als isolatiemateriaal of gebonden als in asbestcement, kunststoffen en lassen?

Antwoord dr. J. Stumphius: Als eerder gezegd, zal asbest gevaar opleveren door losse, zwevende vezels; bij asbestisolatiewerkzaamheden zal dit in sterke mate het geval zijn. In gebonden vorm – als asbestcementmaterialen – zal het geen probleem opleveren, tenzij het asbest in dit soort materialen door bewerken of slijtage vrijkomt. [...]

Reeds hierom faalt het onderdeel.

5.6.2. Het onderdeel faalt ook bij gebrek aan belang. Het hof heeft, inderdaad minder nauwkeurig, gerefereerd aan een 'publicatie van ir. Kolff van Oosterwijk d.d. 3 april 1970', maar zoals het hof in rov. 4.7 óók aangeeft gaat het bij 'de vermelde publicatie d.d. 3 april 1970' (mede) om een beraadslaging

⁴⁵ Zie bijv. Hugenholtz/Heemskerk (2002), nr. 132.

⁴⁶ Het onderdeel verwijst naar onder meer productie 12 in eerste aanleg tijdens Horsting.

in enige tijd vóór de vermelde publicatie', waarvan de publicatie verslag doet en waarbij Bijleveld kennelijk aanwezig is geweest'. Tegen die overweging is — begrijpelijkerwijs — geen klacht gericht. Mede van de desbetreffende productie nader kennis neemt, ziet onmiddellijk dat het gaat om een, ná een voordrage van ir. Kolff van Oosterwijk, in het tijdschrift 'De Ingenieur', onderdeel Gezondheidstechniek, aflevering van 3 april 1970, afgedrukt verslag van een beraadslaging'. Wie vervolgens de voor de hand liggende moeite neemt — een moeite die het hof niet kenbaar heeft genomen, maar die ook de steller van het cassatiemiddel kennelijk niet heeft genomen — om de bewuste, tot de algemeen toegankelijke literatuur behorende jaargang van het tijdschrift 'De Ingenieur'⁴⁷ op te slaan, ziet dat het onderdeel ook bij gebrek aan belang niet tot cassatie kan leiden. Kennisneming van deze algemeen toegankelijke literatuurplaats maakt onmiskenbaar duidelijk dat het gaat om een weergave van drie voordrachten (twee van ir. Kolff van Oosterwijk, en één van dr. J. Stumphius), met vervolgens een (redactioneel) verslag van de aansluitende beraadslaging, alles tijdens een bijeenkomst van de Afdeling voor Gezondheidstechniek van het KIVI op 17 december 1969 te 's-Gravenhage⁴⁸. Het hof heeft, als gezegd, onbestreden, geoordeeld dat Bijleveld bij deze bijeenkomst aanwezig is geweest. Na eventuele vernietiging en verwijzing op grond van de hier bedoelde klacht zal een ander hof tot geen ander oordeel kunnen komen dan dat Bijleveld met de inhoud van het op 17 december 1969 op het KIVI verhandelde (op 3 april 1970 daarna in druk weergegevene), waaraan alle citaten in rov. 4.7 ontleend zijn, op de hoogte was. Daarmee is het gebrek aan belang bij de klacht gegeven.⁴⁹

5.7. Onderdeel 3.2.1 betoogt dat 's hofs oordeel dat het feit 'dat op dat moment bekend was dat vrijkomende asbeststoffen mesothelioom kunnen veroorzaken'; (rov. 4.7) 'wetenschap over het aan het gebruik van asbestcementplaten verbonden gevaar' oplevert (rov. 4.8), blijkt geeft van een onjuiste rechtsopvatting, meer in het bijzonder omtrent het begrip 'wetenschap'. Allereerst kunnen volgens het onderdeel niet alle *asbestsoorten* qua eigenschappen en de daaraan verbonden risico's over één kam geschoren worden (ten aanzien van witte asbest, waarvan in casu sprake is, is het steeds de opvatting geweest dat deze soort slechts in zeldzame gevallen mesothelioom kan veroorzaken, aldus het onder-

deel). Verder bepalen de relatie tussen *duur, aard en omvang* van de blootstelling aan asbest enerzijds en de aan die combinatie gerelateerde kans⁵⁰ op het ontstaan van mesothelioom anderzijds of er sprake is van 'gevaar'. Het hof had deze aspecten volgens het onderdeel, vooral in combinatie met elkaar, dienen te betrekken bij het antwoord op de vraag of Eternit wetenschap had omtrent het gevaar verbonden aan *het litigieuze gebruik* (aard, omvang enzovoort) van *deze vorm van asbestmaterialen* (te weten asbestcementplaten).

Onderdeel 3.2.2 benadrukt dat het onderdeel niet erover klaagt dat het hof heeft miskend dat voor aansprakelijkheid van Eternit onvoldoende is dat sprake is van schending van een *algemene veiligheidsnorm* en dat het *specifieke* gevaar, in de zin van het ontstaan, de aard en de omvang van de schade voor Eternit kenbaar en voorzienbaar moeten zijn geweest.⁵¹ Het onderdeel bestrijdt daarentegen de aan die vraag voorafgaande vaststelling door het hof dat Eternit in 1970/1971 wetenschap moet hebben gehad omtrent het algemene gevaar voor de gezondheid van mensen dat verbonden zou zijn aan *geringe/incidentele blootstelling aan asbeststof* afkomstig van *witte asbest* in de vorm van asbestcementplaten. Onderdeel 3.2.2 bevat nog een subsidiaire klacht, waarop ik hieronder (in nr. 5.10) terugkom.

5.8. 's Hofs oordeel in rov. 4.7–4.8 komt er — in onderlinge samenhang gelezen — op neer dat Eternit in 1970/1971 wetenschap had, dan wel behoorde te hebben van het *mesothelioomgevaar* dat *ook voor derden* verbonden was aan de verspreiding van asbesthoudend stof *bij het vervaardigen en verzagen van asbestcementplaten*. De onderdelen klagen erover dat het hof hiermee heeft miskend dat de wetenschap van Eternit meer specifiek moest zijn gericht op het gevaar verbonden aan *geringe/incidentele blootstelling* aan asbeststof afkomstig van *witte asbest* in de vorm van *asbestcementplaten*.

5.9. Ik meen dat de onderdelen 3.2.1 en 3.2.2 niet kunnen slagen.

5.9.1. Zoals uit het hiervoor weergegeven oordeel volgt, heeft het hof de vereiste bekendheid bij Eternit wel degelijk toegespitst op het specifieke gebruik in onderhavige situatie in de vorm van *asbestcementplaten*. In zoverre missen de onderdelen feitelijke grondslag. Waar de onderdelen vervolgens klagen dat het hof het element van de *geringe/incidentele blootstelling* bij zijn oordeel had moeten betrekken, falen ze eveneens bij gebrek aan feitelijke grondslag. Door in rov. 4.8 van het bestreden arrest de bekendheid bij Eternit toe te spitsen op het gevaar voor eventuele derden in de omgeving van de gebruiker, heeft het hof de mate van blootstelling immers wel degelijk in de overwegingen betrokken. Daarbij heeft

47. Orgaan van het Koninklijk Instituut van Ingenieurs (KIVI) te 's-Gravenhage.

48. Zie voetnoot 1 op p. C37.

49. Terzijde verwijs ik nog naar de verklaring van Eternit-fabrieks-directeur G.J. de Jong d.d. 30 januari 1991, door Horsting overgelegd als prod. 33 in eerste aanleg. De Jong schrijft daarin onder meer: 'Omstreeks 1969 verscheen het proefschrift van Stumphius. Ik herinner mij nog dat het bij de asbestindustrie insloeg als een bom. Wij, de drie directeurs van Eternit Nederland, zijn prompt op bezoek gegaan bij Dr. Stumphius in M'Heiligen, en: 'Wij zijn na 'Stumphius' meteen gaan studeren op wat voor nieuwe filters ...[etc.]' Vgl. ook s.t. namens Eternit, p. 36, onder 5.11.6, waarin het laatste citaat vervolgd wordt (maar het eerste citaat niet wordt vermeld).

50. Verwezen wordt naar HR 15 juni 2001, NJ 2002, 336 m.nt. CJHB (Almelo/[...]).

51. Zoals, aldus een voetnoot bij het onderdeel, in het Legionella-arrest van 29 november 2002, NJ 2002, 549 m.nt. JBMV, waarin de bekendheid met het algemene gevaar als vaststaand werd aangenomen.

het hof onmiskenbaar en in het licht van de in rov. 4.7 aangehaalde bronnen niet onbegrijpelijk geoordeeld dat het gevaar van het oplopen van mesothelioom zich ook bij geringe/incidentele blootstelling kan voordoen (ook als de kans op het daadwerkelijk oplopen van deze ziekte dan kleiner zal zijn).

Ik wijs er hier op dat het middel in onderdeel 3.3 (t/m 3.3.12) nadere motiveringsklachten tegen rov. 4.7 en 4.8 naar voren brengt: 's hofs overwegingen zouden onbegrijpelijk zijn in het licht van andere vindplaatsen in de literatuur. Ik bespreek die klachten in nr. 5.18 e.v.

5.9.2. Ook het verwijt dat het hof de vereiste bekendheid had moeten richten op de hier aan de orde zijnde asbestsoort (*witte asbest*) wordt ten onrechte gemaakt. In dit kader volstond de door het hof onderzochte en aangenomen bekendheid met de gevaren verbonden aan het gebruik van *asbestcementplaten*. Ik meen dat dit slechts anders zou zijn indien (i) asbestcementplaten niet per definitie uitsluitend witte asbest als asbestsoort bevatten én (ii) in casu bij Eternit bekend was dat de betreffende partij platen wél uitsluitend witte asbest bevatte. Immers (ad i): indien aan de hand van het gevoerde partijdebat aangenomen moet worden dat (in ieder geval de onderhavige) asbestcementplaten per definitie geen andere asbestsoort dan witte asbest bevatten, en daar gaat onderdeel 3.3.3 van uit⁵², heeft het hof de bekendheid bij Eternit, door deze te richten op het gebruik van asbestcementplaten, in wezen juist toegespitst op het gebruik van witte asbest. In zoverre mist de klacht dan feitelijke grondslag. Voorts (ad ii): indien – in weerwil van Eternit's uitgangspunt in onderdeel 3.3.3 – aangenomen moet worden dat (ook de onderhavige) asbestcementplaten ook andere asbestsoorten kunnen bevatten, heeft het hof zich niét onjuist of onbegrijpelijk gericht op het gebruik van asbestcementplaten in plaats van het gebruik van witte asbest, waarbij in 's hofs oordeel dan onmiskenbaar en niet onbegrijpelijk besloten ligt dat niet is aangetoond dat Eternit wist dat de betreffende partij asbestcementplaten uitsluitend uit witte asbest bestond.

Ook beschouwing van de aangevoerde argumenten in onderlinge samenhang geeft mij geen aanleiding het oordeel van het hof onbegrijpelijk of onjuist te achten.

5.9.3. Overigens meen ik dat uit HR 17 december 2004, nr. CO3/211, RvdW 2005, 4, JAR 2005, 32 ([...]/[...]), ook gewezen op basis van art. 1401 (oud) BW, valt af te leiden dat het zelfs voldoende geacht kan worden indien het hof de bekendheid met de gevaren verbonden aan 'asbest' (en niet *witte asbest* of *asbestcementplaten*) zou hebben onderzocht. Ik citeer daartoe rov. 3.9 uit dat arrest, cursiveringen toegevoegd:

'3.9 Het feit dat [...] in 1970/71 het gebruik van asbest bij NDSM heeft gestaakt en dat zij bij NDSM *vanaf 1965 nog slechts met het minder gevaarlijke witte asbest werkte, brengt in het hiervoor overwogene geen wijziging. Het hof heeft immers in rov. 4.35 van zijn tussenarrest onbestreden overwogen dat gesteld noch gebleken is dat mesothelioom niet door wit asbest kan worden veroorzaakt*; voorts staat ten processe vast dat [...] de werknemers van NDSM jarenlang intensief aan asbeststof had blootgesteld en *vanaf 1969 wist dat door blootstelling aan asbeststof ook mesothelioom kan worden veroorzaakt*. In dit licht getuigt het niet van een onjuiste rechtsopvatting en is evenmin onbegrijpelijk dat het hof *het mede door [...] gevoerde verweer, dat pas sinds 1980 is komen vast te staan dat ook wit asbest kankerverwekkend was, heeft verworpen*, daar het kennelijk van oordeel was dat [...] onder de genoemde omstandigheden geen verdere risico's ten aanzien van de gezondheid van de werknemers van NDSM mocht nemen, maar dit toch is blijven doen.'

5.10. Onderdeel 3.2.2 voert, voor het geval de klacht uit onderdeel 3.2.1 faalt, aan dat het hof heeft miskend dat voor aansprakelijkheid van Eternit nodig is dat de besmetting van Horsting een naar objectieve maatstaven te verwachten gevolg is van schending van de door het hof aangenomen veiligheidsnorm. De conclusie dat dit naar objectieve maatstaven (anno 1970/1971) het geval is geweest, houdt geen stand (vergelijk ook de onderdelen 3.2.3–3.3.12), zodat 's hofs oordeel blijkt geeft van een onjuiste rechtsopvatting.

5.11. Voor zover dit onderdeel voortbouwt op het vorige, deelt het het lot daarvan. Voor het overige heeft het onderdeel – dat niet aangeeft waarom 's hofs conclusie dat de besmetting van Horsting een naar objectieve maatstaven te verwachten gevolg is van schending van de door het hof aangenomen veiligheidsnorm, geen stand zou houden – kennelijk een inleidend karakter ten opzichte van de volgende (sub-)onderdelen waarnaar het verwijst.

Het onderdeel geeft overigens de veiligheidsnorm, waarom het bij de uitwerkende onderdelen van de klacht moet gaan, niet weer. Bedoeld moet zijn: het treffen van waarschuwingsmaatregelen (etiketten) met het oog op veilige verwerking bij het redelijkerwijs te verwachten gebruik, ter vermijding van het Eternit bekende mesothelioomgevaar dat ook voor derden verbonden is aan de verspreiding van asbesthoudend stof bij het vervaardigen en verzagen van asbestcementplaten.

5.12. Volgens onderdeel 3.2.3 is het hier aan de orde zijnde oordeel van het hof in het licht van hetgeen Eternit onder meer in appel in haar derde en vijfde appèlgrief en de daarop gegeven toelichting naar voren heeft gebracht over de onvoorzienbaarheid van de wijze waarop de platen zouden worden verspaand (door de familie van Horsting), de wijze waarop Horsting daarbij betrokken was (uitkloppen van kleding/vegen) en de aan een dergelijke betrokkenheid gerelateerde geringe mate van blootstelling

52 Zie met name de laatste alinea van onderdeel 3.3.3. Vgl. ook par. 7.10, derde volzin van de MvG van Eternit: 'Veeleer dacht men toen aan blauwe asbest, dat door Eternit nimmer in enige golfplaat is verwerkt.'

aan asbest, in ieder geval onvoldoende begrijpelijk gemotiveerd.

5.13. Het hof heeft onmiskenbaar geoordeeld dat het gevolg dat zich in casu heeft voorgedaan (de bij Horsting geconstateerde ziekte mesothelioom) een naar objectieve maatstaven redelijkerwijze te verwachten gevolg was van de schending van de door het hof aangenomen veiligheidsnorm. In aanmerking nemende dat die hier aan de orde zijnde veiligheidsnorm klaarblijkelijk ziet op het treffen van waarschuwingsmaatregelen ter vermindering van het Eternit bekende mesothelioomgevaar dat ook voor derden verbonden is aan de verspreiding van asbesthoudend stof bij het vervaardigen en verzagen van asbestcementplaten, getuigt dit oordeel m.i. niet van een onjuiste rechtsopvatting, noch is het onbegrijpelijk.

De in het onderdeel aangehaalde stelling van Eternit omtrent de onvoorzienbaarheid van het gebruik van de asbestcementplaten (het verspanen), wordt door het hof expliciet verworpen in rov. 4.5, waarin het hof – in essentie – oordeelt dat hier sprake is van een redelijkerwijs te verwachten gebruik van asbestcementplaten. Tegen rov. 4.5 is in cassatie geen klacht gericht. In rov. 4.8 van het bestreden arrest heeft het hof voorts expliciet gewezen op de gevaren voor eventuele derden in de omgeving van de gebruiker en verder heeft het hof onmiskenbaar geoordeeld dat het gevaar zoals zich dat heeft verwezenlijkt redelijkerwijs viel te verwachten. Hiermee is het hof m.i. op begrijpelijke en voldoende gemotiveerde wijze ingegaan op Eternit's stellingen omtrent de wijze van betrokkenheid en de mate van blootstelling van Horsting aan asbest.

Ik constateer nog dat hetgeen in de grieven III en V (waarnaar het middel verwijst) in verband met het naar objectieve maatstaven te verwachten gevolg gesteld was omtrent nu juist het gebruik van wit asbest, het lot moet delen van de andere daarop betrekking hebbende onderdelen van het middel. Voor zover het gestelde in die grieven betrekking had op het (ook) niet waarschuwen door derde producenten van asbestproducten, was zulks voor het hof, en is zulks in het kader van de onderhavige klacht niet relevant, laat staan concludent. Voor zover daar – kort samengevat – 'de schuld gegooid wordt' op aannemer IJdens, die op veiliger wijze had moeten (doen) verzagen/verspanen, heeft het hof de desbetreffende stellingen kennelijk en niet onbegrijpelijk niet concludent geacht. Die stellingen hielden immers niet in dat de betrokken Eternit-cementplaten slechts voor professionele aannemers en niet voor de doe-het-zelf-markt beschikbaar waren, en ook niet dat (zoals kennelijk in casu is geschied) een professionele aannemer en een opdrachtgever-niet-aannemer niet tot een arrangement zouden hebben mogen komen, waarbij een deel van de werkzaamheden (waaronder het verzagen/verspanen van de benodigde asbestplaten) door de opdrachtgever in eigen beheer worden uitgevoerd. Voor zover in die stellingen is betwist dat Eternit ook uitdrukkelijk zou hebben moeten waarschuwen tegen 'kloppen' en 'vegen', gingen zij naar 's hofs kennelijke en be-

grijpelijke oordeel eraan voorbij dat een door de voorzieningenrechter geboden geachte veiligheids-waarschuwing, waarbij het hof zich heeft aangesloten, in algemener termen zou kunnen zijn vervat.

De klacht faalt dan ook.

5.14. Onderdeel 3.2.4 voert aan dat, voorzover het oordeel van hof (mede) zou berusten op de gedachte dat voor aansprakelijkheid van Eternit niet is vereist dat het (aan het gebruik door derden/gebruikers van asbestcementplaten verbonden) gevaar van het ontstaan van mesothelioom, *destijds (geheel) bekend* was, het hof heeft miskend dat voor een dergelijk oprekken van de schuldaansprakelijkheid, zoals in het geval van werkgeversaansprakelijkheid ex art. 1638x BW⁵³, geen plaats is. Ten eerste is volgens het onderdeel de grondslag van de aansprakelijkheid een geheel andere dan die bij werkgeversaansprakelijkheid. Ten tweede zijn de bezwaren die voor het aansprakelijk gestelde bedrijf zijn verbonden aan het toepassen van de 'omkeringsregel' (welke toepassing, gegeven de bestaande rechtspraak, vrijwel onvermijdelijk lijkt te zijn indien eenmaal schending van een specifieke zorgvuldigheidsnorm is vastgesteld) in gevallen als de onderhavige veel klemmender dan bij werkgeversaansprakelijkheid, vanwege de veel grotere mate van waarschijnlijkheid dat een ander asbesthoudend product de besmetting heeft veroorzaakt, danwel dat sprake is van mesothelioom zonder relatie met blootstelling aan asbest.

5.15. Deze klacht mist feitelijke grondslag nu het hof wel degelijk heeft geoordeeld dat Eternit *in 1970/1971 bekend* was met het ook voor derden bestaande gevaar van mesothelioom. Zulks volgt uit rov. 4.6–4.8.

Overigens: hoewel aan de steller van het middel kan worden toegegeven dat de normen die de Hoge Raad in het kader van art. 7:658 BW heeft ontwikkeld in de arresten Cijssouw I en II niet van (overeenkomstige) toepassing zijn in een zaak van buitencontractuele aansprakelijkheid als de onderhavige, geldt niettemin, vanaf het moment waarop binnen de maatschappelijke kring waartoe de aangesproken derde behoort, bekend moet worden geacht dat aan het werken met asbest gevaren voor de gezondheid zijn verbonden, blijkens rov. 3.7 onder c van het reeds aangehaalde arrest [...] [...] van 17 december 2004, een verhoogde zorgvuldigheidsnorm.

Daarbij is nog van belang de in de klacht m.i. uit het oog verloren omstandigheid dat het in de onderhavige zaak niét gaat om aansprakelijkheid voor het blootstellen aan gevaar van mesothelioom zonder passende (door de werkgever in de werkomgeving toe te passen) veiligheidsmaatregelen als aan de orde in Cijssouw/De Schelde, maar (slechts) om aansprakelijkheid voor het blootstellen aan gevaar van mesothelioom *zonder enige waarschuwing* (met betrekking tot door de gebruiker toe te passen veiligheidsmaatregelen), welke waarschuwing volgens het hof mo-

53 Het onderdeel verwijst naar HR 25 juni 1993, NJ 1993, 686 en HR 2 oktober 1998, NJ 1999, 682 en 683.

gelijk en – in 1970/1971 – geboden was. Ik verwijs naar nr. 5.13 supra.

5.16. Volgens onderdeel 3.2.5 lijdt 's hofs arrest in ieder geval aan gebreken in de motivering, omdat Eternit de in onderdeel 3.2.1 weergegeven stellingen in haar verweer heeft betrokken, onder meer door middel van haar tweede appèlgrief en de daarop gegeven toelichting.⁵⁴ Het hof had daar, nu het om essentiële stellingen gaat, niet zonder enige motivering aan voorbij mogen gaan.

5.17. Deze klacht faalt om de in 5.8 en 5.9.1–5.9.3 aangegeven redenen. Daaruit volgt dat het hof op te dezen relevante stellingen wel degelijk is ingegaan en aan de overige stellingen voorbij kon gaan.⁵⁵

5.18. Onderdeel 3.3 klaagt dat 's hofs oordeel in het licht van de gedingstukken om de volgende redenen onbegrijpelijk is. Uit de door het hof geciteerde passages en de conclusie die het hof daaraan vervolgens in rov. 4.8 verbindt, blijkt dat het hof kennelijk van oordeel is dat bekendheid met 'het gevaar van vrijkomende asbeststoffen' in het algemeen, niet alleen óók impliceert bekendheid met 'het gevaar van vrijkomende witte asbeststof' (kennelijk ongeacht de mate waarin dat stof is vrijgekomen) maar ook met het feit dat (i) juist niet degenen die dagelijks contact hebben met asbest het grootste gevaar lopen (bescherming is hier gebruikelijk), maar eerder anderen, die zich niet bewust zijn van de risico's; (ii) de reële gevaren van asbestblootstelling optreden bij fabricage, montage en demontage van asbesthoudende producten en (iii) meer specifiek als het gaat om *asbestcementmaterialen in gebonden vorm*, bij het bewerken van die producten of in geval van slijtage⁵⁶. Het hof baseert dat oordeel volgens eigen zeggen (rov. 4.7) op het verslag van de bijeenkomst met Stumphius en op diens proefschrift.

Dit oordeel is volgens het onderdeel onbegrijpelijk, niet alleen in het licht van de stellingen van Eternit zelf (Eternit heeft gemotiveerd gesteld dat het een 'geenszins wetenschappelijk uitgemaakte zaak was dat het risico op mesotheliom ook zou kunnen bestaan bij kleinschalige blootstelling aan louter witte asbest'⁵⁷ en zij heeft die stellingen onderbouwd, onder meer door verwijzing naar de door Horsting overgelegde producties), maar ook gelet op de stukken die door Horsting zijn overgelegd en niet in de laatste plaats gezien het proefschrift van Stumphius.

5.19. De klachten worden in de onderdelen 3.3.1–3.3.12 uitgewerkt, en ik bespreek ze in dat

verband. Daarbij richten de onderdelen 3.3.1–3.3.5 zich met name op het aspect van bekendheid van risico's van 'wit asbest' (chrysotiel) in vergelijking tot andere asbestsoorten (crocidoliet, amosiet) terwijl de onderdelen 3.3.6–3.3.11 zich met name richten op het aspect van de bekendheid met risico's van (incidentele) blootstelling aan het bij het verspanen van de (witte) asbestcementplaten vrijkomende stof. Onderdeel 3.12 vraagt nog aandacht voor een onderling verband.

5.20. Onderdelen 3.3.1–3.3.5 klagen er (blijkens onderdeel 3.3.5) over dat ontoereikend is gemotiveerd waarom wit asbest even gevaarlijk is als de andere asbestsoorten, althans dat het in zodanige mate gevaarlijk is – én dat dit in 1970/1971 ook bekend was – dat de voorzorgsmaatregelen, zoals door het hof genoemd, bij het in het verkeer brengen van de asbestcementplaten door Eternit zo zeer geïndiceerd waren dat het achterwege laten daarvan een onrechtmatige gedraging jegens Horsting oplevert.

Onderdeel 3.3.1 stelt voorop dat het hof zijn oordeel onder meer heeft doen steunen op het proefschrift van Stumphius. De bevindingen over het mogelijk gevaar van wit asbest in diens proefschrift zijn echter zeer schaars. Na de publicatie van Wagner c.s. uit 1960 te hebben besproken merkt Stumphius hierover, volgens het onderdeel, op: 'In de nabijheid van mijnen van andere asbestsoorten in Zuid-Afrika (chrysotiel) werd deze opeenhoping van mesotheliomen niet gevonden'.⁵⁸ Stumphius heeft volgens onderdeel 3.3.2 geen onderzoek verricht naar besmetting met mesotheliom als gevolg van (uitsluitend) chrysotiel. Ook de door hem vermelde onderzoeken in het buitenland besteden daar niet of nauwelijks aandacht aan. Wel maakt Stumphius melding van een aantal dierproeven (met zodanige methode-kritiek dat de conclusie daaruit meteen op losse schroeven komt te staan) en slechts en marge merkt hij naar aanleiding daarvan op dat 'indien de stof direct wordt ingebracht in de pleuraholte, er bepaald niet gesteld kan worden, dat chrysotiel minder tumorigeen zou kunnen werken dan crocidoliet, hoewel deze veronderstelling wel gangbaar is', waaraan onmiddellijk wordt toegevoegd dat toediening via de ademwegen wel longtumoren oplevert, maar nauwelijks het ontstaan van mesotheliomen.⁵⁹

In onderdeel 3.3.3 wordt verwezen naar een deskundigenrapport dat in een andere zaak tegen Eternit werd uitgebracht en door Horsting als productie (34 in eerste aanleg) in deze procedure werd ingebracht, welk rapport heel duidelijke antwoorden geeft op de vraag naar de kans op besmetting met mesotheliom als gevolg van blootstelling aan witte asbest. De deskundigen betogen dat niet alle asbestsoorten even belangrijk zijn als oorzaak van mesotheliom:

54 Het onderdeel verwijst naar de MvG, onder 10.2 en 7.6–7.13.

55 De in de toelichting op de appèlgrief gestelde onbekendheid met het in 1960 gepubliceerde onderzoek van Wagner (tot 1969) kan, gelet op de door het hof besproken publicatie(s) uit 1969, als niet relevant buiten bespreking blijven.

56 Cursiveringen van de steller van het middel.

57 Het onderdeel verwijst naar de MvG, onder 7.7–7.9, de pleitaantekeningen van mr. Bruidgom, onder 16–18 en de antwoordakte van 9 maart 2004. Niet wordt aangegeven of het de pleitaantekeningen in eerste aanleg of in hoger beroep betreffen. (De pleitaantekeningen in hoger beroep ontbreken in het A-dossier.)

58 Het onderdeel verwijst naar het proefschrift: J. Stumphius, *Asbest in een bedrijfsbevolking*, 1969, p. 59.

59 Het onderdeel verwijst naar het proefschrift, p. 82, maar verwijst niet naar een plaats waar deze stelling in feitelijke instanties eerder naar voren is gebracht.

'het meest gevaarlijk is crocidoliet (blauw asbest), daarop volgt amosiet (bruin asbest), terwijl het meest gebruikte en geproduceerde witte asbest (chrysotiel) slechts in zeldzame gevallen als oorzaak kan worden aangemerkt (en waarschijnlijk veroorzaakt door een verontreiniging met het mineraal Tremoliet, dat evenals crocidoliet en amosiet behoort tot het amfibole type asbestvezel).⁶⁰

En op de daarop volgende pagina wordt volgens het onderdeel vermeld dat de maaksters in WO II van gasmaskers die blauwe asbest bevatten wél en degenen die werkten met wit asbest geen mesotheliom kregen⁶¹. Even verderop, als antwoord op de vraag of Eternit tijdig veiligheidsmaatregelen heeft genomen die voldeden aan de eisen welke daaraan op grond van de stand der wetenschap en regelgeving redelijkerwijs mochten worden gesteld:

'Voor wat betreft de kennis over de relatie asbest en mesotheliom, die beschikbaar kwam in de jaren '70 en '80, moet achteraf worden vastgesteld, dat Eternit de ernst van die bevinding toch niet juist heeft ingeschat. Met name bij de buizenfabricage, waarbij een asbestmengsel van 15% crocidoliet en 85% chrysotiel werd gebruikt, had het management naar de mening van de commissie meer alert moeten zijn.⁶²

Dat het witte asbest (chrysotiel) verontreinigd kan zijn met amfibole asbestvezels, zoals Tremoliet, is pas eind jaren '80 duidelijk geworden toen specifieke analysemethoden beschikbaar kwamen (Churg, 1988b).'

De deskundigen vermelden vervolgens op pagina 29 van hun rapport dat voor de fabricage van asbestcement plaatmaterialen uitsluitend chrysotiel (witte asbest) werd gebruikt en dat het amfibole crocidoliet (blauwe asbest) bij Eternit in Goor pas in 1953 werd geïntroduceerd en wel (uitsluitend) bij het fabriceren van asbestcementbuizen. De deskundigen concluderen dan ook dat 'daar het niet aannemelijk is, dat de expositie aan (zuiver) chrysotiel mesotheliomen veroorzaakt; het in de rede ligt te veronderstellen dat de initiatie van mesotheliomen bij Eternit na 1952 heeft plaatsgevonden.

Tot slot wordt in onderdeel 3.3.4 verwezen naar het Advies Asbestslachtoffers van prof. De Rooter die, sprekend over het gevaar van mesotheliom en de wetenschap daarover begin jaren zestig, verklaart dat 'daarbij [...] met name crocidoliet (blauwe asbest) als boosdoener [wordt] aangewezen. Chrysotiel

(witte asbest, de in Nederland verreweg meest gebruikte soort) wordt minder risicovol geacht'.⁶³

5.21.1. Voor zover de onderdelen klagen dat het hof onvoldoende heeft gemotiveerd waarom wit asbest even gevaarlijk is als de andere asbestsoorten, falen zij bij gebrek aan feitelijke grondslag, nu het hof dat oordeel niet heeft uitgesproken. Voor zover zij erover klagen dat het hof ontoereikend heeft gemotiveerd dat wit asbest in zodanige mate gevaarlijk is —én dat dit in 1970/1971 ook bekend was— dat de voorzorgsmaatregelen, zoals door het hof genoemd, bij het in het verkeer brengen van de asbestcementplaten door Eternit zo zeer geïndiceerd waren dat het achterwege laten daarvan een onrechtmatige gedraging jegens Horsting oplevert, wijs ik op het volgende.

5.21.2. Voor zover de onderdelen 3.3-3.3.5 tot uitgangspunt nemen dat het hof het gebruik van witte asbest centraal had moeten stellen, stuit het af op hetgeen ik in 5.9.2-5.9.3 heb aangegeven.

Dat het hof heeft geoordeeld dat bij Eternit bekend was dat bij de bewerking van asbestcementplaten vrijkomend asbeststof mesotheliom kan veroorzaken, is mijns inziens niet onbegrijpelijk of onvoldoende gemotiveerd. De in rov. 4.7 weergegeven citaten zijn voldoende redengevend.

5.21.3. Voor zover de hier besproken onderdelen ervan uitgaan (zie onderdeel 3.3 in fine) dat het hof 'naar eigen zeggen groot gewicht heeft toegekend bij zijn beslissing op het punt van de aan Eternit toegedichte wetenschap' aan 'de inhoud van het proefschrift van Stumphius', berust het op een niet geheel juiste weergave van het arrest.

Het hof heeft in rov. 4.7 ten deze niet meer en niet minder overwogen dan het volgende (mijn curs., A-G):

'(...) De wetenschap dienaangaande, die ir. Bijleveld als directeur van Eternit al enige tijd vóór de vermelde publicatie d.d. 3 april 1970 moet hebben gehad, namelijk toen de beraadslaging waarvan die publicatie verslag doet en waarbij Bijleveld kennelijk aanwezig is geweest, heeft plaatsgevonden, mede gelet op de publicatie van het proefschrift van dr. J. Stumphius over 'Asbest in een bedrijfsbevolking' in 1969 (zie productie 11 in eerste aanleg), dient aan Eternit te worden toegerekend. Gelet op deze gegevens is het hof met de voorzieningenrechter van oordeel dat het bewuste gevaar aan Eternit, een internationaal opererend bedrijf, in 1970-1971 bekend was althans bekend had behoren te zijn. (...)

De verwijzing naar hetgeen verhandeld is op de bijeenkomst van het KIVI op 17 december 1969, waarbij Bijleveld — onbestreden in cassatie — aanwezig was, en waarvan de publicatie d.d. 3 april 1970 de schriftelijke weergave was⁶⁴, kan 's hofs oordeel m.i. reeds genoegzaam dragen. In zoverre heeft Eternit reeds

60 Het onderdeel verwijst naar het rapport, p. 11, maar verwijst niet naar een plaats waar deze stelling in feitelijke instanties eerder naar voren is gebracht.'

61 Het onderdeel verwijst ook naar de MvG, onder 7.9 en het artikel van Laros, overgelegd door Horsting in eerste aanleg als productie 22.

62 Het onderdeel verwijst naar het rapport, p. 23. Het verwijst niet naar een plaats waar deze stelling in feitelijke instanties eerder naar voren is gebracht.

63 Het onderdeel verwijst naar productie 5 bij MvG, p. 66; vgl. ook pleitnota mr. Bruidgom in prima, p. 7 en de MvG, p. 11, onder 7.7.

64 Zie daarover hierboven, nrs. 5.6.1-5.6.2.

geen belang bij de klachten die neerkomen op het inhoudelijk ter discussie stellen of het als productie 11 in eerste aanleg overgelegde proefschrift van Stumphius óók steun geeft aan de door het hof aan Eternit toegerekende wetenschap. Met de woorden 'mede gelet op de publicatie van het proefschrift van dr. J. Stumphius over 'Asbest in een bedrijfsbevolking' in 1969' heeft het hof voorts kennelijk en niet onbegrijpelijk tot uitdrukking gebracht dat het feit van deze publicatie eens te meer kan bijdragen aan het oordeel dat de signalering van het bewuste risico aan Eternit niet voorbij is gegaan, althans niet voorbij had behoren te gaan.

5.21.4. Ik wijs er in dit verband verder op dat het aangevochten oordeel van het hof een in hoge mate feitelijk oordeel betreft, en verder dat in kort-geding-procedures minder zware motiveringseisen gelden. Nu de in het onderdeel genoemde stellingen zich richten op het gebruik van witte asbest, kunnen deze niet afdoen aan het voorgaande (vgl. nrs. 5.9.1-5.9.3). 5.21.5. Naar mijn mening is er dan ook geen plaats voor toetsing in cassatie van enkele in de onderdelen 3.3.1 t/m 3.3.4 vervatte specifieke klachten. De daar vermelde citaten uit het proefschrift van Stumphius en uit een deskundigenrapport alsmede uit het Advies Asbestslachtoffers, maken het oordeel van het hof nog niet onbegrijpelijk.

Dat is overigens eens te minder het geval als men de citaten in deze onderdelen confronteert met andere citaten, zoals reeds:

– uit het proefschrift van Stumphius, (even verder⁶⁵) na de in onderdeel 3.3.1 weergegeven passage 'In de nabijheid van mijnen van andere asbestsoorten in Zuid-Afrika (chrysotiel) werd deze opeenhoping van mesotheliomen niet gevonden':

'Als mogelijke verklaring noemt Wagner het feit, dat crocidoliet reeds vanaf 1890 wordt gedolven; de overige soorten (amosiet en chrysotiel) volgden + 30 jaar later. De lange incubatietijd van het mesothelium (gem. 40 jaar) kan het niet-verschijnen bij de amosiet- en chrysotielmijnen verklaren.⁶⁶

alsmede de stellingen 1 en 2 bij het proefschrift:

'1. Er zijn geen duidelijke aanwijzingen dat amfiboolasbesten⁶⁷ een groter gevaar voor de gezondheid betekenen dan chrysotielasbest.

⁶⁵ Overlopende zin op pp. 59-60.

⁶⁶ Door mij ook niet aangetroffen in de uitgebreide samenvatting van Stumphius' proefschrift op pp. 10-22 van de s.t. namens Eternit.'

⁶⁷ Stumphius, proefschrift, p. 9: 'De amfibolen zijn vertegenwoordigd door een groot aantal asbestsoorten [maar dus niet chrysotiel, A-G]. De voornaamste hiervan zijn crocidoliet en het amosiet; minder belangrijk zijn het tremoliet, actinoliet en het anthofylliet. (...)

In verhouding tot chrysotiel is echter het totale gebruik van deze asbestsoorten gering.'

2. Door asbest veroorzaakt diffuus mesotheliom is zeker niet altijd als een beroepsziekte te beschouwen.⁶⁸

– uit het deskundigenrapport in een andere zaak tegen Eternit, p. 14 (prod. 34 in eerste aanleg van Horsting⁶⁹):

'In de loop van de jaren '60 werd het verband tussen blootstelling aan asbest en het optreden van mesotheliomen bekend. [...] Van een internationaal opererend asbest-verwerkend bedrijf als Eternit BV, mag verwacht worden, dat ze eind jaren '60 of ten laatste begin jaren '70 op de hoogte waren van de publikaties, die toen verschenen zijn. In elk geval moet het ook Eternit na het verschijnen van het proefschrift van Stumphius in 1969 duidelijk zijn geworden, dat het optreden van mesotheliomen zich niet beperkt tot mijnwerkers en omwonenden van asbestmijnen (...).'

– uit het Advies Asbestslachtoffers van prof. mr. J. de Rooter, meteen ná de in onderdeel 3.3.4 geciteerde passage 'Chrysotiel (witte asbest, de in Nederland verreweg meest gebruikte soort) wordt minder risicovol geacht':

'Vanaf 1971 worden in de jaarverslagen van de Arbeidsinspectie 12 gevallen van asbestkanker gemeld, waarvan 2 longkanker en 10 mesotheliom.

2. De periode 1969-1997

2.1. Mesotheliom

In 1969 wordt de mesotheliomproblematiek in Nederland in één klap ook in Nederland zichtbaar en actueel: uit systematisch onderzoek blijkt onder bedrijfsbevolking van een scheepswerf een hoge mate van voorkomen van mesotheliom.⁷⁰

5.22. De onderdelen 3.3 t/m 3.3.5 nogmaals overziende, meen ik per saldo dat de zij noch en detail, noch wat betreft de onder 3.3 en 3.3.5 geformuleerde hoofdklachten, opgaan.

Dat het volgens Eternit een 'geenszins wetenschappelijk uitgemaakte zaak (mijn curs., A-G) was dat het risico op mesotheliom ook zou kunnen bestaan bij kleinschalige blootstelling aan louter witte asbest', behoeft het hof niet ervan te weerhouden te oordelen 'dat op dat moment bekend was dat vrijkomende asbeststoffen mesotheliom kunnen veroorzaken' (rov. 4.7), leidend tot 'wetenschap over het aan het gebruik van asbestcementplaten verbonden gevaar'. Ik herinner voorts weer aan de in nrs. 5.9.1-5.9.2 hierboven gegeven observatie, die meebrengt dat het hof terecht de bekendheid met het risico heeft toegespitst op asbestcementplaten.

Ook als asbestcementplaten vervaardigd met witte asbest als minder gevaarlijk bekend stonden dan blauwe of bruine asbest, blijft staan dat het hof

⁶⁸ Door mij ook niet aangetroffen in de uitgebreide samenvatting van Stumphius' proefschrift op pp. 10-22 van de s.t. namens Eternit.'

⁶⁹ Dit betreft de zaak [...] /Eternit, die geleid heeft tot HR 28 april 2000, C98/220, NJ 2000, 431 m.nt. ARB.

⁷⁰ De voetnoot in het Advies verwijst weer naar het proefschrift van Stumphius, en het Advies vervolgt met de daarop gevolgde commotie, en de belangstelling van de politiek.'

kon oordelen dat voldoende bekend was dat asbest mesotheliom kan veroorzaken, waarbij wit asbest niet uitgesloten was.⁷¹

Ik herinner voorts nog eens aan rov. 3.9 van het arrest van 17 december 2004 in de zaak [...] / [...], die mutatis mutandis ook ten deze toepasselijk te achten is:

'3.9 Het feit dat [...] in 1970/71 het gebruik van asbest bij NDSM heeft gestaakt en dat zij bij NDSM vanaf 1965 nog slechts met het minder gevaarlijke witte asbest werkte, brengt in het hiervoor overwogene geen wijziging. Het hof heeft immers in rov. 4.35 van zijn tussenarrest onbestreden overwogen dat gesteld noch gebleken is dat mesotheliom niet door wit asbest kan worden veroorzaakt; voorts staat ten processe vast dat [...] (...) vanaf 1969 wist dat door blootstelling aan asbeststof ook mesotheliom kan worden veroorzaakt. In dit licht getuigt het niet van een onjuiste rechtsopvatting en is evenmin onbegrijpelijk dat het hof het mede door [...] gevoerde verweer, dat pas sinds 1980 is komen vast te staan dat ook wit asbest kankerverwekkend was, heeft verworpen, daar het kennelijk van oordeel was dat [...] onder de genoemde omstandigheden geen verdere risico's ten aanzien van de gezondheid van de werknemers van NDSM mocht nemen, maar dit toch is blijven doen.'

5.23. De onderdelen 3.3.6–3.3.11 voeren (blijkens onderdeel 3.3.11) aan dat onvoldoende begrijpelijk is gemotiveerd waarom het hof ervan is uitgegaan dat (*incidentele*) blootstelling aan het bij het verspanen van de (witte) asbestcementplaten vrijkomende stof, in de mate en op de wijze als hier aan de orde, in zodanige mate gevaarlijk is –én dat dit in 1970/1971 ook bekend was – dat de voorzorgsmaatregelen, zoals door het hof genoemd, bij het in het verkeer brengen van de asbestcementplaten door Eternit geïndiceerd waren en dat het achterwege laten daarvan een onrechtmatige gedraging jegens Horsting oplevert.

Onderdeel 3.3.6 erkent dat in alle voorhanden zijnde relevante literatuur wordt benadrukt dat een, in verhouding tot asbestose, veel geringere blootstelling aan asbest de ziekte mesotheliom kan veroorzaken. Dat betekent volgens het onderdeel echter niet dat iedere mate van niet-beroepsmatige (en dus *incidentele*) blootstelling aan asbest voldoende is om

het gevaar op mesotheliom in het leven te roepen, laat staan dat Eternit op basis van de toentertijd verschenen publicaties en afgegeven signalen had moeten begrijpen dat dit het geval was of het geval zou kunnen zijn. Eternit heeft daarop gewezen⁷² evenals op het feit dat het in de beperkt aanwezige literatuur steeds ging om langdurige blootstelling aan aanzienlijke doses in de beroepsfeer⁷³. Eternit heeft haar stelling met citaten uit diverse van de door Horsting overgelegde producties onderbouwd. Bovendien heeft zij ter ondersteuning van haar stelling het advies Asbestslachtoffers van prof. mr. J. de Rooter overgelegd waarin wordt gesproken over het gevaar van het ontstaan van mesotheliom zoals dat begin jaren '60 aan het licht kwam dat 'chronische beroepsmatige blootstelling aan asbest long- en buikvlieskanker (mesotheliom) kan veroorzaken bij opvallend lagere concentraties dan nodig zijn voor andere asbestaandoeningen'.⁷⁴

Volgens onderdeel 3.3.7 onderschrijft de dissertatie van Stumphius het standpunt van Eternit. Naar aanleiding van door hem beschreven buitenlandse onderzoeken in de zware industriegebieden (o.a. in Engeland en Hamburg) wordt gesproken over mesotheliom als gevolg van beroeps- of huiscontact (bijvoorbeeld in hetzelfde huis wonend als een asbestwerker), omgevingsbesmetting met asbest (de zogenaamde 'neighbourhood-cases') en het woonachtig zijn in de nabijheid van een asbestbedrijf. De conclusies die Stumphius uit deze onderzoeken trekt⁷⁵ zijn dat het diffuse mesotheliom vooral de laatste jaren meer voorkomt (1), dat asbestexpositie hierbij vrijwel steeds een rol speelt (2), de incubatietijd tussen een eerste expositie aan asbest en het ontwikkelen van de tumor varieert van 30–40 jaar (3), asbestose als beroepsziekte nauwelijks schijnt toe te nemen (4), en niet alleen de beroepsmatige asbestexpositie verantwoordelijk is voor het ontstaan van het mesotheliom, maar ook asbestexpositie en opname via expositie thuis, luchtverontreiniging en anderszins (5). Het onderdeel wijst erop dat indien deze conclusie wordt gelezen in de context van het voorgaande, blijkt dat met die thuisbesmetting wordt bedoeld op de huisgenoten van een asbestwerker. Van situaties zoals die in de onderhavige procedure aan de orde zijn, blijkt uit de onderzoeken in het geheel niets.

Onderdeel 3.3.8 geeft aan dat Stumphius even verderop het vóórkomen in Nederland bespreekt, waarna de conclusies volgen.⁷⁶ Die conclusies luiden dat er duidelijke aanwijzingen zijn dat in Nederland het vooral de kustprovincies zijn, waar de zware in-

71 Ik verwijs nog eens naar de verklaring van Eternit-fabrieksdirecteur G.J. de Jong d.d. 30 januari 1991, door Horsting overgelegd als prod. 33 in eerste aanleg, en geciteerd in de s.t. namens Eternit, p. 36, onder 5.11.6 (cursivering toegevoegd door mij, A-G): 'Wij zijn na 'Stumphius' meteen gaan studeren op wat voor nieuwe filters wij moesten gebruiken. Wij hebben toen de nieuwste soort filters, polyester naaldfilters, die in Duitsland op verzoek en met medewerking van Eternit Duitsland waren ontwikkeld, aangeschaft. [...] Wij hebben toen tussen 1969 en 1973 enorme investeringen gedaan om dergelijke filters op alle plaatsen waar asbeststof vrij kon komen te plaatsen. In een paar jaar heb ik voor een paar miljoen geïnvesteerd'. Bij de hier beleden grote zorg voor de werknemers, steekt de zorgeloosheid ten opzichte van externe, verspanende gebruikers nogal schril af.

72 Het onderdeel verwijst naar de pleitaantekeningen van mr. Bruidgom, onder 16–18 en de MvG, onder 7.7–7.13.

73 Het onderdeel verwijst naar de MvG, onder 10.2 en 7.6–7.13.

74 Het onderdeel verwijst naar productie 5 bij MvG, p. 66.

75 Het onderdeel verwijst naar het proefschrift, p. 64, maar verwijst niet naar een plaats waar deze stelling in feitelijke instanties eerder naar voren is gebracht.

76 Als vorige voetnoot, nu pp. 82–88, resp. pp. 89–91; vindplaatsen waar deze stellingen in feitelijke instanties eerder naar voren zijn gebracht, worden niet vermeld.

dustrie is gelegen, die de hoogste cijfers geven voor primaire pleuratumoren en dat het in deze provincies vooral de industriesteden zijn die op hun beurt weer de grootste aantallen leveren. Die bevindingen komen overeen met de Engelse cijfers. Stumphius sluit af met de conclusie:

'Hoewel in Nederland geen grote asbestindustrie wordt gevonden, kan worden geconcludeerd, dat de relatief geringe expositie aan asbest voor de beroepsbevolking in de zware (metaal)-industrie ook in ons land leidt tot een waarschijnlijk steeds toenemend aantal mesothelioom gevallen in de toekomst.'

In hoofdstuk 13 van zijn proefschrift, dat als titel heeft 'Conclusies, aanbevelingen en nabeschouwingen' gaat het in par. 3 specifiek over het diffuse mesothelioom. Stumphius schrijft daar onder meer:

'(...) Het is bepaald niet een beroepsziekte te noemen van diegenen, die professioneel in sterke mate aan asbest zijn blootgesteld geweest. De anamnese van de patiënt zal vrijwel nimmer een uitgesproken asbestcontact in het verleden opleveren, tenzij er uitdrukkelijk naar gevraagd wordt.⁷⁷

En, even verderop⁷⁸:

'De gehele materie geeft vooralsnog aanleiding tot vele vragen. Opheldering hiervan zal een uitgebreid scala van onderzoekingen vergen.

(...)

Wellicht zal dan inzicht worden verkregen in het ontstaan, aard en verbreiding van diffuse mesothelioom.'

Onderdeel 3.3.9 betoogt dat het feit dat Eternit de signalen over het gevaar verbonden aan asbest, zoals zij deze heeft begrepen en heeft mogen begrijpen, serieus heeft genomen, blijkt uit de door Horsting overgelegde verklaring van de heer De Jong, in de jaren zestig directeur bij Eternit te Goor en later technisch directeur van Eternit Nederland, waarin De Jong melding maakt van de maatregelen die na het verschijnen van het proefschrift van Stumphius ter optimalisering van de arbeidsomstandigheden in de fabriek werden genomen.⁷⁹ Uit de verklaring van De Jong zelf alsook uit hetgeen hij over het bezoek van Stumphius en Planteydt aan de fabriek meldt, blijkt dat niet alleen Eternit maar ook de bij uitstek deskundigen steeds alle aandacht hebben gericht op de situatie in het bedrijf.

Tot slot voert onderdeel 3.3.10 aan dat het al eerder genoemde deskundigenrapport verdere steun geeft aan het betoog van Eternit, doordat het aangeeft dat 'de duur van de blootstelling [...] relatief kort (weken of maanden) [kan] zijn, doch meestal onder ongunstige, zeer stoffige omstandigheden'.⁸⁰ Na aan het slot te hebben gemeld dat eerst zeer recentelijk

(1996) nieuwe literatuurgegevens beschikbaar zijn gekomen die aannemelijk maken dat mesothelioom inducerende vezels beschouwd moeten worden als compleet carcinogeen en dat geen dosis-effect relatie is vast te stellen, voegen de deskundigen daaraan toe:

'In de praktijk komt het er echter op neer dat de blootstelling weliswaar relatief kort (i.t.t. asbestose) kan zijn, doch altijd nog weken tot maanden zal bedragen in vaak zeer stoffige omstandigheden, waarbij miljoenen vezels worden ingeademd.⁸¹

5.24. Ik stel voorop dat de onderdelen hier ten strijde trekken tegen een in hoge mate feitelijk oordeel, en dat het om een kort-geding procedure gaat, zodat geen al te hoge motiveringseisen kunnen worden gesteld. In het licht hiervan acht ik 's hofs oordeel dat bekend was dat ook voor derden gevaar op mesothelioom bestaat bij het bewerken van asbestcementplaten, niet onbegrijpelijk of onvoldoende gemotiveerd. De in het onderdeel aangehaalde stellingen doen hier mijns inziens niet aan af.

In dit verband kon het hof m.i. wel degelijk belang hechten aan het proefschrift van Stumphius, die daarin vermeldt dat bij een onderzoek naar mesothelioom opvallend was dat het overgrote deel van de patiënten geen beroepsmatig contact had gehad met asbest en slechts aan geringe asbestexpositie had blootgestaan⁸², en aan het genoemde deskundigenbericht, waarin op p. 12, onder 9 wordt opgemerkt dat behalve directe beroepsmatige blootstelling aan asbest ook indirecte blootstelling tot mesothelioom kan leiden, zoals mensen die in de omgeving van een mijn of asbestmolen woonden of medebewoners in het huis van een asbestwerker die zijn met asbeststof vervuilde overall mee naar huis nam om hem daar te laten wassen⁸³.

Ik verwijs voorts naar enige, in de onderdelen niet aangehaalde, maar zich ook bij de gedingstukken bevindende materialen. Zo het artikel van O.J. Koets uit 1970⁸⁴, waarin op p. 1 wordt gewezen op het gevaar voor degenen die slechts incidenteel met het materiaal in aanraking komen of zich een dergelijke confrontatie niet bewust zijn en op p. 2 het gecompliceerde probleem van het voorkómen van zeer geringe asbestexposities die in verband worden gebracht met het diffuse mesothelioom wordt vermeld. Verder vermeld ik een publicatie uit 1968 van R.L.

81 Het onderdeel verwijst naar het rapport, pp. 26-27.'

82 J. Stumphius, a.w., pp. 59, 60, 64 en 89. Vgl. ook p. 207: 'Het [mesothelioom] is bepaald niet een beroepsziekte te noemen van diegenen, die professioneel in sterke mate aan asbest zijn blootgesteld.'; p. 211: 'In het buitenland blijkt reeds, dat asbest zich tot een volksgezondheidsprobleem ontwikkelt; het is niet te verwachten dat Nederland hierop een uitzondering vormt, integendeel.' en p. 213: 'Het asbest heeft zijn weg buiten het bedrijf gevonden op grote schaal. Men moet vrezen voor de schade, die in de toekomst hierdoor zal worden aangericht.' (Ook) in de uitgebreide samenvatting van het proefschrift van Stumphius op pp. 10-22 van de s.t. namens Eternit vind ik hiervan weinig of niets terug.

83 In eerste aanleg door Horsting overgelegd als productie 34.

84 Als vorige voetnoot, nu productie 13.

77 Verwijzing naar Stumphius, nu p. 207 (maar geen verwijzing naar deze stellingname in de feitelijke instanties).'

78 Stumphius, pp. 207-208, overigens geheel als vorige voetnoot.

79 Het onderdeel verwijst naar productie 33 in eerste aanleg.

80 Het onderdeel verwijst naar productie 34 in eerste aanleg, p. 12.

Zielhuis⁸⁵, waarin deze op p. 1494 wijst op de risico's op mesotheliom, 'niet alleen voor de specifieke beroepsbevolking, maar ook voor huisgenoten van asbestarbeiders, omwonenden van een asbestverwerkend bedrijf, werknemers die geacht worden nauwelijks enig risico te lopen, ja misschien zelfs voor de 'gewone' burgerij. Asbest is van een bedrijfsgeneeskundig tot een algemeen gezondheidsprobleem geworden'.

Gelet op het voorgaande kunnen de onderdelen m.i. niet tot cassatie leiden.

5.25. Tot slot voert onderdeel 3.3.12 aan dat de onder 3.3.5 en 3.3.11 getrokken conclusies elkaar versterken indien sprake is van *kleinschalige blootstelling aan witte asbest*.

5.26. Ook deze klacht wordt tevergeefs voorgesteld. Tegen de achtergrond van de bespreking van de vorige klachten kan ik geen, althans onvoldoende versterkend effect ontwaren.

Afronding bespreking klacht 1

5.27. Na de gedetailleerde bespreking moge ik het geheel van de onderdelen van 'klacht 1' nog eens overzien.

5.28. 's Hofs oordeel dat Eternit in 1970/1971 bekend was dan wel behoorde te zijn met het mesotheliomgevaar dat ook voor derden verbonden was aan het bewerken van asbestcementplaten, heb ik bestand geacht tegen de cassatieklachten.

's Hofs oordeel en motivering kunnen, zo bleek, in elk geval juist en begrijpelijk heten als het gaat om de vraag wat Eternit in 1970/1971 op basis van deze wetenschap had kunnen doen, en wel: het aanbrengen van waarschuwingsetiketten in verband met de gezondheidsrisico's.

5.29. 'Weten en kunnen' is echter nog niet hetzelfde als 'weten en moeten'. Naar de maatstaven – rechtsopvattingen – van 2003 of 2005 beoordeeld, is er weinig twijfel dat Eternit met de haar in 1969/1970 bekend geworden wetenschap waarschuwingsetiketten niet alleen had kunnen aanbrengen, maar ook had moeten aanbrengen. Klacht 1 omvat (in wezen) ook de vraag of *dit laatste* ook geldt naar de maatstaven van 1970/1971.

5.30. Dát de maatstaven van 1970/1971 hier bepalend zijn, kan geen punt van discussie zijn, en is het tussen partijen ook niet. Wél kan de vraag rijzen hoe men – gegeven de toepasselijkheid van ongeschreven recht – de maatstaven van 1970/1971 achterhaalt, en of 's hofs arrest in dit opzicht begrijpelijk is.

5.31. Aan dit algemene probleem zijn in de literatuur behartigenswaardige woorden gewijd. Ik meen hier te kunnen volstaan met een citaat (cursivering toegevoegd) uit de noot van Vranken onder HR 2 oktober 1998, NJ 1999, 683 (Cijssouw/De Schelde II):

'6. Bij toetsing van de getuigenverklaringen aan de gegevens uit de literatuur was de conclusie duidelijk dat De Schelde in de periode van 1949 tot 1967 niet die maatregelen had genomen die in

de literatuur waren aanbevolen om de werknemers zoveel mogelijk te beschermen tegen de toen bekende gezondheidsrisico's van asbest. Maar waren de bepleite maatregelen daarmee ook juridisch vereist? Naar huidige inzichten zou het antwoord vrijwel zeker bevestigend luiden, ook wanneer wettelijke normen of voorschriften ontbreken. Maar hoe was dat in de periode van 1949 tot 1967? Omdat ook toen, zoals gezegd, geschreven normen ontbraken, kwam het aan op de destijds geldende maatschappelijke opvattingen (r.o. 3.3.2). Hoe luiden die opvattingen toen? Waaruit kan men ze kennen?

7. In abstracto zijn deze vragen nauwelijks te beantwoorden. Ze vergen een onderzoek naar de tijdgeest van de jaren vijftig en zestig. Hoe werd toen gedacht over bescherming tegen aan het werk verbonden veiligheidsrisico's, onder meer, maar niet alleen, bij het werken met asbest? Men zal aan de hand van bijvoorbeeld kranten, tijdschriften, voorlichtings- of reclamefilms, rapporten, ongeval- en ziektestatistieken, reacties daarop, de plaats van het onderwerp op de urgentielijst bij regering, vakorganisaties of elders in de maatschappij, moeten proberen zich terug te verplaatsen in de tijd. Niets is moeilijker dan dat, ook al omdat de inzichten in de loop van de jaren veranderd zijn.

8. In het onderhavige geval heeft De Schelde – ongetwijfeld gedwongen door gebrek aan gegevens – slechts zeer ten dele op deze wijze geopereerd. Ze heeft aangevoerd dat destijds

- het werken met asbest gebruikelijk en maatschappelijk aanvaard was;
- er geen alternatief voor bestond en asbest derhalve onvermijdelijk was;
- asbest ook van overheidswege werd voorgeschreven;
- de bedrijfsarts van De Schelde de werknemers op asbestziekten onderzocht en asbestose zelden werd gediagnostiseerd;
- ook de Arbeidsinspectie geen verdergaande maatregelen heeft voorgeschreven of aanbevolen;
- de veiligheidssituatie betreffende het werken met asbest bij De Schelde niet afweek van die bij andere bedrijven.

9. Op zichzelf bevatten deze gegevens een indicatie dat volgens de toenmalige gedrags- en beleidspatronen bij overheid en bedrijfsleven het beschermingsniveau van werknemers tegen de risico's van asbest niet heel erg hoog was. Deze indicatie botst met wat ingevolge de medische literatuur en de vakliteratuur nodig én mogelijk was. Wat weegt het zwaarste? Het hof heeft gekozen voor het laatste en de Hoge Raad laat dit oordeel in stand. Beslissend zijn de uit de medische en vakliteratuur blijkende inzichten in de gevaren van het werken met asbest en de maatregelen die daartegen ondernomen moesten en konden worden om dit gevaar te vermijden of te beperken. Een afwij-

85 Als vorige voetnoot, nu productie 35.

kend gedrags- en beleidspatroon bij overheid en bedrijfsleven doet hieraan niet af.

10. De keuze is niet vanzelfsprekend. Het hof motiveert haar niet. De Hoge Raad wel. Hij brengt haar in verbinding met art. 7A:1638x BW. De vraag is evenwel of tussen 1949 en 1967 dat artikel eenzelfde betekenis had als nu. (...)

Vranken vervolgt zijn noot met de toenmalige en latere en nog latere invulling van de werkgeversaansprakelijkheid van art. 7A:1638x (art. 7:658) BW.

5.32. Het gaat in de nu voorliggende zaak Eternit/Horsting om de bepaling op basis van art. 1401 (oud) BW naar de stand van 1970/1971 van de veiligheidsmaatregelen die – bij de nu niét meer ter discussie staande *verhoogde* zorgvuldigheidsnorm in verband met de wetenschap van de gevaarlijkheid – in het licht van de omstandigheden van het geval en van de toentertijd bestaande kennis en inzichten, vanaf dat moment van die derde konden worden verwacht; met als door de Hoge Raad in het arrest [...] van 2004 meegegeven gezichtspunten *de mate van zekerheid* (anno 1970/1971) dat het werken met asbest gezondheidsrisico's meebracht en de aard en ernst van die risico's.⁸⁶

5.33. Aan hetgeen ik over de destijds, ook bij Eternit aanwezige, en haar toerekenbare *kennis* heb gezegd, behoef ik hier m.i. niets meer toe te voegen, of hoogstens dit. Wat betreft aho; de mate van zekerheid dat het werken met asbest gezondheidsrisico's meebracht', heeft Eternit zich erop beroepen dat in 1970/1971 (uiteraard) allermist zekerheid bestond in welke mate of frequentie incidentele betrokkenheid bij het verzagen van asbestcementplaten resp. daarmee samenhangende activiteiten als het ontdoen van de kleding (uitkloppen) en de werkomgeving (aanvegen) van het asbeststof, tot mesothelioom zou leiden. De Hoge Raad spreekt in [...] evenwel niet van een mate van zekerheid van het werken met asbest ten aanzien van het *intreden* van het – fatale – evenement, maar van de mate van zekerheid ten aanzien van gezondheidsrisico's.

5.34. Na de *kennis*, mede met betrekking tot de mate van zekerheid dat het werken met asbest gezondheidsrisico's meebracht, en de aard en ernst van die risico's, bezie ik, in eenzelfde retrospectief, de *inzichten met betrekking tot de veiligheidsmaatregelen* die vanaf het moment van het bekend worden van de gezondheidsrisico's van – hier: de producent – konden worden verwacht.

Het gaat – zoals gebleken – in deze zaak om geen andere veiligheidsmaatregelen dan het aanbrengen van *waarschuwingsetiketten* met het oog op een veilige verwerking van het (witte) asbest.

Ik plaats eerst enige retrospectieve opmerkingen over waarschuwingen in het algemeen (nrs. 5.35–5.40) en sta vervolgens nog afzonderlijk stil bij de vraag naar gebodenheid van waarschuwingen, gelet op *de mate* van zekerheid dat het werken

met asbest gezondheidsrisico's meebracht (nrs. 5.41–5.44).

5.35. In cassatie passen geen nova, maar ik durf wel enige gegevens ter tafel te brengen die m.i. als feiten van algemene bekendheid kunnen gelden. Advertenties met waarschuwingen in verband met productgebreken komen wij zeker de laatste tien, vijftien jaar regelmatig in de dagbladen tegen. Mogelijk heeft de inwerkingtreding van de specifieke productenaansprakelijkheidsartikelen 1407a e.v. (thans: 6:185 e.v.) BW in 1990 en de publiciteit daaromheen aan de bewustwording van zo'n waarschuwings-/terugroep-zorgvuldigheidsverplichting een flinke impuls gegeven.

5.36. Een zeker niet licht te nemen productenaansprakelijkheid en 'product-recall'-aansprakelijkheid op basis van het gewone BW-recht bestond evenwel al eerder.⁸⁷ Dat een waarschuwingsplicht bij (voorschands) serieus te nemen gezondheidsbedreigingen maatschappelijk al (veel) eerder gevoeld werd, valt te ontlenen aan de gebeurtenissen in de zgn. Planta-affaire van rond 1960. Zie hierover G.H.A. Schut, *Produktenaansprakelijkheid* (1974), pp. 88–89. In 1960 werd de nieuwe samenstelling onder de naam 'Planta-rood' van Unilever's margarineproduct Planta verdacht van het veroorzaken van een al sinds 1958 geconstateerde huidandoening veroorzakende 'blaasjesziekte'. Nadat het verband tussen de kwaal en het product kennelijk voldoende aannemelijk werd geacht⁸⁸, plaatste Unilever in de dagbladen van 12 september 1960 een advertentie met een aanbod tot schadevergoeding, zij het – begrijpelijkerwijs – zonder erkenning van aansprakelijkheid. Dat het product Planta-rood inmiddels uit de markt genomen was, is blijkbaar zo vanzelfsprekend dat Schut daarvan niet eens melding maakt. Ik vermeld dit Plantageval, omdat daaruit blijkt dat het fenomeen van het uit de handel nemen van een product en van een relatief kostbare dagbladadvertentie na gebleken productgevaren reeds in 1960 vóórkwam. Een zodanige verantwoordelijkheid werd, ook al was de aansprakelijkheid nog allermist vastgesteld⁸⁹, kennelijk reeds in 1960 gevoeld, en de inderdaad bestaande mogelijkheden van informatie aan het publiek werden benut.

5.37. Stel dat er met Planta-rood niets mis was, als je op de boterham maar niet tegelijkertijd aardbeienjam smeerde. Dan was een – duidelijke – waarschuwing op de productverpakking naar de toenmalige maatstaven misschien voldoende; maar misschien ook niét als de combinatie tot zodanig ernstige klachten leidde dat in menig geval ziekenhuisopname nodig zou zijn ter voorkoming van nóg

86 Het lijkt mij niet gewaagd te veronderstellen dat de in de bovenstaande volzin bedoelde woorden van de Hoge Raad met de observaties van Vranken te maken hebben.

87 Vgl. bijv. G.H.A. Schut, *Produktenaansprakelijkheid* (1974), P.M. Storm, *Product recall* (1985), D.W.F. Verkade/M.Ph. van Sint Truiden/J.F.C. Maassen, *Produkt in gebreke* (1990), p. 152 e.v., en in vergelijkende zin ten aanzien van nieuw en oud recht ook L. Dommering-van Rongen, *Produktenaansprakelijkheid* (1991).

88 Volgens Schut, a.w., p. 89, voorlaatste alinea, is de oorzaak van de kwaal onopgehelderd gebleven.

89 Vgl. vorige voetnoot.

erger. In het laatste geval zou het product m.i., ook naar de civielrechtelijke maatstaven van toen, uit de handel genomen moeten zijn, maar zouden – ook naar de toenmalige opvattingen – in verband met de nog in het verkeer aanwezige Planta-rood-pakjes waarschuwingadvertisenties nodig zijn geweest.

5.38. Advertisenties, waarvan hierboven sprake was (maar niet in het bestreden arrest in de voorliggende zaak Eternit/Horsting), zijn relatief bezwarende maatregelen. Veel minder bezwarend zijn waarschuwingen op productverpakkingen/etiketteringen en/of in gebruiksaanwijzingen (waarop het bestreden arrest wél doelt).

5.39. Het aanbrenge van – voor een fabrikant niet zeer bezwaarlijke of ingrijpende – waarschuwingen op producten in de geest van 'Licht ontvlambaar', 'Brandgevaarlijk', 'Buiten het bereik van kinderen houden', is in mijn beleving even oud als mijn (geb. 1944) herinneringen aan moeders en oma's keukenen medicijnkastjes. Aangenomen dat dergelijke herinneringen algemeen gedeeld worden door personen die vóór 1970/1971 konden lezen en begrijpen, mag m.i. ook hier van een feit van algemene bekendheid gesproken worden.

5.40. Tegen deze achtergrond is er, ook in het licht van de noot van Vranken en in het licht van de meer genoemde rov. 3.7 sub c van het arrest [...]/[...], nog steeds geen reden om af te wijken van mijn hierboven neergelegde bevindingen.

Na de door het hof aanwezig geoordeelde toerekenbare bekendheid aan Eternit van de mesotheliomgevaren, heeft het hof, zo meen ik nog steeds, kunnen oordelen dat bijvoorbeeld waarschuwingsetiketten⁹⁰, ook naar de normen van de jaren 1970/1971, gemakkelijk konden en gelet op de bekende, serieuze gezondheidsrisico's (ook bij incidentele confrontatie) ook moesten worden aangebracht: niet alleen 'technisch', maar ook naar de toenmalige *algemene* stand van denken over 'waarschuwen waar geboden'.

5.41. Er blijft (wellicht) nog het te bespreken gezichtspunt of de *inzichten* met betrekking tot de veiligheidsmaatregelen die vanaf het moment van het bekend worden van de gezondheidsrisico's van de producent konden worden verwacht ook opgaan – naar opvattingen in 1970/1971 – ten aanzien van *nu juist asbestcementplaten*, wederom gelet op de mate van de zekerheid dat het werken met asbest gezondheidsrisico's meebracht en de verdere omstandigheden. Anders gezegd: waren die *inzichten*, niet alleen bij Eternit, maar ook in andere relevante kringen, mogelijk van dien aard, dat voor asbestcementplaten, niettegenstaande de bekendheid met

de risico's, gelet op de toen aanwezige mate van zekerheid daaromtrent *waarschuwingen* niet konden worden verwacht?

5.42. Aan Eternit kan worden toegegeven dat bij het (nader) bekend worden van mesotheliomrisico's in 1969 (proefschrift Stumphius), ook bij wit asbest, en ook bij incidentele confrontatie, over de *mate* van dat risico nog (heel) weinig vaststond, terwijl dat risico – ook in wetenschappelijke kringen – toen nog (lang) niet algemeen aanvaard was, alsook dat de overheid vooralsnog geen maatregelen nam om wit asbest te verbieden of om aan het in het verkeer brengen of het gebruik van wit asbest nadere voorschriften te verbinden, en dat van overheidswege het gevaar van incidentele blootstelling aan (wit) asbest-stof zelfs werd gebagatelliseerd.⁹¹ Dat Eternit er in 1970/1971 niet toe is overgegaan om (de productie van en) het in de handel brengen van de bewuste asbestcementplaten te staken, valt in dit licht te begrijpen en vermoedelijk volgens menigeen te billijken.

5.43. Maar, zoals ik in nr. 4.12 reeds aangaf, zo'n *niet staken* wordt Eternit in deze zaak ook niet verweten. Aan Eternit wordt verweten het *niet waarschuwen*. Juist aan Eternit was bekend of moest bekend zijn – zoals in het voorafgaande is gebleken – dat ook in asbestcementplaten verwerkt wit asbest, en ook incidentele confrontatie met wit asbest-stof het risico van mesotheliom-besmetting met zich bracht, en de grote ernst van dit gevaar: een letale ziekte. Onder deze omstandigheden kan het hof – nog steeds – niet verweten worden van een onjuiste rechtsopvatting te zijn uitgegaan, of een ontoereikend gemotiveerd oordeel te hebben gegeven, door aan het *niet waarschuwen* zijn onrechtmatigheidsdeel te hebben verbonden. Ik herinner aan hetgeen ik in nrs. 4.5–4.6 heb opgemerkt over de – op de voet van eerdere jurisprudentie van de Hoge Raad – te verlangen zorgvuldigheid van een producent, welke zorgvuldigheid in geval van gebleken (serieuze) gesignaleerde gevaren nader testen vereist. Ik herinner voorts aan het door mij in nrs. 4.10–4.11 genoemde dilemma ingeval (zoals in het onderhavige geval, vanwege de lange incubatietijd) testen geen zin heeft, en aan het in nr. 4.12 aangegeven punt dat onder de gegeven omstandigheden aan Eternit wellicht niet verweten kon worden dat zij er in 1970/1971 niet toe is overgegaan om het in de handel brengen van de bewuste asbestcementplaten te staken, maar dat in deze zaak aan Eternit (slechts) wordt verweten het niet voorzien van de asbestcementplaten van waarschuwingsetiketten.

5.44. Dat het hof een waarschuwingplicht – ook naar de normen van 1970/1971 – heeft aangenomen lag dan ook in de rede. Wie bekend is met (misschien) nog onvoldoende bewezen, maar niettemin serieus gesignaleerde, ernstige gezondheidsrisico's bij een bepaalde wijze van (voor de hand liggend) gebruik, dient de betrokken (eind)gebruikers te at-

⁹⁰ Of bijv. waarschuwingen/nadere aanwijzingen in gebruiksaanwijzingen. Discussie over de al-dan-niet adequaatheid van een bepaalde waarschuwingstekst is in deze zaak niet aan de orde. Door Eternit is niet gesteld dat welke tekst dan ook nooit zinvol zou zijn geweest. Integendeel: uit de stukken blijkt (zie de pleitaantekeningen in prima, p. 6 (onder 15), de MvG, p. 3 (onder 2.3) en prod. 1, en de pleitnotities in hoger beroep, onder 15) dat Eternit later (sedert 1979) wél waarschuwingen is gaan bijverpakken.

⁹¹ Vgl. het advies van prof. mr. J. de Ruiter, p. 66, voetnoot 37.

tenderen op maatregelen die die risico's wegnemen of althans minimaliseren, zoals m.i. naar aangegeven volgt uit de onder 4.5–4.6 aangehaalde jurisprudentie van uw Raad naar oud (en nieuw) productenaansprakelijkheidsrecht op basis van art. 1401 (oud), nu art. 6:162 BW.

6. Bespreking van klacht 2

6.1. Klacht 2 van Eternit stelt het door het hof in rov. 4.4 verworpen verjaringsverweer aan de orde. Het gaat hier om de toepassing die het hof heeft gegeven aan criteria van het arrest HR 28 april 2000, C98/363, NJ 2000, 430 m.nt. ARB onder nr. 431 (Van Hese/De Schelde) over de vraag of een vordering tot schadevergoeding nog geldend kan worden gemaakt in een geval dat na de laatste blootstelling aan asbest meer dan dertig jaar zijn verstreken voordat het daardoor veroorzaakte mesothelioom is gediagnosticeerd.

Indien deze extra dimensie niet speelde zou, naar uit het bovenstaande bleek, m.i. het pleit ten voordele van (de erven) Horsting beslecht zijn.

Deze extra dimensie speelt echter wél. Gemakshalve citeer ik hier de (voor deze zaak) scharnierende overwegingen uit het arrest Van Hese/De Schelde:

3.3.1 (...) Laatstbedoelde [30-jaars, A-G] termijn heeft een objectief en in beginsel absoluut karakter, dat wil zeggen dat, hoezeer dit ook moeilijk is te aanvaarden uit een oogpunt van individuele gerechtigheid ten opzichte van degene die schade heeft geleden, het beginsel van rechtszekerheid dat deze absolute termijn beoogt te dienen en de billijkheid jegens de wederpartij – waarbij in het bijzonder valt te denken aan de moeilijkheden die bij het loslaten van deze termijn voor deze kunnen ontstaan met betrekking tot het vaststellen van de feiten en het beoordelen van de gemaakte verwijten – meebrengen dat hieraan strikt de hand moet worden gehouden (vgl. HR 3 november 1995, nr. 15801, NJ 1998, 380). Dit wil evenwel niet zeggen dat deze termijn *nooit* op grond van art. 6:2 lid 2 buiten toepassing zou kunnen blijven. Gelet op de belangen die deze regel beoogt te dienen, waaronder in het bijzonder het belang van de rechtszekerheid, zal echter van onaanvaardbaarheid als in die bepaling bedoeld slechts in uitzonderlijke gevallen sprake kunnen zijn. Een zodanig uitzonderlijk geval kan zich voordoen wanneer onzeker is of de gebeurtenis die de schade kan veroorzaken – hier: de blootstelling aan asbest – inderdaad tot schade – hier: de ziekte mesothelioom – zal leiden, die onzekerheid zeer lange tijd is blijven bestaan en de schade in die zin naar haar aard verborgen is gebleven dat zij daadwerkelijk is ontstaan en dus pas kon worden geconstateerd nadat de verjaringstermijn reeds was verstreken. (...)

3.3.3 Of in gevallen als het onderhavige toepassing van de verjaringstermijn van dertig jaar na de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust, inderdaad naar maatstaven van redelijk-

heid en billijkheid onaanvaardbaar is, zal met inachtneming van alle omstandigheden van het concrete geval moeten worden beoordeeld. Als gezichtspunten waarvan de rechter blijk moet geven deze in zijn beoordeling te hebben betrokken, vallen te noemen:

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

6.2. Onderdeel 4 stelt voorop dat het hof het verjaringsberoep van Eternit in rov. 4.4 verworpt onder meer met de overweging dat, indien komt vast te staan dat Eternit asbestcementplaten heeft geleverd voor de ouderlijke woning van Horsting, zonder te waarschuwen voor de mogelijke gezondheidsrisico's, terwijl zij wist dat asbest bij bewerking schadelijk zou kunnen zijn, daarmee vaststaat dat aan Eternit een ernstig verwijt kan worden gemaakt (gezichtspunt c uit het arrest Van Hese/De Schelde), hetgeen volgens het hof, indien aan de gezichtspunten uit het arrest Van Hese/De Schelde wordt getoetst, leidt tot het oordeel dat een beroep op verjaring naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Volgens het onderdeel kan, zoals eerder in klacht 1 is betoogd, de conclusie dat sprake is van *enig verwijt* geen stand houden, doch voor zover anders zou worden geoordeeld, meent Eternit dat zeker niet kan worden gesproken van een *ernstig verwijt*: het andersluidende oordeel van het hof is onbegrijpelijk.

6.3. Alvorens deze klacht te bespreken wijs ik erop dat in de literatuur vraagtekens zijn geplaatst bij – wat genoemd wordt – de 'gezichtspunten-catalogus'⁹² van het arrest Van Hese/De Schelde, met name wat betreft de richtinggevendheid ervan, en

⁹² Omdat in deze literatuur onderkend wordt dat het arrest geen limitatieve opsomming van gezichtspunten bevat, is het gebruik van het woord 'catalogus' eigenlijk minder gelukkig.

hun onderlinge verhouding. Ik meen te kunnen volstaan met een verwijzing naar het meest recente mij bekende artikel hierover, van J.L. Smeehuijzen van april 2005⁹³: een zeer recent én tegelijk belangwekkend artikel.

Smeehuijzen beziet de 'gezichtspuntencatalogus' nader tegen de ratio's van de harde 20- resp. 30-jaars-verjaringstermijnen in art. 3:310 BW. Vanuit deze invalshoek, en andere invalshoeken, waaronder ook de specifieke asbest-mesothelioom-problematiek en het omgaan met de 'catalogus' in de feitelijke instanties, meent hij dat tot een nadere, mede hiërarchische ordening van de gezichtspunten moet worden gekomen. Daarbij kan, volgens Smeehuijzen, niet-voldoening aan voorwaarden volgens gezichtspunt g (instelling vordering binnen een redelijke termijn) of gezichtspunt e (geduid als: vaststelbaarheid van de relevante feiten), zonder meer leiden tot het oordeel dat het beroep op verjaring niet op art. 6:2 BW afstuit. Bij voldoening aan deze voorwaarden is daarentegen in beginsel onaanvaardbare strijd met de redelijkheid en billijkheid van het beroep op verjaring gegeven.

Van de overige gezichtspunten kunnen, aldus Smeehuijzen, d (rekening (moeten) houden met de vordering) en f (aanwezigheid van verzekeringsdekking) nog een zekere rol spelen bij de toetsing van het beroep op verjaring aan art. 6:2 BW. De omstandigheden a (aard van de schade), b (recht op uitkering uit anderen hoofde) en c (mate van verwijtbaarheid) zijn volgens de auteur niet of nauwelijks relevant te achten.

6.4. Wat de mate van verwijtbaarheid (gezichtspunt c) betreft, wijst Smeehuijzen erop dat daaraan vanuit de ratio van de harde verjaringstermijnen geen betekenis toekomt. Daarnaast acht hij de hanterbaarheid ervan bezwaarlijk, mede in het licht van het historisch perspectief⁹⁴. Hij wijst ook op de manier van omgang ermee (m.i. in wezen: negeren) in een aantal door hem besproken uitspraken in feitelijke instanties.

6.5. Het geheel van de door Smeehuijzen aangedragen argumenten acht ik alleszins het overwegen waard. Indien deze – in het kader van een verfijning of bijstelling van het arrest Van Hese/De Schelde – zouden worden aanvaard, valt daarmee het doek over klacht 2.

6.6. Toch bekeer ik mij daartoe nog niet. Niettegenstaande de geuite bezwaren tegen gezichtspunt c, heeft het gezichtspunt bij uitstek van doen met 'redelijkheid en billijkheid' (misschien iets meer met het laatste dan met het eerste). Een extra toets, een extra zich rekenschap geven van de (mate van) verwijtbaarheid, past weliswaar niet goed in een systeem van het doorbreken van de 'harde' 20/30-jaars-

verjaringsregels van art. 3:310 BW in het licht van de ratio's van die regels als zodanig, maar het past wél – bij uitstek – bij een vorm van beperking van het beroep op die regels, welke beperking nu juist op art. 6:2 BW met het daarin genoemde criterium van onaanvaardbaarheid naar redelijkheid en billijkheid is gestoeld.

En een beter begaanbare alternatieve rechterlijke weg om het beroep op de harde 20/30-jaarstermijnen van art. 3:310 in te perken, heb ik niet aangereikt gezien.

6.7. Ik meen dan ook dat, naar de huidige stand van de tamelijk recente rechtspraak, de klacht van onderdeel 4 terecht naar voren wordt gebracht. In de in appèlgrief VII van Eternit vervatte klacht tegen de afwijzing door de voorzieningenrechter van Eternit's verjaringsverweer, waarin Eternit (juist in het licht van gezichtspunt c van Van Hese/De Schelde) stelde dat uit de eerdere grieven volgde dat de gebeurtenissen 'haar niet kunnen worden verweten' ligt onmiskenbaar besloten de stelling dat haar – zo er al sprake zou zijn van verwijtbaarheid – in elk geval niet een zodanige mate van verwijt treft, dat daarover in het licht van gezichtspunt c niet nader geoordeeld zou dienen te worden.

Het hof is aan deze – naar haar aard essentiële⁹⁵ – stelling voorbij gegaan. Het heeft er alle schijn van dat het hof aanstonds naar een resultaat – geen honorering van het verjaringsverweer indien onrechtmatigheid wordt aangenomen – heeft willen springen. Een (aangenomen) verwijtbaarheid mag volgens gezichtspunt c van Van Hese/De Schelde echter nu juist niét gelijkgesteld worden met zodanige verwijtbaarheid dat daarvoor het maatschappelijk belangrijke 30-jaars-verjaringsregime (vgl. andermaal rov. 3.1.1 van het arrest) moet wijken: anders heeft gezichtspunt c geen zin.

Het hof was zich kennelijk daarvan bewust en heeft hoogstwaarschijnlijk dáárom in rov. 4.4 en in rov. 4.8 de kwalificatie 'ernstig verwijt' gebezigd. Maar enige onderbouwing waaróm het door Eternit gevoerde en door het hof verworpen niet-verwijtbaarheidsverweer ook in ernstige verwijtbaarheid zou resulteren, ontbreekt.

6.8. Nu laat zich de exercitie denken om 's hofs verdere overwegingen zodanig te (her-)lezen, dat daarin wél een toereikende motivering van een 'ernstige', althans een in het licht van gezichtspunt c van Van Hese/De Schelde 'voldoende' mate van verwijtbaarheid besloten wordt geacht. Ik meen echter dat zo'n exercitie zou afdoen aan de bedoeling van dit gezichtspunt (naast de andere gezichtspunten), dat een beroep op onaanvaardbaarheid in de zin van art. 6:2 lid 2 BW in het belang van in het bijzonder de rechtszekerheid, slechts in uitzonderlijke gevallen kan worden gehonoreerd. Dát vereist nu juist een overtuigender gemotiveerd oordeel; m.i. óók in een kort geding als het onderhavige.

93 J.L. Smeehuijzen, Naar een scherpere gezichtspuntencatalogus bij verjaring van asbestzaken, *AVG&S* 2005, pp. 49-60. In dit artikel komen ook eerder geuite (kritische) stemmen aan bod, die overigens van Smeehuijzen lang niet steeds gelijk krijgen.

94 Vergelijk mijn aantekeningen hiervóór in nrs. 5.29-5.44 en hierna in nr. 6.8.

95 Juist in het licht van de boven geciteerde rov. 3.1.1 van het Van Hese/Schelde-arrest.

Ik voeg hieraan toe dat ik in deze context met name gemist heb een of meer overwegingen van het hof over de mate van verwijtbaarheid in het licht van de in nrs. 5.34–5.44 hierboven besproken kwestie van de 'maatschappelijke inzichten' ten aanzien van het bewuste risico in de relevante periode 1970/1971.

Per saldo acht ik 's hofs oordeel ten deze zonder nadere motivering, die ontbreekt, niet begrijpelijk. Na vernietiging en verwijzing, waartoe ik zal concluderen, zou het nader debat en zou de nadere oordeelsvorming met name op het in de vorige alinea bedoelde onderwerp gericht dienen te zijn.⁹⁶

Overbodig te zeggen dat ik met mijn conclusie tot vernietiging op basis van de hier beoordeelde klacht allerminst vooruit loop op de uitkomst van een en ander.

6.9. Anders dan in de structuur van de subonderdelen onder 'klacht 1' van het middel doorgaans het geval was, behelzen de onderdelen (4.1 t/m 4.3) van 'klacht 2' niet zo zeer uitwerkingen/onderbouwingen, maar extra klachten.

6.10. Onderdeel 4.1 betoogt dat, nu de mate van verwijtbaarheid bij de weging van de gezichtspunten ook aan de (voordeel-)kant van Eternit komt te liggen, mede gelet op het feit dat dit reeds het geval is voor gezichtspunt f (Eternit is niet verzekerd tegen dit soort schade), de schaal uiteindelijk in het voordeel van Eternit dient door te slaan. Dat geldt volgens het onderdeel temeer nu gebrek aan (volledige) wetenschap aan de zijde van Eternit tevens maakt dat gezichtspunt d op andere wijze zal moeten worden beantwoord.⁹⁷

6.11. Voor zover dit onderdeel wil aansturen op niet alleen vernietiging van 's hofs arrest maar ook een afwijzing van de vordering door de Hoge Raad (ten principale rechtdoende), is het te gulzig. De mate van verwijtbaarheid zal na vernietiging en verwijzing nader beoordeeld dienen te worden, zoals ik onder 6.8 aangaf.

Voor zover het onderdeel overigens klaagt over de beoordeling van het hof van hetgeen Eternit bij grief VII in het licht van gezichtspunten d en f van Van Hese/De Schelde naar voren had gebracht, acht ik het *deels* gegrond. Het gaat om de volgende deeloverweging uit rov. 4.4:

'In de stellingen van Eternit [...] dat een bij verwijzing van de onderhavige vordering te verwachten toename van het aantal vorderingen de solvabiliteit van het niet-verzekerde Eternit zal bedreij-

gen, ziet het hof geen voldoende reden om het beroep van Eternit op verjaring wel te honoreren' Ik acht de klacht niet gegrond voor zover het gaat om Eternit's beroep op bedreiging van haar solvabiliteit. Voor zover al een 'gezichtspunt', kon deze stelling door het hof m.i. op de wijze waarop hij dat gedaan heeft terzijde geschoven worden, waarbij in aanmerking te nemen is dat Eternit vanaf 1969 voor claims als de onderhavige heeft/had kunnen gaan reserveren.

De klacht over niet-verzekering behoefde m.i. wél nadere motivering, nu volgens het arrest Van Hese/De Schelde dit gezichtspunt een beoordeling verlangt, en Eternit in grief VII sub f in het kader van dit gezichtspunt op niet-verzekerdheid had gewezen.

Ook tegen deze achtergrond zal ik tot vernietiging en verwijzing concluderen, maar wederom met de (weliswaar overbodige) toevoeging dat ik daarmee allerminst vooruit zou willen lopen op de uitkomst van nadere stellingen en de beoordeling daarvan. Aanstonds rijzen immers de vragen waarom Eternit (een volgens haar eigen stellingnamen gerenomeerd bedrijf) niet in een WA/BA-dekking voor (ook) het onderhavige risico had voorzien en waarom zo'n niet-verzekeren niet voor haar risico behoort te komen; resp. waarom verzekeraars de desbetreffende dekking niet (of niet langer) aan Eternit wilden geven, en, daarvan uitgaande, of die omstandigheid Eternit niet aanleiding had dienen te geven tot nadere bewustheid van de door haar genomen risico's en/of tot (nadere) interne reserveringen voor de blijkbaar niet (langer) te verzekeren risico's.

6.12. Volgens onderdeel 4.2 is alsdan zonder nadere motivering – welke ontbreekt – onbegrijpelijk waarom bij de afweging van de aanwezige gezichtspunten de weegschaal nog steeds in het voordeel van Horsting zou moeten doorslaan.

Dit onderdeel slaagt voor zover onderdeel 4 en/of onderdeel 4.1 slaagt.

6.13. Volgens onderdeel 4.3 geldt in ieder geval het volgende. Nu uit het arrest Van Hese/De Schelde volgt dat de vraag óf in gevallen als het onderhavige toepassing van de verjaringstermijn van dertig jaar naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, met inachtneming van alle omstandigheden van het concrete geval moet worden beoordeeld en de rechter er blijk van moet geven de in het arrest genoemde gezichtspunten in zijn beoordeling te hebben betrokken, betekent dit in ieder geval dat een andersluidend oordeel over de mate van verwijtbaarheid van de gedraging van Eternit en de mate van (on)voorzienbaarheid van de gevorderde schade, een hernieuwde beoordeling van het beroep op verjaring noodzakelijk maakt.

6.14. Het eventuele succes van dit onderdeel acht ik verbonden aan het eventuele succes van een van de voorafgaande onderdelen 4, 4.1 en/of 4.2. Bij falen van die onderdelen, kan onderdeel 4.3 m.i. niet aanspraak maken op zelfstandige gegrondbevinding. Het onderdeel is daartoe niet alleen onvoldoende onderbouwd in de zin van art. 407, lid 2 Rv, maar het gaat ook voorbij aan de zijdens Eternit in de toelich-

96 Ik constateer nog dat voor de verwijtbaarheid volgens gezichtspunt c zeker niet nodig is dat aan de aansprakelijk gestelde (rechts-)persoon 'opzet' of 'groeve schuld' verweten zou kunnen worden. In het arrest Van Hese/De Schelde verwierp de Hoge Raad immers in rov. 3.7 de klacht van de erven Van Hese tegen de ontkennde beantwoording door de rechtbank van de vraag of daarvan sprake was; maar desalniettemin casseerde de Hoge Raad het vonnis van de rechtbank (met de daarin onder gezichtspunt c gegeven ruimte voor nadere beoordeling van de mate van verwijtbaarheid).

97 Het onderdeel verwijst naar de pleitaantekeningen zijdens Eternit, onder 29 en de MvG, grief VII en 10.7.

ting op haar appèlgrief VII vervatte erkenningen/stellingnamen m.b.t. de gezichtspunten (van Van Hese/De Schelde) a, b, e en g.

7. *Conclusie*

Mijn conclusie strekt tot vernietiging en verwijzing.

Hoge Raad:

1. *Het geding in feitelijke instanties*

Horsting, wonende te D. – verder te noemen: Horsting – heeft bij exploit van 28 april 2003 eiseres tot cassatie – verder te noemen: Eternit – in kort geding gedagvaard voor de voorzieningenrechter van de rechtbank te Almelo en gevorderd bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad, Eternit te veroordelen om aan Horsting bij wijze van voorschot op de schadevergoeding, binnen acht dagen na betekening van het in dezen te wijzen vonnis, te betalen een bedrag van € 25 000, met veroordeling van Eternit in de kosten van het geding.

Eternit heeft de vordering bestreden.

De voorzieningenrechter heeft bij vonnis van 22 mei 2003 de vordering van Horsting toegewezen.

Tegen dit vonnis heeft Eternit hoger beroep ingesteld bij het gerechtshof te Arnhem.

Bij arrest van 13 april 2004 heeft het hof het vonnis waarvan beroep bekrachtigd.

(...)

2. *Het geding in cassatie*

(...)

De conclusie van de Advocaat-Generaal D.W.F. Verkade strekt tot vernietiging en verwijzing.

De advocaat van Eternit heeft bij brief van 22 juli 2005 op de conclusie gereageerd.

3. *Beoordeling van het middel*

3.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) Horsting is opgegroeid in haar ouderlijk huis te Oosterhesselen, waar zij tot augustus 1973 is blijven wonen.

(ii) In 1971 zijn door aannemer A.K. Ijdens asbestplaten aangeleverd bij het ouderlijk huis van Horsting. De asbestgolfplaten zijn gebruikt voor de bouw van een loods bij het huis. De loods is voorzien van een dak met asbestcementplaten en ook op de zijkanten van de loods zijn de asbestcementplaten aangebracht. Het aanbrengen van de asbestcementplaten is gedeeltelijk door Ijdens en gedeeltelijk door dan wel in samenwerking met de broers van Horsting gebeurd.

(iii) Horsting heeft in 1971 de kleding van haar broers uitgeklopt en het erf aangeveegd waarop de platen waren verzaagd. Daarbij is Horsting blootgesteld aan asbeststof.

(iv) In mei 2002 is bij Horsting de diagnose mesotheliom, zijnde long- en buikvlieskanker vastgesteld. Bij brief van 17 juli 2002 heeft het Nederlands Mesotheliomen Panel de diagnose bevestigd.

(v) Van de ziekte mesotheliom is slechts één oorzaak bekend, namelijk blootstelling aan asbest.

(vi) Eternit was in 1971 leverancier van asbestcementplaten.

3.2 De in dit kort geding door Horsting ingestelde, hiervoor in 1 weergegeven, vordering is gebaseerd op art. 6:162BW. Horsting heeft daartoe aangevoerd, kort gezegd, dat de hiervoor in 3.1 onder (ii) en (iii) bedoelde asbestcementplaten afkomstig waren van Eternit, dat moet worden aangenomen dat de blootstelling aan asbest, die haar ziekte heeft veroorzaakt, heeft plaatsgevonden tijdens de werkzaamheden bij haar ouderlijk huis in 1971, en dat Eternit de gebruikers van de asbestcementplaten niet heeft gewaarschuwd voor de gezondheidsrisico's daarvan, hoewel zij daarmee toen wel op de hoogte was.

Eternit heeft de vordering gemotiveerd bestreden.

De voorzieningenrechter heeft de gevraagde voorziening getroffen. In het daartegen door Eternit ingestelde hoger beroep heeft het hof het bestreden vonnis bekrachtigd. Het heeft daartoe, samengevat weergegeven, als volgt overwogen. Het door Eternit gedane beroep op verjaring kan niet slagen. Weliswaar was de objectieve verjaringstermijn van 30 jaar al verstreken op het moment waarop de onderhavige vordering is ingesteld, maar in de gegeven omstandigheden is het door Eternit gedane beroep op verjaring, gelet op de in HR 28 april 2000, nr. C 98/363, NJ 2000, 430 genoemde gezichtspunten, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar (rov. 4.1–4.4). Het gebruik dat in het onderhavige geval van asbestcementplaten is gemaakt, was voor Eternit redelijkerwijs te verwachten (rov. 4.5). Zij was in 1970–1971 met de daaraan verbonden gezondheidsrisico's bekend, althans behoorde dat te zijn (rov. 4.6–4.7). Van Eternit had mogen worden verwacht dat zij de voor de hand liggende en weinig kostbare maatregel van een waarschuwing had genomen. Zij heeft dit evenwel nagelaten, waarvan haar een ernstig verwijt valt te maken (rov. 4.8). Wat betreft de causaliteit tussen de onrechtmatige nalatigheid van Eternit en de door Horsting geleden gezondheidsschade, heeft laatstgenoemde terecht een beroep gedaan op art. 6:99 BW (rov. 4.9).

3.3 De door onderdeel 1 aangevoerde klachten 1–3.3.12 zijn gericht tegen het oordeel van het hof dat Eternit in de gegeven omstandigheden onrechtmatig heeft gehandeld tegenover Horsting door tekort te schieten in haar waarschuwingsplicht, en dat deze onrechtmatige nalatigheid haar kan worden verweten.

De rechtmatigheid van het handelen van Eternit moet worden beoordeeld in het licht van de maatschappelijke opvattingen ten tijde van de aan Eternit verweten gedragingen of nalatigheden. Daarbij verdient opmerking dat vanaf het moment waarop binnen de maatschappelijke kring waartoe Eternit behoort, bekend moest worden geacht dat aan het werken met asbest gevaren voor de gezondheid zijn verbonden, een verhoogde zorgvuldigheidsnorm had te gelden met het oog op de belangen van diegenen

die zich bevinden in de directe nabijheid van een plaats waar met asbest wordt gewerkt. Het is afhankelijk van de omstandigheden van het geval en van de toentertijd bestaande kennis en inzichten, welke veiligheidsmaatregelen vanaf dat moment van Eternit konden worden verwacht. In dat verband zijn mede van belang de mate van zekerheid dat het werken met asbest gezondheidsrisico's meebracht en de aard en ernst van die risico's (vgl. HR 17 december 2004, nr. C03/211, RvdW 2005, 4).

Het hof heeft deze maatstaven klaarblijkelijk aan zijn beoordeling van het geschil tussen partijen ten grondslag gelegd. Het is mitsdien van een juiste rechtsopvatting uitgegaan ter beoordeling van de rechtmatigheid van het handelen van Eternit. Zijn oordeel is ook niet onbegrijpelijk gemotiveerd, nu het in rov. 4.7 van zijn arrest (a) heeft overwogen dat al uit de memorie van toelichting bij het ontwerp uit 1949 van de Silicosewet blijkt van het gevaar van verspreiding van asbesthoudende stof bij het vervaardigen en het verzagen van asbestcementplaten, en (b) heeft vastgesteld dat Eternit een internationaal opererend bedrijf was en dat in 1970–1971 in elk geval onder deskundigen bekend was dat vrijkomend asbest mesothelioom zou kunnen veroorzaken. Hieraan voegde het hof nog toe dat de directeur van Eternit deze wetenschap al vóór 1971 feitelijk moet hebben gehad. Het met deze vaststellingen verweven oordeel van het hof dat het onder de gegeven omstandigheden ernstig verwijtbaar was dat Eternit het publiek niet heeft gewaarschuwd voor de aan haar bekende gezondheidsrisico's die aan asbeststof zijn verbonden, welke risico's onder meer ontstaan bij het verzagen van asbestcementplaten, is evenmin onbegrijpelijk.

3.4 De overige klachten, voor zover zij betrekking hebben op oordelen van feitelijke aard, miskennen de grenzen van hetgeen in cassatie nog aan de orde kan komen. Die oordelen kunnen in cassatie niet op juistheid worden getoetst. Wel kan worden getoetst of de voor deze oordelen gegeven motivering begrijpelijk en genoegzaam is. De aangevallen oordelen zijn evenwel niet onbegrijpelijk, noch onvoldoende gemotiveerd. Voor het overige gaan de klachten uit van motiveringseisen die niet kunnen worden gesteld aan oordelen die – zoals de onderhavige – berusten op de uitleg en waardering van gegevens van feitelijke aard. Zij vragen immers in de vorm van motiveringsklachten in wezen een hernieuwde beoordeling van de stellingen van Eternit en van het bewijsmateriaal, welke beoordeling de taak van de cassatierechter te buiten gaat.

Onderdeel 1 kan derhalve niet tot cassatie leiden.

3.5 Onderdeel 2 is gericht tegen het oordeel van het hof dat het door Eternit gedane beroep op verjaring in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Klacht 4 voert daartoe aan dat de conclusie dat sprake is van enig verwijt aan de zijde van Eternit geen stand kan houden, althans dat zeker niet kan worden gesproken van een ernstig verwijt. Het an-

dersluitende oordeel van het hof is volgens deze klacht dan ook onbegrijpelijk.

Deze klacht stuit erop of dat, zoals hiervoor in 3.3 is overwogen, het oordeel van het hof dat het onder de gegeven omstandigheden ernstig verwijtbaar was dat Eternit het publiek niet heeft gewaarschuwd voor de aan haar bekende gezondheidsrisico's die aan asbeststof zijn verbonden, welke risico's onder meer ontstaan bij het verzagen van asbestcementplaten, niet onbegrijpelijk is.

3.6 De klachten 4.1 en 4.2 betogen met een rechts- en een motiveringsklacht dat, gelet op het feit dat Eternit niet is verzekerd tegen schade als in dit geding aan de orde is, de weegschaal bij het door Horsting gedane beroep op art. 6:248 lid 2 BW, uiteindelijk in het voordeel van Eternit dient door te slaan.

In zijn arrest van 28 april 2000, C98/363, NJ 2000, 430 heeft de Hoge Raad in beginsel mogelijk geacht dat ook een beroep op de objectieve verjaringstermijn van, in dat geval, 30 jaren, in uitzonderlijke gevallen naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kan zijn. Of dat in een concreet geval inderdaad zo is, zal met inachtneming van alle omstandigheden van dat geval moeten worden beoordeeld. Als gezichtspunten waarvan de rechter blijk moet geven deze in zijn beoordeling te hebben betrokken, valt onder meer te noemen of de aansprakelijkheid (nog) door verzekering is gedekt.

In het onderhavige geval heeft Eternit zich onder meer erop beroepen dat de door Horsting in dit geding aanhangig gemaakte vordering niet (meer) door verzekering is gedekt. Het hof heeft hierop slechts gereageerd door in rov. 4.4 te overwegen:

'In de stellingen van Eternit [...] dat een bij toewijzing van de onderhavige vordering te verwachten toename van het aantal vorderingen de solvabiliteit van het niet-verzekerde Eternit zal bedreigen, ziet het hof geen voldoende reden om het beroep van Eternit op verjaring wel te honoreren.'

In aanmerking genomen dat de strekking van de onderhavige objectieve verjaringstermijn met name is om de schuldenaar te beschermen tegen het instellen van oude vorderingen waarmee hij na verloop van die termijn in beginsel geen rekening meer behoefde te houden, heeft het hof met deze overweging blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, dan wel zijn oordeel onvoldoende gemotiveerd. Het hof heeft blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting indien de aangehaalde overweging aldus moet worden verstaan dat de omstandigheid dat Eternit tegen de onderhavige vordering niet is verzekerd, niet terzake dienend is bij de beoordeling van het door haar gedane beroep op verjaring. Deze omstandigheid is bij die beoordeling immers wel degelijk van belang. Voor het geval het hof evenwel van de juiste rechtsopvatting is uitgegaan, is zijn oordeel dat de enkele omstandigheid dat Eternit tegen de onderhavige vordering niet is verzekerd, onvoldoende reden is om haar beroep op verjaring te honoreren, zonder nadere motivering, die ontbreekt, onbegrijpelijk.

3.7 Nu de klachten 4.1 en 4.2 op grond van het vorenstaande terecht zijn voorgedragen, kan het bestreden arrest geen standhouden. De onder 4.3 geformuleerde klacht behoeft geen behandeling.

4. *Beslissing*

De Hoge Raad:

vernietigt het arrest van het gerechtshof te Arnhem van 13 april 2004;

verwijst het geding naar het gerechtshof te 's-Hertogenbosch ter verdere behandeling en beslissing;

veroordeelt Horsting in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van Eternit begroot op € 971,98 aan verschotten en € 2600 voor salaris.

Noot

Inleiding

1. Aafina Horsting werd in 1971 blootgesteld aan asbeststof. Niet omdat zij zelf in de scheepsindustrie of een vergelijkbare bedrijfstak werkte, maar omdat zij in die tijd – ogenschijnlijk onschuldig – de werkkleding van haar broers uitklopte en het erf aanveegde (een 'thuisbesmetting'). Zij deed dit toen haar broers en aannemer IJdens een loods bij de ouderlijke woning bouwden. Het dak en de zijkant van die loods werden voorzien van asbestcementplaten, geleverd door Eternit, welke op het erf van de familie Horsting werden verzaagd. In 2002 wordt mesothelioom (long- en buikvlieskanker) bij haar vastgesteld. Deze ziekte heeft slechts één bekende oorzaak, blootstelling aan asbest.

2. In kort geding heeft Horsting Eternit aansprakelijk gesteld op basis van art. 6:162 BW; ze vroeg een voorschot van € 25.000. Horsting verwijt Eternit dat zij ten onrechte niet gewaarschuwd is (bijvoorbeeld door de verpakkingen van de asbestcementplaten te voorzien van waarschuwingsetiketten) voor de gezondheidsrisico's, hoewel Eternit daarvan op de hoogte was of had moeten zijn. Het gevorderde voorschot werd toegewezen en bekrachtigd door het Hof Arnhem (13 april 2004, NJ 2004, 612). In cassatie zijn uiteindelijk nog twee kwesties aan de orde: de (on)rechtmatigheid van het handelen van Eternit, en de eventuele verjaring van de vordering van Horsting.

3. Alvorens ik nader op die twee vraagstukken in ga, nog dit. De causaliteitsvraag was wel in het oorspronkelijke kort geding, maar in cassatie niet meer aan de orde. In dit soort zaken zijn uiteraard diverse causale complicaties denkbaar en deze zullen zich in de toekomst ongetwijfeld ook manifesteren. Denk aan het geval dat onduidelijk is welke producent welke platen wanneer en waar afleverde, dat vaker met asbest is gewerkt in de huiselijke kring waarbij meerdere producenten leverden, dat daarbij uiteraard niet alle producenten meer bestaan, dat de getroffen rookte en niet aan mesothelioom maar door (gewone) longkanker komt te overlijden, etc. De door het Hof Arnhem in deze kwestie gekozen

benadering via de alternatieve causaliteit van art. 6:99 BW (zie r.ov. 4.9) kan, zeker in een kort geding waarin voor een uitvoerige bewijslevering geen plaats is, zinvol zijn. In het preadvies voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht pleitte ik recent voor een proportionele benadering voor dit soort gevallen. Ik moge volstaan met daarnaar te verwijzen (I. Giesen, T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Proportionele tendensen in het verbintenissenrecht*, Kluwer: Deventer 2008, p. 90-91).

Zorgplicht en onrechtmatigheid: een waarschuwing was geboden

4. De vraag naar de onrechtmatigheid van het handelen van Eternit wordt door de Hoge Raad nogal robuust afgedaan in r.ov. 3.3. Dat was mogelijk, omdat de Raad daartoe kon aanhaken bij zijn arrest inzake *Hertel/Van der Lugt* (HR 17 december 2004, RvdW 2005, 4) waarin hij eerder al een (verhoogde) zorgvuldigheidsnorm aanvaard had voor een geval waarin het gevaar van asbest aan de orde was *buiten* de specifieke relatie tussen werkgever en werknemer. De Raad accepteerde die zorgvuldigheidsnorm toen en nu 'met het oog op de belangen van diegenen die zich bevinden in de directe nabijheid van een plaats waar met asbest wordt gewerkt.' (r.ov. 3.3). Het geval van *Hertel/Van der Lugt* betrof een vordering ex art. 6:162 BW ingesteld tegen een bedrijf dat weliswaar niet de formele of materiële werkgever was van de eiser, maar dat wel op een rond diens werkplek met asbest werkte. In het hier besproken geval ging het om een 'thuisbesmetting', waarbij ook hier de aangesprokene niet de werkgever van het slachtoffer was. Omdat het dus in beide gevallen niet om het veelal in asbestzaken toepasselijke (en voor het asbestslachtoffer gunstige) art. 7:658 BW betreffende de aansprakelijkheid van de werkgever kon gaan, lag de aansluiting bij dat eerdere arrest uiteraard voor de hand.

5. Voor Eternit pakt dit ongunstig uit, want het Hof Arnhem heeft volgens de Hoge Raad 'klaarblijkelijk' de door hem aangelegde maatstaven toegepast en dat oordeel voldoende begrijpelijk gemotiveerd, ook ten aanzien van 's Hofs oordeel dat er van een 'ernstig verwijt' aan de zijde van Eternit kon worden gesproken (2e deel r.ov. 3.3). Het hoeft nauwelijks betoog dat de Raad op die wijze het arrest van het Hof uiterst welwillend heeft moeten lezen, want in het arrest van het Hof is in het geheel niets terug te vinden over de bedoelde maatstaven. Dat laatste is overigens begrijpelijk als men zich realiseert dat het arrest van het Hof op 13 april 2004 gewezen werd, ruim acht maanden voor de uitspraak in *Hertel/Van der Lugt*.

6. Dat de Hoge Raad nogal 'robuust' is geweest in zijn afwijzing van de klachten in het cassatiemiddel, wordt evident als dat uitvoerige middel, specifiek Klacht 1 daarvan, nader bestudeerd wordt. Dan komt helder naar voren hoe 'direct' de Hoge Raad een hele batterij aan (sub)klachten afgewikkeld heeft (daarbij ongetwijfeld geholpen door de zeer uitvoerige conclusie van A-G Verkade). Dat is pas efficiënt recht-

spreken. Zodoende blijft echter wel in het verborgene dat het er blijkbaar voor de Hoge Raad niet, althans niet al te zeer, toe doet:

– dat er hier toch een andere (doorgaans minder slachtoffervriendelijke) aansprakelijkheidsgrondslag dan gebruikelijk in asbestzaken aan de orde was (vgl. bijv. onderdeel 3.2.4. van het middel),

– dat het onderscheid in soorten asbest (hier ging het om, naar het schijnt, minder risicovol 'wit' asbest, vgl. onderdelen 3.3.1 e.v.) geen gewicht in de schaal legt (vgl. daarover Vloemans, *AV&S* 2008, p. 41; De Vries, *TVP* 2006, p. 24-36; Haase, *MvM* 2006, p. 35), en

– dat de mate van blootstelling (die was hier gering, vgl. onderdelen 3.3.6 e.v.) niet beslissend was.

Een en ander is overigens begrijpelijk, aangezien een andersluidend oordeel van de Raad op deze punten meteen tot enorme afbakningsperikelen zou hebben geleid.

7. Wat de Hoge Raad precies verstaat onder een 'verhoogde zorgvuldigheidsnorm' zoals deze in casu aanvaard werd, wordt niet nader uitgelegd, maar gevoeglijk mogen we aannemen dat het daarbij gaat om een zorgplicht die in elk geval uitstijgt boven wat 'normaal gesproken' aan zorg te verwachten valt. Dat betekent dat het weliswaar 'afhankelijk [is] van de omstandigheden van het geval en van de toentertijd bestaande kennis en inzichten welke veiligheidsmaatregelen vanaf dat moment van Eternit konden worden verwacht' (r.ov. 3.3), maar dus ook – anders heeft het toegevoegde element van die 'verhoogde' zorg geen werkelijke betekenis – dat de gebruikelijke afweging tussen 'risico' en 'zorg', bijvoorbeeld conform de *Kelderluik*-factoren, hier niet volstaat (HR 5 november 1965, *NJ* 1965, 136 m.nt. GJS (*Kelderluik*), vgl. Van Dam, *Aansprakelijkheid*, Den Haag: Bju 2000, nrs. 801 e.v.). 'Meer' wordt verwacht. En dat 'meerdere' kan geëist worden vanwege de (hoge) mate van zekerheid dat er gezondheidsrisico's verbonden zijn aan het werken met asbest (beter zou het m.i. zijn geweest om hier te spreken van de 'omgang' met asbest; er werd immers niet 'gewerkt' maar enkel in de privésfeer geklust met die asbestplaten), alsmede de aard en de ernst van de risico's (te kort gezegd: blootstelling aan asbeststof is dodelijk).

8. Of deze 'verhoogde' zorgplicht vervolgens wel of niet gelijk gesteld kan worden aan de ook wel, bijvoorbeeld voor banken en notarissen, geaccepteerde 'bijzondere' of 'zwaarwegende' zorgplicht, is daarmee nog niet uitgemaakt (vgl. Tjong Tjin Tai, *Zorgplichten en zorgethiek*, diss. UvA, Deventer: Kluwer 2007, p. 188 e.v.). Zo op het eerste gezicht zou men menen (en hopen) van wel, omdat ook die 'bijzondere' of 'zwaarwegende' zorgplicht duidt op een noodzaak tot vooral *meer* zorg. Wellicht echter geeft de buitencontractuele, resp. contractuele context van beide begrippen of het gebruik in gevallen van letselschade, resp. economische schade aanleiding tot een verschillende benaming. Mij overtuigen die verschillen niet direct, omdat het in wezen tweemaal dezelfde exercitie betreft (meer zorg!) en omdat

beide terreinen als het om aansprakelijkheden en zorgplichten gaat, steeds meer naar elkaar toe groeien. Mocht er inderdaad in beide gevallen bedoeld zijn dat er vooral eerder en zwaardere zorgplichten aanvaard moeten worden, dan pleit dat uiteraard voor een snelle onderlinge afstemming van de terminologie richting, wat mij betreft, 'verhoogde' zorgplicht omdat het bijvoeglijk naamwoord 'bijzondere' ook een *verlaging* van de eisen mogelijk maakt.

9. Verder valt op dat in dit arrest de elementen 'onrechtmatigheid' en 'toerekening' (in de zin van schuld) over één kam geschoren worden. Dat gebeurt natuurlijk wel vaker, maar nu juist niet waar het, zoals hier, om gevallen van productaansprakelijkheid gaat (vgl. Giesen, *Bewijs en aansprakelijkheid*, diss. UvT 2001, p. 233, in combinatie met p. 114-115, met verdere verwijzingen). Mocht het inderdaad zo zijn dat dit laatste 'bastion' ook gevallen is als het om schuld gaat, wordt het dan niet eens tijd om dit daarbuiten toch al nauwelijks nog doorgevoerde onderscheid maar helemaal af te schaffen? De enkele keer dat een persoonlijk verwijt niet te maken valt en er ook niet alsnog via wet of verkeersopvatting toegerekend kan worden, kan dat oordeel als een (subjectieve) rechtvaardigingsgrond in plaats van een, zoals nu, schulduitsluitingsgrond, gemarkeerd worden. Het wel bestaan doch niet gebruiken van het schuldvereiste levert momenteel alleen (mogelijke) verwarring op. Het vereiste lijkt zijn functie verloren te hebben aan de 'maatschappelijke zorgvuldigheid' (anders nog bijv. Sieburgh, *Toerekening van een onrechtmatige daad*, diss. RuG 2000, o.a. p. 81).

10. Dat de Hoge Raad expliciet maakt dat de (on)rechtmatigheid beoordeeld wordt, en moet worden, naar de normen en opvattingen ten tijde van de aan Eternit verweten gedraging, mag niet verbazen. Het beoordelen van dit soort aansprakelijkheidsvragen vergt weliswaar steeds een 'terugkijken' in het verleden, maar mag nooit ontaarden in oordelen 'met de kennis van nu' over het 'gedrag van toen' (vgl. Van Boom & Barendrecht, *Gedrag van toen, normen van nu?*, in: I. Brandt e.a. (red.), *Tijd en onzekerheid. BW Krant Jaarboek*, Deventer: Kluwer 2000, p. 45 e.v.). Elke vorm van mogelijke 'hindsight bias' bij de oordelende rechter moet dan ook tegengegaan worden, zo wordt ook ruimschoots erkend in de juridische literatuur (vgl. mijn oratie, *Handle with care!*, Den Haag: Bju 2005, p. 71; Van Boom, *Structurele fouten in het aansprakelijkheidsrecht*, oratie UvT, 2003, p. 14-16). Een en ander verhinderde de diverse rechters in deze procedure echter niet om, ook voor 1971, uit te gaan van het bestaan van een waarschuwingplicht, gegeven de kennis die Eternit als internationaal opererend bedrijf had of moest hebben. Omdat er in casu in het geheel niet gewaarschuwd was, kwam de vervolgvraag hoe zo een noodzakelijke waarschuwing toetertijd dan specifiek geluid zou moeten hebben, hier niet meer aan de orde. Daarover kan echter in de nasleep van dit arrest nog de nodige discussie ontstaan, zeker in het licht van de eisen die de cognitieve psychologie in dat kader stelt (vgl. mijn oratie, a.w.; Pape, *Productwaarschuwingen: psycho-*

logische lessen voor juristen, in: Van Boom e.a. (red.), *Gedrag en privaatrecht*, Den Haag: Bju 2008, p. 245 e.v.; Pape, *NTBR* 2006, p. 374 e.v.).

11. De uitspraak van de Hoge Raad is, zo vermoed ik, een stevige klap geweest voor de (nog in bedrijf zijnde, voormalige) asbestindustrie. Het aantal mogelijke slachtoffers van de dodelijke keerzijde van wat eens een wondermiddel was, toch al niet gering, is hiermee in potentie enorm uitgebreid; en de zorgvuldigheidsnorm voor de industrie is zeer stevig aangezet zodat veel van die 'nieuwe' slachtoffers wat dat betreft een goede kans maken op schadevergoeding. In dat beeld past dan ook dat inmiddels een procedure is gewonnen door een mesotheliomslachtoffer dat in aanraking was gekomen met asbest via het milieu (het erf rondom het ouderlijk huis was verhard met asbesthoudend bedrijfsafval). Zie daarover Hof Arnhem 27 februari 2007, *JA* 2007/65; De Lang, *TVP* 2007, p. 75 e.v., en Vloemans, *AV&S* 2008, p. 43-44.

De verjaring doorbroken

12. Dan de verjaringskwestie, een mogelijke reddingsboei voor de industrie. Door het Hof is in r.ov. 4.3 als uitgangspunt gehanteerd – dat stond in cassatie niet meer ter discussie – dat de uitzonderingsregel uit het bekende arrest *Van Hese/De Schelde*, te weten dat soms een verstreken verjaringstermijn op grond van redelijkheid en billijkheid alsnog opzij gezet kan worden, ook in de gevallen zoals hier aan de orde, van toepassing zou moeten, althans kunnen zijn (zie HR 28 april 2000, *NJ* 2000, 430; vgl. ook HR 20 oktober 2000, *NJ* 2001, 268 (Soolsma/Hertel); HR 26 november 2004, *NJ* 2006, 228 (De Jong/Optimodal), en Smeehuijzen, *De bevrijdende verjaring*, diss. VU 2008, p. 251 e.v.). Dat lijkt logisch want asbest is asbest, en het probleem dat de verjaringstermijn al verstreken kan zijn voordat de ziekte zich openbaart, is hetzelfde. Ik ben het met die opvatting op zichzelf dan ook graag eens, maar een ander standpunt had ook verdedigd kunnen worden. Bijvoorbeeld omdat het arrest *Van Hese/De Schelde* een echt uitzonderlijke regel introduceert, zodat analoge toepassing op andere gevallen niet voor de hand ligt (anders: Rb. Amsterdam 17 december 2008, LJN: BG7225 (X./BAT), r.ov. 5.35 e.v., die dezelfde regel zonder dralen toepast op de vraag naar de verjaring van een rokersclaim). Bovendien leent het wettelijke productaansprakelijkheidsregime van art. 6:185 e.v. BW zich niet zonder meer voor een analoge toepassing van dat 'doorbrekingsysteem'.

13. Dat laatste ligt hieraan dat in elk geval het regime van de productaansprakelijkheid in ons BW, gebaseerd op de Europese Richtlijn 85/374/EEG, *Pb.EG*, L 210/29, een *vervaltermijn* kent van 10 jaar na het in het verkeer brengen van het gebrekkige product, vgl. art. 6:191 lid 2 BW. Die termijn is dan een veel acuter probleem dan de eventuele verjaring (de driejarige relatieve verjaringstermijn van art. 6:191 lid 1 BW vormt geen probleem daar die pas lopen gaat als o.a. de schade bekend is). Zou in een dergelijk 'gebrekkig product'-geval deze vervaltermijn

doorbroken kunnen en mogen worden via een beroep op art. 6:248 BW? Mijn inschatting is dat een dergelijk standpunt niet eenvoudig geaccepteerd zal kunnen worden in het licht van de Europese herkomst van die termijn. De inmiddels verplichte, eenduidige Europese uitleg daarvan brengt immers met zich dat onze Nederlandse methode van 'doorbreking' van een verjaringstermijn niet zonder meer toepasbaar kan zijn, als die methode überhaupt al benut zou kunnen worden om ook vervaltermijnen aan te pakken (Smeehuijzen, *a.w.*, p. 337 e.v., bespreekt wel uitvoerig de vervaltermijn, maar niet specifiek deze vraag). Het huidige Europese privaatrecht kent een dergelijke 'doorbraak van verjaring'-regel immers nog niet (vgl. Smeehuijzen, *a.w.*, p. 94-108, inzake het Engelse en Duitse recht). En een op 'Nederlandse' leest geschoeide uitleg van de richtlijnregel ten gunste van de eisende partij, en dus ten laste van de producent, in een Nederlands geval is niet (meer) toegestaan daar volgens de Europese rechtspraak deze productaansprakelijkheidrichtlijn als een vorm van maximumharmonisatie gezien moet worden. Bij een dergelijke totale harmonisatie past niet dat het nationale recht in Nederland afwijkt van wat er volgens de richtlijn geldt. Vgl. HvJ EG 25 april 2002, Commissie/Frankrijk (C-52/00, *Jurispr.* blz. 1-3827, punt 16), Commissie/Griekenland (C-154/00, *Jurispr.* blz. 1-3879, punt 12), en González Sánchez (C-183/00, *Jurispr.* blz. 1-3901, punt 25), alsmede HvJ EG 10 januari 2006, *NJ* 2006, 286 m.nt. Mok (Skov), en Keirse, in: Hartkamp e.a. (red.), *De invloed van het Europese privaatrecht op het Nederlandse privaatrecht. Deel II*, p. 27-35.

14. Uiteraard ben ik mij er terdege van bewust dat deze Europese 'onmogelijkheid' voor procespartijen eenvoudig te omzeilen is door de vordering niet op art. 6:185 e.v. BW te baseren, maar op de Nederlandse bepaling van art. 6:162 BW. Maar een dergelijke 'terugval' op het eigen nationale recht vormt dan wel een (zoveelste) inbreuk op de Europese eenwordinggedachte die juist op het vlak van de gebrekkige producten zo sterk leeft sinds medio jaren '80 van de vorige eeuw. Aan de ander kant: de hier besproken uitspraak maakt dan nogmaals helder dat onze eigen nationale regeling inzake productaansprakelijkheid nog steeds weinig aan belang heeft ingeboet.

15. Terug naar de verjaring in Nederland. De regel uit *Van Hese/De Schelde* vormt het beoordelingskader, en dus moet de daarin opgenomen omstandighedenencatalogus doorlopen worden. Daarbij valt meteen op dat het cassatiemiddel in Klacht 2, nr. 4, vooral inhaakt op omstandigheid (c), de mate van verwijtbaarheid. Er viel Eternit niets te verwijten, aldus dat onderdeel, en als dat al wel het geval was, dan was dat geen ernstig verwijt, en omdat dat gezichtspunt dus anders uitpakt, had de afweging door het Hof ook anders moeten uitpakken. De vraag of Eternit wel of niet verzekerd was, omstandigheid (f), was hierbij in wezen van ondergeschikt belang (alleen in onderdeel 4.1, 'mede gelet op...' wordt die kwestie genoemd; in haar schriftelijke toelichting

gaat ook Horsting er niet op in). De Hoge Raad grijpt die strohalm echter aan om specifiek over de al dan niet aanwezige verzekeringsdekking uitspraak te doen; blijkbaar vond hij dat belangrijk genoeg.

16. Ten eerste beslist de Raad dat als het Hof dit gezichtspunt (f) niet ter zake dienend zou achten, dat van een onjuiste rechtsopvatting zou getuigen. Dat is evident, gezien het *Van Hese/De Schelde*-arrest, en behoeft geen verdere toelichting. Ten tweede stelt de Raad dat als het Hof dit gezichtspunt wel heeft meegewogen, het oordeel 'dat de enkele omstandigheid dat Eternit tegen de onderhavige vordering niet is verzekerd, onvoldoende reden is om haar beroep op verjaring te honoreren, zonder andere motivering, die ontbreekt, onbegrijpelijk' is. Hoewel het een standaardoverweging betreft, is dit hier een nogal cryptische omschrijving waarmee, prachtig gelardeerd met diverse ontkenningen, niet een opvatting als zodanig als onjuist wordt bestempeld, maar slechts als in potentie 'onbegrijpelijk'. Waar komt dit oordeel dan op neer? Omdat de Raad niet expliciteert wat hij wil (als er hier al een keuze gemaakt is), is dit lastig te duiden. Maar als ik deze overweging toch probeer te herformuleren, dan zou men hiervoor m.i. het volgende kunnen lezen: het gegeven dat Eternit onverzekerd zou zijn, kan op zichzelf beschouwd gezien worden als een *onvoldoende* reden om het beroep op verjaring alsnog te honoreren, maar dat moet dan wel nader onderbouwd worden. Ofwel: als de gedaagde onverzekerd is, is dat op zich reden om het verjaringsberoep wél te honoreren, tenzij de rechter goede gronden kan aanvoeren om dat toch anders te zien. Ik lees dit derhalve, hoewel aarzelend, als de boodschap dat als de gedaagde *niet verzekerd* blijkt, doorbreking van de verjaring in beginsel *niet* aan de orde is. Daarmee is gezichtspunt (f), zo lijkt het – maar nogmaals, ik blijf voorzichtig – toch wel iets belangrijker geworden dan we tot nu toe meenden.

17. In zijn recente proefschrift gaat Smeehuijzen (*a.w.*, p. 262) uiteraard ook in op het hier besproken arrest. Hij meent dat de Hoge Raad de magere motivering van het Hof op dit punt niet kon laten lopen als (en omdat) hij de catalogus van omstandigheden ongewijzigd zou willen handhaven omdat dat Hof de indruk wekte dat dit gezichtspunt nauwelijks van gewicht zou zijn (vgl. ook Tjong Tjin Tai, *Bb* 2006, p. 202). Smeehuijzen stelt vervolgens dat als de motivering in casu iets beter zou zijn geweest – in plaats van te wijzen op wat de voorzieningenrechter al overwogen had, zo voeg ik toe – er 'niets aan de hand' zou zijn geweest bij een verder gelijklopende uitkomst (nl.: andere gezichtspunten de doorslag laten geven) omdat de diverse gezichtspunten nu eenmaal geen verschillend relatief gewicht hebben. Als gezegd, ik meen voorzichtig dat juist dat laatste wel eens anders geworden zou kunnen zijn. De benadering waarbij de verschillende gezichtspunten uit *Van Hese/De Schelde* onderling gedifferentieerd gewaardeerd worden, is overigens door Smeehuijzen zelf ontworpen (*AV&S* 2005, p. 49-60, en *a.w.*, p. 258 e.v., deels instemmend besproken door A-G Verkade,

nr. 6.3). Wat hem betreft zal echter het gezichtspunt van verzekering niet zelfstandig de doorbraak van de verjaringstermijn kunnen beletten (*a.w.*, p. 258), een benadering die m.i. dus niet overgenomen is.

18. Het voordeel van het bespreken van een arrest op een veel later tijdstip dan gewoonlijk, is dat dan al meer duidelijkheid is verkregen over hoe die zaak verder is afgelopen. Na verwijzing door de Hoge Raad besliste het Hof Den Bosch op 25 maart 2008 (*JA* 2008/96, *NJ* 2009, 104, hierna opgenomen; *red.*) dat het beroep op verjaring naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid (toch) onaanvaardbaar is. Het Hof kwam daartoe, kort samengevat, door de maatstaf van *Van Hese/De Schelde* en de daarin opgenomen zeven omstandigheden voorop te stellen en puntsgewijs te bespreken. De gezichtspunten (d) (had gedaagde rekening behoren te houden met de vordering?) en vooral (f) (is gedaagde nog verzekerd?) worden breed uitgemeten, mede in het licht van het hier besproken arrest. Nadat het Hof (terecht) bepaald heeft dat weliswaar op Horsting de bewijslast rust ten aanzien van de voor de toetsing van die gezichtspunten relevante feiten, stelt men vervolgens echter nog dat op Eternit wél de plicht rust om relevante informatie waarover Horsting niet kan beschikken, bekend te maken (*r.ov.* 3.6). Het Hof benut hier de 'aanvullende stelplicht', vooral bekend uit de hoek van de medische aansprakelijkheid, maar inderdaad breder toepasbaar (zie bijv. Giesen, *a.w.*, p. 39 e.v.; Asser, *Bewijsverdeling*, Kluwer: Deventer 2004, nr. 49 e.v.). Omdat Eternit in casu geen voor 1971 geldende verzekeringspolissen heeft kunnen overleggen, terwijl het bezit daarvan wel verwacht mocht worden – voor 1970 waren er al alarmerende berichten en dus claims te voorzien, aldus het Hof, terwijl de toen geldende verjaringstermijn van 30 jaar mee bracht dat polissen langere tijd bewaard zouden moeten blijven – komt de daardoor resterende onduidelijkheid op dit punt voor risico van Eternit (*r.ov.* 3.23-24). Dat gegeven, gekoppeld aan het feit dat er door Eternit reserveringen zijn aangelegd om de schade van (een beperktere groep) asbestslachtoffers te kunnen vergoeden, maakt dat het beroep op verjaring in dit geval onaanvaardbaar is.

19. Navraag leert dat tegen dit arrest van het Hof Den Bosch geen cassatie is ingesteld. Dat is wat mij betreft in zoverre een juiste inschatting geweest dat het Hof in deze procedure het laatste resterende feitelijke geschilpunt zeer uitvoerig gemotiveerd besproken heeft, zodat de kansen op een succesvol cassatieberoep zeer klein zouden zijn geweest. Maar ik constateer wel dat de gedachte om de niet-aanwezigheid van feitelijke gegevens voor risico van de gedaagde te laten komen, hoewel begrijpelijk en wat mij betreft juist, niet helemaal in lijn lijkt te zijn met de overweging van de Hoge Raad in *De Jong/Optimal* (HR 26 november 2004, *NJ* 2006, 228) ten aanzien van gezichtspunt (e). In dat arrest wordt immers overwogen (*r.ov.* 3.6) dat bij gezichtspunt (e) het hierom gaat 'of de aangesprokene nog de mogelijkheid heeft zich tegen de vordering te verweren en dat daarbij niet van belang is door welke oorzaken

bewijsmateriaal verloren is gegaan en of dit aan de aangesprokenen valt toe te rekenen.' Risico's toedelen is bij dat gezichtspunt (e) derhalve niet aan de orde, en dat feit doet ten minste de vraag rijzen of zo'n risicotoedeling bij de andere gezichtspunten dan wel toegestaan zou zijn

20. Bezien we tot slot (een deel van) de recente lagere rechtspraak (ik pretendeer geen volledigheid) dan leert bijv. de Vzr. Maastricht 16 april 2007, LJN: BA3241, dat de voltooide verjaringstermijn doorbroken wordt, doch dat Rb. Amsterdam 16 mei 2007, LJN: BA5593 en Hof Den Haag 31 augustus 2007, JA 2007/179 dat niet doen. Vzr. Amsterdam 1 november 2007, JA 2008/10, benut echter de omstandigheden-catalogus om te constateren dat het benodigde spoedeisende belang in kort geding ontbreekt. Het beeld is dus wisselend, en ook de motivering verschilt, maar dat was te verwachten bij introductie van een gezichtspuntencatalogus. Dat betekent wel dat de praktijk weinig houvast kan ontleen aan de (lagere) rechtspraak, hetgeen de noodzaak om te procederen versterkt, juist waar dat beter voorkomen had kunnen worden. Ik betreur dat. Wellicht dat de door Smeehuijzen, *a.w.* p. 258, voorgestelde herformulering van de catalogus ons hier (iets) verder kan helpen.

I. Giesen