

**JA 2013/108 Hoge Raad 's-Gravenhage, 07-06-2013
Werkgeversaansprakelijkheid, Beroepsziekte, Blootstelling aan gevaarlijke
stof, C.s.q.n-verband, Unilever/Dikman, Proportionele aansprakelijkheid**

Wetsbepaling(en):

BW BOEK 6 artikel 98, BW BOEK 6 artikel 99, BW BOEK 6 artikel 101, BW BOEK 7 artikel 658, RV artikel 150, RV artikel 150

Ook gepubliceerd in:

ECLI:NL:HR:2013:BZ1721, JA 2013/129, JAR 2013/178, JAR Samenvattingen 2013/178, NJB 2013/1498, NJ 2014/99, RAR 2013/122, RvdW 2013/762, JWB 2013/296

**JA 2013/108, Hoge Raad, 07-06-2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ1721,
ECLI:NL:PHR:2013:BZ1721, 12/03390 (annotatie)**

Inhoudsindicatie

Werkgeversaansprakelijkheid, Beroepsziekte, Blootstelling aan gevaarlijke stof, C.s.q.n-verband, Unilever/Dikman, Proportionele aansprakelijkheid

Ga direct naar

- [Samenvatting](#)
- [Uitspraak](#)
- [Beslissing/besluit](#)
- [Noot](#)

Gegevens

Instantie	Hoge Raad
Datum uitspraak	07-06-2013, 07-06-2013
Publicatie	JA 2013/108 (Sdu Jurisprudentie Aansprakelijkheid), aflevering 6, 2013
Annotator	<ul style="list-style-type: none">• mr. J. den Hoed
ECLI	ECLI:NL:HR:2013:BZ1721, ECLI:NL:PHR:2013:BZ1721
Zaaknummer	12/03390, 12/03390
Overige publicaties	<ul style="list-style-type: none">• ECLI:NL:HR:2013:BZ1721• JAR 2013/178• JA 2013/129• AR-Updates.nl 2013-0454• NJB 2013/1498• RvdW 2013/762• RAR 2013/122• NJ 2014/99 met annotatie van T. Hartlief• JWB 2013/296• ECLI:NL:PHR:2013:BZ1721• JA 2013/129• JWB 2013/296
Rechtsgebied	Contracten, schade en aansprakelijkheid

Rubriek	Werkgeversaansprakelijkheid
Rechters	<ul style="list-style-type: none"> • mr. Numann • mr. Van Buchem-Spapens • mr. Heisterkamp • mr. Loth • mr. Drion
Partijen	<p>Lansink BV te Enschede, eiseres tot cassatie, advocaat: aanvankelijk mr. R.S. Meijer, thans mrs. N.T. Dempsey en P.A. Fruytier, tegen</p> <p>Geertje Evertje Aaltje Ritsma te Surhuizum, gemeente Achtkarspelen, verweerster in cassatie, advocaat: mr. S.F. Sagel en mr. J.T. van der Kroon.</p>
Regelgeving	<p>Partijen zullen hierna ook worden aangeduid als Lansink en Ritsma.</p> <ul style="list-style-type: none"> • BW Boek 6 - 98 • BW Boek 6 - 99 • BW Boek 6 - 101 • BW Boek 7 - 658 • Rv - 150

Samenvatting

De erven van een aan kanker overleden schilder hebben het schildersbedrijf, waarvoor het slachtoffer sinds 1976 op basis van een arbeidsovereenkomst werkzaam is geweest, aangesproken tot vergoeding van schade als bedoeld in art. 6:107 en 6:108 BW. In casu is de kans op veroorzaking van kanker door blootstelling aan gevaarlijke stoffen op het werk door deskundigen vastgesteld op 17%. Voor de in *Unilever/Dikmans* geformuleerde regel van bewijslastverdeling ó waarvoor de werknemer dient te stellen en zo nodig te bewijzen dat hij zijn werkzaamheden heeft moeten verrichten onder omstandigheden die schadelijk kunnen zijn voor zijn gezondheid en moet stellen en zo nodig aannemelijk moet maken dat hij lijdt aan gezondheidsklachten die hierdoor kunnen zijn veroorzaakt ó is de grootte van de kans op veroorzaking van de schade door de blootstelling van belang. De veroorzaking van de schade door de blootstelling is eerst aannemelijk als die boven een bepaalde ondergrens uitkomt. Voor het oordeel of de werkgever zijn zorgplicht heeft vervuld, is niet doorslaggevend dat tot 1990 het gevaar van kanker als gevolg van de blootstelling aan verf en oplosmiddelen niet kenbaar was. De buiten de uitoefening van de werkzaamheden gelegen omstandigheden waarin een oorzaak van de schade kan zijn gelegen, komen in een geval als dit, bij toepassing van de leer van de proportionele aansprakelijkheid (geformuleerd in HR 31 maart 2006, *NJ* 2011, 250), voor risico van de werknemer.

Uitspraak

Conclusie Advocaat-Generaal

(mr. J. Spier)

1. Feiten

1.1. In cassatie kan worden uitgegaan van de volgende feiten.¹

1.2. W. Ritsma, geboren op 1 mei 1943, is in 1976 in dienst getreden bij Lansink als (onderhouds)schilder. Voordien heeft W. Ritsma gewerkt als vrachtwagenchauffeur en (vanaf 1968) als schilder bij twee andere bedrijven. Met ingang van 25 april 2000 is W. Ritsma arbeidsongeschikt geraakt voor zijn werk bij Lansink.

1.3. Bij W. Ritsma is begin 2000 een kwaadaardige tumor ontdekt in het nierbekken (urotheelcelcarcinoom). Ongeveer gelijktijdig werd een verdachte afwijking op de linkerlong gezien. Er werd een kwaadaardige tumor in de longen aangetroffen (plaveiselcelcarcinoom). W. Ritsma heeft voor beide tumoren operatieve ingrepen ondergaan op respectievelijk 27 april en 29 mei 2000. In september 2000 zijn uitzaaiingen ontdekt in de blaas en in de longen.

1.4. W. Ritsma heeft Lansink op 17 oktober 2000 aansprakelijk gesteld voor de door hem tengevolge van zijn ziekte geleden en nog te lijden schade. (De verzekeraar van) Lansink heeft aansprakelijkheid van de hand gewezen.

1.5. W. Ritsma is op 18 februari 2001 aan zijn ziekte overleden. Door de behandelend artsen is destijds niet vastgesteld of sprake is geweest van urotheel-/blaaskanker met uitzaaiingen, van longkanker met uitzaaiingen of van twee primaire tumoren.

2. Procesverloop

2.1. Ritsma en haar (inmiddels eveneens overleden) moeder L. Veenstra ó dochter respectievelijk weduwe van wijlen W. Ritsma ó hebben Lansink op 2 november 2005 gedagvaard voor de Rechtbank Zwolle, sector kanton. Zij hebben daarbij onder meer vergoeding gevorderd van schade als bedoeld in art. 6:108 BW (gederfd levensonderhoud na overlijden) en, in hun hoedanigheid van erfgenamen van hun overleden man en vader, van schade als bedoeld in art. 6:107 BW (schade wegens letsel). In de loop van de procedure is ook L. Veenstra overleden. Het door L. Veenstra aanhangig gemaakte geding is voortgezet door Ritsma in haar hoedanigheid van erfgenaam van haar moeder (zie rov. 1 van ø Hofs arrest).²

2.2. Ritsma heeft aan haar vorderingen ten grondslag gelegd dat Lansink aansprakelijk is op grond van art. 7:658 BW.³ Volgens Ritsma heeft W. Ritsma gedurende zijn dienstverband bij Lansink onder meer gewerkt met epoxyverven, polyurethaanverven, houtrotmiddelen en betonreparatiemiddelen. Deze producten bevatten aromatische amines die in verband zijn gebracht met urotheelkanker. Daarnaast is W. Ritsma bij het afschuren van oude (al dan niet loodhoudende) verflagen en het gebruik van verfafbijtmiddel (met dichloormetaan) geconfronteerd met situaties die een verhoogde kans op longkanker met zich brengen. De ziekte van W. Ritsma kan dan ook zijn veroorzaakt door de giftige stoffen waaraan hij bij Lansink is blootgesteld. Volgens Ritsma heeft Lansink nagelaten te voorkomen dat W. Ritsma met genoemde producten werkte en heeft Lansink ten onrechte niet zorg gedragen voor adequate bescherming van W. Ritsma (zie rov. 5 van het arrest a quo).

2.3. Lansink heeft de vorderingen van Ritsma betwist. Volgens Lansink is W. Ritsma gedurende zijn dienstverband niet blootgesteld aan (relevante hoeveelheden) amines. Voor de blootstelling aan stoffen die longkanker kunnen veroorzaken, geldt hetzelfde. Lansink heeft ook bestreden dat zij is tekortgeschoten in haar zorgverplichting. Verder heeft Lansink, onder meer met een beroep op de levensstijl van W. Ritsma, mogelijke erfelijke factoren en door W. Ritsma mogelijk in zijn vrije tijd verrichte klussen, het causaal verband tussen het werk van W. Ritsma bij Lansink en de kanker betwist. Lansink heeft haar verweer onder meer gebaseerd op enkele rapporten van het door haar ingeschakelde adviesbureau IndusTox Consult v.o.f. (hierna: IndusTox); zie rov. 6 van het bestreden arrest.

2.4. Op verzoek van Ritsma heeft de Kantonrechter in het kader van de onderhavige procedure een voorlopig getuigenverhoor gehouden. De Kantonrechter heeft in zijn tussenvonnissen van 21 januari 2009 voorts een deskundigenbericht bevolen.⁴ Als deskundigen zijn benoemd dr. T.M. Pal, bedrijfsarts verbonden aan het Nederlands Centrum voor Beroepsziekten te Amsterdam en prof. dr. ir. D.J.J. Heederik, hoogleraar Gezondheidsrisicoanalyse, verbonden aan het IRAS, division Environmental Epidemiology (zie rov. 8 van het arrest a quo).

2.5. De deskundigen hebben op 22 oktober 2009 een rapport uitgebracht. De in dit rapport opgenomen paragraaf "Antwoord op de gestelde vragen" luidt (zie rov. 9):

1a. Waren in de producten waarmee dhr. Ritsma voor Lansink werkte in de periode 1977-2000 stoffen verwerkt die in verband gebracht kunnen worden met het ontstaan van long- en/of urotheelkanker? Wilt u bij de beantwoording van deze vraag ook ingaan op (wetenschappelijke) publicaties?

1b. Wilt u bij de beantwoording van voormelde vraag rekening houden met de werkzaamheden van dhr. Ritsma zoals die blijken uit de verklaringen afgelegd in het voorlopig getuigenverhoor?

1c. Wilt u aan de hand van wetenschappelijke publicaties ingaan op de hardheid van het eventuele verband tussen de stoffen en het ontstaan van long-en urotheelkanker?

Antwoord.

De vragen 1 a t/m c worden gezamenlijk beantwoord.

Het IARC^[5] stelt in haar evaluatie dat het beroep van schilder als zodanig geassocieerd is met een verhoogd risico op blaaskanker (20%) en longkanker (20-50%), maar dat niet aangegeven kan worden welke specifieke stoffen nu verantwoordelijk geacht moeten worden voor het verhoogde risico. Er vindt blootstelling aan teveel verschillende stoffen plaats om dit onderscheid te maken. Het kritisch beschouwen van trends in de blootstelling van mogelijke specifieke componenten die in verf zijn gebruikt of in de werksituatie van de onderhavige casus al dan niet een rol gespeeld zouden kunnen hebben, is gegeven de IARC evaluatie daarom minder zinvol. Informatie uit de literatuur over de blootstellingen in het beroep van schilder naast de weergegeven informatie over de werkzaamheden van dhr. Ritsma en door hem gebruikte producten, wettigen de veronderstelling dat er sprake kan zijn geweest aan stoffen die blaaskanker kunnen veroorzaken (aromatische amines, polycyclische aromatische koolwaterstoffen, gechloreerde koolwaterstoffen) en stoffen die longkanker kunnen veroorzaken (polycyclische aromatische koolwaterstoffen, silica, asbest)

2. Indien uit het antwoord op vraag 1 volgt dat in de verfproducten waarmee dhr. Ritsma voor Lansink heeft gewerkt stoffen waren verwerkt die long- en/of urotheelkanker veroorzake[n] en deze stoffen ook daadwerkelijk bij de werkzaamheden van dhr. Ritsma vrijkwamen, kunt u dan aangeven of en zo ja in hoeverre dhr. Ritsma aan deze kankerverwekkende stoffen werd blootgesteld? Wilt u bij de beantwoording van deze vraag niet allen rekening houden met de materialen die staan vermeld op de werkbriefjes, maar ook in uw oordeel betrekken de wijze waarop en de mate waarin dhr. Ritsma bij zijn werkzaamheden volgens de verklaringen in het voorlopig getuigenverhoor daadwerkelijk aan deze stoffen werd blootgesteld?

Antwoord. Zie hiervoor ook het antwoord op vraag 1, waarin ook wordt toegelicht waarom het in deze casus niet zinvol is om een specifieke beoordeling te geven van blootstelling aan afzonderlijke stoffen.

3. Kunt u een inschatting maken van de kans dat de long-en urotheel kanker van dhr. Ritsma is veroorzaakt door de eventueel kankerverwekkende stoffen in de verfproducten waarmee hij bij Lansink heeft gewerkt? Wilt u bij de beantwoording van deze vraag rekening houden met de eventuele verhoogde risico's op deze ziekte(s) door omstandigheden die liggen buiten de werkzaamheden van dhr. Ritsma voor Lansink (zijn privéleven), zoals die zijn gebleken uit de verklaringen afgelegd door zijn familie en door zijn collega's in het voorlopige getuigenverhoor?

Antwoord. Schilders hebben 20% meer kans op het krijgen van blaaskanker en 20-50% meer kans op het krijgen van longkanker. Dit betekent dat 17% van de gevallen van blaaskanker en 17-33% van de gevallen van longkanker bij schilders vermeden zouden kunnen worden door de verantwoordelijke blootstellingen aan kankerverwekkende stoffen te elimineren. De verhoging in risico wordt echter wel op de gehele populatie betrokken en deze verhoging is daarom op theoretische gronden vermoedelijk een onderschatting van de werkelijke verhoging in risico. Als niet bekend is wat de precieze oorzakelijke factor is, en de epidemiologische teller (ziekte of sterfte gevallen) niet op de juiste noemer (de populatie

at risk) wordt betrokken dan wordt de associatie onderschat. Voor een deel van de populatie (schilders die niet at risk waren) heeft dit echter ook tot gevolg dat het risico wordt overschat. Naar onze inschatting hebben de drinkgewoonten van dhr. Ritsma geen bijdrage geleverd aan dit verhoogde risico en de bijdrage van het roken wordt doordat hij maar een beperkt aantal jaren en dan al meer dan 25 jaar geleden licht heeft gerookt als zeer gering of mogelijk zelfs verwaarloosbaar ingeschat. Hoewel aan het mogelijke effect van passief roken niet zonder meer voorbijgegaan kan worden, achten wij haar bijdrage in deze casus zowel ten aanzien van blaas- als longkanker van geringe betekenis.

In het arbeidsverleden van dhr. Ritsma is het echter niet alleen de periode dat hij bij Lansink als schilder heeft gewerkt, die verantwoordelijk moet worden gehouden voor het verhoogde risico. Ook de jaren dat hij als chauffeur en de jaren dat hij als schilder elders werkzaam is geweest kunnen hebben bij[ge]dragen aan het risico op kanker. De afzonderlijke bijdrage van de diverse perioden aan het verhoogde risico laat zich niet goed kwantificeren. Op basis van de gegevens uit de studie van Steenland et al (1998) mag na een verwachte blootstelling in 9 jaar als vrachtwagenchauffeur echter een additioneel risico verwacht worden dat beduidend kleiner is dan 20%.

In verband met de latentietijd voor zowel blaas- als longkanker is de periode na 1990 niet relevant voor de risicobeoordeling. Omdat rekening moet worden gehouden met een zekere mate van spreiding in de latentietijd, is de blootstelling in de jaren 1980-1990 wellicht toch niet zonder betekenis.

4. Kunt u overigens nog iets opmerken dat bij de beantwoording van voormelde vragen niet aan de orde is gekomen, maar wat vanuit uw deskundigheid wel van belang is bij de vaststelling van het oorzakelijk verband tussen de ziekte van dhr. Ritsma en zijn werkzaamheden voor Lansink?

Antwoord.

Het lijkt ons zinvol om de context van de problematiek nog nader te expliciteren. Het IARC heeft de beschikbare literatuur beoordeeld en op grond daarvan het beroep van schilder als kankerverwekkend geclassificeerd. Deze informatie heeft echter de nodige beperkingen. Daarmee willen we niet aangeven dat getwijfeld moet worden aan de classificatie van het IARC, maar het is goed om te realiseren dat de door de rechtbank gestelde vragen niet exacter kunnen worden beantwoord. Idealiter zou men de beschikking over blootstelling respons relaties willen hebben voor de verschillende kankerverwekkende stoffen op grond waarvan het risico aan de hand van het beroepsverleden beter kan worden gekwantificeerd. De aard van de beschikbare informatie laat dit maar tot in zeer beperkte mate toe.

Beide beroepen, die dhr. Ritsma in zijn leven heeft uitgeoefend, zijn geassocieerd met een verhoogd risico en vergroten daarmee samen de kans dat bij hem zowel blaas- als longkanker door het werk zijn veroorzaakt. Een kwantitatieve risicoschatting waarin de bijdrage van de afzonderlijke perioden en factoren wordt berekend is over het algemeen complex en met de nodige onzekerheden omgeven. Wij achten dat in deze casus niet goed mogelijk. Het maakt het evenzeer lastig tot onmogelijk om in deze casus één van deze perioden er uit te lichten en als de meest bijdragende oorzakelijke factor in de risicobeoordeling te bestempelen.ö

2.6. De Kantonrechter heeft in zijn eindvonnis van 7 juli 2010 de vorderingen van Ritsma afgewezen. Naar het oordeel van de Kantonrechter biedt het uitgebrachte deskundigenrapport onvoldoende grond voor het aannemen van het (minimaal) vereiste oorzakelijk verband tussen de werkzaamheden die W. Ritsma voor Lansink heeft verricht en zijn ziekte (zie vonnis van 7 juli 2010, rov. 6). De Kantonrechter overwoog in dat verband onder meer:

ö6.2. Uitgaande van een primaire ur[o]theelkanker is de bevinding van de deskundigen dat de kans dat die ziekte het gevolg is van de werkzaamheden van Ritsma als schilder in het algemeen 17% bedraagt.

De kantonrechter is niet gebleken van feiten en omstandigheden die (voldoen-de) houvast bieden voor de aanname dat in het geval van Ritsma die kans hoger ingeschat zou dienen te worden. Een (algemene) kans van 17% dat de ziekte van Ritsma is veroorzaakt door zijn werkzaamheden als schilder, is naar het oordeel van de kantonrechter op zichzelf reeds beperkt. Daar komt bij dat het deskundigenrapport

vermeldt dat de verhoogde kans van Ritsma op kanker ook reeds aanwezig was vóór zijn indiensttreding bij Lansink, vanwege zijn eerdere werkzaamheden als schilder en vrachtwagenchauffeur. Hoewel de deskundigen die kansverhoging moeilijk te kwantificeren achten, vermindert die wel in enige mate de kans dat de ziekte van Ritsma is veroorzaakt door zijn werkzaamheden voor Lansink. Een en ander bij elkaar genomen is de kantonrechter van oordeel dat niet genoegzaam is aangetoond dat er een reële kans bestaat dat de ziekte van Ritsma is veroorzaakt door zijn werkzaamheden voor Lansink.

Daarmee wordt de drempel voor het (kunnen) aannemen van een causaal verband niet gehaald.ö

2.7. Naar het oordeel van de Kantonrechter leidt de ömkeerregelö, indien deze in een geval als het onderhavige al van toepassing zou zijn, in elk geval niet tot een andere uitkomst:

ö7. De erven Ritsma hebben in hun conclusie na deskundigenbericht (opnieuw) de stelling betrokken dat in geval tijdens werkzaamheden sprake is geweest van blootstelling aan giftige stoffen en die blootstelling het ziektebeeld kan hebben veroorzaakt, terwijl de werkgever niet aan zijn zorgplicht heeft voldaan, de omkeerregel geldt, inhoudend dat het causale verband tussen blootstelling en ziekte moet worden aangenomen, behoudens tegenbewijs. Naar de kantonrechter begrijpt stellen de erven zich op het standpunt dat bedoelde omkeerregel zonder drempel geldt, dus ook in het geval dat objectief geen sprake is van een reële kans dat de ziekte door de blootstelling is veroorzaakt. Die opvatting volgt de kantonrechter niet. Althans miskent de opvatting dat als in het algemeen niet kan worden gesproken van een reële kans dat de ziekte door de blootstelling is veroorzaakt, het ontbreken van concrete feiten en omstandigheden die aannemelijk maken dat in het specifieke geval die kans hoger ingeschat zou moeten worden, reeds tegenbewijs oplevert.ö

2.8. Ritsma heeft tegen genoemde vonnissen hoger beroep ingesteld.

2.9. Het Hof heeft bij de beantwoording van de vraag of er causaal verband bestaat tussen de blootstelling aan gevaarlijke stoffen en de gezondheidsschade onderscheid gemaakt tussen drie fasen van bewijslevering (rov. 12 en 13), waarop wordt overwogen (rov. 14):

ö[...] De eerste fase is die waarin de werknemer dient te stellen en zo nodig te bewijzen dat hij aan gevaarlijke stoffen is blootgesteld en dat de gezondheidsklachten door de blootstelling kunnen zijn veroorzaakt. Pas wanneer de werknemer over deze drempel heen is, is het in de volgende fase aan de werkgever om te stellen en te bewijzen dat hij aan zijn zorgplicht heeft voldaan, bij gebreke waarvan het causaal verband in beginsel vaststaat. In beginsel, omdat de werkgever in de derde fase nog kan stellen en zo nodig [...] bewijzen dat geen sprake is van causaal verband tussen de blootstelling en de gezondheidsklachten.ö

2.10.1. Volgens het Hof moet worden aangenomen dat de urotheelkanker ó en niet de longkanker ó de primaire kanker is geweest (zie rov. 22). Vervolgens heeft het Hof geoordeeld dat Ritsma met het in eerste aanleg uitgebrachte deskundigenbericht en de afgelegde getuigenverklaringen, bewezen heeft dat W. Ritsma bij zijn werk voor Lansink is blootgesteld aan stoffen die urotheelkanker kunnen veroorzaken (zie rov. 29.10). Met het rapport van de deskundigen is bovendien voldoende aannemelijk gemaakt dat deze blootstelling de urotheelkanker bij W. Ritsma kan hebben veroorzaakt (zie rov. 29.11). Daarmee heeft Ritsma voldaan aan de voorwaarden van öfase 1ö van de bewijslevering (zie rov. 30).

2.10.2. Ten aanzien van öfase 2ö van de bewijslevering oordeelt het Hof dat niet doorslaggevend is dat tot 1990 het gevaar van kanker door blootstelling aan verf en oplosmiddelen niet kenbaar zou zijn geweest. Naar zijn oordeel volgt uit de stellingen van Lansink niet dat Lansink in de periode tot 1990 aan haar zorgplicht heeft voldaan. Volgens het Hof is door Lansink op dit punt ook geen voldoende specifiek bewijsaanbod gedaan. Het Hof komt daarom tot de slotsom dat aangenomen moet worden dat Lansink niet voldaan heeft aan haar zorgplicht (zie rov. 34 t/m 37).

2.10.3. Omtrent öfase 3ö van de bewijslevering overweegt het Hof dat ook indien Lansink bewijst dat de kans ögrootö is dat de kanker een andere oorzaak heeft dan de blootstelling bij Lansink, of dat de kans dat de kanker een andere oorzaak heeft öveel groterö is dan de kans dat de blootstelling bij Lansink de kanker

heeft veroorzaakt, daarmee nog niet bewezen is dat het causaal verband tussen de blootstelling en de kanker ontbreekt (zie rov. 39). Ook de vaststelling dat het beroep van schilder geassocieerd wordt met een verhoogd risico op blaaskanker van 20% ó derhalve 17% van de gevallen van blaaskanker binnen deze beroepsgroep⁶ ó voldoet naar het oordeel van het Hof derhalve niet voor het door Lansink te leveren bewijs van het ontbreken van causaal verband (zie rov. 28, 29.3 en 42 onder a). De stelling van Lansink dat het oorzakelijk verband tussen de zorgplichtschending en de schade onvoldoende aannemelijk is, gezien het feit dat de schade zowel bij Lansink als bij de vorige werkgevers van W. Ritsma kan zijn ontstaan, baat Lansink evenmin. Naar ø Hofs oordeel zijn Lansink en de eerdere werkgevers op grond van art. 6:99 BW hoofdelijk aansprakelijk voor de geleden schade. Aan deze hoofdelijke aansprakelijkheid kan Lansink slechts ontkomen door de bewijzen dat de schade niet bij haar is ontstaan (zie rov. 42 onder b). Het Hof komt tot de slotsom dat Lansink er niet in geslaagd is om te bewijzen ódat de urotheelkanker van W. Ritsma niet is veroorzaakt door de blootstelling aan gevaarlijke stoffen bij Lansink⁶ (zie rov. 43).

2.10.4. Ten aanzien van het leerstuk van proportionele aansprakelijkheid overweegt het Hof dat alleen de aan W. Ritsma toe te rekenen omstandigheden die aan de schade hebben bijgedragen in aanmerking genomen kunnen worden bij een eventuele vermindering van de vergoedingsplicht van Lansink (zie rov. 40). Voor vermindering van de omvang van de aansprakelijkheid van Lansink tot 17% ó het percentage van de vastgestelde kans dat de kanker van W. Ritsma veroorzaakt is door zijn werkzaamheden als schilder ó bestaat geen aanleiding. Volgens het Hof kan de omstandigheid dat de urotheelkanker diverse mogelijke (andere) oorzaken heeft niet aan W. Ritsma worden toegerekend en leidt die omstandigheid dan ook niet tot een vermindering van de aansprakelijkheid van Lansink (zie rov. 42 onder a).

2.10.5. Het Hof komt de slotsom dat het causaal verband tussen de blootstelling van W. Ritsma bij Lansink en de urotheelkanker van W. Ritsma bewezen is, dat vaststaat dat Lansink tekortgeschoten is in haar zorgplicht ten aanzien van die blootstelling en dat Lansink derhalve aansprakelijk is (zie rov. 45). Het Hof heeft de bestreden vonnissen vernietigd en voor recht verklaard dat Lansink aansprakelijk is voor de door Ritsma pro se en als erfgenaam van W. Ritsma en L. Veenstra geleden en nog te lijden schade. Lansink is voorts veroordeeld tot betaling van schadevergoeding op te maken bij staat.

2.11.1. Lansink heeft tijdig cassatieberoep ingesteld. Ritsma heeft geconcludeerd tot verwerping. Partijen hebben hun standpunten schriftelijk toegelicht, waarna is afgezien van re- en dupliek.

2.11.2. Voor de goede orde merk ik nog op dat de advocaat die in de cassatiedagvaarding uitsluitend wordt geafficheerd als behandeld advocaat en niet mede als advocaat bij Uw Raad die Lanser vertegenwoordigt, wél advocaat bij Uw Raad is.

3. Uitgangspunten voor de behandeling van de klachten

Inleiding

3.1. Deze zaak vertoont in een aantal opzichten gelijkenis met een RSI-zaak waarin ik eveneens heden concludeer. Ook in de onderhavige zaak wordt over een groot aantal buitengewoon lastige kwesties een oordeel van de Hoge Raad gevraagd.

3.2. In mijn conclusie voorafgaand aan het Köpcke-arrest⁷ ben ik ingegaan op het verschijnsel RSI:

ø3.1. Partijen zijn het erover eens dat het fenomeen RSI nog een aantal geheimen in zich bergt. RSI lijkt een veelkoppig monster. De (medische) wetenschap is er nog niet in geslaagd om een goed beeld van dit monster te krijgen.⁸

3.2. Met alle voorzichtigheid die een leek op dat terrein past, geef ik ó zoveel mogelijk toegespitst op de onderhavige zaak ó als mijn indruk dat RSI een verzamelnaam is voor een aantal aandoeningen die het nodige gemeen hebben, maar die ook op relevante punten verschillen. De precieze oorzaken van (een aantal) RSI-varianten is nog in nevelen gehuld. Evenmin is steeds duidelijk hoe de kwalen moeten

worden genezen. De vraag of, en zo ja in hoeverre, ook de persoonlijkheid van slachtoffers een rol speelt, kan ó zeker in concrete gevallen ó niet steeds, laat staan eenduidig, worden beantwoord. Dat geldt eveneens voor de vraag of, en zo ja in hoeverre, andere niet-werkgerelateerde factoren een rol (kunnen) spelen.

3.3.1. De vraag lijkt zelfs gewettigd of (bepaalde vormen van) RSI, hoe serieus en oprecht de klachten van patiënten die daaraan zeggen te lijden veelal allicht ook zullen zijn, in werkelijkheid wezenlijk meer is dan een hersenschim. (...)ö

3.3. Eén van de kenmerkende en m.i. ook relevante verschillen tussen RSI-zaken en zaken als de onderhavige is hierin gelegen dat laatst bedoelde categorie zaken geen punt van discussie is dat de benadeelde aan een heel ernstige ziekte heeft geleden en dat deze hem noodlottig is geworden. In zoverre is de onzekerheid ó in de zin van objectieve vaststelbaarheid van de ziekte en de gevolgen daarvan ó van een andere orde van grootte dan in RSI-zaken.

3.4.1. Naast dit wezenlijke verschil zijn er ook veel punten van overeenstemming tussen beide. Uit ø Hofs weergave van de bevindingen van de door de Kantonrechter benoemde deskundigen Prof. Heederik en Dr. Pal blijkt heel duidelijk dat er nogal wat onduidelijkheden bestaan ten aanzien van:

a. de destijds gebruikte stoffen (vooral de soorten verf);

b. de mate en de periode waarin deze stoffen werden gebruikt en daarmee de omvang van de blootstelling;

c. de grootte van de kansverhoging op ó voor zover in cassatie nog van belang ó urotheelkanker;⁹ zie het hiervoor onder 2.5 geciteerde antwoord van Prof. Heederik en Dr. Pal op de vragen 1 a t/m c. Met betrekking tot blaaskanker vermelden ze een kansverhoging in de orde van grootte van 20-50%;¹⁰

d. de lengte van de incubatietijd in een concreet geval;

e. de onvermijdelijke, doch aanzienlijke onnauwkeurigheid van onderzoek naar blootstellingen in het verleden.¹¹

3.4.2. De onzekerheden hebben, in elk geval voor een deel, een andere oorzaak dan bij RSI, in welk kader pijnklachten doorgaans objectief medisch zijn vast te stellen.¹² In niet onbelangrijke mate is de onzekerheid in gevallen als thans aan de orde hierin gelegen dat niet meer op basis van harde feiten en omstandigheden, zoals de gebruikte verf en de duur en intensiteit van de blootstelling aan bepaalde stoffen, valt vast te stellen wat de werkomstandigheden waren.¹³ Juridische fijn-slijpers zullen betogen dat hier niets bijzonders aan de hand is, omdat dit øgewoonö een kwestie is van stelplicht en bewijslast. Die tegenwerping is zeker niet geheel onjuist. Maar de vraag is of zij erg behulpzaam is. De realiteit is nu eenmaal dat een en ander (vaak) niet (meer) op geloofwaardige wijze *kan worden* vastgesteld. Natuurlijk: men kan getuigen gaan horen, maar het is buitengewoon onwaarschijnlijk dat zij na verloop van vaak véél meer dan tien jaar nog voldoende nauwkeurig weten welke verf destijds werd gebruikt en met welke frequentie. Dat is, naar ik weet, een verboden bewijsprognose, maar daarmee niet minder realistisch.

3.4.3. Maar ook bij øurinary bladder-ökanker geldt, in de weergave door The Lancet van het IARC-rapport dat een belangrijke rol speelt in het deskundigenrapport van Prof. Heederik en Dr. Pal, dat

öOverall, little information existed on specific work settings, and no particular agent could be identified from the available epidemiological studies as the cause of the increases in lung and urinary bladder cancers in painters. (...) The Working Group concluded that there is sufficient evidence in humans that occupational exposure as a painter causes cancers of the lung and urinary bladder.ö¹⁴

3.5. Omdat dit rapport bij de beoordeling van een aantal klachten een belangrijke rol speelt, lijkt goed om de door het Hof gememoreerde passages uit het rapport van Prof. Heederik en Dr. Pal te citeren (ontleend aan rov. 23, 24, 25, 26 and 27):

oHet beroep van schilder is zo blijkt uit diverse ook meer recente studies consistent geassocieerd met een licht verhoogd risico op blaaskanker en longkanker (zie voor de toename de eerder geciteerde IARC referentie). Het schildersberoep wordt hiermee ook bij recente herevaluatie door het IARC geclassificeerd als kankerverwekkend. Hoewel van een aantal stoffen voldoende bewijs bestaat dat zij tot een verhoogd risico op blaas- en/of longkanker kunnen leiden, concludeert het IARC dat niet is aan te geven welke specifieke stoffen voor dit risico verantwoordelijk zijn omdat blootstelling aan teveel stoffen plaatsvindt om een onderscheid te kunnen maken en er anderzijds wel duidelijke aanwijzingen [zijn] voor het optreden van genetische schade als merker van dit verhoogde risico. Het kritisch beschouwen van trends in de blootstelling van mogelijke specifieke componenten die in verf zijn gebruikt of in de werksituatie van de onderhavige casus al dan niet een rol gespeeld zouden kunnen hebben, zoals op overigens begrijpelijke gronden in de rapportage van IndusTox is geschied, is gegeven de IARC evaluatie niet zinvol.o

oHet IARC geeft aan dat de precieze oorzaken van de verhoogde sterfte aan long- en blaaskanker niet duidelijk zijn. Daarmee is ook niet duidelijk welk deel van de schilders in de uitgevoerde studies werkelijk blootgesteld is geweest. De verhoging in risico wordt echter wel op de gehele populatie betrokken en deze verhoging is daarom op theoretische gronden vermoedelijk een onderschatting van de werkelijke verhoging in risico. Als niet bekend is wat de precieze oorzakelijke factor is, en de epidemiologische teller (ziekte of sterfte gevallen) niet op de juiste noemer (populatie at risk) wordt betrokken dan wordt de associatie onderschat. Voor een deel van de populatie (schilders die niet at risk waren) heeft dit echter ook tot gevolg dat het risico wordt overschat.o

oIn 1989 is het risico op kanker voor schilders geëvalueerd. [I]n het destijds verschenen IARC rapport over schilders wordt aangegeven dat blootstelling voorkomt aan zeer veel verschillende verbindingen. Schilders zijn of waren in het verleden blootgesteld aan veel verschillende chemische stoffen; pigmenten, binders, vluchtige oplosmiddelen en additieven. De oplosmiddelen zijn meestal afkomstig van petroleum zoals toluen, styreen, xyleen, ketonen, alcoholen, esters en glycol ethers. Gechloreerde koolwaterstoffen worden veel gebruikt in verfstrip middelen en in mindere mate in verven. Benzeen is in het verleden gebruikt als oplosmiddel en is nog in geringe hoeveelheden aanwezig in sommige oplosmiddelen. Titanium dioxide, chroom en ijzerverbindingen worden veel als pigmenten gebruikt. Bij het afbranden van verf kan blootstelling aan pyrolyse producten plaatsvinden zoals polycyclische aromatische verbindingen (PAKs). Asbest is in het verleden als vulmiddel gebruikt. Daarnaast kan bij het bewerken van muren en schuren blootstelling aan silica plaatsvinden. Diverse stoffen waarmee een schilder in aanraking komt zijn (verdacht) kankerverwekkend; Gechloreerde en aromatische koolwaterstoffen (vooral benzeen), pigmenten zoals chroom, vulmiddelen zoals asbest, silica, polycyclische aromatische componenten (PAKs) die vrijkomen bij het branden van verf.o

oIn de jaren dat dhr. Ritsma schilder bij Lansink was, is hij werkzaam geweest in zowel de nieuwbouw als het onderhoud. Uit de werkbriefjes en de getuigenverhoren blijkt dat hij in de jaren bij Lansink met diverse verven heeft gewerkt. Overigens betreffen de werkbriefjes slechts de periode 1985-1995 en ontbreekt dus vooral informatie over de jaren 1977-1985. (...) aan de hand van de werkbriefjes en gesprekken met de oud-bedrijfsleider van Lansink en oud-collega's is door (...) IndusTox een beschrijving gemaakt van de werkzaamheden en werkomstandigheden van dhr. Ritsma (...). Zij sluit aan bij de informatie, die naar voren komt uit de getuigenverhoren. De hoeveelheid tijd besteed aan het schilderen zelf is iets geringer dan tijd besteed aan schuren, plamuren en schoonmaken. Er wordt in de stukken niet vermeld of bij het afbranden van oude verflagen naast schuren en afbijtmiddelen niet tevens gebruik gemaakt werd van afbranden of föhnen. Reparaties aan hout en beton vonden in de nieuwbouw niet plaats, wel bij de onderhoudswerkzaamheden maar namen slechts een beperkt deel van de totale werktijd voor hun rekening. Gebruik van alkydharsverf en acrylaat muurverf vond veruit het meeste plaats in al die jaren en de toepassing van polyurethaan verven, epoxy-verven, chloorrubberverven en celluloselakken afzonderlijk werd in de periode 1986-2000 geschat op 1 maximaal 5% van de werkdagen. In het overzicht wordt geen melding gemaakt van het gebruik van bitumen verf, wat zoals blijkt uit de getuigenverhoren wel werd gebruikt bij werkzaamheden op boerderijen. De epoxy-verven en polyurethaan verven kunnen verdacht kankerverwekkende aromatische amines bevatten. Dit geldt niet voor de overige toegepaste verven, waarvan evenmin aannemelijk is dat zich hierin op benzidine gebaseerde azo-kleurstoffen bevinden.

Of gebruik van bitumenverf gepaard zou kunnen gaan met kans op blootstelling aan PAK's is ons niet bekend. Bitumendestillaat dat wordt toegepast in de wegenbouw is in de loop der jaren steeds minder PAK's gaan bevatten en mogelijk gaat dit ook op voor bitumen in bitumenverf. Er zal blootstelling hebben plaatsgevonden aan gechlorideerde koolwaterstoffen aanwezig in sommige verven en in afbijtmiddel.

In ons rapport noemen wij een aantal stoffen, (lees: die ó toevoeging hof) bij het beroep van schilder een rol kunnen spelen bij het verhoogd risico op long- en blaaskanker. We merkten echter tevens op dat het IARC weliswaar stelt dat er voldoende bewijs is om het beroep van schilder met dit verhoogde risico te associëren, maar dat men niet goed kan aangeven welke stoffen hier nu verantwoordelijk voor gesteld kunnen worden. In de beantwoording van vraag 1 benadrukken wij dit nog weer eens en verbinden daaraan de conclusie dat het daarom in deze casus minder zinvol is om te komen tot uitspraken over de blootstelling aan afzonderlijke stoffen. Wij noemen deze stoffen vervolgens wel omdat er toch serieus rekening mee moet worden gehouden dat dhr. Ritsma in de jaren dat hij werkzaam was als schilder en dan niet alleen bij Lansink hieraan blootgesteld is geweest. Dat kanttekeningen worden geplaatst bij de kans op blootstelling aan asbest, silica en PAK's in de jaren dat dhr. Ritsma bij Lansink werkzaam was (zie onder punt 2, 8 en 12), is begrijpelijk op basis van de verstrekte informatie, maar de invloed die dit gehad zou kunnen hebben op een vermindering van het risico valt niet te kwantificeren juist door datgene wat bij de IARC evaluatie gesteld werd. We denken overigens dat ondanks de verstrekte informatie via de getuigenverklaringen en aanvullend gegeven toelichting asbest (in de jaren 70-80 in de vorm van gevelplaten nog regelmatig toegepast in de nieuwbouw), silica (schuurpapier zelf) en PAK's (afbranden, bitumen verf) niet zonder meer geschrapt kunnen worden van de lijst met relevante blootstellingen tijdens het dienstverband bij Lansink.

3.6. Het zojuist geschetste beeld vindt in grote lijnen bevestiging in het op verzoek van de advocaat van de verzekeraar van Lansink door IndusTox opgemaakte rapport. Met betrekking tot de jaren 50-70 (van de vorige eeuw)¹⁵ wordt de risicovergroting ómogelijk circa 20% genoemd voor kanker in de urinewegen en circa 40% voor longkanker (p. 1 zomede 7 en 21).

Geen nieuw probleem en de reactie van verzekeraars

3.7. In hun profetische, op verzoek van het Verbond van Verzekeraars geschreven, boek over Verzekering en de groeiende aansprakelijkheidslast hebben Faure, Hartlief en een aantal anderen aandacht besteed aan een aantal ziektes dat, naar zij ó naar we inmiddels weten: terecht ó veronderstelden tot maatschappelijke en juridische problemen zou gaan leiden. De litigieuze dodelijke ziekte komt niet aan bod, maar wel de in de schilderswereld relevante OPS en de aan het gebruik van chroom verbonden gevaren.¹⁶

3.8.1. Zoals bekend hebben verzekeraars de studie van Faure en Hartlief aangegrepen om een nieuwe verzekeringsvorm te introduceren: de claims made-verzekering.¹⁷ Een verzekeringsvorm die er, naar de kern genomen, op neerkomt dat in de polis nader omschreven schade gedekt is voor claims ingediend tijdens de looptijd van de verzekeringsovereenkomst. Deze verzekeringsmethodiek maakt het voor verzekeraars in beginsel mogelijk om aan bepaalde aansprakelijkheden te ontsnappen door beëindiging van de overeenkomst of door beperking van de dekking met behulp van de zogenaamde en bloc-clausule.¹⁸

3.8.2. Hoewel (een aantal) verzekeraars ó los van het introduceren van de claims made-dekking ó nauwelijks kan worden beschuldigd van voortvarendheid in het omgaan met nieuwe risico's, onderschatte men het risico van toepassing van de en bloc-clausule niet. Op internet vond ik dat Interpolis in de MKB- of AGRO-polissen óper 1 april ó kort gezegd ó schade door asbest uit de dekking heeft gehaald. Andere verzekeraars zouden de dekking voor asbest-gerelateerde schade al in 2003 (nog steeds onbegrijpelijk laat in mijn ogen) hebben laten vallen.¹⁹ Afhankelijk van het aantal en de omvang van de claims in verband met RSI, schilderziektes en zo meer, zou hetzelfde met de dekking van daarop te herleiden schades kunnen gebeuren.

3.8.3. Om deze kwestie in het m.i. juiste perspectief te plaatsen: de premie voor AVB's van een modale kleine onderneming²⁰ is ongeveer € 350 per jaar.²¹ Wat daarvoor wordt gedekt (zowel wat de aard als de omvang van de schade betreft) wordt merkwaardigerwijs niet vermeld.²² Een relevant deel van deze ondernemingen zegt geen verzekering te hebben (45%; 20% weet het niet).²³

3.9. Ik ga thans voorbij aan de mogelijke juridische consequenties van de wellicht wat misleidende boodschap waarmee verzekeraars dit nieuwe product op de markt hebben gebracht (in essentie: de verzekerde wordt er niet slechter van).²⁴ Ook laat ik rusten of een verzekeraar wel (steeds) de dekking op één van de zojuist genoemde wijzen kan beperken voor risico's die hij redelijkerwijs kende of behoorde te kennen.²⁵

3.10.1. Ik heb geen inzicht in de vraag hoe het in den lande gesteld is met verzekeringsdekking voor beroepsziekten als de onderhavige. Meer concreet: ik weet niet voor welke bedragen bedrijven zich plegen te verzekeren. Evenzeer tast ik ten dele in het duister ten aanzien van de vraag of claims made-polissen ook gangbaar zijn in de wereld van het midden en kleinbedrijf.²⁶

3.10.2. Zoals te doen gebruikelijk hebben partijen het niet nodig geacht om hierover voorlichting te geven. Toch is dat een relevante vraag.²⁷ Uitgaande van het grote aantal schilders en de hiervoor genoemde kans-verhogingen gaat het allicht om een vrij grote groep. Het in gevallen als de onderhavige spoedig aannemen van aansprakelijkheid zou voor verzekeraars en niet (voldoende) gedekte ondernemingen vrij ingrijpende gevolgen kunnen hebben, zij het dan dat deze in vergelijking met RSI vermoedelijk wel meevallen. In voorkomende gevallen moet ook rekening worden gehouden met de aansprakelijkheid van assurantietussenpersonen die hebben nagelaten verzekeringnemers te wijzen op ontoereikende dekkingen.²⁸

3.11.1. Vooral nu partijen het ook in deze zaak weer laten afweten, ben ik ambtshalve op zoek gegaan naar informatie uit openbare bronnen (een zoektocht in de cyberspace). Dat onderzoek heeft het volgende opgeleverd.

3.11.2. De (standaard?) polissen van de volgende verzekeraars zijn gebaseerd op een claims made-dekking, ook voor AVB-verzekeringen van het midden- en kleinbedrijf:

ó Reaal verzekeringen (art. 3; Polismantel AVB-M 2008/april 2008);

ó Delta Lloyd (art. 2; Model ME 03.2.09.B);

ó Nationale Nederlanden (art. 16 met betrekking tot de niet nader genoemde rubriek A en met betrekking tot beroepsziekten art. 19; Polismantel 542-04);

ó ASR (art. 5 lid 1 Model AVB 06-2 (51453).

3.11.3. In een enkele polis is aansprakelijkheid voor RSI uitgesloten: Reaal Verzekeringen (art. 4.16).²⁹ Datzelfde geldt voor art. 4.16 van de AVB-polis van SNS-Bank (AVB 1012), maar de vraag is gewettigd of SNS deze als verzekeraar of veeleer als tussenpersoon aanbiedt.

3.11.4. Het ING-Ondernemers'ösupport' van 27 oktober 2010 maakt melding van long tailziekten (zoals onder meer 'schildersziekte') die 'pas op langere termijn aan het licht [zullen] komen'. Wat vaag en in elk geval onjuist wordt meegedeeld dat de werkgever daarvoor 'tot 10 jaar na dato' 'overantwoordelijk' is voor de schade.³⁰ Maar geen zorg: 'deze risico's' kunnen met een AVB-verzekering worden afgedekt. Weliswaar wordt onder kenmerken in vrij abstracte bewoordingen de kern van het claims made-fenomeen uitgelegd, maar het is ten minste de vraag of een doorsnee MKB'er dat zal of behoort te begrijpen. Ook de standaardtoelichting van ASR,³¹ zoals ik deze op internet heb gevonden, bevat allerlei wetenswaardigheden maar gaat niet in op de voor verzekerden mogelijke met claims made dekkingen verband houdende problemen.

3.12.1. Waar het verzekeraars betreft, behoeven we wellicht niet zo veel medelijden te hebben als de aansprakelijkheidslast veel hoger zou uitvallen dan verwacht. Ze kenden het probleem.³² De keuze om desondanks, neem ik even aan, dekking te blijven verlenen, berust op hun soevereine, zij het dan ook onverstandige, keuze. Mogelijk zou hier ook een taak liggen voor toezichhouders, maar dat laat ik verder rusten.³³

3.12.2. Maar zeker voor kleinere ondernemingen ó grof gezegd: het midden- en kleinbedrijf ó is het misschien toch wat veel gevraagd te verwachten dat ze zich bewust waren van eventuele dekkingslacunes en/of de mogelijke gevolgen van claims made-verzekeringen, als daarvan sprake was. Voor zover in 2003 al juist was, zoals de SER meende, dat er geen urgente problemen waren òin de risicodekking en in de financiering van de algemene aansprakelijkheidsverzekering van bedrijven,³⁴ blijkt uit het voorafgaande dat die conclusie thans zeker niet meer gerechtvaardigd zou zijn. Met name het fenomeen claims made hangt WA-verzekerden als een zwaard van Damocles boven het hoofd. Het moge zijn dat de òverzekerdeö bedrijven in voorkomende gevallen vorderingen kunnen hebben op hun assurantie-bezorgende tussenpersonen, veel soelaas zal dat vermoedelijk niet bieden wanneer de aansprakelijkheidslast uit de hand gaat lopen. Immers is héél onaannemelijk dat dergelijke tussenpersonen in staat zullen zijn om de schade te dragen, zelfs wanneer hun aansprakelijkheid op redelijke wijze is gedekt.³⁵

3.12.3. Niet iedereen tilt aan dit alles even zwaar.³⁶ Ik wil best toegeven dat het niet verzekerd zijn in een concreet geval geen grond behoeft te zijn om een behoedzame koers te varen met het aansprakelijkheidsrecht. Maar onverzekerbaarheid is een ander verhaal.³⁷ Ook daaraan zitten wellicht goede kanten aan. Het zou, als men gelooft in de preventieve werking van (onverzekerde) aansprakelijkheden, werkgevers kunnen prikkelen tot zorgvuldiger handelen. Maar daarmee is nog niet gezegd dat de potentiële ondergang van een niet verwaarloosbaar deel van met midden en kleinbedrijf geen gewicht in de schaal zou mogen leggen.

Wat ligt er nog op de loer?

3.13.1. Ik wil mij niet begeven in speculaties over mogelijke aansprakelijkheden op andere terreinen, laat staan over de wijze waarop deze moeten worden òopgelostö. Maar er speelt (op de achtergrond) veel meer, ongetwijfeld meer dan we zelfs in sombere scenario's kunnen bedenken. De problemen met deze geenszins denkbeeldige nieuwe uitdagingen waarvoor deze en dergelijke òcrisesö ons stellen, liggen voor een deel op het terrein van het grensgebied van het voorzorgbeginsel en de ògewoneö (on)zorgvuldigheid van art. 6:162 BW (in feite één van de vele thema's van deze zaak)³⁸ en voor een ander deel in het onduidelijke, slechts gedeeltelijke en/of moeilijk te bewijzen *condicio sine qua non*-verband.

3.13.2. Illustratief is een NJB-redactioneel van Corien Prins.³⁹ Wanneer we ons òbeperkenö tot niet natuurlijke oorzaken van kanker geeft een ó door Lansink in geding gebracht⁴⁰ ó Noord-Europees onderzoek stof tot grote zorg.⁴¹ Deze studie beoogt inzicht te geven in de verhoogde kans op kanker bij een groot aantal beroepen. Het onderzoek komt tot enkele ó voor mij ó verrassende resultaten, zoals relevant verhoogde kansen die verband houden met het beroep van meubelmakers, portiers, òquarry workersö, kappers en machinewerkers en talloze andere beroepen. Portiers lopen het grootste risico op blaaskanker.

3.13.3. Ik wil en kan nadrukkelijk geen oordeel uitspreken over het onder 3.13.2 vermelde onderzoek. Het wordt slechts genoemd als illustratie van de gevaren die op de loer liggen. In de eerste en belangrijkste plaats voor de betrokkenen; voor hen gaat het, als de kans op kanker zich verwezenlijkt, om vreselijk menselijk lijden. Hoewel van een andere orde van grootte kunnen we onze ogen niet sluiten voor de geenszins denkbeeldige *gevolgen* voor de aansprakelijkheidslast, de verzekerbaarheid en een niet louter theoretische cascade van faillissementen in (delen van) het bedrijfsleven. De gevolgen van deze faillissementen raken opnieuw velen, zoals werknemers, crediteuren, banken en zo meer. Hoewel we dat gemeenlijk zien als een gegeven, is misschien toch goed erop te wijzen dat de effecten wat onevenwichtig kunnen uitpakken al naargelang de potentieel aansprakelijke zich in het kleed van een rechtspersoon heeft gehuld of niet. Zeker in dit soort zaken bestaat voor de uiteenlopende consequenties

daarvan zeker niet zonder meer een *maatschappelijke* rechtvaardiging (ik ben voldoende jurist om te weten dat de *juridische* rechtvaardiging in de wet is te vinden).

3.14.1. In hun belangwekkende s.t. geven mrs Sagel en Van der Kroon nog nader voedsel voor de hier uitgesproken vrees (bien étonné de se trouver ensemble). Zij doen beroep op het rapport Arbo in bedrijf waaruit blijkt dat anno 2010 slechts 45% van de bedrijven beschikte over een wettelijk verplichte risico-inventarisatie en -evaluatie.

3.14.2. Uit een in hun s.t. onder 37 in enigszins ander verband genoemd rapport van het Hugo Sinzheimer Instituut, opgesteld door R. Knecht e.a.,⁴² blijkt dat ó volgens de auteurs ó slechts 12% van óhet potentieel aantal claims ó leidt tot schadevergoeding. In aantallen: thans zou jaarlijks sprake zijn van 620 claims, terwijl het er 4500 zouden kunnen zijn.⁴³ Waarop deze cijfers en de schatting dat het aantal potentiële claims per jaar 25.000 zou belopen voor beroepsziekten, is gebaseerd, is mij niet goed duidelijk. Ik zou zelf denken dat het aantal potentiële claims allicht mede verband houdt met de ontwikkeling van het aansprakelijkheidsrecht,⁴⁴ de mate waarin belangenbehartigers (al dan, maar meer waarschijnlijk, primair niet uit altruïstische overwegingen) hun diensten ongevraagd aanbieden, het bewustwordingsproces dat claims kans van slagen hebben en de mate waarin en de wijze waarop de pers aan deze onderwerpen aandacht besteedt. Al deze factoren zijn allicht van groot belang zijn bij beantwoording van de vraag of betrokkene (of zijn nabestaanden) bereid zijn om de lange en weinig vreugdevolle en niet zelden kostbare weg⁴⁵ van het indien van claims en zo nodig jarenlange procedures te aanvaarden.⁴⁶

3.15. Wat er verder ook zij van de onder 3.14 vermelde aantallen, als de aansprakelijkheidsdam op enig moment doorbreekt, moet ernstig rekening worden gehouden met óinhaalclaims ó uit het verleden.⁴⁷

Afronding

3.16. Alle hiervoor genoemde factoren nopen, zowel op zich als a fortiori tezamen, tot de conclusie dat voorzichtigheid is geboden bij het formuleren van algemene regels ten aanzien van aansprakelijkheid voor fatale ziektes als de onderhavige. In voorkomende gevallen is ook een iets meer dan marginale toetsing op de begrijpelijkheid van het overnemen door de rechter van een deskundigenrapport aangewezen. Of in een concreet geval voor iets meer dan marginale toetsing voldoende grond bestaat, zal m.i. onder meer afhangen van de overtuigingskracht van het deskundigenrapport en de vraag in hoeverre door de deskundige en/of de rechter wordt ingegaan op door (één der) partijen gemaakte opmerkingen, aangedragen bezwaren en zelf geproduceerde deskundigenrapporten, voor zover deze laatste voldoende zijn onderbouwd.⁴⁸

3.17. Ik kom niet geheel zonder aarzeling tot deze conclusie, waartoe ik ook in het kader van RSI ook in 2006 kwam. Natuurlijk ben ik geen deskundige op het gebied van beroepsziekten en vanzelfsprekend past mij voorzichtigheid en terughoudendheid bij het interpreteren van niet juridische stukken, waarop mijn zorg in belangrijke mate is gebaseerd. Maar het zou ook vreemd en m.i. onbevredigend zijn om er helemaal aan voorbij te gaan. In elk geval speel ik open kaart en maak ik het partijen en Uw Raad mogelijk om mijn argumenten te wegen en partijen om er in het kader van de Borgers-brief op in te gaan.

3.18.1. Ter vermijding van misverstand: mijn oordeel is zeker niet alleen gebaseerd op mijn interpretatie van de medische stand van zaken met betrekking tot urotheel/blaaskanker opgelopen door schilders. Het stoelt mede op mijn vrees voor een olievlekwerking van rechtspraak waarin, met de beste bedoelingen, leerstukken zouden worden ontwikkeld of toegepast die tot een lawine aan claims zouden kunnen leiden.

3.18.2. In dat verband valt te bedenken dat er de laatste jaren binnen en buiten ons land nogal wat is veranderd. Advocaten en andere rechtshulpverleners wachten niet meer steeds rustig af totdat cliënten zich aanmelden. Het aansprakelijkheidsrecht is een markt geworden en steeds meer advocaten en -kantoren gaan als nieuwe goudzoekers op zoek naar nieuwe bronnen van inkomsten. Zoals bekend vind ik dat in het algemeen geen erg gelukkige ontwikkeling. Maar los hiervan: ook in de pers verschijnen steeds vaker, zeker niet altijd juiste, berichten die al dan niet echte slachtoffers op de gedachte (zouden kunnen) brengen dat het goud op straat ligt.

3.19. Ten slotte: we moeten er ten minste rekening mee houden dat verzekeraars de trom gaan roeren en dat ze eventueel bestaande dekkingen zullen wegsnijden. Misschien niet terstond, maar dat ze dit zouden kunnen gaan doen, is geen hersenschim in situaties waarin een claimcircus op gang zou komen. Vooral voor kleinere en middelgrote bedrijven zou dat funest kunnen zijn.

3.20. Ik zeg met dit alles niet dat de aansprakelijkheidsdeur geheel dicht moet. Zo'n conclusie zou niet stroken met het geldend recht en zou heel onrechtvaardig zijn ten aanzien van (echte)⁴⁹ slachtoffers. Met enig vallen en opstaan zullen we, met inachtneming van al het voorafgaande, op zoek moeten gaan naar het juiste evenwicht. Dat is een héél erg lastige opgave.

3.21.1. Sommigen zullen mij tegenwerpen dat voor voorzichtigheid geen plaats is. De rechter moet ògewoon het recht toepassen. Leidt dat tot ontsporingen dan moet de wetgever maar ingrijpen. Voor een dergelijk vermaan zou ik best enig begrip hebben. Maar ik plaats er enkele kanttekeningen bij. Vele vooraanstaande en gezaghebbende deskundigen pleiten reeds jaren voor een wettelijke regeling.⁵⁰

3.21.2. Bij de wetgever staat dit dossier duidelijk niet hoog op de agenda. Zeker in tijden van financiële malaise ligt weinig voor de hand dat hij tot actie zal overgaan.

3.21.3. Hoe dit alles ook zij: het niet maken van afwegingen door het òklakkeloos ò toepassen van eerder ontwikkelde regels berust eveneens op een (rechtspolitieke) keuze. De gedachte òna mij de zondvloed ò of, iets vriendelijker, laten we maar zien wat er van komt, is ook een keuze. De ogen sluiten voor mogelijke verstrekkende gevolgen eveneens.

3.22. Anders dan non-believers in hetgeen hiervoor aan het papier is toevertrouwd (ter vermindering van misverstand: zij *kunnen* gelijk hebben, dat weet ik best) wellicht willen of zullen denken: hetgeen hiervoor wordt bepleit, is zonder veel moeite te passen in het bestaande recht. Daarover kom ik thans te spreken.

4. Causaal verband-perikelen

Conditio sine qua non-verband

4.1. Met betrekking tot de vraag of sprake is van causaal verband (een conditio sine qua non verband) schetst het Hof als uitgangspunt een driestappenplan. Het ontleent deze benadering aan drie in rov. 12 genoemde arresten van Uw Raad. Dat oordeel wordt in cassatie niet bestreden.

4.2. ø Hofs stappenplan ziet er als volgt uit:

ø14. Uit de genoemde arresten van de Hoge Raad volgt dat in de bewijslevering van het causaal verband tussen de blootstelling en de gezondheidsschade drie fasen zijn te onderscheiden. De eerste fase is die waarin de werknemer dient te stellen en zo nodig te bewijzen dat hij aan gevaarlijke stoffen is blootgesteld en dat de gezondheidsklachten door de blootstelling kunnen zijn veroorzaakt. Pas wanneer de werknemer over deze drempel heen is, is het in de volgende fase aan de werkgever om te stellen en te bewijzen dat hij aan zijn zorgplicht heeft voldaan, bij gebreke waarvan het causaal verband in beginsel vaststaat. In beginsel, omdat de werkgever in de derde fase nog kan stellen en zo nodig [...] bewijzen dat geen sprake is van causaal verband tussen de blootstelling en de gezondheidsklachten.ø

4.3. Vervolgens past het Hof deze regels toe op de voorliggende zaak. De relevante overwegingen luiden als volgt:

ø16. Anders dan uit sommige stellingen van Lansink kan worden afgeleid (de stellingen van Lansink zijn op dit punt niet volledig consistent), is niet vereist dat de werknemer bewijst dat zijn gezondheidsklachten door de blootstelling zijn ontstaan. Voldoende is dat de werknemer aannemelijk maakt dat de gezondheidsklachten door de blootstelling kunnen zijn ontstaan. Het gaat daarbij wel om de

concrete blootstelling die de werknemer heeft ondergaan. Die blootstelling moet de gezondheidsklachten kunnen hebben veroorzaakt. Het hof is, met Ritsma, van oordeel dat voor de vraag of de gezondheidsklachten kunnen zijn veroorzaakt door de (concrete) blootstelling, althans in de eerste fase, verder geen juridische ondergrens bestaat. In die fase is voldoende dat sprake is geweest van een blootstelling in die mate dat de blootstelling de klachten kan hebben veroorzaakt. Dat sprake is van een kleine kans, betekent niet dat niet aannemelijk is dat de klachten door de blootstelling kunnen zijn veroorzaakt. De grootte van de kans is weer wel van belang in de derde fase, waarin de werkgever kan bewijzen dat de gezondheidsklachten niet door de blootstelling zijn veroorzaakt.

[...]

18. Met onderdeel 1 van grief I tegen het tussenvonnissen van 6 augustus 2008, onderdeel 2 van grief I tegen het eindvonnissen en grief IV tegen het eindvonnissen komt Ritsma op tegen het oordeel van de kantonrechter dat voor het aannemen van causaal verband vereist is dat een reële kans bestaat dat de gezondheidsklachten van W. Ritsma door de blootstelling zijn veroorzaakt. De door de grieven bestreden overwegingen hebben ook betrekking op de eerste fase. De grieven slagen dan ook. Uit wat hiervoor is overwogen, volgt dat in de eerste fase van de bewijslevering slechts vereist [is] dat Ritsma bewijst dat W. Ritsma bij zijn werk voor Lansink aan gevaarlijke stoffen is blootgesteld en dat aannemelijk is dat de bij hem opgetreden kanker door (deze mate van) blootstelling kan zijn ontstaan. In die fase is van een ondergrens ó al dan niet omschreven als -een reële kansø geen sprake.

19. In de eerste fase is het de werknemer die dient te bewijzen respectievelijk aannemelijk te maken dat hij is blootgesteld aan gevaarlijke stoffen en dat die blootstelling de gezondheidsklachten kan hebben veroorzaakt. Wanneer in die fase een deskundigenonderzoek noodzakelijk is, ligt het dan ook in beginsel voor de hand de werknemer te belasten met het voorschot op het deskundigenonderzoek. Om die reden falen onderdeel 1 van grief II tegen het tussenvonnissen van 6 augustus 2008 en grief III tegen het tussenvonnissen van 21 januari 2009. Deze grieven keren zich tegen het voornemen respectievelijk de beslissing van de kantonrechter om Ritsma te belasten met het voorschot op de kosten van de deskundige.

Heeft Ritsma voldaan aan de voorwaarden van fase 1?

20. De kantonrechter heeft in het eindvonnissen overwogen dat (ook na het deskundigenonderzoek) onvoldoende grond bestaat voor het aannemen van het (minimaal) vereiste oorzakelijk verband tussen de werkzaamheden die W. Ritsma voor Lansink heeft verricht en de ziekte van W. Ritsma. Tegen dit oordeel, en de overwegingen waarop het is gebaseerd, zijn de grieven II en III tegen het eindvonnissen gericht. Het hof is, met Ritsma, van oordeel dat de kantonrechter ten onrechte het uitgangspunt hanteert dat aannemelijk is dan wel vaststaat ó helemaal duidelijk is het vonnissen op dit punt niet ó dat de reële kans bestaat dat de ziekte van Ritsma is veroorzaakt door zijn werkzaamheden voor Lansink. In de eerste fase van bewijslevering dient Ritsma, gelet op wat hiervoor is overwogen, immers alleen te bewijzen dat W. Ritsma is blootgesteld aan gevaarlijke stoffen en aannemelijk te maken dat de ziekte van W. Ritsma door deze blootstelling kan zijn veroorzaakt. De kantonrechter heeft dan ook een onjuiste maatstaf gehanteerd bij de waardering van het met het deskundigenbericht bijgebrachte bewijs. Voor zover de grieven zich keren tegen deze maatstaf, zijn ze terecht voorgesteld. Dat betekent nog niet dat het eindoordeel van de kantonrechter ook onjuist is. Dat is slechts het geval wanneer alsnog wordt vastgesteld dat Ritsma heeft bewezen dat W. Ritsma bij zijn werkzaamheden voor Lansink is blootgesteld aan gevaarlijke stoffen en dat aannemelijk is dat die blootstelling de kanker kan hebben veroorzaakt waaraan W. Ritsma is overleden. Het hof zal nagaan of dat zo is. Het zal daarbij, gelet op de devolutieve werking van het appel, ook betrekken wat Lansink in eerste aanleg, onderbouwd door rapporten van IndusTox, heeft aangevoerd over de blootstelling van W. Ritsma. Daarnaast zal het hof rekening houden met de door partijen in de procedure in hoger beroep nog in het geding gebrachte rapporten.

21. Het hof stelt voorop dat Ritsma geen grief heeft gericht tegen het oordeel van de kantonrechter dat alleen kan worden uitgegaan van een primaire urotheelkanker bij W. Ritsma. In opdracht van Ritsma heeft dr. R.W.M. Giard, klinisch patholoog en jurist, onderzoek gedaan naar de vraag of er voor wat betreft de longkanker sprake is van een uitzaaiing van de kanker in de urinewegen of van een tweede primaire tumor. In het rapport van dr. Giard, overgelegd bij memorie van grieven, concludeert hij:

Op grond van de hierboven vermelde bevindingen werd geconcludeerd dat er niet van een aparte ó tweede ó longtumor sprake was, maar dat het ging om een uitzaaiing (metastase) in de long van de primaire niertumor.ø

Lansink heeft gesteld dat het de vraag is of het juridisch relevant is een (of meer) primaire tumor(en) aan te wijzen. Onder verwijzing naar rapporten van dr. J.G.M. van Rooij van Caesar Consult (die voorheen werkzaam was voor IndusTox en de in eerste aanleg door Lansink overgelegde rapporten heeft opgesteld) en naar een rapport van haar medisch adviseur J. Lok betoogt Lansink verder dat de conclusie van dr. Giard niet wordt onderbouwd. Het hof volgt dit betoog van Lansink niet. Anders dan Lansink stelt, heeft dr. Giard zijn conclusie uitvoerig onderbouwd en gebaseerd op door hem en door dr. W.N.M. Dinjens verricht onderzoek. Medisch adviseur Lok gaat in zijn rapport niet in op dit onderzoek, terwijl dr. Van Rooij, die geen medicus is maar arbeidstoxicoloog, in zijn rapport volstaat met de (onjuiste) opmerking dat de conclusie van dr. Giard over de primaire tumor niet wordt onderbouwd met gegevens. Aldus heeft Lansink de door het rapport van dr. Giard onderbouwde stelling van Ritsma, dat de urotheelkanker de primaire kanker is en de longkanker een uitzaaiing is van de urotheelkanker onvoldoende weersproken.

22. Het hof zal er dan ook van uitgaan dat de urotheelkanker de primaire kanker is geweest. Dat betekent dat de (mogelijke) blootstelling aan stoffen die longkanker (zouden) kunnen veroorzaken buiten beschouwing kan blijven bij het antwoord op de vraag of Ritsma aan de voorwaarden van fase 1 heeft voldaan. Relevant is slechts of W. Ritsma bij zijn werkzaamheden voor Lansink is blootgesteld aan stoffen die urotheelkanker kunnen veroorzaken. Dat de urotheelkanker de primaire kanker is, betekent ook dat in de (eventuele) derde fase van de bewijslevering ten aanzien van het causaal verband andere risicofactoren dan blootstelling voor het ontstaan van urotheelkanker buiten beschouwing kunnen blijven.

23. In hun in rechtsoverweging 9 aangehaalde rapport zijn de door de kantonrechter benoemde deskundigen in antwoord op de vragen la tot en met c en 2 ingegaan op de blootstelling van W. Ritsma aan stoffen die in verband kunnen worden gebracht met urotheelkanker. Zij hebben geantwoord dat *de veronderstelling gewettigd is dat er sprake kan zijn geweest* van blootstelling aan stoffen die blaaskanker kunnen veroorzaken. Zij baseren zich voor dit antwoord op informatie uit de literatuur over de blootstellingen in het beroep van schilder en op de in de procedure verstrekte informatie over de werkzaamheden van W. Ritsma en de door hem gebruikte materialen. De door het hof gecursiveerde woorden wekken de indruk dat de deskundigen de nodige slagen om de arm houden. Dat hangt onder meer samen met het feit dat de deskundigen zich vooral hebben gebaseerd op literatuuronderzoek, waarin geen verband wordt gelegd tussen specifieke stoffen en het (verhoogde) risico op kanker. In de onderbouwing van hun antwoorden (pag. 5/6 van hun rapport) hebben zij in dat verband onder meer opgemerkt:

Het beroep van schilder is zo blijkt uit diverse ook meer recente studies consistent geassocieerd met een licht verhoogd risico op blaaskanker en longkanker (zie voor de toename de eerder geciteerde IARC referentie). Het schildersberoep wordt hiermee ook bij recente herevaluatie door het IARC geclassificeerd als kankerverwekkend. Hoewel van een aantal stoffen voldoende bewijs bestaat dat zij tot een verhoogd risico op blaas- en/of longkanker kunnen leiden, concludeert het IARC dat niet is aan te geven welke specifieke stoffen voor dit risico verantwoordelijk zijn omdat blootstelling aan teveel stoffen plaatsvindt om een onderscheid te kunnen maken en er anderzijds wel duidelijke aanwijzingen [zijn] voor het optreden van genetische schade als merker van dit verhoogde risico. Het kritisch beschouwen van trends in de blootstelling van mogelijke specifieke componenten die in verf zijn gebruikt of in de werksituatie van de onderhavige casus al dan niet een rol gespeeld zouden kunnen hebben, zoals op overigens begrijpelijke gronden in de rapportage van IndusTox is geschied, is gegeven de IARC evaluatie niet zinvol.ø

24. De deskundigen hebben in deze onderbouwing gewezen (pag. 4 van hun rapport) op het feit dat uit het literatuuronderzoek niet duidelijk wordt wat de precieze oorzaken van de verhoogde sterfte aan long- en blaaskanker zijn:

Het IARC geeft aan dat de precieze oorzaken van de verhoogde sterfte aan long- en blaaskanker niet duidelijk zijn. Daarmee is ook niet duidelijk welk deel van de schilders in de uitgevoerde studies

werkelijk blootgesteld is geweest. De verhoging in risico wordt echter wel op de gehele populatie betrokken en deze verhoging is daarom op theoretische gronden vermoedelijk een onderschatting van de werkelijke verhoging in risico. Als niet bekend is wat de precieze oorzakelijke factor is, en de epidemiologische teller (ziekte of sterfte gevallen) niet op de juiste noemer (populatie at risk) wordt betrokken dan wordt de associatie onderschat. Voor een deel van de populatie (schilders die niet at risk waren) heeft dit echter ook tot gevolg dat het risico wordt overschat.

Uit deze opmerkingen van de deskundige leidt het hof af dat uit het enkele feit dat iemand als schilder heeft gewerkt nog niet zonder meer volgt dat hij een verhoogd risico op (blaas)kanker loopt. Dat is alleen het geval wanneer hij ook at risk is geweest.

25. Voor het antwoord op de vraag of uit het rapport volgt dat W. Ritsma at risk is geweest, acht het hof allereerst van belang dat in het rapport wel een aantal verdachte stoffen wordt genoemd waaraan schilders in het verleden zijn blootgesteld (pag. 3):

In 1989 is het risico op kanker voor schilders geëvalueerd. [I]n het destijds verschenen IARC rapport over schilders wordt aangegeven dat blootstelling voorkomt aan zeer veel verschillende verbindingen. Schilders zijn of waren in het verleden blootgesteld aan veel verschillende chemische stoffen; pigmenten, binders, vluchtige oplosmiddelen en additieven. De oplosmiddelen zijn meestal afkomstig van petroleum zoals toluen, styreen, xyleen, ketonen, alcoholen, esters en glycol ethers. Gechloreerde koolwaterstoffen worden veel gebruikt in verfstrip middelen en in mindere mate in verven. Benzeen is in het verleden gebruikt als oplosmiddel en is nog in geringe hoeveelheden aanwezig in sommige oplosmiddelen. Titanium dioxide, chroom en ijzerverbindingen worden veel als pigmenten gebruikt. Bij het afbranden van verf kan blootstelling aan pyrolyse producten plaatsvinden zoals polycyclische aromatische verbindingen (PAK). Asbest is in het verleden als vulmiddel gebruikt. Daarnaast kan bij het bewerken van muren en schuren blootstelling aan silica plaatsvinden. Diverse stoffen waarmee een schilder in aanraking komt zijn (verdacht) kankerverwekkend; Gechloreerde en aromatische koolwaterstoffen (vooral benzeen), pigmenten zoals chroom, vulmiddelen zoals asbest, silica, polycyclische aromatische componenten (PAK) die vrijkomen bij het branden van verf.

26. Over de blootstelling van W. Ritsma aan verdachte stoffen is in het rapport het volgende vermeld (pag. 2/3):

In de jaren dat dhr. Ritsma schilder bij Lansink was, is hij werkzaam geweest in zowel de nieuwbouw als het onderhoud. Uit de werkbriefjes en de getuigenverhoren blijkt dat hij in de jaren bij Lansink met diverse verven heeft gewerkt. Overigens betreffen de werkbriefjes slechts de periode 1985-1995 en ontbreekt dus vooral informatie over de jaren 1977-1985. (...) aan de hand van de werkbriefjes en gesprekken met de oud-bedrijfsleider van Lansink en oud-collega is door (...) IndusTox een beschrijving gemaakt van de werkzaamheden en werkomstandigheden van dhr. Ritsma (...). Zij sluit aan bij de informatie, die naar voren komt uit de getuigenverhoren. De hoeveelheid tijd besteed aan het schilderen zelf is iets geringer dan tijd besteed aan schuren, plamuren en schoonmaken. Er wordt in de stukken niet vermeld of bij het afbranden van oude verflagen naast schuren en afbijtmiddelen niet tevens gebruik gemaakt werd van afbranden of föhnen. Reparaties aan hout en beton vonden in de nieuwbouw niet plaats, wel bij de onderhoudswerkzaamheden maar namen slechts een beperkt deel van de totale werktijd voor hun rekening. Gebruik van alkydharsverf en acrylaat muurverf vond veruit het meeste plaats in al die jaren en de toepassing van polyurethaan verven, epoxy-verven, chloorrubberverven en celluloselakken afzonderlijk werd in de periode 1986-2000 geschat op 1 maximaal 5% van de werkdagen. In het overzicht wordt geen melding gemaakt van het gebruik van bitumen verf, wat zoals blijkt uit de getuigenverhoren wel werd gebruikt bij werkzaamheden op boerderijen. De epoxy-verven en polyurethaan verven kunnen verdacht kankerverwekkende aromatische amines bevatten. Dit geldt niet voor de overige toegepaste verven, waarvan evenmin aannemelijk is dat zich hierin op benzidine gebaseerde azo-kleurstoffen bevinden.

Of gebruik van bitumenverf gepaard zou kunnen gaan met kans op blootstelling aan PAK is ons niet bekend. Bitumendestillaat dat wordt toegepast in de wegenbouw is in de loop der jaren steeds minder PAK bevatten en mogelijk gaat dit ook op voor bitumen in bitumenverf. Er zal blootstelling

hebben plaatsgevonden aan gechloreerde koolwaterstoffen aanwezig in sommige verven en in afbijtmiddel.ø

27. In hun reactie op opmerkingen van de advocaat van Lansink op hun conceptrapport hebben de deskundigen over de blootstelling van schilders in het algemeen en W. Ritsma het volgende opgemerkt (pag. 2 van de reactie):

–In ons rapport noemen wij een aantal stoffen, (lees: die ó toevoeging hof) bij het beroep van schilder een rol kunnen spelen bij het verhoogd risico op long- en blaaskanker. We merkten echter tevens op dat het IARC weliswaar stelt dat er voldoende bewijs is om het beroep van schilder met dit verhoogde risico te associëren, maar dat men niet goed kan aangeven welke stoffen hier nu verantwoordelijk voor gesteld kunnen worden. In de beantwoording van vraag 1 benadrukken wij dit nog weer eens en verbinden daaraan de conclusie dat het daarom in deze casus minder zinvol is om te komen tot uitspraken over de blootstelling aan afzonderlijke stoffen. Wij noemen deze stoffen vervolgens wel omdat er toch serieus rekening mee moet worden gehouden dat dhr. Ritsma in de jaren dat hij werkzaam was als schilder en dan niet alleen bij Lansink hieraan blootgesteld is geweest. Dat kanttekeningen worden geplaatst bij de kans op blootstelling aan asbest, silica en PAKø in de jaren dat dhr. Ritsma bij Lansink werkzaam was (zie onder punt 2, 8 en 12), is begrijpelijk op basis van de verstrekte informatie, maar de invloed die dit gehad zou kunnen hebben op een vermindering van het risico valt niet te kwantificeren juist door datgene wat bij de IARC evaluatie gesteld werd. We denken overigens dat ondanks de verstrekte informatie via de getuigenverklaringen en aanvullend gegeven toelichting asbest (in de jaren 70-80 in de vorm van gevelplaten nog regelmatig toegepast in de nieuwbouw), silica (schuurpapier zelf) en PAKø (afbranden, bitumen verf) niet zonder meer geschrapt kunnen worden van de lijst met relevante blootstellingen tijdens het dienstverband bij Lansink.ø

28. Uit de hiervoor aangehaalde passages uit het rapport van de deskundigen leidt het hof het volgende af:

a. Het beroep van schilder wordt geassocieerd in een verhoogd risico op blaaskanker (20%). Het is daarbij wel van belang te onderscheiden tussen schilders die –at riskø zijn en schilders die niet –at riskø zijn;

b. Het is niet duidelijk welke stoffen waaraan schilders worden blootgesteld precies verantwoordelijk zijn voor het verhoogd risico. Verdachte stoffen voor het risico op blaaskanker zijn aromatische amines, PAKø en gechloreerde koolwaterstoffen;

c. Op basis van gegevens uit de literatuur over de blootstelling van schilders en van wat bekend is over de werkzaamheden van W. Ritsma kan er van worden uitgegaan dat W. Ritsma bij Lansink aan genoemde stoffen is blootgesteld en dat hij dus –at riskø was.

29. Het hof zal, mede gelet op de kritiek van partijen op het rapport van de deskundigen, nagaan of en in hoeverre het hiervoor weergegeven oordeel van de deskundigen kan worden gevolgd:

Ad a:

29.1. Beide partijen hebben in appel studies aangehaald over het verband tussen het werk als schilder en het risico op blaaskanker. De door Ritsma aangehaalde studie zou concluderen tot een stijging van 81% (een relatief risico van 1.81) bij een expositie van meer dan 10 jaar. De studie betreft een meta-analyse van de resultaten van enkele tientallen studies. Lansink baseert zich op een van de in die meta-analyse gebruikte studies, een recente studie uit 2009. In die studie wordt geconcludeerd tot een relatief risico van 1.08, een stijging van slechts 8% derhalve.

29.2. Het hof stelt vast dat de door Ritsma aangehaalde studie concludeert tot een relatief risico van 1.25. Dat risico wijkt niet sterk af van het door de deskundigen genoemde relatieve risico van 1.20. De deskundigen hebben zich daarbij gebaseerd op gegevens van het IARC, dat is uitgegaan van een range van 9-52% (relatieve risicoø van respectievelijk 1.09 en 1.52). Het rapport waar Ritsma zich op beroept

ligt met een relatief risico van 1.25 (een stijging van 25%) binnen deze range. Het door Ritsma ook genoemde relatieve risico van 1.81 laat zich niet zonder meer vergelijken met de gegevens van het IARC, nu in de gegevens van het IARC geen onderscheid is gemaakt naar expositieduur.

29.3. De slotsom is dat het hof, voor wat betreft de beoordeling van het in fase 1 te leveren bewijs, geen reden ziet om op dit onderdeel af te wijken van het oordeel van de deskundigen.

Ad b:

29.4. Dat amines, PAK δ en gechlloreerde koolwaterstoffen verdacht zijn voor het risico op blaaskanker is door partijen niet weersproken. Het hof volgt de deskundigen dan ook op dit punt.

Ad c:

29.5. Vooropgesteld moet worden dat de deskundigen zijn uitgegaan van een latentieperiode ó de periode tussen het begin van de oorzakelijke blootstelling en het manifest worden van de tumor ó van gemiddeld meer dan 20 jaar. In hun reactie op het commentaar van Lansink op hun concept-rapport hebben zij daar het volgende over opgemerkt (pag. 1/2):

-Bij zowel long- als blaaskanker wordt ervan uitgegaan dat de latente periode (...) gemiddeld genomen meer dan 20 jaar bedraagt. Dit zijn gemiddelden op groepsniveau. In individuele gevallen kan er sprake zijn van een kortere, maar ook langere latente periode. De minimale latente periode voor beide tumoren is niet exact bekend, maar er zijn waarnemingen na bijvoorbeeld arseen blootstelling dat er 10 jaar na aanvang van de blootstelling een stijging van het aantal gevallen van long- en blaaskanker waarneembaar was, maar dat de piek pas na 20 jaar bereikt werd. Om aan de voorzichtige kant te blijven betekent dit in het geval van dhr. Ritsma dat zoals in het rapport aangegeven de periode na 1990 niet relevant is, maar dat er niet voorbijgegaan kan worden aan de blootstelling in de periode 1980-1990 ondanks het feit dat het belang van de blootstelling voor 1980 waarschijnlijk groter moet worden geacht.ø

De deskundigen hebben daarmee naar het oordeel van het hof hun visie dat, uitgaande van het manifest worden van de tumor in 2000, ook de blootstelling in de periode 1980-1990 relevant is voldoende onderbouwd. Het hof ziet in wat Lansink heeft aangevoerd geen reden om de blootstelling in de periode 1980-1990 buiten beschouwing te laten. In dit verband is van belang dat in het rapport van Caesar Consult van 14 juni 2011 (pag. 2) wordt vermeld dat de gemiddelde latentietijd 15 tot 25 jaar bedraagt. Als de gemiddelde latentietijd 15 tot 25 jaar bedraagt, is er geen reden om ook rekening te houden met de blootstelling in een periode van 10 tot 20 jaar voorafgaand [...] aan het latent worden van de tumor, in dit geval de periode van 1980-1990. Het hof laat dan nog buiten beschouwing dat volgens dr. Giard rekening kan worden gehouden met een veel kortere latentietijd.

29.6. Relevant is dus of W. Ritsma in de jaren 1977 tot 1990 bij zijn werk voor Lansink is blootgesteld aan de hiervoor ad b. vermelde stoffen, te weten [amines], PAK δ en gechlloreerde koolwaterstoffen. Amines bevinden zich onder meer in epoxyverven, 2 componenten epoxy-vulmiddelen en polyurethaan verven. De deskundigen hebben vastgesteld dat W. Ritsma in de periode tot 1990 bij Lansink gewerkt heeft met epoxy-verven en vulmiddelen. Lansink heeft deze vaststelling niet gemotiveerd weersproken. De vaststelling komt overigens overeen met de verklaringen die drie voormalige collega's van W. Ritsma, de heren P. Meijer, H. van de Weg en F. van der Heide, als getuige hebben afgelegd. Allen hebben verklaard dat zij met W. Ritsma hebben gewerkt en dat zij epoxy producten hebben gebruikt. Hun verklaring sluit aan bij die van de heer P. Lansink, de vroegere directeur van Lansink, die ook heeft verklaard dat (incidenteel) epoxyproducten werden gebruikt.

29.7. Gechlloreerde koolwaterstoffen bevinden zich, als oplosmiddelen, in sommige verven, maar ook in producten als thinner en afbijt. Dat W. Ritsma in zijn werk als schilder voor Lansink in de periode tot 1990 met deze producten in aanraking is gekomen, heeft Lansink niet gemotiveerd betwist. Het volgt ook uit de getuigenverklaringen van Meijer, Van de Weg, Van der Heide en P. Lansink. Genoemde getuigen hebben verklaard dat onder meer gebruik werd gemaakt van afbijt en van thinner.

29.8. De conclusie van de deskundigen dat W. Ritsma in de relevante periode is blootgesteld aan meergenoemde stoffen ó hij heeft er immers mee gewerkt ó wordt bevestigd door de genoemde getuigenverklaringen. De conclusie van de deskundigen is dan ook niet alleen gebaseerd op literatuuronderzoek ó over de blootstelling van schilders in abstracto ó, maar ook op de concrete situatie van W. Ritsma.

29.9. Lansink heeft benadrukt dat de gemiddelde blootstelling van W. Ritsma aan oplosmiddelen de MAC-waarde niet heeft overschreden. In hun rapport hebben de deskundigen de betekenis van de gemiddelde MAC-waarden echter gerelativeerd. In dat verband hebben zij opgemerkt (pag. 6):

-Gevolg is dat zelfs bij relatief lage gemiddelde blootstellingen, bijvoorbeeld gemiddelde niveaus rond 10% of 25% van de MAC-waarde, de MAC-waarde toch regelmatig kan worden overschreden. Het beeld dat dus uit de literatuur naar voren komt is dat hoewel de gemiddelde blootstelling zeker in recentere periodes lager is, overschrijdingen van de MAC-waarden voor oplosmiddelen door de grote spreiding in blootstelling bij schilders regelmatig voorkomen. Overschrijdingen van de MAC-waarde zijn ongewenst, uitgangspunt van het MAC-waarden beleid is dat de MAC-waarde in principe niet mag worden overschreden. De verhouding tussen gemiddelde concentratie en MAC-waarde is in deze feitelijk niet relevant en niet zonder meer indicatief voor het blootstellingsrisico. Het lijkt ons verstandig de conclusies in de rapportage van IndusTox over de lage gemiddelde blootstelling met deze aanvulling te nuanceren.ø

Het hof ziet in hetgeen Lansink heeft aangevoerd geen reden om dit, met redenen onderbouwde, oordeel van de deskundigen niet te volgen en zal er dan ook, met de deskundigen, vanuit gaan dat het feit dat de gemiddelde blootstelling aan oplosmiddelen niet is overschreden nog niet betekent dat geen sprake is geweest van een relevante blootstelling. In dit verband overweegt het hof dat het ook niet zozeer gaat om een blootstelling aan oplosmiddelen, maar om een blootstelling aan amines en gechloreerde koolwaterstoffen en dat niet vaststaat dat deze blootstelling slechts bij overschrijding van een zekere drempel urotheelkanker kan veroorzaken.

29.10. De slotsom is dat Ritsma met het rapport van de deskundigen in combinatie met de getuigenverklaringen heeft bewezen dat W. Ritsma bij zijn werk voor Lansink is blootgesteld aan stoffen die urotheelkanker kunnen veroorzaken. Dat de deskundigen hun antwoord op vraag 1 wat aarzelend hebben geformuleerd, doet in het licht van het deskundigenrapport als geheel, hieraan niet af.

29.11. Met het rapport van de deskundigen is ook voldoende aannemelijk dat deze blootstelling de urotheelkanker bij W. Ritsma kan hebben veroorzaakt. Wanneer, zoals hier, aannemelijk is dat bij een schilder die -at riskøis, sprake is van een verhoogd risico van minimaal ó omdat in dat geval sprake is van een onderschatting van het risico, zoals volgt uit het antwoord van de deskundigen op vraag 3-20%, is aannemelijk dat de kanker kan zijn veroorzaakt door de blootstelling. Zoals het hof in rechtsoverweging 16 heeft overwogen, geldt geen juridische ondergrens voor de grootte van de kans dat de kanker inderdaad door de blootstelling is veroorzaakt.

30. Ritsma heeft voldaan aan de voorwaarden van fase 1. De grieven II en III tegen het eindvonnis slagen dan ook.ö

4.4. ø Hof's onder 4.3 weergegeven oordelen worden uitvoerig bestreden. Omdat het hier, zoals geschetst onder 3, gaat om een principiële kwestie die potentieel een veel grotere betekenis heeft dan alleen deze zaak lijkt goed daar wat uitvoeriger bij stil te staan. Vergelijkbare vragen spelen in de zaak waarin eveneens heden (bij vervroeging) wordt geconcludeerd. En gevreesd moet worden dat de komende jaren vergelijkbare vragen in allerlei andere settingen zullen rijzen.

4.5. Ik stel voorop dat er ten aanzien van het fenomeen øschildersziekteö nog steeds veel onduidelijkheid bestaat; zie nader onder 3.

4.6.1. Eén van de arresten waarop het Hof zich beroept ter onderbouwing van zijn oordeel is het arrest Unilever/Dikmans.⁵¹ Daarin ging het ó kort gezegd ó om het volgende. Volgens Dikmans heeft hij in het kader van zijn werkzaamheden bij Unilever een chronisch ziektebeeld ontwikkeld, naar hij stelt als

gevolg van het omgaan met stoffen en materialen, met name chemicaliën en oplosmiddelen. Enkele artsen leggen een (mogelijk) verband tussen de aandoeningen van Dikmans en de door hem verrichte werkzaamheden.

4.6.2. Ten aanzien van Dikmans op art. 7A:1638x BW (thans 7:658 BW) gestoelde vordering oordeelde de Rechtbank dat Dikmans te weinig had gesteld; zij bood hem de gelegenheid om zijn stellingen nader aan te vullen (rov. 4.3). Het cassatiemiddel betoogde dat het oordeel van de Rechtbank blijk gaf van een onjuiste rechtsopvatting over stelplicht en bewijslast. Deze klachten leiden tot enkele belangrijke overwegingen van Uw Raad:

5.3. Dikmans heeft blijkens de in cassatie niet bestreden rov. 3.1 van het vonnis van de Rechtbank aan zijn vordering ten grondslag gelegd dat hij sinds einde 1978 een chronisch ziektebeeld heeft ontwikkeld door het omgaan met stoffen en materialen, met name chemicaliën en oplosmiddelen, die hij bij zijn werkzaamheden in opdracht van Unilever diende te gebruiken, alsmede dat door medici is geconstateerd dat zijn ziektebeeld is te wijten aan sensitizatie door metaalzouten die in zijn omgeving aanwezig waren en bewerkt werden en dat tevens is geconstateerd dat de bijkomende symptomen veroorzaakt waren door inwerking van oplosmiddelen en scheikundige stoffen, waarmee door Dikmans en zijn omgeving gewerkt werd. Ter staving van zijn stelling dat zijn aandoeningen zijn veroorzaakt door de stoffen, waarmee hij bij Unilever gewerkt heeft, heeft Dikmans verwezen naar de rapporten van medici die hem hebben onderzocht/behandeld en naar de medische literatuur. Hij heeft tevens gesteld dat Unilever haar zorgplicht terzake niet is nagekomen en dat haar veiligheidsbeleid niet consistent was alsmede dat Unilever haar personeel niet heeft ingelicht over de gevaren, verbonden aan het omgaan in het bijzonder met nikkel.

5.4. Blijkens het hiervoor in 5.3 overwogene heeft Dikmans gemotiveerd gesteld dat hij schade heeft geleden in de uitoefening van zijn werkzaamheden en tevens wanneer en ó onder vermelding van een reeks stoffen waarvan Unilever heeft erkend dat deze in een laboratorium als het hare thuishoren ó hoe deze schade is ontstaan. Gelet hierop en in aanmerking genomen dat van een werkgever die op grond van art. 7:658 lid 2 door een werknemer wordt aangesproken, in het kader van de motivering van de betwisting van de stellingen van de werknemer mag worden gevergd dat hij in het algemeen de omstandigheden aangeeft die meer in zijn sfeer dan in die van de werknemer liggen, heeft de Rechtbank, nu zij niets heeft vastgesteld omtrent de betwisting door Unilever van hetgeen Dikmans heeft gesteld, met haar oordeel dat Dikmans niet aan zijn stelplicht heeft voldaan hetzij blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting omtrent de stelplicht van de werknemer in een geval als het onderhavige hetzij haar oordeel niet van een toereikende motivering voorzien. Daarnaast geeft ook het oordeel van de Rechtbank (rov. 4.2, slot), dat het eerst dan aan Unilever is om feiten [t]e stellen (en zo nodig te bewijzen) waaruit valt af te leiden dat zij jegens Dikmans aan haar zorgplicht heeft voldaan, wanneer deze erin zou slagen voldoende te stellen (en zo nodig te bewijzen) dat zijn aandoeningen het gevolg zijn van zijn werkomstandigheden, blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Dit oordeel miskent immers dat wanneer een werknemer bij zijn werk is blootgesteld aan voor de gezondheid gevaarlijke stoffen, het door de werknemer te bewijzen oorzakelijk verband aangenomen moet worden indien de werkgever heeft nagelaten de maatregelen te treffen die redelijkerwijs nodig zijn om te voorkomen dat de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade lijdt, en dat derhalve ook in zoverre op Unilever reeds thans de plicht rust nader aan te geven of en zo ja welke maatregelen zij in dit opzicht heeft getroffen. Een en ander leidt tot de slotsom dat het middel slaagt.ö

4.6.3. De kern van het onder 4.5.2 geciteerde arrest ziet op de aan de stelplicht van de werknemer te stellen eisen. Dat oordeel is voor de onderhavige zaak van belang. Vooral omdat het is gegeven in een setting waarin, naar de Hoge Raad als feitelijk uitgangspunt nam, (slechts) enkele van de dertien artsen van oordeel was dat öeen (mogelijk) verband [was te leggen] tussen de aandoeningen van Dikmans en de door hem verrichte werkzaamhedenö (rov. 3.1 sub iii). Ik veronderstel dat Uw Raad ervan uitging dat gevallen als de die zaak beslecht (betrekkelijk) schaars zouden zijn zodat de geformuleerde regel een beheersbare vorm van slachtofferbescherming was.

4.6.4. Opmerking verdient dat de regel over de stelplicht van de werknemer uitdrukkelijk wordt beperkt tot gevallen waarin de werknemer gemotiveerd heeft gesteld dat hij schade heeft geleden in de uitoefening van zijn werkzaamheden én wanneer en hoe deze schade is ontstaan, waarbij aantekening

verdient dat Unilever heeft erkend dat de litigieuze stoffen òin een laboratorium als het hare thuishoren. Omdat Unilever Dikmansøstellingen niet had weersproken, had Dikmans aan zijn stelplicht voldaan.

4.6.5. Volledigheidshalve stip ik nog aan dat de annotator Asser er ó m.i. terecht ó op wijst dat de door Uw Raad geformuleerde regel verband houdt met de omstandigheid dat (in beginsel door de werknemer te bewijzen) causaal verband en (in beginsel door de werkgever te bewijzen) zorgvuldigheid in deze enigszins in elkaar overlopen.⁵²

4.7. M.i. zit, met alle respect, enig licht tussen de uitgangspunten in rov. 3.1 sub iii en de weergave van Dikmansøstellingen in rov. 5.4. Vooral deze omstandigheid geeft voedsel aan de hierboven onder 4.6.3 verwoorde gedachte.

4.8. Voor onze zaak is belangrijker wat wordt overwogen omtrent de bewijslast van het causaal verband (het slot van rov. 5.4). Dat oordeel is ruim geformuleerd, zij het dan ook dat het wordt betrokken op blootstelling aan voor de gezondheid gevaarlijke stoffen. Anders dan in de RSI-zaak waarin ik heden eveneens de eer heb te concluderen, behoef ik op deze kwestie thans niet nader in te gaan vermits tussen partijen in confesso is dat (mogelijk) sprake was van blootstelling aan gevaarlijke stoffen.

4.9. De gezaghebbende annotator Asser leest het arrest aldus dat de regel er ò(veronderstellenderwijs) van uit [gaat] dat vaststaat dat de werknemer bij de uitoefening van zijn werkzaamheden is blootgesteld aan voor de gezondheid gevaarlijke stoffen.⁵³ Ik vraag me af of die stelling geheel juist is. Wanneer we het tussen haakjes geplaatste òveronderstellenderwijsö wegdenken dan is hetgeen Asser opmerkt m.i. onjuist; zie onder 4.6.1 en 4.6.3. Ook wanneer we de haakjes wegdenken, is zeer de vraag of de stelling juist is. M.i. is het procedé waarin rechters veronderstellenderwijs van iets uitgaan gebruikelijk in settingen waarin (bepaalde stellingen van) de partij te wier gunste die veronderstelling wordt gehanteerd in het ongelijk wordt gesteld. Wanneer dat niet gebeurt, moet alsnog worden nagegaan ó en kan dus niet in het midden blijven ó of de veronderstelling juist is. Het arrest spreekt nadrukkelijk van het *zijn* blootgesteld.⁵⁴ Die laatste lezing wordt bevestigd door het zo dadelijk te bespreken arrest Havermans/Luyckx.

4.10. Met de annotator meen ik dat de strekking van het arrest is dat wordt voorkomen dat de rechter zich eerst op de causaliteit concentreert, juist vanwege de eerder genoemde overlap tussen zorgvuldigheid en causaliteit in zaken als de onderhavige.⁵⁵

4.11. Voor het geval de werknemer ø werkgevers stellingen gemotiveerd betwist, moet ó nog steeds volgens Asser ó door de werkgever worden bewezen dat hij de maatregelen heeft genomen ter voorkoming van de onderhavige schade. Anders gezegd: het tegenbewijs, bedoeld in art. 7:658 lid 2 BW, wordt naar voren gehaald zonder dat het causaal verband hoeft vast te staan.⁵⁶

4.12. In situaties als de onderhavige is toepassing van deze regel m.i. alleen al hierom problematisch omdat, als ik het goed zie, nog niet goed duidelijk is welke maatregelen de werkgever kon en daarom veelal had moeten nemen; zie onder 3. Dat springt in casu wellicht iets minder het oog dan in de RSI-setting, maar zo lang niet goed duidelijk is welke stoffen bij welke mate en duur van blootstelling kanker zouden (kunnen) veroorzaken, is niet eenvoudig aan te geven wat een werkgever had moeten doen. Toepassing van het arrest, zoals heel kort weergegeven onder 4.11, zou de werkgever dan in een onmogelijke positie brengen.

4.13. De regel uit het arrest Unilever/Dikmans is in het arrest Havermans/Luyckx⁵⁷ nader uitgewerkt. In die zaak verweet Havermans zijn werkgever in de uitoefening van zijn werkzaamheden OPS-klachten te hebben opgelopen. Volgens het Hof kon niet worden uitgegaan van een oorzakelijk verband tussen Havermansøwerkzaamheden en zijn klachten. In cassatie wordt aangevoerd dat het causaal verband moet worden aangenomen als de werkgever heeft nagelaten de maatregelen te treffen die redelijkerwijs nodig zijn om te voorkomen dat de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade lijdt en dat de rechter dus eerst moet onderzoeken of de werkgever aan zijn zorgplicht heeft voldaan. Dat betoog vond in cassatie geen genade. Uw Raad overwoog:

3.4.2. Bij de beoordeling van deze klacht moet worden vooropgesteld dat het op grond van art. 7:658 lid 2 BW aan de werknemer is te stellen en zonedig te bewijzen dat hij de schade waarvan hij vergoeding vordert, heeft geleden in de uitoefening van zijn werkzaamheden. Indien de werknemer in deze bewijslevering is geslaagd, is de werkgever voor die schade aansprakelijk, tenzij hij zich ingevolge dezelfde bepaling van aansprakelijkheid kan bevrijden door het daarin bedoelde bewijs te leveren.

Voor toepassing van de door het onderdeel bedoelde regel van bewijslastverdeling uit het arrest van 17 november 2000 is nodig dat de werknemer niet alleen stelt en zonedig bewijst dat hij gedurende zijn werkzaamheden is blootgesteld aan voor de gezondheid gevaarlijke stoffen, maar ook dat hij stelt en zonedig aannemelijk maakt dat hij lijdt aan een ziekte of aan gezondheidsklachten welke door die blootstelling kunnen zijn veroorzaakt. De enkele omstandigheid dat een werknemer bij zijn werk is blootgesteld aan voor de gezondheid gevaarlijke stoffen rechtvaardigt in gevallen als het onderhavige dan ook niet toepassing van die regel.

3.4.3. In het op 17 november 2000 door de Hoge Raad besliste geval had de werknemer, met een verwijzing naar rapporten van medici die hem hadden onderzocht en behandeld en naar de medische literatuur, gesteld dat hij een ziektebeeld had ontwikkeld dat ó kort samengevat ó kon zijn veroorzaakt door de omgang met stoffen en materialen, met name door bepaalde chemicaliën en oplosmiddelen, die hij bij zijn werkzaamheden diende te gebruiken, terwijl de werkgeefster had erkend dat de door de werknemer genoemde stoffen in een laboratorium als het hare thuishoorden. In het onderhavige geval echter moet het ó in zoverre onbestreden ó oordeel van het hof aldus worden verstaan, dat Havermans niet aannemelijk heeft gemaakt dat zijn lichamelijke klachten kunnen zijn veroorzaakt door blootstelling aan de stoffen waarmee hij in de uitoefening van zijn werkzaamheden voor Luyckx heeft gewerkt. Onder deze omstandigheden mist het beroep van Havermans op de door het onderdeel bedoelde regel van bewijslastverdeling doel. Het onderdeel faalt daarom.ö

4.14.1. Het arrest voegt iets belangrijks toe aan het arrest Unilever/Dikmans: de werknemer moet stellen en zo nodig aannemelijk maken dat hij lijdt aan een ziekte of aan gezondheidsklachten die door de litigieuze blootstelling kunnen zijn veroorzaakt.⁵⁸ De enkele blootstelling aan gevaarlijke stoffen is öin gevallen als de onderhavigeö niet voldoende.

4.14.2. Het onder 4.14.1 weergegeven oordeel raakt zaken als de onderhavige in het hart. Juist vanwege de onder 3 ampel geschetste onduidelijkheden, die ook door de deskundigen worden gememoreerd, ligt toepassing van de Unilever/Dikmans-regel, zoals nader aangevuld in Havermans/Luyckx, allerminst voor de hand.⁵⁹

4.14.3. Uw Raad liet enigszins in het midden waarop nauwkeurig werd gedoeld met ögevallen als de onderhavigeö. Die benadering lijkt me verstandig. Zo veel is duidelijk: in elk geval wordt gedoeld op zaken met de kenmerken van de beslechte zaak. Kort gezegd: de eisende partij heeft zelf een groot aantal medische verslagen geproduceerd waaruit de conclusie kan worden getrokken dat minder waarschijnlijk is dat Havermans lijdt aan OPS.⁶⁰ Aangenomen mag worden dat er ook andere situaties zijn waarin dezelfde benadering aangewezen is.

4.15. Kort voor het onder 4.13 en 4.14 besproken arrest heeft Uw Raad een arrest gewezen in een RSI-zaak.⁶¹ Het Hof wees op het ó in de RSI-zaak waarin heden eveneens wordt geconcludeerd onder 3.11 e.v. besproken ó rapport van de Gezondheidsraad waaruit blijkt dat de stand van de wetenschap nog ontoereikend is voor normstelling. Volgens het Hof was bij de werknemer niet gebleken van specifieke RSI-klachten. Een hooggeleerde deskundige achtte een causaal verband niet aannemelijk, welk oordeel het Hof overneemt. Bij die stand van zaken kwam het Hof niet aan de omkeringsregel toe. De vordering werd afgewezen.

4.16. In mijn aan het arrest voorafgaande conclusie wordt het dilemma waarvoor de rechter zich in dit soort zaken ziet geplaatst geschetst. Enerzijds is wrang als een werknemer de dupe wordt van in de ogen van de rechter bestaande onduidelijkheid over het causaal verband, anderzijds past terughoudendheid met het oog op een mogelijke olievlekwerking van een ruim(hartig)e aansprakelijkheid (onder 3.5). De

klachten, onder meer gebaseerd op toepasselijkheid van de arbeidsrechtelijke omkeringsregel, worden met toepassing van art. 81 RO verworpen.

4.17. Anders dan in de parallel-zaak heeft het arrest zijn oordeel in de onderhavige zaak niet (mede) gestoeld op het arrest Landskroon/BAM.⁶² Toch lijkt goed om bij die zaak stil te staan. In die zaak stelde Landskroon dat hij in de uitoefening van zijn werkzaamheden voor BAM lage rugklachten had opgelopen als gevolg van rug-belastende werkzaamheden.⁶³ Volgens het Hof hadden de deskundigen geen objectieve afwijking gevonden die de (ernst van de) rugklachten zou kunnen verklaren, terwijl er geen directe causale relatie was. Het Hof had de vordering afgewezen. In cassatie voerde Landskroon aan dat het causaal verband in zijn geval had moeten worden aangenomen omdat het ging om zware rug-belastende werkzaamheden die werden verricht in strijd met specifiek ter voorkoming van rugletsel geldende arboregels, terwijl aannemelijk was dat de klachten daardoor konden zijn ontstaan. Tevergeefs. Uw Raad overwoog:

3.3.3. Bij de beoordeling van deze klacht wordt vooropgesteld dat het op grond van art. 7:658 lid 2 BW aan de werknemer is te stellen en zonodig te bewijzen dat hij de schade waarvan hij vergoeding vordert, heeft geleden in de uitoefening van zijn werkzaamheden. Voor toepassing van de in het onderdeel bedoelde regel van bewijslastverdeling is nodig dat de werknemer niet alleen stelt, en zonodig bewijst, dat hij zijn werkzaamheden heeft moeten verrichten onder omstandigheden die schadelijk kunnen zijn voor zijn gezondheid, maar ook dat hij stelt en zonodig aannemelijk maakt dat hij lijdt aan gezondheidsklachten welke door deze omstandigheden kunnen zijn veroorzaakt (vgl. HR 23 juni 2006, nr. C05/149, NJ 2006/354). Het in 3.3.1 weergegeven oordeel van het hof houdt in dat de door Landskroon aan zijn vordering tot schadevergoeding ten grondslag gelegde gezondheidsklachten, gelet op hetgeen de deskundigen daaromtrent hebben vastgesteld, niet een werkgerelateerde oorzaak hebben, zodat van aantoonbare schade geen sprake kan zijn. Het oordeel van het hof dat voor toepassing van de hier bedoelde regel van bewijslastverdeling in dit geval geen grond bestaat, geeft dan ook niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting.ö

4.18.1. De zaak Landskroon staat mij bij als één van de meest onbevredigende waarin ik in de afgelopen ruim 15 jaar heb mogen concluderen. Uitgaande van de door de werkgever nauwelijks bestreden stellingen van Landskroon was inderdaad héél goed voorstelbaar dat sprake zou zijn van een causaal verband.⁶⁴ Probleem was evenwel dat deskundigen nadrukkelijk anders oordeelden. Dan valt er, in ons cassatiestelsel, weinig heil te verwachten van een cassatieberoep. De moraal van deze zaak is, in mijn ogen, duidelijk: zelfs als naar maatstaven van common sense een causaal verband zich opdringt, is voor toepassing van een omkeringsregel ten faveure van de werknemer geen plaats als deskundigen het common sense-gevoel ontkrachten. Dat is, naar ik erken, niet zonder meer bevredigend, maar een ongebreidelde slachtofferbescherming waarin de rechter het beter wil weten dan deskundigen is in het algemeen geen wenkend perspectief. Daarvoor moeten werkelijk klemmende redenen bestaan.⁶⁵

4.18.2. In de conclusie in die zaak wordt meer in het algemeen gepleit tegen het te gemakkelijk aannemen van een *condicio sine qua non*-verband (onder 3.13); voor het overige veroorloof ik mij naar mijn eerdere uiteenzetting te verwijzen met betrekking tot de juridische aspecten van deze kwestie.⁶⁶

4.18.3. In de onderhavige zaak doet zich in zekere zin het tegenovergestelde voor. Deskundigen menen dat sprake is van een niet verwaarloosbare kans-verhoging op kanker. Maar dat oordeel is, zoals zij ook ruiterlijk toegeven, niet gebaseerd op een beoordeling van de *concrete feiten en omstandigheden* waaromtrent vrijwel niets bekend was, maar op een meer modelmatige benadering. In een dergelijke setting past zéér, zéér grote voorzichtigheid om gemakkelijk een *condicio sine qua non*-verband aan te nemen.

4.19. In zijn lezenswaardige NJ-noot onder het arrest Landskroon/BAM verdedigt Tjong Tjin Tai de opvatting dat de regel van het arrest Unilever/Dikmans niet beperkt is tot blootstelling aan gevaarlijke stoffen.⁶⁷ Hij wijst er ó terecht ó op dat de gewone omkeringsregel ziet op gevallen waarin een norm is overtreden die bescherming biedt tegen een specifiek gevaar. De precisering in het arrest Havermans/Luyckx sluit z.i. bij die gedachte aan. Hij geeft, voor gevallen als Landskroon, de voorkeur aan een benadering waarin de rechter oordeelt dat de omkeringsregel wél van toepassing is, maar dat het

tegenbewijs is geleverd (door het deskundigenbericht); voor het resultaat maakt dat, als ik het goed zie, in zijn ogen niet uit.⁶⁸ Genoeg is dat voldoende twijfel wordt gezaaid over een werkgerelateerde oorzaak.⁶⁹

4.20. Om de hierna te noemen redenen meen ik dat de door het Hof gehanteerde omkeringsregel in een geval als het onderhavige niet zou moeten worden gebruikt, ook niet wanneer het juridisch technisch mogelijk zou zijn de onderhavige zaak onder deze ònieuwe aanpakò te brengen.

Afronding en mogelijke oplossingen

4.21.1. Ik kom ook hier tot een afronding. Zoals hiervoor al aangegeven is toepassing van de Unilever/Dikmans-regel, zoals later enigszins gemodificeerd, in gevallen als de onderhavige bepaaldelijk riskant.⁷⁰ Er zijn verschillende wegen die kunnen worden bewandeld om in beginsel niet tot een toepassing te geraken. Ik benadruk in beginsel omdat er wellicht situaties zijn waarin een causaal verband zich voldoende duidelijk opdringt. Maar voor dergelijke gevallen biedt het klassieke bewijsrecht (met name het voorshands aannemelijk achten) voldoende soelaas, zodat toepassing van de Unilever/Dikmans-regel m.i. niet nodig is. Zelfs voor toepassing van één van de mogelijkheden om de benadeelde op de voet van art. 150 Rv. te hulp te schieten, zou m.i. een noodzakelijke maar in beginsel niet voldoende voorwaarde moeten zijn dat de klachten van het betrokken slachtoffer objectief kunnen worden vastgesteld. Anders dan in de parallel-zaak is aan de voorwaarde van objectief vaststelbare schade in de onderhavige zaak evident voldaan. Maar dat is niet genoeg. Het *condicio sine qua non*-verband moet bovendien in het concrete geval in voldoende mate aannemelijk zijn om een van de hoofdregel afwijkende regel op het stuk van de bewijslast te hanteren. In situaties waarin sprake is van één of meer relevante onzekerheden ten aanzien van het *condicio sine qua non* verband is voor zodanige afwijking in beginsel niet alleen geen grond;⁷¹ zij is zelfs uitermate gevaarlijk.

4.21.2. Dat gevaar is vooral gelegen in de maatschappelijke gevolgen van een uit de hand lopend aansprakelijkheidsrecht. Enerzijds omdat, zoals we hebben gezien, talloze MKB-ondernemingen niet tegen WA-schade zijn gedekt en anderzijds vanwege de zeker niet louter theoretische kans dat bestaande dekkingen met behulp van en *bloc-clausules* zullen worden weggenomen wanneer onverhoopt een claimrage zou ontstaan. Maar het is niet alleen deze vrees die mij, al met al, aanleiding geeft een voorzichtige aanpak te bepleiten. In een lange reeks van arresten is Uw Raad de werknemer die zijn schade op de voet van art. 7:658 BW wil verhalen op zijn werkgever al in vergaande mate te hulp gesneld. Met deze moedige en door mij van harte onderschreven rechtsontwikkeling zijn de grenzen van het wettelijk stelsel wel zo ongeveer bereikt.⁷² Er is m.i. onvoldoende grond om die grenzen verder te verschuiven, zeker niet in gevallen met de kenmerken van deze zaak, zulks in het licht van de voorzienbare gevolgen. Binnen het wettelijk stelsel is de hier bepleite benadering m.i. ook allerminst unfair ten opzichte van werknemers, al heb ik er uit maatschappelijke overwegingen wel enige moeite mee dat zij buiten hun schuld met onvergoedbare schade kunnen blijven zitten. Maar ze zijn niet de enigen, ook niet bij schade die het gevolg is van ernstig lijden. De rechter is nu eenmaal geen werelddhervormer.⁷³

4.22.1. De eenvoudigste weg om toepasselijkheid van de Unilever/Dikmans-regel af te wijzen, is het argument dat de werknemer in een concreet geval niet aannemelijk heeft kunnen maken dat hij lijdt aan gezondheidsklachten die door de werkzaamheden kunnen zijn ontstaan.⁷⁴ Ik wil niet uitsluiten dat het ó in voorkomende gevallen en wellicht meer dan incidenteel ó mogelijk is om ten aanzien van fatale ziektes als de onderhavige te oordelen dat deze aannemelijkheid er wél is. Maar m.i. is voor een dergelijk oordeel een voldoende begrijpelijke feitelijke basis nodig. In gevallen waarin de rechter een deskundige heeft benoemd, zal deze zich op dit punt voldoende helder en overtuigend moeten uitlaten, terwijl de deskundige en de rechter hun oordeel zullen moeten gebaseren op voldoende harde gegevens over de voorliggende zaak. Als zodanige gegevens niet voorhanden zijn, kan geen toepassing worden gegeven aan de Unilever/Dikmans-regel.

4.22.2. Het gevaar van de zojuist geschetste op het concrete geval toegespitste benadering is gelegen in het hoge feitelijke gehalte van beslissingen op dit punt. Binnen het vigerende cassatiestelsel zijn de marges voor Uw Raad om dergelijke beslissingen te beoordelen smal. Verwacht mag worden dat feitenrechtters gevoelig zullen zijn voor algemene aanwijzingen of hints van de Hoge Raad. Wanneer uit

het thans te wijzen arrest zou blijken dat in gevallen als de onderhavige niet spoedig naar de regel van Unilever/Dikmans mag worden gegrepen en dat gedegen motivering nodig is als de rechter deze regel toch van stal wil halen, dan is ten minste enige controle in cassatie nodig wanneer de rechter in een concreet geval de Unilever/Dikmans-regel toch toepast.

4.23.1. Maar ik onderken de rechtsonzekerheid en vooral -ongelijkheid die mijn onder 4.22 besproken benadering teweeg zou kunnen brengen.⁷⁵ Daarom bepleit ik, al met al, een daadkrachtiger aanpak. In de volgende gevallen ware toepassing van de Unilever/Dikmans-regel zonder meer af te wijzen:

a. voor gezondheidsklachten die niet objectief kunnen worden vastgesteld en/of

b. voor situaties waarin het (vooralsnog) onmogelijk is om met voldoende precisie aan te geven wat de werkgever had moeten doen om klachten als die welke in geding zijn te voorkomen en/of

c. waarin over de concrete zaak op basis van de feitelijke werksituatie niets met voldoende nauwkeurigheid en precisie valt te zeggen.⁷⁶ Dat laat onverlet dat de rechter in voorkomende gevallen de werknemer te hulp kan schieten met toepassing van de regel over het õvoorshands aannemelijk zijnõ.

4.23.2. Ook denkbaar zou zijn om de Unilever/Dikmans-regel te beperken tot een welomschreven categorie zaken, zoals het aannemelijk zijn dat de gezondheidsklachten het gevolg kunnen zijn van blootstelling aan voor de gezondheid gevaarlijke stoffen.⁷⁷ Daarenboven zou dan sprake moeten zijn van voldoende aannemelijkheid in het concrete geval zoals bedoeld onder 4.21.1. Het gevaar van die aanpak ligt evenwel in het onvermijdelijk enigszins willekeurige karakter van zoõn omschrijving. Bij de huidige stand van de rechtsontwikkeling onthoud ik me vooralsnog liever van een pleidooi voor bevrozing van deze rechtsontwikkeling.⁷⁸ Bovendien zou deze aanpak voor de onderhavige zaak geen of onvoldoende soelaas bieden om ongebreidelde aansprakelijkheid binnen de perken te houden.

4.24.1. Ten slotte zou denkbaar zijn om de toepasselijkheid van de Unilever/Dikmans-regel afhankelijk te stellen van een aantal omstandigheden. Naast die welke reeds onder 4.21.1 werden genoemd en die in beginsel het meeste gewicht in de schaal zouden moeten leggen, zou kunnen worden gedacht aan factoren zoals:

ó de aard van de aansprakelijkheid, des dat toepassing minder voor de hand ligt bij een risicoaansprakelijkheid dan bij een schuldaansprakelijkheid;

ó bij een schuldaansprakelijkheid: de mate van schuld (verwijt) aan de zijde van de aangesprokene;

ó de vraag of de aangesprokene zijn aansprakelijkheid (voldoende) door verzekering heeft gedekt;

ó de aard van de schade;

ó de vraag of de benadeelde zijn schade kan verhalen op een eigen verzekeraar;

ó de aard van de eisende partij, des dat voor toepassing van de Unilever/Dikmans regel eerder aanleiding bestaat bij verhaal door de benadeelde zelf of door zijn onderhoud behoevende nabestaanden dan ten aanzien van vorderingen van gesubrogeerde partijen;

ó en eventueel de (mate van) eigen schuld van de benadeelde.⁷⁹

4.24.2. De meeste van de onder 4.24.1 genoemde factoren zijn in het aansprakelijkheidsrecht geen onbekende. Ze prijken ó in ander verband ó in de artikelen 6:98, 6:101, 6:106, 6:108, 6:109 en 6:110 BW. We kunnen ook een parallel trekken met de factoren die een rol spelen bij de vraag of een beroep op verjaring naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.⁸⁰ Ik weet maar al te goed dat zeker niet iedereen gelukkig is met laatst bedoelde set factoren ó vooral vanwege de rechtsonzekerheid die ze teweeg brengen.⁸¹ Ik begrijp die kritiek, maar deze heeft er m.i. onvoldoende oog voor dat in een

aantal settings maatwerk beter is dan het hanteren van de botte bijl die, dat weten we toch ook, veel onnodige schade berokkent. Wat de verjaring betreft, geloof ik (nog steeds) dat de door Uw Raad destijds gevolgde weg uit een oogpunt van evenwichtigheid weg vérré te verkiezen was boven de later ingevoerde en in mijn ogen nogal eenzijdige regel van art. 3:310 lid 5 BW.

4.24.3. Propagandisten van hard en fast rules zouden m.i. ook wat lichtvoetig heenlopen over de in mijn ogen onvermijdelijke consequenties daarvan: te weten een héél beperkte toepassing van de hier besproken jurisprudentiële regel, zulks ten detrimente van het slachtoffer.

4.24.4. Mogelijk zullen sommige geleerden op het gebied van het arbeidsongevallenrecht in de pen klimmen ter bestrijding van de gedachte dat eigen schuld van de werknemer een rol zou kunnen spelen. Ter stoffering van deze kritiek zal dan mogelijk art. 7:658 lid 2 BW in stelling worden gebracht. Deze vlieger kunnen we evenwel gemakkelijk neerhalen. De hier als één van de alternatieven gepresenteerde oplossing heeft met eigen schuld in de zin van deze bepaling (en van art. 6:101 BW) immers niet van doen.

4.25. De zojuist onder 4.23 bepleite opvatting wordt (in het kader van RSI), het ligt voor de hand, niet door een ieder onderschreven. Zo betoogt Vegter, overigens zonder veel motivering, dat de arbeidsrechtelijke omkeringsregel naar haar mening ook van toepassing is bij omstandigheden die RSI, rugklachten, klachten over luchtwegen, OPS etc. kunnen veroorzaken.⁸² In het licht van de hiervoor besproken rechtspraak is die opvatting verdedigbaar. De zwakte ligt m.i. in het achterwege laten van of het niet geïnteresseerd zijn in het bredere perspectief, maar daarin staat Vegter allerminst alleen. Ik weet (uiteraard) dat mijn bredere benadering niet algemeen gangbaar is, om het voorzichtig te zeggen.

4.26. Kort en goed: al met al geef ik de voorkeur aan de onder 4.23.1 bepleite strakke benadering. Ik hecht eraan daarbij te benadrukken dat mijn benadering niet betekent dat urotheel/blaaskanker-slachtoffers steeds verstoken moeten blijven van vergoedingen. Mijn pleidooi strekt er slechts toe dat zij hun vordering moeten baseren op de gewone regels van art. 7:658 BW. Anders gezegd: zij zullen in beginsel het causaal (d.i. het condicio sine qua non-)verband moeten aantonen; de werkgever zal moeten aantonen dat hij ó kort gezegd ó voldoende maatregelen heeft getroffen ter bescherming van de werknemer. In voorkomende gevallen kan de rechter met behulp van de gereedschapskist van art. 150 Rv. de werknemer te hulp schieten, maar alleen wanneer de specifieke en concrete omstandigheden van de zaak daartoe nopen.

Alles of niets of altijd prijs?

4.27.1. Vooral sinds de indrukwekkende dissertatie van Akkermans⁸³ is in ons land een discussie op gang gekomen over de zogenaamde proportionele aansprakelijkheid. Ook in internationaal verband is dit een heet hangijzer. Om twee zelfstandige redenen ga ik daar niet nader op in. Enerzijds omdat de situatie in ons land na een aantal arresten van Uw Raad goeddeels is uitgekristalliseerd en anderzijds omdat rechtsvergelijking risico's in zich bergt omdat in den vreemde heel verschillend over dit onderwerp wordt gedacht. Veel hangt dan af van het rechtsstelsel waarmee men vergelijkt.⁸⁴

4.27.2. Liefhebbers van rechtsvergelijking moge ik verwijzen naar art. 3:103 e.v. PETL en het commentaar daarop.⁸⁵

4.28. Met het arrest Nefalit/Karamus⁸⁶ heeft Uw Raad een belangrijke rechtsontwikkeling ingeluid. In die zaak stond vast dat Karamus in de uitoefening van zijn werkzaamheden langdurig en intensief was blootgesteld aan asbeststof en dat hij aan longkanker was overleden. Ongewis was evenwel of de oorzaak van zijn longkanker was gelegen in genoemde blootstelling, het roken of een combinatie van beide. Voor een dergelijke situatie formuleerde Uw Raad de volgende regels:

õ[...] Onder zodanige omstandigheden ligt het in het algemeen voor de hand ó zoals ook in dit geding is geschied ó dat de rechter een deskundige benoemt om zich te laten voorlichten over de grootte van de kans dat de gezondheidsschade van de werknemer is veroorzaakt in de uitoefening van zijn werkzaamheden door een toerekenbare tekortkoming van de werkgever. Indien vervolgens moet worden

geoordeeld dat die kans zeer klein is, zal het in het algemeen voor de hand liggen dat de rechter de vordering afwijst en indien die kans zeer groot is, dat hij haar toewijst. Ten aanzien van de tussen die beide uitersten gelegen gevallen is het echter in het algemeen, mede gelet op de strekking van de onderhavige norm ó het voorkomen van gezondheidsschade bij de werknemer ó en de aard van de normschending als hiervoor aangeduid, uit overwegingen van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar de onzekerheid over de mate waarin de tekortkoming van de werkgever heeft bijgedragen tot de schade van de werknemer, in zijn geheel op de werknemer af te wentelen. Eveneens onaanvaardbaar, maar nu tegenover de werkgever, ook al is deze tegenover de werknemer tekortgeschoten in zijn zorgplicht, is het echter de onzekerheid over het causaal verband met de schade van de werknemer geheel voor risico van de werkgever te laten komen, in weerwil van de niet zeer kleine kans dat buiten de uitoefening van de werkzaamheden gelegen omstandigheden die aan de werknemer moeten worden toegerekend (zoals roken, genetische aanleg, veroudering of van buiten komende oorzaken), de schade (mede) hebben veroorzaakt. Hierbij verdient opmerking dat die laatste drie omstandigheden de werknemer weliswaar niet kunnen worden verweten, maar in de verhouding tot de werkgever voor risico van de werknemer komen.

Mede gelet op de aan de artikelen 6:99 en 6:101 BW ten grondslag liggende uitgangspunten moet daarom worden aangenomen dat, indien een werknemer schade heeft geleden die, gelet op de hiervoor bedoelde kanspercentages, zowel kan zijn veroorzaakt door een toerekenbare tekortkoming van zijn werkgever in de nakoming van zijn verplichting de werknemer in de uitoefening van diens werkzaamheden voldoende te beschermen tegen een voor de gezondheid gevaarlijke stof, als door een aan de werknemer zelf toe te rekenen omstandigheid als hiervoor bedoeld, als door een combinatie daarvan, zonder dat met voldoende zekerheid is vast te stellen in welke mate de schade van de werknemer door deze omstandigheden of één daarvan is ontstaan, de rechter de werkgever tot vergoeding van de gehele schade van de werknemer mag veroordelen, met vermindering van de vergoedingsplicht van de werkgever in evenredigheid met de, op een gemotiveerde schatting berustende, mate waarin de aan de werknemer toe te rekenen omstandigheden tot diens schade hebben bijgedragen. [...]

4.29. Het arrest roept drie vragen op:

- a. is de regel beperkt tot situaties als bedoeld onder 4.28;
- b. wat moet worden verstaan onder een zeer grote of zeer kleine kans;
- c. de rechter *mag* de werkgever in zo'n geval veroordelen tot ó kort gezegd ó een deel van de schade. Klaarblijkelijk hoeft hij dat niet te doen. Betekent dit dat hij de vrijheid heeft om alles toe te wijzen of juist niets?

4.30.1. De onder 4.29 sub b vermelde vraag is tot op heden niet beantwoord. In het hierna te behandelen arrest Van Houts/Hassink heeft Uw Raad een tipje van de sluier opgelicht door een niet zeer kleine kans gelijk te schakelen met òeen reële kansö.⁸⁷ Omdat òreëelö gevoelsmatig een hogere drempel legt dan òniet zeer kleinö is wellicht sprake van een kleine koerswijziging.

4.30.2. In mijn eveneens heden genomen conclusie in de zaak met rolnummer 12/01939 ga ik onder 5.52 en 5.53 nader op deze kwestie in. Ik verdedig daar onder 5.53.2 de opvatting dat onderscheid ware te maken tussen situaties waarin iets zinnigs over een de grootte van een bepaalde kans valt te zeggen en gevallen waarin dat niet zo is en waarin de grootte veeleer berust op een intuïtief oordeel.

4.31.1. In het licht van de redengeving van het arrest Nefalit/Karamus veronderstel ik dat de onder 4.29 sub c genoemde vraag, toegespitst op situaties als de onderhavige, als volgt moet worden beantwoord. Als het onmogelijk is om een gemotiveerde schatting te maken dan zal de vordering in beginsel worden afgewezen als de bewijslast rust op de benadeelde. Rust de bewijslast op de aangesprokene dan kan de vordering worden toegewezen als deze partij onvoldoende aannemelijk weet te maken dat geen sprake is van een *condicio sine qua non*-verband. Maar wanneer de kans dat van een *condicio sine qua non* verband geen sprake is voldoende reëel is, dan is ook wanneer de werkgever tegenbewijs moet leveren voor volledige toewijzing van de vordering geen plaats.

4.31.2. Als er een beduidende kans bestaat dat sprake is van een *condicio sine qua-non-verband*, maar eveneens een zeer relevante kans dat dit verband ontbreekt, dan kan aangewezen zijn om toe te werken naar 50%, wanneer over de precieze grootte van de kans niets zinnigs valt te zeggen.⁸⁸ Maar deze laatste aanpak is ongeschikt en onjuist wanneer wél voldoende aanknopingspunten voor een bepaald percentage bestaan en eveneens wanneer weliswaar over de omvang van de kans niet veel zinnigs valt te zeggen, maar voldoende duidelijk is dat de kansen niet in de buurt van 50% liggen.

4.32.1. De reikwijdte van de in het arrest *Nefalit/Karamus* geformuleerde regel is nader bepaald in het arrest *Fortis/Bourgonje*. Uw Raad geeft daarin de volgende regel, die vervolgens wordt toegespitst op de voorliggende zaak:

õ3.8. Aan de door de Hoge Raad in het arrest *Nefalit/Karamus* geformuleerde rechtsregel is, zoals ook in de literatuur is onderkend, het bezwaar verbonden dat toepassing daarvan de mogelijkheid in zich draagt dat iemand aansprakelijk wordt gehouden voor een schade die hij niet, of niet in de door de rechter aangenomen mate, heeft veroorzaakt. Dit bezwaar brengt mee dat deze regel met terughoudendheid moet worden toegepast, en dat de rechter die daartoe besluit, in zijn motivering dient te verantwoorden dat de strekking van de geschonden norm en de aard van de normschending ó waaronder is begrepen de aard van de door de benadeelde geleden schade ó deze toepassing in het concrete geval rechtvaardigen.

De overwegingen van het arrest *Nefalit/Karamus* zijn toegesneden op het zich in die zaak aandienende specifieke geval waarin de aansprakelijkheid van een werkgever tegenover zijn werknemer wegens blootstelling van die werknemer in de uitoefening van diens werkzaamheden aan een voor de gezondheid gevaarlijke stof vaststond, terwijl de geschonden norm naar haar aard ertoe strekte gezondheidsschade bij de werknemer te voorkomen. Hieruit volgt echter niet dat de evenbedoelde rechtsregel in beginsel slechts in een dergelijk geval kan worden toegepast. Ook in andere gevallen kan het ó met inachtneming van de hiervoor bedoelde terughoudendheid ó redelijker zijn de onzekerheid over het *condicio-sine-qua-non-verband* tussen de normschending en de schade over partijen te verdelen, dan deze onzekerheid volledig voor risico van de benadeelde te laten komen. Daarvoor kan met name aanleiding zijn indien de aansprakelijkheid van de aangesproken partij op zichzelf vaststaat, een niet zeer kleine kans bestaat dat het *condicio-sine-qua-non-verband* tussen de geschonden norm en de geleden schade aanwezig is, en de strekking van de geschonden norm en de aard van de normschending de toepassing van de genoemde regel rechtvaardigen.

3.9. Uit het vorenoverwogene volgt dat onderdeel 3b in zoverre gegrond is dat voor toepassing van de voormelde regel uitsluitend ruimte is in uitzonderlijke ó van geval tot geval te beoordelen ó omstandigheden, van de aanwezigheid waarvan de rechter in zijn motivering verantwoording dient af te leggen. Zoals hierna nader wordt uiteengezet, heeft het hof dat miskend. Het onderdeel treft echter geen doel voor zover het tot uitgangspunt kiest dat de toepassing van deze rechtsregel is beperkt tot gevallen waarin het bewijs van het *condicio-sine-qua-non-verband* in het algemeen een probleem is, reeds omdat het onderscheid tussen zodanige gevallen en die waarin de onzekerheid voortvloeit uit de specifieke omstandigheden van het desbetreffende geval, onvoldoende scherp is. Ook het onderscheid tussen gevallen waarin de causaliteitsonzekerheid betrekking heeft op in het verleden, dan wel in de toekomst gelegen schadeposten, kan om dezelfde reden niet als uitgangspunt dienen om de toepasselijkheid van de meergenoemde regel af te bakenen.

3.10. De onderdelen 3a en 3c zijn gegrond.

De aard van de geschonden norm is in dit geval de waarschuwingsplicht van een vermogensbeheerder tegenover zijn cliënt, de strekking van de geschonden norm is het voorkomen van vermogensschade. Voorts heeft het hof onbestreden vastgesteld dat de kans dat Bourgonje zich zonder meer en onverwijld zou hebben neergelegd bij een uitdrukkelijke aanbeveling de aandelen Predictive dadelijk na afloop van de lock-up-periode van de hand te doen, niet bijzonder groot is te noemen (rov. 3.5.2).

De hiervoor in 3.8 bedoelde terughoudendheid brengt in een zodanig geval mee dat het tegenover de vermogensbeheerder onaanvaardbaar is het in beginsel op de cliënt rustende bewijsrisico omtrent het *condicio-sine-qua-non-verband* tussen de op zichzelf vaststaande normschending en de schade niet voor

rekening van de cliënt te laten, maar in plaats daarvan toepassing te geven aan de rechtsregel van het arrest *Nefalit/Karamus*. Daarom treft onderdeel 3a voorts in zoverre doel dat het hof heeft miskend dat ó ook ó in het onderhavige geval een noodzakelijke voorwaarde voor de in art. 6:98 BW bedoelde toerekening is dat het *condicio-sine-qua-non-verband* vaststaat tussen de normschending van Fortis en de door Bourgonje geleden schade.ö

4.32.2. In zijn aan het arrest voorafgaande conclusie bespreekt mijn ambtgenoot Wissink de bezwaren tegen en de argumenten ten gunste van een proportionele aansprakelijkheid.⁸⁹

4.33. Naar meer gangbare inzichten werd onderscheid gemaakt tussen verlies van een kans en een proportionele benadering als hiervoor geschetst,⁹⁰ maar gezaghebbende auteurs hebben zich daartegen gekant.⁹¹ Dit onderscheid wordt door de Hoge Raad ook gemaakt zoals onder meer blijkt uit het tweede arrest *Van Houts/Hassink*,⁹² al kan ik me niet aan de indruk onttrekken dat beide leerstukken enigszins zijn geamalgameerd. In die zaak ging het ó kort gezegd ó in het tweede cassatieberoep nog om de vraag of Hassink schade had geleden als gevolg van onjuiste advisering in een fiscale kwestie, meer in het bijzonder wat zou zijn gebeurd in de hypothetische situatie dat het advies wél juist was geweest. Het cassatiemiddel nam tot uitgangspunt dat het Hof zich had bekeerd tot de proportionele benadering dan wel verlies van een kans. De klachten hebben Uw Raad geïnspireerd tot de volgende uiteenzetting:

ö3.5.2. In zijn arrest van 31 maart 2006, LJN **AU6092**, NJ 2011/250 (*Nefalit/Karamus*) heeft de Hoge Raad de rechtsregel van de proportionele aansprakelijkheid aanvaard. Die houdt in, zeer kort samengevat, dat de rechter in gevallen waarin niet kan worden vastgesteld of de schade is veroorzaakt door een normschending (onrechtmatig handelen of toerekenbaar tekortschieten) van de aansprakelijk gestelde persoon of van iemand voor wie hij aansprakelijk is, dan wel door een oorzaak die voor risico van de benadeelde zelf komt (of door een combinatie van beide oorzaken), en waarin de kans dat de schade door de normschending is veroorzaakt niet zeer klein noch zeer groot is, de aansprakelijk gestelde persoon mag veroordelen tot schadevergoeding in evenredigheid met de in een percentage uitgedrukte kans dat de schade door zijn normschending is veroorzaakt. Daaraan heeft de Hoge Raad in zijn arrest van 24 december 2010, LJN **BO1799**, NJ 2011/251 (*Fortis/Bourgonje*) toegevoegd dat de aldus aanvaarde mogelijkheid van proportionele aansprakelijkheid, vanwege het daaraan verbonden bezwaar dat iemand aansprakelijk kan worden gehouden voor een schade die hij mogelijkwerwijs niet, of niet in de door de rechter aangenomen mate, heeft veroorzaakt, met terughoudendheid moet worden toegepast, en dat zulks meebrengt dat de rechter in zijn motivering dient te verantwoorden dat de strekking van de geschonden norm en de aard van de normschending ó waaronder is begrepen de aard van de door de benadeelde geleden schade ó deze toepassing in het concrete geval rechtvaardigen.

Deze rechtsregel van de proportionele aansprakelijkheid is derhalve geëigend om een oplossing te bieden voor sommige situaties waarin onzekerheid bestaat over het *condicio-sine-qua-non-verband* tussen enerzijds de normschending en anderzijds de (op zichzelf vaststaande of vast te stellen) schade, en waarin die onzekerheid haar grond vindt in de omstandigheid dat de schade kan zijn veroorzaakt hetzij door de aansprakelijkheid scheppende gebeurtenis, hetzij door een voor risico van de benadeelde komende omstandigheid, hetzij door een combinatie van beide oorzaken.

3.5.3. De Hoge Raad heeft het leerstuk van de kansschade aanvaard in gevallen waarin een advocaat had verzuimd om tijdig hoger beroep in te stellen (HR 24 oktober 1997, LJN **ZC2467**, NJ 1998/257 (*Baijings*) en HR 16 februari 2007, LJN **AZ0419**, NJ 2007/256 (*Tuin Beheer*)) of om tijdig een rechtsvordering in te stellen (HR 19 januari 2007, LJN **AZ6541**, NJ 2007/63 (*Kranendonk Holding*)). In deze gevallen stond op zichzelf de tekortkoming van de advocaat vast, maar was onzeker of een ingesteld hoger beroep of een ingestelde rechtsvordering tot succes voor de cliënt zou hebben geleid, met andere woorden: of de tekortkoming van de advocaat heeft geleid tot schade voor de cliënt, bestaande in een slechtere uitkomst van het geschil dan bij uitblijven van de tekortkoming het geval zou zijn geweest. Vast stond slechts dat de cliënt de kans op een betere uitkomst door de tekortkoming van de advocaat was onthouden. De Hoge Raad heeft voor dit soort gevallen geoordeeld dat de rechter de schade moet vaststellen door te beoordelen hoe de appelrechter, indien wel (tijdig) hoger beroep was ingesteld, had behoren te beslissen, althans dat de rechter het toewijsbare bedrag aan schadevergoeding moet schatten aan de hand van de goede en kwade kansen die de cliënt in het hoger beroep zou hebben gehad; een overeenkomstige maatstaf geldt voor een te laat ingestelde rechtsvordering.

Opmerking verdient dat, teneinde de leer van de kansschade te kunnen toepassen, eerst beoordeeld moet worden of *condicio-sine-qua-non-verband* aanwezig is tussen de aansprakelijkheid scheppende gebeurtenis (de tekortkoming of onrechtmatige daad) en het verlies van de kans op succes. In de gevallen waarop de hiervoor genoemde arresten van de Hoge Raad betrekking hadden, is dat *condicio-sine-qua-non-verband* echter zonder meer gegeven met het verzuim van de advocaat om (tijdig) het rechtsmiddel of de rechtsvordering in te stellen, en resteert dus slechts de vaststelling van de schade aan de hand van een schatting van de goede en kwade kansen die de cliënt in het (hypothetische) geding zou hebben gehad.

Deze leer van de kansschade is derhalve geëigend om een oplossing te bieden voor sommige situaties waarin onzekerheid bestaat over de vraag of een op zichzelf vaststaande tekortkoming of onrechtmatige daad schade heeft veroorzaakt, en waarin die onzekerheid haar grond vindt in de omstandigheid dat niet kan worden vastgesteld of en in hoeverre in de hypothetische situatie dat de tekortkoming of onrechtmatige daad achterwege zou zijn gebleven, de kans op succes zich in werkelijkheid ook zou hebben gerealiseerd.

4.34.1. De benadering die Uw Raad heeft gevolgd, sluit aan bij een onderscheid tussen beide in het arrest behandelde leerstukken dat ook in de doctrine wordt gemaakt.⁹³ Het zal dan ongetwijfeld ook aan mij liggen, maar de nieuwe benadering is mij niet duidelijk.

4.34.2. Een eerste m.i. opmerkelijk verschil tussen beide leerstukken, zoals gestalte gegeven in de rechtspraak van Uw Raad, is gelegen in de (on)vrijheid die de rechter wordt gegeven. In settingen waarin een proportionele benadering op haar plaats is, *mag* de rechter ó kort gezegd ó een deel van het gevorderde toewijzen.⁹⁴ Als hij het leerstuk verlies van een kans toepast dan *moet* hij dat (rov. 3.5.3 eerste alinea). De ratio en de rechtvaardiging van deze verschillende aanpak is mij niet duidelijk. Met name kan ik mij niet goed voorstellen dat een rechter bij ruime onzekerheid de vrijheid zou hebben een vordering van bijvoorbeeld een slachtoffer van een beroepsziekte *af te wijzen*, maar dat hij gehouden zou zijn in zo'n situatie een deel van de vordering van een cliënt van een advocaat die een termijn heeft laten verlopen *toe te wijzen*. Wellicht zou Uw Raad zijn bedoeling op dit punt kunnen verduidelijken.

4.35. Meer ten gronde: ik stel voorop dat doel en strekking van het arrest Van Houts/Hassink redelijkerwijs niet kan zijn dat in alle gevallen waarin wat Uw Raad aanduidt als de proportionele benadering geen soelaas biedt, dús steeds kan worden gegrepen naar het leerstuk verlies van een kans. Ware dat anders dan zou immers de terughoudendheid waartoe werd gemaand in het arrest Fortis/Bourgonje ó en waarnaar in het arrest Van Houts/Hassink wordt verwezen ó naar de rechtsgeschiedenis worden verbannen. Waarin de terughoudendheid in, in vergelijking met zaken als Nefalit/Karamus, doorgaans veel minder compassie oproepende zaken die worden geregeerd door de verlies van een kans-regel dan wel tot uitdrukking komt, kan ik uit het arrest niet opmaken.⁹⁵

4.36. Het antwoord is, als ik het goed begrijp, vermoedelijk gelegen in de voorwaarde die wordt gesteld voor toepasselijkheid van de verlies van een kans-leer. Te weten: er moet een *condicio sine qua non-verband* zijn met de verloren gegane kans. Het is dan van tweeën één: behoudens harde aanwijzingen voor het tegendeel wordt die kans altijd verondersteld, of iets moet wijzen op een meer dan zéér kleine kans. In het eerste geval is het, met de onder 4.37 te maken kanttekening, altoos prijsschieten en komt van de in ander verband benadrukte terughoudendheid niets terecht. In het tweede geval kan, anders dan het arrest doet veronderstellen, niet worden gezegd dat het *condicio sine qua non-verband* echter zonder meer met het verzuim van de advocaat om (tijdig) het rechtsmiddel of de rechtsvordering in te stellen is gegeven (rov. 3.5.3 voorlaatste alinea). Om maar bij die situatie te blijven: sommige beroepen zijn zó kansloos dat met het niet tijdig instellen daarvan het *condicio sine qua non-verband* niet is gegeven, zelfs niet met een héél kleine kans. Dat is slechts anders in de door mij niet aangehangen opvatting dat rechtspraak in alle zaken in zekere zin een loterij is.

4.37. Overigens biedt het verlies van een kans-leerstuk de benadeelde niet steeds uitkomst. Immers is voor toewijzing vereist dat sprake is van óeen reële (dat wil zeggen niet zeer kleine) kans op succes (rov. 3.8).

4.38. Hoe dat ook zij, zoveel is duidelijk: toewijzing van 100% bij een relevante onduidelijkheid spoort hoe dan ook niet met de huidige ó door mij con amore ó onderschreven benadering van Uw Raad.

4.39.1. Gedeeltelijk ter ondersteuning van deze laatste conclusie nog een korte excursie naar een verwant onderwerp. Naar meer gangbare inzichten mag een rechter een feit bewezen achten wanneer hij öredelijke zekerheidö heeft dat dit waar is. Dat is geen wetenschappelijke of wiskundige zekerheid⁹⁶ en dat zou ook niet zinvol zijn omdat het vaststellen van de öwaarheidö vaak afhangt van weging en beoordeling van allerminst harde feiten en omstandigheden (zoals getuigenverklaringen en deskundigenberichten die niet zelden allerlei slagen om de arm houden en/of elkaar tegenspreken en/of niet op hun inhoudelijke juistheid worden beoordeeld).

4.39.2. Giesen slaat m.i. de spijker op de kop wanneer hij betoogt dat de zojuist genoemde maatstaf öelke vorm van nadere invulling weerstaatö.⁹⁷ Zelf meent hij dat redelijke zekerheid bestaat bij meer dan 75% waarschijnlijkheid.⁹⁸ Maar hij realiseert zich dat de rechter daarmee niet veel verder komt omdat het nu eenmaal praktisch ondoenlijk is om gefundeerd tot een dergelijke waarschijnlijkheid te komen.⁹⁹ Het nadeel van vaste percentages is ongetwijfeld ook dat sommige deskundigen daarnaartoe gaan schrijven of juist ervan af. De rechter kan de deskundige uiteraard om nadere opheldering vragen, maar wanneer deze erop neer zou komen dat zijn schatting ó om aan te haken bij Giesen's omslagpunt van 75% ó dat de kans 74 of 76% is, is gebaseerd op zijn kennis, ervaring en intuïtie, dan is de rechter niet veel verder gekomen, al was het maar omdat de rechter doorgaans geen enkel aanknopingspunt heeft om te oordelen dat het in werkelijkheid gaat om, zeg, 76 en 74%.

4.40.1. Ook in het klassieke bewijsrecht geldt dus de regel dat volledige toewijzing van een vordering alleen dan aangewezen is wanneer de kans voldoende groot is. Wanneer sprake is van relevante onzekerheid dan is er bij de huidige stand van de rechtsontwikkeling geen basis waarop de rechter tot het oordeel kan komen dat iets is bewezen. Over dit alles valt meer te zeggen, maar voor onze zaak is dat niet nodig. Mede gezien de al aanzienlijke omvang van deze conclusie bewaar ik mijn gedachten daarover tot een andere zaak.

4.40.2. Met hetgeen onder 4.40.1 werd opgemerkt, is nog niet gezegd dat de eisende partij bij relevante onzekerheid in het zand moet bijten. In het concrete geval kan er voldoende grond bestaan voor toewijzing van een deel van de schade. Daarmee is de cirkel gesloten en kan ik mij (bijna) gaan wijden aan de behandeling van de klachten.

5. Het schemergebied van tussen recht- en onrechtmatigheid

5.1. Eén van de vele ó belangrijke ó juridische kwesties in deze zaak is de vraag of Lansink tekort is geschoten in haar zorgplicht. Het antwoord op die vraag hangt ó kort gezegd ó af van een beoordeling van de feiten en omstandigheden waaronder de werknemer heeft gewerkt, de waarschuwingen die de werkgever heeft gegeven, het toezicht hij heeft gehouden en de kennis die de werkgever had of behoorde te hebben omtrent de gevaren die zich hebben verzevenlijkt.¹⁰⁰

5.2. Evenals de andere door de klachten aan de orde gestelde juridische kwesties gaat het hier om een erg belangrijke, maar ook erg netelige kwestie.

5.3. Ik stel voorop dat naar vaste rechtspraak naar de stand van de maatschappelijke opvattingen ten tijde van de gewraakte handelingen moet worden beoordeeld of de werkgever tekort is geschoten.¹⁰¹ Dat uitgangspunt staat, als zodanig, nauwelijks ter discussie. De moeilijkheden beginnen bij de toepassing ervan. Zeker bij allerlei önieuweö risico's is vaak moeilijk vast te stellen wat een werkgever wist of behoorde te weten.

5.4. De afgelopen ruim twintig, maar vooral de laatste zes tot zeven jaar, heeft de rechtspraak met betrekking tot (thans) art. 7:658 BW een stormachtige ontwikkeling doorgemaakt. De bescherming van werknemers is daarin van lieverlede sterk uitgebouwd.¹⁰² Hoewel deze ontwikkeling niet een ieder bekoort, mag zij in brede kring aanspraak maken op bewondering; bewondering voor de moed en daadkracht die Uw Raad getoond heeft om in een tijd van afkalvende (sociale) voorzieningen

werknemers die schade lijden door arbeidsongevallen en beroepsziekten niet in de kou te laten staan. Zoals bekend, onderschrijf ik de ingezette koers van harte.

5.5.1. Maar voor gevallen als de onderhavige, die in de zojuist genoemde rechtsontwikkeling van de afgelopen tien jaar geen rol hebben gespeeld, is het opschroeven van de aan werkgevers te stellen eisen niet geheel zonder zorg. De eerste bron van zorg is gelegen in het verzekeringsperspectief waarop ik onder 3 reeds ben ingegaan. Maar er is meer.

5.5.2. Een tweede punt van zorg is dat er m.i. grenzen zijn aan het met terugwerkende kracht toepassen van zich rap ontwikkelend recht. Ik bepleit daarmee geenszins stilstand. Ik erken dat rechtspraak de facto terugwerkende kracht moet hebben omdat rechters nu eenmaal bijna steeds oordelen over oude gevallen. Oordelen die alleen maar betrekking zouden hebben op in de toekomst liggende feitencomplexen zijn voor procespartijen ó voor zover het niet gaat om repeat-players ó niet van nut. Zij willen een beslissing in hun zaak. Maar dat betekent nog niet dat nieuwe rechtspraak onbepikt in de tijd zou moeten terugwerken. In casu gaat het om feiten die speelden vanaf 1976. Dat is 37 jaar geleden. M.i. past grote behoedzaamheid om de nieuwe inzichten klakkeloos toe te passen op dergelijke gevallen.¹⁰³

5.6.1. In abstracto is in voorkomende gevallen wel vast te stellen wat ómenö destijds wist of behoorde te weten, al zal de rechter niet zelden worden geconfronteerd met tegenstrijdige inzichten van deskundigen. Zeker voor grotere of zéér gespecialiseerde kleinere ondernemingen zal doorgaans mogen worden aangenomen dat zij wisten of behoorden te weten wat in kringen van deskundigen bekend was. Zaken als de onderhavige en naar moet worden gevreesd een lange reeks van toekomstige zaken op verwante terreinen spelen (veeleer) in de sfeer van het midden- en kleinbedrijf.

5.6.2. Het is verre van mij om te beweren dat deze laatste categorie van bedrijvigheid geen voorzorgs- en beschermingsmaatregelen (had) moeten nemen. De moeilijkheid ten aanzien van deze categorie schuilt m.i. in de omstandigheid dat zeker niet steeds reëel is van zoñ branche te verwachten dat men zelf op onderzoek uitgaat, noch ook dat betrokkenen op de hoogte zijn van de laatste stand van de wetenschap.¹⁰⁴ Dan rijzen vragen zoals:

a. Waren er vakbladen die op de betrokken gevaren/risico's wezen?

b. Kon en mocht worden verwacht dat de betrokken onderneming deze vakbladen las?

c. Waren er arbo-regels? Zo ja, dan zal een werkgever in het algemeen moeten worden geacht deze te kennen. Maar dat brengt de werknemer alleen maar soelaas als deze regels voldoende duidelijk zijn.

5.7.1. Ik voel me niet geroepen om een eigen oordeel te geven over de vraag of Lansink tekort geschoten is, al was het maar omdat die vraag op basis van de beschikbare gegevens m.i. niet valt te beantwoorden. Toch lijkt goed om er in algemene zin wel iets over te zeggen aan de hand van de getuigenverklaringen afgelegd in prima.

5.7.2. In de eerste plaats valt op ó het behoeft zo veel jaren dato niet te verbazen ó dat de verklaringen elkaar op relevante onderdelen tegenspreken. Een aantal getuigen vermeldt dat binnen steeds met gesloten ramen werd gewerkt; anderen laten zich veel genuanceerder uit. Over de gebruikte verfsoorten vinden we, als ik het goed zie, nogal uiteenlopende meningen. Het deskundigenrapport is daarover dan ook uiterst vaag (p. 2 en 3).

5.7.3. In zekere zin het meest intrigerend zijn de passages die betrekking hebben op de ter beschikking gestelde beschermingsmiddelen. De rode draad in de verklaringen is m.i. dat deze wél beschikbaar waren wanneer daarom werd gevraagd, maar dat weinig of niets werd gedaan om het gebruik te stimuleren. De toenmalige directeur van Lansink merkte op: ódegenen die erom verzochten noemden wij de luxere schildersö.

5.8.1. Het is verleidelijk ó en vermoedelijk ook niet onjuist ó om uit de onder 5.7.3 vermelde verklaringen af te leiden dat destijds ten minste iets bekend was over zekere gevaren. Maar over de aard

en ernst daarvan valt noch uit de verklaringen noch ook uit het hierna te bespreken Publicatieblad P139 1986 (inzake verfverwerking) veel af te leiden. En al helemaal onduidelijk is gebleven wat schildersbedrijven moesten doen om eventuele gevaren, welke dan ook, tegen te gaan. Genoemd Publicatieblad noemt met name ventilatie. Maar dat wordt in verband gebracht met inademing van gevaarlijke stoffen, terwijl kort daarvoor wordt vermeld wordt gesproken over MAC-waardes. Dat deze waardes werden overschreden is door het Hof niet vastgesteld en door Lansink met klem weersproken.

5.8.2. Ook de versie van 1981¹⁰⁵ van het Publicatieblad maakt gewag van gevaren, maar het is nogal vaag over aard en omvang daarvan en helemaal over de kans dat deze zich zullen verwezenlijken (p. 4 e.v.). Genoemd wordt een aantal maatregelen, maar naar mijn indruk brengt de noodzaak deze te nemen mede af van de concentratie of mate van blootstelling. In het kader van ventilatie wordt dat met zoveel woorden aangegeven (p. 18).

5.9.1. Ik vermeldde reeds dat niet alle ondernemingen over één kam kunnen worden geschoren. Uit de getuigenverklaringen krijg ik de indruk dat Lansink geen doorsnee schilders- of onderhoudsbedrijf was, maar dat zij een wat grotere onderneming was. Over de vraag of zij (relevant) meer wist of behoorde te weten dan de schilder op de hoek valt op basis van de door het Hof vastgestelde feiten en het processuele debat m.i. niets zinnigs te zeggen.

5.9.2. M.i. mag rechtens in het algemeen worden verlangd dat ondernemers op de hoogte zijn van Publicatiebladen als zojuist bedoeld. Maar deze moeten in het algemeen en met name in geval van kleine ondernemingen wel voldoende duidelijk zijn en voldoende duidelijk aangeven wat ondernemers moeten doen ter afwering van de genoemde gevaren. Ook ten aanzien van de aard en de ernst de genoemde gevaren zouden deze publicaties gegevens moeten bevatten. Wanneer dat niet gebeurt, zal de ondernemer in voorkomende gevallen zelf daarnaar op zoek moeten gaan. Voor de aansprakelijkheid is niet alleen van belang of sprake was van rechtens relevante gevaren en of de ondernemer deze kende of behoorde te kennen, maar ook wat bekend was of behoorde te zijn over de kans dat de gevaren zich zouden verwezenlijken en in voorkomende gevallen wat kosten zouden zijn om deze af te wenden.¹⁰⁶ Uit het Hof's arrest blijkt niet dat het zich om dit alles heeft bekreund.

5.10.1. Tegen de achtergrond van dit alles lijkt mij allesbehalve vanzelfsprekend dat Lansink tekort geschoten is naar de toenmalige inzichten. Of iets concreter: de conclusie dat zij, gelet op hetgeen Lansink wist of behoorde te weten, meer had moeten doen dan zij heeft gedaan, dringt zich zeker niet op. Maar zo nodig zal dit nader door de verwijzingsrechter moeten worden onderzocht.

5.10.2. Niet geheel zonder aarzeling voeg ik aan het bovenstaande nog toe dat we ons m.i. niet helemaal kunnen, mogen en moeten los zingen van de realiteit. Ex post en soms ook wel ex ante is het vaak betrekkelijk gemakkelijk om aan te geven waarom een bepaalde handelwijze minder gelukkig en in voorkomende gevallen ook naar de regelen des rechts, indien strikt toegepast, onzorgvuldig is (was). Helaas leven we in een samenleving waarin het na mij de zondvloed-denken is ingeworteld en tot een bijna algemene ondeugd is verworden. Wanneer het gaat om handelwijzen die op ruime schaal voorkomen, die zijn ingesleten en die om welke reden dan ook maatschappelijk klaarblijkelijk worden aanvaard, dan is m.i. grotere voorzichtigheid geboden om daarop het etiket onrechtmatig of aansprakelijk te plakken dan wanneer het gaat om incidenteel voorkomende handelingen. De reden voor deze voorzichtigheid is gelegen in de overtuiging dat we niet toe moeten naar een samenleving waarin, geprononceerd uitgedrukt, de ene helft de andere gaat aanspreken.

5.10.3. Ik schrijf dit met tegenzin op. In de eerste en belangrijkste plaats omdat heel onbevredigend is om slachtoffers met ernstig of dodelijk letsel in de kou te laten staan door hen te offeren op het altaar van ó in feite ó macro-economische factoren. In de tweede plaats omdat mijn benadering zich niet goed verdraagt met de geldende inzichten,¹⁰⁷ zij het dan ook dat deze nimmer zijn ontwikkeld met het oog op situaties waarin ó nemen we even aan ó op grote schaal en door velen in allerlei kringen en settings onzorgvuldig wordt gehandeld, terwijl wij dat allen weten en er niets tegen doen.

5.10.4. De panacee voor dit probleem is m.i. niet het geheel dichtgooien van de deur die leidt naar aansprakelijkheid. Maar er bestaat wel goede grond om in gevallen als zojuist bedoeld heel erg

voorzichtig te zijn en met name ook om eventuele aansprakelijkheid heel erg toe te snijden op de concrete omstandigheden van het geval.

5.11.1. Eén van de talloos vele thema's die in deze zaak aan de orde worden gesteld, is dat het ging om producten (verf) van gerenommeerde bedrijven die, naar ik begrijp, geen waarschuwing beheldden voor aan het gebruik verbonden gevaren. Beslissend lijkt me dat laatste niet voor aansprakelijkheid van de werkgever, maar het kan m.i. wel enig gewicht in de schaal leggen.

5.11.2. Daarbij speelt in gevallen als de onderhavige nog dat de aansprakelijkheid van de producent naar Europees en Nederlands recht na 10 jaar vervalft (art. 6:191 lid 2 BW).¹⁰⁸ Voor zover de werkgever zou worden opgeknoopt aan het gebruik van producten die geen waarschuwing bevatten, maar misschien wel hadden moeten bevatten en voor zover dat gebruik door de werknemer in het kader van zijn werkzaamheden voor de werkgever aansprakelijkheid van de werkgever zou kunnen zijn gelegen jegens de benadeelde werknemer, dan zal de aansprakelijke werkgever geen regres meer kunnen nemen op de hoofdelijk mede-aansprakelijke producent. De last van aansprakelijkheid komt dan niet aanstonds op de meest gereede partij te liggen.

5.12. Kort en goed: ook in het hier besproken opzicht is deze zaak een hoofdpijn-dossier. Er valt veel meer over te zeggen, maar mede gezien de toch al aanzienlijke omvang van deze conclusie laat ik het bij het voorafgaande.

6. Bespreking van het cassatiemiddel

6.1. Het cassatiemiddel valt in een groot aantal onderdelen (2.1 t/m 4.1.2; onderdeel 1 behelst geen klacht) uiteen. Onderdeel 2 klaagt over de uitleg van de rechtsregel zoals deze geformuleerd is in de arresten Unilever/Dikmans en Havermans/Luyckx (door het onderdeel aangeduid als de arbeidsrechtelijke omkeringsregel). Onderdeel 3 bevat klachten over de toepassing van die rechtsregel en onderdeel 4 klaagt ten slotte over de uitleg die het Hof heeft gegeven aan het leerstuk van proportionele aansprakelijkheid.

6.2. Geen klachten worden gericht tegen de drie door het Hof onderscheiden fasen van bewijslevering (rov. 14).¹⁰⁹

6.3. *Onderdeel 2.1* klaagt dat het Hof's oordeel (in rov. 12, 13, 14, 16, 18 en 38-39) blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting omtrent de eisen die gesteld mogen worden aan het door de werknemer en de werkgever te leveren bewijs met betrekking tot het vereiste dat de werknemer de schade heeft geleden in de uitoefening van zijn werkzaamheden (zie art. 7:658 lid 2 BW). Het onderdeel werkt deze klacht vervolgens uit in de subonderdelen 2.2 t/m 2.8.

6.4.1. *Onderdeel 2.2* klaagt dat het Hof miskend heeft dat art. 7:658 BW schade betreft die de werknemer heeft geleden in de uitoefening van zijn werkzaamheden en niet schade waarvan slechts vaststaat dat er een *mogelijkheid* is dat schade geleden is in de uitoefening van de werkzaamheden. Het onderdeel verwijst in dat verband naar het arrest HR 26 januari 2001, LJN AA9666, NJ 2001/597, rov. 3.4 (Weststrate/De Schelde). Het onderdeel stelt dat, anders dan het Hof zou hebben aangenomen, voor het *uiteindelijk* als vaststaand mogen aannemen van *condicio sine qua non*-verband met behulp van de arbeidsrechtelijke omkeringsregel, vereist is dat de werknemer ó mede in het licht van de eventuele betwisting van het *condicio sine qua non*-verband door de werkgever ó voldoende aannemelijk maakt dat er een voldoende grote kans is dat zijn ziekte *daadwerkelijk* veroorzaakt is door de blootstelling aan gevaarlijke stoffen op het werk.

6.4.2. *Onderdeel 2.3* betoogt dat òvoor het met toepassing van de arbeidsrechtelijke omkeringsregel als vaststaand aannemen van het *csqn*-verband niet voldoende is de *enkele kans* dat de ziekte van de werknemer is veroorzaakt door de blootstelling resp. een door de blootstelling *enkel verhoogd risico* op de ziekte, maar dat tevens voldoende aannemelijk moet zijn (gemaakt) dat deze kans resp. dit verhoogd risico zich daadwerkelijk heeft verwezenlijkt.

6.4.3. *Onderdeel 2.4* voert aan dat het Hof daarom miskend heeft dat er wel degelijk een juridische ondergrens gesteld mag en moet worden aan het door de werknemer in fase 1 te leveren bewijs dat aannemelijk is dat zijn ziekte door de blootstelling kan zijn ontstaan. Volgens het onderdeel dient, zoals de Kantonrechter ook tot uitgangspunt heeft genomen, de werknemer aannemelijk te maken dat er een reële kans bestaat dat zijn ziekte door de blootstelling is veroorzaakt. Het onderdeel rondt dan af: *„Dat sprake is van een (zeer) kleine kans (en daarmee de grootte van de kans) is aldus ó anders dan het hof in rov. 16 overweegt ó van belang bij de beoordeling van het bewijs in fase I.ö*

6.5.1. Volgens *onderdeel 2.5* heeft het Hof voorts miskend dat de *„arbeidsrechtelijke omkeringsregelö* in fase 3 niet leidt tot een zuivere omkering van de bewijslast ten aanzien van het *condicio sine qua non*-verband en een verschuiving van het bewijsrisico naar de werkgever. Het betoogt: *„Zoals ook geldt bij de „reguliereö omkeringsregel, wordt van de werkgever in fase III niet meer (en niet minder) vereist dan dat hij aannemelijk maakt dat de ziekte ook zou zijn ontstaan zonder de blootstelling.ö¹⁰ Volgens het onderdeel is niet in te zien waarom aan het door de werkgever te leveren (tegen)bewijs bij de *„arbeidsrechtelijke omkeringsregelö*, (veel) strengere eisen zouden mogen worden gesteld dan bij de *„reguliereö omkeringsregel.**

6.5.2. Volgens *onderdeel 2.6* heeft het Hof dan ook te strenge eisen gesteld aan het door de werkgever in fase 3 te leveren bewijs. Immers, indien *„de werkgever aannemelijk maakt dat de ziekte van de werknemer ook een andere oorzaak kan hebben dan de blootstelling althans dat de kans veel groter is dat de ziekte een andere oorzaak heeft dan de blootstelling, is dit voldoende grond om de arbeidsrechtelijke omkeringsregel niet toe te passen althans om het csqn-verband niet met toepassing van de arbeidsrechtelijke omkeringsregel als vaststaand aan te merken.ö*

6.6.1. *Onderdeel 2.7* klaagt dat *„Hofs overwegingen in rov. 39 ten aanzien van het door Lansink in fase 3 te leveren bewijs ook in tegenspraak en onverenigbaar zijn met hetgeen overwogen is in rov. 16. De overweging (in rov. 16) dat de grootte van de kans dat de ziekte door de blootstelling is veroorzaakt niet in fase 1 maar wel in fase 3 van de bewijslevering van belang is, valt immers niet te rijmen met de overweging (in rov. 39) dat Lansink als werkgever het van hem in fase 3 geleverde bewijs niet kan leveren door aan te tonen dat er een grote of zelfs veel grotere kans is dat de ziekte een andere oorzaak heeft dan de blootstelling.*

6.6.2. *Onderdeel 2.8* voegt daaraan toe dat de door het Hof aangelegde maatstaven ook onverenigbaar zijn met het uitgangspunt dat artikel 7:658 BW ziet op vergoeding van schade die de werknemer heeft geleden in de uitoefening van zijn werkzaamheden en dat de stelplicht en bewijslast ten aanzien van het *condicio sine qua non*-verband op de werknemer rust, terwijl niet voldoende is dat er een kans, hoe klein ook, bestaat dat zodanig verband aanwezig is.

6.7. Het lijkt goed om eerst de bestreden overwegingen te citeren:

*„15. Anders dan Ritsma heeft betoogd, volgt ook uit het arrest van de Hoge Raad van 25 juni 1993 (LJN: AD1907 Cijsouw/De Schelde I) niet dat ook wanneer nog niet is vastgesteld dat de werknemer aan een gevaarlijke stof is blootgesteld en de gezondheidsklachten door die blootstelling kunnen zijn veroorzaakt de werkgever al dient te stellen en te bewijzen dat hij zijn zorgplicht is nagekomen. In laatstgenoemd arrest stond immers, zo volgt uit respectievelijk het slot van rechtsoverweging 3.10 en uit rechtsoverweging 3.6, niet ter discussie dat de werknemer was blootgesteld aan een gevaarlijke stof (asbeststof) en evenmin dat asbeststof de gezondheidsklachten van de werknemer (mesotheoloog) kon veroorzaken. Ritsma kan aan dat arrest dan ook niet een argument ontleenen voor haar betoog dat ook in de eerste fase van de bewijslevering in een *„blootstellingszaakö* bewijslevering door de werkgever ten aanzien van de zorg-plicht dient plaats te vinden.*

16. Anders dan uit sommige stellingen van Lansink kan worden afgeleid (de stellingen van Lansink zijn op dit punt niet volledig consistent), is niet vereist dat de werknemer *„bewijst* dat zijn gezondheidsklachten door de blootstelling *„zijn* ontstaan. Voldoende is dat de werknemer *„aannemelijk maakt* dat de gezondheidsklachten door de blootstelling *„kunnen zijn* ontstaan. Het gaat daarbij wel om de concrete blootstelling die de werknemer heeft ondergaan. Die blootstelling moet de gezondheidsklachten

kunnen hebben veroorzaakt. Het hof is, met Ritsma, van oordeel dat voor de vraag of de gezondheidsklachten kunnen zijn veroorzaakt door de (concrete) blootstelling, althans in de eerste fase, verder geen juridische ondergrens bestaat. In die fase is voldoende dat sprake is geweest van een blootstelling in die mate dat de blootstelling de klachten kan hebben veroorzaakt. Dat sprake is van een kleine kans, betekent niet dat niet aannemelijk is dat de klachten door de blootstelling kunnen zijn veroorzaakt. De grootte van de kans is weer wel van belang in de derde fase, waarin de werkgever kan bewijzen dat de gezondheidsklachten niet door de blootstelling zijn veroorzaakt.ö

ö39. Ten aanzien van het door Lansink te leveren bewijs in de derde fase overweegt het hof dat het uitgangspunt is dat de urotheelkanker door de blootstelling is veroorzaakt. Wanneer komt vast te staan dat de kanker ook een andere oorzaak kan hebben dan de blootstelling, of zelfs dat de kans dat de kanker een andere oorzaak heeft veel groter is dan de kans dat de blootstelling de oorzaak is, is daarmee nog niet bewezen dat de kanker niet door de blootstelling is veroorzaakt. Indien Lansink bewijst dat de kans groot is dat de kanker een andere oorzaak heeft dan de blootstelling, dan wel dat de kans dat de kanker een andere oorzaak heeft veel groter is dan de kans dat de blootstelling de kanker heeft veroorzaakt, heeft zij dan ook nog niet bewezen dat de kanker niet door de blootstelling is veroorzaakt.ö

6.8.1. Ik zou willen aannemen dat de rode draad van de klachten, zo nodig gelezen in samenhang met *onderdeel 3*, is dat toepassing van de Unilever/Dikmans-leer in de gegeven omstandigheden rechtens onjuist is.¹¹¹ Van die omstandigheden is vooral van belang dat het gaat om in een aantal opzichten relevante onzekerheid, terwijl op louter statistische gronden, die *niet* van doen hebben met de werkomstandigheden van Ritsma en die bovendien betrekking heeft op een andere (eerdere) periode, hooguit een theoretische kans bestaat op een *condicio sine qua non*-verband bestaat van 17% tussen de werkomstandigheden van Ritsma en zijn urotheelkanker. In werkelijkheid zou de kans, volgens *onderdeel 3.2*, evenwel slechts 8% bedragen.

6.8.2. Deze klacht snijdt hout. Voor de motivering van dat oordeel moge ik verwijzen naar de onder 3 en 4 ontwikkelde gronden; voor de onzekerheden in de onderhavige zaak naar hetgeen hiervoor is vermeld onder 3.4-3.6. Als Uw Raad mij hierin zou volgen, dan missen de klachten voor het overige belang.

6.8.3. Om te voorkomen dat de verwijzingsrechter zich geroepen mocht voelen om na te gaan of op andere of beter uitgewerkte gronden in casu toepassing zou kunnen worden gegeven aan de Unilever/Dikmans-leer, is wellicht goed dat Uw Raad die deur in elk geval voor deze zaak sluit. Dat is in zoverre ook in het belang van Ritsma dat hij geen verdere kosten hoeft te maken voor een m.i. op voorhand nutteloos voortgezet debat.¹¹²

6.9.1. Voor het geval Uw Raad onderdeel 2 anders (te weten: veel beperkter) leest dan hiervoor vermeld, ga ik ten gronde op de afzonderlijke klachten in. Daarbij doet zich aanstonds de moeilijkheid gevoelen dat deze niet uitmunten door duidelijkheid. Met name is niet steeds even helder op welke van de door het Hof onderscheiden fases wordt gedoeld.

6.9.2. De klachten laboreren bovendien aan grote stelligheid. Ze willen Uw Raad verleiden tot oordelen die in abstracto m.i. beter niet zouden kunnen worden gegeven. Ter zake.

6.10.1. *Onderdeel 2.1* behelst geen zelfstandige klacht. *Onderdeel 2.2* propageert een té stellige en té algemene regel die in de rechtspraak reeds onjuist is bevonden. De enkele mogelijkheid kan namelijk onder bijzondere omstandigheden wél voldoende zijn om tot aansprakelijkheid te geraken,¹¹³ zij het niet noodzakelijkerwijs voor toekenning van volledige schadevergoeding.

6.10.2. Maar de klacht moet vermoedelijk anders worden gelezen en wel aldus dat de enkele mogelijkheid niet voldoende is om de Unilever/Dikmans-regel toe te passen. Ook aldus opgevat is de klacht te algemeen. Een mogelijkheid kan wél voldoende zijn, maar is dat zeker niet steeds. Dit blijkt genoegzaam uit onder meer het arrest Havermans/Luyckx:¹¹⁴ de werknemer moet stellen en zo nodig aannemelijk maken dat hij lijdt aan een ziekte of aan gezondheidsklachten die door de blootstelling *kunnen zijn veroorzaakt*. Nu de klacht kennelijk wil betogen dat een mogelijkheid nimmer voldoende is, faalt zij.

6.11. Voor zover de klacht ertoe strekt dat de werknemer moet bewijzen dat de ziekte daadwerkelijk is veroorzaakt door de blootstelling aan gevaarlijke stoffen berust zij op een juist uitgangspunt als de hier bedoelde regel toepassing mist. Maar wanneer de regel wél toepassing zou vinden ó en daarvan is het Hof uitgegaan ó, is de door Lansink betrokken stelling onjuist, zoals moge volgen uit hetgeen onder 6.10.2 is vermeld; voor het overige moge ik met instemming verwijzen naar de s.t. van mrs. Sagel en Van der Kroon onder 40-43.

6.12. *Onderdeel 2.3* is hiervoor al behandeld.

6.13. *Onderdeel 2.4* bedoelt kennelijk op te komen tegen rov. 16. Helemaal duidelijk is dat oordeel niet. Maar de meest voor de hand liggende interpretatie is, zoals Lansink ook veronderstelt, dat volgens het Hof geen enkele ondergrens geldt voor toepasselijkheid van de Unilever/Dikmans-regel. Dat oordeel is inderdaad niet juist.

6.14. Taalkundig en logisch is denkbaar dat aannemelijk is dat iets een oorzaak van iets anders kan zijn, zelfs als de kans daarop héél klein is. Maar het is buitengewoon onwaarschijnlijk dat Uw Raad dat in het arrest Havermans/Luyckx en in de daarop volgende arresten heeft bedoeld of gewild. Het vergt ook een erg gekunstelde lezing van die arresten om die conclusie te trekken.¹¹⁵

6.15.1. Mijn zojuist verwoorde stelling vindt steun in het arrest Nefalit/Karamus.¹¹⁶ Ik geef terstond toe: dat arrest gaat over een ander leerstuk (te weten: proportionele aansprakelijkheid). In die setting is een niet zeer kleine kans vereist vooraleer de benadeelde aanspraak kan maken op enige (zelfs proportionele) vergoeding. Het ligt buitengewoon weinig voor de hand dat zo'n kleine kans niet tot enige vergoeding kan leiden, maar wel volstaat om uit te gaan van een *condicio sine qua non*-verband. Dat brengt mee dat deze klacht slaagt.

6.15.2. Voor mijn benadering kan, als men wil, ook steun worden geput uit de *ogewone* omkeringsregel, die, niet tot ieders vreugde, nog steeds niet ten grave is gedragen.¹¹⁷ In dat kader heeft Uw Raad in het arrest Kastelijn/Achtkarspelen geoordeeld dat nodig is dat het gaat om een schending van een norm die ertoe strekt een specifiek gevaar ter zake van het ontstaan van schade bij een ander te voorkomen, terwijl dat gevaar door de normschending in het algemeen in aanmerkelijke mate wordt vergroot.¹¹⁸ In de korte samenvatting van de nieuwe regel wordt dit in ditzelfde arrest enigszins anders geformuleerd, wat eigen is aan een samenvatting. De samenvatting spreekt van het aannemelijk moeten maken dat in het concrete geval het (specifieke) gevaar waartegen de norm bescherming beoogt te bieden zich heeft verwezenlijkt. De annotator Asser heeft onder het arrest geschreven dat deze samenvatting niet naadloos aansluit op het voorafgaande.¹¹⁹ Dat is in zoverre onloochenbaar dat de bewoordingen inderdaad niet letterlijk overeenstemmen. Ik geef ook toe dat er inhoudelijk sprake kan zijn van een materieel verschil, maar dat hoeft er m.i. niet te zijn. Klaarblijkelijk meent Uw Raad dat in een concreet geval aannemelijk is dat sprake is van het vereiste *condicio sine qua non*-verband als in het algemeen sprake is van een aanmerkelijke kansverhoging. Die benadering is m.i. zeer wel te begrijpen en in het algemeen ook heel nuttig. Zo bezien wijst het recente arrest over een mislukte bevalling in het Kennemer Gasthuis,¹²⁰ waarin wordt geoordeeld dat *de* Hof's oordeel dat de voorwaarde dat het specifieke gevaar aanmerkelijk moet zijn vergroot geen geldend recht is, zeker niet zonder meer in andere richting.¹²¹ De klacht zag er immers aan voorbij dat in het arrest Kastelijn/Achtkarspelen *niet* werd geoordeeld dat *in een concreet geval* sprake moet zijn van een aanmerkelijke kansverhoging maar dat daar *in het algemeen* sprake van moet zijn.

6.15.3. Hoe dit zij, er weinig reden te veronderstellen dat de verduidelijking die Uw Raad in het arrest Achtkarspelen met enige nadruk postuleert, geen enkele betekenis heeft, zeker voor oude zaken als de onderhavige. Ik denk dus dat de *ogewone* omkeringsregel^o een aanwijzing oplevert voor de gedachte dat, indien getransponeerd naar de *o*arbeidsrechtelijke omkeringsregel^o, niet voor de hand om in het kader van deze laatste regel *geen enkele* drempel op te werpen.

6.16. *Onderdeel 2.4* biedt niet veel nieuwe gezichtspunten en behoeft geen afzonderlijke bespreking.

6.17. *Onderdeel 2.5* stelt aan de orde of de Unilever/Dikmans-regel inderdaad, zoals het Hof meent, een omkering van de bewijslast is.

6.18. Ik stel voorop dat het belang van deze kwestie bij een juiste rechtstoepassing veelal en met name ook in het onderhavige geval niet al te groot zal zijn. Ik gevallen waarin aannemelijk is dat iets een oorzaak van iets anders kan zijn, zullen we spoedig komen te spreken over kansen. Dan zal in gevallen als de onderhavige, wanneer aan de overige voorwaarden voor toepassing van proportionele aansprakelijkheid is voldaan, één van de twee onder 4 besproken leerstukken van stal kunnen worden gehaald. In zo'n scenario zal de aangesprokene een deel van de schade moeten betalen.¹²² Maar wanneer deskundigen de kansen verschillend inschatten (een reëel scenario) zal tegenbewijs of bewijs van het tegendeel in voorkomende gevallen zeker verschil kunnen maken.

6.19. Hoe dit zij, het komt mij voor dat het Hof's oordeel onjuist is zodat ook deze klacht slaagt.

6.20. Mrs Sagel en Van der Kroon trekken ter verdediging van het Hof's oordeel een parallel met de gewone omkeringsregel. Daarin is sprake van tegenbewijs.¹²³ Zij voegen daaraan evenwel toe dat de Hoge Raad in een later arrest rept van een regel van bewijslastverdeling.¹²⁴ Mogelijk heeft het Hof het oog op dit arrest, dat evenwel geen betrekking heeft op Unilever/Dikmans-gevallen.

6.21. Zelfs wanneer we veronderstellenderwijs zouden willen aannemen dat de onder 6.20 genoemde toevoeging ook relevantie heeft voor gevallen als de onderhavige, kan dat het Hof's oordeel niet dragen. Immers wordt terstond voorafgaande aan de onder 6.20 genoemde woordjes aangegeven dat het gaat om het leveren van tegenbewijs.

6.22. Mrs Sagel en Van der Kroon achten het Hof's oordeel overtuigend omdat werknemers geen enkele invloed kunnen uitoefenen op het productieproces en op blootstellingen (s.t. 55). Dat argument acht ik onvoldoende klemmend; zowel op zich en a fortiori in het licht van hetgeen onder 3 en 4 werd geschetst. Het wettelijk stelsel, zoals nader uitgelegd en ingevuld in de rechtspraak van Uw Raad, komt de werknemer m.i. al vergaand tegemoet. Een verdergaande *generieke bescherming* van de werknemer zou inderdaad mogelijk zijn, maar zij gaat de rechtsvormende taak van de rechter m.i. te buiten. Dat brengt mee dat ook deze klacht slaagt.

6.23. Ook *onderdeel 2.6* behoeft geen bespreking omdat het Hof's oordeel voortbouwt op de onjuist bevonden gedachte dat het gaat om tegendeelbewijs zodat dit oordeel evenmin in stand kan blijven. Op dezelfde grond kunnen de *onderdelen 2.7 en 2.8* onbesproken blijven.

6.24. *Onderdeel 3.1* bevat enkel een klacht die voortbouwt op de klachten van onderdeel 2. Deze klacht behoeft daarom geen afzonderlijke bespreking. Uit het voorafgaande moge volgen dat ook deze klacht slaagt.

6.25.1. *Onderdeel 3.2* richt zich tegen het oordeel in rov. 29.1-29.3 dat er geen reden bestaat om af te wijken van het oordeel van de deskundigen omtrent de relevante verhoging van het risico op urotheel/blaaskanker (te weten een verhoging van 20%). Het onderdeel klaagt dat het Hof in dat kader niet, althans niet voldoende gemotiveerd, is ingegaan op de volgende stellingen van Lansink:

ó dat de deskundigen het risico van schilders voor urotheelkanker fors hebben overschat nu uit de (op dit gebied meest recente) publicatie van Pukkala¹²⁵ blijkt dat het aan de schildersbranche toe te rekenen verhoogd risico op urotheelkanker moet worden geschat op 8% en niet op 20%;

ó dat de publicatie van Pukkala relevant en representatief is; en

ó dat in de publicatie van Pukkala de beroepsgroep schilders niet hoog op de risicolijst wordt gezet: ouders, medewerkers in de tabaksindustrie, schoorsteenvegers en kappers lopen juist een veel hoger risico op urotheelkanker.

6.25.2. Het onderdeel vervolgt dan: "Evenmin is het Hof kenbaar, laat staan voldoende gemotiveerd, ingegaan op de kritiek van Lansink dat het IARC rapport ó op grond waarvan de deskundigen komen tot een verhoogd risico op blaaskanker in de schildersbranche van 20% ó is gebaseerd op onderzoek bij groepen schilders als autospuiters, industriële schilders, scheepsschilders die op één hoop zijn geveegd

met huisschilders, welke groepen allemaal aan zeer verschillende verfproducten zijn blootgesteld, dat het onderzoek bovendien betrekking heeft op de periode medio jaren vijftig tot medio jaren zeventig, terwijl sindsdien verfproducten aanzienlijke verbeteringen hebben ondergaan zodat de uitkomsten van het onderzoek niet representatief zijn voor een in de jaren 80 in Nederland als huis- en onderhoudsschilder werkzame persoon als W. Ritsma en het verhoogde risico van 20% als een overschatting moet worden gekwalificeerd. Door niet inhoudelijk op deze kritiek van Lansink te responderen, zou het Hof zijn beslissing ontoereikend hebben gemotiveerd, aldus *onderdeel 3.2.1.*

6.26. In rov. 28 onder a memoreert het Hof dat uit het deskundigenrapport valt af te leiden dat het beroep van schilder wordt geassocieerd met een verhoogd risico op blaaskanker (20%). Het is daarbij wel van belang te onderscheiden tussen schilders die dat risico zijn en schilders die niet dat risico zijn. In rov. 29 kondigt het Hof aan dat het mede gelet op de kritiek van partijen op deze bevindingen in zal gaan. Vervolgens wordt ó in de bestreden rechtsoverwegingen ó overwogen:

Ad a:

29.1. Beide partijen hebben in appel studies aangehaald over het verband tussen het werk als schilder en het risico op blaaskanker. De door Ritsma aangehaalde studie zou concluderen tot een stijging van 81% (een relatief risico van 1.81) bij een expositie van meer dan 10 jaar. De studie betreft een meta-analyse van de resultaten van enkele tientallen studies. Lansink baseert zich op een van de in die meta-analyse gebruikte studies, een recente studie uit 2009. In die studie wordt geconcludeerd tot een relatief risico van 1.08, een stijging van slechts 8% derhalve.

29.2. Het hof stelt vast dat de door Ritsma aangehaalde studie concludeert tot een relatief risico van 1.25. Dat risico wijkt niet sterk af van het door de deskundigen genoemde relatieve risico van 1.20. De deskundigen hebben zich daarbij gebaseerd op gegevens van het IARC, dat is uitgegaan van een range van 9-52% (relatieve risico's van respectievelijk 1.09 en 1.52). Het rapport waar Ritsma zich op beroept ligt met een relatief risico van 1.25 (een stijging van 25%) binnen deze range. Het door Ritsma ook genoemde relatieve risico van 1.81 laat zich niet zonder meer vergelijken met de gegevens van het IARC, nu in de gegevens van het IARC geen onderscheid is gemaakt naar expositieduur.

29.3. De slotsom is dat het hof, voor wat betreft de beoordeling van het in fase 1 te leveren bewijs, geen reden ziet om op dit onderdeel af te wijken van het oordeel van de deskundigen.

6.27.1. Uitbundig gemotiveerd is het Hof's oordeel zeker niet. Duidelijk is wél dat het zich rekenschap heeft gegeven van de onder 6.25.2 genoemde kwestie. Dat blijkt met zoveel woorden uit rov. 29.1, waar wordt gesproken over een meta-analyse.

6.27.2. M.i. kan het Hof's oordeel, dat zich wegens het hoge feitelijke karakter goeddeels onttrekt aan beoordeling in cassatie, nochtans de toets der kritiek niet doorstaan. In het deskundigenrapport waarop het Hof zijn oordeel baseert wordt geconcludeerd dat bij schilders mogelijk sprake is van een lage toename van het risico op kanker in de urinewegen (het enige wat in cassatie nog speelt; zie hiervoor onder 2.10.1). Deskundigen tekenen daarbij aan dat het gaat om schilders die hun relevante blootstelling in de jaren 50 tot en met de jaren 70 hebben ondergaan.¹²⁶ Nog afgezien van het weinig stellige karakter van hun bevindingen (mogelijk, waar het onderdeel intussen niet op inhaakt) is deze conclusie niet zonder meer redengevend ten aanzien van Ritsma die immers eerst in 1976 bij Lansink in dienst is getreden. Lansink heeft daarop ook gewezen.¹²⁷

6.28.1. Het Pukkula-rapport, dat ik zoals onder 3 aangegeven alleszins relevant acht, dateert van 2009. Lansink heeft ervoor gekozen dat eerst bij mva (van 28 juni 2011) in geding te brengen.¹²⁸ Zeker nu zij tegen aansprakelijkheid is verzekerd en ó ook om andere reden ó als vaststaand kan worden aangenomen dat dit geding feitelijk door haar verzekeraar wordt gevoerd, moet Lansink m.i. de wrange vruchten plukken van het onnodig eerst zo laat in geding brengen dat een behoorlijk debat daarover niet mogelijk was, in elk geval niet zonder relevante vertraging van de procedure. Daarbij speelt ook dat het hier gaat om overlijdensschade. Dergelijke procedures zijn voor betrokkenen uitermate bezwaarlijk en moeten

daarom zo kort mogelijk duren. Bij die stand van zaken was het Hof m.i. niet gehouden om uitdrukkelijk op dit rapport in te gaan.

6.28.2. Bovendien lijkt mij voor de beoordeling van de omvang van het risico van schilders niet relevant dat schoorsteenvegers, kappers en anderen (nog) grotere risico's lopen of liepen. Daar komt nog bij dat Lansink hier in haar eigen zwaard valt omdat uit de studie waarop zij zich beroept, valt af te leiden dat het gaat om *standardised incidence ratios 1961-2005*.¹²⁹ Ook dit rapport veegt dus, als ik het goed zie, alle schilders op één hoop. Lansink heeft tegen dat laatste in ander verband en terecht bezwaar gemaakt. Last but not least valt nog te bedenken dat:

- a. grote verschillen blijken te bestaan tussen de onderzochte landen;
- b. ook hier de periode begint ruim voordat Ritsma bij Lansink in dienst trad.¹³⁰

6.28.3. Volledigheidshalve stip ik nog aan dat zelfs een kans van 20% dat werkomstandigheden en meer bepaald de daarin gebruikte verfstoffen, de litigieuze kanker kan hebben veroorzaakt mij in zijn algemeenheid te klein lijkt voor toepassing van de Unilever/Dikmans-regel. Ik geef er evenwel de voorkeur aan mij niet op een vast percentage vast te pinnen. Dat is immers vragen om moeilijkheden, zoals de Engelse rechtspraak die doorgaans gebaseerd is *more likely than not* (d.i. meer dan 50%) leert. Ook door gezaghebbende Engelse auteurs wordt dat als minder bevredigend gezien omdat een miniem verschil enorme consequenties heeft.¹³¹ Daar komt nog bij dat zo'n vast percentage de deur openzet voor deskundigen om daar naartoe of juist vanaf te schrijven, afhankelijk van het resultaat dat ze willen bereiken.

6.29. De hierna te bespreken klachten kanten zich tegen de beoordeling van wat het Hof heeft aangeduid als *öfase IIö*. Na een aanloopje aan het slot van onderdeel 3.3 postuleert *onderdeel 3.3.1* de volgende klacht: *öWaar het hof in rov. 34 vaststelt dat -de vraag die resteert, is of Lansink in de periode tot 1990 gehouden was maatregelen te treffen ter voorkoming van OPS/CTEö* is zijn oordeel in rov. 35 dat het antwoord hierop bevestigend luidt, onbegrijpelijk (en innerlijk tegenstrijdig) met zijn overweging aan het slot van rov. 35 dat *toen mogelijk het risico van OPS/CTE nog niet bekend wasö* Het laatstgenoemde oordeel wordt als onjuist ontmaskerd. Volgens het onderdeel kan *ó* zoals het Hof in rov. 32 ook voorop zou stellen *ó* van een werkgever in beginsel immers niet verlangd worden dat hij veiligheidsmaatregelen treft ten aanzien van een gevaar dat hij niet kende of behoorde te kennen. Volgens het onderdeel schendt het Hof met zijn oordeel tevens art. 24 Rv omdat het Hof juist vastgesteld zou hebben dat door Ritsma is gesteld dat Lansink gehouden was maatregelen te treffen ter voorkoming van OPS/CTE.

6.30.1. *Onderdeel 3.3.2* stelt voorop dat het Hof in rov. 35 vaststelt dat het Lansink bekend behoorde te zijn *ödat er gevaren verbonden waren aan het werken met verven en oplosmiddelen.ö* Volgens het onderdeel is dit door het Hof tot uitgangspunt genomen *vage en algemene gevaar* ontoereikend om te komen tot het oordeel dat Lansink haar zorgplicht heeft geschonden, gelet op het feit dat:

öa. het hof niet overweegt welke concrete aanwijzingen in het *ó* niet door Ritsma overgelegde *ó* Publicatieblad 139 (P-139) van de Arbeidsinspectie inzake verfverwerking zouden zijn gegeven om schade aan de gezondheid als gevolg van giftige eigenschappen van toegepaste stoffen te voorkomen, noch dat die aanwijzingen betrekking hadden op huis- en onderhoudsschilders als W. Ritsma, althans de door Lansink gebruikte (verf)producten en oplosmiddelen;

b. het hof niets overweegt omtrent de mate van blootstelling die Lansink als zijnde gevaarlijk destijds bekend had moeten zijn; en

c. het hof evenmin overweegt dat Lansink gehouden was iedere blootstelling (aan alle verfproducten en oplosmiddelen) te voorkomen, althans in welke mate en/of op welke wijze Lansink blootstelling had moeten voorkomen.*ö*

6.30.2. Het onderdeel wijst er in dit verband op dat het bij de beoordeling van de gevaarlijkheid van een stof en de met het oog op de daaraan verbonden gevaren te treffen maatregelen van belang is *ö* vast te stellen op welke wijze en in welke hoeveelheden een stof gevaarlijk is *ö*.

6.31. *Onderdeel 3.3.3* klaagt dat het oordeel dat Lansink onvoldoende gesteld heeft met betrekking tot de nakoming van de zorgplicht, onjuist is dan wel onbegrijpelijk gemotiveerd is. Immers heeft Lansink betoogd dat:

*ö*a. de vraag welke maatregelen Lansink moest nemen ter bescherming van de gezondheid van haar werknemers (i.h.b. W. Ritsma) moet worden beoordeeld aan de hand van het soort werkzaamheden dat werd verricht, de materialen die daarbij werden gebruikt, de wettelijke voorschriften en de maatschappelijke opvattingen van die tijd;

b. de *ö* door Ritsma opgesomde, maar niet overgelegde *ö* sinds medio jaren *ö*80 in Nederland verschenen literatuur over de relatie tussen blootstelling aan bepaalde stoffen en OPS slechts betrekking had op een beperkt aantal stoffen en geen duidelijkheid gaf over de vraag bij welke blootstellingsniveau sprake is van een verhoogd risico op OPS (en dat deze duidelijkheid er overigens ook nog steeds niet is);

c. Lansink enkel werkte met verfproducten van gerenommeerde leveranciers. Deze verfproducten waren volstrekt alledaags en bevatten hooguit in uiterst beperkte mate stoffen die schadelijk kunnen zijn voor de gezondheid. De mate waarin die stoffen in de verfproducten waren verwerkt en de gewone wijze waarop die producten door huis- en onderhoudsschilders als W. Ritsma werden gebruikt, bracht geen destijds kenbare risico *ö* voor de gezondheid met zich, althans gaf in ieder geval destijds geen aanleiding tot het nemen van verstrekkende maatregelen; en

d. uit het retrospectieve onderzoek dat Lansink heeft laten doen, blijkt dat de blootstelling van W. Ritsma aan oplosmiddelen gedurende zijn dienstverband voor Lansink (zowel voor wat betreft inademing als huidopname) zeer gering is geweest en ruimschoots beneden de van overheidswege gestelde maximaal aanvaardbare concentraties. Lansink heeft dan ook voldaan aan de destijds op haar rustende beperkte zorgplicht ten aanzien van blootstelling aan oplosmiddelen. Er was daarom geen aanleiding om destijds (verstrekkende) maatregelen te nemen, laat staan iedere blootstelling te voorkomen. *ö*

6.32. *Onderdeel 3.3.4* stelt dat in het licht van de hierboven bedoelde verweren van Lansink tevens onjuist, althans ontoereikend gemotiveerd is *ö* Hof's beslissing om het bewijsaanbod van Lansink te passeren op de grond dat Lansink onvoldoende gesteld heeft. Het onderdeel stelt voorts dat voor zover het Hof het bewijsaanbod als onvoldoende gespecificeerd gepasseerd heeft, dat oordeel eveneens onjuist is althans onbegrijpelijk gemotiveerd is, omdat Lansink (in *ö*CvA par. 10.1 en CvD par. 16.1*ö*) uitdrukkelijk heeft aangeboden de juistheid van de voorgenoemde stellingen te bewijzen door het horen van getuigen.

6.33. *Onderdeel 3.3.5* voert aan dat in het licht van het in onderdeel 3.3.3 ontwikkelde betoog van Lansink, ook onbegrijpelijk is *ö* Hof's overweging dat Lansink niet zou hebben gesteld 1) dat maatregelen en/of instructies om blootstelling te voorkomen c.q. het gevaar op blootstelling te verkleinen niet konden worden genomen en/of zijn gegeven of 2) waarom de beschermingsmiddelen die waren opgenomen in de vanaf 1998 verstrekte arbokoffer niet eerder verstrekt behoorden te worden [...]. *ö* Volgens het onderdeel volgt uit de stellingen van Lansink immers dat in de periode tot 1990, gelet op enerzijds wat destijds bekend was over de gevaren verbonden aan het werken met alledaagse verven en oplosmiddelen van gerenommeerde producenten en anderzijds de concrete arbeidsomstandigheden van W. Ritsma (volgens het onderdeel: voldoende ventilatie en zeer beperkte, ruim binnen de van overheidswege gestelde normen blijvende, blootstelling aan oplosmiddelen), de op Lansink rustende zorgplicht niet vergde dat zij toen al zulke maatregelen nam of instructies gaf.

6.34. *Onderdeel 3.3.6* betoogt dat *ö* Hof's oordeel dat Lansink haar zorgplicht heeft geschonden evenmin juist of begrijpelijk gemotiveerd wordt vanwege de omstandigheid dat Lansink niet gesteld heeft dat zij instructie zou hebben gegeven om zoveel mogelijk te ventileren en dat uit de getuigenverklaringen van Meijer en Van de Weg zou volgen dat er niet altijd werd geventileerd bij binnenwerk. Lansink heeft

immers gesteld dat de ventilatie van de werkplekken van Lansink goed was, zodat er geen sprake was van een verplichting tot het verstrekken van de instructie om zoveel mogelijk te ventileren. \emptyset Hof's oordeel wordt ook overigens onjuist, althans onbegrijpelijk, genoemd in het licht van de stelling van Lansink dat de blootstelling van W. Ritsma aan oplosmiddelen gedurende zijn dienstverband bij Lansink zeer gering is geweest en ruimschoots onder de van overheidswege gesommeerde normen.

6.35. *Onderdeel 3.3.7* stelt dat \emptyset [a]n het voorgaande \emptyset niet afdoet dat het hof in rov. 29.9 de relativisering door de deskundigen van de betekenis van de gemiddelde MAC-waarden tot de zijne maakt. Immers heeft het Hof niet vastgesteld dat de blootstelling van W. Ritsma aan oplosmiddelen bij Lansink de MAC-waarden heeft overschreden. Voor zover het Hof wel van een dergelijke overschrijding is uitgegaan, is zijn oordeel ontoereikend gemotiveerd in het licht van het verweer van Lansink zoals vermeld in onderdeel 3.3.3 (onder d). Dat oordeel zou bovendien in strijd zijn met art. 24 Rv, nu door Ritsma niet gesteld zou zijn, laat staan bewezen zou zijn, dat de blootstelling van W. Ritsma aan oplosmiddelen bij Lansink de MAC-waarden heeft overschreden.

6.36. Ten slotte (met betrekking tot fase II) behelst *onderdeel 3.3.8* enkel een voortbouwende klacht.

6.37. Het lijkt goed ook hier \emptyset Hof's oordeel integraal weer te geven

\emptyset Fase 2: de zorgplicht van Lansink

31. In deze fase ligt het op de weg van Lansink te stellen en, eventueel, te bewijzen dat zij aan haar zorgplicht heeft voldaan gedurende de periode dat W. Ritsma [...] aan gevaarlijke stoffen is blootgesteld en deze blootstelling de urotheelkanker kan hebben veroorzaakt. Gelet op wat het hof hiervoor in rechtsoverwegingen 29.5 en 29.6 heeft overwogen, betreft het in elk geval de periode tot 1990.

32. Uitgangspunt is dat een werkgever op grond van de op hem rustende zorgplicht die maatregelen dient te nemen die redelijkerwijs nodig zijn om te voorkomen dat de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade lijdt. Of de werkgever aan deze verplichting heeft voldaan, dient beoordeeld te worden aan de hand van de in de betrokken periode geldende normen (HR 2 oktober 1998, LJN: [ZC2721](#)). Daarbij zijn allereerst concrete voorschriften uit regelgeving ten aanzien van arbeidsomstandigheden van belang. Wanneer die ontbreken, zal aan de concrete omstandigheden van het geval moeten worden beoordeeld of de werkgever aan zijn zorgplicht heeft voldaan (Vgl. HR 11 november 2005, LJN: [AU3313](#)). Daarbij is onder meer van belang of het gevaar dat zich heeft gerealiseerd, kenbaar was op het moment dat de veiligheidsmaatregelen getroffen hadden kunnen worden. Van een werkgever kan immers in beginsel niet verlangd worden dat hij veiligheidsmaatregelen treft ten aanzien van een gevaar dat hij niet kende of behoorde te kennen. Wanneer een werkgever met het oog op hem bekende c.q. kenbare gevaren geen veiligheidsmaatregelen heeft getroffen, is hij ook aansprakelijk wanneer dat verzuim ertoe heeft bijgedragen dat de kans op verwezenlijking van een aan de werkgever op dat moment onbekend gevaar is vergroot (HR 25 juni 1993, LJN: [AD1907](#)).

33. Volgens Lansink zijn in de Nederlandse literatuur pas sedert midden jaren \emptyset 80 artikelen verschenen over de relatie tussen de blootstelling aan (een beperkt aantal) bepaalde stoffen en OPS. De aandacht voor de relatie tussen oplosmiddelen en OPS is pas in de jaren \emptyset 90 goed op gang gekomen. Pas aan het eind van de jaren \emptyset 90 is op dit terrein beleid ontwikkeld, aldus Lansink. Volgens Lansink was het gevaar van kanker door blootstelling aan verf en oplosmiddelen in elk geval tot 1990 niet kenbaar.

34. Uit hetgeen hiervoor is overwogen, volgt dat het enkele feit dat tot 1990 het gevaar van kanker door blootstelling aan verf en oplosmiddelen niet kenbaar was, nog niet doorslaggevend is. Het is dan ook van belang na te gaan of Lansink in de periode tot 1990 gehouden was met het oog op andere gevaren dan het ontstaan van kanker veiligheidsmaatregelen te treffen. Volgens Ritsma is dat het geval. Ritsma heeft betoogd dat Lansink gedurende het gehele dienstverband met W. Ritsma gehouden was maatregelen te nemen tegen ter voorkoming van OPS/CTE. Indien Lansink die maatregelen zou hebben getroffen, dan zou zij daarmee ook het risico op het verkrijgen van een carcinogene aandoening aanzienlijk hebben verkleind, aldus Ritsma. Dat laatste is door Lansink niet \emptyset gemotiveerd \emptyset betwist, zodat het hof daarvan

zal uitgaan. De vraag die resteert is of Lansink in de periode tot 1990 gehouden was maatregelen te treffen ter voorkoming van OPS/CTE.

35. Het hof beantwoordt die vraag, met Ritsma, bevestigend. Ritsma heeft gewezen op een reeks van publicaties uit de jaren 80 waarin is aangegeven dat onbeschermd blootstelling aan oplosmiddelen schadelijk kan zijn voor de gezondheid. Ook heeft zij gewezen op een artikel van R.L. Zielhuis uit 1961, verschenen in het Tijdschrift voor sociale geneeskunde, over de gevaren van blootstelling aan oplosmiddelen. Ook heeft Ritsma gewezen op het Publicatieblad 139 (P-139) van de Arbeidsinspectie inzake verfverwerking, in werking getreden in 1976 en gewijzigd in 1986, waarin aanwijzingen worden gegeven die, blijkens de inleiding, onder meer tot doel hebben schade aan de gezondheid als gevolg van giftige eigenschappen van de toegepaste stoffen te voorkomen. In dit P-blad wordt expliciet aangegeven dat de hoofdbestanddelen van verf stoffen bevatten die zodanige eigenschappen hebben dat ze een schadelijke werking hebben. Gelet op de door Ritsma aangehaalde vakliteratuur en het Publicatieblad P-139 volgt het hof Lansink niet in haar betoog dat zij tot 1990 geen rekening hoefde te houden met de gevaren verbonden aan de blootstelling aan gevaarlijke stoffen. Naar het oordeel van het hof behoorde Lansink daar vanaf het begin van het dienstverband met W. Ritsma rekening mee te houden. Dat toen mogelijk het risico van OPS/CTE nog niet bekend was, en het risico van kanker evenmin, doet daaraan niet af. Voldoende is dat bij Lansink bekend behoorde te zijn dat er gevaren verbonden waren aan het werken met verven en oplosmiddelen.

36. Vastgesteld kan worden dat Lansink niet heeft gesteld dat, en zo ja welke, maatregelen zij tot 1990 heeft getroffen en/of instructies zij heeft gegeven om blootstelling te voorkomen c.q. het gevaar op blootstelling te verkleinen. Dat dergelijke maatregelen en/of instructies niet konden worden genomen en/of gegeven, heeft zij niet gesteld. In dit verband overweegt het hof dat Lansink heeft gesteld dat zij haar werknemers in 1998 een zogenaamde arbokoffer heeft verstrekt met daarin adembeschermingsmaskers, spoelwater en handschoenen. Zonder nadere toelichting, die ontbreekt, valt niet in te zien waarom deze beschermingsmiddelen niet eerder behoorden te worden verstrekt. Gesteld noch gebleken is dat de instructie is verstrekt om zoveel mogelijk te ventileren. Uit de getuigenverklaringen van Meijer en Van de Weg volgt juist dat er niet, en in elk geval niet altijd, werd geventileerd bij binnenwerk.

37. De slotsom is dat uit de stellingen van Lansink niet volgt dat zij tot 1990 aan haar zorgplicht heeft voldaan. Het hof ziet dan ook geen reden om Lansink in de gelegenheid te stellen te bewijzen dat zij wel aan haar zorgplicht heeft voldaan. Het hof laat dan nog daar dat een gespecificeerd bewijsaanbod op dit punt ontbreekt, nu Lansink slechts ó heel algemeen ó heeft aangeboden te bewijzen dat zij haar zorgplicht niet heeft geschonden, maar in dat verband geen concrete door haar getroffen maatregelen heeft genoemd, die zij zou willen bewijzen en evenmin heeft aangegeven welke getuigen zij zou willen horen. Dat betekent dat ervan moet worden uitgegaan dat Lansink niet aan haar zorgplicht heeft voldaan. Daarmee slaagt *grief V tegen het eindvonnis van 7 juli 2010*, die zich keert tegen de overweging van de kantonrechter dat (nog) niet vaststaat dat Lansink haar zorgplicht heeft geschonden.ö

6.38.1. Ik stel voorop dat het middel er niet over klaagt dat het Hof voor de hier relevante periode, die in 1976 is begonnen, de regeling van art. 7:658 lid 2 BW toepast.¹³² Deze omstandigheid vindt allicht haar verklaring in de rechtspraak van Uw Raad. Ik veroorloof mij daarbij twee kanttekeningen:

a. uit de arresten zelf blijkt al dat de situatie wat genuanceerder ligt;¹³³

b. uit de rechtspraak uit de jaren 70 en 80 van de vorige eeuw kan m.i. zeker niet zonder meer worden afgeleid dat in feite al de thans in de wet neergeslagen bewijsregel werd gehanteerd.

6.38.2. Noch ook zet het middel in op de nuancering die Uw Raad in het arrest Van Buuren/Heesbeen¹³⁴ heeft aangebracht.

6.39. Het Hof heeft niets vastgesteld en het middel doet geen beroep op stellingen over aard en omvang van de onderneming van Lansink. Toch is dat, zoals we onder 5 al hebben gezien, zeker niet zonder meer

zonder belang. Van een klein schildersbedrijfje (met bijvoorbeeld één of enkele werknemers) kan niet zonder meer hetzelfde worden gevergð als van een groot aannemersbedrijf.¹³⁵

6.40. ø Hofs arrest is blijkens rov. 32 in fine uitdrukkelijk gesteld in de sleutel van het (eerste) arrest Cijsouw/De Schelde.¹³⁶ In dat arrest heeft Uw Raad in rov. 3.6 overwogen:

ö[...] Indien, zoals hier veronderstellenderwijs tot uitgangspunt dient (zie 3.5), De Schelde in de periode 1949-1967 te kort is geschoten in haar verplichting om al die veiligheidsmaatregelen te nemen welke waren vereist met het oog op de haar bekende gevaren van het werken met asbest en dit verzuim de kans dat Cijsouw een tot een mesothelioom leidend asbestkristal zou binnenkrijgen, in aanmerkelijke mate heeft verhoogd, is De Schelde ingevolge art. 1638x voor de daaruit voortvloeiende schade aansprakelijk, ook al heeft die nalatigheid geleid tot de verwezenlijking van een haar toen niet bekend gevaar (mesothelioom). Zulks is slechts anders, indien De Schelde aannemelijk maakt dat het nemen van de destijds vereiste veiligheidsmaatregelen de verwezenlijking van het gevaar van mesothelioom waarschijnlijk niet had kunnen voorkomen.ö

6.41. Het Hof heeft in casu niets vastgesteld over een aanmerkelijke kansverhoging als zojuist bedoeld.¹³⁷ Daarover wordt evenwel niet geklaagd. Dat stelt ons voor problemen bij de beoordeling van de klachten. Enerzijds is Uw Raad gebonden aan de cassatieklachten (die hier ontbreken), anderzijds kan ø Hofs oordeel de bereikte uitkomst slechts dragen wanneer aan deze aanmerkelijke kansverhoging is voldaan. Ik zal hierna proberen tussen deze klippen te varen.

6.42. ø Hofs oordeel waarom Lansink tekort is geschoten, meen ik als volgt te kunnen samenvatten:

- a. Lansink had al vóór 1990 (te weten vanaf het begin van W. Ritsmaø dienstverband; rov. 35) op de hoogte moeten zijn van öde gevaren verbonden aan de blootstelling van gevaarlijke stoffenö (rov. 35). Dat leidt het Hof af uit öde door Ritsma aangehaalde vakliteratuur en het Publicatieblad P-139ö. Van deze literatuur noemt het Hof slechts een publicatie in het Tijdschrift voor sociale geneeskunde (rov. 35);
- b. Lansink heeft niet aangegeven welke maatregelen zij heeft getroffen of instructies heeft gegeven ter voorkoming van genoemd risico (rov. 36);
- c. niet valt in te zien waarom Lansink pas in 1998 een arbokoffer heeft verstrekt (rov. 36);
- d. er werd öniet, en in elk geval niet altijd, (...) geventileerd bij binnenwerkö (rov. 36 i.f.).

6.43. Het middel bestrijdt ø Hofs onder 6.42 sub a genoemde oordeel niet. Met name bestrijdt het ook niet dat van een bedrijf als Lansink niet kon worden gevergð het Tijdschriften voor sociale geneeskunde bij te houden, hoewel dat m.i. allerminst voor zich spreekt.

6.44.1. Het lijkt goed om, à la barbe van ø Hofs arrest en van de klachten, kort stil te staan bij genoemd Publicatieblad (versie 1986). Daarin wordt inderdaad gewezen op gevaren verbonden aan öhet verwerken van verfö(?). Eén van de specifiek genoemde gevaren houdt verband met de gezondheid (onder 3.2). Veel daardoor opgelopen klachten worden veroorzaakt door de opname van schadelijke stoffen via de ademhaling. Speciaal met het oog daarop öheeft men voor een groot aantal stoffen zgn. MAC-waarden vastgesteld (öMaximaal Aanvaardbare Concentratieö), zijnde een concentratie waarin öeen mens gedurende onbepaalde tijd acht uur per dag kan werken zonder dat dit nadelige invloed op zijn gezondheid heeftö (onder 3.2.3.2).

6.44.2. Als preventiemaatregel worden genoemd ventilatie of afzuiginstallaties (onder 3.2.3.3).

6.45. Het Hof legt geen zichtbare belangstelling aan de dag voor de concrete werkomstandigheden van Ritsma en met name niet voor de mate en duur van de blootstelling aan verfstoffen en oplosmiddelen. In het licht van de onder 6.44.1 genoemde MAC-waarden kan evenwel niet in abstracto worden beoordeeld of Lansink tekort is geschoten.

6.46.1. *Mogelijk* bedoelt het Hof, in wiens visie de bewijslast ten deze op de werkgever rust, tot uitdrukking te brengen dat Lansink concreet had moeten aangeven:

a. met welke middelen en

b. met welke frequentie

destijds door Ritsma is gewerkt, terwijl Lansink op dit punt niets nuttige te berde heeft gebracht.

6.46.2. Ik beklemtoon mogelijk, want een dergelijke bedoeling zou moeten worden öngelezenö.

6.47.1. De rode draad van de klachten is dat in abstracto niets nuttigs valt te zeggen over de vraag of Lansink te kort is geschoten, zelfs met het oog op het voorkomen van OPS (waaraan W. Ritsma niet is overleden). Immers valt of staat de zorgplicht van de werkgever met de concrete omstandigheden van het geval. In extremis: een werknemer die slechts héél incidenteel en gedurende korte tijd met computers werkt, behoeft niet te worden ingescherpt dat hij om de twee uur moet pauzeren. Een schildershulp die alleen (voor rekening van de opdrachtgever) op gepaste afstand toekijkt en na afloop van de werkzaamheden de vloer aanveegt, behoeft in het algemeen niet te worden gewaarschuwd voor de gevaren van verf waarmee hij immers niet van doen heeft.

6.47.2. Dit brengt mee dat de onder 6.47.1 weergegeven kernklacht slaagt. Daarmee kraait de haan der victorie nog niet zonder meer voor Lansink omdat vervolgens de vraag rijst of zij op dit punt voldoende heeft gesteld, een vraag die het Hof klaarblijkelijk ontkennend beantwoordt (rov. 37). Meer concreet: had Lansink niet nauwkeurig moeten aangeven hoe vaak en hoe lang Ritsma met welke stoffen in aanraking kwam?

6.48. Het komt mij voor dat Lansink voldoende heeft gesteld over de afwezigheid van een reëel risico voor Ritsma. Met name heeft zij ó naast andere stellingen ó aangevoerd dat de MAC-waarden in casu geenszins zijn overschreden. Lansink heeft deze stelling ook onderbouwd door bij mva een onderzoek over te leggen waaruit valt op te maken dat Ritsma slechts is blootgesteld aan 13% van de MAC-waarde.¹³⁸ Daarom is ook de klacht tegen ø Hofs andersluidende oordeel gegrond.

6.49. Anders dan *onderdeel 3.3.1* betoogt, is ø Hofs arrest m.i. niet innerlijk tegenstrijdig. Rov. 33 behandelt de stelling van Lansink dat er ó kort gezegd ó destijds nog te weinig bekend was over de gevaren van verf. Rov. 34 ziet op een andere kwestie: wat zou zijn gebeurd als Lansink wél voorzorgsmaatregelen had getroffen. Deze klacht faalt dus.

6.50. Bij deze stand van zaken behoeven de overige klachten van dit onderdeel geen bespreking meer. Na verwijzing zal een volledige herbeoordeling moeten plaatsvinden waarbij ook de stellingen van Ritsma, genoemd in de s.t. van mrs. Sagel en Van der Kroon onder 75 en 79, zullen moeten worden behandeld.

6.51. De *onderdelen 3.4 en 3.5* trekken ten strijde tegen ø Hofs oordeel over öfase IIIö. Strikt genomen behoeven al deze klachten geen bespreking. ø Hofs oordelen zijn immers gebaseerd op zijn onjuiste uitgangspunten dat ten deze de Unilever/Dikmans-regel zou gelden én dat Lansink tegendeelbewijs moet leveren. Maar ook wanneer ø Hofs opvatting op dit punt niet op een juridisch misverstand zou berusten, is zij ondeugdelijk.

6.52. *Onderdeel 3.4* richt zich tegen rov. 41 en 42. *Onderdeel 3.4.1* betoogt: öø Hofs oordeel dat de omstandigheid dat ó zoals door Lansink is gesteld en door middel van getuigen is aangeboden te bewijzen ó de kans dat de urotheelkanker een andere oorzaak heeft (aanzienlijk) groter is dan de kans dat de urotheelkanker door de blootstelling is veroorzaakt geen bewijs oplevert dat de urotheelkanker niet door de blootstelling is veroorzaakt, is onjuist althans onbegrijpelijk wanneer minst genomen veronderstellenderwijs ervan uit kan worden gegaan dat die kans minimaal 83% resp. 92,5% is.ö Volgens het onderdeel valt niet in te zien, althans niet zonder nadere motivering, dat een dergelijk kanspercentage onvoldoende zou zijn om bewijs van het ontbreken van *conditio sine qua non*-verband te leveren.

6.53. *Onderdeel 3.4.2* klaagt dat \emptyset Hof's oordeel \emptyset met betrekking tot het [in rov. 41] sub b weergegeven verweer van Lansink (...) blijkt [geeft] van een onjuiste rechtsopvatting \emptyset onder meer ten aanzien van artikel 6:99 BW, 7:658 BW en 150 Rv \emptyset , althans is [het] ontoereikend gemotiveerd in het licht par. 3.4.3 en 3.4.4 hieronder, welke klachten mede in hun onderlinge samenhang moeten worden beschouwd. \emptyset

6.54. *Onderdeel 3.4.3* meent dat het Hof miskend heeft dat \emptyset het hiervoor weergegeven verweer van Lansink \emptyset niet op grond van het bepaalde in art. 6:99 BW terzijde mocht worden geschoven. Volgens het onderdeel is voor toepassing van art. 6:99 BW namelijk onder meer vereist dat vaststaat dat de schade is veroorzaakt door een daarvoor aansprakelijke persoon. De bepaling kan niet worden toegepast indien de kans zeer groot is dat de schade mogelijk het gevolg is van een oorzaak waarvoor geen aansprakelijkheid bestaat, zoals in deze zaak het geval zou zijn.

6.55. *Onderdeel 3.4.4* zet de aanval als volgt voort: \emptyset Anders dan het hof oordeelt, is daarom de omstandigheid dat de kans bestaat dat de kanker van W. Ritsma is veroorzaakt door blootstelling aan gevaarlijke stoffen in het kader van zijn eerdere dienstverbanden \emptyset en dat de kans zelfs (aanzienlijk) groter is dat de kanker toen is veroorzaakt in plaats van bij Lansink \emptyset wel degelijk relevant voor de beoordeling (van Lansink's verweer in fase III) of met toepassing van de arbeidsrechtelijke omkeringsregel het csqn-verband als vaststaand kan worden aangemerkt. \emptyset

6.56. *Onderdeel 3.4.5* bevat geen zelfstandige klacht.

6.57. Het Hof heeft in de bestreden rechtsoverwegingen het volgende overwogen:

\emptyset 41. Lansink heeft in de loop van de procedure diverse feiten en omstandigheden aangevoerd op grond waarvan volgens haar moet worden aangenomen dat de urotheelkanker bij W. Ritsma niet is veroorzaakt door de blootstelling aan gevaarlijke stoffen bij haar, Lansink. De door Lansink aangevoerde feiten en omstandigheden kunnen als volgt worden gerubriceerd:

a. De kans dat de urotheelkanker door de blootstelling bij Lansink is veroorzaakt is klein. Wanneer wordt uitgegaan van een verhoogd risico vanwege de blootstelling van 20% is de kans dat de kanker door de blootstelling is veroorzaakt $20/120$ maal $100\% =$ (ongeveer) 17% . De kans dat de kanker ergens anders door is veroorzaakt is dan ook veel groter. Lansink heeft er in dat verband op gewezen dat kanker door tal van factoren kan worden veroorzaakt. In veel gevallen is het niet goed mogelijk een duidelijke oorzaak aan te wijzen;

b. W. Ritsma is in zijn vroegere functies, als schilder in het bedrijf van zijn vader, en als vrachtwagenchauffeur ook blootgesteld aan stoffen die de kanker kunnen hebben veroorzaakt. De kans dat de kanker toen is veroorzaakt, is zelfs (aanzienlijk) groter dan dat de kanker is veroorzaakt bij zijn werkzaamheden voor Lansink;

c. W. Ritsma heeft in de periode dat hij voor Lansink werkte geregeld \emptyset bijgeklust \emptyset Daar had hij, gelet op het vorstverlet c.a., ook ruimschoots de mogelijkheden voor. De kanker kan ook zijn veroorzaakt door de blootstelling die daarbij heeft plaatsgevonden;

d. W. Ritsma woonde in een omgeving waar veel randongas voorkomt. Randongas is een risicofactor voor het ontstaan van longkanker;

e. De \emptyset life-style factoren \emptyset van W. Ritsma (W. Ritsma heeft een aantal jaren gerookt, heeft zeer lang passief gerookt, doordat zijn echtgenote rookte, en gebruikte alcohol) wijzen op een verhoogd risico op urotheelkanker.

42. Tegen de achtergrond van hetgeen het hof hiervoor in het algemeen heeft overwogen over het door Lansink te leveren bewijs, geldt met betrekking tot deze omstandigheden het volgende:

Ad a: Wanneer Lansink bewijst dat de kans dat de urotheelkanker een andere oorzaak heeft dan de blootstelling (aanmerkelijk) groter is dan de kans dat de urotheelkanker door de blootstelling is

veroorzaakt, heeft zij daarmee nog niet bewezen dat de urotheelkanker niet door de blootstelling is veroorzaakt. De aansprakelijkheid van Lansink wordt ook niet zonder meer verminderd tot 17%. Vermindering is slechts aan de orde voor wat betreft omstandigheden die aan W. Ritsma kunnen worden toegerekend. De omstandigheid dat urotheelkanker diverse mogelijke (andere) oorzaken heeft, kan niet aan hem worden toegerekend en leidt dan ook niet tot vermindering van de aansprakelijkheid van Lansink;

Ad b: Uitgangspunt is dat wanneer de schade van W. Ritsma zowel bij Lansink als bij de vorige werkgevers van W. Ritsma kan zijn ontstaan Lansink en de andere werkgevers, op grond van het bepaalde in artikel 6:99 BW, hoofdelijk aansprakelijk zijn jegens W. Ritsma voor de gehele schade, tenzij Lansink of de andere werkgevers bewijzen dat de schade niet bij hen is ontstaan. Lansink dient dan ook te bewijzen dat de schade bij de andere werkgevers, en niet bij haar, is ontstaan. Dat de kans aanwezig is dat de schade bij de andere werkgevers is ontstaan, is daartoe onvoldoende en vormt ook geen aan W. Ritsma toerekenbare omstandigheid die vermindering van de aansprakelijkheid van Lansink rechtvaardigt;

Ad c: Ritsma heeft met de getuigenverklaringen van haar moeder, haar broer, zichzelf en de directe collega's van W. Ritsma aannemelijk gemaakt dat haar vader zijn vrije tijd voor een groot deel besteedde aan zijn hobby's (o.a. korfbal) en weinig tijd had voor het, anders dan incidenteel, verrichten van schilderwerkzaamheden naast zijn werkzaamheden voor Lansink. Lansink heeft haar stellingen in het licht van de gemotiveerde betwisting ervan door Ritsma, dan ook onvoldoende onderbouwd. Bewijslevering door Lansink is om die reden niet aan de orde;

Ad d: Nu aangenomen moet worden dat niet longkanker maar urotheelkanker de primaire kanker is, is alleen om die reden een eventueel verhoogd risico op longkanker vanwege de blootstelling aan Randongas niet relevant;

Ad e: Het is voldoende aannemelijk geworden dat W. Ritsma enige tijd zelf gerookt heeft, dat hij alcohol gebruikte en dat hij langdurig passief heeft gerookt. Desalniettemin komen de deskundigen tot het oordeel (pag. 6 van hun rapport):

Er kan op basis van de rook- en drinkgewoonten van dhr. Ritsma en daarover aanwezige literatuur gesteld worden dat die bij het ontstaan van zijn blaas- en longkanker niet of slechts in geringe mate een rol gespeeld hebben. Dat geldt in individuele basis ook voor de betekenis van passief roken in relatie tot beide aandoeningen.

De deskundigen hebben dit oordeel in hun rapport uitgebreid onderbouwd. Op blz. 5 van hun rapport hebben de deskundigen het volgende geschreven over de relatie tussen (passief) roken en alcoholgebruik en urotheelkanker:

Bij blaaskanker heeft iemand die minder dan 10 jaren heeft gerookt en dan nog minder dan 10 sigaretten per dag weliswaar 25% meer kans op deze aandoening maar deze relatie was ook bij combinatie van meerdere studies niet statistisch significant (Brennan et al 2000). Meer dan 20 jaar na het stoppen met roken is het risico wanneer men minder dan 20 jaar heeft gerookt nauwelijks hoger dan dat van de niet-rokers. Hoewel op mechanische gronden passief roken ook tot een verhoogd risico zou moeten leiden, is daarvoor het bewijs vanuit epidemiologisch onderzoek nog niet overtuigend (Zeegers et al 2002 en 2004).

(...)

Hoewel er geen twijfel over bestaat dat alcohol kankerverwekkend is, zijn de bevindingen uit de literatuur met betrekking tot het risico op blaas- en longkanker allerm minst eenduidig. Uit recente onderzoeksgegevens komen geen aanwijzingen voor een verhoogd risico op blaaskanker noch op longkanker door gebruik van alcohol (Petucchi et al 2009, Thygesen et al 2009, Chao et al 2008).

In reactie op het commentaar namens Lansink op hun concept-rapport hebben de deskundigen onder meer het volgende opgemerkt (pag 1):

-Blaaskanker. Dhr. Ritsma heeft actief drie jaar (1969-1972) minder dan 10 sigaretten per dag gerookt. Brennan et al (2000) komen na hun analyse van 11 case-control studies tot de conclusie dat er tussen rokers (1-10 sigaretten/dg) en niet rokers pas na 10 jaar roken een significant verschil waarneembaar is in het aantal gevallen van blaaskanker. De bijdrage van actief roken aan een verhoogde kans op het ontstaan van blaaskanker moet bij dhr. Ritsma dan ook gering geacht worden. Van passief roken is zeker sprake geweest. In dat verband werd terecht gewezen op de mogelijkheid van deze blootstelling in de jaren dat dhr. Ritsma nog bij zijn ouders woonde. (aangepast in rapport).

In het commentaar wordt het systematische review van Zeegers et al (2004) aangehaald. Met betrekking tot de betekenis van passief roken stellen zij dat er mogelijk een verband kan bestaan met blaaskanker risico op mechanische gronden, maar dat het bewijs vanuit epidemiologisch onderzoek nog niet overtuigend is. In hun eigen prospectieve studie (Zeegers et al 2003) zagen zij geen verhoogd risico. Hier zou echter nog de kanttekening bij geplaatst kunnen worden, dat Bjerregaard et al (2006) in een grote Europese studie wel een significant verband (RR 1.38) vonden met passief roken tijdens de kinderjaren maar niet wanneer zich deze blootstelling pas vanaf volwassen leeftijd voerde. Binnen de subgroep ex-rokers was dit verband met passief roken tijdens de kinderjaren minder sterk (RR 1.10) en ook niet significant. Dit leidt voor ons tot de conclusie dat een rol voor passief roken bij het ontstaan van blaaskanker bij dhr. Ritsma niet zonder meer kan worden uitgesloten, maar dat haar bijdrage aan een verhoogd risico gering moet worden geacht.

Met betrekking tot de associatie tussen het gebruik van alcohol- en blaaskanker staat in het door IndusTox aangehaalde artikel van Zeegers et al (2004) een tegenstrijdigheid. Uit hun meta-analyse van 30 studies komt een licht verhoogd risico voor alcohol naar voren, maar het is statistisch niet significant. Dan is het opmerkelijk dat men vervolgens bij de conclusies stelt dat er overtuigend bewijs bestaat voor deze relatie. In de samenvatting merkt men dit ook op maar men acht het verhoogde risico klinisch niet relevant. Het alcoholgebruik van dhr. Ritsma bedroeg gemiddeld genomen nog geen 1 consumptie per dag. Zo er al sprake is van een associatie dan zal die met dit gebruik niet van betekenis zijn.ø

Lansink heeft dit oordeel van de deskundigen, zowel in eerste aanleg als in hoger beroep, bestreden. De door haar in dat verband aangevoerde argumenten zijn namens haar ook al naar voren gebracht in reactie op het concept-rapport van de deskundigen en zijn door de deskundigen besproken. Het hof ziet in hetgeen door Lansink is aangevoerd geen reden om zich niet aan te sluiten bij het oordeel van de deskundigen. Daarbij neemt het hof in aanmerking dat het oordeel van de deskundigen hem overtuigend overkomt, nu het deugdelijk is onderbouwd, consistent is en in dat oordeel de namens Lansink aangevoerde argumenten zijn meegewogen. Gesteld noch gebleken is dat de door de deskundigen gehanteerde uitgangspunten over het (passieve) roken en het alcoholgebruik van W. Ritsma onjuist zijn. Naar het oordeel van het hof sluiten deze uitgangspunten overigens ook aan bij wat in de getuigenverhoren over het rookgedrag en alcoholgebruik van W. Ritsma naar voren is gekomen.

Nu het hof het oordeel van de deskundigen over de relatie tussen het rookgedrag en het alcoholgebruik van W. Ritsma en de urotheelkanker volgt, gaat het er vanuit dat het rookgedrag en het alcoholgebruik slechts een geringe rol hebben gespeeld. Onder die omstandigheden is er onvoldoende reden om de aansprakelijkheid van Lansink te verminderen met een percentage wegens omstandigheden die aan W. Ritsma kunnen worden toegerekend.ö

6.58.1. Het onderdeel neemt met juistheid tot vertrekpunt dat in elk veronderstellenderwijs moet worden aangenomen dat de kans dat de blootstelling de oorzaak van de kanker is niet meer is dan 17%. Maar erg helder is die stelling niet, (dus) ook niet in ø Hof's weergave daarvan in rov. 41 onder a. Met name is niet goed duidelijk of Lansink het oog heeft op 17% kans als gevolg van de schilderwerkzaamheden bij haar, of mede op die bij haar voorganger, dan wel mede als gevolg van Ritsma's werkzaamheden als chauffeur. De mva onder 4.6 rept slechts van een öbeduidend grotere kans door zijn werkzaamheden als schilder bij Lansink; onduidelijk is of in dat verband wordt bedoeld op een kans van 17% of een ander percentage en in dat laatste geval wat dat percentage dan zou zijn.¹³⁹ Tegen deze achtergrond bezien, kan

men verdedigen dat het onderdeel in zijn geheel onbegrijpelijk is, of in elk geval niet aan de eisen van voldoende duidelijkheid en precisie voldoet.

6.58.2. Gelet op rov. 29.2 kan m.i. worden aangenomen dat het Hof is uitgegaan van een kansverhoging van 20% in het kader van de werkzaamheden als schilder. Nu Ritsma voordat hij bij Lansink in dienst trad als schilder elders heeft gewerkt, kan die 20% niet alleen op het conto van Lansink worden geschreven.

6.59. \emptyset Hofs gedachtegang is mij in eerlijkheid gezegd niet duidelijk. Zou zijn oordeel zo moeten worden begrepen dat de in rov. 41 sub a genoemde 17% kans dat de werkzaamheden bij Lansink de oorzaak zijn van de urotheelkanker meebrengt dat Lansink het tegendeelbewijs niet heeft geleverd,¹⁴⁰ dan is dat oordeel zonder gedegen nadere toelichting onbegrijpelijk en vermoedelijk ook onjuist. Hoewel rechters zich niet in percentages plegen uit te drukken wanneer zij zeggen dat iets is bewezen, lijkt een ó nauwelijks te motiveren ó zekerheid of waarschijnlijkheid van 83% mij in het algemeen voldoende; zie nader hiervoor onder 4.39 en 4.40.

6.60.1. Meer waarschijnlijk moet \emptyset Hofs oordeel anders worden verstaan. In het voetspoor van de deskundigen neemt het Hof aan dat roken en alcohol in casu (hooguit) slechts een geringe rol hebben gespeeld (rov. 42 onder e p. 32 in fine). Vandaaruit maakt het Hof, als ik het goed zie, een sprong: dús is geen sprake van een (relevante) oorzaak in de sfeer van Ritsma. Ook die conclusie is m.i. niet (voldoende) begrijpelijk.

6.60.2. Dat laatste zou slechts anders zijn wanneer redelijkerwijs zou moeten worden aangenomen dat blaaskanker niet ónatuurlijkó kan ontstaan, maar dat daarvoor ofwel een oorzaak in het werk, dan wel roken of alcoholgebruik nodig is. Op dat punt heeft het Hof evenwel niets vastgesteld.

6.61. In het onderdeel liggen klachten besloten die bij hetgeen onder 6.59 en 6.60 werd opgemerkt aansluiten. Ook die klachten snijden hout.

6.62.1. Een ander oordeel is wellicht mogelijk, maar dat vergt wel een tour de force. Aangenomen zou dan moeten worden dat het Hof het rapport van deskundigen zo heeft gelezen dat zij het volgende willen zeggen:

a. *ex ante* is er bij schilders sprake van een kansverhoging van 20% op blaaskanker;

b. als eenmaal sprake is van kanker, dan ligt voor de hand dat dit komt door de werkzaamheden als schilder (en wellicht ook die van vrachtautochauffeur), tenzij betrokkene veel heeft gerookt of veel alcoholhoudende drank nuttigde. Nu dat laatste niet is gebleken, moet de oorzaak dus wel in het werk worden gevonden.

6.62.2. In het rapport kan ik voor een lezing als vermeld onder 6.62.1 geen goede steun vinden. Alleen al daarom ligt niet voor de hand dat het Hof het rapport zo heeft gelezen. Maar als Uw Raad \emptyset Hofs oordeel zou willen lezen zoals weergegeven onder 6.62.1 mislukt het onderdeel omdat het daar weergegeven oordeel niet wordt bestreden.

6.63. Bij deze stand van zaken behoeft ik niet in te gaan op *onderdeel 3.4.3*.

6.64. Ten overvloede en ten gronde: het onderdeel gaat ervan uit dat óde kans (zeer) groot is dat (...) de schade mogelijk het gevolg is van een oorzaak waarvoor geen aansprakelijkheid bestaató. In dat verband wordt in voetnoot 36 een aantal mogelijke oorzaken vermeld, terwijl in voetnoot 32 vindplaatsen zouden zijn te vinden waarin die stelling zou zijn betrokken. O.m. in de mva onder 1.8 heeft Lansink een dergelijke stelling inderdaad geóteleerd.

6.65.1. Het is juist dat art. 6:99 BW, waar het Hof en passant steun bij zoekt, ziet op gevallen waarin een schade het gevolg kan zijn van twee of meer gebeurtenissen voor elk waarvan een andere persoon aansprakelijk is.¹⁴¹ Het Hof heeft ten minste de mogelijkheid opengelaten dat sprake is van één of meer

relevante oorzaken in de sfeer van Ritsma. In zo'n setting brengt art. 6:99 BW, indien in casu al van toepassing, niet mee dat ieder der aangesprokenen voor het geheel aansprakelijk is. Ik moge verwijzen naar art. 6:102 lid 2 BW.¹⁴²

6.65.2. Vanuit juridisch dogmatisch oogpunt kan men er alleszins over twijfelen of deze laatste bepaling rechtstreeks van toepassing is bij een aantal oorzaken die in de sfeer van de benadeelde liggen, maar die hem niet kunnen worden toegerekend. Die twijfel is met name gerechtvaardigd wanneer het gaat om persoonlijke aanleg of van buiten komende oorzaken waarvoor niemand aansprakelijk is.¹⁴³ Ik behoef daar verder niet op in te gaan omdat Uw Raad in het arrest Nefalit/Karamus kennelijk al deze oorzaken (analoog aan) art. 6:101 BW voor rekening van de benadeelde brengt. Volledigheidshalve stip ik nog aan in art. 3:106 PETL in situaties als de onderhavige al dergelijke omstandigheden voor rekening van de benadeelde blijven.¹⁴⁴

6.66.1. De s.t. van mrs Dempsey en Fruytier onder 5.3.3 vertolkt nog de klacht dat art. 6:99 BW sowieso niet van toepassing is, als ik het goed begrijp omdat onzekerheid bestaat over de veroorzakingsbijdrage van de (potentiële) daders. Mogelijk willen zij tevens aanvoeren dat een vereiste is dat ieder van de potentiële daders de gehele schade heeft berokkend (onder 5.3.5). Ik vraag mij af of dergelijke klachten in het middel worden opgevoerd. Zo ja, dan komen zij vermoedelijk op tegen het onder 6.57 al geciteerde oordeel in rov. 42 onder b in het kader van de beantwoording van de vraag of er causaal bestaat tussen de door het Hof vastgestelde zorgplichtschending en de geconstateerde urotheelkanker.

6.66.2. Het Hof oordeelt in die rechtsoverweging dat in het kader van de beantwoording van de vraag of er causaal verband bestaat tussen de zorgplichtschending van Lansink en de urotheelkanker van W. Ritsma, art. 6:99 BW de panacee is om problemen over veroorzakingswaarschijnlijkheden of -mogelijkheden op te lossen. Een zo ver gaande strekking heeft deze bepaling evenwel niet. Bij een andere opvatting zou het hele recht op zijn kop worden gezet. Steeds wanneer een schade door méér dan één aansprakelijke persoon kán zijn veroorzaakt, maar waarin ook (en misschien wel heel goed) mogelijk is dat de schade op het conto moet worden geschreven van een niet aansprakelijke persoon of in de risicosfeer van de benadeelde valt, zou de kassa ten nadele van ieder die ó kort gezegd ó een fout heeft begaan, gaan rinkelen. Inde lacrimae.

6.67. *Onderdeel 3.5* richt zich (vooral) tegen ø Hofs oordeel dat Ritsma het causaal verband tussen de blootstelling van W. Ritsma bij Lansink en de urotheelkanker van W. Ritsma heeft bewezen (zie rov. 44). *Onderdeel 3.5.1* betoogt: ö Waar het hof ó in navolging van het deskundigenbericht ó overweegt dat niet duidelijk is welke stoffen waaraan schilders worden blootgesteld precies verantwoordelijk zijn voor een verhoogd risico op urotheelkanker en dat aromatische amines, PAKø en gechlloreerde koolwaterstoffen ter zake als verdacht kunnen worden aangemerkt (rov. 24-25, 28.b en 29.4), is onjuist, althans onbegrijpelijk dat het hof een blootstelling van W. Ritsma aan amines en gechlloreerde koolwaterstoffen als een ó voor het (uiteindelijk) als vaststaand aannemen van het csqn-verband ó relevante blootstelling kwalificeert (rov. 29.10).ö Volgens het onderdeel zijn de betreffende stoffen immers, zoals ook reeds zou volgen uit ø Hofs overwegingen en ook door Lansink betoogd zou zijn, enkel *verdacht* voor een verhoogd risico op blaaskanker en is niet bewezen dat zij daadwerkelijk kankerverwekkend zijn.

6.68.1. *Onderdeel 3.5.2* brengt het volgende te berde. öø Hofs oordeel dat sprake is geweest van een relevante blootstelling aan gevaarlijke stoffen die de urotheelkanker van W. Ritsma kunnen hebben veroorzaakt en dat (met toepassing van de arbeidsrechtelijke omkeringsregel) het csqn-verband is bewezen, is evenzeer onjuist en des te onbegrijpelijker gelet op het feit dat het hof weliswaar overweegt dat uit het deskundigenrapport volgt dat W. Ritsma bij Lansink is blootgesteld aan voor een verhoogd risico op blaaskanker verdachte amines en gechlloreerde koolwaterstoffen, maar ook ó blijkens rov. 26 ó dat de blootstelling van W. Ritsma aan aminehoudende producten in de periode 1986-2000 geschat kan worden op slechts maximaal 5% van de werkdagen en omtrent de blootstelling aan gechlloreerde koolwaterstoffen in het deskundigenrapport niet meer is vastgesteld dan dat die özal hebben plaatsgevondenö.ö

6.68.2. Het wijst er vervolgens op dat noch de deskundigen, noch het Hof iets heeft vastgesteld over de al dan niet ögevaarlijkeö aard/mate van de specifiek door Ritsma gebruikte producten of over de

ögevaarlijkeö aard/mate van zijn blootstelling aan daarin verwerkte gevaarlijke stoffen. Dit terwijl bovendien door Lansink onweersproken is betoogd dat

öa. de concentraties amines die vrijkomen bij de toepassing van producten waarin deze zijn verwerkt nauwelijks detecteerbaar zijn, ruimschoots onder de grenswaarden liggen en W. Ritsma bovendien slechts incidenteel met deze producten heeft gewerkt;

b. W. Ritsma slechts in geringe mate met (gechloreerde koolwaterstoffen houdende) afbijt heeft gewerkt; en

c. voor zover W. Ritsma al is blootgesteld aan producten met (verdacht) kankerverwekkende stoffen, die blootstelling zeer beperkt is gebleven, nu slechts incidenteel met epoxyverven en -vulmiddelen is gewerkt, met die producten op een niet voor de gezondheid schadelijke wijze werd gewerkt, W. Ritsma veel in de buitenlucht heeft gewerkt waar de natuurlijke ventilatie zeer goed is, ook bij het binnenschilderwerk (over het algemeen) sprake was van een behoorlijke ventilatie, de huidblootstelling (voor zover al relevant) zeer gering is geweest, en bovendien W. Ritsma niet 52 weken per jaar voor Lansink schilderde (hooguit 25 à 40 weken) en niet gedurende de hele werkdag met verfproducten werkte.ö

6.69.1. *Onderdeel 3.5.3* gaat nog in op een mogelijke tegenwerping, te weten dat het Hof in rov. 29.9 kennelijk tot uitgangspunt heeft genomen dat reeds een enkele, incidentele althans qua omvang en duur zeer beperkte blootstelling aan de door Het hof als verdacht aangemerkte amines en gechloreerde koolwaterstoffen kan leiden tot blaaskanker, althans als een voor de toepassing van de arbeidsrechtelijke omkeringsregel en art. 7:658 BW relevante gevaarstelling kan worden aangemerkt.ö

6.69.2. Ook ø Hofs relativering van de betekenis van de gemiddelde MAC-waarden zou zijn oordeel niet kunnen schragen, aldus *onderdeel 3.5.4*.

6.70. Volgens *onderdeel 3.5.5* is, in het licht van het voorafgaande, evenzeer onjuist, althans ontoereikend gemotiveerd, öø hofs oordeel in rov. 29.11 dat W. Ritsma als een schilder öat riskö kan worden gekwalificeerd, in die zin dat bij hem, door zijn dienstverband bij Lansink, sprake zou zijn van een verhoogd risico op blaaskanker van minimaal 20% en (aldus) voldoende aannemelijk is dat de vastgestelde ó zeer beperkte ó blootstelling aan (hooguit) verdachte stoffen de urotheelkanker kan hebben veroorzaakt, laat staan dat W. Ritsmaø ziekte daardoor is veroorzaakt.ö

6.71. *Onderdeel 3.5.6* zet het fileerwerk voort. Het gaat ó minst genomen veronderstellenderwijs ó uit van een (zeer) beperkte blootstelling aan (hooguit) voor een verhoogd risico op blaaskanker verdachte stoffen, terwijl door de deskundigen en het Hof in het midden is gelaten in welke mate of op welke wijze sprake zou zijn van een ögevaarlijkeö blootstelling evenals of W. Ritsma bij het (incidentele, beperkte) gebruik van aminehoudende en gechloreerde koolwaterstofhoudende producten bij Lansink op gevaarlijke wijze aan die stoffen is blootgesteld. Het wijst er voorts op dat de kans (aanzienlijk) groter is dat W. Ritsmaø ziekte ergens anders door is veroorzaakt dan de blootstelling bij Lansink. Volgens het onderdeel is ø Hofs andersluidende oordeel onbegrijpelijk of ontoereikend gemotiveerd.

6.72. *Onderdeel 3.5.7* rondt af met het verwijt dat al het voorafgaande te meer klemmt wanneer ervan wordt uitgegaan dat het beroep van schilder geassocieerd kan worden met een verhoogd risico op urotheelkanker van (slechts) 8% in plaats van minimaal 20%.

6.73.1. De klachten van *onderdeel 3.5* behoeven om drie zelfstandige redenen geen bespreking:

a. ø Hofs oordeel is gebaseerd op toepasselijkheid van de Unilever/Dikmans-leer;

b. het Hof gaat er van uit dat in de onder a genoemde setting door de werkgever tegendeelbewijs van het (niet aanwezig zijn van het) *condicio sine qua non*-verband moet worden geleverd;

c. \emptyset Hof's hier bestreden oordeel kan reeds uit anderen hoofde niet in stand blijven, zoals is gebleken bij de behandeling van onderdeel 3.4.

6.73.2. De onder a en b genoemde opvattingen zijn onjuist en worden met vrucht bestreden. Al hetgeen daarop voortbouwt, kan daarom evenmin standhouden.

6.74.1. Zonder verder in detail te willen en hoeven treden ten overvloede een enkele opmerking over de hier behandelde klachten ten gronde. Op zich zelf is de waardering van bewijs voorbehouden aan de feitenrechter. De marges voor toetsing in cassatie zijn smal. Maar met Lansink komt het mij voor dat in de gegeven omstandigheden, zoals nader uitgesponnen in de verschillende klachten, onbegrijpelijk is dat het Hof in rov. 44 tot de conclusie is gekomen dat er \emptyset causaal verband [bestaat] tussen de blootstelling van W. Ritsma bij Lansink en de urotheelkanker van W. Ritsma \ddot{o} , waarmee het Hof wil zeggen dat Lansink volledig aansprakelijk is. Dat oordeel is, tot de kern teruggebracht, gebaseerd op de omstandigheid dat deskundigen en in hun voetspoor ook het Hof slechts uitgaan van een kansverhoging van 20%, die is gebaseerd op heel abstracte gegevens over de \ddot{o} verzamelgroep \ddot{o} schilders in een anterieure periode. De rode draad van de klachten is dat abstracte gegevens, die geen enkele relatie (behoeven) te hebben met de werkomstandigheden van Ritsma, gevoegd bij de betrekkelijk geringe (en volgens Lansink nog geringere) kansverhoging \emptyset Hof's oordeel niet kunnen dragen. Die klachten slagen.¹⁴⁵

6.74.2. Mede omdat na verwijzing (helaas) een volledige herbeoordeling zal moeten plaatsvinden, lijkt me zinvol noch nodig om alle door de onderdelen aangedragen elementen afzonderlijk te bespreken. Ik volsta met de opmerking dat het mij onmogelijk lijkt tot het oordeel te geraken dat Lansink *volledig* aansprakelijk is.¹⁴⁶ Daarbij (volledige aansprakelijkheid of niet) is m.i. lood om oud ijzer of wordt uitgegaan van een blootstelling op 5% van de werkdagen (zoals Lansink propageert) of een veel frequentere blootstellingkansverhoging. De uitvoerige en zeker niet onaannemelijke uiteenzetting namens Ritsma (s.t. onder 89 e.v.) waarom 5% niet het uitgangspunt zou moeten zijn, legt daarom in het hier besproken kader niet veel gewicht in de schaal. Ook wanneer dit percentage, zoals het Hof klaarblijkelijk heeft aangenomen in rov. 29.6, veel hoger zou hebben gelegen, blijft overeind dat \emptyset Hof's hele redenering louter is gebaseerd op algemene gegevens die in geen enkel opzicht worden of zelfs maar kunnen worden \ddot{o} terugvertaald \ddot{o} naar W. Ritsma.

6.75. *Onderdeel 4*, te langen leste, richt zich tegen \emptyset Hof's oordeel omtrent de toepassing van het leerstuk van proportionele aansprakelijkheid. Het Hof daaromtrent overwogen:

\ddot{o} 40. Lansink kan zich ook niet zonder meer op vermindering van haar aansprakelijkheid vanwege proportionele causaliteit beroepen. Indien een werknemer schade heeft geleden die kan zijn veroorzaakt, of door een schending van de zorgplicht van een werkgever een werknemer bij diens werkzaamheden voldoende te beschermen tegen gevaarlijke stoffen, of door een aan de werknemer zelf toe te rekenen omstandigheid, of door een aan niemand toe te rekenen omstandigheid, of door een combinatie daarvan, zonder dat met voldoende zekerheid is vast te stellen in welke mate de schade van de werknemer door deze omstandigheden of \acute{e} n daarvan is ontstaan, mag de rechter de werkgever tot vergoeding van de gehele schade van de werknemer veroordelen. De vergoedingsplicht van de werkgever wordt dan verminderd in evenredigheid met de, op een gemotiveerde schatting berustende, mate waarin de aan de werknemer toe te rekenen omstandigheden tot diens schade hebben bijgedragen (HR 31 maart 2006, LJN: AU6092 inzake Karamus/Nefalit). Alleen de aan W. Ritsma toe te rekenen omstandigheden die aan de schade hebben bijgedragen, kunnen dan ook in aanmerking worden genomen bij de eventuele vermindering van de vergoedingsplicht van Lansink.

41. Lansink heeft in de loop van de procedure diverse feiten en omstandigheden aangevoerd op grond waarvan volgens haar moet worden aangenomen dat de urotheelkanker bij W. Ritsma niet is veroorzaakt door de blootstelling aan gevaarlijke stoffen bij haar, Lansink. De door Lansink aangevoerde feiten en omstandigheden kunnen als volgt worden gerubriceerd:

a. De kans dat de urotheelkanker door de blootstelling bij Lansink is veroorzaakt is klein. Wanneer wordt uitgegaan van een verhoogd risico vanwege de blootstelling van 20% is de kans dat de kanker door de

blootstelling is veroorzaakt 20/120 maal 100% = (ongeveer) 17%. De kans dat de kanker ergens anders door is veroorzaakt is dan ook veel groter. Lansink heeft er in dat verband op gewezen dat kanker door tal van factoren kan worden veroorzaakt. In veel gevallen is het niet goed mogelijk een duidelijke oorzaak aan te wijzen;

b. W. Ritsma is in zijn vroegere functies, als schilder in het bedrijf van zijn vader, en als vrachtwagenchauffeur ook blootgesteld aan stoffen die de kanker kunnen hebben veroorzaakt. De kans dat de kanker toen is veroorzaakt, is zelfs (aanzienlijk) groter dan dat de kanker is veroorzaakt bij zijn werkzaamheden voor Lansink;

[...]

42. Tegen de achtergrond van hetgeen het hof hiervoor in het algemeen heeft overwogen over het door Lansink te leveren bewijs, geldt met betrekking tot deze omstandigheden het volgende:

Ad a: Wanneer Lansink bewijst dat de kans dat de urotheelkanker een andere oorzaak heeft dan de blootstelling (aanmerkelijk) groter is dan de kans dat de urotheelkanker door de blootstelling is veroorzaakt, heeft zij daarmee nog niet bewezen dat de urotheelkanker niet door de blootstelling is veroorzaakt. De aansprakelijkheid van Lansink wordt ook niet zonder meer verminderd tot 17%. Vermindering is slechts aan de orde voor wat betreft omstandigheden die aan W. Ritsma kunnen worden toegerekend. De omstandigheid dat urotheelkanker diverse mogelijke (andere) oorzaken heeft, kan niet aan hem worden toegerekend en leidt dan ook niet tot vermindering van de aansprakelijkheid van Lansink;

Ad b: Uitgangspunt is dat wanneer de schade van W. Ritsma zowel bij Lansink als bij de vorige werkgevers van W. Ritsma kan zijn ontstaan Lansink en de andere werkgevers, op grond van het bepaalde in artikel 6:99 BW, hoofdelijk aansprakelijk zijn jegens W. Ritsma voor de gehele schade, tenzij Lansink of de andere werkgevers bewijzen dat de schade niet bij hen is ontstaan. Lansink dient dan ook te bewijzen dat de schade bij de andere werkgevers, en niet bij haar, is ontstaan. Dat de kans aanwezig is dat de schade bij de andere werkgevers is ontstaan, is daartoe onvoldoende en vormt ook geen aan W. Ritsma toerekenbare omstandigheid die vermindering van de aansprakelijkheid van Lansink rechtvaardigt;

[...]ö

6.76. *Onderdeel 4.1.1* betoogt dat het Hof aldus blijkt heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting ten aanzien van de omstandigheden die in het kader van het leerstuk van proportionele aansprakelijkheid tot een vermindering van de vergoedingsplicht van de werkgever kunnen leiden. Aangevoerd wordt dat in beginsel alle omstandigheden die liggen buiten de sfeer van de werkzaamheden voor de werkgever, toegerekend dienen te worden aan de werknemer.

6.77. Volgens *onderdeel 4.1.2* heeft het Hof in elk geval miskend dat enkele in de bovenstaande overwegingen aangeduide omstandigheden tot een vermindering van de vergoedingsplicht kunnen leiden en in dit geval ook tot een dergelijke vermindering moeten leiden. Het gaat hier om de omstandigheden dat de kans veel groter is dat de urotheelkanker ergens anders door dan door blootstelling aan gevaarlijke stoffen bij Lansink is veroorzaakt, dat urotheelkanker diverse mogelijke oorzaken heeft, dat het in veel gevallen niet goed mogelijk is om een duidelijke oorzaak aan te wijzen en dat de kans (aanzienlijk) groter is dat de ziekte door een eerder dienstverband is veroorzaakt.

6.78. Bij de beoordeling van deze klachten, moet het al vaker genoemde arrest Nefalit/Karamus tot richtsnoer worden genomen.¹⁴⁷ Voor zover thans van belang werd daarin overwogen in rov. :

ö[...] Eveneens onaanvaardbaar, maar nu tegenover de werkgever, ook al is deze tegenover de werknemer tekortgeschoten in zijn zorgplicht, is het echter de onzekerheid over het causaal verband met de schade van de werknemer geheel voor risico van de werkgever te laten komen, *in weerwil van de niet zeer kleine kans dat buiten de uitoefening van de werkzaamheden gelegen omstandigheden die aan de werknemer*

moeten worden toegerekend (zoals roken, genetische aanleg, veroudering of van buiten komende oorzaken), de schade (mede) hebben veroorzaakt. Hierbij verdient opmerking dat die laatste drie omstandigheden de werknemer weliswaar niet kunnen worden verweten, maar in de verhouding tot de werkgever voor risico van de werknemer komen.

Mede gelet op de aan de artikelen 6:99 en 6:101 BW ten grondslag liggende uitgangspunten moet daarom worden aangenomen dat, indien een werknemer schade heeft geleden die, gelet op de hiervoor bedoelde kanspercentages, zowel kan zijn veroorzaakt door een toerekenbare tekortkoming van zijn werkgever in de nakoming van zijn verplichting de werknemer in de uitoefening van diens werkzaamheden voldoende te beschermen tegen een voor de gezondheid gevaarlijke stof, *als door een aan de werknemer zelf toe te rekenen omstandigheid als hiervoor bedoeld*, als door een combinatie daarvan, zonder dat met voldoende zekerheid is vast te stellen in welke mate de schade van de werknemer door deze omstandigheden of één daarvan is ontstaan, de rechter de werkgever tot vergoeding van de gehele schade van de werknemer mag veroordelen, *met vermindering van de vergoedingsplicht van de werkgever in evenredigheid met de, op een gemotiveerde schatting berustende, mate waarin de aan de werknemer toe te rekenen omstandigheden tot diens schade hebben bijgedragen.* [...]ö [cursivering toegevoegd]

6.79. Het Hof heeft het arrest Nefalit/Karamus kennelijk aldus uitgelegd dat bij de beantwoording van de vraag of er grond bestaat voor het aannemen van proportionele aansprakelijkheid, slechts die omstandigheden ter zake waarvan de werknemer een *verwijt* kan worden gemaakt voor zijn rekening kunnen komen (zie rov. 40). Deze uitleg is evenwel onjuist. Dat blijkt voldoende duidelijk uit de verwijzing naar van buiten komende omstandigheden, maar ook factoren zoals genetische aanleg of veroudering. De hierop inhakende klachten snijden hout.

6.80.1. Niet juist is daarentegen de klacht dat ook aan vorige werkgevers toe te schrijven oorzaken, die tot dezelfde (fatale) ziekte hebben bijgedragen, *zonder meer en geheel* voor rekening van de werknemer komen. *Als* er voldoende grond is om aan te nemen dat één of meer andere werkgevers de werknemer hebben blootgesteld aan werkomstandigheden die de schade die zich heeft gemanifesteerd (in casu urotheelkanker) kunnen hebben veroorzaakt (omdat sprake is van een rechtens voldoende kansverhoging) én die andere werkgevers in hun zorgverplichting jegens de werknemer tekort zijn geschoten, dan is art. 6:99 BW van toepassing.¹⁴⁸ Dat betekent nog niet zonder meer dat de aangesproken werkgever onder de zojuist genoemde omstandigheden aansprakelijk is voor alle bijdragen van de andere werknemers; zie hiervoor onder 6.65.

6.80.2. De vraag of (redelijkerwijs kan worden aangenomen dat) naast Lansink (dat staat nog te bezien) ook het schildersbedrijf waarbij Ritsma eerder in dienst was of de transportonderneming waar hij weer eerder heeft gewerkt, jegens Ritsma aansprakelijk zijn ó wat in beginsel¹⁴⁹ een voorwaarde is voor toepasselijkheid van art. 6:99 BW ó kan zo nodig na verwijzing worden onderzocht.

6.81.1. Ter verdediging van ø Hofs benadering beroept Ritsma zich in de s.t. onder 98 op een in extenso geciteerde passage van Keirse.¹⁵⁰ Deze uiteenzetting is evenwel niet gemakkelijk te begrijpen. Immers gebruikt ze kennelijk twee elkaar niet dekkende omschrijvingen van öprivé-oorzaakö, te weten a) oorzaken gelegen öbuiten de constitutieö van de werknemer en b) oorzaken die op de voet van art. 6:101 BW voor rekening van de benadeelde moeten worden gebracht. Kort daarvoor had ze nu juist betoogd dat van buiten komende omstandigheden niet in aanmerking komen voor verdiscontering op de voet van art. 6:101 BW. Deze onheldere uiteenzetting kan ø Hofs oordeel dus niet stofferen.

6.81.2. Verder zoeken mrs Sagel en Van der Kroon hun heil bij een artikel van Vegter.¹⁵¹ Vegter spreekt er haar verbazing over uit dat Uw Raad in het arrest Nefalit/Karamus oorzaken als genetische aanleg voor rekening laat komen van de benadeelde. Zij acht dat in strijd met de predispositie rechtspraak. Hiervoor gaf ik al aan dat deze opvatting op een misverstand berust. Ik laat dan nog maar rusten dat het Hof niets heeft geoordeeld over dergelijke omstandigheden in de sfeer van Ritsma, terwijl de klachten daarop ook niet inhaken.

6.82. Ik lees in het onderdeel niet de klacht dat een percentage van 17 in de gegeven ó hiervoor onder 3 nader uitgewerkte ó omstandigheden te gering zou zijn om voor toewijzing in aanmerking te komen.

7. Afronding

7.1. Het Hof heeft bewonderenswaardig veel werk van deze zaak gemaakt. Zijn arrest is uitzonderlijk uitvoerig. Ik kan me niet geheel aan de indruk onttrekken dat het Hof naar het gewenste resultaat heeft toegewerkt. Zeker in een tragische zaak als de onderhavige is dat, in elk geval uit menselijk oogpunt, te prijzen.

7.2. Ik wil niet verhelen ook met deze zaak te hebben geworsteld. Binnen de bestaande rechtspraak zijn, mede gelet op de uiteenlopende opvattingen in de doctrine, verschillende benaderingen mogelijk, uiteenlopend van afwijzing van de vordering (waarbij zich verschillende mogelijkheden aandienen) tot toewijzing voor een gedeelte (waarbij verschillende percentages verdedigbaar zijn). Volledige toewijzing is, met alle respect voor het Hof en de auteurs ó niet de minsten ó die dat oordeel verdedigbaar achten, m.i. bij de huidige stand van het recht redelijkerwijs niet mogelijk. En ik geloof op de ampel ontwikkelde gronden ook niet dat we die kant op moeten gaan.

7.3.1. De moeilijkheden waar deze zaak ons voor plaatst zijn juist gelegen in de omstandigheid dat er binnen zekere grenzen verschillende keuzes zouden kunnen worden gemaakt. Dan komen rechtspolitieke argumenten om de hoek kijken, argumenten die mede worden gevoed door een redelijkheidsoordeel. Iedere keuze die men in dit soort zaken maakt, heeft voor- en nadelen. Het varen van een voorzichtige koers is onbevredigend bezien vanuit het perspectief van slachtoffers. Daar staat tegenover dat een ruimhartige koers zeer wel kan leiden tot onverzekerbaarheid en/of grote financiële moeilijkheden voor talloze ondernemingen, vooral maar zeker niet alleen in de sfeer van het midden- en kleinbedrijf. In mijn ogen heeft Hartlief volkomen gelijk wanneer hij betoogt dat

verzekerbaarheid van aansprakelijkheid van cruciaal belang is voor het systeem, van maatschappelijk belang bovendien.¹⁵²

7.3.2. Hartlief stelt verder nog de belangrijke vraag aan de orde of we verzekeraars erop mogen afrekenen dat zij ó kort gezegd ó niet met nuttige gegevens zijn gekomen.¹⁵³ Met die vraag heb ik niet al te veel moeite. Omdat dit een structureel verschijnsel is ó geen enkele verzekeraar komt met nuttige gegevens ó denk ik dat we de branche op deze wijze van procederen nog wel zouden mogen öafrekenenö.

7.3.3. Maar Hartlief wijst er met juistheid op dat het probleem dieper zit. Als we inderdaad vinden dat verzekerbaarheid zo belangrijk is, dan kunnen we de ontwikkeling van het recht niet överlaten aan partijen in een procedureö.¹⁵⁴ Op zich genomen onderschrijf ik die opvatting van harte. Het probleem daarbij is ó Hartlief kan dat niet helpen; verzekeraars en hun advocaten wél, voor zover hun cliënten hen toestaan de kwestie aan te kaarten en/of de rekening daarvoor te betalen ó dat we in belangrijke mate in het duister tasten. We beschikken niet over een glazen bol (in elk geval niet één die hier van enig nut is). We weten niet wat de toekomst voor ons in petto heeft. We moeten het dus doen met de beschikbare gegevens en moeten onze conclusies baseren op hetgeen het gezond verstand ons zegt. Dat laatste wordt mede gekleurd door ervaringen uit het verleden.

7.3.4. Zoals al eerder aangegeven, is mijn overtuiging, öwijsö geworden door hetgeen ik de afgelopen ruim twintig jaar (dus ook al voordat ik A-G werd) heb gezien en gehoord ó binnen en buiten Nederland ó dat veel sombere voorspellingen uitkomen. Niet geheel zoals men verwachtte en niet steeds zo spoedig als degenen die toen als doemdenkers werden bestempeld dachten. Maar heel ver zaten ze er meestal niet naast. Het ögebeurdeö slechts wat later dan zij hadden voorspeld.¹⁵⁵

7.4. Op de ampel aangegeven gronden opteer ik voor een voorzichtige benadering. Deze is niet alleen ingegeven door de gedachte dat het in de gegeven omstandigheden de minst slechte keuze is om de deur naar aansprakelijkheid niet te ver open te zetten. De tweede reden is hierin gelegen dat m.i. niet onredelijk is dat de consequenties van een aantal onzekerheden op het bord van de benadeelde terecht komen. Zoals bekend ó ik heb daar nooit een geheim van gemaakt ó geloof ik vergaande slachtofferbescherming, maar niet tot iedere prijs. Binnen het bestaande wettelijk kader is Uw Raad werknemers m.i. voldoende tegemoet gekomen. Die opvatting zal niet een ieder me in dank afnemen,

maar ik draai er in elk geval ó zoals te doen gebruikelijk ó niet omheen. Dat maakt een inhoudelijke discussie gemakkelijker.

7.5. Bezien vanuit het gezichtspunt van voortvarende afhandeling van zaken die ertoe doen helaas, kan er m.i., los van de feitenvaststelling en ø Hofs in cassatie niet bestreden drietrapsraket, vrijwel niets van ø Hofs arrest overeind blijven.

Conclusie

Deze conclusie strekt tot algehele vernietiging van het bestreden arrest.

Hoge Raad

1. Het geding in feitelijke instanties

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar de navolgende stukken:

a. de vonnissen in de zaak 361444 CV 07-7469 van de kantonrechter te Lelystad van 6 augustus 2008, 21 januari 2009 en 7 juli 2010;

b. het arrest in de zaak 200.074.885/01 van het gerechtshof te Arnhem van 27 maart 2012.

(...; red.)

2. Het geding in cassatie

(...; red.)

3. Uitgangspunten in cassatie

3.1. In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan:

i. W. Ritsma, geboren op 1 mei 1943, is in 1976 in dienst getreden bij Lansink als (onderhouds)schilder. Voordien heeft hij gewerkt als vrachtwagenchauffeur en (vanaf 1968) als schilder bij twee andere bedrijven. Met ingang van 25 april 2000 is hij arbeidsongeschikt geraakt voor zijn werk bij Lansink.

ii. Bij W. Ritsma is begin 2000 een kwaadaardige tumor ontdekt in het nierbekken (urotheelcelcarcinoom). Ongeveer gelijktijdig werd een verdachte afwijking op de linker long gezien. Er werd een kwaadaardige tumor in de longen aangetroffen (plaveiselcelcarcinoom). W. Ritsma heeft voor beide tumoren operatieve ingrepen ondergaan op respectievelijk 27 april en 29 mei 2000. In september 2000 zijn uitzaaiingen ontdekt in de blaas en in de longen. W. Ritsma is op 18 februari 2001 aan zijn ziekte overleden. Door de behandelend artsen is destijds niet vastgesteld of sprake is geweest van urotheel-/blaaskanker met uitzaaiingen, van longkanker met uitzaaiingen of van twee primaire tumoren.

iii. W. Ritsma heeft Lansink op 17 oktober 2000 aansprakelijk gesteld voor de door hem ten gevolge van zijn ziekte geleden en nog te lijden schade.

(De verzekeraar van) Lansink heeft aansprakelijkheid van de hand gewezen.

3.2.1. Ritsma en haar (inmiddels overleden) moeder L. Veenstra ó dochter respectievelijk weduwe van W. Ritsma ó hebben in dit geding gevorderd vergoeding van schade als bedoeld in art. 6:108 BW en, in hun hoedanigheid van erfgenamen, van schade als bedoeld in art. 6:107 BW. Na het overlijden van L. Veenstra is de procedure door Ritsma voortgezet. Ritsma betoogt dat W. Ritsma gedurende zijn dienstverband bij Lansink heeft gewerkt met epoxyverven, polyurethaanverven, houtrotmiddelen en betonreparatiemiddelen, welke producten aromatische amines bevatten die in verband zijn gebracht met urotheelkanker. Bovendien is W. Ritsma bij het afschuren van oude (al dan niet loodhoudende) verflagen en het gebruik van (dichloormetaanhoudend) verfabijtmiddel geconfronteerd met situaties die een verhoogde kans op longkanker met zich brengen. Volgens Ritsma heeft Lansink nagelaten te voorkomen dat W. Ritsma met genoemde producten werkte en heeft zij verzuimd te zorgen voor adequate bescherming van W. Ritsma op grond waarvan zij aansprakelijk is op de voet van art. 7:658 BW.

3.2.2. De twee door de kantonrechter benoemde deskundigen hebben, kort samengevat, gerapporteerd dat schilders 20% meer kans hebben op het krijgen van blaaskanker en 20-50% meer kans op het krijgen van longkanker, hetgeen betekent dat 17% van de gevallen van blaaskanker en 17-33% van de gevallen van longkanker bij schilders vermeden zouden kunnen worden door de blootstellingen aan kankerverwekkende stoffen te elimineren. Omdat niet duidelijk is welke stoffen in de verfproducten verantwoordelijk zijn voor de verhoogde kans op kanker heeft het geen zin om een analyse te maken van de verschillende stoffen waaraan W. Ritsma is blootgesteld. Wel is de veronderstelling gewettigd dat W. Ritsma blootgesteld is geweest aan stoffen ödie verdacht blaaskanker kunnen veroorzakenö en östoffen die verdacht longkanker kunnen veroorzakenö. De invloed van leefgewoonten en passief meeroken van W. Ritsma hebben niet of verwaarloosbaar klein bijgedragen aan een verhoogde kans op kanker. De beroepen die W. Ritsma heeft gehad voor hij in dienst trad bij Lansink (vrachtwagenchauffeur van 1959 tot 1968 en schilder van 1968 tot 1977) kunnen hebben bijgedragen aan het verhoogde risico van W. Ritsma op kanker, maar die mogelijke bijdragen laten zich niet goed kwantificeren (rov. 3.1 van het tussenvonnis van 7 juli 2010).

De kantonrechter heeft tot uitgangspunt genomen dat het oorzakelijk verband tussen de ziekte van W. Ritsma en zijn werk voor Lansink bestaat, indien komt vast te staan dat W. Ritsma tijdens zijn werkzaamheden voor Lansink in een zodanige mate is blootgesteld aan (toxische) stoffen die urotheelkanker en/of longkanker kunnen veroorzaken, dat zijn ziekte door die werkzaamheden kan zijn veroorzaakt. Naar het oordeel van de kantonrechter moet het daarbij wel gaan om een reële kans dat de blootstelling de ziekte heeft veroorzaakt (rov. 6.1 van het tussenvonnis van 6 augustus 2008). De bevindingen van de deskundigen bieden onvoldoende grond voor het aannemen van het (minimaal) vereiste oorzakelijk verband tussen de werkzaamheden die W. Ritsma voor Lansink heeft verricht en zijn ziekte (rov. 6 van het eindvonnis van 7 juli 2010). Een (algemene) kans van 17% dat de ziekte van W. Ritsma is veroorzaakt door zijn werkzaamheden als schilder is op zichzelf reeds beperkt, aldus de kantonrechter, en daarbij komt dat blijkens het deskundigenrapport de verhoogde kans van W. Ritsma op kanker ook reeds aanwezig was vóór zijn indiensttreding bij Lansink vanwege zijn eerdere werkzaamheden. Daarmee wordt de kans dat de ziekte van W. Ritsma is veroorzaakt door zijn werkzaamheden voor Lansink verminderd. De drempel voor het (kunnen) aannemen van een causaal verband wordt niet gehaald. Daarom heeft de kantonrechter de vorderingen afgewezen.

3.3.1. Het hof nam tot uitgangspunt dat in de bewijslevering van het causaal verband (in de zin van *condicio sine qua non*-verband) tussen de blootstelling en de gezondheidsschade drie fasen zijn te onderscheiden.

De eerste fase is die waarin de werknemer dient te stellen en zo nodig te bewijzen dat hij aan gevaarlijke stoffen is blootgesteld en dat de gezondheidsklachten door de blootstelling kunnen zijn veroorzaakt. Pas wanneer de werknemer over deze drempel heen is, is het in de volgende fase aan de werkgever om te stellen en te bewijzen dat hij aan zijn zorgplicht heeft voldaan, bij gebreke waarvan het causaal verband in beginsel vaststaat. Dit geldt in beginsel, aldus het hof, omdat de werkgever in de derde fase nog kan

stellen en zo nodig bewijzen dat geen sprake is van causaal verband tussen de blootstelling en de gezondheidsklachten. (rov. 14)

Deze onderscheiding is in cassatie niet bestreden.

3.3.2. Het hof heeft hieruit afgeleid dat in de eerste fase van bewijslevering slechts vereist is dat Ritsma bewijst dat W. Ritsma bij zijn werk voor Lansink aan gevaarlijke stoffen is blootgesteld en dat aannemelijk is dat de bij hem opgetreden kanker door (deze mate van) blootstelling kan zijn ontstaan. In die fase is van een ondergrens ó al dan niet omschreven als öene reële kans ó geen sprake (rov. 16). Het hof neemt op grond van verschillende medische rapportages ó in cassatie onbestreden ó tot uitgangspunt dat de urotheelkanker de primaire kanker is geweest, zodat slechts relevant is of W. Ritsma bij Lansink is blootgesteld aan stoffen die urotheelkanker kunnen veroorzaken (rov. 22).

Op grond van de deskundigenrapporten, de getuigenverklaringen en het partijdebat, heeft het hof bewezen geacht dat W. Ritsma bij zijn werkzaamheden is blootgesteld aan stoffen die urotheelkanker kunnen veroorzaken en dat deze blootstelling de urotheelkanker bij W. Ritsma kan hebben veroorzaakt, waarmee aan de voorwaarden van fase 1 is voldaan (rov. 23-30).

3.3.3. Voorts was het hof van oordeel dat Lansink is tekortgeschoten in de naleving van haar zorgplicht jegens W. Ritsma. Naar het oordeel van het hof had Lansink vanaf het begin van het dienstverband van W. Ritsma op de hoogte moeten zijn van de gevaren die zijn verbonden aan de blootstelling aan gevaarlijke stoffen. Dat leidt het hof af uit de door Ritsma aangehaalde vakliteratuur, waaronder een publicatie uit het Tijdschrift voor sociale geneeskunde, en het Publicatieblad P-139. Lansink heeft niet aangegeven welke maatregelen zij heeft getroffen of instructies zij heeft gegeven ter voorkoming van genoemde gevaren. Niet valt in te zien waarom Lansink pas in 1998 een arbokoffer had moeten verstrekken, aldus het hof. Bovendien werd niet (altijd) geventileerd bij binnenwerk. (rov. 35-36)

3.3.4. Op grond hiervan heeft het hof geoordeeld dat het causaal verband tussen de urotheelkanker en (de blootstelling aan gevaarlijke stoffen bij) de werkzaamheden van W. Ritsma voor Lansink vaststaat, zodat de laatste in beginsel aansprakelijk is voor de schade van Ritsma, tenzij Lansink tegenbewijs levert ten aanzien van het bestaan van causaal verband tussen de urotheelkanker en de blootstelling (fase 3). Daarvoor is het niet voldoende te bewijzen dat de kanker een andere oorzaak heeft dan de blootstelling, aldus het hof, of zelfs dat de kans dat de kanker een andere oorzaak heeft groter is dan die blootstelling. Ook de vaststelling dat het beroep van schilder geassocieerd wordt met een verhoogd risico op urotheelkanker van 20% ó dat is 17% van de gevallen van urotheelkanker binnen de beroepsgroep ó voldoet naar het oordeel van het hof niet voor het door Lansink te leveren bewijs van het ontbreken van causaal verband. De stelling van Lansink dat het oorzakelijk verband tussen de zorgplichtschending en de schade onvoldoende aannemelijk is, gezien het feit dat de schade zowel bij Lansink als bij de vorige werkgevers van W. Ritsma kan zijn ontstaan, kan Lansink evenmin baten. Naar het oordeel van het hof zijn Lansink en de eerdere werkgevers op grond van art. 6:99 BW hoofdelijk aansprakelijk voor de geleden schade. Het hof komt tot de slotsom dat Lansink niet erin is geslaagd te bewijzen dat de urotheelkanker van W. Ritsma niet is veroorzaakt door de blootstelling aan gevaarlijke stoffen bij Lansink. (rov. 38-44)

3.3.5. Het hof heeft ten slotte geoordeeld dat Lansink zich ook niet zonder meer op vermindering van haar aansprakelijkheid vanwege öproportionele causaliteit ó kan beroepen (rov. 40). Naar het oordeel van het hof kunnen alleen de aan W. Ritsma toe te rekenen omstandigheden die aan de schade hebben bijgedragen in aanmerking worden genomen bij de eventuele vermindering van de vergoedingsplicht van Lansink. Ten aanzien van de door Lansink aangevoerde omstandigheden ó namelijk dat de kans dat de urotheelkanker een andere oorzaak heeft dan de blootstelling bij Lansink (aanmerkelijk) groter is dan de kans dat zij door die blootstelling is veroorzaakt (welke kans ongeveer 17% bedraagt), en de omstandigheid dat W. Ritsma in zijn vroegere functies als schilder en als vrachtwagenchauffeur ook is blootgesteld aan stoffen die de kanker kunnen hebben veroorzaakt ó is het hof van oordeel dat deze niet aan W. Ritsma kunnen worden toegerekend en daarom niet tot vermindering van aansprakelijkheid van Lansink kunnen leiden. (rov. 41-42)

3.3.6. Aangezien naar het oordeel van het hof sprake is van oorzakelijk verband tussen de urotheelkanker bij W. Ritsma en de blootstelling aan gevaarlijke stoffen, en ook vaststaat dat Lansink ten aanzien van die blootstelling in haar zorgplicht jegens W. Ritsma is tekortgeschoten, acht het hof Lansink jegens W. Ritsma en diens erven aansprakelijk. De vorderingen zijn alsnog toegewezen.

4. Beoordeling van het middel

4.1.1. Onderdeel 2 van het middel ó het eerste onderdeel bevat geen klachten ó klaagt over de uitleg die het hof heeft gegeven aan de regel uit de (hierna te vermelden) arresten Unilever/Dikmans en Havermans/Luyckx. Onderdeel 2.2 betoogt dat het hof heeft miskend dat art. 7:658 BW betrekking heeft op gezondheidsschade die de werknemer daadwerkelijk heeft geleden door de blootstelling aan gevaarlijke stoffen. Onderdeel 2.3 betoogt dat het hof daarmee heeft miskend dat voor de toepassing van genoemde regel vereist is dat voldoende aannemelijk moet zijn gemaakt dat de kans respectievelijk een verhoogd risico op de ziekte van de werknemer door de blootstelling aan gevaarlijke stoffen, zich heeft verwezenlijkt. Onderdeel 2.4 bestrijdt als onjuist het oordeel van het hof dat de regel uit de arresten Unilever/Dikmans en Havermans/Lucyckx meebrengt dat voor het antwoord op de vraag of de blootstelling aan bepaalde stoffen de gezondheidsschade van de werknemer kan hebben veroorzaakt, geen juridische ondergrens bestaat, in die zin dat de grootte van die kans niet van belang is (rov. 16). Het betoogt dat dit oordeel miskent dat voor aansprakelijkheid op de voet van art. 7:658 BW vereist is dat er een reële kans bestaat dat de ziekte door de blootstelling is veroorzaakt.

4.1.2. Bij de beoordeling van deze klachten wordt het volgende vooropgesteld. Wanneer een werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden is blootgesteld aan voor de gezondheid gevaarlijke omstandigheden en schade aan zijn gezondheid heeft opgelopen, moet het door de werknemer te bewijzen oorzakelijk verband tussen de werkzaamheden en die schade in beginsel worden aangenomen indien de werkgever heeft nagelaten de maatregelen te treffen die redelijkerwijs nodig zijn om te voorkomen dat de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden dergelijke schade lijdt. Voor de toepassing van deze regel is nodig dat de werknemer niet alleen stelt en zo nodig bewijst dat hij zijn werkzaamheden heeft moeten verrichten onder omstandigheden die schadelijk kunnen zijn voor zijn gezondheid, maar ook dat hij stelt en zo nodig aannemelijk maakt dat hij lijdt aan gezondheidsklachten die daardoor kunnen zijn veroorzaakt (HR 17 november 2000, LJN AA8369, NJ 2001/596, Unilever/Dikmans, HR 23 juni 2006, LJN AW6166, NJ 2006/354, Havermans/Luyckx, en HR 9 januari 2009, LJN BF8875, NJ 2011/252, Landskroon/BAM).

4.1.3. Voor zover de klachten betogen dat het hof een onjuiste uitleg heeft gegeven aan de regel uit de arresten Unilever/Dikmans en Havermans/Luyckx, treffen zij doel. Het oordeel van het hof dat die regel meebrengt dat voor het antwoord op de vraag of de gezondheidsklachten van de werknemer kunnen zijn veroorzaakt door de blootstelling aan gevaarlijke stoffen rechtens geen ondergrens bestaat, in die zin dat de grootte van die kans daarvoor niet van belang is, geeft blijk van een onjuiste rechtsopvatting. De hier bedoelde regel drukt het vermoeden uit dat de gezondheidsschade van de werknemer is veroorzaakt door de omstandigheden waarin deze zijn werkzaamheden heeft verricht. Dat vermoeden wordt gerechtvaardigd door hetgeen in het algemeen bekend is omtrent de ziekte en haar oorzaken, alsook door de schending door de werkgever van de veiligheidsnorm die beoogt een en ander te voorkomen. Gelet daarop is voor dit vermoeden geen plaats in het geval het verband tussen de gezondheidsschade en de arbeidsomstandigheden te onzeker of te onbepaald is. Het bestreden oordeel kan daarom niet in stand blijven.

4.2.1. Onderdeel 3 klaagt onder meer dat het hof op onjuiste, althans onbegrijpelijke, gronden met betrekking tot ofase 2ö heeft geoordeeld dat Lansink niet aan haar zorgplicht heeft voldaan. De klachten komen in de kern genomen erop neer dat het hof ten onrechte heeft geoordeeld dat Lansink ermee bekend behoorde te zijn dat er gevaren verbonden zijn aan het werken met verven en oplosmiddelen (rov. 35). Dat vage en algemene gevaar is evenwel ontoereikend voor het oordeel dat Lansink haar zorgplicht heeft geschonden, aldus het betoog van Lansink, in aanmerking genomen haar in hoger beroep betrokken stellingen, die als volgt kunnen worden samengevat: (i) Lansink werkte enkel met verfproducten van gerenommeerde leveranciers, welke producten volstrekt alledaags waren en hooguit in beperkte mate

stoffen bevatten die schadelijk kunnen zijn voor de gezondheid, (ii) de mate waarin die stoffen in de verfproducten waren verwerkt en de wijze waarop die producten door huis- en onderhoudsschilders als W. Ritsma werden gebruikt, brachten geen destijds kenbare risico's voor de gezondheid mee, althans behoeften destijds geen aanleiding te zijn tot het nemen van verstrekkende maatregelen, (iii) W. Ritsma is gedurende zijn dienstverband met Lansink slechts in zeer geringe mate blootgesteld aan oplosmiddelen en die blootstelling bleef ruimschoots beneden de toen geldende maximale concentraties (de zogenoemde MAC-waarden). Op grond van deze omstandigheden concludeert Lansink dat zij aan haar zorgplicht jegens W. Ritsma heeft voldaan (onderdeel 3.3-3.3.8).

4.2.2. Het hof heeft tot uitgangspunt genomen dat de vraag of een werkgever op grond van de op hem rustende zorgplicht die maatregelen heeft genomen die redelijkerwijs nodig zijn om te voorkomen dat de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade lijdt, beantwoord dient te worden aan de hand van de in de betrokken periode geldende maatstaven (HR 2 oktober 1998, LJN [ZC2721](#), NJ 1999/683). Wanneer concrete voorschriften ontbreken, dient aan de hand van de concrete omstandigheden te worden beoordeeld of de werkgever aan zijn zorgplicht heeft voldaan (vgl. HR 11 november 2005, LJN [AU3313](#), NJ 2008/460). Daarbij heeft het hof onder meer van belang geacht of het gevaar dat zich heeft gerealiseerd, kenbaar was op het moment dat de veiligheidsmaatregelen getroffen werden (rov. 32).

Dit uitgangspunt is in cassatie niet bestreden.

4.2.3. Voorts heeft het hof geoordeeld dat het enkele feit dat tot 1990 het gevaar van kanker door blootstelling aan verf en oplosmiddelen niet kenbaar was, nog niet doorslaggevend is. Het is dan ook van belang na te gaan of Lansink in de periode tot 1990 gehouden was met het oog op andere gevaren dan het ontstaan van kanker veiligheidsmaatregelen te treffen. Indien Lansink maatregelen zou hebben getroffen ter voorkoming van OPS/CTE, dan zou zij daarmee ook het risico op het verkrijgen van een carcinogene aandoening aanzienlijk hebben verkleind. De vraag of Lansink in de periode tot 1990 gehouden was maatregelen te treffen ter voorkoming van OPS/CTE, beantwoordde het hof bevestigend. Gelet op de door Ritsma aangehaalde vakliteratuur en het Publicatieblad P-139 behoorde Lansink naar het oordeel van het hof vanaf het begin van het dienstverband van W. Ritsma rekening te houden met òde gevaren verbonden aan de blootstelling aan gevaarlijke stoffen (rov. 34-35).

Het onderdeel klaagt onder meer dat dit een òvaag en algemeen gevaar is, dat ontoereikend is voor het oordeel dat Lansink haar zorgplicht heeft geschonden (onderdeel 3.3.2). Die klacht treft doel. Het hof heeft weliswaar met juistheid geoordeeld dat het enkele feit dat tot 1990 het gevaar van kanker door blootstelling aan verf en oplosmiddelen niet kenbaar was, nog niet doorslaggevend is, maar zijn oordeel dat uit de aangehaalde vakliteratuur en het Publicatieblad P-139 volgt dat Lansink bekend behoorde te zijn met òde gevaren verbonden aan de blootstelling aan gevaarlijke stoffen, en dat zij ó zoals het hof kennelijk heeft geoordeeld ó op die grond maatregelen had moeten treffen dan wel instructies had moeten geven die hadden bijgedragen tot de beperking van die gevaren, is zonder nadere toelichting onbegrijpelijk. Het hof heeft ó in het licht van de door Lansink aangevoerde omstandigheden, zoals hiervoor in 4.2.1 samengevat ó nagelaten te vermelden welke zorgplicht Lansink naar zijn oordeel heeft geschonden en welke maatregelen zij had moeten nemen, of welke instructies zij had moeten geven, en het heeft aldus zijn oordeel onvoldoende gemotiveerd.

4.3.1. Onderdeel 4 klaagt over de verwerping door het hof van het door Lansink subsidiair gedane beroep op HR 31 maart 2006, LJN [AU6092](#), NJ 2011/250, Nefalit/Karamus (zie hiervoor in 3.3.5). Het klaagt onder meer dat tot de omstandigheden die tot een vermindering van de vergoedingsplicht van de werkgever op de voet van art. 7:658 BW kunnen leiden in beginsel alle omstandigheden behoren die voor de werkgever buiten de sfeer van de werkzaamheden liggen (onderdeel 4.1.1).

4.3.2. De regel uit het hiervoor genoemde arrest ó ook wel aangeduid als proportionele aansprakelijkheid ó is bedoeld voor gevallen waarin niet kan worden vastgesteld of de schade is veroorzaakt door een normschending (onrechtmatig handelen of toerekenbare tekortkoming) van de aansprakelijk gestelde persoon of van iemand voor wie hij aansprakelijk is, dan wel door een oorzaak die voor risico van de benadeelde zelf komt (of door een combinatie van beide oorzaken), en waarin de kans dat de schade door de normschending is veroorzaakt niet zeer klein noch zeer groot is. Onder een oorzaak die voor risico van

de benadeelde zelf komt wordt in een geval als het onderhavige verstaan een buiten de uitoefening van de werkzaamheden gelegen omstandigheid die aan de werknemer moet worden toegerekend, zoals roken, genetische aanleg, veroudering of van buiten komende oorzaken. Die laatste drie omstandigheden kunnen de werknemer weliswaar niet worden verweten, maar komen in de verhouding tot de werkgever voor zijn risico (vgl. HR 31 maart 2006, rov. 3.13). Het hof heeft dit miskend. De klacht slaagt derhalve.

4.4. De overige klachten van het middel behoeven geen behandeling.

5. Beslissing

De Hoge Raad:

vernietigt het arrest van het gerechtshof te Arnhem van 27 maart 2012;

verwijst het geding naar het gerechtshof ø-Hertogenbosch ter verdere behandeling en beslissing;

veroordeelt Ritsma in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van Lansink begroot op p 885,35 aan verschotten en p 2.600,= voor salaris.

Noot

Inleiding

1. Met dit arrest geeft de Hoge Raad nadere invulling aan de in HR 17 november 2000, *NJ* 2001, 596, m.nt. W.D.A. Asser (*Unilever/Dikmans*) geformuleerde en in HR 23 juni 2006, *NJ* 2006, 354 (*Haverman/Luckx*) gepreciseerde, werknemersvriendelijke öregel van bewijslastverdelingö voor een procedure ex art. 7:658 BW, waarin de werknemer zijn werkgever aanspreekt tot vergoeding van schade als gevolg van blootstelling aan een gevaarlijke stof in de uitoefening van zijn werkzaamheden. Voordat aan de orde komt wat het hier te bespreken arrest toevoegt aan de genoemde jurisprudentie, zal eerst kort worden stilgestaan bij het vaste stramien van stellen en bewijzen in procedures tot aansprakelijkstelling van de werkgever voor schade opgelopen in de uitoefening van de werkzaamheden.

Kern van de zaak

2. De erven van een in 2001 overleden schilder hebben van het schildersbedrijf, waarvoor het slachtoffer sinds 1976 op basis van een arbeidsovereenkomst werkzaam is geweest, op de voet van art. 6:107 en 6:108 BW vergoeding gevorderd van schade, nu de in 2000 geconstateerde kanker waaraan het slachtoffer is gestorven ó in hun optiek ó is veroorzaakt door blootstelling aan (onder meer in verf aanwezige) gevaarlijke stoffen. De in eerste aanleg benoemde deskundigen hebben de kans op veroorzaking van kanker door blootstelling aan gevaarlijke stoffen op het werk bepaald op 17%. De leefgewoonten van het slachtoffer hebben, aldus hen, in verwaarloosbare mate bijgedragen aan de ontwikkeling van kanker. Eerdere arbeidsbetrekkingen (waarin de overledene werkzaam is geweest als vrachtwagenchauffeur respectievelijk schilder) brachten daarentegen (in hun visie) wel een, zij het niet kwantificeerbare, verhoging van de kans op deze ziekte met zich mee. Nu niet duidelijk is welke in verfproducten verwerkte stoffen de kans op kanker vergroten, had het (naar de mening van de deskundigen) geen zin na te gaan aan welke (van die in verf verwerkte) stoffen de overledene bij deze werkgever is blootgesteld. De kantonrechter heeft de vordering afgewezen. Het Hof heeft de werkgever veroordeeld tot schadevergoeding.

A. Kader: stelplicht en bewijslast voor aansprakelijkheid ex art. 7:685 BW

A.1. Omvang zorgplicht afhankelijk van omstandigheden van het geval

3. Ingevolge art. 7:658 lid 1 BW rust op de werkgever een zorgplicht voor de veiligheid van zijn werknemers. Dit is meer dan een zorgvuldigheidsplicht (vgl. bijvoorbeeld F.B.J. Grapperhaus, HR 11 maart 2005, «JAR» 2005/84 (ABN AMRO/Nieuwenhuis) in: M.J.A.C. Driessen e.a. (red.), *Het arbeidsrecht in 50 uitspraken*, Kluwer Deventer 2e druk, p. 121). Zorgplichten roepen op tot behartiging van andermans belangen (vgl. K.J.O. Jansen, *Informatieplichten. Over kennis en verantwoordelijkheid in contractenrecht en buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*. Kluwer Deventer 2012, p. 2 en Tjong Tjin Tai 2006, p. 97).

4. Op iedere deelnemer aan het maatschappelijk verkeer kan tot op zekere hoogte, bijvoorbeeld wanneer hij zich de belangen van derden moet aantrekken, een plicht tot informatiegaring rusten. Voor hen op wie qualitate qua een zorgplicht rust, zoals op werkgevers jegens hun werknemers, geldt dit des te sterker. Tussen kennis en aansprakelijkheid bestaat, zo beschouwd, een correlatie. De zorgplicht van werkgevers voor de veiligheid van hun personeel noopt onder meer tot informatiegaring over de aan het werk verbonden gevaren. De werkgever zal zich dus zo goed mogelijk op de hoogte moeten stellen van gezondheidsrisico's, bijvoorbeeld verbonden aan de gebruikte of vrijgekomen stoffen, om de werknemer hiertegen een adequate bescherming te bieden. Ook als het maatschappelijk aanvaardbaar wordt geacht de gevaarlijke stof te verwerken of te gebruiken, ontheft dit de werkgever niet van zijn plicht om veiligheidsmaatregelen te treffen ter voorkoming van de hem bekende (of bij hem bekend te veronderstellen) gevaren (vgl. HR 2 oktober 1998, NJ 1999, 683 m.nt. J.B.M. Vranken (*De Schelde/Cijsouw II*)).

5. Voormelde zorgplicht van de werkgever hangt nauw samen met zijn zeggenschap over de werkzaamheden. De grondslag voor de regeling van art. 7:658 BW moet dan ook voornamelijk worden gevonden in het vermogen van de werkgever om (althans in klassieke arbeidsverhoudingen) tot op grote hoogte de omstandigheden te bepalen waaronder de, te zijnen behoeve te verrichten, werkzaamheden worden uitgevoerd (vgl. HR 11 maart 2005, NJ 2010, 309, m.nt. Hartlief (*ABN AMRO/Nieuwenhuis*)). Hoe ver de zorgplicht reikt, hangt af van de concrete situatie (vgl. bijv. HR 14 april 1978, NJ 1979, 245). In de rechtspraak is de zorgplicht geleidelijk aan nader ingekleurd. De afgelopen decennia zijn de maatschappelijke opvattingen over de van de werkgever te verlangen beschermingsmaatregelen geleidelijk aan strenger geworden. Welke maatregelen redelijkerwijs van de werkgever mochten worden verwacht, hangt echter (onder meer) af van hetgeen de werkgever van de aan de gebruikte materialen of stoffen inherente gezondheidsrisico's wist of (gelet op de maatschappelijke kring waartoe hij behoort) diende te weten toen de werkzaamheden werden verricht (vgl. bijv. HR 2 oktober 1998, NJ 1999, 683). Art. 7:658 BW stelt de werkgever niet voor de onmogelijke opgaaf elk denkbaar gevaar uit te bannen.

A.2. Verankering bescherming werknemer in zorgplicht van lid 1 en in omkering bewijslast van lid 2

6. Art. 7:658 BW behelst een schuld-, geen risicoaansprakelijkheid (vgl. HR 2 maart 2007, NJ 2007, 143 (*Perez/Casa Grande*) en HR 8 februari 2008, NJ 2008, 93 (*Lagraauw/Van Schie*)). De werkgever moet een verwijt kunnen worden gemaakt van de veroorzaakte schade. Juist op dit punt schiet het tweede lid van art. 7:658 BW de werknemer te hulp. Het eerste lid van art. 7:658 BW vindt voor wat betreft de bescherming van de werknemer, zijn complement in de regeling van (de bewijslastverdeling, vervat in) het tweede lid. In de regel kan de werknemer er immers in eerste instantie mee volstaan te stellen en zo nodig te bewijzen schade te hebben opgelopen in de (ruim uit te leggen) uitoefening van zijn werkzaamheden (vgl. bijv. HR 11 november 2011, «JAR» 2011/315, m.nt. B. Barentsen en NJ 2011, 598, m.nt. Hartlief (*Rooyse Wissel*)), waarna het aan de werkgever is, wiens aansprakelijkheid hiermee in beginsel is gegeven, te stellen en zo nodig te bewijzen zijn zorgplicht te zijn nagekomen. Dit betreft dus voor de werkgever een ander bewijsthema. Art. 7:658 BW kent aldus een gelaagde structuur.

B. Beroepsziekten

B.1. Algemeen

7. Een bijzondere categorie van werkgerelateerde gezondheidsschade betreft de zogeheten beroepsziekten waarvan de symptomen zich eerst na verloop van tijd (en dus soms pas na beëindiging van de

arbeidsovereenkomst) manifesteren. Blootstelling aan een voor de gezondheid gevaarlijke stof kan hiervan de oorzaak zijn. Anders dan het geval is als de werknemer op het werk een ongeval overkomt, waarna in de regel niet in geschil is of de schade is opgelopen in de uitoefening van de werkzaamheden, geeft een allicht op de arbeidsomstandigheden terug te voeren ziekte waarvan de symptomen pas na geruime tijd aan het licht treden al snel discussie over het c.s.q.n.-verband tussen arbeidsomstandigheden en schade. In die gevallen, waarin de symptomen van een opgelopen aandoening zich eerst na een lange periode tonen, is het voor de werknemer dikwijls vrijwel ondoenlijk het c.s.q.n.-verband aan te tonen tussen blootstelling en ziekte (waaraan niet zelden ook andere oorzaken ten grondslag kunnen liggen). De hiervoor benodigde gegevens bevinden zich immers veelal in de sfeer van de werkgever.

B.2. Beroepsziekten: gevaarlijke stof. Handreiking aan werknemer in Unilever/Dikmans

8. Zou van de, naar eigen zeggen, aan een gevaarlijke stof blootgestelde werknemer worden verlangd te stellen en zo nodig te bewijzen zijn beroepsziekte te hebben opgelopen in de uitoefening van het werk ó hetgeen dikwijls geen geringe opgaaf zal blijken nu hij bijvoorbeeld niet altijd zal kunnen achterhalen welke stoffen in een (mogelijk) ver verleden werden gebruikt of in het productieproces vrijkwamen, welke gezondheidsrisico's hieraan kleefden, welke maatregelen de werkgever heeft getroffen (en naar de toenmalige stand der wetenschap had behoren te treffen) en welke stoffen de desbetreffende gezondheidsschade kunnen hebben veroorzaakt ó dan zou de met art. 7:658 BW aan de werknemer geboden bescherming op onaanvaardbare wijze worden uitgehold. Daarom is de Hoge Raad de werknemer (in *Unilever/Dikmans*, met een, zoals blijkt uit HR 9 januari 2009, *NJ* 2011, 252 *Landskroon/Bam*, niet alleen voor gevaarlijke stoffen, doch tot omstandigheden die schadelijk kunnen zijn voor de gezondheid ó opgerichte regel) te hulp geschoten, en wel op twee niveaus.

Handreiking 1

9. Om te beginnen reikt de Hoge Raad werknemers de helpende hand waar voorshands moet worden uitgegaan van c.s.q.n.-verband tussen blootstelling en ziekte als de werknemer (I) stelt en zo nodig bewijst in de uitoefening van zijn werkzaamheden te zijn blootgesteld aan een voor de gezondheid schadelijke stof en (II) voorts aannemelijk maakt dat zijn gezondheidsklachten hierdoor kunnen zijn veroorzaakt, terwijl (III) het de werkgever niet lukt de naleving van zijn zorgplicht te bewijzen. De met het woord *ontzijing* in art. 7:658 lid 2 BW ingeluide bewijslast van de werkgever wordt hiermee als het ware naar voren gehaald. De *regel* van bewijslastverdeling *uit Unilever/Dikmans* behelst dus geen omkering van de bewijslast. Zij sluit nauw aan op de in HR 26 januari 1996, *NJ* 1996, 607 (*Dicky Trading II*) geformuleerde (en in latere arresten aangescherpte) omkeringsregel, op grond waarvan (als wordt voldaan aan de voorwaarden voor toepassing van deze regel) de rechter het causaal verband voorshands bewezen oordeelt. Staat de blootstelling vast en is aannemelijk dat die tot de opgetreden ziekte kan hebben geleid, dan is het ó terwijl het c.s.q.n.-verband niet is bewezen, doch slechts wordt aangenomen ó aan de werkgever om te stellen en zo nodig te bewijzen zijn zorgplicht te hebben nageleefd (en niet andersom, aan de werknemer de schending van die zorgplicht aan te tonen). Art. 7:658 lid 2 BW keert op dit punt ó de naleving van de zorgplicht ó de bewijslast om.

Handreiking 2

10. Ten tweede komt de Hoge Raad de werknemer tegemoet door zijn stelplicht ten aanzien van de blootstelling aan een gevaarlijke stof te verlichten. Hier wordt immers van de werkgever verlangd zijn betwisting van de blootstelling aan een gevaarlijke stof en veroorzaking van schade nader aan te kleden (nu de desbetreffende gegevens zich immers dikwijls in het domein van de werkgever bevinden). Van de werkgever mag dus worden verlangd zijn verweer te staven met feitelijke gegevens die meer in zijn sfeer liggen dan in die van de werknemer, teneinde de (op dit punt met het bewijs belaste) werknemer aanknopingspunten te bieden; de werkgever draagt dus een verzwaarde stelplicht, vergelijkbaar met die welke rust op een beroepsbeoefenaar die aansprakelijk wordt gesteld voor een door hem gemaakte kunstfout (vgl. bijv. HR 18 februari 1994, *NJ* 1994, 368).

B.3. Is niet voldaan aan de toepassingsvoorwaarden voor de regel van bewijslastverdeling uit Unilever/Dikmans dan gelden de gewone eisen van stelplicht en bewijslast

11. Wordt niet voldaan aan deze toepassingsvoorwaarden van de regel van bewijslastverdeling van *Unilever/Dikmans* dan valt de werknemer terug in het reguliere bewijsregime van art. 7:658 (en moet hij dus stellen en zo nodig bewijzen de schade te hebben opgelopen in de uitoefening van zijn werkzaamheden).

B.4. Tegenbewijs van werkgever mogelijk tegen voorshands aangenomen causaal verband

12. Zelfs als de werkgever zich niet weet te disculperen (door naleving van zijn zorgplicht aan te tonen), ligt de vordering van werknemer niet zonder meer voor toewijzing gereed. De werkgever kan niet alleen aan aansprakelijkheid ontkomen door het hem in het tweede lid opgedragen bewijs te leveren, doch ook door tegenbewijs te leveren tegen het voorshands aangenomen c.s.q.n.-verband tussen de blootstelling aan een gevaarlijke stof en de opgelopen aandoening, waarvoor voldoende is het bewijs te ontzenuwen (vgl. HR 16 maart 2007, *NJ* 2008, 485). Tevens kan hij aansprakelijkheid ontlopen door aan te tonen dat de schade het gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer of ook zou zijn opgetreden als hij wel aan zijn zorgplicht had voldaan.

B.5. Lid 1 en 2 van art. 7:658 BW zijn onlosmakelijk met elkaar verbonden

13. De hier onderscheiden beoordelingsfasen lopen (bij toepassing van de regel uit *Unilever/Dikmans*) goeddeels in elkaar over. De vraag aan welke stof een werknemer is blootgesteld en of die voor de werknemer in de gegeven omstandigheden, gelet op de getroffen maatregelen, een (al dan niet aanzienlijk) risico op de gemanifesteerde ziekte in zich droeg, spelen bijvoorbeeld een rol bij de beoordeling of de ziekte is opgelopen in de uitoefening van de werkzaamheden alsook bij de beantwoording van de vraag of de werkgever zich kan disculperen.

C. Belang van dit arrest

C.1. Ondergrens voor toepassing omkeringsregel

14. Een slechts theoretische kans op veroorzaking van de gezondheidsklachten door blootstelling aan de gebruikte gevaarlijke stof is (zoals al besloten lag in *Landskroon/Bam*) niet voldoende om voorshands c.s.q.n.-verband aan te nemen tussen blootstelling en schade. Aannemelijk (in de hier bedoelde zin) is de veroorzaking van de ziekte door de blootstelling aan een gevaarlijke stof slechts als een (niet gepreciseerde) ondergrens wordt gepasseerd. De Hoge Raad overweegt: „De hier bedoelde regel drukt het vermoeden uit dat de gezondheidsschade van de werknemer is veroorzaakt door de omstandigheden waarin deze zijn werkzaamheden heeft verricht. Voor een illusoir causaal verband is deze regel van bewijslastverdeling (zoals al besloten lag in *Unilever/Dikmans* en HR 23 juni 2006, *NJ* 2006, 345 (*Havermans/Luckx*)) niet gegeven. Het ligt tegelijkertijd niet direct in de rede voormeld c.s.q.n.-verband slechts voorshands aan te nemen wanneer de kans op veroorzaking van de opgetreden ziekte door blootstelling aan de desbetreffende stof zeer aanzienlijk is. De bewuste regel van bewijslastverdeling uit *Unilever/Dikmans* zou dan nauwelijks nog een functie hebben. Het is ten eerste voor werknemers (om hiervoor genoemde redenen) dikwijls lastig aan hun daarop gerichte stelplicht te voldoen. Bovendien bestaat dan weinig licht tussen deze tegemoetkoming en de reguliere bewijslast (op de voet van art. 150 Rv), nu ook voor c.s.q.n.-verband geen wiskundige zekerheid wordt verlangd; het volstaat als een redelijke mate van zekerheid over de veroorzaking van de schade door de blootstelling wordt verschaft. Wanneer dit punt wordt bereikt, valt niet goed in een percentage uit te drukken. Het strookt ook met het slot van r.o. 4.1.3. waarin de Hoge Raad de tegemoetkoming uit *Unilever/Dikmans* niet op zijn plaats acht wanneer het verband tussen de gezondheidsschade en de arbeidsomstandigheden te onzeker of te onbepaald is, om de lat voor deze aannemelijkheid niet te hoog te leggen. Zou in het geheel geen ondergrens worden aangelegd dan zou dit aan de andere kant werkgevers in ernstige problemen kunnen brengen (vgl. hetgeen A-G Spier hierover opmerkt in zijn verhelderende conclusie vóór dit arrest).

15. Ook met het oog op de door de Hoge Raad voor gevallen van meervoudige causaliteitsonzekerheid geformuleerde rechtsregel uit HR 31 maart 2006, *NJ* 2011, 250 (*Nefalit/Erven Karamus*), ook wel aangeduid als proportionele aansprakelijkheid, ligt het in de rede de regel van bewijslevering uit *Unilever/Dikmans* eerst voor toepassing in aanmerking te laten komen zodra een zekere drempel wordt

gepasseerd. Nu ziet *Unilever/Dikmans* niet op meervoudige causaliteitsonzekerheid en behelst dit arrest (in tegenstelling tot *Nefalit/Erven Karamus*) een regel van bewijslevering, maar in beide uitspraken wordt de benadeelde, op wie in beginsel de bewijslast van het c.s.q.n.-verband rust, de helpende hand bereikt. Dit gebeurt in *Nefalit/Erven Karamus* door af te stappen van het vereiste van c.s.q.n.-verband en de schadevergoedingsplicht te beperken tot de (in een percentage uitgedrukte) kans dat de normschending van de aansprakelijk gestelde partij tot de schade heeft geleid (vgl. de conclusie van A-G Hammerstein vóór HR 14 december 2012, *NJ* 2013, 236). De omkeringsregel ó op grond waarvan behoudens tegenbewijs voorshands wordt uitgegaan van c.s.q.n.-verband tussen normschending en de schade ó kan in de door *Nefalit/Erven Karamus* bestreken gevallen geen uitkomst bieden. De als proportionele aansprakelijkheid aangeduide rechtsregel uit *Nefalit/Erven Karamus* is immers geschreven voor gevallen waarin niet kan worden vastgesteld of de schade is veroorzaakt door een normschending van de aansprakelijk gestelde persoon (of iemand voor wie hij aansprakelijk is), dan wel door een oorzaak die voor risico komt van de benadeelde (of een combinatie van die oorzaken. Voor proportionele aansprakelijkheid moet een zekere ondergrens zijn gepasseerd; slechts bij een niet zeer kleine kans op veroorzaking van de schade door de normschending komt die rechtsregel voor toepassing in aanmerking.

16. Gemeenschappelijk aan de proportionele aansprakelijkheid en de regel van bewijslevering uit *Unilever/Dikmans* is de aannemelijkheid dat het met de normschending in het leven geroepen risico zich heeft gematerialiseerd. De regel van bewijslevering uit *Unilever/Dikmans* is niet gegeven voor een zuiver hypothetische veroorzaking van de schade door de fout of tekortkoming van de aangesproken partij. Het is dan ook in lijn met *Nefalit/Erven Karamus* om niet reeds bij een louter denkbeeldige veroorzaking van de schade door de normschending van de aangesproken partij voorshands bewijs van het c.s.q.n.-verband aan te nemen tussen normschending en schade. Het sluit eveneens aan op de leer van het verlies van een kans, waarvoor (na vaststelling van het c.s.q.n.-verband tussen normschending en het verlies van een kans) eerst ruimte bestaat als de benadeelde door de normschending een reële ó dit is niet zeer kleine ó kans op een beter resultaat is onthouden (vgl. HR 21 december 2012, *NJ* 2013, 237 (*D&T/H&H*)) om ook voor de regel van bewijslevering uit *Unilever/Dikmans* een ondergrens aan te leggen.

17. Het vermoeden van veroorzaking van de schade door de blootstelling zal, zo maakt de Hoge Raad duidelijk, in de regel kunnen worden gevestigd door öhetgeen in het algemeen bekend is omtrent de ziekte en haar oorzaken, alsook door de schending door de werkgever van de veiligheidsnorm die beoogt een en ander te voorkomenö. Hier zijn twee stappen te onderscheiden: 1) kan de stof waaraan de werknemer is blootgesteld überhaupt tot de opgelopen aandoening hebben geleid en 2) met welke mate van waarschijnlijkheid heeft dit risico zich, gegeven onder meer de door de werkgever getroffen maatregelen, gematerialiseerd. Het eerste en tweede lid van art. 7:658 BW lopen aldus in elkaar over.

C.2. Specificiteitseis

18. Met hetgeen is vermeld in par. C.1 hangt het volgende samen, al heeft het hier te bespreken oordeel van de Hoge Raad betrekking op de zorgplicht van de werkgever (en niet op de stelplicht en bewijslast van de werknemer aangaande het causaal verband tussen blootstelling en schade). Waar, aldus het hof, de werkgever ó gelet op de door werknemer aangedragen vakliteratuur ó van het begin van de arbeidsovereenkomst af aan rekening moest houden met öde gevaren verbonden aan de blootstelling aan gevaarlijke stoffenö (en op die grond maatregelen had moeten treffen of instructies had moeten verschaffen om het gevaar voor de veiligheid van de werknemers te beteugelen), heeft het hof, aldus de Hoge Raad, zijn oordeel onvoldoende begrijpelijk gemotiveerd. Het hof had, in het licht van de door werkgever te zijner verdediging aangedragen (gedetailleerde) stellingen, moeten vaststellen welke zorgplicht zou zijn geschonden en welke maatregelen dan wel instructies van de werkgever mochten worden verlangd (maar zijn uitgebleven). Het hof bleef te algemeen. Voert de werkgever genoegzaam verweer door bijvoorbeeld te wijzen op onbekendheid met de risico's in de periode waarin de werkzaamheden werden verricht, de kleine kans op veroorzaking van de ziekte door de desbetreffende blootstelling, de geringe mate waarin de betrokken werknemer met de stoffen in aanraking is gekomen en de ondernomen veiligheidsmaatregelen, dan moet worden geconcretiseerd in welke zorgplicht de werkgever is tekortgeschoten en welke maatregelen hij had behoren te treffen. Het algemene verwijt de aan blootstelling aan stoffen verbonden gevaren voor schade niet te hebben ingedamd, is wanneer de werkgever op dit punt deugdelijk verweer voert, te onbepaald om een zorgplichtschending op te baseren.

C.3. Of de werkgever aan zijn zorgplicht voldoet, kan afhangen af van de vraag of hij de redelijkerwijs van hem ter voorkoming van een andere ziekte te verlangen maatregelen heeft getroffen

19. Voor het antwoord op de vraag of de werkgever is tekortgeschoten in zijn zorgplicht, is (aldus het door de Hoge Raad gesanctioneerde oordeel van het hof) niet beslissend dat (van 1976) tot 1990 het aan het gebruik van verf en oplosmiddelen verbonden risico op ontwikkeling van kanker onbetwistbaar was. Hier dringt zich een parallel op met eerdere jurisprudentie van de Hoge Raad over gebruik van asbest waarin, kortweg, de Hoge Raad heeft uitgemaakt dat onbekendheid met bepaalde aan asbest verbonden gevaren er niet aan in de weg staat een tekortkoming in de nakoming van de werkgevers zorgplicht aan te nemen indien de ter voorkoming van de wel bekende aandoening te nemen maatregelen ook de kans op ontwikkeling van het nog onbekende gevaar in betekenende mate hadden kunnen verminderen. De zorgplicht wordt dus niet enkel bepaald door de kennis van het oorzakelijk verband tussen de gebruikte stof en de desbetreffende ziekte of aandoening. Zij wordt tevens omlijnd door de wetenschap van andere aan dezelfde of een andere stof verbonden gevaren. Ter beantwoording van de vraag of de werkgever is tekortgeschoten in de naleving van zijn zorgplicht is dus niet beslissend of hij de ziekte of aandoening waarmee een werknemer (na enige tijd) wordt geconfronteerd daadwerkelijk kende of behoorde te kennen op het moment waarop de litigieuze werkzaamheden werden verricht, maar tevens of de schending van de verplichting om de vereiste maatregelen te nemen ter voorkoming van een toentertijd wel bekend risico op een bepaalde aandoening de kans op het destijds nog onbekende gevaar in betekenende mate heeft verhoogd (vgl. HR 25 juni 1993, *NJ* 1993, 686 en, m.nt. P.A. Stein en de noot van J.B.M. Vranken onder HR 2 oktober 1998, *NJ* 1999, 683 (*De Schelde/Erven Cijssouw II*). Is dit het geval dan gaat de werkgever niet vrijuit.

C.4. proportionele aansprakelijkheid; oorzaak die voor risico komt van de benadeelde

20. Tot de (met grote terughoudendheid toe te passen) leer van de proportionele aansprakelijkheid aan de zijde van de gelaedeerde in aanmerking te nemen omstandigheden behoort al hetgeen niet is te herleiden tot de uitoefening van de werkzaamheden in dienst van de aansprakelijk gestelde werkgever, zoals een confrontatie met mogelijk gezondheidsschade veroorzakende giftige stoffen bij een vorige werkgever en genetische aanleg, veroudering of van buiten komende oorzaken, ofschoon de werknemer van de laatste drie omstandigheden geen verwijt kan worden gemaakt. Onder een oorzaak die voor risico van de benadeelde zelf komt wordt in een geval als het onderhavige verstaan een buiten de uitoefening van de werkzaamheden gelegen omstandigheid die aan de werknemer moet worden toegerekend, zo overweegt de Hoge Raad. Toepassing van de regel van bewijslastverdeling van *Unilever/Dikmans* hoeft dus niet uiteindelijk uit te monden in een volledige aansprakelijkheid van de werkgever. De besproken regel van bewijslevering uit *Unilever/Dikmans* en de leer van de proportionele aansprakelijkheid sluiten elkaar niet uit. Is met toepassing van de regel van bewijslevering uit *Unilever/Dikmans* vastgesteld dat de schade kan zijn veroorzaakt door blootstelling aan een gevaarlijke stof en heeft de werkgever zijn zorgplicht verzaakt, dan rijst de vraag in hoeverre op de werkgever daadwerkelijk aansprakelijkheid rust indien niet kan worden vastgesteld of en in welke mate de schade moet worden toegeschreven aan deze toerekenbare tekortkoming dan wel aan omstandigheden binnen de risicosfeer van de werknemer. In dit geval wordt de werkgever veroordeeld tot ó zo moet, aldus HR 14 december 2012, *NJ* 2013, 236 het arrest *Nefalit/Erven Karamus* worden begrepen ó schadevergoeding in evenredigheid met de in een percentage uitgedrukte kans dat de schade door zijn normschending is veroorzaakt. Voor toepassing van de bewijsregel uit *Unilever/Dikmans* hoeft de werknemer niet aannemelijk te maken dat de schade exclusief is ontstaan door blootstelling aan de desbetreffende stof waarmee de werknemer op zijn werk is geconfronteerd. De regel van bewijslevering van *Unilever/Dikmans* kan dus ook opgeld doen terwijl de werkgever uiteindelijk slechts proportioneel aansprakelijk is en dus slechts een deel van de schade hoeft te vergoeden.

C.5. Predispositie

21. Op het eerste gezicht staat de leer van de proportionele aansprakelijkheid op gespannen voet met de jurisprudentie waarin de predispositie voor rekening komt van de dader, volgens het adagium: de dader heeft het slachtoffer te nemen zoals hij het aantreft. Dit is echter slechts een schijnbare tegenstelling. De

dader moet weliswaar het slachtoffer nemen zoals het is, maar dit is (vgl. HR 4 november 1988, *NJ* 1989, 751) een wezenlijk andere kwestie dan of, indien niet kan worden vastgesteld of de schade is veroorzaakt door een normschending van de aansprakelijk gestelde persoon dan wel een oorzaak die voor risico komt van de benadeelde, de beweerde dader überhaupt aansprakelijk kan worden gehouden voor (een deel van) de schade. De predispositie werkt op verschillende niveaus anders uit. In het stadium van de vestiging van de aansprakelijkheid kan de predispositie van het slachtoffer, waar niet kan worden vastgesteld of en in welke mate de schade hieraan moet worden toegeschreven dan wel aan de normschending van de aansprakelijk gestelde persoon, tot deelaansprakelijkheid leiden. In het stadium van de vestiging van de aansprakelijkheid wordt de predispositie aan het slachtoffer toegerekend. In de tweede fase (de toerekeningsfase), waarin moet worden uitgemaakt welke gevolgen nog aan de aansprakelijke persoon als veroorzaakt door de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis moeten worden toegerekend, ligt dit anders. Is aansprakelijkheid van de dader eenmaal komen vast te staan dan wordt de vergoedingsplicht niet verminderd doordat de gevolgen van de normschending vanwege de persoonlijke constitutie van het slachtoffer ernstiger zijn dan in de lijn der verwachting lag. De leer van de proportionele aansprakelijkheid ziet op deze eerste fase. Slechts in de tweede fase (waarin nog slechts de omvang van de reeds gevestigde aansprakelijkheid aan de orde is) wordt de predispositie van het slachtoffer voor rekening gelaten van de dader.

C.6. Andere mogelijke veroorzakers afzonderlijk aanspreken

22. De werkgever op wie proportionele aansprakelijkheid rust is niet hoofdelijk aansprakelijk voor de gehele schade. In de tussen de twee uitersten gelegen gevallen ó waarin de kans op veroorzaking van de schade door een normschending van de aansprakelijk gestelde partij zeer klein noch zeer groot is ó wordt de werkgever immers veroordeeld tot schadevergoeding in evenredigheid met de (in een percentage uitgedrukte) kans dat de schade is veroorzaakt door zijn normschending. De leer van de proportionele aansprakelijkheid steunt op de uitgangspunten voor de regelingen in art. 6:99 en 6:101 BW. Deze wetbepalingen zijn zelf niet rechtstreeks of overeenkomstig van toepassing. De werknemer zal nadat hij zijn werkgever met toepassing van de leer van de proportionele aansprakelijkheid met succes heeft aangesproken tot vergoeding van een gedeelte van zijn schade derhalve voor zover de schade (mogelijk) is veroorzaakt door een ander(e) werkgever, die partij afzonderlijk moeten aanspreken tot vergoeding van (het desbetreffende deel van) zijn schade. Hij heeft, als hij ieder van hen aanspreekt tot vergoeding van een deel van zijn schade, nog een lange weg te gaan.

Afsluiting

23. De regel van bewijslastverdeling in *Unilever/Dikmans* ödrukt het vermoeden uit dat de gezondheidsschade is veroorzaakt door de omstandigheden waarin de werkzaamheden werden verrichtö. Bij welke (in een percentage uitgedrukte) kans op veroorzaking van schade door de blootstelling aan één of meer bepaalde stoffen deze regel van bewijslevering in werking treedt, is niet uitgemaakt. In ieder geval dient dit meer te zijn dan 17%. Om de met art. 7:658 BW beoogde bescherming van de werknemer niet illusoir te maken, mag niet een niet al te hoge drempel worden opgeworpen voor aannemelijkheid van de veroorzaking van de schade door blootstelling aan een gevaarlijke stof in de uitoefening van de werkzaamheden.

mr. J. den Hoed, cassatieadvocaat te Den Haag

Voetnoten

1

Hoofdzakelijk ontleend aan rov. 4.1 t/m 4.3 van het bestreden arrest.

2

Omwille van de eenvoud zal ik in het onderstaande niet telkens onderscheid maken tussen de aanvankelijk door L. Veenstra ingestelde vorderingen en de overige vorderingen van Ritsma; de vorderingen worden alle aangeduid als de övorderingen van Ritsmaö.

3

Voor het grootste deel van de periode waarin Ritsma bij Lansink heeft gewerkt, is die stelling onjuist omdat art. 7:658 BW toen nog niet in werking was getreden.

4

Het vonnis van 21 januari 2009 vermeldt in het dictum dat er een overhoorö van deskundigen wordt bevolen. Uit onder andere het overige deel van dat dictum en het eindvonnis van 7 juli 2010 blijkt echter dat het gaat om een öberichtö van deskundigen.

5

öIARCö staat voor öInternational Agency for Research on Cancerö; dit is een instituut van de Wereld Gezondheidsorganisatie (WHO). Zie het deskundigenbericht d.d. 22 oktober 2009, p. 3.

6

Het deskundigenrapport vermeldt dat schilders 20% meer kans hebben op het krijgen van blaaskanker en dat derhalve 17% van de gevallen van blaaskanker bij schilders toegeschreven kan worden aan de blootstelling aan kankerverwekkende stoffen (zie onder meer rov. 9 en 28). Dit oordeel van deskundigen is door het Hof overgenomen (zie rov. 28, 29.3 en 29.11).

7

HR 2 juni 2006, LJN AW6167, RvdW 2006/546.

8

Voetnoot in origineel: öZie o.m. s.t. mrs. Sagel en Cnossen onder 20-26 en van mr. Snijders onder 2.1.ö.

9

Immers heeft het Hof vastgesteld dat van daaruit de kanker is uitgezaaid.

10

Idem, antwoord op vraag 3.

11

Zie wederom, ook voor verdere uitwerking, het antwoord op de vragen 3 en 4.

12

Zie de eveneens heden genomen conclusie onder 3.10 en 3.13. Niet valt uit te sluiten dat een doorbraak nabij is, zoals ten aanzien van burn-out klachten al het geval zou zijn; zie <http://www.rendement.nl/arbo/nieuws/id1763-burn-out-in-hersenscan-nu-echt-zichtbaar.html> (met verwijzing naar: <http://neuro.psychiatryonline.org/article.aspx?articleid=104109>).

13

Dat is, naar ik begrijp, ook de strekking van het antwoord op de vragen 1 a t/m c en 2 in het deskundigenrapport van Prof. Heederik en Dr. Pal, geciteerd in rov. 9 van ø Hofs arrest.

14

TheLancet.com, [http://www.thelancet.com/journals/lanonc/article/PIIS1470-2045\(07\)70373-X/fulltext](http://www.thelancet.com/journals/lanonc/article/PIIS1470-2045(07)70373-X/fulltext).

15

Dus voorafgaand aan de hier relevante periode.

16

P. 189 e.v., waarover O.A. Haazen en J. Spier, *AV&S* 1995/6 p. 141 e.v.

17

Zie onder veel meer Michael Faure en Ton Hartlief, *Nieuwe risicoø en vragen van aansprakelijkheid en verzekering* (2002) p. 167.

18

Terecht schrijft Wansink dat verzekeraars met deze polisvorm absolute bescherming aan eigen belangen geven (*De algemene aansprakelijkheidsverzekering* (2006) p. 107); in de daarop volgende paginaø geeft hij een belangwekkend rechtsvergelijkend overzicht. Overigens biedt deze dekkingsmethodiek verzekerden wel enige bescherming, vooral door de zogenaamde omstandighedenclausule; zie daarover nader F. Stadermann, *Enige vraagstukken van verzekeringsdekking* p. 37 e.v.

19

Zie: <http://amweb.nl/-/interpolis-haalt-en-bloc-asbestdekking-uit-laatste-avb-polissen>.

20

J.M. Gaarland en R. Knegt, *Aansprakelijkheid van werkgevers: belemmerende factor voor de doorgroei van ondernemingen* p. 19 waar wordt vermeld dat onder kleine ondernemingen worden verstaan ondernemingen met een ö gebaseerd op full time inzet ö 0,5 tot 9 fte daar werkzame personen.

21

P. 16.

22

Het rapport heeft ook geen enkele aanwijsbare belangstelling voor de dekkingsgrondslag.

23

P. 31. Naar ik begrijp wordt t.a.p. bedoeld op een AVB-verzekering.

24

Zie nader J. Spier en O.A. Haazen, *Aansprakelijkheidsverzekeringen op claims made-grondslag* p. 41 e.v.

25

Vgl. in meer algemene zin Wansink (2006) p. 111 e.v.

26

Volgens Wansink (2006 p. 124) zou de claims made-dekking gelden voor òhet merendeel van de marktò niet zijnde particulieren (p. 122/123). Of deze stelling ook ziet op het midden- en kleinbedrijf weet ik niet; de formulering doet dat wel vermoeden. Of dat anno 2012 nog steeds zo is, weet ik evenmin. Voor wat het waard is: al weer vrij geruime tijd geleden heb ik uit enkele gesprekken met deskundigen afgeleid dat beurspolissen vaak generieuzer zijn voor verzekerden.

27

Zie ook indringend, gedeeltelijk onder verwijzing naar een eerdere conclusie mijnerzijds, T. Hartlief, *AV&S* 2006/16 sub 11.

28

Zie over die problematiek M.L. Hendrikse en J.G.J. Rinkes, *Naar een (doorlopende) generieke zorgplicht voor verzekeraars en verzekeringstussenpersonen?*

29

Zie met betrekking tot de uitsluiting voor RSI en TSE onder AVB-verzekeringen ook J.M. Gaarland en R. Knecht, *Aansprakelijkheid van werkgevers: belemmerende factor voor de doorgroei van ondernemingen?* p. 15. Ik heb slechts onderzoek gedaan naar enkele verzekeraars. Het is niet onmogelijk dat vergelijkbare uitsluitingen elders ook voorkomen.

30

Zie art. 3:310 BW.

31

Kennelijk behorend bij Model ALB 06-2 (52400) (0309) en AVB 06-2 (51453).

32

Voor RSI blijkt dat reeds uit het al genoemde boek van Faure en Hartlief c.s.

33

Zie nader B. van Hattum, in Hendrikse/Rinkes, a.w. p. 31 e.v.

34

Brief van 28 februari 2003 van de staatssecretarissen van Volksgezondheid, Welzijn en Sport zomede Sociale Zaken en Werkgelegenheid aan de Voorzitter van de Tweede Kamer; kenmerk POG/OGZ-2342150 p. 2.

35

In de bijdrage van N. Vloemans in het boek met de pakkende titel *Knelpunten in het verzekeringsrecht* (red. L. Hendrikse en J.G.J. Rinkes) wordt opmerkelijk weinig aandacht geschonken aan de echte problemen; zie 137 e.v.

36

Zie het prikkelende betoog van W.H. van Boom, *AV&S* 2003/1 p. 33 e.v.

37

Met juistheid heeft Hartlief betoogd dat aansprakelijkheidsverzekeringen een belangrijke rol hebben gespeeld bij de ontwikkeling van het aansprakelijkheidsrecht; zie o.m. *AV&S* 2006/16 onder 8. Dat betekent niet dat de *afwezigheid* van verzekeringsdekking beslissend zou moeten zijn, maar van belang is het m.i. zeker wel.

38

Zij het dan ook dat het Hof er niet op inhaakt.

39

NJB 2011 p. 1759.

40

Prod. 6 bij mva.

41

Eero Pukkala e.a., 'Occupation and cancer ó follow-up from 15 million people in five Nordic countries', *Acta Oncologica* 2009, 48, p. 646-790.

42

W.A. Eshuis, J.M. Gaarhuis, R. Knecht en M.H. Schaapman, *Werkgeverskosten in verband met arbeidsgerelateerde schade: bestuurlijke boetes en civielrechtelijke aansprakelijkheid* p. 15.

43

A.w. p. 3.

44

Zij het dan ook pas na een zekere periode. De praktijk loopt altijd achter de feiten aan.

45

Zie de s.t. van mrs Sagel en Van der Kroon onder 37. De gegevens die zij noemen zijn vrij schokkend, zij het dat we dat best hadden kunnen weten. Op een aantal terreinen, zoals de snelheid van de procedure, valt m.i. in voorkomende gevallen nog wel een verbetering te maken. Voor het kostenprobleem heb ik niet terstond een bruikbare oplossing. Vergaande bewijslastverlichting van het slachtoffer zou op dat punt zeker helpen, maar om de ampel onder 3 en 4 genoemde gronden is dit voor mij toch een brug te ver.

46

Zie over dit laatste de tot weinig vreugde stemmende gegevens in het rapport van Knecht e.a. p. 4. Zie nader o.m. Nieke Elbers, Arno Akkermans, Pim Cuijpers en David Bruinvels, 'What do we know about the well-being of claimants in compensation processes', *Recht der Werkelijkheid* 2012 (33) 2 p. 65 e.v.

47

In het rapport *Leorzame Schadeclaims* van W.A. Eshuis en zeven anderen (een samenwerking van een aantal onderzoeksinstituten) wordt op basis van 16 interviews geconcludeerd dat de motieven om een claim in te dienen tegen de (voormalige) werkgever vooral sociaal-emotioneel van aard zijn (p. v). Dat kan juist zijn ó al zou het me verbazen ó maar de conclusie kan zonder nadere toelichting zeker niet uit zo'n kleine hoeveelheid interviews worden getrokken, al was het maar omdat niet onwaarschijnlijk lijkt dat aard en omvang van de schade een rol spelen.

48

Zie nader HR 9 december 2011, LJN [BT2921](#), NJ 2011/599 rov. 3.5.4.

49

Dat is geen waardeoordeel. Ik doel op personen bij wie een causaal verband valt vast te stellen tussen de door hen geclaimde schade en de door hen gestelde oorzaak, aannemend dat iemand voor die oorzaak aansprakelijk is.

50

Ik noem slechts Michael Faure en Ton Hartlief, *Nieuwe risico's*, a.w. en Ton Hartlief, *Anno 2010* p. 88 e.v.

51

HR 17 november 2000, LJN [AA8369](#), NJ 2001/596, m.nt. DA.

52

NJ-noot onder 4.

53

NJ-noot onder 9.

54

Aldus ook de NJ-noot onder 10 eerste volzin, al wordt dat verderop weer afgezwakt.

55

NJ-noot onder 11.

56

NJ-noot onder 12.

57

HR 23 juni 2006, LJN [AW6166](#), NJ 2006/354.

58

In vergelijkbare zin mijn aan het arrest voorafgaande conclusie onder 4.14 e.v.

59

Anders H.J.W. Alt, *Ongelijkheidscompensatie bij stelplicht en bewijslast in het civiele arbeidsrecht en het ambtenarenrecht* p. 140.

60

Zie nader mijn aan het arrest voorafgaande conclusie onder 4.11.2.

61

HR 2 juni 2006, LJN [AW6167](#), «JAR» 2006/155, m.nt. M.S.A. Vegter.

62

HR 9 januari 2009, LJN [BF8875](#), NJ 2011/252, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai.

63

Dat is een erg geserreerde weergave; zie uitvoeriger mijn aan het arrest voorafgaande conclusie onder 3.1; stellingen die BAM nauwelijks had bestreden (zie onder 3.2).

64

In iets andere woorden komt de NJ-annotator Tjong Tjin Tai tot dezelfde slotsom: onder 1 en verderop onder 4.

65

Zie nader mijn conclusie in die zaak onder 3.5 en 4.1-4.3.

66

Zie onder 5.6.1-5.10.

67

NJ-noot onder 2.

68

Idem onder 3 en 4.

69

Idem onder 4.

70

Juist is m.i. dan ook de opvatting van K. Festen-Hoff (*TRA* 2009/75 onder 5) dat men zich af kan vragen of deze rechtspraak de werknemer veel heeft te bieden in geval van multicausale of moeilijk verifieerbare aandoeningen. E.M. Tjon-En-Fa gaat nog een stapje verder; bij OPS en RSI zal regelmatig onduidelijk blijven wat de oorzaak is en dan moet de vordering worden afgewezen (MvV november 2006, nr 11 p. 213).

71

Asser-Hartkamp & Sieburgh 6-II* (2009) nr 81 i.f. gaan er m.i. met juistheid vanuit dat de òmkeerregel ò bij kansschade en onzeker causaal verband niet van toepassing is.

72

Zie nader, onder meer, mijn conclusie voor HR 19 oktober 2012, LJV [BX7591](#), *RvdW* 2012/1320.

73

Zoals bekend, meen ik dat er situaties zijn waarin de rechter *ex ante* bereid zou moeten zijn om zo nodig de grenzen van het recht iets te verschuiven; zie nader mijn *Shaping the law for global crises*. Maar hoe ernstig en verdrietig het lot van W. Ritsma (en zijn nabestaanden) ook is, het is van een andere dimensie als het lot van de wereld.

74

In vergelijkbare zin Van der Grinten/Bouwens/Duk, *Arbeidsovereenkomstenrecht* (2011) par. 16.5.

75

Vgl. HR 8 juli 2011, LJV [BQ3514](#), *NJ* 2011/311 en mijn aan dat arrest voorafgaande conclusie onder 5.10 e.v. zomede mijn conclusie voor HR 19 oktober 2012, LJV [BX7591](#) (afgehandeld op de voet van art. 81 lid 1 RO) onder 4.3 e.v.

76

Dat is dus een andere benadering dan die welke m.i. terecht is verworpen door Uw Raad in rov. 3.9 van het hierna nog te bespreken arrest *Fortis/Bourgonje* (HR 24 december 2010, LJV [BO1799](#), *NJ* 2011/251, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai). Immers ligt het niet op de weg van de cassatierechter om een eigen algemeen oordeel uit te spreken over de vraag of een bepaalde ziekte of aandoening in het algemeen kan worden vastgesteld, nog daargelaten dat de medische opvattingen daaromtrent allicht in de loop der tijd wijzigen zodat vragen zouden rijzen over de temporele dimensie van zulk een oordeel van Uw Raad. Mijn redenering is ook niet gebaseerd op een eigen oordeel dat RSI of een schildersziekte, maar slechts op de ó volgens wetenschappelijke studies, besproken onder 3 ó onduidelijkheden die daaromtrent vooralsnog bestaan.

77

In haar noot onder Hof Amsterdam, 21 april 2009 betoogt Vegter dat Uw Raad in het arrest *Landskroon/BAM de Unilever/Dikmans* regel ook toepasselijk acht op gevaarlijke omstandigheden («JAR» 2011/290).

78

Vgl. mijn conclusies voor HR 19 oktober 2012, LJV [BX7591](#) (afgedaan op de voet van art. 81 lid 1 RO) en in ander verband HR 7 december 2012, LJV [BX7590](#), *NJ* 2013/11.

79

Ik besef dat met deze benadering, in zekere zin, materieel recht en procesrecht worden vervlochten. Daar is m.i. niets op tegen en het is ook niet in strijd met meer gangbare opvattingen; zie bijvoorbeeld W.D.H. Asser, *Bewijslastverdeling* (2004) p. 76/77.

80

HR 28 april 2000, *NJ* 2000/430. Hierbij valt te bedenken dat de invalshoek van deze arresten de derogerende werking van redelijkheid en billijkheid was, terwijl art. 150 Rv. niet tot een zó terughoudende benadering noopt.

81

Zie nader *Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding* (2011, Spier) nr 337a.

82

Noot onder Hof Amsterdam 21 april 2009, «JAR» 2011/290. Eerder betoogt ze, m.i. ten onrechte, dat de werknemer ökan (...) volstaan met [het bewijzen van] de blootstellingö. Dat die opvatting niet juist is, vloeit voort uit hetgeen hiervoor onder 4.10 werd vermeld. In vergelijkbare zin onder Hof Amsterdam 21 april 2009, LJV BJ6266, «JA» 2010/7.

83

Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband.

84

Zie, in het kader van verlies van een kans, uitvoerig Akkermans, a.w. p. 123 e.v.

85

European Group on Tort Law, Principles of European Tort Law, Text and Commentary (Spier) p. 47 e.v.; zie ook J. Spier (ed.), *Unification of Tort Law: Causation*. Zie eveneens B. Winiger, H. Koziol, B.A. Koch en R. Zimmermann (eds.), *Digest of European Tort Law: Volume 1: Essential Cases on Natural Causation* en dezelfde (eds.), *Volume 2: Essential Cases on Damage*.

86

HR 31 maart 2006, LJV AU6092, NJ 2011/250, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai. Zoals vermeld in mijn aan het arrest voorafgaande conclusie is de door proportionele benadering (die Uw Raad heeft gevolgd) in lijn met de gangbare opvattingen in de doctrine, terwijl zij ook in internationaal verband veld wint; zie onder 6.30 sub a.

87

HR 21 december 2012, LJV BX7491, RvdW 2013/85 rov. 3.8.

88

Vgl. HR 9 januari 2009, LJV BG4014, «JA» 2009/59.

89

Onder 3.69-3.70.

90

Zie nader, ook voor verdere bronnen, Tjong Tjin Tai, onder HR 31 maart 2006, LJV AU6092, NJ 2011/250 onder 2 en laatstelijk J.S. Kortmann, *Causaliteitsperikelen*, preadvies VASR p. 41 e.v. Theoretisch is, naar Kortmann ook aangeeft, verdedigbaar dat het verlies van een kans-leerstuk dogmatisch (veeleer) valt onder schade (p. 42). In hetzelfde boek besteedt ook C.J.M. Klaassen aandacht aan deze kwestie; p. 23 e.v. In het hierna te bespreken arrest Van Hout/Hassink spreekt Uw Raad uitdrukkelijk over zijn proportionele benadering. Diezelfde benaming duikt al op in HR 14 december 2012, LJV BX8349, RvdW 2013/37 rov. 4.3.

91

Zie wederom A-G Wissink voor HR 24 december 2010, LJV BO1799, NJ 2011/251, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai onder 3.72, ook voor verdere bronnen.

92

HR 21 december 2012, LJV BX7491, RvdW 2013/85.

93

Ik weersta de verleiding om thans in te gaan op de ö niet geheel onbelangrijke ö vraag wat in deze onder ökansö moet worden verstaan; zie daarover Kortmann, a.w. p. 44 e.v.

94

Reeds kort na dit arrest wees Hartlief op de betekenis van het woordje ömagö: AV&S 2006/16 sub 1.

95

Rov. 3.7 kan wellicht zo worden gelezen dat ook enige terughoudendheid geboden is bij toepassing van het verlies van een kans-leerstuk. M.i. staat dat er evenwel niet. Dat het zo niet is bedoeld, ligt ook voor de hand omdat een dergelijke beperking in de eerder geformuleerde regel niet is te lezen.

96

In die zin W.D.H. Asser, *Bewijslastverdeling* (2004) nr 2 en uitvoeriger I. Giesen, AA 1999 p. 624 e.v. en voor rechtsvergelijking p. 627 e.v.

97

AA 1999 p. 630.

98

Idem en uitvoeriger maar met dezelfde conclusie in *Bewijs en aansprakelijkheid* p. 59 e.v., ook voor een schat aan verdere bronnen.

99

AA 1999 p. 631.

100

Zie nader HR 11 november 2011, LJV BR5223, NJ 2011/598 en HR 7 december 2012, LJV BX7590, NJ 2013/11.

101

Vaste rechtspraak; zie onder meer HR 17 december 2004, LJN [AR3290](#), *NJ* 2006/147, m.nt. CJHB; HR 25 november 2005, LJN [AT8782](#), *NJ* 2009/103, m.nt. I. Giesen.

102

Deze rechtspraak heeft zijn voorlopig eindpunt gevonden in HR 7 december 2012, LJN [BX7590](#), *NJ* 2013/11 en de rechtspraak genoemd in mijn aan het arrest voorafgaande conclusie onder 3 en 4.

103

In die zin ook T. Hartlief, *AV&S* 2006/16 onder 3 en 9; zie verder, ook voor een schat aan gegevens, O.A. Haazen, *Algemeen deel van het rechterlijk overgangsrecht*. Mrs Sagel en Van der Kroon verdedigen, het ligt voor de hand, een tegengesteld standpunt; s.t. onder 75.

104

Vgl. HR 4 april 2004, LJN [AO4596](#), «*JAR*» 2004/287.

105

De versie van 1976 heb ik opgevraagd maar deze heb ik niet tijdig onder ogen gekregen. Het is niet plausibel dat deze veel aan mijn betoog zou veranderen. Daarom heb ik, mede gezien de uitzonderlijk lange duur van de RSI-procedure waarin ik op dezelfde dag wil concluderen als in deze zaak, het niet verantwoord gevonden daarop te wachten.

106

De zogenaamde kelderluikfactoren; vaste rechtspraak.

107

Zie bijvoorbeeld HR 2 oktober 1998, *NJ* 1999/683, m.nt. JBMV.

108

In casu gaat het nog om het oude recht, waarin de termijn destijds 30 jaar en met ingang van 1 januari 1993 20 jaar is. De regeling van art. 3:310 lid 5 BW is voor deze zaak niet van belang; zie art. 199b Overgangswet.

109

Zie over dit (strikte) door het Hof gehanteerde onderscheid tussen drie fasen van bewijslevering de annotaties bij het thans in cassatie bestreden arrest van M.S.A. Vegter in «*JA*» 2012/101 en van B. Barentsen in «*JAR*» 2012/128.

110

De geciteerde passage bevat overigens enkele voetnoten die ik heb weggelaten.

111

Zie met name, maar zeker niet alleen, onderdeel 2.3.

112

Ter vermijding van misverstand: ik bedoel niet te zeggen dat het betoog tot nu toe iedere zin miste. Zoals we hebben gezien, is in de doctrine enige steun te vinden voor de opvatting van Ritsma. Maar als Uw Raad mijn oordeel zou onderschrijven dan heeft een voortgezet debat geen goede zin.

113

Vgl. HR 25 juni 1993, *NJ* 1993/686 PAS. In die zaak was onduidelijk of een fataal mesothelioomkristal was ingeademd in de periode waarin de werkgever geen verwijt viel te maken of in de periode waarin dat wel het geval was.

114

HR 23 juni 2006, LJN [AW6166](#), *NJ* 2006/354.

115

Zie in vergelijkbare zin B. Barentsen onder het arrest a quo, «*JAR*» 2012/128.

116

HR 31 maart 2006, LJN [AU6092](#), *NJ* 2011/250, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai.

117

Zie HR 23 november 2012, LJN [BX7264](#), *NJ* 2012/669.

118

HR 29 november 2002, LJN [AE7351](#), *NJ* 2004/305 rov. 3.6 DA.

119

NJ-noot onder 4.

120

HR 23 november 2012, LJN [BX7264](#), *NJ* 2012/669, «*JA*» 2013/3, m.nt. J.P.M. Simons.

121

Rov. 3.7. M.i. ziet de annotator Simons dit over het hoofd.

122

Ik plaats schade tussen aanhalingstekens omdat juridisch relevante schade m.i. slechts het nadeel is waarvoor een ander aansprakelijk is.

123

Zie bijvoorbeeld HR 29 november 2002, *NJ* 2004/305 rov. 3.6 en HR 23 november 2012, LJV [BX7264](#), *NJ* 2012/669.

124

HR 19 november 2004, *NJ* 2005/553. Zie over dat arrest T.E.F. Tjong Tjin Tai, *Bb* 2005/3.

125

Het middel verwijst in dit verband naar 'Productie 9 bij MvA, p. 723 en 726ö.

126

P. 21 onder 3.

127

O.m. mva onder 2.5.

128

Daarna is arrest gevraagd.

129

P. 724.

130

Idem.

131

Zie bijvoorbeeld W.V. Horton Rogers, in J. Spier (ed.), *Unification of Tort Law: Causation* p. 49 en Rogers' magistrale bewerking van Winfield & Jolowicz, *Tort* (2010) p. 327, al lijkt hij er verderop wel mee te kunnen leven (p. 332).

132

Deze bepaling is eerst op 1 april 1997 in werking getreden.

133

Zie onder meer HR 10 december 1999, LJV [AA3837](#), *NJ* 2000/211 PAS. Uw Raad geeft immers aan dat de rechtspraak 'reeds in belangrijke mate [was] tegemoetgekomen aan de kritiek' op de oude bepaling (rov. 3.4). Niet helemaal dus en dat lijkt me inderdaad juist.

134

HR 17 februari 2006, *NJ* 2007/285 rov. 4.8.

135

Zie HR 4 juni 2004, LJV [AO4596](#), «*JAR*» 2004/287.

136

HR 25 juni 1993, LJV [AD1907](#), *NJ* 1993/686 PAS.

137

Het slot van rov. 34 zinspeelt er wellicht wel op, maar uit hetgeen volgt, blijkt niet dat het Hof zich erom heeft bekreund.

138

Prod. 2 p. 2.

139

Ook de andere in het onderdeel genoemde vindplaatsen bieden geen duidelijkheid, laat staan dat specifiek wordt verwezen naar nuttige stellingen in feitelijke aanleg.

140

Rov. 42 onder a zou zo kunnen worden begrepen.

141

De s.t. van Lansink onder 84 miskent letter en strekking van art. 6:99 BW. Ik behoeft thans niet in te gaan op de interessante vraag hoe in een procedure waarbij andere potentiële daders geen partij zijn kan worden vastgesteld of/dat zij aansprakelijk zijn en evenmin op de vraag of dat noodzakelijk is. De s.t. van mrs Sagel en Van der Kroon onder 85 besteedt daaraan aandacht, onder verwijzing naar Mon. BW B 35 van C.J.M. Klaassen (p. 84).

142

Zie, in het kader van proportionele aansprakelijkheid, Kortmann, a.w. p. 55.

143

Zie nader Kortmann, a.w. p. 55; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* (2009) nr 81 en A.L.M. Keirse, *TvP* 2006 p. 73.

144

Zie ook *Text and Commentary* (Spier) p. 56.

145

In een noot onder het arrest a quo poneert Barentsen, als ik het goed zie, de stelling dat als de werknemer fase 1 voorbij is en de werkgever niet heeft kunnen aantonen dat hij aan zijn zorgverplichting heeft voldaan, volledige vergoeding van de schade aangewezen is («*JAR*» 2012/128). De redengeving voor

deze gedachte is mij evenwel niet duidelijk. Ook Vegter meent dat voor ø Hofs oordeel begrip valt op te brengen, al was in haar visie een andere uitkomst ödenkbaarö en wellicht ook meer rechtvaardig geweest («JA» 2012/101). Ook met betrekking tot haar betoog geldt dat het wel heel erg abstract is. Waarom ø Hofs oordeel in de gegeven omstandigheden (waaronder, naar zij zelf aangeeft, een öschemergebied van 83%ö) de werkgever volledig aansprakelijk zou zijn, is mij niet duidelijk. Evenmin is trouwens duidelijk wat zij nauwkeurig bedoelt met een öschemergebiedö van 83%. Zie ook de noot van C.L.G.F.H. Albers onder CRvB 9 april 2009, «JB» 2009/168 onder 8.

146

Ik bedoel daarmee niet te suggereren dat Lansink aansprakelijk is. Zo het geschil na een eventuele vernietiging door Uw Raad zou worden voortgezet, zal dat opnieuw door het verwijzingshof moeten worden beoordeeld.

147

HR 31 maart 2006, LJN AU6092, NJ 2011/250, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai.

148

Zie in vergelijkbare zin Lindenberghø annotatie van het arrest *Nefalit/Karamus*, AA 2006 p. 740. Inhoudelijk valt zeker wat te zeggen voor Hartliefs suggestie dat in het licht van de door Uw Raad aanvaarde proportionaliteit wat valt te zeggen voor de benadering dat daaraan voorrang moet worden verleend boven toepassing van art. 6:99 BW (zie AV&S 2006/16 sub 1). Maar er pleit ook wel wat tegen. Niet alleen dat art. 6:99 BW er nu eenmaal ligt, maar ook en niet in het minst dat het voor benadeelden bezwaarlijk is om verschillende partijen te moeten aanspreken, nog daargelaten het insolventierisico. Ook de rechter zit niet te wachten op nog meer van dit soort erg bewerkelijke zaken, al mag dat laatste natuurlijk geen rol spelen bij de rechtsvorming.

149

Zie HR 9 oktober 1992, NJ 1994/535, m.nt. CJHB, waarover kritisch Asser-Hartkamp & Sieburgh 6-II* (2009) nr 92 en *Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding* (2012, Hartlief) nr 239.

150

TvP 2006 p. 73.

151

SR 2006 p. 37.

152

AV&S 2006/16 onder 15. Hij heeft ook bij verschillende andere gelegenheden op deze vaak onderschatte kwestie gewezen.

153

Idem.

154

Idem; ik heb weggelaten öof aan een individuele advocaat-generaalö om de zo dadelijk in de hoofdtekst vermelde reden.

155

Vgl. Het onthullende rapport van het European Environment Agency, No. 1/2013: *Late lessons from early warnings: science, precaution, innovation*.