

Hoge Raad, 2 oktober 1998 (De Schelde/ Wijkhuizen); ook aansprakelijkheid werkgever als nalatigheid heeft geleid tot ziekte door een destijds niet bekend gevaar.

Samenvatting

Verjaringstermijn van art.3:130 lid 2 BW is ook van toepassing op vorderingen uit hoofde van werkgeversaansprakelijkheid.

Ook indien ervan moet worden uitgegaan dat De Schelde strengere veiligheidsmaatregelen hanteerde dan andere vergelijkbare bedrijven, staat dit niet in de weg aan het oordeel dat de door De Schelde getroffen maatregelen onvoldoende waren (vgl. HR 6 april 1990, NJ 1990, 573, VR 1991, 88, r.o 3.4, voorlaatste alinea).

Voor aansprakelijkheid wegens het tekortschieten in de verplichting om veiligheidsmaatregelen te nemen met het oog op de bekende gevaren van het werken met asbest is niet vereist dat dit bekende gevaar zich ook heeft verwezenlijkt. Uit hetgeen de Hoge Raad heeft overwogen in zijn arrest van 25 juni 1993, NJ 1993, 686, volgt dat aansprakelijkheid ook bestaat in geval de nalatigheid — uitsluitend — heeft geleid tot verwezenlijking van een toen niet bekend gevaar.

Uitspraak

Koninklijke Schelde Groep BV,
eiseres, incidenteel verweerster,
advocaat: mr P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt,
tegen

De erven van J.M. Wijkhuizen,
1. H. Wijkhuizen-Stenhuis,
2. P.H.J. Wijkhuizen,
3. E.J. Wijkhuizen,
verweerders, incidenteel eisers,
advocaat: mr M.J. Schenck.

1. Het geding in feitelijke instanties

Johannes Marinus Wijkhuizen — verder te noemen: Wijkhuizen — heeft bij exploit van 3 mei 1995 thans eiseres tot cassatie — verder te noemen: De Schelde — in kort geding gedagvaard voor de President van de Rechtbank te Middelburg en gevorderd De Schelde te veroordelen om aan Wijkhuizen bij wijze van voorschot op een schadevergoeding te betalen een bedrag van f 100.000.

De Schelde heeft de vordering bestreden.

De president heeft bij vonnis van 1 juni 1995 de vordering toegewezen.

Tegen dit vonnis heeft de Schelde hoger beroep ingesteld bij het Gerechtshof te 's-Gravenhage.

Na overlijden van Wijkhuizen op 20 oktober 1995 hebben thans verweerders in cassatie — verder te noemen: de erven Wijkhuizen — de procedure voortgezet.

Bij arrest van 4 maart 1997 heeft het hof het bestreden vonnis bekrachtigd.

(...)

3. Beoordeling van het middel in het principaal beroep

3.1. In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) Wijkhuizen, geboren op 6 juli 1938, is in 1953 als scheepsbouwer in loondienst gekomen bij De Schelde. Het dienstverband heeft voortgeduurd tot 1 juni 1966, toen Wijkhuizen ontslag heeft genomen. In de periode 1953 tot 1966 is Wijkhuizen tijdens zijn werkzaamheden bij De Schelde blootgesteld aan asbeststof.

(ii) In september 1994 is bij Wijkhuizen longkanker geconstateerd. Later werd na een biopsie de diagnose maligne pleura mesothelioom gesteld. Dit is een vorm van kanker van het longvlies, die altijd in verband wordt gebracht met blootstelling aan asbest.

(iii) Sinds september 1994 is de gezondheidstoestand van Wijkhuizen sterk achteruit gegaan. Op 20 oktober 1995 is hij overleden.

3.2. In het onderhavige kort geding heeft Wijkhuizen betaling gevorderd van f 100.000 als voorschot op een door hem in een bodemprocedure van De Schelde te vorderen schadevergoeding op grond van art. 7A:1638x (oud) BW. De president heeft deze vordering toegewezen en het hof heeft bij zijn in cassatie bestreden arrest het desbetreffende vonnis bekrachtigd.

In de bodemprocedure heeft de Kantonrechter te Middelburg bij vonnis van 22 juli 1996, na verwerping van het beroep van De Schelde op verjaring, voor recht verklaard dat De Schelde als werkgever jegens Wijkhuizen is tekortgeschoten en De Schelde veroordeeld de door Wijkhuizen geleden schade aan de erven Wijkhuizen te vergoeden. De Schelde is van dit vonnis in hoger beroep gegaan.

3.3. Het hof heeft in r.o. 5.6 van zijn arrest overwogen het erop te houden dat Wijkhuizen gedurende zijn gehele dienstverband van 1953 tot 1966 aan asbeststof is blootgesteld.

Onderdeel 1.1 klaagt dat het hof heeft verzuimd het verweer van De Schelde te behandelen dat Wijkhuizen slechts in de periode van 1953 tot juni 1959 aan asbeststof blootgesteld is geweest, althans zijn beslissing dat Wijkhuizen ook in de periode 1959 tot 1966 aan asbeststof was blootgesteld, onvoldoende heeft gemotiveerd.

De primaire klacht faalt, aangezien het hof het verweer van De Schelde niet buiten beschouwing heeft gelaten maar het heeft verworpen. Ook de subsidiaire klacht is tevergeefs voorgesteld. Kennelijk heeft het hof het verweer van De Schelde niet voldoende geloofwaardig geacht. In aanmerking genomen dat het hier een kort geding betreft, behoefde dit oordeel geen nadere motivering.

3.4. Onderdeel 1.2 verwijt het hof de in art. 1638x besloten regels van stelplicht en bewijslast te hebben miskend, omdat op Wijkhuizen, die heeft gesteld gedurende de gehele periode van 1953 tot 1966 aan asbeststof te zijn blootgesteld, gelet op de gemotiveerde betwisting daarvan door De Schelde, de bewijslast daarvan rust. Het onderdeel faalt, omdat het miskent dat de regels omtrent stelplicht en bewijslast in kort geding niet van toepassing zijn.

3.5. Onderdeel 1.3 strekt ten betoge dat het hof, indien ervan zou moeten worden uitgegaan dat Wijkhuizen ook in de periode van 1959 tot 1966 aan asbeststof is blootgesteld geweest, afzonderlijk had behoren te onderzoeken of De Schelde ook in die periode jegens Wijkhuizen is tekortgeschoten in haar zorgplicht met het oog op het voorkomen van de haar bekende aan het werken met asbest verbonden gevaren.

In r.o. 5.6 van zijn arrest heeft het hof overwogen dat Wijkhuizen gedurende zijn gehele dienstverband van 1953 tot juni 1966 aan asbeststof is blootgesteld en dat 'De Schelde als werkgever gedurende die gehele periode is tekortgeschoten in haar verplichtingen ex art 1638x BW ...'. In zoverre mist het onderdeel feitelijke grondslag. Voor zover het onderdeel bedoelt te betogen dat het hof dit oordeel onvoldoende heeft gemotiveerd, is het eveneens ongegrond. Nu het hof zich blijkens r.o. 5.4 van zijn arrest heeft verenigd met de overwegingen 3.1–3.8 van het vonnis van de kantonrechter in de bodemprocedure, die in r.o. 4 van zijn vonnis op grond van die overwegingen tot de conclusie is gekomen dat De Schelde gedurende het dienstverband van Wijkhuizen van 1953 tot 1966 is tekortgeschoten in haar zorgplicht uit hoofde van art. 7A:1638x BW, moet worden aangenomen dat het hof zich op deze gronden met deze conclusie heeft verenigd. Hierbij verdient nog aantekening dat het hof zich door het 'kritisch commentaar' van De Schelde bij pleidooi in hoger beroep niet ervan behoefde te laten weerhouden deze overwegingen

aan zijn arrest ten grondslag te leggen, en dat het, in aanmerking genomen dat het hier een kort geding betreft, zulks niet nader behoeft te motiveren.

Het vorenoverwogene brengt mee dat ook de onderdelen 3.1 en 3.2 tevergeefs zijn voor gesteld.

3.6.1. Met betrekking tot het beroep van De Schelde op verjaring heeft het hof in de eerste plaats overwogen dat vaststaat dat Wijkhuizen De Schelde voor het eerst op 1 februari 1995 voor de schade aansprakelijk heeft gesteld, en dat op de onderhavige vordering van Wijkhuizen de dertigjarige verjaringstermijn van art. 3:310 lid 2 BW in verbinding met art. 119a Overgangswet NBW van toepassing is. Voorts heeft het hof onderzocht wat met het oog op de aanvang van de verjaring heeft te geleden als ‘gebeurtenis’. Dienaangaande heeft het hof geoordeeld dat Wijkhuizen gedurende zijn gehele dienstverband (vrijwel voortdurend) aan asbest is blootgesteld.

Deze blootstelling, die moet worden gezien als een voortdurend feit of een opeenvolging van feiten in de zin van art. 310 lid 3, is eerst opgehouden op 1 juni 1966, derhalve minder dan dertig jaar vóór 1 februari 1995.

3.6.2. Onderdeel 2.1 bestrijdt de toepasselijkheid van art. 310 lid 2 met het betoog dat, anders dan het hof in r.o. 5.5 van zijn arrest heeft overwogen, asbeststof vóór 1 februari 1995 — de datum van van kracht worden van art. 6:175 — niet op de voet van dat artikel kan worden aangemerkt als een stof waarvan bekend is dat zij zodanige eigenschappen heeft, dat zij een bijzonder gevaar van ernstige aard voor personen oplevert.

Het onderdeel faalt, aangezien het hof de aansprakelijkheid van De Schelde niet op de voet van art. 6:175 heeft beoordeeld en de verwijzing naar die bepaling en de daarin neergelegde omschrijving slechts heeft gebruikt om de gevaarlijke eigenschappen van asbeststof aan te duiden.

3.6.3. Onderdeel 2.2.1 verwijt het hof te hebben miskend dat de verlenging van de verjaringstermijn tot dertig jaar bij de Wet van 24 december 1992, Stb. 691, slechts betrekking heeft op aansprakelijkheid voor gevaarlijke stoffen op grond van art. 6:162, en dat voor de onderhavige vordering op grond van art. 1638x de termijn van twintig jaar is blijven gelden.

Vooropgesteld moet worden dat art. 310 betrekking heeft op vorderingen ‘tot vergoeding van schade’, waarmee, gelet op titel 1, afdeling 10, van Boek 6, wordt bedoeld op wettelijke verplichtingen tot schadevergoeding, die zowel uit wanprestatie als uit onrechtmatige daad kunnen voorkomen. De tekst noch de kennelijke strekking van art. 310 lid 2 geeft steun aan de opvatting dat de daarin bepaalde verlenging van de verjaringstermijn tot dertig jaar niet zou gelden voor op art. 1638x gebaseerde vorderingen tot schadevergoeding. De verwijzing in de thans geldende tekst van art. 310 lid 2 naar schade als gevolg van de verwezenlijking van een geval ‘als bedoeld in art. 175 van Boek 6’ beoogt niet de toepasselijkheid van de bepaling te beperken tot vorderingen die op art. 6:175 zijn gegrond, doch duidt slechts aan om welke soort schadelijke stoffen het gaat, zoals ook reeds het geval was in de eerdere tekst van art. 310 lid 2, waarin niet naar art. 6:175 werd verwezen. Ook de wetsgeschiedenis wijst niet in andere richting: weliswaar is bij de behandeling van wetsvoorstel 22 599 van regeringszijde opgemerkt dat de verlenging van de verjaringstermijn ‘vooralsnog’ slechts betrekking had op ‘de op art. 6:162 BW gebaseerde aansprakelijkheid voor schade veroorzaakt door deze stoffen’, doch deze opmerking had kennelijk geen ander doel dan erop te attenderen dat, nu art. 6:175 met zijn bijzondere risico-aansprakelijkheid nog niet in werking trad, de per 1 januari 1993 onmiddellijk werkende verlenging van de verjaringstermijn nog niet kon gelden voor vordering gebaseerd op art. 6:175.

Het onderdeel mist dan ook doel.

3.6.4. Onderdeel 2.2.2 klaagt dat het hof eraan heeft voorbijgezien dat de dertigjarige verjaringstermijn alleen geldt voor schade die het gevolg is van een stof waarvan ‘bekend is’ dat zij zodanige eigenschappen heeft dat zij een bijzonder gevaar van ernstige aard voor personen oplevert en dit gevaar zich verwezenlijkt. Nu het gevaar zich heeft verwezenlijkt in de vorm van mesotheliom en dit gevaar volgens het hof ‘een De Schelde (mogelijk) niet (geheel) bekend gevaar’ was, is 's hofs oordeel, aldus het onderdeel, onjuist althans onvoldoende gemotiveerd.

Deze klacht faalt. In r.o. 5.5 van zijn arrest heeft het hof — in cassatie onbestreden — vastgesteld met welke aan het werken met asbest verbonden gevaren voor de gezondheid De Schelde bekend was en sinds wanneer dit het geval was, te weten: reeds vóór 1953 asbestose, vanaf 1958 ook longtumor, en sedert 1964/1966 daarenboven mesotheliom. Daaraan doet niet af dat het hof in r.o. 5.6 heeft overwogen dat het gevaar van mesotheliom De Schelde (mogelijk) niet (geheel) bekend was. Daarmee heeft het hof op de voet van het arrest van de Hoge Raad van 25 juni 1993, nr 14.958, NJ 1993, 686, slechts tot uitdrukking gebracht dat het achterwege laten van veiligheidsmaatregelen tot aansprakelijkheid op grond van art. 1638x kan leiden, ook al heeft die nalatigheid geleid tot verwezenlijking van een toen aan de werkgever niet bekend gevaar. Voor de toepassing van art. 3:310 lid 2 is, zoals bij de behandeling van de Wet van 24 december 1992 is opgemerkt, de aard van de stof in beginsel beslissend, zodat het niet gaat om de concrete omstandigheden waarin dit gevaar zich ook werkelijk blijkt te verwezenlijken (Kamerstukken I 1992/1993, 22 599, nr 116b, blz. 1).

3.7. De onderdelen 3.2.2 en 3.2.3, die zich voor gezamenlijke behandeling lenen, klagen in de eerste plaats dat het hof onvoldoende aandacht heeft besteed aan wat destijds in soortgelijke bedrijven als norm voor de veiligheid gebruikelijk was. Deze onderdelen miskennen dat, ook indien ervan moet worden uitgegaan dat De Schelde strengere veiligheidsmaatregelen hanteerde dan andere vergelijkbare bedrijven, dit niet in de weg staat aan het oordeel dat de door De Schelde getroffen maatregelen onvoldoende waren (vgl. HR 6 april 1990, nr 13.783, NJ 1990, 573, r.o. 3.4, voorlaatste alinea). Laatst bedoeld oordeel geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is niet onbegrijpelijk. Het is, door de verwijzing door het hof naar de overwegingen van de kantonrechter in de bodemprocedure, toereikend gemotiveerd.

Anders dan onderdeel 3.2.2 betoogt, is voor aansprakelijkheid wegens het tekortschieten in de verplichting om veiligheidsmaatregelen te nemen met het oog op de bekende gevaren van het werken met asbest niet vereist dat dit bekende gevaar zich ook heeft verwezenlijkt. Uit hetgeen de Hoge Raad heeft overwogen in zijn arrest van 25 juni 1993, NJ 1993, 686, volgt dat aansprakelijkheid ook bestaat in geval de nalatigheid — uitsluitend — heeft geleid tot verwezenlijking van een toen niet bekend gevaar.

De onderdelen zijn derhalve tevergeefs voorgesteld.

3.8. In r.o. 5.6 van zijn arrest heeft het hof als doel van de destijds vereiste veiligheidsmaatregelen aangemerkt het reduceren van de hoeveelheid asbeststof waaraan de werknemers werden blootgesteld. Daaraan lag volgens het hof de gedachte ten grondslag dat, hoe hoger de concentratie asbeststof, des te groter de kans is op inademing van asbestose of longtumor veroorzakende vezels, en dat niet valt in te zien waarom dit anders moet zijn voor de kans op mesotheliom. Het hof is derhalve niet voorbijgegaan aan het betoog van De Schelde dat reductie van de asbestconcentratie geen noemenswaardige invloed heeft op de kans op mesotheliom, maar het heeft dit verworpen. In zoverre mist onderdeel 3.3.1 feitelijke grondslag. Voor zover het onderdeel het oordeel van het hof bestrijdt, is het eveneens ongegrond, nu dit oordeel van feitelijke aard is en in hoofdzaak berust op een aan het hof voorbehouden uitlegging van de stukken van het geding, zodat het in cassatie niet op juistheid kan worden getoetst. Het is ook niet

onbegrijpelijk. Aantekening verdient hierbij nog dat, ook indien ervan moet worden uitgegaan dat een lage concentratie en een kortstondige blootstelling niet tot asbestose maar wel tot een mesotheliom kan leiden, dit nog niet betekent dat een hogere concentratie de kans op mesotheliom niet vergroot.

Het onderdeel is derhalve ongegrond.

3.9. Onderdeel 3.3.2 klaagt over onvoldoende motivering van het oordeel van het hof dat het tekortschieten van De Schelde in haar zorgplicht ter voorkoming van asbestose en longkanker de kans op mesotheliom voor Wijkhuizen ‘in aanmerkelijke mate’ heeft verhoogd. Het onderdeel faalt. Het hof is, in cassatie tevergeefs bestreden, ervan uitgegaan dat Wijkhuizen gedurende zijn gehele dienstverband is blootgesteld aan asbest, en het heeft voorts geoordeeld dat een verband bestaat tussen de mate van blootstelling en de kans op mesotheliom. Mede in aanmerking genomen dat het om een kort geding gaat, heeft het hof zijn oordeel aldus toereiken gemotiveerd.

3.10. Onderdeel 3.3.3 richt zich, zoals het zelf al aanduidt, tegen een overweging ten overvloede, zodat het bij gebrek aan belang niet tot cassatie kan leiden.

3.11. In r.o. 5.7 heeft het hof de stelling van De Schelde dat de destijds vereiste veiligheidsmaatregelen de verwezenlijking van het gevaar van mesotheliom waarschijnlijk niet hadden kunnen voorkomen, verworpen op grond van hetgeen besloten ligt in het in r.o. 5.6 van zijn arrest overwogene. Daarbij heeft het hof mede in zijn overwegingen betrokken dat niet doorslaggevend is dat een mesotheliom-besmetting (wellicht) ook nog mogelijk is bij blootstelling aan een asbestconcentratie die op zichzelf te laag is voor een asbestose- of longtumor-besmetting (r.o. 5.7, slot). Mede in het licht van dit laatste moet 's hofs verwijzing naar r.o. 5.6 als volgt worden verstaan. Het oordeel dat het achterwege laten van de vereiste veiligheidsmaatregelen de kans op mesotheliom in aanmerkelijke mate heeft verhoogd, leidt tot de slotsom dat, als deze maatregelen wél zouden zijn genomen, de kans op mesotheliom — ofschoon niet uitgesloten — in zodanige mate zou zijn verminderd dat niet gezegd kan worden dat een mesotheliom dan ‘waarschijnlijk’ toch zou zijn ontstaan. In 's hofs overwegingen ligt voorts zijn oordeel besloten dat De Schelde haar stelling ook niet op andere wijze aannemelijk heeft gemaakt. Het hof heeft derhalve de stelling dat de vereiste veiligheidsmaatregelen de verwezenlijking van het gevaar van mesotheliom waarschijnlijk niet hadden kunnen voorkomen en de stelling dat het achterwege laten van die maatregelen de kans op mesotheliom niet in aanmerkelijke mate heeft verhoogd, weliswaar als met elkaar samenhangend beschouwd, maar het heeft blijkens het vorenoverwogene niet miskend dat het om verschillende stellingen gaat.

Mede gelet op de eisen die in kort geding aan de motivering kunnen worden gesteld, heeft het hof zijn oordeel voldoende gemotiveerd.

De onderdelen 3.4.1–3.4.3 stuiten hierop in hun geheel af.

3.12. Het incidenteel beroep — waarvan onderdeel I is ingetrokken — behoeft geen behandeling, nu het, voor wat betreft de onderdelen II en III, is ingesteld onder de voorwaarde dat een of meer van de (sub)onderdelen 1 en/of 2 van het middel in het principaal beroep zouden slagen, hetgeen blijkens het hiervoor overwogene niet het geval is.

(enz.; volgt verwerping met kostenveroordeling; *red. VR*)

Conclusie A-G Spier

Post alia:

Bespreking van de middelen

3. *Verjaring*

3.1. Het voorwaardelijk incidenteel beroep is van de verste strekking. Daarom bespreek ik dat alvorens in te gaan op de klacht van het principale middel nopens 's hofs beslissing over de verjaring.

Is het verjaringsverweer prijsgegeven?

3.2. *Middel 2.2* (2.1 bevat een inleiding) strekt ten betoge dat:

— De Schelde het verjaringsverweer in eerste aanleg heeft prijsgegeven;

— het hof zulks ambtshalve had moeten vaststellen.

3.3.1. De Schelde heeft in eerste aanleg het volgende aangevoerd:

— '7.2. De Schelde gaat hier niet in op de vraag of Wijkhuizen een mesothelioom heeft, ... en/of zijn vorderingen zijn verjaard ex art. 3.310 BW. In het kader van deze procedure laat zij deze vragen voor wat zij zijn'.

3.3.2. Daarenboven heeft zij betoogd:

— '7.3. Zoals uit het vorenstaande blijkt gaat het haar om de vaststelling dat zij in de litigieuze periode dat Wijkhuizen bij haar werkt, datgene gedaan heeft wat van haar als werkgeefster verwacht mag worden'.

Het middel doet op deze laatste passage geen beroep.

3.4. De erven hebben zich in hoger beroep niet gekeerd tegen het alsnog inroepen van de verjaring. Aldus rijst de vraag of het hof ambtshalve deze kwestie onder ogen diende te zien.

3.5. Naar gangbare inzichten luidt het antwoord op deze vraag bevestigend. Deze opvatting strookt, als ik het goed zie, niet geheel met het arrest

Kamper/Tricotagefabrieken, waarin werd geoordeeld dat deze vraag niet voor het eerst in cassatie kan worden opgeworpen 'vermits de beantwoording van de vraag of in eersten aanleg van een verweer is afgezien een onderzoek van feitelijke aard vereist'.

Ik begrijp dit arrest zo — en zulks strookt ook met de voorafgaande conclusie van A-G Langemeijer — dat een andere benadering mogelijk is wanneer geen redelijke twijfel mogelijk is over de beantwoording van de vraag of het verweer gedekt is.

3.6. Het heeft er de schijn van dat het hof zich niet (ambtshalve) om de problematiek van het gedekt verweer heeft bekreund. Het college doet niet meer of anders dan vaststellen dat het verweer in appel voor het eerst wordt gevoerd (r.o. 4). Het middel keert zich daar terecht tegen.

3.7. Hoewel zulks uit de letterlijke bewoordingen van het arrest niet blijkt, ga ik nog in op de vraag hoe zou moeten worden geoordeeld wanneer het hof tot uitdrukking heeft willen brengen dat z.i. geen sprake is van een gedekt verweer. Daartoe bestaat te meer reden omdat ook het middel er kennelijk over klaagt dat het hof inhoudelijk een onjuist oordeel over deze kwestie zou hebben gegeven.

3.8. Uitgangspunt zal moeten zijn dat slechts onder bijzondere omstandigheden sprake is van een gedekt verweer. Ondubbelzinnig moet blijken dat een verweer wordt prijsgegeven. In de bewoordingen van Heemskerk:

'Dit prijsgeven moet met zekerheid kunnen worden afgeleid uit de processuele gedragingen of houding van de verweerder in de eerste instantie. Alleen als de verweerder bewust, willens en wetens, afstand heeft gedaan van het recht om dit bepaalde verweer te voeren, is het verweer gedekt'.

3.9. Dit vindt mede daarin verklaring dat het hoger beroep de mogelijkheid biedt in eerste aanleg gemaakte fouten te herstellen. Mede daarom zal niet spoedig mogen worden aangenomen dat sprake is van zo'n verweer.

3.10. De toetsing in cassatie kan, uit de aard der zaak, slechts beperkt zijn. Het gaat immers om een goeddeels feitelijk oordeel.

3.11. Bezien we de onder 3.3.1 aangehaalde uitlating dan komt het mij voor dat deze — ook tegen de achtergrond van het onder 3.9 geformuleerd vertrekpunt — moeilijk anders

kan worden begrepen dan als het prijsgeven van een beroep op verjaring. Het probleem is in prima door De Schelde onderkend.

Zij wilde — zo blijkt uit het vervolg van het pleidooi van haar advocaat — een antwoord hebben op de *aansprakelijkheids*vraag. Eerst toen dat anders luidde dan haar welkom was is zij gaan liggen voor het anker der verjaring. Nadere verklaring behoeft — welke in het bestreden arrest evenwel ontbreekt — waarom onder deze omstandigheden van een gedekt verweer geen sprake is.

3.12. Voor het geval het principale middel, gericht tegen de beslissing inzake de verjaring, zou slagen waardoor het incidentele middel aan de orde komt, acht ik het derhalve gegrond.

De gebeurtenis waardoor de schade is veroorzaakt

3.13. Het *derde incidentele middel* keert zich tegen 's hofs beslissing over de verjaringskwestie ten gronde. Het voert aan dat niet beslissend is het moment der gebeurtenis, zoals het hof in r.o. 6.4 heeft overwogen. Volgens *onderdeel 3.2* is vereist dat *schade is geleden*. In dat verband wordt erop gewezen dat door de lange incubatietijd ten tijde van de laatste blootstelling ‘nog geenszins zeker is dát mesothelioom zich zal ontwikkelen’. Zolang er geen schade is, kan er — in de zin van art. 3:310 leden 2 en 3 — geen gebeurtenis zijn waardoor de schade is geleden.

3.14. De tekst en de bedoeling van de wetgever staan op gespannen voet met hetgeen het middel voorstaat. Het tweede lid van art. 3:310 BW ziet gebeurtenis en schade kennelijk als twee niet per se samenvallende begrippen. Beslissend is wanneer de gebeurtenis plaatsgreep waardoor de schade is veroorzaakt. Wanneer de schade plaatsvindt doet niet ter zake. Het derde lid versterkt deze lezing. Gaat het bijvoorbeeld om een ‘voortdurend feit’ of om een ‘openvolging van feiten met dezelfde oorzaak’, dan is beslissend wanneer het ‘feit is opgehouden’ of wanneer het laatste feit plaatsvindt. Dat het ontstaan van schade (wat daaronder ook precies zou moeten worden verstaan) zou gelden als het laatste feit of het ophouden daarvan ligt niet voor de hand.

3.15. Uit de MvT op de hier relevante verjaringsbepalingen blijkt dat de minister de opvatting dat de verjaringstermijn eerst begint te lopen bij bekendheid met de schade van de hand wijst. De bewindsman heeft zich laten inspireren door (wat thans is) het Verdrag van Lugano. Daarin is gekozen voor een opzet waarin een betrekkelijk korte termijn loopt vanaf bekendheid met onder meer de schade en in elk geval een lange termijn vanaf het ‘incident’. Een termijn van vijftig jaar wordt afgewezen omdat deze teveel afbreuk doet aan de rechtszekerheid. De MvA II stipt aan dat een termijn van dertig jaar in andere landen veelal als te lang wordt ervaren.

3.16. Van Dam heeft er een lans voor gebroken om de regeling van het tweede lid van art. 3:310 ook te laten gelden voor andere gevallen waarin de benadeelde buiten zijn toedoen kan worden geconfronteerd met de ingrijpende gevolgen van de verjaring. De minister heeft zijn voorstel niet willen overnemen.

3.17. De benadering van het middel verdraagt zich ook niet met de uiteenzettingen van de minister over sluipende schade. Deze kunnen moeilijk anders worden begrepen dan aldus: niet vereist is dat de gebeurtenis reeds schade teweeg heeft gebracht.

Ook het Eerste Kamerlid Heijne Makkreel gaat daarvan uit; hij spreekt van ‘iets gebeuren’^[15], waarbij duidelijk niet wordt bedoeld op de gevolgen voor de (ontwikkeling van) schade die daaruit voortvloeit. Niet voor misverstand vatbaar is de toelichting van staatssecretaris Kosto:

‘Het einde van het voortdurende feit, of van de serie feiten, zal in de belangrijkste gevallen in de praktijk niet moeilijk te bewijzen zijn. Het gaat immers om feiten als de staking van een bedrijf of van een bepaalde bedrijfsactiviteit, nauwkeurig vast te stellen in de tijd’.

Tenslotte verdient vermelding dat in de Eerste Kamer door de minister is betoogd dat de gebeurtenis uit zijn aard aan de schade voorafgaat.

3.18. Hoewel ik sympathie heb voor de benadering van Wijkhuizen meen ik dat de door het middel voorgestane oplossing niet ware te volgen. De consequenties daarvan zijn moeilijk te overzien. Ook zal het niet gemakkelijk zijn de regel zo te formuleren dat de gevolgen binnen beheersbare proporties blijven. Bij die stand van zaken is er onvoldoende aanleiding in te gaan tegen letter en bedoeling van de wet. Het standpunt vindt ook weinig aanhang in gezaghebbende literatuur. Veeleer het tegendeel is het geval.

Strikte toepassing van de verjaringsregeling onaanvaardbaar?

3.19. *Onderdeel 3.3* betoogt dat in elk geval een beroep op strikte toepassing van de verjaring in gevallen als de onderhavige onaanvaardbaar zou zijn naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid. Niet kan worden aanvaard dat een vordering verjaard is voordat de schade is ontstaan.

3.20. Het voordeel van zo'n benadering is dat in individuele gevallen kan worden gezien of er voldoende reden is om de benadeelde te hulp te schieten. Daartoe zal, naar de maatstaf van art. 6:2 lid 2 BW, slechts aanleiding bestaan in geval strikte toepassing der wet zou leiden tot onaanvaardbare gevolgen. Aldus kan bijvoorbeeld onderscheid worden gemaakt tussen de positie van gesubrogeerde verzekeraars en het slachtoffer zelf. Ook kan worden gekeken naar de aard van de schade. Ik ben geneigd om in beginsel een smartengeldvordering die de benadeelde zelf ten goede zou komen anders te beoordelen dan een die aan zijn nabestaanden toevalt.

3.21. Door verschillende auteurs is gepleit voor toepassing van art. 6:2 BW in gevallen als de onderhavige. Ook ik heb mij eerder in deze zin uitgelaten. De vraag is evenwel gewettigd of Uw Raad deze weg niet heeft geblokkeerd in het arrest Diaconessenziekenhuis. Aan de orde was of de verjaring ging lopen, ook wanneer de aanlegger de vordering niet geldend kan maken doordat hij de feiten waaruit zijn vorderingsrecht voortvloeit niet kent en al evenmin kan kennen.

3.22. Uw Raad nam de gelegenheid te baat om principieel stelling te nemen. Hoewel het in zulke gevallen uit een oogpunt van 'individuele gerechtigheid' moeilijk te aanvaarden is dat een vorderingsrecht teloor gaat, eist de rechtszekerheid zulks. Een anders luidende opvatting zou meebrengen dat mogelijk veel later dan dertig jaar na de gebeurtenis waarop de aanlegger zijn vordering baseert, nog een rechtsvordering zou kunnen worden ingesteld. Gewezen wordt op het huidige recht, waarin — als hoofdregel — vorderingen 'in ieder geval door verloop van twintig jaren na de gebeurtenis waardoor de schade is veroorzaakt' verjaren.

3.23. Ik wil niet verhehlen te onderkennen dat dit arrest weinig ruimte laat voor afwijking van de verjaringsregeling met behulp van art. 6:2 lid 2 BW. Daarbij verdient opmerking dat het zoëven genoemde geval in zoverre anders lag dat het slachtoffer, nadat het op de hoogte was geraakt met de schade, nog 24 (!) jaar heeft gewacht met het instellen van een vordering. In zo'n situatie is er weinig grond hem te hulp te schieten. Maar moeilijk te loochenen valt dat de toonzetting van het arrest ferm en algemeen is.

3.24. Toch breek ik er een lans voor de deur niet zonder meer en *in alle gevallen* te sluiten. Als gezegd wordt daarvoor niet alleen in ons land gepleit, in rechtsvergelijkend perspectief zou Nederland in een relatieve uitzonderingspositie geraken door het verjaringszwaard zonder meer te doen neder dalen. Tegen toepassing van een dergelijk automatisme pleit dat Uw Raad in andere gevallen bereid is geweest een mouw te passen aan een situatie waarin een vordering verjaard bleek voordat de benadeelde een vordering in kon stellen. Trouwens, ook in de beschikking op het verzoek van Andeweg — eveneens een asbestslachtoffer — heeft Uw Raad een weg gevonden om hulp te bieden.

3.25. Over het (inmiddels verlaten) Engelse recht, dat uitging van de hier bestreden opvatting, spreekt Lord Eversheid in *Cartledge v. E. Jopling* van ‘harshness and absurdity’. Met juistheid wijst hij erop dat het

‘no less right and proper (is) that persons employed in factories should have the ordinary enjoyment of their working lives destroyed by the need of constant and elaborate medical examination and be driven, often prematurely, to litigate with their employers’ (at 774).

3.26. De Engelse wetgever heeft de onwenselijkheid onderkend en heeft het recht aangepast.

3.27. Of, in een concreet geval, voldoende grond bestaat voor afwijking van het wettelijk regiem hangt in de hier bepleite benadering af van tal van omstandigheden, waaronder:

— de vraag of werkelijk sprake is van onbekendheid; naarmate het slachtoffer bekend had kunnen of moeten zijn met de mogelijkheid van schade, eventueel op langere termijn, zal er minder aanleiding bestaan voor toepassing van art. 6:2 lid 2 BW;

— de vraag of de aangesprokene bekend was of had kunnen zijn met de mogelijkheid van schade(veroorzaking);

— de aard van de schade;

— de vraag of, door het achterwege laten van strikte toepassing der verjaringsregeling, de aansprakelijke persoon een verzekeringsdekking misloopt;

— eventuele effecten op de verzekeraarbaarheid. Daarbij zal niet te gemakkelijk mogen worden aangenomen dat de invloed relevant is. Krokodillentranen zijn gemakkelijk geplengd. De ervaring maant tot voorzichtigheid om al te spoedig aan te nemen dat een dergelijk effect daadwerkelijk aanwezig is. De aansprakelijke die een dergelijke stelling betreft (geregistreerd door zijn WA-verzekeraar) zal haar zo deugdelijk als mogelijk is moeten onderbouwen, waarbij opmerking verdient dat een sluitend bewijs moeilijk valt te leveren.

3.28. De klacht kan evenwel niet tot cassatie leiden omdat zij een oordeel bestrijdt dat in het arrest a quo niet is te lezen. Eventuele toepassing van art. 6:2 lid 2 BW komt eerst aan de orde als is vastgesteld dat toepassing van de wettelijke regels ertoe leidt dat de vordering is verjaard. Het hof heeft zulks nu juist niet aangenomen.

Een stof waarvan bekend is ...

3.29. Thans komt het *tweede onderdeel van het principale beroep* aan de orde. Het bestrijdt in de eerste plaats dat asbeststof in de hier relevante periode (1953/1966) gold als ‘een stof waarvan bekend is dat zij zodanige eigenschappen heeft dat zij een bijzonder gevaar van ernstige aard voor personen oplevert’ (subonderdeel 2.1, uitgewerkt onder 2.2.2). 's Hofs oordeel dat

‘de aan De Schelde gedurende het dienstverband bekende/bekend wordende (bijzondere) gevaren van het werken met asbest, en wel: reeds vóór 1953: asbestose; vanaf 1958: ook longtumor; sedert 1964/1966: daarenboven mesothelioom’ (r.o. 5.5) wordt slechts bestreden voor wat betreft de periode na 1964. Het niet bestreden deel van 's hofs redenering kan zijn oordeel dragen. Daarop loopt de klacht stuk.

3.30. De bestrijding van de wetenschap van de gevaren van mesothelioom als, wat wordt genoemd, ‘(autonoom) schadelijk gevolg van het werken met asbest’ blijft steken in de exclamatieve sfeer en is daarom gedoemd te falen. Bovendien is de klacht moeilijk te begrijpen tegen de achtergrond van de eigen stellingen van De Schelde.

3.31. Begin jaren zestig, zo heeft zij betoogd, werd de relatie tussen mesothelioom en asbestose verondersteld, terwijl Stumphius in 1962 is begonnen met een onderzoek naar de oorzaken van mesothelioom, kennelijk omdat Dr Planteydt in dat jaar

‘een groter aantal mesothelioomgevallen ... vaststelde bij ex-Schelde medewerkers dan normaliter (sic) te verwachten was’.

In appel heeft zij expliciet te kennen gegeven dat het gevaar van mesothelioom in 1964

‘zodanig in de openbaarheid (was) gebracht dat het min of meer algemeen in de asbesthoudende industrie bekend mocht worden verondersteld’.

3.32. De toegespitste klacht dat De Schelde destijds geen adequate voorzorgsmaatregelen kon nemen faalt op twee zelfstandige gronden. Vooreerst stelt het een eis die in art. 3:310 lid 2 BW in samenhang met art. 6:175 lid 1 BW niet is te vinden. Bovendien heeft het hof geoordeeld dat zij wél in het treffen van zodanige maatregelen tekort is geschoten (r.o. 5.6).

3.33. Voorts wordt er nog over geklaagd dat het ‘voorzorgscriterium van het Cijssouw-arrest’ niet in het bekendheidscriterium zou mogen worden ingelezen (s.t. onder 6.7). Sprake moet zijn van bekendheid van het gevaar dat zich uiteindelijk verwezenlijkt (idem onder 6.8).

3.34. De klacht mist feitelijke grondslag. Voor de laatste jaren is het hof er — in cassatie tevergeefs bestreden — van uitgegaan dat De Schelde het gevaar van mesotheliom kende. In die periode, aldus het hof, is Wijkhuizen mogelijk blootgesteld aan de fatale hoeveelheid mesotheliom. Het subonderdeel ziet daaraan voorbij.

3.35. Mocht dat anders zijn dan verdient het volgende nog opmerking. De Schelde wil kennelijk de opvatting ingang doen vinden dat zij heeft nagelaten maatregelen te nemen tegen een ernstige kwaal als longkanker, terwijl een andere ernstige kwaal (waarop zij destijds niet bedacht was) fatale gevolgen heeft. Aldus zou de slachtofferbescherming, waarvan sprake is in het arrest Cijssouw/De Schelde, ten dele ongedaan worden gemaakt. Dat zou weinig bevredigend zijn. Hetgeen met de causaliteitshand wordt gegeven, zou dan met de verjaringshand teniet worden gedaan. Daartoe bestaat slechts aanleiding wanneer de wet of rechtspraak daartoe bepaaldelijk nopen. Zulks is niet het geval, hoezeer in de MvT op art. 6:175 ook een — door De Schelde niet genoemd — aanknopingspunt voor de hier verworpen opvatting kan worden gevonden. Hoe dit zijn, de MvA I spreekt m.i. duidelijke taal:

‘Aansprakelijkheid volgens artikel 175 ... kan zeer wel bestaan, wanneer de schade zoals zij is (lees:) geleden, op het tijdstip van de betreffende gebeurtenis, in het geheel niet te voorzien was, zeker niet voor de aansprakelijke zelf. Een andere regel zou ook niet wenselijk zijn’.

Het onderdeel kan daarom niet slagen, zelfs niet wanneer een behandeling ten gronde aan de orde zou komen.

Art. 3:310 leden 2 en 3 en art. 7A:1638x (oud) BW

3.36. *Subonderdeel 2.2.1* behelst de klacht dat art. 3:310 lid 2 jo 119a OW geen betrekking hebben op aansprakelijkheid krachtens art. 7A:1638x BW. Deze opvatting ligt al aanstonds weinig voor de hand. Het zou onbevredigend zijn wanneer personen die de hulp van de wetgever het meest behoeven (slachtoffers met letselschade of erger) daarvan verstoken zouden blijven. Uit de wetsgeschiedenis blijkt m.i. duidelijk dat de wetgever de door De Schelde bepleite benadering niet heeft gewild:

‘... ben ik bereid de reeds gevolgde lijn door te trekken door voor te stellen dat de verlenging tot dertig jaar ook geldt voor schade die veroorzaakt is door stoffen bedoeld in artikel 6:175 ... die niet gepaard gaat met verontreiniging van lucht, water of bodem’.

3.37. De Schelde kan intussen worden toegegeven dat deze uiteenzetting wordt gevolgd door de mededeling dat de verjaringstermijn ‘vooralsnog slechts betrekking (heeft) op de op art. 6:162 BW gebaseerde aansprakelijkheid voor schade door deze stoffen’.

3.38. Aan het niet noemen van art. 1638x BW komt m.i. geen (doorslaggevende) betekenis toe. In de eerste plaats zal de uiteenzetting moeten worden begrepen in het licht van de context. Beoogd werd de verjaringsregeling in te voeren voordat art. 6:175 in werking zou treden. Zolang laatstbedoeld artikel niet geldt kon aansprakelijkheid in het algemeen

slechts op art. 6:162 BW worden gebaseerd. De passage brengt niet meer of anders tot uitdrukking.

3.39. Hier komt bij dat het voor de werknemer niet uitmaakt of hij zijn vordering baseert op art. 6:162 BW of op art. 7A:1638x BW. Waarom zou dat op het stuk van de verjaring anders moeten zijn?. Ook deze klacht faalt m.i.

Het overgangsrechtelijk regiem van art. 3:310 leden 2 en 3 BW

3.40. Mogelijk behelst *onderdeel 2.1* nog een overgangsrechtelijke klacht. Deze houdt in dat ingevolge art. V overgangsrecht zonder belang is of iets vóór 1 februari 1995 een gevaarlijke stof was is de zin van art. 6:175 BW. De klacht mist doel. Art. V van de wet van 30 november 1994 Stb. 846 regelt het overgangsrechtelijk regiem van de bepalingen van materieel aansprakelijkheidsrecht (zoals, in casu, art. 6:175 BW). Nu de vordering van de erven niet op art. 6:175 is gebaseerd (dat zou ook onmogelijk zijn geweest) mist deze bepaling toepassing. Waar het om gaat is de overgangsbepaling inzake de verjaring. Van belang is art. II van de wet van 24 december 1992, Stb. 691, ingevolge art. IV op 1 januari 1993 in werking getreden. Art. II heeft een nieuw art. 119a Ow in het leven geroepen. Uit het tweede lid van art. 119a blijkt dat art. 3:310 lid 2 BW in werking treedt op 1 januari 1993. Art. 3:310 lid 2 rept onder meer van ‘een stof waarvan bekend is dat zij zodanige eigenschappen heeft, dat zij een bijzonder gevaar van ernstige aard voor personen of zaken oplevert’. Dit *criterium* is gelijk aan dat van art. 6:175 BW. Anders dan art. 6:175 BW — dat slechts geldt voor de toekomst — geldt dit criterium ook voor het verleden.

4. Blootstelling aan asbeststof gedurende de gehele periode?

4.1. *Subonderdeel 1.1* van het principale middel klaagt erover dat het hof heeft aangenomen dat Wijkhuizen in de gehele periode, gelegen tussen 1953 en 1966, aan asbest(stof) is blootgesteld. In elk geval zou het hof, gezien tegen de achtergrond van de expliciete ontkenning van De Schelde, onvoldoende hebben gemotiveerd waarom het hiervan is uitgegaan.

4.2. De Schelde wijst er met juistheid op dat zij in feitelijke aanleg te berde heeft gebracht dat Wijkhuizen tussen 1959 en 1966 niet meer met asbest(stof) in aanraking is geweest. Het hof heeft deze stelling klaarblijkelijk onaannemelijk geoordeeld. De Schelde kan worden toegegeven dat het hof niet uitdrukkelijk aangeeft waarom het tot dit oordeel is gekomen. Aangenomen zal mogen worden dat het college deze conclusie heeft getrokken, gelet op de navolgende omstandigheden, in onderling verband en samenhang bezien:

— De Schelde heeft aangevoerd dat de nodige maatregelen zijn genomen;

— uit de getuigenverklaringen komt een wezenlijk ander beeld naar voren; daaruit blijkt dat, ook na 1960, de arbeidsomstandigheden bij De Schelde op het stuk van maatregelen tegen inademing van asbeststof ernstig te wensen overlieten; velen werden sedertdien nog aan asbeststof blootgesteld (uit r.o. 5.4 blijkt dat het hof op een en ander acht heeft geslagen; immers wordt met instemming verwezen naar een vonnis van de bodemrechter dat op dit een en ander is gebaseerd).

4.3. 's Hofs oordeel, dat er per saldo op neerkomt dat het verweer van De Schelde ongeloofwaardig is, is, mede in aanmerking genomen dat het hier een kort geding betreft, niet onbegrijpelijk. Dat het college, gezien de hiervoor onder 2.7 geciteerde verklaringen, weinig plausibel heeft geacht dat Wijkhuizen na 1960 ‘in een asbestvrije omgeving’ heeft gewerkt behoeft niet te verbazen. In dit verband zij nog aangestipt dat De Schelde heeft gemeend te moeten betogen dat een en ander door de erven niet is betwist, terwijl zij expliciet het tegendeel hebben aangevoerd.

4.4. *Subonderdeel 1.2* beoogt er kennelijk over te klagen dat Wijkhuizen niet aan zijn stelplicht heeft voldaan; in elk geval zou Wijkhuizen zijn stelling hebben moeten bewijzen. Het is gedoemd te falen. De Schelde geeft terecht aan dat Wijkhuizen heeft betoogd dat hij gedurende de gehele periode aan asbeststof is blootgesteld. Hij heeft voorts

gesteld dat hij op allerlei afdelingen van De Schelde te werk werd gesteld. Mij ontgaat mitsdien waarom Wijkhuizen niet aan zijn stelplicht zou hebben voldaan. Voor bewijslevering is in kort geding weinig ruimte. Bovendien: op de hiervoor uiteengezette gronden heeft het hof de stellingen van De Schelde geredelijk terzijde kunnen schuiven.

4.5. Waarover *subonderdeel 1.3* bedoelt te klagen is mij niet duidelijk. Voorzover het zo moet worden begrepen dat niet valt in te zien waarom De Schelde na 1959 jegens Wijkhuizen tekort zou zijn geschoten in het treffen van adequate maatregelen, omdat hij sedertdien niet aan asbest werd blootgesteld, is sprake van een herhaling van zetten. De klacht loopt dan vast in hetgeen hiervoor is uiteengezet.

4.6. Een eventuele klacht over de destijds geldende maatregelen voldoet niet aan de eisen van art. 407 lid 2 Rv. Voor het geval Uw Raad daarover anders zou oordelen zij verwezen naar mijn eveneens heden genomen conclusie in de zaak rolnr 16.673 onder 5.15 e.v.

Voorts moge ik het hiervoor onder 2.5 en 2.6 vermelde in herinnering roepen.

4.7. Terzijde: ik begrijp niet goed wat De Schelde met deze klacht beoogt, in aanmerking genomen dat zij stelt dat het haar om een principiële beslissing te doen is.

5. *Het Cijssouw-criterium*

5.1. Onderdeel 3 bevat 12 klachten over wat wordt aangeduid als ‘het Cijssouw-criterium’.

5.2. *Subonderdeel 3.1* voldoet niet aan de eisen van art. 407 lid 2 Rv en loopt daarop stuk. Datzelfde geldt voor hetgeen staat in de eerste alinea na ‘3.2’. Hetgeen daar wordt betoogd (o.m. dat het hof zou hebben miskend dat het gaat om een voorschotbetaling in kort geding) verliest bovendien uit het oog dat De Schelde in appel heeft aangevoerd dat het er haar niet om begonnen was het inmiddels betaalde voorschot terug te vorderen.

5.3. De in *subonderdeel 3.2* neergelegde stelling dat het hof ‘de mening is toegedaan’ dat op hetgeen tegen het vonnis van de kantonrechter is ingebracht niet behoeft te worden ingegaan omdat dit eerst bij pleidooi is aangevoerd mist feitelijke grondslag. Uit niets blijkt dat het hof aldus heeft geoordeeld.

5.4. *Subonderdeel 3.2.1* trekt kennelijk wederom ten strijde tegen 's hofs oordeel dat Wijkhuizen aan asbeststof werd blootgesteld. Het verschil met de eerdere klacht is dat thans in het ongewisse blijft op welke periode De Schelde doelt. Voorzover het de periode 1959/1966 betreft zij verwezen naar hetgeen onder 4 werd opgemerkt. Voor de daaraan voorafgaande periode vindt de uiteenzetting haar Waterloo in de eigen stellingen van De Schelde. Zij heeft immers aangevoerd dat de fatale blootstelling ver vóór 1960 heeft plaatsgevonden, hetgeen moeilijk is te rijmen met een klacht over 's hofs oordeel dat Wijkhuizen aan asbest(stof) is blootgesteld. Wijkhuizen is er trouwens aan overleden.

5.5. In de *subonderdelen 3.2.2 en 3.2.3* roert De Schelde de problematiek aan van de stand van de toenmalige wetenschap. Zij klaagt erover dat Wijkhuizen te weinig heeft aangevoerd om schending van haar zorgverplichting te constitueren, terwijl het hof aan haar uiteenzettingen te lichtvaardig voorbij is gegaan. De destijds getroffen maatregelen waren, zo wordt aangevoerd, toentertijd gebruikelijk.

5.6. Zoals uiteengezet in mijn conclusie in zaaknr 16.673 valt begrip op te brengen voor deze klacht. Nochtans houd ik haar op de in die conclusie ontwikkelde gronden voor ongegrond (onder 5.15 e.v.). Een copie van laatstbedoelde conclusie wordt aan deze conclusie gehecht. Voor de onderhavige zaak verdient nog opmerking dat het gaat om een kort geding, waardoor lichte(re) eisen worden gesteld aan de motivering.

Bovendien heeft Wijkhuizen er terecht op gewezen dat de uiteenzettingen van De Schelde uiterst abstract zijn. Zij geven nauwelijks aan wat andere bedrijven deden, terwijl nogmaals zij verwezen naar 2.5 hiervoor.

5.7. *Subonderdeel 3.2.2* strekt voorts ten betoge dat het bij art. 7A:1638x BW aankomt op verwezenlijking van het — wat wordt genoemd — bewust bekend bijzondere gevaar. Het faalt omdat aansprakelijkheid reeds bestaat wanneer de kans op mesothelioom

aanmerkelijk zou zijn verhoogd door het niet treffen van maatregelen ter zake van andere, De Schelde wel bekende, gevaren.

5.8. *Subonderdeel 3.3* kant zich tegen 's hofs oordeel over de aanmerkelijke kansverhoging. Betoogd wordt (a) dat tegen de destijds bekende gevaren afdoende maatregelen zouden zijn getroffen. Voorts wordt 's hofs oordeel dat een grotere blootstelling leidt tot een grotere kans op mesotheliom gelaakt (b). *Subonderdeel 3.3.3* keert zich ten slotte tegen de als duister gekwalificeerde slotuiteenzetting van r.o. 5.6 (c).

5.9. Voor wat de onder 5.8 als (a) aangeduide klacht betreft veroorloof ik me te verwijzen naar mijn conclusie in de parallel-zaak onder 5.28 e.v. De verwante, sub (b) geparafraseerde, klacht stuit af op de, door De Schelde in geding gebrachte, verklaring van Dr Planteydt, die hiervoor onder 2.4.f werd geciteerd.

Het hof heeft ook acht geslagen op deze notitie en er kennelijk een enigszins andere betekenis aan toegekend. Hoe dat zij, de aangehaalde passage is m.i. een voldoende weerlegging van het betoog van De Schelde.

5.10. De onder 5.8 (c) weergegeven klacht faalt reeds omdat onduidelijk is op welke passage wordt gedoeld. Bovendien zou het, volgens het subonderdeel, gaan om een obiter dictum.

5.11. *Subonderdeel 3.4* klaagt eveneens over het door het hof gelegde causaal verband tussen de niet genomen maatregelen en mesotheliom. In belangrijke mate is sprake van klachten die onder 5.9 al aan de orde zijn gesteld. Terecht neemt De Schelde tot uitgangspunt (onder 3.4.1) dat het op haar weg ligt om aan te tonen dat geen sprake is van — kort gezegd — aanmerkelijke kansverhoging. Het hof heeft aangenomen dat zij hierin niet is geslaagd. De Schelde verliest uit het oog dat het gaat om een kort geding met de daaraan inherente beperkte(re) motiveringseisen.

5.12. Hetgeen *subonderdeel 3.4.2* tot uitdrukking wil brengen is mij niet duidelijk kunnen worden. Waarom in cassatie veronderstellenderwijs moet worden uitgegaan van het ontbreken van een conditio sine qua non-verband, zoals *subonderdeel 3.4.3* vertolkt, vermag ik niet in te zien. Het hof is er immers vanuit gegaan dat De Schelde tekort is geschoten in het treffen van maatregelen ter voorkoming van haar wél bekende gevaren. Het heeft geoordeeld dat, zouden deze zijn genomen, de kans op mesotheliom wezenlijk zou zijn verminderd (r.o. 5.6).

5.13. In *subonderdeel 3.2.1* ligt mogelijk nog een klacht verscholen. En passant en niet nader toegelicht wordt erop gewezen dat Wijkhuizen tussen juli 1971 en juli 1975 bij Hertel heeft gewerkt. Betoogd wordt dat Wijkhuizen daar toen (eveneens) in relevante mate aan asbeststof is blootgesteld. Bij pleidooi in appel heeft De Schelde daarover, in de passage waarop zij zich thans beroept, het volgende gezegd:

‘De kantonrechter had ... aan Cijssouw opgedragen te bewijzen dat hij de fatale asbestvezel(s) bij De Schelde had binnengekregen. Dit in verband met het feit dat Cijssouw — zoals ook overigens Wijkhuizen, die 5 jaar als isolatieplaatwerker bij Hertel heeft gewerkt — ook elders aan asbest was blootgesteld’.

5.14. Voorzover het hof al gehouden was op deze aan het slot van het debat in feitelijke aanleg betrokken stelling in te gaan het volgende. Ervan uitgaande dat de blootstellingen bij De Schelde en Hertel ieder de latere fatale ziekte kunnen hebben veroorzaakt, loopt de klacht stuk op art. 6:99 BW.

Conclusie

Het principale middel acht ik ongegrond. Daarom komt het voorwaardelijk ingestelde incidentele middel niet aan de orde.

Deze conclusie strekt tot verwerping van het beroep.