

Centrale Raad van Beroep

Uitspraak van 9 april 2009

06/227 MAW

LJN: BI2805

Voorzitter: mr. J.C.F. Talman; leden : mr. J.Th. Wolleswinkel en mr. B.M. van Dun.

Asbest en roken: van alles of niets naar proportioneel.

Betrokkene is van juni 1971 tot februari 1977 als militair werkzaam geweest . Hij is aldaar in zijn functie van verbindingsmonteur in aanraking gekomen met asbest. In 2000 is longkanker geconstateerd. Vanuit de opvatting dat er direct verband bestaat tussen deze ziekte en zijn voormelde werkzaamheden heeft betrokkene, inmiddels in de rang van eerste luitenant, bij brief van 25 april 2002 aan de staatssecretaris gevraagd hem de schade te vergoeden die hij ten gevolge van zijn ziekte lijdt. Op 1 juli 2002 is betrokkene als gevolg van de longkanker overleden.

Bij besluit van 17 februari 2003 heeft de staatssecretaris het door betrokkene ingediende verzoek afgewezen, omdat de blootstelling ver beneden de “alles-of-niets”-norm van 25 vezel-jaren ligt. Bij het bestreden besluit van 29 oktober 2004 heeft de staatssecretaris dit besluit na door appellanten gemaakt bezwaar gehandhaafd. De rechtbank heeft bij de aangevallen uitspraak het beroep van appellanten tegen het bestreden besluit ongegrond verklaard, waarna appellanten hoger beroep hebben aangetekend.

UITSPRAAK

Op het hoger beroep van appellanten tegen de uitspraak van de rechtbank 's-Gravenhage van 2 december 2005, 04/5218, in het geding tussen appellanten en de Staatssecretaris van Defensie.

I. Procesverloop

Appellanten hebben hoger beroep ingesteld.

De staatssecretaris heeft een verweerschrift ingediend.

Het onderzoek ter zitting heeft plaatsgevonden op 15 januari 2009. Namens appellanten is verschenen mr. H.J.M.G.M. van der Meijden, advocaat te Harderwijk. De staatssecretaris heeft zich laten vertegenwoordigen door mr. A.E.P. van Zandbergen en drs. L.G. Koenen, beiden werkzaam bij het ministerie van Defensie.

II. Overwegingen

I. Op grond van de gedingstukken en het verhandelde ter zitting gaat de Raad uit van de volgende hier van belang zijnde feiten en omstandigheden.

I.1. [Betrokkene] (hierna: betrokkene) is van juni 1971 tot februari 1977 als militair ambtenaar werkzaam geweest op het [naam centrum] te [vestigingsplaats]. Betrokkene is aldaar in zijn functie van verbindingsmonteur in aanraking gekomen met asbest. In 2000 is longkanker bij hem geconstateerd. Van mening zijnde dat er direct verband bestaat tussen deze ziekte en zijn voormelde werkzaamheden heeft betrokkene, inmiddels in de rang van eerste luitenant, bij brief van 25 april 2002 aan de staatssecretaris gevraagd hem de schade te vergoeden die hij ten gevolge

van zijn ziekte lijdt. Op 1 juli 2002 is betrokkene als gevolg van de longkanker overleden.

1.2. Bij besluit van 17 februari 2003 heeft de staatssecretaris het door betrokkene ingediende verzoek afgewezen. Bij het bestreden besluit van 29 oktober 2004 heeft de staatssecretaris dit besluit na door appellanten gemaakt bezwaar gehandhaafd.

2. De rechtbank heeft bij de aangevallen uitspraak het beroep van appellanten tegen het bestreden besluit ongegrond verklaard.

3. Naar aanleiding van hetgeen partijen in hoger beroep hebben aangevoerd overweegt de Raad het volgende.

3.1. De Raad stelt allereerst vast dat, naar tussen partijen niet in geschil is, vanwege de staatssecretaris indertijd geen maatregelen zijn getroffen om te voorkomen dat betrokkene tijdens zijn werkzaamheden in de [centrum] aan asbest werd blootgesteld of om de kans dat deze blootstelling tot nadelige gevolgen zou leiden te beperken. Dit betekent dat de staatssecretaris niet heeft voldaan aan de in dit verband op hem als werkgever rustende zorgplicht.

3.2. De staatssecretaris voert het beleid dat wordt aangenomen dat er een - tot schadeplichtigheid van de staatssecretaris leidend - causaal verband bestaat tussen blootstelling aan asbest en longkanker als die blootstelling meer dan 25 zogeheten vezeljaren bedraagt, waarbij één vezeljaar staat voor blootstelling aan lucht die één asbestvezel per kubieke centimeter (vezel/ml) lucht bevat gedurende een arbeidsjaar. Bij een dergelijke asbestblootstelling is, uitgaande van de meest ongunstige risicofactor van 4% toename van het aantal gevallen van longkanker per vezeljaar, de (theoretische) kans dat longkanker ontstaat twee keer groter dan indien van blootstelling geen sprake is geweest. Voor zijn afwijzing van het verzoek om schadevergoeding van betrokkene heeft de staatssecretaris verwezen naar een advies van zijn medisch adviseur L.J. Koenen, volgens welk advies de blootstelling aan asbest in dit geval ver beneden 25 vezeljaren ligt.

3.3. Volgens de rechtspraak van de Raad (CRvB 12 mei 2005, LJN AT5582) dient in beginsel schade te worden vergoed in gevallen waarin ten gevolge van onrechtmatig handelen, bestaande uit het overtreden van een op de arbeidsomstandigheden betrekking hebbende veiligheidsnorm, het risico op het ontstaan van schade aanzienlijk is vergroot en dit risico zich vervolgens heeft verwezenlijkt. De rechtbank heeft zich bij de aangevallen uitspraak door deze rechtspraak laten leiden en geoordeeld dat zich in dit geval niet de situatie voordoet dat het risico op het ontstaan van longkanker door de blootstelling aan asbest aanzienlijk is vergroot.

3.4. Appellanten hebben zich voor hun primaire standpunt dat de geleden schade volledig moet worden vergoed beroepen op een brief van de staatssecretaris van 16 november 1998 waarin is opgenomen dat, zodra zich bij Nederlands defensiepersoneel dat werkzaam is geweest in de [centrum] een typisch aan asbest gerelateerde ziekte zou openbaren, Defensie de aansprakelijkheid hiervoor zal erkennen. De Raad onderschrijft het standpunt van de staatssecretaris dat longkanker, anders dan asbestose en mesothelioom, niet een typisch aan asbest gerelateerde ziekte is nu er ook andere oorzaken van het ontstaan van longkanker zijn aan te wijzen, waarbij met name kan worden gedacht aan roken van tabakproducten. Het beroep op voormelde brief treft dus geen doel.

3.5. Vast staat dat betrokkene tabakproducten rookte. Gelet hierop hebben appellanten zich

subsidiar op het standpunt gesteld dat uit een eerlijke benadering van deze aangelegenheid voortvloeit dat een deel van de door betrokkene geleden schade wordt vergoed en wel naar evenredigheid van de kans dat de longkanker door de blootstelling aan asbest is veroorzaakt.

3.6. In dit verband wijst de Raad op het ook door appellanten genoemde arrest van de Hoge Raad van 31 maart 2006, LJN AU6092 en JB 2006/109, waarin onder meer het volgende is overwogen:

“Het gaat in dit geding om 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. Zoals hiervoor in 3.5 overwogen, heeft het hof - door onderdeel 2 tevergeefs bestreden - geoordeeld dat Nefalit door die blootstelling, kort gezegd, jegens Karamus toerekenbaar is tekortgeschoten in de nakoming van de uit hoofde van art. 7:658 BW op haar rustende zorgplicht. Het causaal verband (sine-qua-non-verband) tussen die normschending en de door Karamus geleden gezondheidsschade (longkanker zonder voorafgaande asbestose) laat zich echter niet vaststellen. Nefalit heeft zich erop beroepen dat een meer waarschijnlijke oorzaak van de longkanker van Karamus diens rookgedrag is, terwijl partijen voorts het erover eens zijn dat die ziekte ook kan zijn veroorzaakt door omstandigheden waarvoor niemand verantwoordelijk is of door een combinatie van factoren, aldus nog steeds het hof.

Onder zodanige omstandigheden ligt het in het algemeen voor de hand - zoals ook in dit geding is geschied - 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 - het voorkomen van gezondheidsschade bij de werknemer - 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 uit-

oefening 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.”

3.7. De Raad is thans van oordeel dat de vaststelling of in een geval als dit door de ambtenaar als gevolg van de longkanker geleden schade door het bestuursorgaan dient te worden vergoed, en zo ja, hoe hoog die vergoeding moet uitvallen, dient plaats te vinden volgens de criteria die de Hoge Raad in zijn voormeld arrest heeft aangegeven. In lijn met dit arrest oordeelt de Raad dat overwegingen van redelijkheid en billijkheid met zich brengen dat, behoudens in een geval dat de kans dat de gezondheidstoestand van de ambtenaar is veroorzaakt door een toerekenbare tekortkoming zeer groot of zeer klein is geweest, de onzekerheid over de mate waarin de tekortkoming van het overheidsorgaan heeft bijgedragen aan de schade van de ambtenaar, niet in zijn geheel op de ambtenaar wordt afgewenteld noch geheel voor risico van het bestuursorgaan wordt gelaten. De Raad is dan ook van oordeel dat het bestuursorgaan, tenzij de vorenbedoelde kans zeer groot of zeer klein is geweest, de door de ambtenaar als gevolg van de longkanker geleden schade geheel dient te vergoeden, met vermindering van de vergoedingsplicht van het bestuursorgaan in evenredigheid met de, op een gemotiveerde schatting berustende, mate waarin de aan de ambtenaar toe te rekenen omstandigheden tot diens schade hebben bijgedragen.

3.8. Dit criterium brengt in dit geval, waarin de risicofactoren in beginsel beperkt zijn tot enerzijds het werken bij één enkele overheidsinstantie met blootstelling aan asbest en anderzijds, naast de normale in de risicosfeer van betrokkene gelegen factoren, tot het roken van tabakswaaren door de betrokkene zelf, mee dat de kans moet worden vastgesteld dat de longkanker is veroorzaakt door de blootstelling van betrokkene aan asbest bij de [centrum]. Deze vaststelling dient te geschieden aan de hand van een gemotiveerde schatting. De als gevolg van de longkanker geleden schade moet dan worden vergoed naar het aldus vastgestelde percentage.

3.9. Wat deze schatting betreft merkt de Raad op dat partijen ter zitting de wens te kennen hebben gegeven dat de Raad hierover op basis van de beschikbare gedingstukken tot een eindoordeel komt. De Raad geeft hieraan gehoor.

Bij zijn beoordeling van dit geschilpunt maakt de Raad gebruik van adviezen/rapporten van de medisch adviseur Koenen, voornoemd, van 2 december 2002 en 13 april 2006 alsmede van een rapport van prof. dr. ir. Tj. Smid (hierna: Smid), hoogleraar arbeidsomstandigheden, van augustus 2005 en een brief van de laatste van 18 mei 2006. Smid heeft zijn rapport op een verzoek vanwege appellanten uitgebracht in de procedure bij de rechtbank. De Raad merkt hierbij op dat de door Smid gebruikte epidemiologische gegevens, die de basis vormen voor zijn berekeningen, geldig zijn voor mensen, zoals betrokkene, die hebben gerookt tijdens hun leven.

3.10. Betrokkene heeft gedurende vijf jaar en acht maanden in de [centrum] gewerkt. Uit het

rapport van Smid blijkt de Raad dat betrokkene (ten hoogste) 10% van zijn werktijd buiten de kantoorruimten bezig was met aanleg van en onderhoud aan leidingen van telecommunicatieapparatuur, afgerond op 0,6 jaar. Bij deze werkzaamheden was betrokkene, blijkens dit rapport, in verhoogde mate blootgesteld aan asbest, waaronder blauwe asbest. In 1977 zijn in de [centrum] metingen van de blootstelling aan asbest verricht door het ministerie van Defensie van de Bondsrepubliek Duitsland, die blijkens het rapport van Smid min of meer representatief zijn te achten voor blootstelling tijdens juist deze werkzaamheden. Deze metingen komen uit op een gemiddelde waarde van 5,25 vezels/ml (rapport Koenen van 13 april 2006). De Raad onderschrijft het advies van Koenen dat hier uitgegaan moet worden van de gemiddelde waarden van de Duitse metingen, en niet, zoals in de rapportage van Smid, van alleen de twee uitschieters. Hiervan uitgaande kan, blijkens dat rapport van Koenen, de asbestblootstelling bij het werk aan de leidingen gesteld worden op 0,6 jaar maal 5,25 is 3,15 vezeljaren. Gezien aard en omvang van het risico bij dit werk is, zoals door Smid is uiteengezet, toepassing van een stijging van het relatieve risico met 4% per vezeljaar hier aangewezen, zodat kan worden vastgesteld dat de kans op longkanker hier met 12,60% werd verhoogd.

De overige 90% van zijn werktijd verbleef betrokkene, blijkens het rapport van Smid, in kantoorruimten of in de onderhoudswerkplaats, afgerond op 5,1 jaar. Smid stelt in zijn rapport dat de blootstelling tijdens deze laatste werkzaamheden op 0,1 tot 0,4 vezel/ml kan worden gesteld. In zijn reactie van 13 april 2006 op dit rapport heeft Koenen tegen deze cijfers geen bezwaar gemaakt. Van deze cijfers uitgaande kan de asbestblootstelling bij laatstbedoelde werkzaamheden worden vastgesteld op 5,1 jaar maal 0,25 (gemiddelde van 0,1 en 0,4) is 1,28 vezeljaar. De Raad acht het aanvaardbaar, zoals door Koenen is gemotiveerd, hier een stijging van het relatieve risico met 1% per vezeljaar toe te passen, nu niet is gebleken dat betrokkene bij deze werkzaamheden in relevante mate aan bruine of blauwe asbest was blootgesteld.

3.11. De totale verhoging van de kans op longkanker door blootstelling aan asbeststof tijdens de werkzaamheden in de [centrum] kan aldus in dit geval worden gesteld op 12,60% plus 1,28% is 13,88%. Dit betekent dat de kans dat de longkanker van betrokkene door deze blootstelling is veroorzaakt moet worden vastgesteld op 13,88 gedeeld door 113,88, is afgerond 12%, hetgeen de Raad niet een zeer kleine kans acht als hiervoor onder 3.7 bedoeld. Hieruit volgt dat het gedeelte van de schade tengevolge van de longkanker dat door de staatssecretaris vergoed moet worden, moet worden vastgesteld op 12%.

3.12. Hieruit volgt dat het hoger beroep slaagt en de aangevallen uitspraak evenals het bestreden besluit voor vernietiging in aanmerking komen. De staatssecretaris dient een nieuw besluit op bezwaar te nemen met inachtneming van hetgeen in deze uitspraak is overwogen.

III. Beslissing

DE CENTRALE RAAD VAN BEROEP;

RECHT DOENDE:

Vernietigt de aangevallen uitspraak;

Verklaart het beroep gegrond;

Vernietigt het besluit van 29 oktober 2004;

Draagt de staatssecretaris op een nieuw besluit op bezwaar te nemen met inachtneming van deze uitspraak.

NASCHRIFT

Longkanker kan uiteenlopende oorzaken hebben, al is, over de gehele bevolking gerekend, roken de voornaamste. Anders dan asbestose en mesothelioom is longkanker derhalve niet een typisch aan asbest gerelateerde ziekte. Uit de aard van de longtumor valt echter niet af te leiden wat de precieze oorzaak of combinatie van oorzaken is geweest. Wel is het mogelijk om op basis van de resultaten van epideminologisch onderzoek en informatie over de factoren die longkanker veroorzaken, een berede-nerde schatting te maken van de kans dat de kwaadaardige longtumor door een van die facto-ren is veroorzaakt. Die kans wordt “veroorzakingswaarschijnlijkheid” genoemd. In het Defensiebeleid diende die waarschijnlijkheid “voldoende” te zijn, d.w.z. 50% of meer, om tot erkenning van de aansprakelijk-heid te komen. In wezen houdt dit een “alles of niets”- benadering in, doordat bij minder dan 50% geen schade wordt vergoed en bij meer dan 50% alle schade.

Een “veroorzakingswaarschijnlijkheid” van 50% of meer wordt in het Defensiebeleid – conform de Helsinki-methodiek uit 1997 - verondersteld aanwezig te zijn bij een cumulatieve blootstelling van 25 vezeljaren. Dit laat zich naar de volgende praktijksituaties vertalen:

- minimaal 10 jaar werken in een gemiddeld risicoberoep;
- maximaal 5 jaar werken in een bovengemiddeld risicoberoep;
- minimaal 1 jaar werken in een extreem risicoberoep;

Onder die omstandigheden wordt ervan uitgegaan dat de kans op longkanker twee maal groter is dan bij geen blootstelling en kan het risicoberoep als een voldoende waarschijnlijke oorzaak van de opgetreden longkanker worden gezien.

In de civiele zaken vormde de “alles-of-niets”-benadering, d.w.z. geen vergoeding bij onvoldoende waarschijnlijkheid, tot 2006 de gebruikelijke benadering. Wel is in een aantal gevallen deze bena-dering losgelaten en hebben rechters voor een gedeelde verantwoordelijkheid en een proportionele toewijzing van de schadeclaim gekozen. Startpunt van deze ontwikkeling was het vonnis uit 1999 van de Kantonrechter Middelburg in de zaak Schaier vs De Schelde. Sindsdien is de daarin gehan-teerde proportionele benadering door verschillende rechtbanken gevolgd en ook in hoger beroep in een aantal uitspraken van gerechtshoven bevestigd. De Hoge Raad volgt deze ontwikkeling in 2006 met de uitspraak van 31 maart 2006 inzake Nefalit/Karamus, die door de Raad in onderhavige uitspraak wordt aangehaald. De CRvB bleef echter nadien nog steeds de “alles-of-niets”-benadering hanteren, zoals verwoord in de aangehaalde uitspraak van 12 mei 2005. Het risico op het ontstaan van de longkanker door de blootstelling aan asbest diende immers in de redenering van de Raad “aanzienlijk” te zijn vergroot. “Aanzienlijk” spoort met het criterium “in voldoende mate”. Met de voorliggende uit-spraak gaat de Raad echter in navolging van de Hoge Raad om en ontstaat er recht op een proportionele vergoeding bij samenloop met roken, ook bij een waarschijnlijkheid van minder dan 50%.

Sinds 1997 bestaat er binnen Defensie een koppeling tussen de civiele claimafwikkeling en de vast-stelling van “dienstverband” binnen de militaire pensioenwetgeving. Indien aansprakelijkheid voor de civiele claim wordt erkend, dan wordt ook voor het militair invaliditeitspensioen en voor het verhoogde nabestaandenpensioen verband met de uitoefening van de militaire dienst aangenomen. Deze koppe-ling was erg voor de hand liggend, omdat ook binnen de militaire pensioenen de “alles-of-niets”-bena-dering werd gevolgd. Illustratief daarvoor zijn de volgende uitspraken van de CRvB:

- uitspraak CRvB van 14 juni 1984, AMP 1982/59; MRT 1985, p.225: In de hem ter beschikking staande gegevens vond de Raad genoegzame gronden om de mate van waarschijnlijkheid dat door de

BESTUURSRECHTSPRAAK

werkomstandigheden opgeroepen stress het plotseling overlijden van eiseres echtgenoot heeft veroorzaakt, hoger te waarderen dan de mate van waarschijnlijkheid dat zulks niet het geval is.

- uitspraak CRvB van 14 april 1983, nr. A.M.P. 1981/34: De Raad overwoog dat ingeval van een verergerend dienstverband als waarop artikel E11 van de Amp het oog heeft, de militaire dienst moet zijn aan te merken als een factor, die van overwegende invloed is geweest op het tot uiting komen van de reeds bestaande aandoening.

Voorliggende uitspraak leidt ertoe dat de koppeling niet meer altijd kan opgaan. Bij een waarschijnlijkheid van 12% kan m.i. immers – in het licht van de geldende regelgeving en jurisprudentie – niet tot een verergerend dienstverband worden geconcludeerd in de zin van de militaire pensioen-wetgeving. Bij meer dan 50% kan de koppeling overeind blijven.

Overigens speelt proportionele toerekening niet alleen bij asbest en roken. In de Voortgangs-rapportage aan de Tweede Kamer betreffende blootstelling aan het benzeenhoudende PX-10 van 11 juni 2009 wordt ook een relatie gelegd met roken. Het staat immers vast dat roken ook het benzeengehalte in het lichaam verhoogt. Het roken van een pakje sigaretten komt overeen met de inname van ongeveer 1 mg benzeen. Niet duidelijk is nog hoe de extra gezondheidsrisico's door benzeenopname via roken en het risico door blootstelling aan benzeen in een risicoberoep zich tot elkaar verhouden. Hierover moet Defensie nog een standpunt innemen. Denkbaar is in de ogen van Defensie wel dat conform de nieuwe jurisprudentie een schadevergoeding met een percentage wordt verminderd in verband met het rookgedrag van betrokkene.

J.v.K.