

Groothertoginnelaan 8
2517 EG Den Haag
postbus 990
2501 CZ Den Haag
telefoon 070-361 47 31
telefax 070-345 39 03

Bijlage C

NEDERLANDSE VERENIGING
VAN ALGEMENE
AANSPRAKELIJKHEIDSVERZEKERAARS
AAV



CIRCULAIRE NO. AAV 93/27

Aan de leden van de Nederlandse
Vereniging van Algemene Aanspra-
kelijkheidsverzekeraars (AAV)

Den Haag, 30 november 1993

Betreft: **Notitie beroepsziekten**

Mevrouw, Mijne Heren,

Zoals is toegezegd in de ledenvergadering van 17 november jl., zend ik u hierbij de notitie inzake het advies over de dekking en de behandeling op de aansprakelijkheidsverzekering van asbestschaden. Deze notitie is het resultaat van de werkzaamheden van het beroepsziektenoverleg, zoals dat reeds geruime tijd binnen de AAV funktioneert. Het bestuur van de AAV acht - evenals de leden van het beroepsziektenoverleg - het uitdragen van een uniforme handelwijze bij dit soort schaden gewenst.

Benadrukt moet worden dat deze aanbeveling duidelijk beperkt blijft tot schaden in de sfeer van asbest in het kader van art. 7 A: 1638x BW.

Voorts is het niet onbelangrijk aandacht te schenken aan andere betrokkenen bij de behandeling van dit soort schaden, zoals makelaars, volmachten resp. tussenpersonen.

Met vriendelijke groet,

W.M. Oostlander

mw mr W.M. Oostlander,
adjunct-secretaris.

Advies over de dekking op een aansprakelijkheidsverzekering voor asbestschaden

1. *Inleiding*

Het bestuur van de AAV heeft het beroepsziektenoverleg gevraagd in een advies een modeloplossing uit te werken voor de gerezen problemen m.b.t. de dekkingsvragen bij asbestschaden.

Voor het advies is uitsluitend gekeken naar asbestschaden, d.w.z. beroepsziekten waarvoor de werkgever o.g.v. artikel 7 A: 1638x BW aansprakelijk gesteld kan worden. Onder beroepsziekten als gevolg van blootstelling aan asbest zullen wij in het vervolg verstaan:

Aantasting van de gezondheid van werknemers in de uitoefening van hun beroep als gevolg van blootstelling gedurende (één) periode(n) aan enige vorm van asbest, terwijl de aantasting van de gezondheid geruime tijd na de blootstelling aan het licht kan treden, als gevolg van een geleidelijk inwerkend proces. In deze begripsomschrijving worden zeven elementen onderscheiden:

1. beroepsziekte als gevolg van asbest;
2. aantasting van de gezondheid;
3. werknemers;
4. blootstelling gedurende een bepaalde periode;
5. het begrip asbest;
6. aan het licht treden;
7. als gevolg van een geleidelijk inwerkend proces.

Dit advies is beperkt tot het uitwerken van een oplossing voor het geval een asbestschade in beginsel door de werkgever op twee of meer polissen zou kunnen worden geclaimd.

Het is wenselijk een oplossing uit te werken die voor verzekeren en verzekeraars duidelijkheid schept, eenvoudig hanteerbaar is en in rechte verdedigbaar.

Er wordt vanuit gegaan dat aansprakelijkheidspolissen in beginsel dekking bieden voor asbestschaden. Het gaat immers om letselschade.

In dit advies zijn eerst de twee meest voorkomende systemen voor de dekking onder de loupe genomen, nl. dekking op basis van "act-committed" en dekking op basis van "loss-occurrence".

Vervolgens komt het begrip "ontstaan" aan de orde.

Daarna wordt onderzocht in hoeverre de gehanteerde theorieën voor uitleg van die begrippen (exposure-manifestation- en/of andere theorieën) in de Nederlandse context verdedigbaar zijn.

Tenslotte worden aan de hand van dit onderzoek een aantal conclusies en aanbevelingen gedaan.

2. *Act-committed systeem*

Bij dit systeem wordt dekking verleend indien de gebeurtenis tijdens de verzekeringsperiode heeft plaatsgevonden. De schade mag na beëindiging van de verzekering ontstaan; dus een onbeperkte uitlooptekking. Dit is de reden geweest om over te stappen naar het loss-occurrence-systeem. Onder gebeurtenis wordt verstaan: de fout of reeks met elkaar verband houdende fouten waardoor de schade is ontstaan. In het kader van asbest-ziekten wordt het

tekortschieten in de veiligheidsverplichting c.q. het blootstellen aan asbest zonder de vereiste veiligheidsmaatregelen, als de fout beschouwd.

3. *Loss-occurrence systeem*

In dit systeem is bepalend of het letsel c.q. de benadeling van de gezondheid tijdens de contractduur van de verzekering is ontstaan. Zowel de onrechtmatige daad als het schadeveroorzakende voorval mogen voor de ingangsdatum van de verzekering hebben plaatsgevonden, dus een onbeperkte inloopdekking. Dit systeem is in het algemeen in de plaats getreden van dekking op basis van act-committed. Met de mogelijkheid van sluipende processen werd kennelijk onvoldoende rekening gehouden.

Een dergelijk systeem werkt slechts als de schade direct herkenbaar is en de gebeurtenis een ongevals karakter heeft.

Indien het letsel er aanvankelijk onschuldig uitziet maar in de loop der tijd verergert, zal geen verschil van mening ontstaan over de vraag wanneer het letsel is ontstaan. Dat is de datum van het ongeval. Bij asbestziekten ontstaat echter onduidelijkheid terzake van het ontstaan van het letsel en het tijdstip van de gebeurtenis(sen).

De volgende vragen staan hier ter discussie:

- is de (letsel)schade ontstaan tijdens de blootstelling?
- is bepalend het tijdstip waarop de ziekte zich heeft geopenbaard?,
of
- is het een proces dat duurt vanaf blootstelling tot het manifest worden van de schade?

4. *Het begrip "ontstaan"*

Bij loss-occurrence dekkingen op basis van inloop is het ontstaan van (letsel)schade van overwegend belang.

Van Dale omschrijft "ontstaan" als volgt: "het aanzijn krijgen, worden, zich vormen, zich voordoen, zijn oorsprong nemen". Weliswaar duidt "het aanzijn krijgen" op "aan het licht treden" maar "zich voordoen", "vormen" en "zijn oorsprong nemen" behoeven daarentegen nog niet zichtbaar of merkbaar te zijn.

Het begrip "ontstaan" is dus taalkundig voor meer dan een uitleg vatbaar.

Ook de jurisprudentie biedt onvoldoende houvast.

Gelet op de geconstateerde onduidelijkheid, begint de gedachte post te vatten, dat "Amerikaanse toestanden" ook in ons land niet tot de onmogelijkheden behoren. In de VS is het gebruikelijk op basis van produktaansprakelijkheid te claimen. In ons land gaat het tot nu toe om vorderingen van werknemers op hun werkgever. De kans dat het verzekerd bedrag niet toereikend zal zijn is bij ons minder groot.

Tot nu toe is het sociaal stelsel vermoedelijk de belangrijkste reden dat het aantal claims relatief gering is. Gelet echter op de wijzigingen in dat sociaal stelsel zal het aantal claims toenemen. Problemen kunnen ontstaan wanneer grote aantallen claims moeten worden vergoed. In dat geval is het geenszins denkbeeldig dat de maximum verzekerde som niet toereikend is.

Kijken we nu naar de medische rapportage (bijlage) dan valt op dat bij alle asbestaandoeningen de ontwikkeling dezelfde is. Vanaf het eerste moment dat de vezels worden ingeademd treedt een proces in werking dat sluipend met een lineair vervolg tot een van de asbestziekten kan leiden. Kan er in het kader van de diverse asbestziekten nog onderscheid worden gemaakt met betrekking tot het begrip ontstaan?

Asbestose ontstaat pas na een langdurige blootstelling aan asbest. De ziekte ontwikkelt zich langzaam progressief, ook nadat de blootstelling aan asbest is gestopt.

Ook bij longkanker is de blootstelling vrijwel altijd intensief en langdurig geweest.

Bij mesotheliom (en dat is de meest voorkomende aandoening) kan er sprake zijn geweest van een korte periode van blootstelling. Meestal openbaart deze ziekte zich pas na 30 à 40 jaar.

Er zijn dus wel verschillen aan te wijzen maar de "rode draad" blijft toch de onzekerheid over wat onder ontstaan van het letsel moet worden verstaan.

5. *Exposure-/manifestation- en andere dekkingstheorieën*

In de *exposure-theorie* is voor de dekking beslissend de periode van blootstelling aan asbest. Volgens deze theorie moeten alle verzekeraars uit de blootstellingsperiode dekking verlenen. Deze theorie sluit nauw aan op de aansprakelijkheidsvraag aangezien de zieke werknemer uitsluitend de werkgever die hem aan asbest heeft blootgesteld, ex art. 1638x BW kan aanspreken.

In de *manifestatietheorie* is voor de dekking beslissend het moment van het manifest worden van de schade.

Velen, waaronder vooraanstaande verzekeringsjuristen, kiezen zonder meer voor deze theorie. Wat onder manifestatie moet worden verstaan lijkt in eerste instantie duidelijk. Toch zijn ook hier meer mogelijkheden denkbaar.

Is manifestatie het moment dat de diagnose wordt gesteld of is het zich ziek voelen bepalend? Manifestatie in de vorm van medisch ontdekken kan een vrij willekeurig karakter hebben. Een asbestziekte kan toevallig bij een medisch onderzoek worden ontdekt, zonder dat de patiënt reeds klachten had. Een slachtoffer kan ook heel lang wachten met het raadplegen van een arts.

Gekozen zou kunnen worden voor het tijdstip waarop de klachten zich voor het eerst openbaren. Daarbij de aantekening dat het ontdekken van de ziekte in een eerder stadium eveneens als "manifestatie" zou kunnen worden aangemerkt.

Is de manifestatie-theorie voor zowel verzekeraars als verzekerden de meest aantrekkelijke?

De voordelen, voor verzekerde, lijken te zijn:

- dekking onder de huidige of althans een recente polis;
- geen problemen met het achterhalen van oude polissen;
- hoger verzekerd bedrag dan in het verleden.

De (huidige) verzekeraar heeft het voordeel dat hij premie en voorwaarden kan aanpassen.

Wat nu als de manifestatieverzekeraar geen dekking biedt op grond van een uitsluiting? Bij milieu(zaak)schade zal de manifestatieverzekeraar vermoedelijk geen dekking bieden op grond van de milieu-clausule. De verzekerde zal dan terug moeten naar oude polissen waarin geen uitsluiting was opgenomen.

Het ligt meer voor de hand om aan te nemen dat dan een eerder moment zal worden gehanteerd.

Met andere woorden, steeds moet rekening worden gehouden met een andere uitleg van "ontstaan", zowel voor letsel- als zaakschade.

Ook bij zaakschade is het lang niet altijd duidelijk wanneer de schade is ontstaan.

Voorbeeld: Een gemeente dempt een sloot waardoor de grondwaterstand wordt verlaagd. Hierdoor wordt de fundering van een woning aangetast, hetgeen een proces van vele jaren is. Op een gegeven moment is de draagkracht onder de woning weg en ontstaat schade aan het pand in de vorm van ernstige scheurvorming.

Naast de exposure- en manifestatietheorie kunnen op deze plaats nog worden genoemd de "*injury in fact-theorie*" en de "*triple trigger-theorie*".

Volgens de injury in fact-theorie is beslissend voor de dekking het moment waarop de fysieke veranderingen in het lichaam een zodanig stadium hebben bereikt dat het letsel c.q. de benadeling van de gezondheid op enig moment in de toekomst zeker is.

Dit moment ligt dus ergens tussen de blootstelling en het manifest worden van de ziekte.

De triple trigger-theorie tenslotte is de meest vergaande theorie.

Deze theorie maakt geen onderscheid tussen de hierboven genoemde dekkingsmomenten. Volgens deze theorie kunnen alle verzekeraars van blootstelling tot en met manifestatie elk voor de gehele schade worden aangesproken.

6. *Samenvatting en conclusies*

Bij dekking op basis van act-committed is het ontstaan van schade niet van belang maar wel de gebeurtenis, de fout c.q. de blootstelling aan asbest zonder inachtneming van de vereiste veiligheidsvoorschriften. Ook hier kunnen zich praktische problemen voordoen, bijvoorbeeld indien van verzekeraar is gewisseld tijdens de blootstelling. In welke periode is de asbestziekte dan veroorzaakt?

De meest redelijke oplossing lijkt het volgen van het advies van prof. Spier (Sluipende schade); verdeling op pro-rata basis. Echter niet, indien een verzekeraar kan aantonen dat de ziekte beslist niet in zijn dekkingsperiode is veroorzaakt. Uiteraard speelt hier ook de concreet geboden dekking een rol.

Vastgesteld is reeds dat verzekering op basis van loss-occurrence met zich brengt dat het volle inloop-risico wordt gelopen. Het blijft een groot probleem om vast te stellen wanneer het letsel is ontstaan. Dit komt omdat het begrip "ontstaan" voor meerdere uitleg vatbaar is.

Een verzekeraar die op deze basis dekking heeft verleend, kan niet op goede gronden dekking weigeren. De uiteindelijke conclusie luidt, dat niet uit te sluiten valt dat alle betrokken verzekeraars, van exposure tot manifestatie, dekking hebben te verlenen.

De verzekerde bepaalt welke verzekeraar hij wil aanspreken. Veelal zal dat de huidige loss-occurrence-verzekeraar zijn. Deze kan alleen dekking weigeren indien vaststaat dat het letsel zich voor de ingangsdatum heeft geopenbaard.

Bij de beoordeling van dekkingsvragen staat voorop dat het gaat om de uitleg van polisvoorwaarden. Welke inhoud zal een rechter aan de relevante polisebepaling toekennen?

Criterium voor de uitleg zal zijn hetgeen partijen over en weer in redelijkheid mochten verwachten bij het sluiten van de verzekering, redelijk gelet op de aard en de inhoud van de overeenkomst (Haviltex).

De rechter zal zich afvragen: wat mocht verzekerde op het moment van het sluiten van de verzekering verwachten? Waarschijnlijk ging hij er vanuit dat zijn aansprakelijkheid voor letsel- en zaakschaden veroorzaakt door zijn schuld/nalatigheid, zou zijn gedekt. In die periode heeft men nooit stilgestaan bij dit soort schaden met een geleidelijk karakter waarbij eerst na een reeks van jaren na de inleidende oorzaak de gezondheidsklachten merkbaar worden.

Over de inhoud van begrippen als gebeurtenis en ontstaan van schade bestaat geen duidelijkheid. Gewezen zij op publikaties van SVV, mr H.C.R. van Bockel op studiedag SVV in 1973 en mr H.O.Th. Hugenholtz op studiedag SVV in 1983.

Is het - gelet op het bovenstaande - aannemelijk dat de rechter indien de vraag aan hem wordt voorgelegd zal oordelen dat verzekerde uitsluitend een beroep kan doen op de manifestatieverzekeraar? Of anders gezegd: "Kan de exposure-verzekeraar resp. enige andere betrokken AVB-verzekeraar in de periode tot het manifest worden van de gezondheidsklachten op goede gronden dekking weigeren?"

Gelet op de achterliggende gedachte bij de invoering van het loss-occurrence-systeem, is het kennelijk de bedoeling van verzekeraars geweest om op te komen voor schade die zich manifesteert tijdens de verzekeringsperiode.

Er is met het oog daarop wel wat te zeggen voor het standpunt om de schade uitsluitend door die verzekeraar te laten dragen. Dit is bovendien de verzekeraar die nog iets aan premie en voorwaarden kan doen. Dit in tegenstelling tot betrokken "oude" verzekeraars.

Hier staat tegenover, dat bij het overschakelen op het inloop-systeem onvoldoende is stilgestaan bij de mogelijkheid dat het verleden in volle omvang werd binnengehaald.

Gelet op het bovenstaande is de conclusie dat in beginsel alle betrokken verzekeraars vanaf de periode van blootstelling tot het moment van het manifest worden van de gezondheidsklachten aangesproken kunnen worden. Als er op twee of meer polissen in beginsel dekking bestaat dan is er sprake van samenloop. Aansluiting kan worden gezocht bij de regeling in het ONBW door de schade over alle betrokken verzekeraars te verdelen.

Verder staat medisch vast (zie bijlage) dat er bij asbestziekte sprake is van een onomkeerbaar proces dat aanvangt op het moment van blootstelling en zich voortzet tot de klachten zich openbaren. Dit proces is verzekeringstechnisch te beschouwen als één complexe gebeurtenis (per slachtoffer). De daarbij behorende verzekerde som per gebeurtenis wordt gevonden door te kiezen voor het maximum verzekerde bedrag per gebeurtenis op het moment van het zich openbaren van de klachten, dus het maximum verzekerde bedrag van de manifestatieverzekeraar.

7. Aanbevelingen

Bovenstaande leidt tot de volgende aanbevelingen:

- a. Behandeling en - in geval van aansprakelijkheid van verzekerde - betaling door de manifestatieverzekeraar; manifestatieverzekeraar is de verzekeraar van het moment waarop het asbestslachtoffer een arts raadpleegt i.v.m. klachten die leiden tot de diagnose "asbestziekte".

- b. Schade en kosten worden gedragen door alle betrokken verzekeraars van de periode van blootstelling tot het manifest worden van de klachten en wel - op de voet van art. 7.17.2.24a ONBW. De verzekeraars hebben onderling verhaald opdat ieder zijn deel draagt, naar evenredigheid van de bedragen waarvoor een ieder afzonderlijk kan worden aangesproken.
- c. De overige betrokken verzekeraars volgen de regelende manifestatieverzekeraar voor wat betreft de behandeling van de claim en de regelende manifestatieverzekeraar is gehouden de overige betrokken verzekeraars behoorlijk te informeren.

Bovenstaande aanbevelingen hebben uitsluitend betrekking op de dekking van de aansprakelijkheid van de werkgever voor asbestziekten.

Met het oog op een correcte toepassing van de aanbevolen regeling valt te overwegen deze regeling eerst vanaf een bepaalde vooraf gekozen datum van toepassing te doen zijn, bijvoorbeeld op asbestgevallen die eerst na 01-01-1994 bij verzekeraars worden gemeld.

-0-0-0-