

Pagina 1
Burn-out beroepsziekte?

Pagina 9
Medische aansprakelijkheidschades

Pagina 12
Voorbehoud wijziging sociale zekerheid

Pagina 14
Normering en personenschaderegeling

Pagina 16
Art. 7:658 BW lid 4 en vrijwilligers

Pagina 19
WIA, EGB en schadelast

Pagina 26
Laatste nieuws

Pagina 28
Agenda

Jaargang 8, mei 2005



Burn-out nu ook een beroepsziekte? En wat dan nog?

Inleiding

Enkele maanden geleden haalde een uitspraak van de Kantonrechter Terneuzen het landelijke nieuws. De rechter meende dat aan een werknemer, die leed aan een *burn-out* syndroom, recht op schadevergoeding toekwam. De werknemer zou tijdens de uitoefening van zijn werkzaamheden in psychisch opzicht langdurig zwaar belast zijn geweest en had zijn werkgever daarvoor aansprakelijk gesteld. In de Tweede Kamer werden naar aanleiding van deze uitspraak vragen gesteld door mevrouw Rambocus (CDA) aan de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid. Zij vroeg in algemene zin naar de consequenties van deze uitspraak.

Geantwoord werd dat het ging om één uitspraak van een lagere rechter, in een specifieke situatie, waardoor het niet mogelijk is om - in het algemeen - conclusies te trekken of voorspellingen voor toekomstige gevallen te doen. De staatssecretaris voegde eraan toe dat de uitspraak nog niet kan worden beschouwd als een erkenning van burn-out als beroepsziekte. In het concrete geval zouden specifieke, extreme omstandigheden, in combinatie met een werkgever die tekort is geschoten in zijn zorgplicht, hebben geleid tot deze uitspraak.

Ik proef in de vraagstelling en in de brief toch iets van onrust en zorg over een mogelijk nieuwe maatschappelijke ontwikkeling: werknemers die hun werkgevers aanklagen wanneer zij door soms moeilijk te duiden psychische klachten niet langer voor hun werk inzetbaar zijn. Loopt het nu allemaal zo'n vaart of heeft de staatssecretaris gelijk en is het vonnis uit Terneuzen uniek in zijn soort? Dat het vraagstuk niet zonder betekenis is, blijkt wel uit

Mr. E. J. M. Gerritsen
Andriessen & Geurst
Expertises



het feit dat naar schatting een half miljoen werknemers (mede) door psychische klachten arbeidsongeschikt is en dat de afgelopen jaren ongeveer een derde van de WAO-instroom kon worden verklaard door dit soort problematiek.

In dit artikel zal ik enkele rechterlijke uitspraken over deze materie bespreken en nagaan of toch een lijn valt te ontdekken, die enig houvast biedt voor de beoordeling van aansprakelijkheid van werkgevers voor (toekomstige) burn-out claims.

Wanneer spreken we van burn-out?

Burn-out wordt door het Nederlands Centrum voor Beroepsziekten (NCvB) gedefinieerd als een reactie op één of meer voor de persoon belangrijke en problematische situaties of omstandigheden. Vaak is burn-out het gevolg >

Het is voor de tweede keer op rij dat u een stevig PIV-Bulletin op uw bureau krijgt. In dit nummer treft u onder andere twee essays aan inzake *burn-out* en de Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen (WIA). Mocht u op enig moment met deze onderwerpen te maken krijgen, dan hopen wij dat u daarin alle gegevens vindt die u nodig heeft. Na de onderhavige editie zult u moeten wachten tot eind september, voordat het volgende bulletin verschijnt, maar dat wordt dan wél een pittig themanummer over de regeling van personenschade.

Op 15 april 2005 is F. Wansink - Directeur Schade Generali - benoemd tot lid van het PIV-Bestuur. Daarmee is voorzien in de vacature ontstaan na het vertrek van mr. A. M. C. A. Willemse - Nieuwe Hollandse Lloyd.

Wij zijn ook blij te kunnen melden dat H. van der Hoeven - Hoofd Afdeling Personenschade van Allianz Nederland Schadeverzekering, kantoor Nieuwegein - inmiddels is toegetreden tot onze redactie.

Wij wensen u een prettige zomer toe!
PIV Redactieraad

vervolg van pagina 1

van een langdurig proces van psychische en/of emotionele belasting.

Burn-out onderscheidt zich van overspannenheid door de langere duur van de arbeidsuitval (meer dan zes maanden) en manifesteert zich in de vorm van zowel lichamelijke als psychische klachten, variërend van hoofdpijn, duizeligheid en hartkloppingen tot oververmoeidheid, concentratieproblemen, emotionele labiliteit en slaapproblemen.

Een burn-out kan ontstaan wanneer iemand voor de volgende omstandigheden geen eigen oplossing beschikbaar heeft:

- de druk om (grotere hoeveelheden) belastende activiteiten te ontplooiën, waarbij de belasting van zowel fysieke, psychische als emotionele aard kan zijn;
- een gebrek aan vrijheid - ook wel 'regelmogelijkheden' genoemd - om zelfstandig te handelen of tijd en werk in te delen;
- problematische relaties en/of conflicten met personen in de directe omgeving;
- ongewenst gedrag en traumatische ervaringen.

De oorzaken van burn-out hebben niet per definitie alleen betrekking op het werk. Het NCvB stelt dat pas van burn-out als een beroepsziekte kan worden gesproken, wanneer minimaal een gedeelte van de relevante omstandigheden binnen een voorliggende casus aan arbeid is gerelateerd.

Om dit goed te kunnen beoordelen, zal zowel de werk- als de privé-situatie in kaart moeten worden gebracht.

Als het gaat om privé-oorzaken van burn-out, kan volgens het NCvB specifiek worden gedacht aan:

- financiële problemen;
- relationele problemen;

- ingrijpende of deprimerende gebeurtenissen in iemands leven.

In de richtlijn van het NCvB worden meerdere voorbeelden uit deze drie categorieën genoemd, waaronder de dood van naasten, echtscheiding dan wel een conflict met de partner en een verandering in de financiële situatie.

Burn-out is derhalve geenszins exclusief een werkgebonden probleem. Het is niet altijd eenvoudig om te bepalen of de aandoening een werkgebonden of een werkvreemde oorsprong heeft, zeker daar waar sprake kan zijn van een combinatie van belasting in werk en privé.

Anderzijds is het een feit dat burn-out een steeds belangrijker oorzaak is van langdurige arbeidsuitval. Daar waar de werknemer meent dat zijn arbeid in zekere mate heeft bijgedragen aan de problematiek, heeft hij wellicht ook de neiging te denken dat zijn werkgever beter voor hem had moeten zorgen, in welk geval de burn-out klachten hem bespaard waren gebleven.

Het is van belang te weten hoe de rechter de aansprakelijkheid van de werkgever voor het ontstaan van burn-out zal toetsen.

Het arrest Chubb Lips/Jansen uit 1998

In het arrest Chubb Lips/Jansen heeft de Hoge Raad zich voor het eerst over de werkgeversaansprakelijkheid voor psychische klachten gebogen. Jansen was meer dan 30 jaar voor Chubb Lips actief in de functies van slotenmaker en planner, toen hij zich ziek moest melden met psychische klachten. Volgens Jansen waren deze het gevolg van het optreden van een manager, die iets meer dan een jaar voor de arbeidsuitval was aangesteld, en van het ontbreken van afdoende begeleiding bij de invoering van een nieuw auto- ➤

matiseringssysteem. Het bleek niet mogelijk om Jansen te reïntegreren, ook niet toen de manager het bedrijf nog binnen het eerste ziektejaar verliet. Inmiddels was bij Jansen ook suikerziekte geconstateerd. Jansen vorderde een vergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag en daarnaast een schadevergoeding op grond van werkgeversaansprakelijkheid. De rechtbank meende dat de voorloper van het huidige art. 7:658 BW, blijkens de formulering en de wetsgeschiedenis, aan de werknemer slechts bescherming bood in geval van lichamelijk letsel, ontstaan als een gevolg van verzuim van de werkgever om te voldoen aan concrete veiligheidsvoorschriften.

Dergelijke, aan het adres van de werkgever gerichte, voorschriften ontbreken als het gaat om het voorkomen van psychische klachten. Daarom is volgens de rechtbank een toetsing aan dit soort voorschriften, zoals gebruikelijk bij de toepassing van dit wetsartikel, ook niet mogelijk. Eigenlijk stelde de rechtbank dus twee voorwaarden vast voor een geslaagd beroep op werkgeversaansprakelijkheid. Er zou sprake moeten zijn van lichamelijk letsel (dus geen psychische klachten of burn-out) en het letsel moet het gevolg zijn van overtreding van concrete, geldende normen. A-G Langemeijer stelde in het kader van zijn conclusie voor het arrest vast dat in de parlementaire geschiedenis van het bedoelde wetsartikel geen duidelijke beperking tot arbeidsongevallen met fysiek letsel was uitgesproken. De verhoogde aansprakelijkheid van de werkgever vindt namelijk zijn oorsprong in het feit dat de werkgever degene is die bepaalt onder welke omstandigheden de werknemer moet werken en dat is niet anders wanneer de werksfeer aanleiding geeft tot psychisch letsel, aldus de A-G. In die zin kan Langemeijer derhalve meegaan in de bezwaren van de werknemer tegen het oordeel van de rechtbank. De A-G verwijst vervolgens naar enkele eerdere arresten van de Hoge Raad, waarin was overwogen dat (de voorloper van) art. 7:658 BW geen absolute waarborg tegen gevaren op de werkplek biedt en dat het van de omstandigheden afhangt wat in een concreet geval van de werkgever kan worden gevraagd.

In het bijzonder kan daarbij een rol spelen de kenbaarheid voor de werkgever van de gevaren die aan een bepaalde werkwijze zijn verbonden en daarnaast de mate waarin het treffen van veiligheidsmaatregelen voor de hand lag. In verband met de kenbaarheid van het gevaar kan worden gewezen op de normen die in de Arbo-regelgeving zijn vastgelegd. De kenbaarheid wordt ook wel in meer algemene zin als een voorwaarde voor aanpassing van werkgeversgedrag naar voren geschoven. Denk aan de eis, dat de werkgever dient te handelen naar de stand van de wetenschap en de techniek.

Langemeijer stelde dat toepassing van het vroegere art. 7A:1638x BW gevolgen heeft op het terrein van stelplicht en bewijslast, die wel passen bij overtreding van voor de werkgever kenbare voorschriften, maar niet op het diffuse terrein van de bejegening. Voor tekortkomingen van de werkgever op dat gebied bestond nog de norm van het goed werkgeverschap. Met deze overweging kon het oordeel van de rechtbank volgens de A-G dus in stand blijven.

Het is jammer dat in deze zaak het vroegere art. 7A:1638z BW niet aan de orde is geweest.

De Hoge Raad casseert het vonnis van de rechtbank vervolgens niet, met de enkele overweging dat Jansen er niet in is geslaagd voldoende duidelijk te maken welke norm Chubb Lips zou hebben geschonden.

De Hoge Raad, bijna zes jaar later

Op grond van het arrest Chubb Lips/Jansen kan niet worden geconcludeerd dat de wetbepaling omtrent werkgeversaansprakelijkheid per definitie toepassing zal missen wanneer psychische klachten in het geding zijn. De Hoge Raad heeft zich hierover in een recent arrest duidelijker uitgesproken.

In de daaraan ten grondslag liggende zaak claimde een bankdirecteur vergoeding van schade als gevolg van een combinatie van psychische en lichamelijke klachten. Die zouden zijn veroorzaakt door het werk en hem hebben genoodzaakt tot vervroegde uittreding.

De bank betoogde dat deze claim niet langs de weg van art. 7:658 BW kon worden beoordeeld, omdat

- er nog weinig concrete voorschriften zijn ter voorkoming van psychisch letsel;
- er verschillen bestaan in psychische belastbaarheid tussen werknemers onderling;
- psychisch letsel vaak meerdere, ook niet werkgerelateerde, oorzaken heeft;
- het nalaten van de werkgever in geval van een (naderend) arbeidsconflict beter kan worden getoetst aan normen van goed werkgeverschap.

De Hoge Raad overweegt echter met zoveel woorden dat de ratio van de verhoogde aansprakelijkheid van de werkgever is gelegen in het feit dat het de werkgever is die bepaalt onder welke omstandigheden de werknemer moet werken. Deze omstandigheden kunnen zowel fysiek als psychisch ziekmakend zijn. Daar komt bij dat belasting in het werk zich bij de één uit in lichamelijke klachten en bij de ander in psychische. Er is dus ook geen praktische rechtvaardiging om toepassing van het betreffende wetsartikel te beperken tot gevallen van lichamelijk letsel. Voor de toepassing van art. 7:658 BW blijft uiteraard vereist dat er causaal verband is tussen de werkzaamheden en de schade, hetgeen alleen aan de orde is wanneer (a) de werkgever een voor hem geldende norm heeft geschonden en (b) de risico's die zich hebben verwezenlijkt verbonden zijn aan het werk en de werkomgeving, aldus de Hoge Raad.

Het hof had volgens de Hoge Raad ten onrechte enkele stellingen van de bank onvoldoende meegewogen in haar oordeel omtrent de werkgebondenheid van de schade.

Deze stellingen hielden in dat er al medische problemen waren en dat werkgever en werknemer in goed overleg een passende oplossing hadden gevonden voor het feit dat de werknemer de aan de functie inherente werkdruk steeds minder goed aankon.

Wanneer deze stellingen wél waren meegewogen, zou de conclusie kunnen luiden dat onvoldoende aannemelijk was geworden dat de werknemer in de uitoefening van

zijn werkzaamheden arbeidsongeschikt was geraakt. Mede daarom wordt de zaak naar een ander hof verwezen, ter verdere afdoening.

Het kenbaarheidsvereiste

Het risico op psychisch letsel is vaak niet kenbaar en moet dus kenbaar worden gemaakt. De werkgever mag ervan uitgaan dat iedere werknemer in psychisch opzicht op een normale en algemeen gangbare wijze kan worden belast met de opgedragen arbeid, tenzij de werknemer hem erop attendeert dat en waarom schade, ziekte en/of arbeidsuitval kunnen ontstaan indien deze werkbelasting onveranderd aanhoudt. De werkgever kan immers wel onveilige situaties op de arbeidsplaats herkennen en laten inventariseren, maar dat geldt lang niet altijd voor de psychische toestand van de werknemer. Hier is dus met name een taak weggelegd voor de werknemer zelf. Hij zal eventuele risico's, die zijn opgekomen vanwege zijn psychische toestand, moeten melden. Doet hij dat, dan kan daarmee een concrete norm voor de werkgever ontstaan, waarnaar uiteraard ook gehandeld zal moeten worden.

Bij dat laatste kan worden gedacht aan het nemen van veiligheidsmaatregelen in de vorm van overplaatsing, afname van werkdruk, verandering van het takenpakket en/of het bieden van begeleiding of opvang.

Handelt de werkgever in strijd met deze concrete normen, dan komt toetsing van dit gedrag aan art. 7:658 BW in zicht. Bij het indienen van een claim op grond van dit wetsartikel mag van de werknemer worden verlangd dat hij aangeeft welke concrete norm of plicht nu precies door de werkgever is geschonden. Op dit punt zal de aansprakelijkstelling dus extra moeten worden onderbouwd.

Een werknemer die claimt burn-out te zijn geraakt door het werk, zal derhalve de aandoening en het beroepsgebonden karakter ervan aannemelijk moeten maken. Hij ontkomt er dan niet aan te bewijzen dat en op welke manier de werkgever heeft gehandeld in strijd met de op hem rustende verplichtingen.

In dit verband zal hij moeten aantonen op welke manier hij de problematiek voor de werkgever kenbaar heeft gemaakt, hoe daarmee een concrete norm voor de werkgever is ontstaan en op welke wijze deze vervolgens is geschonden.

Bijzondere functies en hun kenbare risico's

Er zijn functies en beroepen, waarvan algemeen bekend is dat zij een risico op het ontwikkelen van psychische klachten met zich brengen. Dit kwam voor het voetlicht in de eerste zaak met mogelijk werkgebonden psychische problematiek, waarover een lagere rechter zich heeft moeten uitspreken na het arrest Chubb Lips/Jansen in 1998, het zogenoemde 'machinistenvonnis'.

Wat was er aan de hand? Een treinmachinist viel na 30 jaar actieve dienst uit, kort nadat hij voor de negende keer in zijn loopbaan was geconfronteerd met een zelfdoding. Hij meende dat de uit deze confrontaties voortvloeiende psychische klachten aanzienlijk minder ernstig waren geweest, wanneer de NS tijdig adequate begeleiding door een psychotherapeut had aangeboden. In dit verband

werd verwezen naar het aan het vak van treinmachinist inherente risico op confrontaties met traumatiserende gebeurtenissen. Doordat geen sprake was van adequate begeleiding, had de NS niet aan haar zorgplicht ex art. 7:658 BW voldaan.

De NS stelde daartegenover dat de machinist niet had aangegeven welke concrete norm hier zou zijn geschonden. Los daarvan betwistte de NS dat psychisch letsel onder het bereik van art. 7:658 BW valt.

De kantonrechter knoopt in zijn overwegingen aan bij de conclusies van de A-G Langemeijer in het arrest Chubb Lips/Jansen, door erop te wijzen dat de ratio van de verhoogde werkgeversaansprakelijkheid niet zozeer is gelegen in het (eventuele) fysieke van de aantasting van de werknemer, maar in het feit dat de werkgever bepaalt onder welke omstandigheden er gewerkt moet worden.

Vervolgens overweegt de kantonrechter dat de schade van de machinist niet zonder meer op één lijn gesteld kan worden met die van Jansen uit het arrest, omdat hier sprake is van een verband tussen de specifieke arbeid van de werknemer (treinen besturen) en de specifieke vorm van schade (trauma's door zelfdodingen).

De kantonrechter wil vervolgens onderzoeken of de NS een concrete norm heeft geschonden. Dat zou het geval kunnen zijn wanneer was verzuimd maatregelen te nemen, terwijl bekend was dat tijdig verstrekte psychologische hulp het ontstaan of de verergering van psychische schade had kunnen voorkomen. De stand van de medische wetenschap kan volgens de kantonrechter de werkgever nopen tot het nemen van maatregelen. Onder meer om de vraag beantwoord te krijgen, wat de invloed zou zijn geweest van laagdrempelige en door de werkgever georganiseerde psychologische hulp, wordt een deskundige benoemd.

Omdat de kantonrechter de toepasbaarheid van art. 7:658 BW zeker niet uitsluit, wordt de NS uitgenodigd feitelijke gegevens te verstrekken die kunnen worden gebruikt bij de beantwoording van de vraag of zij wellicht haar zorgplicht heeft geschonden.

De kantonrechter lijkt te willen zeggen dat werkgevers ook weer niet rustig achterover kunnen leunen totdat medewerkers melding maken van een kans op het ontstaan van psychisch letsel, maar dat in bepaalde situaties reeds bij voorbaat een beleid zal moeten worden ontwikkeld om een specifiek risico op uitval zoveel mogelijk te verkleinen. Bijvoorbeeld wanneer positieve effecten worden verwacht van nazorg na traumatische gebeurtenissen. Komt een werkgever deze plicht niet na, dan lijkt derhalve (ook) toetsing aan art. 7:658 BW te kunnen plaatsvinden.

Resumerend

Art. 7:658 BW zal kunnen worden toegepast, steeds wanneer er voor de werkgever een concrete en duidelijk kenbare verplichting is om letsel te voorkomen, of het nu gaat om letsel van lichamelijke of van psychische aard. De kenbaarheid kan voortkomen uit gerichte mededelingen van de werknemer omtrent de kans op arbeidsuitval wanneer maatregelen zouden uitblijven, maar ook uit de

stand van de technische of medische wetenschap. Ik voeg hieraan nog toe dat de werkgever zich ten opzichte van zijn werknemers ook zal moeten onthouden van gedrag dat als evident onredelijk of onbehoorlijk kan worden aangemerkt, gelet op het objectief kenbaar schadelijke karakter daarvan.

Deze verplichtingen hebben met elkaar gemeen dat zij ten opzichte van alle werknemers gelden, in dezelfde mate en derhalve ongeacht eventuele moeilijk kenbare verschillen in belastbaarheid tussen individuele werknemers onderling. Doordat de werknemer het risico kenbaar maakt, wordt het ontstaan van psychische schade voor de werkgever voorzienbaar. En dat levert de plicht tot het nemen van maatregelen op, net als op basis van regels die de Arbo-wet geeft ter voorkoming van lichamelijk letsel.

Is er geen concrete en duidelijk kenbare verplichting voor de werkgever, dan komt toetsing aan art. 7:658 BW en daarmee de aansprakelijkheid van de werkgever niet in beeld, ook al is de arbeidsgebondenheid van de klachten vastgesteld.

Van groot belang is derhalve wat de werkgever had kunnen en moeten begrijpen over de kwetsbaarheid van de werknemer alsmede of rekening kon worden gehouden met arbeidsuitval door burn-out.

Geen goede basis voor een burn-out claim is volgens mij het enkele feit dat

- een werkgever intern reorganiseert;
- voor een werknemer ontslag dreigt;
- in bepaalde functies sprake is van een hoge werkdruk of een grote verantwoordelijkheid;
- het takenpakket inhoudelijk wordt gewijzigd;
- de persoonlijke verhoudingen of de werksfeer niet optimaal zijn.

Immers, wanneer de werkgever uitvoering geeft aan dergelijke voornemens of dit soort omstandigheden laat voortbestaan, zal dat niet per definitie als onbehoorlijk of verwijtbaar kunnen worden aangemerkt.

Bepaald handelen van werkgeverszijde kan weliswaar een psychische belasting voor (groepen) medewerkers met zich brengen of zelfs een overtreding vormen van voorschriften uit de Arbo-wet - of Arbeidstijdenwet - maar daarmee is nog niet gezegd dat de werkgever heeft gezorgd voor zodanige arbeidsomstandigheden dat in redelijkheid rekening moest worden gehouden met uitval wegens ernstige psychische problematiek bij de individuele werknemer.

Gelet op het bepaalde in art. 7:658 BW kan worden gesteld dat een werknemer zijn recht op schadevergoeding wegens burn-out pas erkend zal zien, wanneer

- er sprake is van een psychisch ziektebeeld, waaruit schade voortvloeit;
- de psychische aandoening een werkgebonden karakter heeft;
- er een voor de werkgever concrete en kenbare norm is geweest;
- deze norm door de werkgever is overtreden;
- waardoor objectief rekening moest worden gehouden met een gereede kans op arbeidsuitval van de werknemer;
- de werkgever niet aannemelijk kan maken dat de zorg-

plicht voor veilige werkomstandigheden (al dan niet langs andere weg) is nageleefd;

- er geen sprake is van opzet of grove roekeloosheid aan de zijde van de werknemer;
- de schade niet tevens was ontstaan, indien de bedoelde zorgplicht door de werkgever wél was nageleefd.

Hierbij mag worden opgemerkt dat pas een taak voor de werkgever ontstaat, nadat de werknemer ten aanzien van de eerste vijf punten voldoende bewijs heeft aangedragen.

Een alternatieve grondslag voor de burn-out claim?

Voordat de Hoge Raad eerder dit jaar uitmaakte dat art. 7:658 BW ook kan worden toegepast op claims wegens werkgebonden burn-out, werd art. 7:611 BW (het goed werkgeverschap) nog wel eens als basis voor de vordering aangedragen.

Ik meen dat, met het recente arrest van de Hoge Raad, aan dit laatste wetsartikel in het onderhavige verband geen zelfstandige betekenis meer toekomt. Dat wil zeggen: wanneer de vordering op grond van art. 7:658 BW moet worden afgewezen, is er geen aanleiding meer om het goed werkgeverschap als uitweg te kiezen.

Hierbij mag worden aangetekend dat Lindenbergh (in zijn noot in het nieuwe periodiek Jurisprudentie Aansprakelijkheid) ook na het arrest nog wel een rol voor art. 7:611 BW ziet weggelegd. Hij meent namelijk dat alleen toetsing aan art. 7:658 BW kan plaatsvinden, wanneer normen zijn geschonden die in directe zin betrekking hebben op de arbeidsomstandigheden. Aldus zouden bijvoorbeeld kwesties van omgang en bejegening nog onder het bereik van art. 7:611 BW kunnen vallen. Hij voegt daar overigens aan toe dat dit in de praktijk geen wezenlijk verschil te zien zal geven, omdat de rechter de werknemer op de terreinen van bewijslastverdeling en eigen schuld tegemoet kan komen wanneer beoordeling op basis van art. 7:611 BW plaatsheeft.

Dit laatste zal echter ook weer niet per definitie het geval zijn, omdat art. 7:658 BW op genoemde terreinen nu eenmaal regels kent die elders in het wettelijk geregelde aansprakelijkheidsrecht niet voorkomen.

Echter, van psychische klachten kan - na bewijs van werknemerszijde - worden vastgesteld of zij van werkgebonden aard zijn. Daarmee valt de problematiek al dan niet te kwalificeren als “*schade, geleden in de uitoefening van de werkzaamheden*”. Daarnaast is het zeer de vraag of een zorgvuldige omgang en bejegening door een werkgever niet past binnen de zorg voor goede en veilige arbeidsomstandigheden. Het vangnet van het goed werkgeverschap behoeft dan alleen nog over te blijven als toetssteen voor moeilijker aan werkgeversgedrag te relateren vormen van schade, zoals in de privé-omgeving van de werknemer, bij onverplichte uitstapjes en tijdens verkeersdeelname, waarbij het hooguit nog de vraag is of het redelijk is dat de werknemer uiteindelijk met de schade ‘blijft zitten’.

De Hoge Raad bepaalde in het zogenoemde Baijings-arrest dat een toetsing aan goed werkgeverschap niet meer tot de mogelijkheden behoort wanneer reeds een vordering uit kennelijk onredelijk ontslag is beoordeeld, omdat >

het resultaat van toetsing aan de redelijkheid en billijkheid (of: aan hetgeen een goed werkgever behoort te doen en na te laten) reeds ten volle tot uitdrukking dient te komen in de hoogte van de vergoeding die de rechter op grond van kennelijk onredelijk ontslag kan opleggen. Voor een vergelijkbare toets is dan geen plaats meer.

Eigen schuld van de werknemer?

Indien het psychisch letsel uit zowel het werk als uit persoonsgebonden omstandigheden of privé-factoren voortvloeit, zal de schade krachtens art. 6:101 BW over partijen verdeeld moeten worden, afhankelijk van de mate waarin deze aan werknemer dan wel werkgever valt toe te rekenen. Vrij algemeen wordt aangenomen dat art. 7:658 BW niet aan toepassing van een dergelijke vorm van eigen schuld in de weg staat, nu de privé-factoren niet door dit wetsartikel worden bestreken. Zelf kent art. 7:658 BW niet de mogelijkheid om onvoorzichtigheid van de werknemer in het werk tot uitdrukking te brengen in de aansprakelijkheidsvraag, tenzij het mocht gaan om opzet of bewuste roekeloosheid. Dit houdt verband met het in de rechtspraak regelmatig benadrukte ervaringsfeit dat werknemers door dagelijkse routine wellicht niet alle voorzichtigheid in acht nemen die in het werk geboden is.

Het is echter niet redelijk de werkgever te laten opkomen voor omstandigheden in de persoonlijke of de privé-sfeer, die hij in geen enkel opzicht kan beïnvloeden. Een verdeling is hier dan ook op zijn plaats.

Vanuit de gedachte dat de schadeveroorzaker zijn slachtoffer zal hebben te nemen zoals hij of zij is, zal echter terughoudend moeten worden omgesprongen met toepassing van een verdeling, enkel op grond van predispositie. Ook dat is in gevallen van lichamelijk letsel niet anders. Lebbing gaat overigens nog een stap verder, door in zijn recente artikel in het PIV-Bulletin te pleiten voor opheffing van de regel om alleen opzet of bewuste roekeloosheid (en niet gewone eigen schuld) mee te wegen in het antwoord op de schuldvraag.

Terug naar het vonnis uit Terneuzen

Na al het voorgaande is het interessant te weten waarom de Kantonrechter Terneuzen eind 2004 aanleiding zag een burn-out claim toe te wijzen.

In die zaak draaide het om een planner, voorheen chauffeur, in een mestdistributiebedrijf. Naar eigen zeggen draaide hij gedurende 12 jaar lange werkdagen en bereikbaarheidsdiensten, nam hij daarnaast nog werk mee naar huis en hield hij vrijwel geen vakantie.

De werkgever heeft - wegens een discussie omtrent polisdekking aanvankelijk zonder interventie van verzekeraars - verweer gevoerd bij monde van zijn advocaat. Op een gebrek aan kenbaarheid voor de werkgever van de problematiek van de werknemer is daarbij niet gewezen. De werkgever opperde nog wel dat de oorzaak van de ziekte van de werknemer kon zijn gelegen in de persoonlijkheid, de privé-situatie en andere omstandigheden waarop het bedrijf geen invloed had, zodat het bewijs van het bestaan van een beroepsziekte feitelijk niet zou zijn geleverd.

Op grond van door de werkgever onvoldoende weersproken stellingen omtrent de arbeidsomstandigheden neemt de kantonrechter aan dat de werknemer langdurig zwaar belast is geweest. Dat de persoonlijkheid van de werknemer zodanig is dat hij een grotere kans loopt aan burn-out te lijden, maakt de ziekte volgens de kantonrechter nog niet werkvreemd. Dat oorzaken in de privé-sfeer een belangrijke rol speelden, was in de ogen van de rechter onvoldoende aannemelijk geworden.

De werkgever heeft zich volgens de rechter niet voldoende ingespannen om overbelasting van de werknemer te voorkomen. Het bedrijf was ermee bekend hoe de werknemer invulling gaf aan zijn functie en had dan maar moeten ingrijpen om het risico op uitval en daaruit voortvloeiende schade zo klein mogelijk te houden.

Er was dan weliswaar aangevoerd dat het bedrijf alles binnen haar vermogen had gedaan te ontmoedigen dat de werknemer teveel hooi op zijn vork te nemen, maar deze stelling was volgens de rechter onvoldoende geconcretiseerd en niet met (schriftelijk) bewijsmateriaal onderbouwd.

Kort gezegd nam de rechter aan dat de werknemer leed aan een beroepsziekte, dat art. 7:658 BW van toepassing was en dat de werkgever niet had aangetoond dat hij de zorgplicht, als bedoeld in dit wetsartikel, had nageleefd. Tegen dit vonnis is hoger beroep aangetekend.

Zelfde rechter, andere kwestie

Dat de Terneuzense kantonrechter met zijn uitspraak ook weer geen nieuwe trend wilde presenteren, bleek precies vier maanden later. Toen wees hij namelijk een vonnis, waarin hij de burn-out claim van een werknemer met een hoge functie afwees. In zijn overwegingen speelde het kenbaarheidsvereiste een belangrijke rol. Deze uitspraak is met name interessant, omdat de rechter uitlegt op welke wijze de werknemer zijn werkgever zal moeten waarschuwen voor een opkomende burn-out.

De werknemer zelf meende overigens zijn onvrede over de werksituatie, het ontstaan van de eerste overbelastingklachten en het door hem ondervonden gebrek aan waardering regelmatig bij de leiding te hebben geventileerd. De rechter stelt allereerst vast dat werkdruk min of meer inherent is aan het vervullen van een functie op een bepaald, hoger niveau. In het algemeen kan niet worden gesteld dat een werkgever niet voldoet aan de op hem rustende zorgplicht wanneer hij iemand een dergelijke functie laat vervullen.

De werkgever zal volgens de rechter aansprakelijk kunnen worden gehouden indien hij bekend was of behoorde te zijn met een zodanige overbelasting en dat dit tot psychische schade zou kunnen leiden.

Juist omdat de werknemer een functie vervulde met een grote mate van eigen verantwoordelijkheid, mocht van hem worden verwacht dat hij aandacht zou vragen voor overbelasting in het werk. In soortgelijke bewoordingen overigens eerder de Rotterdamse kantonrechter.

Wanneer partijen van mening verschillen over de vraag of hierover voldoende concrete mededelingen door de werk- ➤

nemer zijn gedaan, is het volgens de rechter aan de werknemer om zijn stellingen aannemelijk te maken. Ook op dit punt rust het bewijsrisico derhalve bij de eiser. De werknemer moet uiteindelijk toegeven dat hij *“als hardwerkend man van de oude stempel zijn onvrede en klachten niet hoog van de toren heeft geblazen”*. Dat is voor de rechter echter geen ter zake doend excuus, waar hij vaststelt dat blijkbaar onvoldoende duidelijk is aangegeven hoe en wanneer de overbelasting in de werkzaamheden aan de orde is gesteld.

Werknemers zullen derhalve uitdrukkelijk en gemotiveerd moeten aangeven dat aan hen objectief onaanvaardbare eisen worden gesteld en zij doen er goed aan om dit verifieerbaar, liefst door de werkgever, te laten vastleggen. Alsdan ontstaan concrete normen, die de werkgever ter voorkoming van werkgebonden psychisch letsel zal moeten naleven en treedt het systeem van art. 7:658 BW in werking. Bij de beoordeling van claims kan de inhoud van verslagen van functioneringsgesprekken een aanwijzing vormen voor de psychische belasting en belastbaarheid van een werknemer, maar bedacht moet worden dat het hier gaat om momentopnames en dat de werkgever pas goed met de neus op de feiten wordt gedrukt wanneer een werknemer tussentijds en gericht aandacht vraagt voor dreigende psychische problematiek.

Een werknemer kan zich ook wenden tot de bedrijfsarts en langs die weg melding maken van het risico op burn-out, maar wanneer daarmee wordt gewacht tot relatief kort voor de uiteindelijke arbeidsuitval zou ik menen dat van de werkgever redelijkerwijs geen passende maatregelen meer kunnen en mogen worden verwacht om arbeidsongeschiktheid te voorkomen.

Ook zal de werknemer, die de bedrijfsarts benadert als schakel naar zijn werkgever, zich - in het licht van de hiervoor beschreven eisen die aan zijn mededelingen mogen worden gesteld - moeten realiseren dat hij afhankelijk wordt van de wijze waarop de bedrijfsarts de problemen aan de werkgever overbrengt.

De burn-out claim, een bijzonder geval

Laten wij ons realiseren dat de vordering tot schadevergoeding op grond van burn-out een bijzondere positie inneemt tussen de beroepsziekteclaims. In geen enkel ander geval wordt immers van de werknemer gevraagd aan te tonen dat zijn werkgever bekend was met het risico op uitval of schade. Voor alle andere gangbare risico's wordt verondersteld dat zij reeds voor de werkgever voorzienbaar zijn op grond van hun beschrijving in de regelgeving of in de wettelijk verplichte risico-inventarisatie en evaluatie.

Nu langzamerhand duidelijk wordt dat werknemers niet kunnen volstaan met het plaatsen van oppervlakkige opmerkingen over mogelijke psychische overbelasting in het werk, is volgens mij een kritische beschouwing van elke burn-out claim op zijn plaats. Aan een uitgebreide inventarisatie van gebeurtenissen en mededelingen kan in de praktijk niet worden ontkomen. Daarbij kan het ook van belang zijn werkgever en kunnen worden bevestigd.

Een uitstapje: de burn-out claim van de ambtenaar

Tussen april 2003 en december 2004 hebben verschillende andere rechters zich nog gebogen over burn-out claims. Ik wil er graag nog een enkele zaak uit lichten. In mei 2004 moest de Centrale Raad van Beroep (CRvB) oordelen over de burn-out claim van een ambtenaar tegen zijn werkgever (het Ministerie van Defensie).

De leidinggevende ambtenaar had zich met depressieve klachten ziek gemeld, waarna een enquête onder het personeel van de betreffende afdeling was gehouden. De onderzoekscommissie adviseerde om betrokkene elders te plaatsen in een niet-leidinggevende functie, hetgeen vervolgens ook gebeurde. De ambtenaar bleef echter arbeidsongeschikt en zijn dienstverband met Defensie werd uiteindelijk ontbonden.

Het verwijt aan Defensie luidde dat niet tijdig was ingegrepen om de onwerkbare situatie op de betreffende afdeling een halt toe te roepen.

Volgens vaste rechtspraak van de CRvB ontstaat, wanneer de ziekte in sterkere mate van psychische aard is, pas een recht op schadevergoeding of suppletie op de WAO-uitkering wanneer sprake is van bijzondere factoren, die niet alleen werkgebonden zijn, maar die in verhouding met het werk - objectief beschouwd - ook nog eens een abnormaal of excessief karakter dragen.

Vastgesteld werd dat de leidinggevende lange tijd had moeten werken in *“een sfeer van angst en intimidatie”*, gecreëerd door zijn meerdere. In het rapport van de commissie stond beschreven dat de gang van zaken reeds een aantal jaren bij de werkgever bekend moest zijn geweest, maar dat geen stappen waren ondernomen om het dominante en agressieve gedrag van de meerdere te corrigeren. Juist daardoor kon de meerdere zich een machtspositie verwerven, waarvan hij naar believen misbruik kon maken. De ambtenaar was voor zijn werk afhankelijk van de medewerking en de steun van deze meerdere, maar werd door hem juist op meerdere fronten tegengewerkt. Daarmee bestempelde de raad de werkomstandigheden op de afdeling niet alleen als abnormaal en excessief, maar zelfs als *“explosief”*.

Ook omdat uit medische verklaringen was gebleken dat het geestelijk leed en de daaruit voortkomende arbeidsongeschiktheid een gevolg was van de uitgeoefende terreur, werd een schadevergoeding toegekend. Daarbij speelden de conclusies van de onderzoekscommissie een belangrijke rol. Die luiden dat de werkgever al een aantal jaren bekend moest zijn geweest met het effect van het gedrag van de meerdere op zijn medewerkers. Dat was in elk geval tijdens een bijeenkomst, die twee jaar voor de arbeidsuitval van de ambtenaar ter gelegenheid van een reorganisatie was gehouden, uitgebreid ter sprake gekomen.

De raad lijkt hiermee geen wezenlijk andere toetssteen te hanteren dan de civiele rechter in soortgelijke zaken. Duidelijk is wel dat de raad sterk heeft geleund op het rapport van de onafhankelijke commissie, die met name op basis van achteraf opgenomen getuigenverklaringen tot haar bevindingen was gekomen.

Ik verwacht dat verschillende rechters nog wel uiteenlopende beslissingen zullen nemen over de wijze waarop de problematiek kenbaar moet zijn gemaakt aan de werkgever. Uit de ambtenarenzaak blijkt niet of en zo ja, op welke wijze, de werknemer zelf een belangrijke inbreng heeft gehad in het informeren van zijn werkgever voordat hij met de psychische klachten uitviel. Dat een andere rechter zich niet zal laten overtuigen met voornamelijk algemeen getinte rapporten valt zeker niet uit te sluiten.

Tenslotte: de waarde van de erkenning van burn-out als beroepsziekte

De aan het NCvB verbonden bedrijfsarts Sorgdrager heeft in zijn artikel in het Tijdschrift voor Vergoeding van Personenschade in mei 2003 gepleit voor erkenning van de arbeidsgebondenheid van psychische klachten, omdat hij de problematiek in beginsel herstelbaar acht en een onopgeloste claim belemmerend zal werken voor herstel. Niet geheel duidelijk is of hij hiermee ook een erkenning van de werkgeversaansprakelijkheid met de daaruit voortvloeiende verplichting tot schadevergoeding voor ogen heeft. Tegen een erkenning van (enkel) de arbeidsgebondenheid van de klachten behoeft wat mij betreft in evidente gevallen geen bezwaar te bestaan. In de praktijk zal de burn-out problematiek vaak al per definitie (deels) als werkgebonden kunnen worden bestempeld, indien specifieke stressoren in het werk kunnen worden geduid. Wanneer deze erkenning de artsen en begeleiders in staat stelt hun therapie beter af te stemmen op de persoon van de werknemer, zal de kans op succes van hun interventie groter zijn. En daarmee is uiteindelijk iedereen gebaat. Komt het echter aan op erkenning van het recht op schadevergoeding, dan zal niet alleen de beroepsziekte moeten zijn vastgesteld, maar ook het verwijt aan het adres van de werkgever. En de rechtspraak leert ons dat dit laatste niet snel mag worden aangenomen, wanneer de werkgever niet door de werknemer is gewezen op het concrete risico van arbeidsuitval door psychische klachten. In de zaak uit Terneuzen, waarin de rechter uiteindelijk in het voordeel van de werknemer heeft beslist, is het kenbaarsverweer (in eerste aanleg) niet gevoerd. Het is dan ook de vraag of dit vonnis in hoger beroep stand zal houden. Het ziet ernaar uit dat werknemers, die het risico lopen overspannen te raken, vooral heil mogen verwachten van

goede preventieve maatregelen. De kans dat hen een schadevergoeding ten deel valt na een procedure tegen de werkgever is immers niet groot te noemen. Werkgevers en hun verzekeraars hoeven dan ook niet te vrezen voor het enkele feit dat burn-out onder omstandigheden als een beroepsziekte kan worden aangemerkt.

Bronnen

HR 30 januari 1998, (Chubb Lips/Jansen) met conclusie Langemeijer en verwijzing naar algemene jurisprudentie betreffende werkgeversaansprakelijkheid, NJ 1998, 476. Rb. Utrecht 4 september 2002, LJN-Nr. AE7348 (NS Reizigers). Ktg. Rotterdam 8 april 2003, (Ten Kate/Fortis Bank), JA 2004, 2. CRvB 26 mei 2004, LJN-Nr. AP1377 (X/Defensie), met verwijzing naar CRvB 21 januari 1999, LJN-Nr. AA8682. Rb. Middelburg (Ktg. Terneuzen) 29 september 2004, (Vinck/Kunst Ecoservice B.V.). Rb. Middelburg (Ktg. Terneuzen) 19 januari 2005, LJN-Nr. AS8825 (Dow Benelux B.V.). HR 11 maart 2005, LJN-Nr. AR6657 (ABN-Amro/X) met conclusie Hartkamp m.nt. Lindenbergh, JA 2005, 39. (Het betreft hier de Sdu-uitgave Jurisprudentie Aansprakelijkheid, afgekort als 'JA'. Het hier besproken arrest is opgenomen als nummer 39 van 2005 in aflevering 4, 16 mei 2005. Dat komt dus neer op de voor de markt thans nog betrekkelijk nieuwe verwijzing naar de vindplaats: HR 11 maart 1004, JA 2005, 39. Wij verwijzen voor meer informatie naar de 'Uitgaven, jurisprudentie' van www.sdu.nl. Red.) Nederlands Centrum voor Beroepsziekten, zie voor registratierichtlijnen www.beroepsziekten.nl. S. D. Lindenbergh, 'Aansprakelijkheid van de werkgever voor psychische schade', AV&S 2003, p. 14. M. S. A. Vegter, 'Aansprakelijkheid van de werkgever voor overbelasting (stress) en andere vormen van psychisch letsel', NJB november 2002. B. Sorgdrager, 'Psychische beroepsziekten hoeven niet tot blijvende schade te leiden', TVP 2003, p. 16. H. Lebbing, 'Eigen schuld en werkgeversaansprakelijkheid', PIV-Bulletin 2005, 02. HR 24 oktober 1997, NJ 1998, 257 (Baijings)

Tussen Zwarte Toga en Witte Jas

Het regelen van medische aansprakelijkheidschades

Inleiding

Medische aansprakelijkheid is anders. Iedereen die zich hier intensief mee bezighoudt zal dit beamen. Het bepalen van aansprakelijkheid en het regelen van letselschades is bij medische aansprakelijkheid niet per se ingewikkelder dan op andere terreinen van het aansprakelijkheidsrecht, maar de context waarbinnen medische aansprakelijkheid en de gevolgen ervan zich afspelen geeft het een aantal unieke aspecten.

De medische behandelingsovereenkomst tussen de medische hulpverlener en de patiënt vormt meestal de basis voor het (al dan niet) aanwezig zijn van aansprakelijkheid. Omdat de criteria voor het niet nakomen van deze overeenkomst globaal hetzelfde zijn als die van de onrechtmatige daad, zal ik over dit onderscheid heen stappen.

Gevolg zonder Oorzaak?

Doorgaans is het ontstaan van schade een indicatie voor de aanwezigheid van aansprakelijkheid. Zeker in het verkeer. Maar bij een medische behandeling zegt dit meestal niet zoveel. Sterker nog, het veroorzaken van schade is bij veel medische ingrepen onvermijdelijk. Een chirurgische ingreep is - los gezien van het doel ervan - niet meer of minder dan het doelbewust toebrengen van letsel aan de patiënt, een aantasting van diens persoon. Het zal iedereen echter duidelijk zijn dat dit geen onrechtmatige daad is want het toebrengen van de schade heeft een doel dat het - als alles goed gaat - de patiënt baat.

Daarbij komt dat de medische behandelingsovereenkomst een inspanningsverbintenis is. De hulpverlener kan en zal geen resultaat garanderen. Dat wil zeggen dat het niet altijd goed hoeft te gaan. Het kan dus ook gebeuren dat de hulpverlener alle denkbare voorzichtigheid en voorzorg in acht neemt maar toch *onbedoelde* schade aan de patiënt toebrengt. Wij noemen dit een complicatie: een schadeveroorzakend gevolg van de medische behandeling dat ondanks zorgvuldig handelen van de hulpverlener heeft kunnen ontstaan en waarvoor hij dan ook niet aansprakelijk is. Hier zijn veel voorbeelden van te geven. Een postoperatieve infectie bijvoorbeeld - die veel schade kan aanrichten en doorgaans een rechtstreeks gevolg is van de operatie -

Mr. J. W. A. van der Pijl
VVAA/Medirisk



is bijna altijd een complicatie die ontstaat ondanks allerlei desinfecterende maatregelen. Iedere invasieve ingreep brengt dit risico met zich mee, omdat de huid, die ons lichaam beschermt tegen bacteriën, noodzakelijkerwijs wordt doorbroken waarmee de mogelijkheid van infectie wordt gecreëerd.

Maar ook de zogenoemde iatrogene schade, het onbedoeld beschadigen van het lichaam van de patiënt tijdens operaties, kan een complicatie zijn. De binnenkant van het menselijk lichaam lijkt absoluut niet op de kleurige en geordende afbeeldingen in een anatomische atlas en ziet er evenmin bij iedereen hetzelfde uit. Dat wil zeggen dat bij moeilijke operaties of bij onverwachte (en vaak onzichtbare) anatomische afwijkingen de operateur de patiënt per ongeluk kan verwonden zonder dat hem dit te verwijten is. Ook kunnen er na een operatie bloedingen ontstaan of kan een patiënt onvoorspelbare reacties vertonen op medicatie. Dit zijn allemaal voorbeelden van gevallen waarin de patiënt schade lijdt tengevolge van de medische behandeling zonder dat er aansprakelijkheid is: fout gegaan is niet altijd fout gedaan.

Altijd discussie

Het terrein van de medische aansprakelijkheid kent meer dan elke andere vorm van aansprakelijkheid veel discussie. Eigenlijk over alles: de aansprakelijkheid zelf, de gevolgen, de redelijkheid van dit alles en zo voort. Een patiënt is zelden kerngezond op het moment dat hij zich tot een arts wendt. Het ziektebeeld of de verwonding waaraan hij lijdt zou hem

vaak, ook zonder fout aan de kant van de arts, schade hebben kunnen berokkenen. Vaak is dit zelfs een zekerheid, want vele ziektebeelden en verwondingen herstellen helaas niet volledig. Causaliteit is dus bijna altijd een probleem, zelfs als de fout van de arts al is komen vast te staan. De verwachtingen van de patiënt worden vaak ingegeven door het vrij menselijke idee dat alle schadelijke gevolgen die hem sinds de fout zijn overkomen daar ook het gevolg van zijn. Hij zou immers gewoon zijn hersteld en met die hoop heeft hij zich ook onder behandeling van de arts gesteld. Maar gegeven de redelijkerwijs te verwachten gevolgen van ziekte en verwonding hoeft dit dus zeker niet zo te zijn. Dit vergt genuanceerde uitleg, niet in de laatste plaats omdat de patiënt dit wel eens ervaart als een poging onder de verplichting tot schadevergoeding uit te komen. Een andere complicatie is dat sommige bij personenschaderegeling gebruikelijke praktijken bij medische aansprakelijkheid niet blijken te werken. Dat zien we ook terug in richtlijnen. Zo is de NPP-aanbeveling Kilometervergoeding en Ziekenhuisdaggeldvergoeding mede gebaseerd op de eenmalige aanschaf van zaken die voor een ziekenhuisverblijf noodzakelijk zijn. Maar bij een medische behandeling zijn die uiteraard niet het gevolg van de fout, maar van de ziekte waarvoor de patiënt is opgenomen. Ook de NPP-aanbeveling Huishoudelijke Hulp bij verkeersongevallen - die weliswaar spreekt van een 'ongeval' maar dit begrip niet duidelijk definieert - gaat uit van een vergoeding voor huishoudelijke hulp over een periode van zes weken na het ongeval terwijl dit bij een normale, foutloze medische behandeling hoogstwaarschijnlijk ook noodzakelijk was geweest. Ook de al veel aangehaalde verschillen tussen medische en juridische causaliteit zorgen hier voor verwarring. Zo voert MediRisk als grootste verzekeraar op dit gebied in circa 5 % van alle zaken juridische procedures. Dat aandeel is ruim vijf keer zo groot als bijvoorbeeld in zaken betreffende verkeersaansprakelijkheid en arbeidsongevallen. De mogelijkheden tot discussie vertalen zich helaas ook in meer procedures.

Rol van medische informatie

Anders dan bij alle andere vormen van aansprakelijkheid is de medische informatie bij medische beroepsaansprakelijkheid niet alleen van belang voor de vaststelling van de schade, maar ook voor de vaststelling van die aansprakelijkheid. Zo is de rol van de schadebehandelaar - die niet de medisch-technische fout zelf, maar wél de aansprakelijkheid kan en moet beoordelen - een heel andere.

Hoewel zijn medisch adviseur hem doorgaans kan aange-

ven of de hulpverlener een medische kunstfout heeft gemaakt, geeft deze geen juridisch oordeel. Dit moet de schadebehandelaar doen, wat het niet zelden noodzakelijk maakt dat hij samen met zijn medisch adviseur zeer uitvoerig kennis moet nemen van de medische informatie. Een nauwe samenwerking en uitvoerige interactie met de medisch adviseur is daarbij onmisbaar. Een richtlijn voor het medisch traject in verkeersschades - waarbij een behandelaar het moet doen met louter schriftelijke adviezen van zijn medisch adviseur - zou bij medische aansprakelijkheid volkomen onbruikbaar zijn.

Ook het blokkeringsrecht bij expertises ondervindt hier invloed van. Een medisch deskundigenbericht is een veel gebruikt hulpmiddel om de aansprakelijkheid te bepalen die alleen kan worden opgesteld op basis van medische informatie over de patiënt. Een dergelijk bericht gaat dan echter niet over de schade van de patiënt maar over het handelen van de hulpverlener, hetgeen tot de conclusie leidt dat het blokkeringsrecht van de patiënt niet geldt voor deskundigenberichten over de aansprakelijkheid.

Schaderegeling

Daar waar bij verkeersschades gelukkig vaak de mogelijkheid bestaat kort na het ongeval met de schaderegeling te beginnen, lukt dit bij medische aansprakelijkheidsschades zelden. Alleen het langdurige en gecompliceerde onderzoekstraject naar de aansprakelijkheid zorgt vaak al voor veel vertraging. De start van dit traject wordt ook niet zelden nog eens uitgesteld door - eveneens tijdrovende - tucht- en klachtzaken en de frequente terughoudendheid van patiënten om juridische acties te starten jegens hun behandelende artsen. Als de fout dan eenmaal is vastgesteld, breekt vaak de hierboven al aangehaalde causale discussie los. Het zal iedereen duidelijk zijn dat de in de personenschaderegeling zo gevreesde escalerende vertraging bij medische aansprakelijkheid heel moeilijk te vermijden is. Natuurlijk kan men voorafgaand aan de vaststelling van de aansprakelijkheid alvast de schaderegeling starten. Maar welke schade moet worden vastgesteld, nu de gevolgen op voorhand zo vaak onduidelijk zijn? Dit wekt bij de patiënt verwachtingen die veelal niet kunnen worden waargemaakt. Vooral ook omdat in ruim 40 % van de medische aansprakelijkheidclaims geen aansprakelijkheid bestaat.

Relatie 'dader'/'slachtoffer'

Anders dan bijvoorbeeld bij verkeersongevallen, spreekt een patiënt niet een toevallige weggebruiker maar een

hem bekende persoon aan, namelijk zijn behandelende hulpverlener. Voor de schadebehandelaar vaak onzichtbaar - maar daarom niet minder van invloed - speelt deze relatie tussen de hulpverlener en de patiënt op de achtergrond een belangrijke rol. Die relatie duurt vaak al lang en blijft ook na de veronderstelde kunstfout regelmatig voortbestaan. Een conflict tussen de schadebehandelaar/verzekeraar en de patiënt loopt dan ook vaak 'met een omweg' om de hulpverlener heen, maar die krijgt dit natuurlijk wel van zijn patiënt te horen. Omgekeerd heeft de communicatie tussen dader en slachtoffer veel invloed op de schaderegeling. Een goede relatie tussen arts en patiënt is niet alleen voor hun medische behandelingsovereenkomst, maar ook voor de schaderegeling een groot voordeel.

Emoties spelen een grote rol. Patiënten hebben vaak hoge verwachtingen van de gezondheidszorg in het algemeen en 'hun' dokter in het bijzonder. De hoop op herstel speelt hier natuurlijk een rol in, maar ook het beeld dat de gezondheidszorg doorgaans over haar prestaties en mogelijkheden naar buiten brengt. Een (te) optimistische verwachting van het resultaat van de medische behandeling zal nog worden versterkt door de afhankelijke positie die de patiënt ten opzichte van een medische hulpverlener inneemt. Wanneer je immers volledig aan deze hulpverlener bent overgeleverd, ga je menselijkerwijs van het beste uit.

Dit maakt de teleurstelling en woede bij een tegenvallend resultaat natuurlijk alleen maar groter. Dit kan ook nog worden aangewakkerd door een afstandelijke opstelling van de kant van de hulpverlener en (later) de schadebehandelaar, voor wie de verwachtingen die de patiënt had nu eenmaal niet realistisch zijn. Onbegrip aan de kant van de patiënt over de lastig uit te leggen aspecten als complicaties en causaliteit doen vaak de rest. Het regelen van medische claims doet meer dan te doen gebruikelijk een beroep op de communicatieve vaardigheden van de schadebehandelaar.

Belangenbehartiging

Die communicatie loopt vaker wel dan niet via een belangenbehartiger. Omdat de materie van medische claims zo complex is, zoeken veel patiënten met een medische claim deskundige bijstand. Maar ook deskundige bijstand kan niet voorkomen dat de resultaten van het instellen van een medische aansprakelijkheidsclaim onvoorspelbaar blijven. Veronderstelde kunstfouten blijken bij nader inzien toch complicaties te zijn en aangetoonde kunstfouten blijken vaak niet of nauwelijks tot schade te hebben geleid.

Dit alles leidt tot veel discussie over en weer over zowel de redelijkheid van de opstelling van de verzekeraar als over de redelijkheid en noodzakelijkheid van de buitengerechtelijke kosten. Het begeleiden van een medische aansprakelijkheidsclaim is een arbeidsintensieve bezigheid, die ook nog het inschakelen van een medisch adviseur vereist. De buitengerechtelijke kosten lopen in verhouding tot de schade vaak zeer hoog op.

Belangenbehartigers verzuchten dan ook regelmatig dat medische aansprakelijkheidsverzekeraars altijd zo moeilijk doen. Hoewel dit zeker niet geheel van waarheid zal zijn ontbloomt, is het grootste deel van hun irritatie toch terug te voeren tot het feit dat men doorgaans anders gewend is. Voor de meeste belangenbehartigers die zich met persoonschade bezig houden is het behandelen van medische aansprakelijkheidzaken een uitzondering. Ten opzichte van de 'gewone' letselschaderegeling kent de medische aansprakelijkheid wat betreft aansprakelijkheid en causaliteit een extra dimensie. De uitvoerige discussies die daar kunnen en moeten worden gevoerd over vrijwel iedere stap in het regelingstraject, vormen dan een groot contrast. Maar dit, zo hoop ik in het voorgaande duidelijk te hebben gemaakt, is helaas een niet te vermijden complicatie van het zich bezighouden met medische aansprakelijkheid.

Dit artikel is een bewerking van een lezing die de auteur als schadebehandelaar bij MediRisk heeft gehouden voor het NIS op 3 februari 2005.

Voorbehouden betreffende wijzigingen in het sociale zekerheidsstelsel; geen ontkomen meer aan?

Hof Arnhem 30 november 2004, LJN-Nr. AR8527, 02/003



Mw. mr. N. Haase
Kennedy Van der Laan
Advocaten

Inleiding

Gelet op de terugtrekende overheid worden verzekeraars steeds vaker geconfronteerd met het verzoek (of de eis) van benadeelden om in de eindregeling van letselschade een voorbehoud, betreffende wijzigingen in het sociale zekerheidsstelsel in de toekomst, op te nemen.

Verzekeraars nemen in de regel het standpunt in dat, als betaling van toekomstige schade ineens gevorderd wordt, daaraan inherent is dat de onzekere omstandigheden die zich in de toekomst kunnen aandienen nu worden gewaardeerd; dit is immers het afwegen van goede en kwade kansen conform art. 6:105 BW. Hiermee zou strijdig zijn alleen voor een eventuele kwade kans een voorbehoud te maken. Verzekeraars hebben er ook belang bij dat sprake is van een definitieve eindregeling waarin alle goede en kwade kansen zijn verdisconteerd, zodat in de boekhouding geen onzekere toekomstige verplichtingen blijven staan. Soms komen partijen dan ook een afkoop van het voorbehoud overeen, veelal echter blijft het voorbehoud voorwerp van onverenigbare standpunten.

Verdeeldheid binnen de rechterlijke macht

De vraag is hoe de rechter oordeelt als een benadeelde een dergelijk voorbehoud in een procedure vordert. De rechter zal, als verzocht wordt een uitspraak te doen over schade die in de toekomst ligt, in het algemeen krachtens art. 6:105 BW de schade bij voorbaat begroten. Dit doet de rechter nadat hij alle goede en kwade kansen heeft afgewogen. Zowel bij de schatting van de schade als bij de afweging van goede en kwade kansen heeft de rechter een grote beoordelingsvrijheid.

Opmerkelijk is dat de ene rechtbank het gevorderde voorbehoud betreffende wijzigingen in het sociale zekerheidsstelsel toewijst en dat de andere rechtbank eenzelfde voorbehoud afwijst.

Een aantal voorbeelden voorbehoud toegewezen:
Rb. Groningen 25 januari 2002, 38497/HA ZA 99-250,
Rb. Arnhem 15 februari 1996, VR 1996, 208.

Voorbeelden voorbehoud afgewezen:
Rb. Zutphen 18 oktober 2001, 26799/HA ZA 99-754,
Rb. Utrecht 18 mei 1988, VR 1991, 82.

Hof Arnhem 30 november 2004

Rechtspraak, althans gepubliceerde, over dit onderwerp van één van de gerechtshoven die ons land rijk is was tot voor kort niet voorhanden.

Het Hof Arnhem heeft echter - mede - over dit vraagstuk een (tussen)arrest gewezen en verwijst daarin meerdere malen naar de Parlementaire Geschiedenis (Parl.Gesch.) van art. 6:105 BW. Ter verduidelijking van het arrest, volgen hieronder allereerst een aantal terzake doende overwegingen uit de Parl.Gesch.:

“Indien een bepaalde schadepost bij gewijsde op een zeker bedrag is begroot, is het duidelijk, dat latere gebeurtenissen die de omvang van de schade beïnvloeden, op de rechten en verplichtingen van partijen geen invloed meer kunnen hebben. Heeft de rechter de gedaagde echter veroordeeld tot betaling van een periodieke uitkering, dan ligt de zaak enigszins anders (p. 366).”

“In het tweede lid [betreft de periodieke uitkeringen, NH] wordt echter aan de rechter de bevoegdheid gegeven in zijn vonnis te bepalen dat de beslissing over het bedrag der uitkering geen definitief karakter zal dragen (p. 366).”

“Wanneer bij de begroting van de schade toekomstige onzekere gebeurtenissen een rol spelen, heeft de rechter blijkens dit artikel twee alternatieven: óf wel hij stelt de vaststelling van de schade geheel of gedeeltelijk uit óf wel hij stelt deze schadevergoeding, na afweging van de goede en kwade kansen, direct vast (p. 366 en 367).”

“Ook wordt de vraag gesteld of ook andere voorwaarden [slotzin lid 1 art. 6:105 BW, NH] mogelijk zijn dan de in de memorie van antwoord genoemde indexerings. De regerings-commissaris beantwoordt deze vraag bevestigend en zegt toe de redactie nog eens te zullen bezien (p. 370).”

Bij een verkeersongeval liep de benadeelde (X) dermate ernstig letsel (onder andere een dwarslaesie) op dat hij volledig arbeidsongeschikt was geworden. Naast vergoeding van zijn schade - waaronder een aanzienlijke component toekomstige schade - vorderde X ook voor recht te verklaren dat hij zich het recht mocht voorbehouden bij afschaffing en/of verandering van de hem toekomstige WAZ-uitkering alsnog zijn eventuele daardoor ontstane extra schade na berekening te verhalen op de verzekeraars van de aansprakelijke partij. De rechtbank wees het voorbehoud af.

Het hof vernietigt echter het vonnis van de rechtbank en overweegt dat de wetgever in geval van een veroordeling tot betaling van een bedrag ineens weliswaar niet van wijzigingen achteraf wil weten - zie eerste en tweede citaat Parl.Gesch. - maar dat dit niet uitsluit dat de rechter bij deze veroordeling vóóraf de voorwaarde kan stellen dat de benadeelde naast het schadebedrag ineens ook recht heeft op een aanvullende schadevergoeding als een met name aangeduide kans zich realiseert. Volgens de Parl.Gesch. kunnen immers, naast indexering van het uit te keren bedrag, ook andere voorwaarden aan de veroordeling worden verbonden, aldus het hof - Zie vierde citaat uit de Parl.Gesch.

Verder overweegt het hof dat ook al zou uit de Parl.Gesch. kunnen worden afgeleid dat een voorbehoud náást een bedrag ineens niet de bedoeling was van de wetgever, in aanmerking moet worden genomen dat de tekst van art. 6:105 BW tot stand is gekomen in een tijd waarin met ingrijpende stelselwijzigingen in de sociale zekerheid, zoals nu aan de orde zijn, geen rekening werd gehouden. Daarbij overweegt het hof dat van belang is dat met de erkenning van een voorbehoud recht wordt gedaan aan het aan het schadevergoedingsrecht ten grondslag liggende beginsel van volledige schadevergoeding.

Voorts overweegt het hof dat - gelet op de huidige ontwikkelingen binnen het sociale zekerheidsstelsel - onze zekerheid bestaat omtrent het voortbestaan en de omvang van sociale voorzieningen en dat de verzekeraar niet heeft aangevoerd dat er op deze punten voor X ook goede kansen bestaan.

Dat andere elementen uit de schadeberekening ook goede kansen voor X bieden, vormt volgens het hof naar redelijkheid en billijkheid geen goede grond om die goede kansen compenserend te oordelen ten opzichte van de kwade kansen van gewijzigde wetgeving op het gebied van sociale zekerheid.

Ook de stelling van de verzekeraar dat X dan maar voor een periodieke uitkering moet kiezen, vindt bij het hof geen gehoor. Het hof overweegt dat de wet daar niet toe dwingt en dat de verzekeraar niet heeft gesteld dat zij in dat geval de fiscale gevolgen van een periodieke uitkering betreffende verlies van arbeidsvermogen wil dragen. Het hof komt aldus tot het oordeel dat het WAZ-voorbehoud in de onderhavige zaak gerechtvaardigd is, met name ook gezien het feit dat het gaat om een niet te verwaarlozen onderdeel van het inkomen van X.

Commentaar

Het hof gaat er bij zijn beslissing van uit dat de ontwikkelingen in het sociale zekerheidsstelsel te allen tijde een verslechtering van de positie betekent. Dit is echter niet zonder meer juist. X had een dwarslaesie en in het sociaal akkoord van 2004 staat vermeld dat vanaf 2006 werknemers die volledig arbeidsongeschikt zijn en een geringe kans op herstel hebben, in aanmerking komen voor een uitkering volgens de regeling Inkomensvoorziening Volledig Arbeidsongeschikten (IVA). Mensen die langdurig zijn aangewezen op de IVA krijgen niet te maken met verdere inkomensachteruitgang; hiermee vervalt het zogenoemde WAO-gat. Verder staat in het sociaal akkoord 2004 dat - als er vanaf 2006 niet meer dan 25.000 volledig duurzaam arbeidsongeschikten per jaar bijkomen - de IVA-uitkering met terugwerkende kracht tot 1 januari 2006 wordt verhoogd tot 75 % van het laatst verdiende loon. Hier is voor X dus niet alleen sprake van een kwade maar ook van een goede kans!

Uit het voorgaande blijkt dat niet elke verandering in het sociale zekerheidsstelsel voor iedere betrokkene een slechte verandering hoeft te zijn. Bovendien is niet uitgesloten dat een eventueel toekomstig verlies van een uitkering in het kader van het sociale zekerheidsstelsel, wordt gegrond op het feit dat benadeelde weer geschikt wordt geacht voor passende werkzaamheden. Ook lijkt het hof eraan voorbij te gaan dat het risico voor benadeelden bij wijzigingen in het sociale zekerheidsstelsel beperkt is. Bij stelselwijzigingen in de sociale zekerheid wordt immers meestal een overgangsrecht opgenomen voor 'bestaande gevallen', dus voor mensen die onder de oude regeling al rechten hadden verworven.

Als het hof desondanks van oordeel zou zijn dat X recht op een voorbehoud zou hebben, was het meer in overeenstemming met de eisen van redelijkheid en billijkheid geweest als het hof de looptijd van dit voorbehoud dan in ieder geval beperkt had tot bijvoorbeeld twee jaar. Dan had zij meer recht gedaan aan de (ook) gerechtvaardigde belangen van verzekeraars.

Verder beoordeelt het hof de kwade kansen van wijzigingen in het sociale zekerheidsstelsel los van alle goede kansen van de andere componenten van de schadepost verlies van arbeidsvermogen. Dit is niet zonder meer juist. Immers, de rechter moet tot zijn oordeel komen na afweging van alle goede en alle kwade kansen. Daarbij past niet zonder meer dat hij de goede en kwade kansen ten aanzien van de sociale zekerheid geïsoleerd bekijkt.

Conclusie

De discussie over de vraag of een benadeelde, naast een schadevergoeding ineens, krachtens art. 6:105 BW óók recht heeft op een voorbehoud is nog niet ten einde. De rechtspraak is duidelijke verdeeld. In de discussie dienen de belangen die verzekeraars hebben voor volledige afwikkeling van de schade naar mijn mening nog meer aandacht te krijgen. Bij de discussie dienen immers de wederzijdse belangen te worden betrokken.

Normering en personenschaderegeling



Mr. H. W. C. van Wees
Nationale-Nederlanden

Tijdens de PIV-Jaarconferentie 2005 werd niet alleen tijdens het officiële gedeelte maar ook in de wandelgangen gesproken over normering in de personenschaderegeling. Daarbij wordt onderscheid gemaakt tussen normering van de schadeomvang en normering van het schaderegelingsproces.

Normering van de schadeomvang

De vraag, of een schadepost voor normering in aanmerking komt, is afhankelijk van de vraag in hoeverre de schadeomvang afhankelijk is van de persoonlijke omstandigheden van de benadeelde.

Normering van de schadeomvang is mogelijk, als de schade weinig wordt beïnvloed door de individuele omstandigheden van de benadeelde. Zie in dit verband bijvoorbeeld de NPP-aanbeveling van 25 februari 1999 inzake de kilometervergoeding (thans € 0,21 per kilometer) en de NPP-aanbeveling van 25 februari 1999 inzake de ziekenhuisdaggeldvergoeding (thans € 25 per dag). Deze vergoedingen bestaan uit vaste bedragen per eenheid (kilometer of dag ziekenhuisopname). De vaste bedragen zijn geabstraheerd van de persoon van de betrokkene. Iedere benadeelde ontvangt dezelfde vergoeding per eenheid. Het enige verschil zit in het aantal eenheden waarop men recht heeft (bijvoorbeeld duizend kilometers).

Schadeposten, die zeer afhankelijk zijn van de persoon van de benadeelde, zijn moeilijk te normeren.

In 1984 is een poging gedaan de omvang van het smartengeld te normeren. Verzekeraars introduceerden toen een smartengeldformule. Deze was gebaseerd op de mate van tijdelijke en blijvende functionele invaliditeit, de te ver-

wachten levensduur en het aantal dagen ziekenhuisopname. Belangenbehartigers van benadeelden hebben de juistheid van de formule bestreden en kregen van de rechter meestal gelijk. Inmiddels is de smartengeldformule geheel in onbruik geraakt.

Verder lijkt het onmogelijk de omvang van het verlies van arbeidsvermogen te normeren. Deze schadepost is in hoge mate afhankelijk van de individuele omstandigheden van de benadeelde. Het vaststellen van deze schadepost is maatwerk.

Niettemin is bij de vergoeding van toekomstige schadeposten door middel van een som ineens een bepaalde vorm van normering heel goed mogelijk. Het percentage rekenrente zou bij de vergoeding van toekomstig verlies van arbeidsvermogen of toekomstige kosten van huishoudelijke hulp kunnen worden genormeerd. De rekenrente wordt bepaald door het rendement van de som ineens, door de fiscale behandeling van het rendement en door de inflatie. Deze factoren zijn voor het grootste deel niet afhankelijk van de individuele omstandigheden van de benadeelde. Daarom komen zij in beginsel voor normering in aanmerking. Voor de berekening van de rekenrente zou een formule kunnen worden vastgesteld. Verwezen kan worden naar het onteigeningsrecht, de alimentatieregeling in het familierecht en de kantonrechterformule in het arbeidsrecht.

Ten aanzien van regresvorderingen is er eerder ruimte voor normering dan ten aanzien van direct benadeelden. Bij het regres van UWV voor WAO- en WAZ-uitkeringen kan tot op bepaalde hoogte rekening worden gehouden met de wet van de grote getallen. Ook het verhaal van AWBZ-verstrekingen en ANW-uitkeringen kan gedeeltelijk worden gebaseerd op statistische gegevens. Daardoor konden tussen aansprakelijkheidsverzekeraars en uitkeringsinstanties verhaalsconvenanten worden gesloten die een bepaalde normering van de omvang van het regres kennen. Zo is bijvoorbeeld een formule voor de rekenrente vastgesteld.

Normering van het schaderegelingsproces

Ook ten aanzien van het schaderegelingsproces is in bepaalde opzichten normering mogelijk. Sinds 1 december 2000 kennen wij al de NPP-richtlijnen voor het medisch traject bij verkeersongevallen.

Het promotieonderzoek van W. C. T. Weterings betrof de ➤

zoektocht naar een efficiëntere en effectievere afwikkeling van letselschadeclaims - zie PIV-Bulletin 2004, 7.

De Interdisciplinaire Werkgroep Medische Deskundigen - IWMD, zie Van Dijk in PIV-Bulletin 2005, 2 - heeft voorstellen gedaan voor een uniforme vraagstelling bij medische expertises.

De Universiteit van Tilburg doet onderzoek naar het proces van de personenschaderegeling - zie Barendrecht e.a. in PIV-Bulletin 2004, 6 - waarbij overigens ook de Vrije Universiteit betrokken is.

Het zijn activiteiten om te komen tot protocollering van onderdelen van het proces van de personenschaderegeling.

Vrijwillig of verplicht?

In beginsel kan normering op basis van vrijwilligheid worden ingevoerd. Tot op zekere hoogte is dit ook wel gelukt. Niet te verwachten valt echter, dat belangenbehartigers van benadeelden, aansprakelijkheidsverzekeraars, geneeskundig adviseurs en andere betrokkenen zich vrijwillig aan een zekere normering zouden houden van elementen waarover thans nog veel discussie bestaat.

Als normering zou berusten op wetgeving, zouden alle betrokkenen zich er wel aan moeten houden. Wetgeving is het resultaat van politieke opvattingen.

In hoeverre de politiek voorrang wil geven aan het ontwikkelen van wetgeving op het gebied van de personenschaderegeling, zal onder meer blijken uit de behandeling van het wetsvoorstel Affectieschade.

Normering zou ook door de rechter kunnen worden gestimuleerd. Helaas wijst de praktijk uit, dat de opvattingen van de 19 Nederlandse rechtbanken onderling vaak verschillen. Daarom is er op basis van rechtbankuitspraken nog nauwelijks enige normering tot stand gekomen. Naar mijn mening zou een oplossing kunnen worden gevonden in centralisering van het hoger beroep in letselschadezaken bij één van de vijf Nederlandse gerechtshoven.

Rechters die zijn opgeleid in de materie van de personenschaderegeling en die uit hoofde van eerdere functies praktijkervaring hebben opgedaan, zouden in staat moeten zijn op dit terrein het recht op uniforme wijze uit te leggen. Bestaande normering zou dan kunnen worden gesanctioneerd en nieuwe normering worden ingevoerd. Dit onderwerp heeft alle aandacht van de Minister van Justitie, die in dit verband ook een onderzoek aan de Universiteit van Tilburg ondersteunt, waarvan het resultaat in 2006 kan worden verwacht. Gezien de soms heftige discussies tussen de verschillende actoren, is het geen eenvoudige zaak. Hopelijk kunnen partijen het onderling eens worden, zodat de overheid niet hoeft in te grijpen.

Meer normeren?

De vijfde PIV-Jaarconferentie ging over de toekomst van de personenschaderegeling. Normering speelt in de huidige praktijk - nog? - geen grote rol. Voor velen mag dat zo blijven, voor anderen niet. De toekomst zal leren of de normering wordt uitgebreid.

Art. 7:658 BW lid 4 ziet mede op vrijwilligerswerk

Hof Arnhem 11 januari 2005, JAR 2005, 49



Mw. mr. D. M. Bosscher
Kennedy Van der Laan
Advocaten

Inleiding

Op de werkgever rust op grond van art. 7:658 lid 1 BW een vergaande zorgplicht voor zijn werknemers ter voorkoming van het ontstaan van schade bij deze werknemers in de uitoefening van hun werkzaamheden. Op 1 januari 1999 is in het kader van de Wet flexibiliteit en zekerheid lid 4 van art. 7:658 BW in werking getreden: *“Hij die in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf arbeid laat verrichten door een persoon met wie hij geen arbeidsovereenkomst heeft, is overeenkomstig de leden 1 tot en met 3 aansprakelijk voor de schade die deze persoon in de uitoefening van zijn werkzaamheden lijdt”*.

De wetsgeschiedenis is ten aanzien van de reikwijdte van het vierde lid weinig duidelijk.

Uit de toelichting van de tweede nota van wijziging zou kunnen worden opgemaakt dat het artikellid beoogt om ook de inlener aansprakelijk te doen zijn voor arbeidsongevallen van een ingeleende werknemer en dat aldus slechts sprake zou zijn van codificatie van Stormer/Vedox. De Hoge Raad oordeelde daarin dat de te werk gestelde werknemer naast zijn werkgever onder bepaalde in dat arrest nader omschreven voorwaarden ook de derde bij wie hij is tewerkgesteld uit onrechtmatige daad zal kunnen aanspreken terzake van fouten van hemzelf of zijn ondergeschikten.

Anderzijds zijn er met de wetsgeschiedenis in de hand ook argumenten aan te dragen voor een ruimere strekking van het vierde lid. In de toelichting valt te lezen: *“De aansprakelijkheid van de inlener is wenselijk omdat de vrijheid van degene die een bedrijf uitoefent om te kiezen voor het laten verrichten van het werk door werknemers of door anderen, niet van invloed behoort te zijn op de rechtspositie van degene die het werk verricht en betrokken raakt bij een bedrijfsongeval of anderszins schade oploopt.”*; en *“Deze*

bepaling is met name van belang voor uitzendarbeid, uitleening en aanneming van werk, waarbij tussen de werknemer en de derde (inlener) geen overeenkomst bestaat. Het is echter ook mogelijk dat tussen degene die de arbeid verricht en degene voor wie hij de arbeid verricht wel een overeenkomst is gesloten, zij het geen arbeidsovereenkomst.”

Van Dam noemt als voorbeelden waarop het vierde lid ziet: afroepkrachten, stand-by krachten, hulpkrachten, min./max. krachten en thuiswerkers, uiteraard voor zover geen arbeidsovereenkomst is gesloten.

De toelichting van de minister op het vierde lid bij de reparatiewetgeving van de Flexwet maakt het er niet duidelijker op: *“Uit de toelichting bij dit artikellid (...) blijkt duidelijk dat het hier moet gaan om werkzaamheden die de derde in het kader van de uitoefening van zijn beroep of bedrijf ook door eigen werknemers had kunnen laten verrichten.”*

Onderscheidend is dus kennelijk niet wat de *core business* is van een bedrijf, maar of het bedrijf de werkzaamheden ook door eigen werknemers had kunnen laten verrichten. Administratie, secretariaat, schoonmaak en cateringwerkzaamheden kunnen onder omstandigheden heel wel onder het vierde lid vallen.

Nu de parlementaire geschiedenis onvoldoende duidelijkheid biedt over de reikwijdte van art. 7:658 lid 4 BW, zal de rechtsontwikkeling hier antwoord op moeten geven. Inmiddels zijn er een aantal uitspraken die laten zien dat de rechter in het algemeen voor een vrij ruime toepasselijkheid van het vierde lid lijkt uit te gaan. Een interessante uitspraak over de vraag of de vrijwilliger onder het vierde lid is te scharen werd op 11 januari 2005 gewezen door het Hof Arnhem.

De parlementaire geschiedenis gaf over deze vraag evenmin duidelijkheid. Weliswaar bepaalt de Tweede Nota van wijziging dat *bepaalde stageovereenkomsten* onder het vierde lid vallen, maar over de vrijwilliger zwijgt zij. Genoemde uitspraak van het Hof Arnhem van 11 januari 2005 wil ik in dit artikel aan de orde stellen. Ik ga achtereenvolgens in op de feiten, de aan het arrest van het Hof Arnhem voorafgaande uitspraak van de Rechtbank Almelo en het arrest zelf. Tenslotte trek ik een aantal voorzichtige conclusies.

Feiten

Betrokkene was per 1 september 1999 als vrijwilligster werkzaam in het door de Stichting Dierenopvang Dierenbescherming Regio Almelo (Dierenopvang) geleide dierenasiel. Bij de dierenopvang waren borden aanwezig met het opschrift *“afblijven, hond bijt”*. Deze borden wer- ➤

den regelmatig aangebracht op de hokken. Na een incident met een in het dierenasiel verblijvende Anatolische herder werd de vrijwilligster belast met de zorg voor de kleine honden. Op 3 oktober 1999 organiseerde de dierenopvang een open asiëldag. Tijdens deze dag werd de vrijwilligster gebeten door een in het dierenasiel aanwezige Duitse herder. Dit incident vond plaats in de kennel van de herdershond, waar de vrijwilligster naar binnen was gegaan. De vrijwilligster had geen instructie ontvangen van de dierenopvang om de kennel in te gaan. De vrijwilligster stelt dat zij als gevolg van de beet letsel in haar rechterhand heeft opgelopen en dat zich vervolgens een complex regionaal pijnsyndroom aan haar gehele rechterzijde heeft ontwikkeld als gevolg waarvan zij schade heeft geleden en zal lijden. De vrijwilligster stelde de dierenopvang aansprakelijk voor de door haar geleden schade op grond van art. 7:658 lid 4 BW. Subsidiar stelde de vrijwilligster de dierenopvang op de voet van het bepaalde in de artikelen 6:162 BW en 6:2 BW onder toepassing van de in art. 7:658 BW besloten mechanismen aansprakelijk en meer subsidiar beriep zij zich op art. 6:179 BW.

Rechtbank

Op 29 oktober 2003 heeft de Rechtbank Almelo in de onderhavige casus geoordeeld dat voor analoge toepassing van lid 4 van art. 7:658 BW voor de vrijwilligster geen plaats is, ondanks het feit dat de vrijwilligster werkzaamheden verrichtte die de eigen werknemers van de dierenopvang ook verrichtten. Deze uitspraak is besproken in PIV-Bulletin 2004, 6. De vrijwilligster heeft tegen het vonnis van de Rechtbank Almelo beroep ingesteld bij het Hof Arnhem.

Hof

Het hof oordeelt in tegenstelling tot de rechtbank dat lid 4 van art. 7:658 BW van toepassing is op de overeenkomst tussen de vrijwilligster en de dierenopvang. In vijf punten geeft het hof inzicht in de wijze waarop zij tot deze beslissing is gekomen. Het hof constateert in de eerste plaats dat de tekst van de wettelijke bepaling toelaat dat vrijwilligerswerkzaamheden daaronder vallen.

In de tweede plaats wijst het hof erop dat er in de parlementaire geschiedenis van art. 7:658 lid 4 BW op is gewezen dat dit artikellid ook van toepassing kan zijn op de situatie dat tussen degene die de arbeid verricht en degene voor wie hij arbeid verricht wel een overeenkomst is gesloten, zij het geen arbeidsovereenkomst, waarbij expliciet als voorbeeld bepaalde stageovereenkomsten zijn genoemd.

Toepasselijkheid op een overeenkomst waarbij vrijwilligerswerk wordt verricht ligt naar de mening van het hof in het verlengde van toepasselijkheid op een stageovereenkomst. Volgens het hof ontbreekt aan de rechtsverhouding tussen de vrijwilligster en de dierenopvang enkel het element beloning om te kunnen spreken over een arbeidsovereenkomst. De vrijwilligster heeft zich immers verplicht gedurende zekere tijd arbeid te verrichten in dienst van de dierenopvang. Verder is het hof van mening dat de vrijwilligster in een gezagsverhouding stond tot de dierenopvang, omdat zij gehouden was instructies van de dierenopvang betreffende

de inhoud van haar werkzaamheden op te volgen en hadden de door de vrijwilligster verrichte werkzaamheden ook door werknemers van de dierenopvang verricht kunnen worden. In de derde plaats sluit toepasselijkheid op vrijwilligerswerk volgens het hof aan bij de ratio van art. 7:658 lid 4 BW, waarmee wordt beoogd dat de vrijheid van degene die een beroep of bedrijf uitoefent om te kiezen voor het laten verrichten van werk door werknemers of andere niet van invloed behoort te zijn op de rechtspositie van degene die het werk verricht en betrokken raakt bij een arbeidsongeval of anderszins schade oploopt. Een werkgever die zijn zorgverplichtingen niet nakomt, dient op gelijke voet aansprakelijk te zijn voor schade van werknemers en anderen die bij hen werkzaam zijn, volgens de reeds vermelde parlementaire geschiedenis. Nu de dierenopvang ervoor heeft gekozen haar werkzaamheden mede te laten verrichten door vrijwilligers, valt naar het oordeel van het hof niet in te zien dat de dierenopvang jegens deze (onbetaalde) personen een andere zorgplicht in acht zou moeten nemen dan jegens haar (betaalde) werknemers. Bovendien is een werkgever ook jegens vrijwilligers verantwoordelijk voor de veiligheid op de werkplek ingevolge de Arbeidsomstandighedenwet indien de vrijwilliger onder zijn gezag werkzaamheden verricht. Zie art. 1 lid 2 sub a onder 1 Arbeidsomstandighedenwet, zoals die ook in september 1999 gold.

In de vierde plaats is het de dierenopvang die ervan profiteert dat de vrijwilligster om niet werk verricht. Daarbij overweegt het hof dat de dierenopvang een aansprakelijkheidsverzekering heeft die het onderhavige risico dekt, terwijl de door de vrijwilligster gestelde schade niet door een verzekering aan haar zijde wordt gedekt. Het hof merkt daarbij op dat de verzekeringsposities een zekere indicatie geven van de aansprakelijkheidsvraag en de aansprakelijkheid dragelijk maken.

In de vijfde plaats vindt de opvatting dat vrijwilligerswerk onder de toepassing van art. 7:658 lid 4 BW valt, steun in de literatuur. Het hof verwijst hierbij naar Hartlief, Van Dam, Lindenbergh en Van Boom. De laatste is onzeker over het antwoord op de voorliggende vraag.

De door het hof aangenomen toepasselijkheid van art. 7:658 lid 4 BW baat de vrijwilligster echter niet. Het hof oordeelt dat de door de dierenopvang gegeven instructie, het verbod om een kennel van een hond in te gaan, zodanig kort en duidelijk is gegeven dat zelfs indien ervan moet worden uitgegaan dat de vrijwilligster beperkte geestelijke vermogens heeft, zij deze instructie moet hebben begrepen. Dit wordt volgens het hof bevestigd door het vaststaande feit dat de vrijwilligster zich aan deze instructie tot het incident heeft gehouden. Met deze met het oog op de persoon van de vrijwilligster specifiek gegeven instructie heeft de dierenopvang naar het oordeel van het hof voldaan aan haar zorgplicht uit hoofde van art. 7:658 lid 1 BW.

Nu de directe toepassing van art. 7:658 BW niet leidt tot de aansprakelijkheid van de dierenopvang, is deze evenmin aansprakelijk op grond van de door de vrijwilligster bepleite analoge toepassing daarvan in het kader van art. 6:2 of art. 6:162 BW.

Ook het beroep van de vrijwilligster op art. 6:179 BW (jo.

184) - kort gezegd risicoaansprakelijkheid bezitters voor dieren - baat de vrijwilligster in het onderhavige geval niet. Dit ondanks het feit dat het hof - in tegenstelling tot de rechtbank - oordeelt dat art. 6:179 BW van toepassing is, omdat de dierenopvang in de procedure in eerste aanleg heeft erkend dat zij als bezitter van de hond heeft te gelden en het bovendien niet aannemelijk lijkt dat de dierenopvang geen bezitter van de hond was, en zij derhalve in beginsel aansprakelijk is voor de als gevolg van de hondeneet veroorzaakte schade. Op grond van de billijkheidscorrectie als vermeld in art. 6:101 lid 1 BW komt de schadevergoedingsplicht van de dierenopvang volgens het hof in zijn geheel te vervallen. De vrijwilligster heeft tegen de uitdrukkelijke instructies gehandeld door de kennel van de herder te betreden, welke instructie zij zich volgens het hof kennelijk bewust was, terwijl de instructie juist diende om incidenten met grote honden te voorkomen. Naar het oordeel van het hof is geen sprake van een 'inschattingsfout' van de vrijwilligster maar van ernstig verwijtbaar handelen.

Conclusies

Het arrest van het Hof Arnhem is duidelijk. Het hof komt stapsgewijs tot de conclusie dat art. 7:658 lid 4 BW mede ziet op vrijwilligers. Aan het oordeel van het hof ligt ten grondslag dat in de parlementaire geschiedenis wordt vermeld dat lid 4 ook van toepassing kan zijn op bepaalde stageovereenkomsten, waarbij wordt verwezen naar een arrest van het Hof Arnhem van 7 mei 1996. Dit arrest ziet op een scholier die stage liep bij een aannemingsbedrijf en aan wie in dat kader een arbeidsongeval was overkomen. Uit het arrest blijkt niet dat de stagiair enige beloning ontving voor zijn werkzaamheden. Desondanks werd het aannemingsbedrijf aansprakelijk gehouden.

Het Hof Arnhem heeft geoordeeld dat toepasselijkheid op een overeenkomst waarbij vrijwilligerswerk wordt verricht in het verlengde ligt van toepasselijkheid op een stageovereenkomst. Daarbij heeft het hof aansluiting gezocht bij de literatuur waarin ook wel wordt betoogd dat, nu de stagiair onder de nieuwe regeling valt, het in het verlengde daarvan niet is uitgesloten dat dit ook geldt voor vrijwilligers, met name indien het gaat om werkzaamheden die ook door de eigen werknemers kunnen worden verricht. Ook wordt in de literatuur aangevoerd dat als sprake is van een organisatie waarin zowel werknemers als vrijwilligers aanwezig zijn, de werkgever ten opzichte van zijn werknemers een hoge mate van zorg heeft. Het is dan een kleine stap om deze zorg ook verschuldigd te achten tegenover anderen dan werknemers.

De vraag is of het arrest van het Hof Arnhem nog ruimte biedt om in bepaalde gevallen art. 7:658 lid 4 BW niet van toepassing te doen zijn op vrijwilligers. Wellicht dat deze ruimte er in de visie van het hof nog wel kan zijn. Niet uit het oog verloren mag worden dat het hof heeft geoordeeld op grond van de specifieke omstandigheden van het geval dat de vrijwilligster de bescherming van het vierde lid genoot. In het onderhavige geval was sprake van een verplichting voor de vrijwilligster om gedurende zekere tijd arbeid te verrichten, was een gezagsverhouding aanwezig

en verrichtte de vrijwilligster de werkzaamheden die ook door werknemers van de dierenopvang zelf verricht konden worden. Als één of meer van deze en of andere van de door het hof genoemde dragende argumenten ontbreekt in een andere zaak is een ander oordeel over toepasselijkheid niet uitgesloten.

De zorgplicht van de werkgever op grond van art. 7:658 BW gaat zeer ver. Feit blijft dat niet duidelijk is of de werkgever ook beoogd heeft 'de vrijwilliger' onder de bescherming van lid 4 te laten vallen. De rechtbank oordeelde in dit verband dat voor een redenering naar analogie pas plaats is indien vastgesteld kan worden dat er een leemte is in de wet en dat, wanneer de werkgever deze leemte zelf ontdekt zou hebben, hij de wetgeving zou hebben aangevuld met soortgelijke regels als die, welke hij voor de wél geregelde gevallen heeft gegeven. Deze situatie was volgens de rechtbank evident niet aan de orde met betrekking tot het vrij recente art. 7:658 lid 4 BW, waarbij de werkgever immers uitdrukkelijk voor een bepaalde situatie de werkgeversaansprakelijkheid heeft willen oprekken en dit blijkbaar bewust ten aanzien van andere situaties, zoals de situatie van de vrijwilliger, heeft nagelaten. Dat met het arrest van het Hof Arnhem niet alle vragen zijn beantwoord moge duidelijk zijn. Het wekt dan ook geen verbazing dat er naar aanleiding van dit arrest Kamervragen zijn gesteld aan de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid. De betreffende kamerleden vragen de minister onder andere of hij hun mening deelt, dat de oorspronkelijke bedoeling van de Wet flexibiliteit en zekerheid is om uitzendkrachten meer rechten te geven en niet om de verhouding tussen een organisatie en vrijwilligers juridisch gelijk te schakelen aan die tussen een werkgever en een werknemer. Tevens wordt de minister gevraagd om de Wet flexibiliteit en zekerheid aan een nadere analyse te onderwerpen en de Kamer een voorstel tot wetswijziging te doen toekomen indien dit noodzakelijk of gewenst mocht blijken. Het laatste woord is over deze kwestie dus nog niet gezegd.

Bronnen

- HR 15 juni 1990, NJ 1990, 716.
- Hof Arnhem 7 mei 1996, JAR 1996, 127
- Hof Arnhem 4 november 2003, JAR 2004, 29.
- Hof Arnhem 11 januari 2005, JAR 2005, 49.
- Voorzieningenrechter Rotterdam 1 maart 2002, JAR 2003, 12.
- Rb. Almelo 29 oktober 2003, NJ feitenrechtspraak 2004, 54.
- Ktg. Tiel 15 maart 2000, JAR 2000, 111.
- Ktg. Schiedam 7 december 2004, JAR 2005, 41.
- TK 1997-1998, 25 263, 14, p. 6.
- TK 1998-1999, 26 257, 7, p. 15.
- Tweede nota van wijziging, Kamerstukken II 1997-1998, 25263, nr. 14, p. 6.
- Van Boom, AV&S 2004, p. 196-197.
- Van Dam, 'De reikwijdte van de nieuwe werkgeversaansprakelijkheid', VR 2000, 2; VR 2000, 43; www.aansprakelijkheidsrecht.com, 1508-3.
- Hartlief, RM Themis 2002, p. 74; Sociaal Recht 1998, p. 222; AV&S 2003, p. 11 onder 48; NTBR 2004, p. 468 onder 16.
- Lindenbergh, Arbeidsongevallen en beroepsziekten, Studiepockets privaatrecht nr. 62, 2000, p. 74.

Over Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen (WIA), extra garantieregeling beroepsrisico's (EGB) en schadelast

Inleiding

In PIV-Bulletin 2004, 6 is door Bekker en Hogenkamp in meer algemene bewoordingen de WIA uitgelegd en verklaard. Ik zal er dieper op ingaan en daarbij rekening houden met het wetsvoorstel WIA dat medio maart naar de Tweede Kamer is gestuurd. Aan het eind zal ik een poging wagen de invloeden van de WIA op de schadelast weer te geven.

Bij het letselschade service centrum van Delta Lloyd heeft de op handen zijnde wetswijziging geleid tot voorlichtingsbijeenkomsten en cursussen in samenwerking met het arbeidsdeskundigenbureau Prevent Consultants te Oldenzaal. De voorbereiding van deze bijeenkomsten en cursussen hebben onder andere tot dit artikel geleid.

De WIA wetgeving staat nog niet vast en moet nog door de Tweede en Eerste Kamer worden goedgekeurd. Uit het sociaal akkoord van november 2004 blijkt echter het politieke draagvlak en het is reëel te veronderstellen dat het wetsvoorstel werkelijk wordt ingevoerd per 1 januari 2006. Ik heb me gebaseerd op het wetsontwerp, de SER adviezen, Tweede Kamerstukken, persberichten, vakbladen en de diverse websites. Verder is rekening gehouden met de adviezen en expertise van P. Tiesselink, directeur van Prevent. Naast de WIA vind ik het van belang ook de EGB kort te behandelen. Deze is op dit moment in studie, maar er moet rekening mee worden gehouden dat zij op enig moment wordt ingevoerd.

Mijn verhaal is als volgt opgebouwd:

- Korte behandeling Wulbz (Wet uitbereiding loondoorbetalingsplicht bij ziekte)
- WIA (Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen)
- Overgangsrecht
- Nieuw Schattingsbesluit
- Extra garantieregeling beroepsrisico's (EGB)
- Invloed schadelast
- Afronding

Wulbz

Hier is al veel over bekend en ik beperk me tot de laatste ontwikkelingen naar aanleiding van het sociaal akkoord. De verlengde Wulbz verplicht de werkgever tot 2 jaar doorbetaling van het loon. Het eerste jaar mag doorbetaald worden tot 100 % van het CAO-loon, het tweede jaar mag slechts tot 70 % daarvan worden aangevuld. In het sociaal akkoord is overeengekomen dat ook in het tweede jaar tot 100 % mag worden aangevuld mits blijkt

H. J. Bakker

Delta Lloyd



dat deze aanvullingen een terugkeer naar het werk stimuleren. Het wetsvoorstel BALTZ (bovenwettelijke aanvulling loondoorbetaling bij ziekte) wordt niet ingediend. Dat wetsvoorstel regelde de sancties indien er in het tweede ziektejaar wel werd aangevuld. Aansluitend op de verplichte loondoorbetaling door de werkgever regelt het wetsvoorstel WIA in art. 3.1 lid 1 dat er pas recht op een WIA-uitkering kan ontstaan na 104 weken wachttijd.

WIA

De WAO wordt uiteindelijk vervangen door de WIA, die uit twee regelingen bestaat: de regeling Inkomensvoorziening volledig arbeidsongeschikten (IVA), behandeld in hoofdstuk 6 van het wetsvoorstel en de werkhervattingregeling gedeeltelijk arbeidsgeschikten (WGA), behandeld in hoofdstuk 7 van het wetsvoorstel.

IVA

Dit is een aparte regeling voor volledig (80-100 %) en duurzaam arbeidsongeschikte werknemers.

Voorwaarden

Het begrip werknemer wordt uitgewerkt in de art. 1.3.1, 1.3.2 en 1.3.3 van het wetsvoorstel.

Alleen duurzaam en volledig arbeidsongeschikten krijgen een IVA-uitkering (art. 6.1.1.wetsvoorstel). Volledig en duurzaam arbeidsongeschikt houdt in dat betrokken werknemer als rechtstreeks en objectief medisch vast te stellen gevolg van ziekte, gebrek, zwangerschap of bevaling duurzaam met arbeid slechts tot 20 % van het maatman loon kan verdienen (art. 1.2.1 lid 1). Het begrip duurzaam wordt in art. 1.2.1 onder lid 2 en 3 beschreven. >

Het moet gaan om een medische en arbeidsdeskundige stabiele of verslechterende situatie zonder kans op herstel (lid 2 en MvT p. 27.) dan wel om een medische en arbeidsdeskundige situatie waarbij op lange termijn een geringe kans op herstel bestaat (lid 3). Valt de werknemer onder lid 3 dan wordt hij gedurende de eerste 5 jaar jaarlijks gekeurd om te bezien of hij nog aan het criterium van lid 3 voldoet (art. 4.3.4.). In die 5 jaar zal duidelijk moeten worden of de werknemer in een stabiele situatie is geraakt - onder lid 2 valt - of niet. De verzekeringsarts kan echter bepalen dat ook na de periode van 5 jaar de werknemer voor een professionele herbeoordeling moet worden opgeroepen (MvT p. 27). Blijkt de werknemer na een jaarlijkse keuring niet duurzaam volledig arbeidsongeschikt dan valt hij - mits hij meer dan 35 % arbeidsongeschikt blijft - onder de werking van de WGA (art. 7.1.2). Conform art. 6.1.3. vervalt dan het recht op een IVA-uitkering. Het recht op de IVA-uitkering kan wel weer herleven (art. 6.1.4.) Bij overgang van de IVA naar de WGA ontvangt de gedeeltelijk arbeidsongeschikte minimaal nog een jaar een loongerelateerde uitkering (MvT p. 27). Die periode kan langer zijn maar dat is afhankelijk van de periode dat men een IVA-uitkering heeft genoten.

Indicatieve lijsten

Om uit te maken wanneer sprake is van een duurzame arbeidsongeschiktheid of van een geringe kans op herstel, komen er neutrale indicatieve lijsten met ziektebeelden (art. 1.2.3 lid 6 en MvT p. 31). Deze lijsten bevatten informatie over veel voorkomende ziektebeelden en over de mogelijkheid van herstel van die ziekten. Daarin zullen gebruikelijke hersteltermijnen gebaseerd op een toepasselijke behandeling worden opgenomen. De lijsten bieden de keuringsartsen een handvat bij het vormen van hun subjectieve oordeel maar de arts is en blijft zelf verantwoordelijk voor de uiteindelijke vaststelling. De arts kan en mag van een lijst afwijken maar alleen indien hij volgens een geprotocolleerde werkwijze precies aangeeft waarom er in dat individuele geval moet worden afgeweken van de standaard. De lijsten worden bij ministeriële regeling vastgelegd waarbij rekening is gehouden met de adviezen van de Gezondheidsraad. De actuele stand van de medische wetenschap moet voortdurend in de lijsten doorklinken. Mij is niet duidelijk of de lijsten ook de beroepsziekten zullen gaan bevatten.

De lijsten zullen ook een poortwachterfunctie krijgen omdat daarop tevens ziektebeelden zijn opgenomen die korter duren dan twee jaar, de Wulbz periode voordat de WIA ingaat. Het is dus mogelijk dat een ziekte waarvan de lijsten aangeven dat die korter duurt dan 2 jaar geen recht op toegang tot de IVA en WGA geeft. Omgekeerd zal er een flexibele keuring kunnen worden toegepast indien het al gauw duidelijk is dat de ziekte of het gebrek duurzaam is en tot volledige arbeidsongeschiktheid leidt. Dat geldt dan wel onder strikte voorwaarden en alleen voor de groep evidente gevallen. De IVA-uitkering kan dan eerder dan na 2 jaar ingaan (MvT p. 56).

Hoogte van de uitkering

Art. 6.2.1 regelt dat de uitkering 70 % van het maandloon bedraagt. Het maandloon is 21,75 maal het dagloon (art. 1.5.2.) en dat dagloon (gemaximeerd) wordt berekend over het jaarinkomen dat werd genoten 1 jaar direct voorafgaand aan de 1e dag van arbeidsongeschiktheid. Dat jaarinkomen wordt dan gedeeld door 261 dagen (art. 1.5.2.) Bij een toestand van hulpbehoevendheid kan de uitkering worden opgehoogd tot 100 % van het maandloon (6.2.3.). Deze loongerelateerde uitkering loopt in beginsel tot het 65ste jaar van de werknemer. Voor de IVA gerechtigden vervalt aldus het WAO hiaat (MvT p. 127).

Bij het sociaal akkoord is afgesproken dat indien de instroom van arbeidsongeschikten onder 25000 (volledige arbeidsongeschikten) per jaar blijft het uitkeringspercentage met terugwerkende kracht met ingang van 1 januari 2006 naar 75 % van het laatstverdiende salaris wordt bijgesteld (MvT p. 56).

Uitvoering

De aanvraag en de betaling van de uitkering door het UWV worden geregeld in hoofdstuk 8 van het wetsvoorstel. In art. 8.1.1. is bepaald dat de UWV het recht op uitkering vaststelt en in art. 8.2.1. dat het UWV ook de uitkering verzorgd.

Regres

Art. 11.2 regelt het regresrecht tot aan het civiel plafond van het UWV (en eigen risicodragers).

WGA

De WGA regelt de uitkering voor arbeidsongeschikte werknemers die niet onder de IVA vallen en die meer dan 35 % arbeidsongeschikt zijn.

Dat zijn dan de gevallen in art. 1.2.2 genoemd en die voldoen aan de vereisten van 7.1.1 te weten: de volledig (80-100 %) maar tijdelijke (niet duurzame) arbeidsongeschikte werknemers.

Deze categorie zal minder groot zijn dan aanvankelijk door het kabinet beoogd nu het sociaal akkoord regelt dat arbeidsongeschikten die een geringe kans op herstel hebben onder de IVA zullen vallen. Het kabinet wilde in eerste instantie deze categorie onder de WGA laten vallen waarna bij uiteindelijk toch gebleken duurzaamheid van de arbeidsongeschiktheid een doorstroming naar de IVA plaats kon vinden. Deze categorie is dan ook een tijdelijke. Na verloop van tijd stromen deze arbeidsongeschikten of door naar de IVA (zie art. 6.1.1 lid 1 onder a) of naar categorie b van de WGA.

De gedeeltelijke (35-80 %) arbeidsongeschikten. Het loonverlies moet dus minimaal 35 % zijn. De huidige twee laagste arbeidsongeschiktheidsklassen genoemd in de WAO van 15-25 en 25-35 % verdwijnen.

Intermezzo: Is de werknemer minder dan 35 % arbeidsongeschiktheid dan heeft hij geen recht op een WGA-uitkering, hij valt dan niet onder de definitie van art. 1.2.2.

Deze gedeeltelijke arbeidsongeschikten blijven in beginsel ➤

in dienst van de werkgever en krijgen geen WIA-uitkering. Mogelijk is dus dat deze werknemer dus maximaal 35 % gekort wordt op zijn salaris bij 65 % loonwaarde. De werknemer mag echter door die korting niet onder het voor hem geldende sociaal minimum zakken. Uit de MvT p. 62 leid ik af dat dan de Toeslagenwet in die situatie dan een suppletie zou kunnen verzorgen. Ik acht het niet uitgesloten dat een verzuimverzekeraar in overige situaties ruimte heeft om te suppleren. Het lijkt mij dat, gezien het feit dat het nieuwe stelsel de financiële prikkel als Leitmotiv heeft, er niet onvoorwaardelijk tot 100 % aangevuld mag worden. Indien de werknemer toch - niet verwijtbaar - werkloos wordt heeft hij recht op een WW-uitkering en indien voldaan is aan de referentie eis ontvangt hij 70 % van zijn laatstverdiende loon (MvT p. 68). Voldoet hij niet aan de referentie eis dan ontvangt hij per direct een WW vervolguutkering die gebaseerd is op het minimumloon. Na afloop van de vervolguutkering kan een beroep worden gedaan op de Wet inkomensvoorziening oudere en gedeeltelijk arbeidsongeschikte werkloze werknemers (IOAW).

Blijkens art. 7.1.2 lid 1 onder b kan de werknemer die later meer dan 35 % arbeidsongeschikt wordt indien de oorzaak van de arbeidsongeschiktheid dezelfde is als die waarvoor hij gedurende de wachttijd ongeschikt was alsnog recht op een WGA-uitkering krijgen. De IVA biedt een vergelijkbare regeling onder art. 6.1.2 lid 1 onder b.

Hoogte van de WGA-uitkering, geregeld in de art. 7.2.1 t/m 7.2.5

Wij onderscheiden de loongerelateerde fase en de vervolgfase.

Loongerelateerde fase: De gedeeltelijk arbeidsongeschikten onder A en B krijgen een WGA-uitkering. Wat men ontvangt hangt ervan af of men (voldoende) werkt of niet. Is de werknemer na de wachttijd werkloos dan ontvangt hij, indien voldaan is aan de referentie eis, een - WW conforme - loongerelateerde uitkering. Dat zou zijn geregeld in art. 7.1.5 maar enkel door lezing van de toelichting op dat artikel is die bedoeling duidelijk. De duur van deze uitkering is afhankelijk van het arbeidsverleden (art. 1.6.1 en 7.2.1) en de hoogte bedraagt 70 % van het (gemaximeerde) dagloon (art. 7.2.3 lid 1). Dit artikel is moeilijk leesbaar omdat daarin meteen ook geregeld wordt wat de uitkering is indien de werknemer gedeeltelijk werkt in de vervolgfase. Indien de werknemer tijdens de loongerelateerde fase gedeeltelijk werkt ontvangt hij 70 % van het verschil tussen het dagloon (x 21,75 dagen) en het verworven maandsalaris. Werkt hij niet dan is het verworven maandsalaris dus nihil en wordt 70 % van het dagloon ontvangen. Opmerkelijk is dus dat in deze fase er een 70 % uitkering plaats vindt ondanks het feit dat men slechts gedeeltelijk arbeidsongeschikt is. Erg vreemd is dat ook weer niet omdat onder de oude regeling in die situaties het nogal eens voorkwam dat er een deel WAO en een deel WW-uitkering werd ontvangen die samen ook weer 70 % uitkeerden.

Er geldt een bodem en die is geregeld in art. 7.2.3 lid 5

(p 59 MvT). De loongerelateerde WGA-uitkering kan daardoor niet lager zijn dan de hoogte van de WGA vervolguutkering (zie hierna).

Werknemers die niet voldoen aan de referentie eis ontvangen in het geheel geen loongerelateerde uitkering. Die slaan deze fase over en starten meteen met de vervolgfase. Zakt de werknemer onder het voor hem geldende sociaal minimum dan kan hij een beroep doen op de Toeslagenwet. Deze wet wordt zo aangepast dat een beroep op de IOAW niet meer nodig is (MvT p. 62). Doorschuiven van het dossier van UWV naar de gemeente is dan ook niet nodig. Vervolgfase: De loongerelateerde uitkering is qua duur afhankelijk van het arbeidsverleden maar duurt volgens het wetsvoorstel maximaal 5 jaar. De werknemer moet dan wel een arbeidsverleden hebben van 40 jaar. Afhankelijk van de concrete situatie wordt in aansluiting op de loongerelateerde uitkering ontvangen:

- Bij voldoende werken: een WGA loonaanvullingsuitkering. Het sociaal akkoord regelt dat sprake is van voldoende werken, indien men minimaal 50 % van de resterende verdien capaciteit benut. Onder het in art. 7.2.2 lid 4 gedefinieerde begrip restverdien capaciteit wordt verstaan het inkomen dat de werknemer per maand kan verdienen met alle algemeen geaccepteerde arbeid waartoe hij met zijn krachten en bekwaamheden in staat is. Lid 5 regelt dat er bij AMvB nadere regels kunnen worden gesteld ter bepaling van dit inkomen. Het begrip restverdien capaciteit in de WIA is een veel minder statisch dan onder de WAO. De afspraak in het sociaal akkoord is opgenomen in het wetsontwerp onder art. 7.2.2 lid 1 onder a en lid 2. Dit wordt de inkomenseis genoemd. Is hieraan voldaan dan ontvangt de werknemer een loonaanvullingsuitkering. De aanvulling is 70 % van het verschil tussen het (gemaximeerde) dagloon x 21,75 en de restverdien capaciteit (art. 7.2.3. lid 4). Verdient de werknemer meer dan zijn restverdien capaciteit dan wordt de loonaanvullingsuitkering gebaseerd op het verschil tussen het (gemaximeerde) dagloon x 21,75 en het daadwerkelijk verworven maandsalaris. Dan geldt dus dezelfde regeling als voor de loongerelateerde fase (art. 7.2.3 lid 2).

Ook hier geldt een bodem en is dit geregeld in art. 7.2.3 lid 5 (MvT p. 61). Deze maakt dat de loonaanvullingsuitkering nooit lager kan zijn dan de WGA vervolguutkering waarop de gedeeltelijke arbeidsongeschikte werknemer aanspraak zou hebben gehad als hij niet voldaan zou hebben aan de inkomenseis.

Is de werknemer 80 % of meer arbeidsongeschikt dan geldt voor hem geen inkomenseis (art. 7.2.2 lid 3 en MvT p. 62) en heeft hij recht op de loonaanvullingsuitkering. Omdat de resterende verdien capaciteit nihil is ontvangt hij dan 70 % van zijn dagloon (art. 7.2.3 lid 2). De loonaanvullingsuitkering is een individuele uitkering en loopt in beginsel tot het 65ste jaar (MvT p. 58).

- Bij onvoldoende werken: een WGA vervolguutkering Verdient de werknemer minder dan 50 % van de resterende verdien capaciteit dan ontvangt hij een WGA vervolguutkering. De hoogte van de uitkering bedraagt een

percentage van het wettelijk minimum loon of - als het dagloon lager is dan het minimum loon - een percentage van het dagloon. Dit percentage is afhankelijk van de mate van arbeidsongeschiktheid. Zie art. 7.2.4.

- Arbeidsongeschiktheidklasse van 35-45 % levert een percentage van 28 op
- Arbeidsongeschiktheidklasse van 45-55 % levert een percentage van 35 op
- Arbeidsongeschiktheidklasse van 55-65 % levert een percentage van 42 op
- Arbeidsongeschiktheidklasse van 65-80 % levert een percentage van 50,75 op

Is men meer dan 80 % arbeidsongeschikt dan heeft men recht op een loonaanvullingsregeling, zie hierboven. De vervolgitkering loopt in beginsel tot het 65e jaar. Zakt de werknemer tijdens de vervolgfase onder het voor hem geldende sociaal minimum dan vult de Toeslagenwet dit aan. Deze wet kent geen vermogens- toets maar wel een gezinsinkomenstoets (MvT p. 63)). De vervolgitkering zelf is individueel en kent geen partner- en vermogenstoets.

Reïntegratie

De WGA bevat ook een reïntegratiepakket - zie par. 4.2 van het wetsvoorstel en MvT p. 46/52 - met stimulerende maatregelen. Vermindering van inkomen gaat gepaard met aangeboden reïntegratiemogelijkheden. Voor werknemers die op of na 1 januari 2004 arbeidsongeschikt worden zijn de reïntegratiesubsidies vervallen. De overheid wil dat de reïntegratiekosten voor rekening van de werkgever komen met als achterliggende gedachte dat deze, indien de kosten voor zijn rekening komen, wordt gestimuleerd de reïntegratieactiviteiten op zo een kort mogelijke termijn te laten slagen.

De kosten voor reïntegratie binnen en buiten het eigen bedrijf (scholing, training en begeleiding) moeten dan door de werkgever zelf worden betaald. Het UWV heeft een Servicecentrum Werkgevers en Reïntegratie geopend voor vragen over reïntegratie.

Wat rest er nog wel aan tegemoetkomingen voor werkgevers die arbeidsgehandicapten in dienst nemen?

Premiekortingen

Een jaar premiekorting (1 x € 2.042) op premies voor WW en WAO, indien de werkgever een arbeidsgehandicapte in de gelegenheid stelt zijn oude functie uit te oefenen of binnen het eigen bedrijf in een andere functie te werken.

Maximaal 3 jaar premiekorting (3 x € 2.042) ontvangt de werkgever, indien hij een arbeidsgehandicapte in dienst neemt. Als deze een jonggehandicapte is wordt daarop nog een toeslag gegeven.

Subsidie

Indien de kosten hoger zijn dan de premiekorting, kan voor de meerkosten nog een subsidie worden verleend.

No risk polis

Wordt een arbeidsgehandicapte in dienst genomen en deze onverhoopt binnen 5 jaar opnieuw arbeidsongeschikt, dan wordt de verlengde WULBZ-uitkering door het UWV betaald. De WIA regelt deze vorm van ondersteuning ook, indien de werkgever een eigen arbeidsgehandicapte werknemer niet ontslaat maar in dienst houdt. De termijn van 5 jaar kan worden verlengd, indien sprake is van een aanzienlijk verhoogde kans op uitval.

Proefplaatsing

Het aannemen van een arbeidsgehandicapte kan voor maximaal 6 maanden ook door middel van een proefplaatsing. In die periode wordt dan onbetaalde arbeid verricht en de WGA/WW-uitkering omgezet in een reïntegratie-uitkering.

Loondispensatie

Staat de prestatie van de arbeidsgehandicapte niet in verhouding met het te betalen loon, dan kan door de werkgever ontheffing worden gevraagd.

Aanpassing werkplek

Dit kan door de werknemer worden aangevraagd en verkregen, indien de aanpassing ook kan worden gebruikt voor eventuele andere werkgevers. De aanpassing moet dus kunnen worden meegenomen door de werknemer.

Individuele Reïntegratie Overeenkomst (IRO)

Belangrijk is nog te noemen dat de arbeidsgehandicapte en werkloze sinds 14 juli 2004 zelf bij het UWV een reïntegratiebudget kan aanvragen, de IRO. De hoogte van dit budget (maximaal € 5.000) is onder andere afhankelijk van een eventueel reeds aan de werkgever toegewezen premiekorting.

Voorts is er nog het persoonsgebonden reïntegratiebudget voor door de Arbo-dienst arbeidsgehandicapt verklaarde werknemers (er hoeft geen WAO beoordeling te zijn uitgevoerd) en waarvoor bij de eigen werkgever geen passend werk voorhanden is. Dit budget bedraagt € 3.630.

Uitvoering

De WGA kan worden uitgevoerd door een particuliere verzekeraar of door de UWV. De werkgever heeft hierin de keuze, hij mag ook besluiten het risico voor gedeeltelijke arbeidsongeschiktheid zelf te dragen. Kiest de werkgever niet dan wordt de WGA uitgevoerd door de UWV. Denkbaar is dat een werkgever de WGA onderbrengt bij dezelfde verzekeraar die ook de eerste 2 jaar loondoorbetaling voor zijn rekening neemt. Tien jaar nadat de WGA-uitkering is ingegaan gaat het dossier over naar het UWV en neemt die de uitvoering over. De beoordeling van de (mate van) arbeidsongeschiktheid blijft in alle gevallen een taak voor het UWV.

In de discussie over deze wetgeving is de 'perverse prikkel' aan de orde gekomen die de verzuimverzekeraar mogelijk ervaart, als hij meer moet suppleren indien een arbeidsongeschikte zijn restverdiencapaciteit voldoende benut ver- ➤

geleken met de situatie waarin een arbeidsongeschikte dat niet doet. De niet voldoende werkende gedeeltelijk arbeidsongeschikte ontvangt uiteindelijk een lage vervolguitkering; doet hij dat wél dan ontvangt hij een hogere loonsuppletie. De verzuimverzekeraar zal dan wellicht minder gedreven zijn om iemand te reïntegreren, zo is verondersteld. (Is dit niet in tegenstelling met de voorgaande zin? Redactie)

Regresrecht

Art. 11.2 regelt het regresrecht en houdt rekening met het civiel plafond. Het collegialiteitsbeginsel is in art. 11.3 ondergebracht.

Overgangsrecht

Er komt een apart wetsvoorstel voor de Invoeringswet WIA en daarin wordt onder andere het hiernavolgende in geregeld.

Door de Wet verlenging loondoorbetalingsverplichting bij ziekte zullen degenen die vanaf 1 januari 2004 ziek zijn geworden op 1 januari 2006 onder de IVA en WGA vallen. Degene die voor 1 januari 2004 reeds een WAO-uitkering hadden en blijven onder de oude WAO regeling vallen maar worden wel herbeoordeeld aan de hand van het nieuwe Schattingsbesluit (zie hierna).

Per 1 januari 2006 zullen er dus twee soorten arbeidsongeschikten zijn: degenen die onder het nieuwe systeem en degenen die nog onder het oude systeem vallen. Een duaal stelsel dat tot 2016 zal bestaan. WAO-gerechtigden krijgen - na hun individuele keuring op grond van de WAO-bepalingen - nog 5 jaar de tijd zich in te stellen op het nieuwe stelsel dat dan ook voor hen gaat gelden. Dat zou dus betekenen dat de laatste keuring op grond van de WAO in 2010 zal zijn. Helemaal duidelijk is dit nog niet. Het wetsvoorstel inzake de Invoeringswet WIA zal hier meer helderheid over moeten geven. De Invoeringswet regelt verder de financiering van de WIA en de aansluiting voor wat betreft de reïntegratievoorzieningen in andere wetten. De Invoeringwet WIA wordt in de maand mei 2005 ingediend zo is de verwachting.

Nieuw Schattingsbesluit

Bovenstaande plannen inzake IVA en WGA worden per 1 januari 2006 ingevoerd. De regels voor het schatten van de arbeidsongeschiktheid - zie het nieuwe Schattingsbesluit van 8 augustus 2004 - worden reeds per 1 oktober 2004 aangescherpt. Volgens Tiesselink zijn de beoordelingen oude vorm in de praktijk reeds vanaf april 2004 gestopt. De nog openstaande aanvragen voor beoordeling worden opgeschort tot oktober 2004 en daarna uitgevoerd aan de hand van het - vooruitlopende op de nieuwe wetgeving - inmiddels op basis van het nieuwe Schattingsbesluit aangepaste Claim Beoordelings- en Borgingssysteem (CBBS). Alle vanaf oktober 2004 uitgevoerde beoordelingen kunnen daardoor in beginsel zonder herbeoordeling per 1 januari 2006 worden vertaald naar de nieuwe wettelijke bepalingen. Samenhangend hiermee wordt ook al (deels experimenteel) gewerkt volgens de nieuwe medische richtlijnen

(voorlopige lijsten van tot arbeidsongeschiktheid leidende ziekten en aandoeningen). De consequentie hiervan is dat er niet kan worden teruggevallen op een WAO beoordeling volgens de oude criteria. Er is immers geen systeem meer om dat te ondersteunen.

Omdat in PIV-Bulletin 2004, 6 reeds de essentialia over het nieuwe Schattingsbesluit zijn aangehaald zal ik hier verder niet op ingaan.

Herbeoordeling

Per 1 oktober 2004 wordt iedereen die recht heeft op een uitkering op basis van de WAO, WAZ, of Wajong herbeoordeeld aan de hand van de nieuwe criteria van het Schattingsbesluit, met uitzondering van de arbeidsongeschikten van 50 jaar (was 55 jaar) en ouder (geboren voor of op 1 juli 1954, was 1 juli 1949) en de arbeidsongeschikten die bij de vorige stelselwijzigingen ook al zijn ontzien. Dat is de groep die ontzien is bij de stelselwijziging van 1987 en die sinds 31 december 1986 onafgebroken een WAO-uitkering had en op 1 augustus 1993 45 jaar of ouder was. En voorts de groep die ontzien is bij de stelselwijziging van 1993 in het kader van de Wet terugdringing beroep op arbeidsongeschiktheidsregelingen (TBA) op 31 juli 1993 een WAO-uitkering ontving en op 1 augustus 1993 45 jaar of ouder was.

EGB

Achtergrond

Het Kabinet heeft een EGB voorgesteld. Inzake beroepsziekten en bedrijfsongevallen moet door de werkgever verplicht een particuliere verzekering worden afgesloten. Uit de SER adviesaanvraag van 19 november 2003 blijkt dat het Kabinet niet uitgesloten acht dat de WIA in strijd zal zijn met het ILO Verdrag 12. ILO staat voor International Labor Organization, de internationale arbeidsorganisatie van de Verenigde Naties. Dat verdrag regelt dat een redelijke verhouding moet bestaan tussen een uitkering bij volledige arbeidsongeschiktheid en een uitkering bij gedeeltelijke arbeidsongeschiktheid. De WGA regelt na verloop van tijd een uitkering gebaseerd op het minimum inkomen. De IVA doet dat niet. Het is dan dus de vraag of er zo nog sprake is van een redelijke verhouding. De Sociaal Economische Raad (SER) is van mening dat haar eigen voorstel tot herzien van de WAO voldoet aan het ILO Verdrag en beantwoordt niet direct de vraag of het voorstel van het Kabinet daaraan voldoet. De raad sluit niet uit dat het op termijn wel noodzakelijk wordt een EGB in te voeren. Er is namelijk nog een ander argument om dat te doen. Het Kabinet erkent in haar adviesaanvraag dat de WGA op een gegeven moment, bij voortdurende werkloosheid, een aanzienlijke inkomensachteruitgang oplevert. Dat betekent dat er meer reden is voor betrokkenen te onderzoeken of de inkomensachteruitgang op derden kan worden afgewenteld. Men kan zo meer aansprakelijkstellingen en discussies verwachten die zo nodig voor de rechter worden uitgevochten. Een EGB kan deze ontwikkeling tegengaan omdat de aansprakelijkheidsvraag daarin geen rol speelt.

De huidige status van de plannen is niet duidelijk. De minister heeft aangegeven dat pas wanneer het wetgevend proces inzake de WIA zover is gevorderd dat duidelijk is hoe de artikelen gaan luiden er wordt bekeken of de EGB nodig is. De SER zal nog adviseren over de maatschappelijke wenselijkheid.

Positie EGB

Het wezenlijke van de EGB is dat deze in de plaats treedt van de civiele aansprakelijkheid van de werkgever. Omdat de EGB en de daarop gebaseerde beroepsrisicoverzekering de schade regelt heeft de werknemer in beginsel geen vordering meer op de werkgever. De regeling betreft een *risque professionnel* overeenkomstig de in 1967 afgeschafte Ongevallenwet 1921. Er blijft wel een vordering bestaan op de werkgever indien er sprake is van opzet of aan opzet grenzende roekeloosheid van de werkgever. De wettelijke regeling inzake de werkgeversaansprakelijkheid blijft echter intact. De SER vraagt zich af of na invoering van de EGB er op het gebied van beroepsrisico's er inderdaad geen civielrechtelijk acties richting werkgever meer gaan plaatsvinden.

De aansprakelijkheidsvraag speelt bij de EGB geen rol meer maar de vraag of de beroepsziekte door het werk is veroorzaakt, wel. We weten dat in geval van beroepsziekten het oorzakelijk verband met het werk vaak een belangrijk punt van discussie is. Het voornemen is om deze discussie te voorkomen door middel van lijsten met erkende beroepsziekten. De Gezondheidsraad zal hierbij worden betrokken. Staat de gestelde beroepsziekte niet op de lijst dan dient de werknemer aan te tonen dat die aandoening rechtstreeks en medisch objectief uit de arbeid voortvloeit. Verkeersongevallen die relatie hebben met de arbeid vallen ook onder de EGB. Ik verwacht niet dat de discussie over het causaal verband na invoering van de EGB voorbij zal zijn. Ik sluit ook niet uit dat - gezien de strengere regeling van de WIA - pogingen zullen worden ondernomen de EGB als vluchthoek te gebruiken. De overheid is er dan in ieder geval van af omdat de EGB door particuliere verzekeraars wordt uitgevoerd.

Hoogte van de uitkering

De verplichte beroepsrisicoverzekering betreft een schadeverzekering met de insteek dat met genormeerde schadeuitkeringen wordt gewerkt. De uitvoering daarvan gebeurt door een particuliere schadeverzekeraar die rechtstreeks aangesproken kan worden door de werknemer. De EGB regelt naast een 70 % uitkering van het laatstverdiende salaris, bij volledige arbeidsongeschiktheid, ook een uitkering ter vergoeding van personenschade. En dat is "dat deel van de schade dat werknemer thans via de civielrechtelijke weg moet verhalen". Gezien het beginsel van de concrete schadevergoeding vraag ik me af in welke mate er dan nog gewerkt kan worden met genormeerde uitkeringen.

Uitvoering

Hoewel de particuliere verzekeraar de EGB gaat uitvoeren

wordt de claimbeoordeling overgelaten aan het op beroepsrisico's gespecialiseerde instituut, het Nederlands Instituut Claimbeoordeling Arbeidsongevallen en Beroepsziekten (Nicab).

Verhaalsmogelijkheid

In de adviesaanvraag wordt niets vermeld over een verhaalsmogelijkheid van de beroepsrisicoverzekeraar. Wel wordt aangegeven dat er sprake is van een schadeverzekering. Uitkeringen die door de beroepsrisicoverzekeraar worden gedaan in gevallen waarin die uitkeringen (voor een deel) door een ander dan de werkgever zijn veroorzaakt kunnen dan in beginsel voor verhaal op grond van 284K in aanmerking komen. Bij de daarop gebaseerde beroepsrisicoverzekering zal de claim niet gering zijn, omdat de EGB de totale schade uitkeert. Deze schade wordt onder het huidige recht voornamelijk door het UWV, de ziektekostenverzekeraar en de aansprakelijkheidsverzekeraar uitgekeerd. Dat is anders indien de EGB zich zou beperken tot aanvullende uitkeringen, uitkeringen die naast een WIA-uitkering worden gedaan. Het kabinet is geen voorstander van zo een systeem.

Invloed schadelast

Getalsmatige schatting is op dit moment niet mogelijk, ik beschouw enkel de mogelijke opgaande of neergaande bewegingen per schadelast element op dossierniveau. Omdat het kabinet een groot gewicht legt op herintreden van arbeidsongeschikten en het beperken van de instroom WAO/WIA is te verwachten dat de kabinetsplannen hun grootste impact zullen hebben op de schadelastelementen verlies van arbeidsvermogen, regres sociale verzekeringen (excl. ziektekostenverzekering) en regres werkgever/ZW. Ik hou bij de beoordeling geen rekening met de WAO-hiaatverzekeringen en redeneer vanuit het perspectief van de aansprakelijkheidsverzekeraar.

Categorie 1 - IVA

De IVA kent een loondervinguitkering tot 65 jaar, kent dus geen vervoluitkering en waarschijnlijk uiteindelijk een uitkering van 75 % van het dagloon. De permanente en volledig arbeidsongeschikte die nu een WAO-uitkering heeft krijgt maximaal 70 % van het dagloon en later in de tijd 70 % van een veelal lager vervolgdagloon. Beweging: de schadelast met betrekking tot element Regres Sociale Verzekeringen stijgt. Het element Verlies aan Arbeidsvermogen gaat omlaag, er wordt immers meer uitkering ontvangen (75 %).

Categorie 2a - De volledig maar tijdelijk arbeidsongeschikten

Na loongerelateerde periode wordt 70 % van het dagloon ontvangen omdat deze categorie niet aan de inkomenseis behoeft te voldoen. Leeftijd van de werknemer speelt geen rol. De WAO gerechtigde onder de 33 jaar heeft slechts recht op een vervoluitkering, dat is 70 % van het minimum loon.

Beweging: Schadelast blijft gelijk. Het element verlies van >

arbeidsvermogen gaat omlaag, men ontvangt meer uitkering, maar het element regres gaat evenredig omhoog. Is de werknemer ouder dan 33 jaar dan bestaat recht op een loondervinguitkering voor een beperkte periode. Ook hier geldt echter dat de schadelast in zijn totaliteit gelijk blijft. Regres neemt af maar verlies van arbeidsvermogen neemt evenredig toe. Dit is een tijdelijk categorie: de betreffende werknemer zal op een gegeven moment een categorie 1 of categorie 2b uitkering ontvangen.

Categorie 2b - de gedeeltelijke arbeidsongeschikten

Hier speelt hier iets opmerkelijks. Tijdens de loongerelateerde periode ontvangt ook een gedeeltelijke arbeidsongeschikte een 70 % uitkering. Dat betekent dat deze WGA-uitkering ook uitkeert, niet alleen in verband met de arbeidsongeschiktheid, maar ook omdat de gedeeltelijk arbeidsongeschikte werkloos is. In het huidige systeem krijgt een gedeeltelijke arbeidsongeschikte veelal een WW-uitkering naast zijn WAO-uitkering. In het nieuwe stelsel krijgt hij een WGA-uitkering. Nu de WGA-uitkering bij gedeeltelijke arbeidsongeschikten zowel voor een werkloosheidsdeel als voor een arbeidsongeschiktheidsdeel de uitkering verzorgt, is er een probleem voor het regres. In het huidige systeem is er alleen regres voor dat deel waarvoor een WAO-uitkering wordt verkregen. De WW heeft geen regres. Bovenstaande verdiscontering van de werkloosheidsuitkering gaat alleen op voor de loongerelateerde periode. Pas na deze periode, die afhankelijk is van het arbeidsverleden, wordt de WGA vervolguitering gekoppeld aan het arbeidsongeschiktheidspercentage indien niet of onvoldoende wordt gewerkt.

Beweging: schadelastelement regres sociale verzekering stijgt door verdiscontering probleem maar daalt later doordat de WGA vervolguitering op het minimum loon is gebaseerd terwijl de WAO destijds op het vaak hogere vervolgdagloon is gebaseerd.

Het element verlies van arbeidsvermogen gaat in de periode van de vervolguitering omhoog, maar staat onder invloed van arbeidsmarkt factoren.

Werkt de werknemer voldoende dan ontvangt hij salaris met daarnaast een WGA loonaanvullinguitkering. Ook daarvoor is regres geregeld. De vraag is of dat juist is omdat die aanvulling ook plaats vindt vanwege het feit dat

de werknemer zijn restverdiencapaciteit niet volledig benut. De huidige WAO regelt in dat geval een gedeeltelijke WAO-uitkering die men naast het salaris en de (tijdelijke) WW-uitkering ontvangt. De WAO-uitkering gaat op een gegeven moment omlaag door lager vervolgdagloon. De WGA-loonaanvullinguitkering loopt in beginsel tot het 65e jaar en kan heel goed op dezelfde hoogte blijven. Het is moeilijk een inschatting te maken.

Beweging: schadelast regres sociale verzekering lijkt omhoog te gaan, element verlies van arbeidsvermogen gaat evenredig omlaag. De minder dan 35 % arbeidsongeschikten krijgen geen uitkering meer.

Beweging: element regres sociale verzekeringen gaat omlaag. Element verlies van arbeidsvermogen gaat evenredig omhoog, maar ook hier is de invloed van arbeidsmarktfactoren aanwezig.

Verlengde doorbetalingsplicht werkgever

De werkgever moet één jaar langer doorbetalen.

Beweging: regreslast werkgever/ZW gaat omhoog. Regres sociale verzekeringen gaat omlaag, er wordt één jaar later met de uitkering aangevangen.

Beroepsrisico's (problematiek werkgeversaansprakelijkheid)

Indien de EGB wordt ingevoerd, hoeft - zo beoogt het Kabinet - de aansprakelijkheidsverzekeraar geen verhaalsacties meer te verwachten.

Afronding

Bovenstaande gaat uit van bewegingen in de schadelast op dossierniveau. Meer macro-economisch kan men redeneren dat nu er meer mensen gereïntegreerd gaan worden, althans dat is de opzet, er meer mensen zijn die hun restverdiencapaciteit gaan benutten. Dat zou de totale schadelast kunnen verminderen. Ik vraag me echter af of dit gaat lukken, omdat er bij letselsaken rekening mee moet worden gehouden dat een betrokkene gezien de (mogelijke) verhaalbaarheid van zijn tekort niet financieel wordt geprikkeld. Ik neem aan met bovenstaande voldoende stof tot overdenken te hebben aangereikt niet alleen met betrekking tot de ontwikkelingen inzake de schadelast maar ook over het berekenen van toekomstig verlies aan arbeidsvermogen en aanpassing WAO convenant. Voorts hoop ik dat de Tweede Kamer voor wat betreft dit wetsvoorstel enige aanpassingen aanbrengt die de leesbaarheid bevorderen.



LAATSTE NIEUWS!

NPP opent forum op NPP.nl

Hoe kan de letselschadeafwikkeling worden verbeterd? Op www.NPP.nl kan de vakwereld suggesties aandragen in het nieuw geopende forum. Om mee te doen is registratie noodzakelijk. Het NPP heeft hiervoor gekozen om een discussie op niveau te waarborgen. De reacties zijn openbaar en kunnen dus door iedereen worden gelezen. Stelling 1 betreft de NPP-aanbeveling Huishoudelijke Hulp. Deze aanbeveling is in eerste instantie gericht op verkeersslachtoffers. Reacties zijn mogelijk tot 1 juli 2005. Daarna volgt een evaluatie door NPP werkgroep Normering. Suggesties voor discussieonderwerpen zijn zeer welkom. Waar wilt u over praten? Of heeft u een baanbrekend idee? Maak hiervoor meteen gebruik van uw registratie op het forum of via info@npp.nl.

Gedragcode voor betere schaderegeling bij letsel

Het Centrum voor Aansprakelijkheidsrecht heeft een concept gedragscode ontwikkeld om de afhandeling van schadevergoeding zo goed mogelijk te laten verlopen. De code is tot stand gekomen met inbreng van benadeelden, belangenorganisaties en verzekeraars. In het najaar volgt de definitieve versie.

Slachtoffer worden van een verkeersongeval of een andere gebeurtenis waarbij letsel ontstaat, is vaak zeer ingrijpend. Om schadevergoeding te verkrijgen moeten benadeelden bovendien vaak een moeizaam proces door. Het kan jaren duren voor er een regeling is en er ontstaan vaak conflicten. Voor verzekeraars en ook voor benadeelden is dit een kostbare kwestie, zoals onder andere blijkt uit de roep om no cure no pay beloning voor advocaten. Onderzoek laat zien dat de problemen onder meer ontstaan doordat het proces van informatieverzameling en onderhandeling ongestructureerd verloopt. Het Centrum voor Aansprakelijkheidsrecht van de Universiteit van Tilburg heeft onder leiding van prof. Maurits Barendrecht nu een conceptgedragscode ontwikkeld waarin benadeelden, hun belangenbehartigers en verzekeraars spelregels kunnen vinden om de schadebehandeling zo goed mogelijk te laten verlopen.

De gedragscode - beschikbaar via rechten.uvt.nl/normering - beschrijft in 25 beginselen met toelichting en uitwerking de best practices op dit gebied. Passende oplossingen voor de benadeelde in zijn persoonlijke en werkomgeving staan voorop. De communicatie met de benadeelde moet respectvol en begrijpelijk zijn. In plaats van (hoog) claimen en (laag) bieden beveelt de code aan om objectieve criteria als richtpunt te gebruiken voor de omvang van schadevergoedingen. Verzekeraars en de belangenbehartigers van de benadeelden kunnen via een

gezamenlijk behandelplan informatie verzamelen en gestructureerd overleg voeren. De benadeelde kan de stand van zaken dan van dag tot dag volgen. Ook geeft het hem meer inzicht in de opbouw van de vergoeding die hij krijgt uitgekeerd. Streeftermijnen verbeteren de planning en helpen de schadebehandeling te bekorten. Het conflictmodel maakt, kortom, plaats voor een harmoniemodel. Als het overleg vastloopt, is voorzien dat partijen snel de hulp van anderen inroepen om het proces weer vlot te trekken.

Draagvlak

De code is tot stand gekomen vanuit het algemeen gedeelde besef dat een betere letselschaderegeling mogelijk is en hard nodig. Meer dan honderd personen uit alle geledingen van de branche, waaronder vele letselschadeslachtoffers, hebben tijdens expertmeetings en in deelprojectgroepen suggesties gedaan en verbeteringen uitgedacht. En organisaties als ANWB, Consumentenbond, Stichting De Ombudsman, Verbond van Verzekeraars, Stichting PIV, Slachtofferhulp Nederland, Whiplash Stichting en de Vereniging van Verkeersslachtoffers nemen actief deel aan dit interactieve project. Financiële steun komt van het Fonds Slachtofferhulp Nederland, Stichting Achmea Slachtoffer en Samenleving en het Ministerie van Justitie. Het schrijven van de conceptteksten en de algemene organisatie van het project zijn in handen van prof. mr. Maurits Barendrecht, mr. Peter Kamminga, mr. Corry van Zeeland, mr. Sabine van Willigenburg van het Centrum voor Aansprakelijkheidsrecht van de Universiteit van Tilburg.

De concept gedragscode is geen onderhandelingsresultaat dat door alle deelnemers is geaccordeerd. Het draagvlak voor deze oplossingsrichting is volgens de onderzoekers echter goed, in aanmerking genomen de grote belangen die op het spel staan. De code sluit nauw aan bij de sociaal-wetenschappelijke inzichten over onderhandeling en conflictbeheersing.

De code is ter commentaar voorgelegd aan de organisaties en de bedrijven die belang hebben bij een goede letselschaderegeling. Deze zijn onder meer verenigd in het Nationaal Platform Personenschade - onder voorzitterschap van drs. W. J. Deetman. Zij zullen zich met name buigen over een lijst van lastige punten die door de onderzoekers is opgesteld. De verbetering van de schaderegeling die de code voorstelt, vraagt ook om een veranderingsproces met de daarbij voorzienbare weerstanden, dus zonder slag of stoot zal dat niet verlopen. In het najaar zullen de onderzoekers vervolgens een nieuwe versie van de code opstellen.



Agenda

Vermande Studiedagen

22-06 en 24-11-2005, Studiedag 'Mediation en Letselschade; voor een snelle en effectieve afwikkeling van letselschadeclaims', resp. Novotel Amsterdam en Hotel Heidepark Bilthoven

Onderwerpen

- Mediation: het alternatief voor behandeling van geschillen
- Mediation en letselschade: de specifieke kenmerken
- Op welke wijze mediation in te passen in uw organisatie
- Casuïstiek

Docenten

- mr. G.H.J. Hulsbergen re - Adviseur personenschade Pi-advice, Arnhem. NMI-mediator
- mw. mr. J.M. van de Laar - Advocaat Beer Advocaten, Amsterdam. NMI-mediator

Info: 070-3789896, (fax) 070-7999885, vermande.studiedagen@sdu.nl

Het PIV-Bulletin is een regelmatig verschijnende uitgave van de Stichting Personenschade Instituut van Verzekeraars. Niets uit deze uitgave mag worden overgenomen zonder uitdrukkelijke toestemming van de redactie.

Redactiesecretariaat

Mevrouw J.M. Polman, Stichting PIV

Postbus 93450

2509 AL Den Haag

Telefoon: 070 333 88 73

Telefax: 070 333 88 33

e-mail: piv@verzekeraars.nl

Website: www.stichtingpiv.nl

M.m.v. drs. P.J.M. van Steen, journalist

Creatie & realisatie: Artmark BNO, Rijswijk

