

Waarom moet de werkgeversaansprakelijkheid er aan geloven?

W.H. van Boom

Eerder verschenen in: Tijdschrift Vergoeding Personenschade 2004/1, p. 1-2

Het zal de lezer niet zijn ontgaan dat het kabinet in het kader van zijn WAO-plannen overweegt om de werkgeversaansprakelijkheid van art. 7:658 BW te vervangen door een verplichte beroepsrisicoverzekering. De verzekering zou voorzien in een inkomensdervingsuitkering van maximaal 70 % van het laatstverdiende loon (naar rato van de mate van arbeidsongeschiktheid), een “uitkering ter vergoeding van personenschade” (zonder dat het kabinet duidelijk maakt wat daarmee wordt bedoeld), vergoeding van ziektekosten en “een uitkering” aan eventuele nabestaanden.

De verplichte verzekering, die zou moeten uitkeren bij arbeidsongevallen en bij beroepsziekten die op een lijst voorkomen, zou in private uitvoeringshanden komen, maar zou – aldus het kabinet – ook kunnen worden uitgebreid met een onafhankelijk beoordelingsinstituut, een klachtenregeling en een waarborgfonds (bijvoorbeeld voor gefailleerde werkgevers). “De werknemer hoeft dus niet meer naar de rechter om zijn schade vergoed te krijgen”, aldus een blijmoedig kabinet. Sterker nog: hij kan niet meer naar de rechter, want de werkgever wordt behoudens eigen opzet en bewuste roekeloosheid *immuun* voor aansprakelijkheid. Dat moet ook wel in de optiek van het kabinet, want anders zit er een “zwart gat” in het nieuwe WAO-universum. Zowel de WAO als de voorgestelde beroepsrisicoverzekering bieden in veel gevallen immers veel minder vergoeding dan thans art. 7:658 BW biedt. Het kabinet kiest daarom voor afschaffing van art. 7:658, om te voorkomen dat een explosieve toename in het aantal claims van werknemers met arbeidsgerelateerd letsel, of zelfs een heuse “claimcultuur” zal volgen.

Aan de SER is advies gevraagd over dit plan. De SER (ontwerpadvies febr. 2004) is niet onder de indruk van het argument dat van het voortbestaan van art. 7:658 BW kort gezegd een aanzuigende werking zal uitgaan. Zeker als het kabinet netjes het WAO-plan van de SER overneemt, zullen werknemers met arbeidsgerelateerd letsel veel minder behoefte aan een civiele actie hebben, aldus de SER. De SER adviseert dus om het SER-plan te implementeren en overigens voorlopig maar even niets te doen met art. 7:658 BW, in afwachting van verdere ontwikkelingen.

Het SER-advies is een gemiste kans. Allereerst bestaat het risico dat het kabinet de WAO-plannen van de SER niet volgt. Dan kan het vervolgens ook zonder veel moeite om het advies heen wat betreft de beroepsrisicoverzekering. Verstandiger was het geweest als de SER met meer nadruk de regering had uitgedaagd om zich concreter uit te laten over het “claimcultuur”-spook en de vermeende misstanden die met handhaving van art. 7:658 BW zouden ontstaan. Want het is op zich een aannemelijke stelling dat de behoefte om tot claimen over gaan met invoering van de nieuwe WAO zal toenemen. Maar er zijn wel vaker plausibele stellingen over “claimcultuur” ingenomen, totdat het recente WODC rapport “Claims bij de rechtbank” uitwees dat er eigenlijk helemaal niet vaker werd geclaimd, alleen dat *de hoogte* van de claims toenam. En voor arbeidsgerelateerde schade is eenzelfde scenario denkbaar zijn: als de nieuwe WAO wordt ingevoerd, vallen er hoogstwaarschijnlijk niet meer mensen van een steiger dan nu. Maar ze zullen wel hogere schadebedragen lijden en dus hogere vergoedingen claimen.

En is dat erg? Rechtvaardigt die toename het afschaffen van art. 7:658 BW? Komt verzekeraarbaarheid in het gedrang? En zo ja, is dat dan erg? In het kabinetsstandpunt ontbreken deze vragen. Er is veel mis met art. 7:658 BW – het is een grillig systeem, gefundeerd op het heiligverklaarde beginsel van *volledige* vergoeding, een systeem dat door advocaten wordt gecultiveerd, dat botst met de Poortwachter-filosofie en dat aan daadwerkelijk herstel en reïntegratie weinig bijdraagt – maar over al die punten spreekt het kabinet niet. Het gaat alleen in op kort gezegd de dreigende *onverzekeraarbaarheid*. Maar als we er nuchter naar kijken: arbeidsongevallen vormen tot op heden geen werkelijk verzekeraarbaarheidsprobleem, omdat ze goed calculeerbaar zijn. Problematischer zijn beroepsziekten, omdat ze soms een long-tail karakter hebben, soms niet of moeilijk bewijsbare aandoeningen betreffen (denk aan burnout) en als paddestoelen uit de grond kunnen schieten (denk aan RSI). Het long-tail karakter lijkt beheersbaar te zijn gemaakt met de *claims made*-clausule in AVB polissen. De andere problemen zijn reëel en vragen in elk geval om synchronisatie van het ziekte- of letselbegrip in aansprakelijkheidsrecht met andere compensatiestelsels. Pleitbaar is dat ziekten die niet onder de nieuwe WAO gedekt zijn, evenmin onder art. 7:658 BW zouden moeten vallen.

Daarmee is lang niet alles opgelost. En ik vraag me ook af of dat werkelijk nodig is. Over wiens probleem hebben we het eigenlijk? Dat van AVB-verzekeraars? Zij maken allang geen winst meer op AVB's, alleen maar verlies. Klagen daarover mag natuurlijk, maar bij mijn weten is nog nooit ook maar een begin van bewijs aangebracht dat dit verlies wordt veroorzaakt door het aansprakelijkheidsrecht. De weinige cijfers die van verzekeraarszijde naar buiten komen, wijzen er op dat tegenover de stijgende schadelast een dalende schadefrequentie staat: er wordt dus niet vaker geclaimd, maar hogere bedragen. Is het niet de *core business* van verzekeraars om het verloop van die bedragen te voorspellen? Slechte bedrijfsresultaten worden dus misschien wel (mede) veroorzaakt door andere oorzaken, zoals hoge technische voorzieningen, lage rentebaten, slecht acceptatiebeleid, gebrek aan goede premiecalculatie, prijzenoorlogen, en vergelijkbare bedrijfsrisico's. Ligt het werkelijk voor de hand dat werknemers de gevolgen van die bedrijfsrisico's moeten dragen?

Feitelijke onverzekeraarbaarheid wordt mogelijk in de hand gewerkt door de globalisering van de (her)verzekeringmarkt: het gebruik van aansprakelijkheidsrecht bij arbeidsongevallen en beroepsziekten is vrij ongebruikelijk in andere landen. Het *risque professionnel* is in veel landen met een vorm van verplichte first party oplossingen of sociale zekerheid afgedekt, en daarbij is werkgeversaansprakelijkheid uitgesloten. Geen wonder dat internationale herverzekeraars weinig interesse tonen voor dat exotische aansprakelijkheidsrisico uit dat kleine kikkerlandje. Maar nogmaals: moet de werknemer daarvoor inleveren?

Sceptisch had de SER kunnen zijn over de opmerking van het kabinet dat een beroepsrisicoverzekering een “integrale aanpak” oplevert “met duidelijke belangen voor zowel werkgever als verzekeraar om aan preventie en schadebeheersing te doen”. Dat geeft te denken; blijkbaar voelden AVB-verzekeraars tot op heden dat duidelijke belang om tot preventie en schadebeheersing te stimuleren niet.

Want zij hebben in het verleden beroerd gescoord als het ging om preventie van beroepsziekten en arbeidsongevallen. Had het kabinet niet ten minste kunnen worden gevraagd welke waarborgen er zijn dat beroepsrisicoverzekeraars dat belang wél onderkennen?

En mijn inschatting is dat verbetering van die preventie zeker op één belangrijk punt in het geheel niet gewaarborgd is. Onder 7:658 BW zijn nieuwe beroepsrisico's

‘gedekt’, in de zin dat de ongeschreven zorgplicht ook ziet op onderzoek naar de risico’s van de stoffen die de werkgever in zijn onderneming gebruikt. Als de voorgenomen regeling daarvoor een gesloten systeem van lijsten van beroepsziekten in de plaats stelt, dan krijgen werknemers die zijn blootgesteld aan nieuwe risico’s zoals mesothelioom in de jaren zestig was nooit enige vergoeding. Ik zeg niet dat het redelijk is om voor die gevallen aansprakelijkheid aan te nemen, maar bedacht moet wel worden wat het effect is van lijsten. Die zijn bedoeld om verzekerbaarheid te stimuleren, zullen dus geen terugwerkende kracht krijgen, en leiden uiteindelijk tot de vraag: willen we werknemers met aandoeningen vergelijkbaar met mesothelioom elke vergoeding onthouden? En zo nee, wat is dan de toegevoegde waarde van een first party verzekering?

Tenslotte had de SER zich kunnen afvragen of het voorstel van het kabinet een kritische kosten/baten-analyse kan doorstaan. Zijn beroepsziekten en arbeidsongevallen werkelijk zo talrijk, dat zij de vaste uitvoeringslasten van een beoordelingsinstituut, klachteninstituut, toezicht op de verzekeringsplicht, een waarborgfonds, en een instituut van beroepsziekten-lijstenmakers rechtvaardigen? Vast wel, maar heeft iemand het rekensommetje al eens gemaakt, en dat afgezet tegen de kosten en baten van verdere stroomlijning van het thans gangbare letselschadeproces door normering, preprocesuele gedragsregels, aansluiting bij de Poortwachter-filosofie en dergelijke initiatieven meer?

Het kabinet heeft het probleem niet diepgaand geanalyseerd, maar stelt wel rigoureuze maatregelen voor die werknemers zwaar zullen treffen. De SER laat na om het kabinet werkelijk van repliek te dienen, en keurt het plan slechts af. Het laat de lezer achter met de vraag: waarom moet de werkgeversaansprakelijkheid er aan geloven?

Willem van Boom.