

De gevolgen van Poortwachter voor de civiele letselschadepraktijk

– van *restitutio in integrum* naar effectief reïntegreren?

Prof. mr. W.H. van Boom¹

in: S.D. Lindenberg et al. (red.), *Schade: vergoeden of beperken?* (LSA-bundel 15), Den Haag: Sdu 2004, p. 21-42

1 Inleiding

De arbeidsrechtelijke jurisprudentie en ook het overheidsbeleid van de laatste jaren is in toenemende mate gericht op reïntegratie van arbeidsongeschikten, en steeds minder op het behoud van hun financiële status *ex ante quo*. Van regeringszijde is hoog ingezet. Mensen worden namelijk, aldus het kabinet Balkenende II, te snel afgeschreven. De vraag wat mensen nog wel kunnen, in plaats van wat zij niet meer kunnen, moet centraal komen te staan, zo heet het.² Niet langer, aldus de Regering, dient het aantonen van arbeidsongeschiktheid centraal te staan, maar het proces moet er zoveel mogelijk op gericht zijn om de arbeidsgeschiktheid te bevorderen.³ Bovendien heeft de Minister van Justitie, vanuit een andere invalshoek, zich voorgenomen om de preprocesuele schadeafwikkeling in het letselschaderecht kritisch onder de loep te nemen.⁴

Wat betekenen deze ontwikkelingen voor de civiele letselschadepraktijk? Als we deze ontwikkelingen afzetten tegen die praktijk, die gebaseerd is op aansprakelijkheidsrecht en de beginselen van afdeling 6.1.10 BW, dan kunnen we stellen dat de letselschadepraktijk waarschijnlijk een aantal veranderingen te wachten staat. Want het overheidsbeleid botst met een aantal fundamentele uitgangspunten van de civiel-

1. Hoogleraar privaatrecht, Centrum voor Aansprakelijkheidsrecht, Universiteit van Tilburg. De tekst is een bewerking van een voordracht, gehouden op 30 januari 2004 voor het derde lustrum van de Vereniging Letselschade Advocaten (LSA). De tekst werd afgesloten op 8 maart 2004, met latere ontwikkelingen werd geen rekening gehouden. Dank aan C.J.M. van Doorn voor onderzoeksassistentie en aan de leden van het Centrum voor Aansprakelijkheidsrecht die mij van commentaar voorzagen.
2. Hoofdpunten van het regeringsbeleid voor 2004. Vgl. Kamerstukken II 2003/04, 28 333, nr. 2, p. 1.
3. Kamerstukken II 2003/04, 29 231, nr. 3 (Wet Verlenging Loondoorbetalingsverplichting bij Ziekte), p. 4.
4. 'Het aansprakelijkheidsrecht dient ingericht te zijn als een set regels die erop gericht is geschillen op te lossen, en minder als een voorportaal van een gerechtelijke procedure', aldus de Minister van Justitie, brief Aanh. Hand. II 2003/04, nr. 583.

rechtelijke letselschadepraktijk, zoals het uitgangspunt dat de financiële gevolgen van letselschade integraal moeten worden vergoed (en dan nog vaak bij wijze van som ineens), dat elke medisch erkend ziektebeeld een letselschade kan opleveren en dat aan de medewerking van het slachtoffer aan zijn herstel geen al te hoge eisen mogen worden gesteld. In deze bijdrage wordt gepoogd in kaart te brengen wat de gevolgen zijn van het recente overheidsbeleid voor de letselschadepraktijk.

2 Schets van het civiele letselschaderecht

In de civielrechtelijke letselschadepraktijk draait het voornamelijk om verkeersongevallen, veroorzaakt door de schuld van een mede­weggebruiker of wegbeheerder en om arbeidsongevallen en beroepsziekten veroorzaakt door onvoldoende veiligheidszorg van de werkgever.⁵ De betrokken partijen zijn de benadeelde en de aansprakelijke, maar vooral ook hun verzekeringsmaatschappij: schade- en aansprakelijkheidsverzekeraar. De inzet van het aansprakelijkheidsproces is geld: vergoeding voor inkomensachteruitgang en verlies van arbeidscapaciteit, vergoeding voor onverzekerde hulpmiddelen, voor thuishulp, voor aanpassingen, en vergoeding voor verloren gegane levensvreugde. Voor de berekening van de verschuldigde bedragen kennen noch het BW noch de civiele rechtspraak standaardberekeningen, tabellen, vaste tarieven of enige andere concrete normering. Begrippen als 'redelijke uitgaven', naar 'billijkheid vast te stellen' bedragen, en 'omstandigheden van het geval' voeren de boventoon. Op deelvlakken is buiten de wettekst om een zekere uniformering ontstaan, bijvoorbeeld door de bekende ANWB-Smartengeldgids.

Het aansprakelijkheidsproces kent in essentie drie of vier beslis­punten: de vraag of er aansprakelijkheid is, de vraag of er causaal verband is, bepaling van de omvang van de schade en eventueel de vraag of (en hoeveel) het slachtoffer eigen schuld heeft aan zijn schade. Bij deze beslis­punten zijn een aantal beginselmatige regels uit het BW en de civiele rechtspraak van belang.

Allereerst is er de regel dat als er aansprakelijkheid is, het slachtoffer in beginsel recht heeft op een *volledige* schadevergoeding. Het slachtoffer dient zoveel als mogelijk in *financieel* opzicht te worden gebracht in de situatie zoals die bestond voor het ongeval c.q. zoals die ontstaan zou zijn zonder het ongeval.⁶ Dat vergt een vergelijking van de

5 Voor cijfers zie W.C.T. Weterings, Vergoeding van letselschade en transactie­kosten, Deventer: Tjeenk Willink 1999.

6 Asser-Hartkamp I, nr. 415 e.v.; S.D. Lindenberg, Mon. Nieuw BW B-34, nr. 6. Vgl. J.F.M. Hennekam en W.S. de Vries, TVP 2001/3, p. 81 e.v., die dit beginsel koppelen aan de reikwijdte van de reïntegratie-inspanningen.

ontstane situatie met de hypothetische situatie zoals die zonder ongeval zou zijn geweest. Zo zal in het geval dat volledige arbeidsongeschiktheid ontstaat, vanaf het moment van het ongeval het inkomen zoals het slachtoffer dat zou hebben verdiend tot het moment van pensioen moeten worden vergoed. Dit leidt voor wat betreft de toekomst die nooit is geweest, tot berekening van een waarschijnlijke inkomensontwikkeling, met verdiscontering van goede en kwade kansen (zoals ondergemiddelde gezondheid of bovengemiddelde capaciteiten die tot hoge carrièrevlucht zouden hebben geleid). In de praktijk komen partijen bij schikking vaak tot betaling van een bedrag ineens, dat het slachtoffer ter beschikking wordt gesteld om bijvoorbeeld een lijfrente mee af te sluiten.⁷ Zowel slachtoffers als aansprakelijkheidsverzekeraars lijken deze som ineens te prefereren boven periodieke betalingen. Een *clean break* dus.

In de tweede plaats is er de regel dat men het slachtoffer moet nemen zoals het is. De aansprakelijke is ook gehouden tot schadevergoeding voor letsel dat door de specifieke (persoonlijke) eigenschappen van het slachtoffer ernstiger, langer durend of anderszins kostbaarder uitpakt dan op voorhand te voorzien was.⁸ Ook uitzonderlijke psychische reacties op het ongeval dienen als letsel te worden gekwalificeerd, en geven dus recht op vergoeding. Persoonlijke kenmerken, dus ook *coping styles* in het omgaan met het ongeval, komen niet voor rekening van het slachtoffer maar voor rekening van de aansprakelijke. Slechts als het slachtoffer 'van zijn kant zich – mede in aanmerking genomen zijn persoonlijkheidsstructuur en zijn privé-moeilijkheden – onvoldoende inspant om een bijdrage te leveren aan het herstelproces', wordt hem verzaking van zijn schadebeperkingsplicht verweten.⁹ Dat is een – naar algemeen wordt aangenomen – zeer coulante maatstaf.

In de derde plaats is er de open categorie van 'schade': alle letsel kan ook schade zijn, zolang men door middel van verklaringen van medische deskundigen het bestaan van de schade aan de persoon en het causaal verband met de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis maar kan aantonen c.q. aannemelijk maken. Er bestaan dus geen beperkingen in de vorm van lijsten met ziekten en aandoeningen of vereisten zoals

7 Zie art. 6:105 BW.

8 Asser-Hartkamp I, nr. Vgl. over predispositie losbl. Schadevergoeding, art. 98 (Boonekamp), aant. 46. Zie ook T. Hartlief, 'Causaliteit. Over de grenzen aan de toerekening bij letselschade.', in: Bijzonder Letsel (LSA bundel nr. 6), Lelystad: Vermande 1995, p. 27 e.v., T. Hartlief, TVP 2000/2, p. 29, en m.b.t. werkgeversaansprakelijkheid T. Hartlief, NTBR 2002/1, p. 4.

9 Bijv. HR 8 februari 1985, NJ 1986, 137 (Renteneurose); zie nader A.L.M. Keirse, TVP 2002/3, p. 69 e.v.

'medisch objectieveerbare' aandoeningen.¹⁰ Als zich na een verkeersongeval *whiplash* voordoet, een aandoening die door de medische wetenschap in essentie niet kan worden aangetoond anders dan door af te gaan op het klachtenpatroon, is dat – indien de medische deskundige verklaart dat sprake is van een *whiplash* – gewoon letsel.

Naast deze drie juridische uitgangspunten van aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht, is er de praktische uitwerking.¹¹ Voordat partijen het eens zijn geworden over de schade, causaal verband, en eventueel eigen schuld,¹² is vaak al langdurig gecorrespondeerd of geprocedeerd.¹³ Daarbij kunnen onuitsproken verdenkingen een vertragende rol spelen; zo zijn bijvoorbeeld vage gezondheidsklachten of psychische klachten na het ongeval steevast grond voor dispuut: van de zijde van de aansprakelijkheidsverzekeraar wordt gedacht aan querulantie (die *whiplash* kan immers ook gespeeld zijn), van de zijde van het slachtoffer ontstaan onlustgevoelens omdat hij niet erkend wordt in zijn klachten. Ook zal de professionalisering van de juridische hulpverlening aan de zijde van slachtoffers ongetwijfeld hebben bijgedragen aan verlenging van de duur van het onderhandelingsproces: een slachtoffer dat deskundig weerwoord voert, laat zich minder snel overtuigen.

Kenmerkend voor de praktijk van de preprocesuele fase van het letselschadeproces is dat deze fase geen wettelijke termijnen kent waarbinnen partijen tot overeenstemming moeten komen of hun definitieve standpunt kenbaar moeten hebben gemaakt. Het gevolg daarvan kan zijn dat belangenbehartiger en WA-verzekeraar over en weer tot in lengte van dagen aansporings- en dreigbrieven sturen, zonder dat het proces inhoudelijk voortschrijdt. Alleen het uitbrengen van een dagvaarding kan het proces dan weer termijngestuurd maken, maar dat is blijkbaar geen wenkend perspectief. Er wordt namelijk relatief weinig geprocedeerd;¹⁴ blijkbaar kost procederen nog meer tijd en geld dan verder onderhandelen.

10 Voor het aannemen van causaal verband tussen een ongeval en een ziektebeeld is niet vereist dat de medische wetenschap een verklaring voor (het causaal verband met) de ziekte kan geven. Zie HR 8 juni 2001, NJ 2001, 433 (Zwolsche/De Greef).

11 Zie daarover m.n. ook W.C.T. Weterings, *Efficiëntere en effectievere afwikkeling van letselschadeclaims*, diss. Tilburg 2004.

12 De omvang van eventuele eigen schuld is veelal een kwestie van onderhandelen binnen grote bandbreedtes, tenzij de zogenaamde 50- en 100-procents regels (in verkeerszaken tussen gemotoriseerden en fietsers/voetgangers) van toepassing zijn.

13 Vgl. over e.e.a. J.B.M. Vranken en W.C.T. Weterings, *TVP 2000*, p. 54 e.v.

14 Weterings 1999.

Wel moet worden vermeld dat in de laatste jaren meer aandacht uitgaat naar de sturing op termijnen in de buitengerechtelijke afwikkeling.¹⁵ In reactie hierop heeft de verzekeringsbranche voor wat betreft de afwikkeling van verkeersongevallen ten behoeve van verkeersslachtoffers daadwerkelijk een zekere termijnstelling in het proces ingebouwd.¹⁶ Het Nationaal Platform Personenschade heeft ook (andere) termijnen ontwikkeld voor de buitengerechtelijke afwikkeling tussen partijen van de schuldvraag en de schadeafwikkeling.¹⁷ Of deze initiatieven werkelijk van de grond komen, zal nog moeten blijken.

Dat onderhandelen over schadevergoeding zo lang kan duren, lijkt mede verklaard te kunnen worden uit het feit dat geen van beide partijen sterke prikkels ontvangen om het proces snel te doorlopen.¹⁸ Voor de WA-verzekeraar, *repeat player* en professioneel 'uitroker', is eigenlijk de enige sanctie op niet-voortvarend afwickelen het moeten betalen van wettelijke rente. Die rente is laag, want gebaseerd op het bedrag dat de crediteur jaarlijks aan marktrente kwijt zou zijn om een vervangende

- 15 Zie bijv. I.N. Tzankova en W.C.T. Weterings, Preprocessuele afwikkeling van personenschadeclaims. Een rechtsvergelijkende studie naar de mogelijkheden tot structurering van het proces van buitengerechtelijke afwikkeling van personenschadeclaims aan de hand van procedurele normen en andere instrumenten, Den Haag: BJU 2003, p. 71 e.v., met verdere verwijzingen.
- 16 Bedrijfsregeling nr. 15 van de afdeling motorrijtuigen van het Verbond van Verzekeraars (gedragsregels voor WAM-verzekeraars bij de behandeling van personenschade in het verkeer). In 2003 werd deze termijn min of meer wettelijk vastgelegd in art. 52 lid 5 Wet Toezicht Verzekeringsbedrijf 1993 ('De verzekeraar van degene die de schade heeft veroorzaakt of zijn schaderegeelaar geeft binnen drie maanden na de datum waarop een benadeelde zijn verzoek tot schadevergoeding heeft ingediend: a. een met redenen omkleed voorstel tot schadevergoeding indien de aansprakelijkheid niet wordt betwist en de omvang van de schade is vastgesteld; of b. een met redenen omkleed antwoord op alle punten van het verzoek tot schadevergoeding indien de aansprakelijkheid wordt betwist of de omvang van de schade nog niet volledig is vastgesteld. Op dit lid is artikel 119 van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek van toepassing.') Overigens is dit lid gebaseerd op de vierde WAM-richtlijn (art. 4 lid 6), en zou de termijn van drie maanden dus veeleer passend moeten worden geacht voor internationale verkeersongevallen dan voor nationale ongevallen: voor die ongevallen lijkt mij daarom een kortere termijn passender.
- 17 Normen Snelheid Schaderegelingstraject voor verkeersslachtoffers; zie www.npp.nl.
- 18 Ook de genoemde zelfregulering kent geen sancties; voor verzekeraars kan niet-naleving van de Bedrijfsregeling als het schaden van de goede naam van de branche worden gezien. Zie Asser-Clausing-Wansink nr. 69 en de verschillende uitspraken van Raad van Toezicht Verzekeringen, te vinden op www.klachteninstituut.nl, uitspraken Raad van Toezicht (trefwoord 'bedrijfsregeling').

hoeveelheid geld van elders te betrekken.¹⁹ De wettelijke rente is een gefixeerde schadevergoeding, dus het slachtoffer kan geen vergoeding vorderen voor bijkomende schade die hij eventueel lijdt door al dan niet bewust uitstelgedrag. Het moge duidelijk zijn dat dit geen sterke *incentive* oplevert voor de WA-verzekeraar om snel tot afwikkeling over te gaan, en het is dan ook zonder meer wrang om te constateren dat het BW die *incentive* wel lijkt te kennen bij te laat betalen van handelsschulden (art. 6:119a BW): het rentepercentage daar is een veelvoud van hetgeen bij letselschade moet worden betaald.

Ook het slachtoffer wordt nauwelijks geprikkeld om zich coöperatief op te stellen. Weliswaar is het slachtoffer aan de ene kant in de regel de zwakkere partij, omdat hij bij conflictsituaties geen vergoeding uitbetaald krijgt, maar zijn schadevergoeding wordt aan de andere kant niet *minder* door passiviteit of recalcitrant onderhandelen. Er staan met andere woorden geen financiële sancties op ongewenst onderhandelingsgedrag. Daar komt bij dat richtinggevende rechtspraak over hoe ver de schadebeperkingsplicht van het letselschadeslachtoffer gaat, met een kaarsje te zoeken is.²⁰ Is hij bijvoorbeeld in het geval van gedeeltelijke arbeidsongeschiktheid slechts gehouden tot het aanvaarden van hetzelfde werk dat hij al deed (maar in omvang minder), of dient hij actief bij te dragen aan zijn reïntegratie door algemeen geaccepteerd werk te zoeken? En zo ja, wat is dat dan voor werk? Het civiele recht bekommert zich tot op heden nauwelijks om dit type vragen, al was het maar omdat het bij vergoeding van de *schade* veeleer aankomt op het stellen van een arbeidsongeschiktheidspercentage gebaseerd op functionele vermogens, om daar vervolgens een geldbedrag aan te koppelen.

Wat ook ontbreekt in het letselschaderecht, is de mogelijkheid van partijen om elkaar *snel* bij te sturen op verkeerd gedrag. Als de WA-verzekeraar op de beurs blijft zitten, kan het vorderen van een voorschot op de schadevergoeding in een voorlopige voorzieningsprocedure alleen succesvol zijn als de schuld- en causaliteitsvraag niet worden betwist, en zelfs dan is het geen gelopen race. En is het slachtoffer bijvoorbeeld weinig meegaand om bijvoorbeeld medische onderzoeken te ondergaan of inzage in zijn dossier toe te staan, dan is het de civiele rechter die daar – kort gezegd – in het gunstigste geval drie jaar later in de bodemprocedure de consequenties aan verbindt die hij ‘passend’ acht. Dat kan zijn een afwijzing van de vordering, maar het hoeft niet. Van een onverwijfde bijsturing is dan geen sprake, terwijl dat voor het herstel van de gekwetste waarschijnlijk wel beter is.

19 Parl. Gesch. Boek 6, p. 473. Vgl. J.M. Barendrecht, H.M. Storm e.a., Berekening van schadevergoeding, Zwolle: Tjeenk Willink 1995, p. 307.

20 Zie nader A.L.M. Keirse, Schadebeperkingsplicht: over eigen schuld aan de omvang van de schade, diss. Groningen 2003.

3 Poortwachter

Waar het civiele schadeafwikkelingsproces is gebaseerd op in het BW verankerde – en door civilisten tot geloofsartikel verheven – *beginselen*, lijkt juist de arbeidsrechtelijke rechtspraak en recente arbeidsrechtelijke wetgeving te worden gekenmerkt door *doelgerichtheid*. Waar de wetgever bijvoorbeeld sinds enige tijd het doel van effectieve reïntegratie van gedeeltelijk arbeidsongeschikten heeft geformuleerd, zoekt zij effectieve instrumenten bij deze doelen, evalueert na verloop van tijd het effect en stelt zonodig vervolgens de middelen bij. Dat is een veel dynamischer proces – waarvan in sommige opzichten met recht kan worden gezegd dat het té dynamisch is geworden om goed de effectiviteit van ingevoerde regelgeving te kunnen meten – dan het statische civiele schadevergoedingsrecht bieden kan. Bovendien lijken de eisen die buiten het civiele schadevergoedingsrecht aan de betrokken partijen worden gesteld, hoger te zijn.

In de arbeidsrechtelijke rechtspraak van de Hoge Raad staat al langere tijd centraal dat werknemer en werkgever zich zoveel als mogelijk moeten aanpassen aan de gewijzigde omstandigheden en dat zij zich coöperatief moeten opstellen. In beginsel heeft de werknemer er bij wijze van reïntegratiemaatregel recht op om de bedongen arbeid gedeeltelijk uit te voeren of om passende arbeid aangeboden te krijgen. Alleen als de werkgever kan aantonen dat aanpassing van zijn organisatie aan de gedeeltelijke arbeidsongeschiktheid in redelijkheid niet kan worden gevergd, heeft de werknemer geen recht op voortzetting van de arbeidsverhouding. De werknemer op zijn beurt moet genoegen nemen met achteruitgang in loon als dit past bij de aangepaste arbeid.²¹

Deze rechtspraak, die in de praktijk overigens voornamelijk diende tot het veiligstellen van loonvorderingen en niet primair aan een daadwerkelijke reïntegratie dienstbaar werd gemaakt, lijkt met de inwerkingtreding van de Wet Verbetering Poortwachter (WVP; 1 april 2002) op

21 Zie over e.e.a..m.n. HR 3 februari 1978, NJ 1978, 248 (Roovers / De Toekomst), HR 8 november 1985, NJ 1986, 309 (Van Haaren / Cehave NV), HR 26 oktober 2001, JAR 2001, 238 (Bons / Ranzijn), HR 28 april 2000, JAR 2000, 120 (Guitoneau / Midnet Taxi), HR 17 januari 2003, AV&S 2003/3, p. 99 (Stal/UWV). Het gegeven dat de arbeidsongeschiktheid is veroorzaakt door de werkzaamheden, maakt dat van de werkgever meer inspanningen gevegd mogen worden, aldus HR 13 december 1991, NJ 1992, 441 (Goldsteen/VOF Roeland). Voor een overzicht van de rechtspraak zie bijv. V. Diselkoen, *Arbeidsrecht* 2003/8-9, p. 30 e.v.

een hoger plan te zijn gebracht.²² De relevantie van die wet is met de inwerkingtreding van de Wet Verlenging Loondoorbetalingsverplichting bij Ziekte (WVLBZ; 1 januari 2004)²³ verder toegenomen en zal met de invoering van de nieuwe WAO ongetwijfeld nog belangrijker worden.

Waar komt het (huidige) wettelijke stelsel op neer? Doel is het zo snel mogelijk omzetten van duurzaam benutbare mogelijkheden van gedeeltelijk arbeidsongeschikten in loon, ook al is dat niet door de uitoefening van de oorspronkelijke bedongen arbeid. 'Het uitgangspunt hierbij is dat reïntegratie de primaire verantwoordelijkheid is van werkgever en werknemer', aldus de regering.²⁴ Die verantwoordelijkheid vertaalt zich in loonlasten en wederkerige reïntegratieverplichtingen.

De werkgever is gedurende de eerste twee ziektejaren gehouden tot doorbetaling van 70 procent van het maximum dagloon, ongeacht de oorzaak van de ziekte of het letsel.²⁵ De Arbo-dienst waar de werkgever bij is aangesloten, stelt vast of sprake is van 'ziekte'.²⁶ Bovendien stelt de Arbo-dienst uiterlijk zes weken na de ziekmelding (hier: het ongeval) vast of inderdaad sprake is van een dreigend langdurig verzuim, en als daarvan sprake is, zijn werkgever en werknemer verplicht om binnen twee weken een zogenaamd plan van aanpak op te stellen, waarin afspraken worden gemaakt over concrete reïntegratie-doelen, de middelen waarmee die doelen bereikt moeten worden en wie welke handelingen ter uitvoering van de afspraken moet verrichten.²⁷ Het plan van aanpak kan achterwege blijven indien op voorhand zonneklaar is dat geen duurzaam benutbare mogelijkheden resteren en algehele arbeidsongeschiktheid is ingetreden.²⁸

22 Wet van 29 november 2001, Stb. 2001, 628 (i.w.tr. 1 april 2002). Voor een overzicht zie bijv. A. Pinkster, TVP 2002/2, p. 52 e.v., G.C. Boot, Arbeidsrecht 2002/1, p. 8 e.v., P.C. Vas Nunes, H.J. Funke, Arbeidsrecht 2002/6-7, p. 50 e.v./p. 59 e.v., W.L. Roozendaal, SMA 2002/5, p. 308 e.v., B. Barentsen, SMA 2003/10, p. 451 e.v. Vgl. ook I.P. Asscher-Vonk e.a., De zieke werknemer, Deventer: Kluwer, 3e druk 2003, J.A.M. Winnubst e.a. (red.), Poortwachter voor manager en professional, Maarssen: Elsevier gezondheidszorg 2002, en de bijdragen aan: Passende Arbeid - Psychische Arbeidsongeschiktheid: visies op twee cruciale begrippen uit de wet Verbetering Poortwachter, Amsterdam: RPMS 2003.

23 Wet van 19 december 2003, Stb. 2003, 555.

24 Kamerstukken II 2003/04, 29 231, nr. 3 (WVLBZ), p. 1.

25 Art. 7:629 BW. Veel CAO's bepalen dat de werkgever in het eerste ziektejaar tot 100% van het werkelijke loon doorbetaalt. Zie Arbobalans 2001, p. 20.

26 Art. 14 Arbeidsomstandighedenwet jo. art. 71a WAO jo. art. 2 Regeling procesgang eerste ziektejaar.

27 Art. 7:658a BW en art. 71a-WAO. E.e.a. is vastgelegd in de Regeling Procesgang eerste ziektejaar (Stcrt. 2002, 60).

28 Vgl. Stcrt. 2002,60, p. 11 en Stcrt. 2002, 236, p. 15.

Het opstellen van het plan van aanpak, de uitvoering daarvan, het evalueren van het verloop en het eventueel bijstellen van het plan, vergt een coöperatieve houding van werknemer en werkgever. Om die te stimuleren wordt werkgevers voorgesteld dat zij een zogenaamde *case manager* in hun organisatie moeten aanstellen om de verantwoordelijkheid van de werkgever ook een 'gezicht' te geven.²⁹ Dit idee spreekt aan, want voor het herstel en de reïntegratie van de werknemer zal het niet bevorderlijk zijn als in de organisatie van de werkgever steeds een andere persoon het aanspreekpunt blijkt te zijn.

De werkgever wordt voor het overige in financiële zin geprikkeld tot samenwerking: hij draagt gedurende twee jaren de last van loondoorbetaling bij ziekte,³⁰ en heeft er in die zin dus belang bij dat de werknemer snel weer zijn loonwaarde 'opbrengt'.³¹ Bovendien wordt na afloop van die twee jaar door het UWV getoetst of de werkgever wel uiterste reïntegratie-inspanningen heeft geleverd en of hij de werknemer onmiddellijk heeft aangesproken indien deze niet voldoende inspanningen toonde.³² Valt deze toetsing negatief uit voor de werkgever, dan wordt de loondoorbetalingsplicht bij wijze van sanctie verlengd (tot maximaal een jaar extra) en dient de werkgever na ommekomst van de verlengingsperiode opnieuw aan te tonen dat hij alles in het werk heeft gesteld om reïntegratie te bewerkstelligen.

Van de werknemer wordt gevergd dat hij meewerkt aan zijn herstel, zich daartoe onder doktersbehandeling stelt en aan medisch onderzoek onderwerpt, en zich flexibel opstelt als het gaat om aanvaarding van andere dan de bedongen arbeid.³³ Hij dient zonnodig genoeg te nemen met aanpassing van zijn werkzaamheden en uiteindelijk ook van zijn arbeidscontract aan de veranderde omstandigheden. De werknemer zal dus ook een eventuele inkomensachteruitgang voor lief moeten nemen.³⁴ Een zwak punt van de wetgeving is echter dat het in het geheel geen

29 Zie art. 4 lid 2 sub c. Regeling Procesgang eerste ziektejaar (Stcrt. 2002, 60).

30 Ook bij aanvaarding van passend werk blijft het oorspronkelijke contract bestaan, met loondoorbetalingsplicht (in het eerste jaar 70% van het loon met als bodem het minimumloon, in het tweede jaar zonder bodem): Zie art. 7:629 lid 12 BW. Vgl. Kamerstukken II, 2003/04, 29 231, nr. 3, p. 36-37, nr. 6, p. 5-6, p. 41.

31 Kamerstukken II, 29 231, nr. 3, p. 8.

32 Art. 34a WAO resp. art. 4 lid 2. Beleidsregels Verlenging Loondoorbetaling Poortwachter, Stcrt. 2003, 54.

33 Art. 7: 629 jo. 7:660a BW.

34 Waarbij zij aange tekend dat de aanvaarding van passende arbeid niet al in de eerste twee ziektejaren ertoe kan leiden dat de werkgever minder loon betaalt dan de wettelijke minima van art. 7:629 BW. Zie Kamerstukken II, 29 231, nr. 3, p. 21.

richtlijnen geeft over de vraag wat passende arbeid is en hoe ver het inkomen daarbij achteruit mag gaan.³⁵ Die onduidelijkheid geeft voeding aan een mogelijk conflict tussen werkgever en werknemer over de inzetbaarheid van de werknemer.³⁶

De financiële prikkels die de werknemer ontvangt; zijn zeer direct: de werkgever dient de loondoorbetaling op te schorten zodra de werknemer niet ziek blijkt te zijn, niet coöperatief is bij het herstel, of zijn afspraken uit het plan van aanpak niet nakomt.³⁷ De medewerkingsplicht van de werknemer is dus zeer direct gesanctioneerd, en kan zelfs tot ontslag tijdens ziekte leiden.³⁸ Bij eventuele conflicten tussen werkgever en werknemer zal dus direct en zonder rechterlijke tussenkomst het loonopschortingsinstrument ingezet worden (althans daarmee worden bedreigd). De werknemer staat wat dit betreft op achterstand: hij is voor rechtsbescherming aangewezen op een civiele voorlopige voorziening.³⁹

Een alternatief voor civielrechtelijke rechtsbescherming biedt het informele 'deskundigenoordeel'.⁴⁰ Dit is een door het Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen (UWV; voorheen LISV) op verzoek van werkgever of werknemer gegeven *second opinion* over de vraag of de werknemer daadwerkelijk ziek is, of er passende arbeid is geboden, danwel of er door de werkgever voldoende reïntegratie-inspanningen zijn verricht. Het 'deskundigenoordeel' is in juridische zin geen volwaardige rechtsbescherming: het is geen appelabel besluit en het bindt uiteindelijk noch werkgever en werknemer, noch UWV, noch de civiele rechter.⁴¹ Wel moet – bij wijze van procesdrempel – een civiele rechtsvordering gepaard gaan met een deskundigenoordeel.⁴²

35 Zie nader F.C. Boel, Arbeidsrecht 2002/5, p. 19 e.v.

36 Wel kan dit conflict beheersbaar blijven door aan het UWV een zogenaamd deskundigenoordeel te vragen of de geboden arbeid passend is. Niettemin kan worden betwijfeld of het UWV veel zin zal hebben in het beslechten van een conflict over de vraag of het geboden salaris bij de passende arbeid ook passend is.

37 Zie noot 32.

38 Art. 7:660a BW jo. 7:670jo. 7:670b BW jo. art. 6 BBA jo. art. 5 Ontslagbesluit.

39 Voorbeeld daarvan biedt Rb. Zutphen (sector kanton) 1 mei 2003, zaaknr. 181208 vv 03-6, waarin de gevraagde voorlopige voorziening tot loondoorbetaling werd afgewezen omdat 'van een reële en daadwerkelijke bereidverklaring van [werknemer] vooralsnog onvoldoende gebleken is.'

40 Art. 30 Wet SUWI.

41 Wel tracht het UWV waarborgen in te bouwen om eenheid in de oordelen te bevorderen; zie Beleidsregels Verlenging Loondoorbetaling Poortwachter, Stcrt. 2003, 54.

42 Zie art. 7:658a jo. 658b BW.

Er valt dus wel iets af te dingen op het deskundigenoordeel, maar de grote kracht lijkt in elk geval te zijn dat het op korte termijn sturing kan geven aan het herstelproces: het oordeel moet binnen twee weken afgeleverd worden. Daarmee geeft het partijen snel duidelijkheid over hoe hun gezamenlijk geschil opgelost moet worden, want met dat oordeel zullen zij in de regel praktisch gesproken aan de slag moeten, ook al is het juridisch niet beslissend.⁴³

4 : Verschillen tussen Poortwachter en het letselschaderecht

Wat sterk is aan Poortwachter, is het doel van reïntegreren. Om het wat zwart/wit te stellen: schadevergoeding maakt niet gelukkig, werk wel.⁴⁴ Een ander sterk punt is dat het werknemer en werkgever gezamenlijk verantwoordelijk maakt en dat het – althans op papier – een redelijk doorzichtig proces is. Ook zou men kunnen zeggen dat het feit dat de loondoorbetalingsplicht van de werkgever zonder meer is gegeven, een sterk punt oplevert. Discussies over de schuldvraag zoals bij aansprakelijkheid spelen, komen bij de wettelijke loondoorbetalingsplicht niet voor: de werkgever is vrijwel altijd tot loondoorbetaling gehouden. Dat levert natuurlijk tijdwinst op in vergelijking met het systeem van aansprakelijkheidsrecht.

Wat zwak is aan Poortwachter, is de vaagheid over essentiële elementen als 'ziekte' en 'passende arbeid'. Wat in het Poortwachter-perspectief naar mijn mening ook te weinig uit de verf komt, is dat werkgever en werknemer de bekende vluchtwegen als 'situationele arbeidsongeschiktheid' (lees: arbeidsconflicten) en gerechtelijke ontbindingsprocedures met formele tegenspraak niet langer mogen bewandelen. Ook ontbreken richtlijnen voor beantwoording van belangrijke vragen zoals hoe ver de inkomensachteruitgang mag gaan en in welke zin een werkgever een afweging mag maken van de kosten van reïntegratie tegenover de te verwachten baten in de zin van toename van arbeidsproductiviteit van de gereïntegreerde werknemer.

Maar laten we eerlijk zijn: het letselschaderecht scoort wat dit betreft niet veel beter dan Poortwachter. Uit afdeling 6.1.10 BW volgt weliswaar dat de gekwetste en de aansprakelijke beiden gehouden zijn om de

43 Kamerstukken II, 29 231, nr. 3, p. 17.

44 Onderzoek wijst in elk geval uit dat mensen zonder werk nogal eens ongelukkiger zijn dan mensen met werk, zelfs gecorrigeerd voor het gelukseffect van inkomen. Groot e.a., SEO Rapport nr. 677, p. 20-21.

ontstane schade te beperken,⁴⁵ maar welke maatregelen in dat verband exact van partijen mogen worden verwacht, is weinig helder. Er is in elk geval weinig richtinggevende rechtspraak als het gaat om de grenzen van schadebeperking bij letsel. Bovendien is kenmerkend van de civiele schadeafwikkeling dat het een 'papieren proces' is waarbij termijnsturing als gezegd goeddeels ontbreekt, dat het achter de feitelijke herstel- en reïntegratiepogingen aanhobbelt, en dat het niet stimuleert dat de aansprakelijke en zijn WA-verzekeraar zich verantwoordelijk voelen voor snel herstel. De facto komt het er op neer dat de aansprakelijke en zijn WA-verzekeraar wachten tot een factuur wordt ingediend en dan bekijken of zij binnen de regels van afd. 6.1.10 tot betaling moeten overgaan.

Daarnaast stuurt het civiele schadevergoedingsrecht door het beginsel van *restitutio in integrum* aan op volledige vergoeding van inkomensschade, terwijl in de Poortwachter-benadering de werknemer ook een deel van zijn inkomen inlevert – zeker in het tweede ziektejaar – om juist ook hem te prikkelen tot reïntegratie. De prikkel tot reïntegratie is in het civiele schadevergoedingsrecht ook om een andere reden ver te zoeken: de *predispositieleer* maakt dat de exorbitante reactie van de gekwetste op het letsel of zijn ondergemiddelde inzet bij het herstelproces in veel gevallen voor risico van de aansprakelijke komt (tenzij persoonlijkheidsstructuur en privé-moeilijkheden voor de gekwetste geen excuus kunnen opleveren om zich onvoldoende in te spannen). Het zou mij niet verbazen als deze *coulance* niet gekozen wordt in de Poortwachter-benadering, bijvoorbeeld omdat uiteindelijk niet de civiele rechter maar het UWV oordeelt over de inspanningen van de betrokken partijen.

Daar komt bij dat een belangrijk verschil is gelegen in de sancties op traag of non-coöperatief gedrag. Deze sancties zijn in het schadeafwikkelingsproces zeer indirect of hebben nauwelijks serieuze financiële consequenties. Of de gekwetste zich redelijk opstelt als hij een bepaald

45 Op papier klinkt het zo mooi: 'Wanneer iemand ten gevolge van een gebeurtenis waarvoor een ander aansprakelijk is ernstig letsel oploopt, waarvan het herstel niet alleen ziekenhuisopname en medische ingrepen vergt, maar ook intensieve en langdurige verpleging en verzorging thuis, is de aansprakelijke van de aanvang af verplicht de gekwetste in staat te stellen zich van die noodzakelijke verpleging en verzorging te voorzien' (HR 28 mei 1999, NJ 1999, 564 (Johanna Kruidhof), of ook: '...dat indien zowel de aansprakelijke persoon als degene die schade heeft geleden, in staat is de schade te beperken, de verplichting daartoe in de eerste plaats op de aansprakelijke persoon rust.' HR 28 september 2001, NJ 2001, 650 (Fabriek van Diastatische Producten/Leiden), r.ov. 3.5, idem HR 9 augustus 2002, C00/346, niet gepubliceerd, r.ov. 3.4.7. In de praktijk staan aansprakelijken en hun WA-verzekeraars natuurlijk niet naast het bed van de gekwetste om de wonden te verzorgen of om thuis-hulp te regelen.

arbeidsaanbod van de werkgever weigert, komt in een civiele zaak vaak pas bij het eindvonnis in eerste aanleg – een aantal jaren na het ongeval! – écht vast te staan. Of de WA-verzekeraar terecht enige weken na het ongeval het voorschot weigerde, komt ook pas na enige jaren onomstotelijk vast te staan en leidt dan tot toekenning van het betreffende bedrag en een wettelijke rente van vier procent per jaar. Dat lijkt niet mij geen aansporing tot het snel oplossen van conflicten.

5 Wat zijn de gevolgen van Poortwachter voor de civiele schadeafwikkeling?

Het is duidelijk dat de beginselen en de praktijk van het civiele letselschaderecht botsen met de beleidsdoelen van Poortwachter. Volledige vergoeding, ruim causaal verband, weinig of vage normering van de schadebeperkingsplicht, de praktijk van ‘papieren dossiers’ zonder *case management* of sturing op termijnen: het lijkt allemaal moeilijk te rijmen met de Poortwachter-filosofie. Wat zijn de gevolgen van die botsing? Het is nog vroeg om daarover harde uitspraken te doen, want op cruciale punten is Poortwachter nog niet uitgekristalliseerd. Pas als echt blijkt dat Poortwachter aanmerkelijk strenger of duidelijker is dan het civiele letselschaderecht, kan worden beoordeeld welke actie daarop ondernomen moet worden. Die actie zou naar mijn mening vooral op innerlijke consistentie van het burgerlijk recht en de realisatie van de Poortwachterdoelen gericht moeten zijn, waarbij steeds de vraag centraal staat of de Poortwachter-filosofie doorkruist wordt door het letselschaderecht. Is dat het geval, dan moeten wetgever of rechter ernstig overwegen om die doorkruising weg te nemen.

Met het oog daarop bekijk ik hierna welke mogelijke knelpunten signaleerd kunnen worden en hoe deze opgelost zouden kunnen worden.⁴⁶ Allereerst komt de werkgeversaansprakelijkheid van art. 7:658 BW aan de orde, en daarna de verhouding van werkgever en werknemer in het geval een derde aansprakelijk is voor het ongeval. Tenslotte zal ik trachten te inventariseren welke gevolgen voor het schadeafwikkelingsproces en de verschillende spelers daarbij in het verschiep liggen.

5.1 Werkgeversaansprakelijkheid en Poortwachter

Op het vlak van werkgeversaansprakelijkheid (art. 7:658 BW) in haar verhouding tot de nieuwe WAO zijn al de nodige ontwikkelingen gaande. Het kabinetsstandpunt naar aanleiding van de WAO-plannen is

46 Zie ook al S. Klosse, AV&S 2003/1, p. 25 e.v. en W.H. van Boom, AV&S 2003/1, p. 33 e.v.

bekend: volgens het kabinet moet art. 7:658 BW en de gegroeide praktijk van volledige aansprakelijkheid van werkgevers die tekortschieten in de veiligheidszorg voor hun werknemers, plaatsmaken voor een directe verzekering voor arbeidsgerelateerde schade waarin het laatst genoten loon als maatstaf voor de schadevergoeding centraal staat. De kracht van die verzekering zou gelegen zijn in genormeerde schadebedragen en vaste categorieën van aandoeningen en schades die voor vergoeding in aanmerking zouden komen.⁴⁷ Dat is dan ook direct de zwakte: het vergoedingsniveau kan vele malen lager uitpakken dan met het aansprakelijkheidssysteem van art. 7:658 BW.

In afwijking van het regeringsstandpunt adviseert de SER om vooral nog geen wijzigingen aan te brengen in het thans bestaande aansprakelijkheidsregime.⁴⁸ Onduidelijk is nu nog hoe het kabinet zal reageren, maar zelfs als de regering dit advies overneemt en aan het aansprakelijkheidsrecht als zodanig niets verandert, is het onwaarschijnlijk dat het aansprakelijkheidsproces in de eerste twee ziektejaren van werknemers die slachtoffer worden van een beroepsziekte of arbeidsongeval ongewijzigd kan blijven.

Als van een gekwetste werknemer niet op voorhand vaststaat dat hij volledig arbeidsongeschikt is en niet te reïntegreren valt, moeten werknemer en werkgever samenwerken 'om het beste er van te maken'. Dat betekent allereerst dat werkgever en werknemer praktisch gezien niet kunnen overgaan tot vergoeding van verlies van arbeidscapaciteit bij wijze van som ineens, zolang het tweejarige reïntegratiepad nog niet is doorlopen. Pas aan het einde van dat pad wordt namelijk getoetst of hun inspanningen voldoende waren, en vaak ook hoe groot het percentage arbeidsongeschiktheid is.⁴⁹ Een vroege *clean break* is dus onder invloed van Poortwachter minder waarschijnlijk.

In de tweede plaats is het de vraag of de Poortwachter-filosofie ook betekenis toekomt voor de doorbetaling van het loon gedurende de eerste twee ziektejaren. Het lijkt mij in strijd te zijn met doel en strekking van Poortwachter om doorbetaling van de loonsuppletie niet ook afhankelijk te stellen van de inspanningen die van de werknemer verwacht mogen

47 Over deze plannen en wat er aan voorafging, zie bijv. de bijdragen van S. Klosse, M. Faure en T. Hartlief, aan: M. Faure en T. Hartlief (red.), *Schade door arbeidsongevallen en nieuwe beroepsziekten*, Den Haag 2001, en de bijdrage van W. Rauws aan T. Hartlief en S. Klosse (red.), *Einde van het aansprakelijkheidsrecht?*, Den Haag 2003.

48 SER-advies 'Verdere uitwerking Wao-Beleid – reactie op enkele kabinetsvoornemens', 20 februari 2004 (te vinden op: www.ser.nl), hoofdstuk 5, p. 85 e.v.

49 Hoewel het a.o.-percentage dat in het kader van de WAO-keuring wordt vastgesteld, niet bindend is in het civiele schadevergoedingsproces, wordt het wel vaak als leidraad gehanteerd.

worden. Een voorbeeld: een aansprakelijke werkgever is op grond van art. 7:629 BW verplicht tot loondoorbetaling van 70 procent van het loon, en de resterende 30 procent dient hij uit hoofde van art. 7:658 jo. 6:96 BW te vergoeden. Weigert de werknemer mee te werken aan een medisch traject, dan mag (moet) de werknemer de wettelijke loondoorbetaling van 70 procent opschorten.⁵⁰ Kan de werkgever ook opschorten voor het resterende deel van 30 procent, dat hij niet uit hoofde van de wettelijke loondoorbetalingsplicht betaalt, maar uit hoofde van zijn aansprakelijkheid? Afdeling 6.1.10 BW bepaalt hierover niets met zoveel woorden,⁵¹ maar het lijkt mij moeilijk verdedigbaar dat hier geen consistente oplossing zou gelden.

In de derde plaats is er de verhouding tussen de medewerkingsplicht van de werknemer en de ruime toerekeningsleer van art. 6:98 BW, die bij aansprakelijkheid voor arbeidsongevallen en beroepsziekten geldt. Die ruime toerekening lijkt te coulant, neemt de werknemer te zeer in bescherming, en prikkelt niet tot reïntegratie. Als Poortwachter aanmerkelijk strengere eisen blijkt te stellen, zijn ten minste twee verschillende scenario's denkbaar. Allereerst is denkbaar dat de civiele rechter beide stelsels gewoon naast elkaar laat voortbestaan, zodat werknemers die zich niet optimaal inspanssen voor hun herstel, de inkomensschade die zij niet volgens Poortwachter vergoed krijgen gewoon met afdeling 6.1.10 BW claimen. In de tweede plaats is denkbaar dat de civiele rechter de algemene normen van art. 6:98 en ook art. 6:101 BW al spoedig aankleedt op een wijze die in lijn is met Poortwachter. Dat tweede scenario lijkt mij aannemelijker dan het eerste, en eigenlijk ook juist. Het eerste scenario voedt namelijk mogelijk de neiging om zich aan de strengere verplichtingen van Poortwachter te onttrekken. Dat kan vooral belangrijk blijken te zijn bij die gevallen waarin er na de eerste twee ziektejaren geen WAO volgt, bijvoorbeeld indien de nieuwe WAO geen dekking biedt voor aandoeningen als *burnout*. Wanneer er in een concreet geval werkgeversaansprakelijkheid voor *burnout* bestaat, dan komt ook ongedekte inkomensschade voor vergoeding in aanmerking. En als reïntegratiepogingen dan niet tot resultaat leiden, is de gekwetste na ommekomst van de loondoorbetalingsperiode niet van een WAO-uitkering verzekerd, maar wel van volledige inkomenssuppletie door het aansprakelijkheidsrecht. Welke gedragseffecten dit teweeg kan brengen, is niet eenvoudig te bepalen, maar gezien de Poortwachter-filosofie lijkt het niet wenselijk om werknemers met *burnout* volledig te compenseren

50 Art. 7:629 lid 3 BW; lid 7 bepaalt kort gezegd dat als de werkgever niet 'onverwijld' zijn bedenkingen uit, hij het recht om het loon op te schorten verliest.

51 Vgl. noot 54.

zonder strenge eisen te stellen aan hun herstellelingen. Ook in dit opzicht is dus wenselijk dat aan de schadebeperkingsplicht eisen worden gesteld die convergeren met de Poortwachter-benadering. Bovendien zou de wetgever kunnen overwegen om – als er zich in de praktijk werkelijk een groot probleem blijkt voor te doen – het schadebegrip bij art. 7:658 BW gelijk te trekken met het dekkingsbegrip van de WAO.

5.2 De aansprakelijkheid van de derde en Poortwachter

Wat betreft de situatie waarin een derde aansprakelijk is voor het letsel van een werknemer, lijkt mij dat Poortwachter ertoe zal leiden dat de regie over het reïntegratieproces geheel in handen van de werkgever c.q. diens ziekteverzuimverzekeraar⁵² en de werknemer is en dat hierdoor de aansprakelijke en zijn verzekeraar in een (nog) lijdelijker rol geduwd worden dan zij al hadden.⁵³ Die lijdelijkheid zal er waarschijnlijk ook in resulteren dat de aansprakelijke en zijn verzekeraar ook geen verantwoordelijkheid kunnen en willen nemen voor hetgeen zoal fout kan gaan in het reïntegratieproces. Ik kan me dat heel goed voorstellen, maar het is de vraag of het geldende recht die verantwoordelijkheid niet toch ook op de derde legt. De leerstukken van de toerekening naar redelijkheid en hoofdelijke aansprakelijkheid leiden er in het civiele schadevergoedingsrecht toe dat eventuele fouten van de werkgever bij het herstelproces geen afbreuk kunnen doen aan het ruime causaal verband tussen het door de derde veroorzaakte ongeval en de schade van de werknemer. De derde zou dus – volgens de hoofdregel – hoofdelijk aansprakelijk blijven voor de geleden schade (art. 6:102 BW), en hij moet zijn heil maar zoeken in een regresactie op de werkgever. De vraag is of dat ook hier wenselijk is: moet het de werknemer toegestaan zijn om de schade die het gevolg is van tekortschieten van de werkgever in zijn reïntegratieplicht te verhalen op de derde? Ik heb daar twijfels over, omdat het een moge-

52 Dat die regiefunctie bestaat en mogelijk nog wordt versterkt, volgt bijv. uit het project Sociale zekerheid en zorg (Kamerstukken II, 2003/04, 25 253, nr. 4).

53 Vgl. J.L.M. Misana, in: Schijn en werkelijkheid van arbeidsreïntegratie, Alphen aan den Rijn: Samsom 1998, p. 28-29, die enerzijds stelt de aansprakelijkheidsverzekeraar niet alleen de taak heeft om onherstelbare schade te vergoeden, maar ook om bij te dragen in de kosten van reïntegratie, maar anderzijds laat doorschemeren dat het eigenlijk de werkgever en het slachtoffer als werknemer zijn die daarbij het voortouw moesten nemen. Terecht vraagt Misana zich af of alle kosten – bijvoorbeeld ook reïntegratiekosten die vanuit kosten-batenperspectief niet zinvol zijn – bij de WA-verzekeraar geclaimd zouden moeten worden. Richtlijnen hiervoor – anders dan de dubbele redelijkheidstoets van art. 6:96 BW – ontbreken.

lijkheid zou kunnen zijn voor werkgever en werknemer: om aan het Poortwachter-regime te ontsnappen en de gevolgen van hun verminderde inspanning af te wentelen op de derde. De financiële gevolgen van fouten bij het reïntegratieproces moeten bij de partijen worden gelegd die voor dat proces verantwoording dragen: werkgever, werknemer en UWV. Zolang de derde niet kan interveniëren in het Poortwachter-proces, zou hij ook niet moeten worden opgezadeld met de gevolgen van fouten in het reïntegratieproces.

Bij een geslaagd reïntegratieproces plukt de derde-aansprakelijke de vruchten van het werk van anderen. De derde zal de afloop van dit proces willen en ook moeten afwachten voordat bijvoorbeeld vergoeding van het verlies van toekomstige verdiencapaciteit zal plaatsvinden. In de eerste twee jaren na het ongeval, zal de derde geneigd zijn om het reïntegratieproces in één opzicht op de voet te volgen: als de werkgever overgaat tot opschorting van de loondoorbetaling wegens onvoldoende inspanning door de werknemer, zal de derde dit ook willen doen. Is het hem toegestaan om eventuele periodieke suppleties van zijn kant op te schorten? Ik zou menen van wel, hoewel een wettelijke grondslag moeilijk is aan te wijzen.⁵⁴ Het lijkt niettemin consistent met de Poortwachterlijn om een dergelijke opschorting toe te staan.

Bovendien zal Poortwachter leiden tot een intensivering van de aandacht voor de rechtsverhouding tussen werkgever en de aansprakelijke derde. En die rechtsverhouding dreigt naar mijn overtuiging heel erg scheef te groeien. De wetgever heeft in 1996, ter gelegenheid van de invoering van de WULBZ en de 'afschaffing' van de Ziektewet, een regresrecht voor de werkgever in het leven geroepen dat alleen verhaal op de aansprakelijke derde geeft voor het *nettoloon* (art. 6:107a BW).⁵⁵ Belastingen en sociale werkgeverslasten zijn inmiddels niet meer één maar twee jaar lang niet verhaalbaar. Maar wanneer er regres op de derde wordt genomen, zal deze zich wel in toenemende mate verweren tegen het regres door in twijfel te trekken dat de werkgever (danwel de werknemer) alles in het werk heeft gesteld om de werknemer weer aan

54 Overigens is een wettelijke grondslag voor een dergelijke opschorting niet in Boek 6 BW te vinden (art. 6:101 BW geeft immers slechts de mogelijkheid van reductie van het schadebedrag en niet van opschorting), tenzij men de niet-riakoming van de verplichtingen van de gekwetste uit Poortwachter als tekortkoming tegenover de aansprakelijke kan kwalificeren (hetgeen niet eenvoudig is) of als een omstandigheid die crediteursverzuim van de gekwetste oplevert (art. 6:58 BW). Dat verzuim heeft gevolgen die wellicht op opschorting kunnen gelijken; zie art. 6:60 en 6:61 BW.

55 Zie HR 24 oktober 2003, C 01/312; alsmede HR 13 februari 2004, C02/225, n.g.

de slag te krijgen.⁵⁶ Werkgever en werknemer zullen allicht steken hebben laten vallen in het reïntegratieproces, die munitie opleveren voor de derde. Is het dan juist dat de werkgever op zijn beurt met één hand op de rug gebonden blijft en slechts het nettoloon mag vorderen van de derde? Ik meen dat uit een oogpunt van rechtvaardige allocatie van de kosten van veroorzaking van letsel aan de werkgever een *bruto*-regres zou moeten worden toegekend. De invoering van de nieuwe WAO biedt hiertoe een goed moment.

Ook zou duidelijkheid moeten worden gegeven over de mogelijkheid van verhaal van bijkomende kosten van reïntegratie. De behoefte aan het verhaal van die kosten zal ongetwijfeld toenemen, maar of de werkgever de facturen voor ergonomie, Arbo-aanpassingen, trainingen, cursussen, *en masse* naar de aansprakelijke kan doorsturen, is mede afhankelijk van de vraag of de gekwetste zélf deze kosten in redelijkheid als schadebeperkingsmaatregel had mogen maken en of de werkgever wel een beroep heeft op art. 6:107 BW.⁵⁷ Het is dus nog niet geheel zeker of de werkgever regres kan nemen voor deze kosten,⁵⁸ maar voor mij staat vast dat hoe meer werkgevers moeten investeren in hun arbeidsongeschikte werknemers, des te meer het aansprakelijkheidsrecht hier zal moeten fungeren als alternatief reïntegratiebudget. Ruim baan dus voor art. 6:107 BW?

5.3 De overige spelers en hun rollen

Het is waarschijnlijk dat WA-verzekeraars in de praktijk een toenemend *volgende* rol in het feitelijke herstel- en reïntegratieproces zullen spelen en niet als leidende *case manager* ten behoeve van het daadwerkelijke herstel en de reïntegratie van de gekwetste optreden.⁵⁹ WA-verzekeraars zullen het met name als hun taak zien om te bezien welke *kosten* op grond van afd. 6.1:10 vergoed moeten worden aan de gekwetste, regres-

56 Denk aan het verweer: 'uw organisatie kan passende arbeid bieden en zodoende de loondoorbetaling bij ziekte beëindigen althans de omvang van de ziekte beperken'. Dat verweer lijkt zeker niet kansloos, want de loondoorbetalingsplicht van art. 7:629 betreft namelijk alleen het arbeidsongeschiktheidsdeel (vgl. Kamerstukken II, 2003/04, 29 231, nr. 6, p. 6) en dat geldt dus ook voor het regres van art. 6:107a BW.

57 Vgl. E.F.D. Engelhard, Regres, diss. Maastricht 2003, p. 142.

58 In bevestigende zin losbl. Schadevergoeding, art. 107, aant. 49 (Bolt), met verdere verwijzingen naar literatuur (die evenwel dateert van voor de inwerkingtreding van art. 6:107a BW, dat een zekere restrictieve interpretatie voor lijkt te staan waar het te verhalen kosten betreft).

59 Optimistischer lijken J.F.M. Hennekam en W.S. de Vries, TVP 2001/3, p. 81 e.v. te zijn.

zoekende werkgevers en eventuele derden. Een feitelijke rol van case manager hebben WA-verzekeraars nooit gehad en die zullen ze met Poortwachter ook nooit krijgen.⁶⁰ Veel zal dus afhangen van ziekteverzuimverzekeraars: indien zij de prikkels die de wetgever heeft ingebouwd in het Poortwachter-proces geheel wegnemen – bijvoorbeeld door niet op structurele wijze aan te sporen tot opschorting als de werknemer niet meewerkt, of door geen actief ziekteverzuimbeleid bij de werkgever te implementeren – of op het negatieve schadeverloop slechts te reageren met algehele premieverhoging, kan Poortwachter niet optimaal bijdragen aan verwezenlijking van de geformuleerde beleidsdoelen. Het getuigt van veel politiek vertrouwen in de private verzekeringsbranche dat in de wetgeving in het geheel geen randvoorwaarden zijn geformuleerd voor de vormgeving van ziekteverzuim-verzekeringen,⁶¹ en afgewacht moet worden of deze verzekeraars de hoge verwachtingen kunnen waarmaken. De ervaringen die met preventie door ziekteverzuimverzekeraars is opgedaan na invoering van de WULBZ, stemt wat dat betreft toch niet zonder meer optimistisch.⁶² Een ziekteverzuimverzekeraar die écht aan preventie en reïntegratie meewerkt, durft dan toch zeker ook wel dekking te verlenen voor eventuele verlenging van de loondoorbetalingsplicht als gevolg van weigering door het UWV aan de poort?⁶³

Wat betreft de letselschade-advocatuur, die lijkt onder invloed van Poortwachter aan de vooravond te staan van een proces van conversie.

- 60 Dit de plechtige belofte in de Gedragscode Verzekeraars ('Omdat voorkomen beter is dan genezen, zetten wij in samenwerking met anderen onze kennis en middelen in ter bevordering van een goede schadepreventie.') ten spijt.
- 61 Kamerstukken II, 2003/04, 29 231, nr. 6 stelt slechts dat ziekteverzuimverzekeraars 'een sterk toegenomen belang bij preventie en reïntegratie' hebben nu zij voor twee jaren dekking verlenen.
- 62 Zie J.J.M. Besseling e.a., Van TAV tot REA: bedrijfsbeleid en verzuim, TNO rapport 1999, p. 6, p. 63. Dit onderzoek gaf aan dat het verzuimpercentage bij bedrijven die zich verkeerden tegen de WULBZ-kosten, hoger lag dan bij bedrijven die zelf het risico droegen. Vgl. ook Arbobalans 2001, p. 20, waarin wordt gesteld dat ziekteverzuimverzekeraars op de toenemende schadelast reageren met polisaanscherpingen, overloopdekking (stop loss) en premieverhoging. Of die maatregelen afdoende preventieve prikkels voor werkgevers opleveren, is niet duidelijk. Zie ook Kamerstukken II, 2003/04, 29 231, nr. 6, p. 29, waar wordt gemeld: 'Tussen werkgevers met en zonder een ziekengeldverzekering is geen markant verschil in gedragsreacties geconstateerd.'
- 63 Ik weet niet of die er zijn. Verzekeraars betrachten weinig transparantie wat dit polisvoorwaarden betreft, zodat vergelijken ondoenlijk is. De weinige polisvoorwaarden voor ziekteverzuimverzekeringen die ik aantrof op www.polisvoorwaardenonline.nl (maart 2004) dateerden van voor inwerking-treding van de WVLBZ en gaven een maximale dekking voor de eerste 52 weken van ziekte.

Het is de vraag of zij een rol bij het reïntegratieproces kunnen en willen spelen, of dat die rol veeleer door arbeidsrechtelijk georiënteerde rechtshulpverleners zal worden ingenomen. Niet ondenkbaar is dat onder invloed van Poortwachter een verdere tweedeling zal ontstaan tussen juridisch geschoolde case-managers die werken aan herstel en 'processualisten' die werken aan vergoeding. En die laatste categorie belangenbehartigers zal de komende tijd ongetwijfeld nog het nodige aan verandering meemaken. Immers, zo stelt de Minister van Justitie, 'het aansprakelijkheidsrecht dient ingericht te zijn als een set regels die erop gericht is geschillen op te lossen, en minder als een voorportaal van een gerechtelijke procedure'. Als dat serieus is gemeend, zullen voor letselschade in de toekomst bijzondere afwikkelingsregels moeten worden ontwikkeld naast het algemene kader van afdeling 6.1.10 BW.⁶⁴ En zelfs dan is een rol bij de financiële afwikkeling na ommeekomst van de twee reïntegratiejaren, duidelijk geen rol in de voorhoede. Het deel van de markt waar letselschadeadvocaten dan nog wel 'direct aan de slag' kunnen, is dat van personen die op slag blijvend volledig arbeidsongeschikt geraakt zijn en geen duurzaam benutbare mogelijkheden meer hebben, en dat van personen die geen werkgever hebben: kinderen, bejaarden, zelfstandigen en werklozen.

6 Conclusies?

Het is nog vroeg om al definitieve conclusies te kunnen trekken, maar het lijkt mij waarschijnlijk dat Poortwachter op termijn tot wijzigingen in het civiele letselschaderecht en de afwikkelingspraktijk zal leiden. Vooral het domein van werkgeversaansprakelijkheid en het domein van afdeling 6.1.10 BW zullen onder invloed van Poortwachter zeer waarschijnlijk veranderingen ondergaan. Die mogelijke veranderingen betreffen met name het beginsel dat de gekwetste recht heeft op volledige vergoeding, de regel dat het slachtoffer moet worden genomen zoals hij is, en de op financiële vergoeding in plaats van op daadwerkelijk herstel en reïntegratie gerichte praktijk. Bovendien acht ik het waarschijnlijk dat de reikwijdte van de schadebeperkingsplichten die uit hoofde van afd. 6.1.10 BW op benadeelde en aansprakelijke rusten, geleidelijk aan meer op Poortwachter-leest geschoeid zal worden. Dat alles maakt de financiële bescherming van het reïntegrerende letselschadeslachtoffer er misschien niet altijd beter op, maar wel *duidelijker*, en dat lijkt wél in overeenstemming met de Poortwachter-filosofie te zijn.

64 In deze zin de aanbevelingen van Tzankova en Weterings 2003. Vgl. ook de alternatieven die Vranken en Weterings, p. 57 e.v., schetsen.

Het is weinig waarschijnlijk dat de wetgever tot wijziging van afdeling 6.1.10 BW zal overgaan, dus ligt het voor de hand dat in de rechtspraak zal worden overgegaan tot een concretere invulling van de bestaande wettelijke open normen, zodanig dat convergentie met de Poortwachter-instrumenten ontstaat. Op termijn zou de wetgever moeten overwegen om het letselschaderecht te specificeren in lagere regelgeving (afdeling 6.1.10 BW zou dan een delegatiebepaling moeten bevatten), al was het maar omdat de algemene normen in Boek 6 van ons Burgerlijk Wetboek in vergelijking met Poortwachter te weinig sturing lijken te geven aan het proces van herstel en reïntegratie. Ook ligt het voor de hand dat bij het ontvouwen van de nieuwe WAO-plannen in het komende voorjaar de aandacht uitgaat naar de verhouding tussen Poortwachter en WAO enerzijds en het civiele letselschaderecht anderzijds, nu de WAO-plannen en de verdere versoering van het sociale zekerheidsstelsel de behoefte aan het gebruik van het aansprakelijkheidsrecht als compensatiestelsel zal doen toenemen. En dan zal ook de behoefte om de uitgangspunten van dat stelsel, gehouden tegen het licht van Poortwachter, ter discussie te stellen. Idealiter wordt een concrete regeling getroffen om de rol van de aansprakelijke partij en zijn verzekeraar bij het reïntegratieproces helder te maken.