

# De reikwijdte van het regresrecht van de werkgever ex art. 6:107a BW

MR. W.W.Y. CHENG

Bij ziekte/arbeidsongeschiktheid van de werknemer dient de werkgever (een gedeelte van) het loon van de werknemer gedurende maximaal twee jaar door te betalen. Dit recht ontleent de werknemer aan art. 7:629 lid 1 BW, een individuele of collectieve arbeidsovereenkomst. In beginsel komen deze loonkosten voor rekening van de werkgever, behalve indien de arbeidsongeschiktheid van de werknemer is veroorzaakt door een derde. In zo'n geval heeft de werkgever krachtens het in 1996 ingevoerde art. 6:107a BW het recht zijn schade te verhalen op deze schadeveroorzakende derde. In dit artikel wordt de reikwijdte met betrekking tot de groep van aansprakelijke derden en de schadevergoedingsmogelijkheden van art. 6:107a BW in kaart gebracht, mede aan de hand van (recente) jurisprudentie.

## Regresrecht ex art. 6:107a BW

Art. 6:107a lid 1 BW houdt in dat de rechter verplicht is er bij de vaststelling van de schadevergoeding, die de schadeveroorzakende aansprakelijke derde aan de arbeidsongeschikte werknemer moet betalen, rekening mee te houden dat de werknemer jegens zijn werkgever aanspraak kan maken op een loondoorbetalingsplicht aan art. 7:629 lid 1 BW, een individuele of collectieve arbeidsovereenkomst. Het loon dat de werkgever gedurende de arbeidsongeschiktheid van de werknemer dient door te betalen, komt in mindering op de civielrechtelijke verschuldigde schadevergoeding. Deze verplichte voordeelstoerekening is bedoeld te voorkomen dat de werknemer zowel van de werkgever als de aansprakelijke derde, met succes vergoeding van dezelfde schade zou kunnen vorderen.<sup>1</sup> De arbeidsongeschikte werknemer verliest dus zijn vordering tot schadevergoeding van loonschade jegens de aansprakelijke derde, indien en voor zover de werkgever verplicht is tot loondoorbetaling.<sup>2</sup>

Tegenover deze voordeelstoerekening staat het zelfstandige verhaalsrecht van de werkgever. Ingevolge art. 6:107a lid 2 BW kan de werkgever het aan de werknemer doorbetaalde loon verhalen op de civielrechtelijk aansprakelijke derde. Om dit regresrecht te hebben, moet de werkgever als gevolg van de arbeidsongeschiktheid van de werknemer wel financieel nadeel ondervinden.<sup>3</sup> Dit is bijvoorbeeld niet

het geval indien de werkgever voor de kosten van de arbeidsongeschiktheid van de werknemer(s) is verzekerd. In dat geval heeft niet de werkgever maar de verzekeraar het recht op regres van de schade. Het zelfstandige regresrecht van de werkgever brengt mee dat een eventueel door de aansprakelijke derde aan de werknemer zelf betaalde schadevergoeding wegens inkomstenderving niet kan worden tegengeworpen aan de werkgever. De werkgever kan het door hem doorbetaalde loon desondanks op de aansprakelijke derde verhalen. Dit neemt niet weg dat de basis van het regresrecht van de werkgever wel gelegen is in de aansprakelijkheid die er jegens de werknemer is.<sup>4</sup> De aansprakelijke derde kan de verweermiddelen, die hij ten opzichte van de werknemer kan invoeren, ook opwerpen bij zijn verweer tegen de vordering van de werkgever (zie bijv. lid 3), zoals eigen schuld ex art. 6:101 BW of een tussen werknemer en aansprakelijke derde overeengekomen exoneratiebeding.<sup>5</sup> Ook brengt art. 6:107a lid 2 BW met zich dat de vorderingen van de werknemer voorgaan op die van de werkgever. Het verhaalsbedrag van de werkgever wordt namelijk verminderd met een bedrag gelijk aan dat van de schadevergoeding tot betaling waarvan de aansprakelijke derde jegens de werknemer is gehouden.<sup>6</sup>

1 A.T. Bolt, *Groene Serie Schadevergoeding II* (losbl.), Deventer: Kluwer, art. 107a, aant. 4.

2 W.H. van Boom, 'Het verhaalsrecht van de werkgever ex art. 6:107a BW', *WPNR* 1995, 6206, p. 863-865.

3 A.T. Bolt, *Groene Serie Schadevergoeding II* (losbl.), Deventer: Kluwer, art.

107a, aant. 5.

4 A.T. Bolt, *Groene Serie Schadevergoeding II* (losbl.), Deventer: Kluwer, art. 107a, aant. 5.

5 T. Hartlief & G.E. van Maanen, 'Regresrecht voor werkgever ter zake van loondoorbetaling na letseltoebrenging door een derde', *SR* 1996, 5, p. 127; M. Keijzer-de Korver, 'Schade van de werkgever bij arbeidsongeschiktheid werknemer door toedoen van een ander', *TVP* 2006, 4, p. 118.

6 A.T. Bolt, *Groene Serie Schadevergoeding II* (losbl.), Deventer: Kluwer, art. 107a, aant. 6.1.

## Vereisten toewijzing regresvordering

Uit art. 6:107a BW volgt dat voor toewijzing van de regresvordering is vereist:

1. ziekte of arbeidsongeschiktheid van de werknemer;
2. een loondoorbetalingsplicht van de werkgever tijdens de ziekte;
3. aansprakelijkheid van de derde voor de gebeurtenis die leidde tot de ziekte.

In sommige gevallen kan de werkgever zich in een regresprocedure niet op dezelfde aansprakelijkheidsgrond als de werknemer beroepen.<sup>7</sup> Dit is een gevolg van art. 6:197 BW (tijdelijke regeling verhaalsrechten). Regresnemers kunnen op grond van deze bepaling geen beroep doen op de risicoaansprakelijkheden die vermeld staan in art. 6:197 BW. De reden hiervoor is dat de daarin vermelde risicoaansprakelijkheden in het nieuwe BW zijn geïntroduceerd om de slachtoffers te beschermen en niet de regresnemers. De regresnemers kunnen zich wel beroepen op de algemene grondslag van aansprakelijkheid ex art. 6:162 BW, op art. 6:170 BW (risicoaansprakelijkheid voor ondergeschikten), op art. 6:172 BW (risicoaansprakelijkheid voor vertegenwoordiger) en op art. 6:179 BW (risicoaansprakelijkheid voor bezitter van een dier). Veelal zal de werkgever in een regresprocedure zich moeten beroepen op art. 6:162 BW.

## Aansprakelijke derde

In beginsel kan de werkgever zijn schade verhalen op elke derde die aansprakelijk is voor de ziekte/arbeitsongeschiktheid van (één van) zijn werknemers. Art. 6:107a lid 4 BW maakt een uitzondering voor collega-werknemers. Het regresrecht van de werkgever geldt niet voor het geval dat de aansprakelijke persoon een collega is van de arbeidsongeschikte werknemer, behoudens in geval van diens opzet of bewuste roekeloosheid. Volgens de parlementaire geschiedenis wordt hiermee geprobeerd verstoring van de arbeidsrelatie te voorkomen. Bovendien brengt dagelijkse omgang op de werkplaats met werktuigen en gereedschappen met zich dat de werknemers niet alle noodzakelijke voorzichtigheid in acht nemen ter voorkoming van ongevallen. Het wordt redelijk geacht de daaruit voortvloeiende schade, die binnen dienstverband wordt opgelopen, voor rekening van de werkgever te laten.<sup>8</sup> Het is voor deze uitzonderingsgrond niet nodig dat het ongeval zich op de werkplek heeft afgespeeld of dat de gedraging van de collega verband dient te houden met de uitoefening van de werkzaamheden in de dienstbetrekking.<sup>9</sup> Om te kunnen spreken van een dienstverband is

ook niet nodig dat loonbetaling plaatsvindt ten tijde van het ongeval. Voor het aannemen van opzet of bewuste roekeloosheid worden daarentegen wel zware eisen gesteld.<sup>10</sup> Het is voor bewuste roekeloosheid nodig dat de collega zich van de ernst van de fouten bewust is geweest.<sup>11</sup> Het is niet nodig dat de collega uitging van de veronderstelling dat de schadelijke gevolgen van zijn fouten niet zouden intreden. Van opzet of bewuste roekeloosheid is evenmin sprake bij niet inachtneming van veiligheidsvoorschriften, zelfs niet als daarop een strafrechtelijke veroordeling volgt wegens schending van de Veiligheidswet 1934.<sup>12</sup>

## De arbeidsongeschikte werknemer verliest zijn vordering tot schadevergoeding van loonschade jegens de aansprakelijke derde, indien en voor zover de werkgever verplicht is tot loondoorbetaling

Hoewel het voor de hand ligt aan te nemen dat de wetgever andere werknemers van de dezelfde werkgever heeft beoogd, is dit naar de bewoordingen in de parlementaire geschiedenis daartoe niet beperkt.<sup>13</sup> Art. 6:107a lid 4 BW spreekt immers van 'een werknemer' en verbindt hieraan niet de voorwaarde dat het een werknemer bij 'dezelfde werkgever' moet zijn. Dit lijkt te betekenen dat regres ook niet mogelijk is indien een werknemer van een andere werkgever aansprakelijk is voor de arbeidsongeschiktheid van de werknemer, behoudens in geval van diens opzet of bewuste roekeloosheid. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn in de bouwsector, waarbij meerdere opdrachtnemers werken aan één project en een werknemer van de ene opdrachtnemer een arbeidsongeval veroorzaakt, waardoor een werknemer van een andere opdrachtnemer arbeidsongeschikt raakt. De werkgever van de arbeidsongeschikte werknemer kan in beginsel wel de werkgever van de schadeveroorzakende werknemer aanspreken voor de schade, maar dit zal in veel gevallen afhangen van de tussen hen geldende contractbepalingen en -voorwaarden.

Art. 6:107a lid 4 BW maakt zoals gezegd alleen een uitzondering voor collega-werknemers. Er kan worden afgevraagd of er een uitzondering dient te gelden voor andere vormen van relaties. In de volgende twee uitspraken van de Rechtbank Arnhem is de vraag aan de orde gekomen of een gezinsrelatie ook uitgezonderd dient te worden van werkgeversregres. In het tussenvonnis van 26 november 2003 ging het om het volgende.<sup>14</sup> De heer des huizes heeft zijn vrouw herhaaldelijk mishandeld, waardoor zij tijdelijk arbeidsongeschikt is geworden. De verzekeraar van de

7 I.P. Asscher-Vonk e.a., *De zieke werknemer*, Monografieën sociaal recht, Deventer: Kluwer 2007, p. 345.

8 *Kamerstukken II 1995/96*, 24 326, nr. 7 p. 10; A.T. Bolt, *Groene Serie Schadevergoeding II* (losbl.), Deventer: Kluwer, art. 107a, aant. 7.

9 HR 7 november 1975, *NJ 1976*, 332 (Zienufunds/Nationale Nederlanden); E.F.D. Engelhard, *Regres. Een onderzoek naar het regresrecht van particuliere en sociale schadedragers* (diss.), Deventer: Kluwer 2003, p. 360; Nadere MvA, *Kamerstukken I 2007/08*, D, p. 3.

10 In die zin voor art. 83c ZFW: HR 7 december 1990, *NJ 1991*, 596 (Zienufunds/De Vries).

11 Zie conclusie van A-G bij HR 7 november 1975, *NJ 1976*, 332 (Zienufunds/Nationale Nederlanden).

12 HR 7 november 1975, *NJ 1976*, 332 (Zienufunds/Nationale Nederlanden).

13 Zie Nota n.a.v. verslag, *Kamerstukken II 1995/96*, 24 326, nr. 7, p. 10.

14 Rb. Arnhem 26 november 2003, *NJF 2004*, 195 (Asforo/derde).

werkgever heeft voor de periode dat werknemster arbeidsongeschikt was het loon doorbetaald. De man is later strafrechtelijk veroordeeld wegens de mishandeling, maar desondanks woonde de vrouw nog steeds met hem samen. Ze zijn beide in therapie gegaan om de situatie te verbeteren. In de procedure vorderde de verzekeraar van de partner van de werknemster de kosten voor de loondoorbetaling op grond van art. 6:107a BW. De rechtbank was van oordeel dat:

‘indien en voorzover dat het geval was staat die omstandigheid (duurzame affectieve relatie, W.C.) naar het voorlopig oordeel van de rechtbank aan uitoefening van het verhaalsrecht in de weg omdat dit met terugwerkende kracht tot gevolg zou hebben dat E (werknemster, W.C.), als slachtoffer, mede de gevolgen van het regres zou dragen en zij in feite verstoken zou worden van het loon waarop zij tijdens arbeidsongeschiktheid jegens T (werkgever, W.C.) aanspraak kon maken (zie HR 26 juni 1987, NJ 1988, 536 en HR 25 januari 1991, NJ 1992, 706).’

### Het doel is te waarborgen dat de aansprakelijke derde per saldo niet voor meer wordt aangesproken dan waartoe hij verschuldigd zou zijn geweest aan de werknemer zelf

In het eindvonnis oordeelde de rechtbank als volgt: ‘Het is op zichzelf juist dat in de tekst van artikel 6:107a BW geen beperkingen op het regresrecht van de werkgever zijn te lezen. Dat is echter niet beslissend. Daarbij wordt in aanmerking genomen dat de vormgeving van artikel 6:107a BW niet anders is dan dat van gelijksoortige bepalingen in wettelijke regelingen omtrent loonvervangende uitkeringen waarvoor de Hoge Raad heeft beslist dat regres op gezinsleden niet mogelijk is. Aangenomen moet worden dat de voor die beslissing gebruikte redenering bij toepassing van artikel 6:107a BW niet anders is. Waarom dit niet voor de werkgever zou moeten gelden in de situatie waarin deze als gevolg van privatisering van voorheen collectieve voorzieningen in de plaats van uitkeringsinstaties treedt, valt niet in te zien. In elk geval gaat ook dan de redenering op dat regres er niet toe mag leiden dat het slachtoffer in feite wordt verstoken van zijn aanspraak op uitkering, in dit geval loondoorbetaling.’<sup>15</sup>

De Rechtbank Arnhem verwijst naar de arresten van de Hoge Raad waarin is geoordeeld dat ten aanzien van het verhaalsrecht in de WAO en Verhaalswet Ongevallen Ambtenaren regres niet is toegestaan op de aansprakelijke partner of echtgenoot.<sup>16</sup> De rechtbank is van oordeel dat dit tevens dient te gelden voor het regresrecht van de werkgever, omdat anders de arbeidsongeschikte werknemer in feite verstoken zou worden van het recht op loondoorbe-

taling bij ziekte. Mijns inziens heeft de Rechtbank Arnhem correct geoordeeld, omdat de basis van het regresrecht van de werkgever gelegen is in de aansprakelijkheid die er jegens de werknemer is. In een gezinsrelatie gaat de echtgenoot/partner de andere echtgenoot/partner niet aansprakelijk stellen voor de geleden schade, hoewel dit wettelijk gezien wel mogelijk is. Tussen gehuwde partners (zonder huwelijkse voorwaarden) zou dat helemaal eigenaardig zijn, omdat het gezinsvermogen van beide echtgenoten gezamenlijk is. Een procedure zou in zo’n geval het gezin alleen geld kosten.

### Schadevergoeding

Het verhaalsrecht van de werkgever, zoals verwoord in art. 6:107a BW, geeft aan dat de werkgever zijn schade kan verhalen op de aansprakelijke derde. Hierbij geldt een aantal beperkingen volgens art. 6:107a BW. Om een goed beeld te geven welke schadeposten de werkgever wel of niet kan verhalen, worden de verschillende soorten schadeposten hierna separaat behandeld. Voor een goed begrip van de verschillende schadeposten dient allereerst het civiele plafond enige toelichting.

#### Civiel plafond

Allereerst geldt op grond van art. 6:107a BW dat de schadevergoeding in omvang gebonden is aan de schadevergoedingsvordering die de werknemer jegens de aansprakelijke persoon zou hebben gehad, indien op de werkgever geen loonbetalingsplicht zou hebben gerust.<sup>17</sup> Het doel hiervan is te waarborgen dat de aansprakelijke derde per saldo niet voor meer wordt aangesproken dan waartoe hij verschuldigd zou zijn geweest aan de werknemer zelf.<sup>18</sup> Dit civiele plafond blijkt uit de tekst van art. 6:107a lid 2 BW, welke spreekt over het bedrag waarvoor de aansprakelijke persoon bij het ontbreken van de loonbetalingsverplichting aansprakelijk zou zijn, te verminderen met een bedrag gelijk aan dat van de schadevergoeding tot betaling waarvan de aansprakelijke persoon jegens de benadeelde gehouden is. Dit brengt met zich dat de vorderingen van de werknemer voorgaan op die van de werkgever.<sup>19</sup> Hiermee wordt tevens het maximale bedrag aan schadevergoeding van de werkgever bepaald. Dit civiele plafond geldt niet alleen voor de loonkosten ex art. 6:107a lid 2 BW, maar ook voor de re-integratiekosten ex lid 3.

Voorbeeld: stel dat de aansprakelijke derde aansprakelijk wordt gehouden door de rechter voor € 40.000 voor alle schade inclusief het (fictieve gederfde) loon. Indien de werknemer bijvoorbeeld € 15.000 schade heeft geleden aan materiële en immateriële schade en zijn loon door de

15 Rb. Arnhem 3 maart 2004, NJF 2004, 541 (Asforo/derde).

16 HR 26 juni 1987, NJ 1988, 536 (Nieuw Rotterdam/Bedrijfsvereniging) en HR 25 januari 1991, NJ 1992, 706 (ABP/Elzenga).

17 A.T. Bolt, *Groene Serie Schadevergoeding II* (losbl.), Deventer: Kluwer, art. 107a, aant. 6.

18 W.H. van Boom, ‘Het verhaalsrecht van de werkgever ex art. 6:107a BW’, *WPNR* 1995, 6206, p. 863-865.

19 A.T. Bolt, *Groene Serie Schadevergoeding II* (losbl.), Deventer: Kluwer, art. 107a, aant. 6.

werkgever is doorbetaald, dan blijft er nog € 25.000 voor de werkgever als vergoeding van zijn doorbetalingsverplichting. In veel gevallen levert dit geen problemen op. Dit is anders indien sprake is van eigen schuld van de werknemer. Bij een eigen schuld van 40% van de werknemer zou in het voorbeeld betekenen dat de aansprakelijke derde € 24.000 dient te betalen. Wat dat betekent voor de onderlinge schadeverdeling van de schade verschillen de standpunten in de literatuur.<sup>20</sup> Sommigen menen dat de gehele vermindering van schadevergoeding als gevolg van de eigen schuld (€ 16.000) voor rekening van de werknemer komt, omdat het de schuld van de werknemer is en niet van de werkgever. In dat geval zou de werknemer geen recht hebben op schadevergoeding, omdat zijn schadevergoeding van € 15.000 hiermee volledig wordt verrekend. De werkgever ontvangt dan het bedrag van € 24.000 en blijft dus met € 1.000 aan restschade achter. Met anderen ben ik van mening dat het rechtvaardiger is om de werknemer recht te geven op zijn 60% van zijn schade van € 15.000 = € 9.000 en de werkgever op de resterende € 15.000. Al met al zal de werkgever in veel gevallen waar sprake is van eigen schuld van de werknemer niet al zijn schade vergoed krijgen, terwijl de eigen schuld van de werknemer in de meeste gevallen hem niet toe te rekenen is.

#### Loonkosten algemeen

De werkgever kan op grond van art. 6:107a lid 2 BW alleen het doorbetaalde loon aan art. 7:629 lid 1 BW, een individuele of collectieve arbeidsovereenkomst, op de aansprakelijke persoon verhalen. Met betrekking tot de vraag wat onder loon dient te worden verstaan, moet gekeken worden naar het loonbegrip volgens titel 7.10 BW. Met loon wordt dan bedoeld het naar tijdsruimte vastgestelde loon, welke vergoeding krachtens de arbeidsovereenkomst door de werkgever verschuldigd is aan de werknemer ter zake van de bedongen arbeid.<sup>21</sup> Hieronder vallen bijvoorbeeld niet: fooien van klanten, niet overeengekomen prestaties, extraatjes en vergoeding van onkosten, zoals de werkelijk gemaakte kosten van reis en verblijf, telefoon, eigen gereedschap en bedrijfskleding.<sup>22</sup> Wanneer de werkgever zich verbonden heeft om meer te vergoeden dan de werkelijk gemaakte kosten, dan is het meerdere ook loon. Het loonbegrip kan ook vormen van variabele beloning omvatten, bijvoorbeeld prestatieloon, aandelenopties, winstdelingen en gratificaties. Voor de loonkosten geldt de beperking van het civiele plafond.<sup>23</sup> De werkgever kan de loonkosten verhalen tot ten hoogste het bedrag, dat de werknemer zou kunnen verhalen, indien hij deze kosten zelf had gemaakt.

#### Loonkosten bruto/netto

In de wetsgeschiedenis van art. 6:107a BW wordt erop gewezen dat de Hoge Raad er in zijn jurisprudentie van uitgaat dat de schadevergoeding, waarvoor de werkgever regresrecht heeft, zou worden gegeven in de vorm van een som ineens, die niet onderworpen zou zijn aan de heffing van loonbelasting en sociale verzekeringspremies, oftewel het nettoloon.<sup>24</sup> De minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid pleit zelfs ruim tien jaar later nog voor regresrecht op basis van het nettoloon.<sup>25</sup> Volgens hem dient de aansprakelijke persoon niet in een slechtere positie te geraken doordat de werkgever schadevergoeding vordert en de werknemer zou zelf slechts aanspraak hebben gehad op het netto gederfde loon. Bovendien is het uitgangspunt van het schadevergoedingsrecht dat een aansprakelijke persoon niet meer dan de volledige schade behoeft te vergoeden en de verruiming van het verhaalsrecht tot het brutoloon zal leiden tot een ongerechtvaardigd verschil tussen de verschillende regresnemers. Hierdoor blijven de sociale premies en belastingen voor rekening van de werkgever, waardoor de werkgever te allen tijde schade lijdt als gevolg van de door een derde veroorzaakte arbeidsongeschiktheid van de werknemer.

In 2003 heeft de Hoge Raad zich in het arrest *Revabo/Amev* over de bruto/netto-problematiek uitgelaten.<sup>26</sup> De Hoge Raad overwoog in dit arrest als volgt: 'Art. 6:107a BW strekt ertoe de werkgever van een zieke of anderszins arbeidsongeschikte werknemer, die krachtens art. 7:629 BW onder de in die bepaling omschreven voorwaarden is gehouden het loon van de werknemer door te betalen gedurende 52 weken van diens ziekte of arbeidsongeschiktheid, wat betreft zijn regresmogelijkheden in dezelfde positie te plaatsen als waarin de desbetreffende bedrijfsvereniging verkeerde voordat art. 7:629 BW in zijn huidige vorm was ingevoerd (vgl. Kamerstukken II, 1994/95, 24 326, nr. 3, blz. 9). Wat betreft de toepassing van de Verhaalswet Ongevallen Ambtenaren heeft de Hoge Raad in het belang van de hanteerbaarheid van de wet en een zo eenvoudig mogelijke toepassing daarvan in de praktijk, beslist dat in het geval van overlijden van een verzekerde, geen verhaal kan worden gezocht voor eventuele inkomstenbelasting en premies voor de sociale verzekeringswetten (HR 13 december 1985, nr. 12.471, NJ 1986, 246). Voor letselschade heeft de Hoge Raad dezelfde regel aanvaard (HR 27 november 1987, nr. 13.037, NJ 1989, 48). Deze regel heeft te gelden ongeacht of sprake is van tijdelijke of blijvende arbeidsongeschiktheid (HR 25 februari 1994, nr. 15.265, NJ 1995, 608). Tegen die achtergrond ligt het voor de hand art. 6:107a BW dienovereenkomstig uit te leggen en deze uitleg mede te laten gelden voor doorbetalingen van loon waardoor het in deze bepaling bedoelde civiele plafond nog niet wordt

20 Zie ook E.F.D. Engelhard, *Regres. Een onderzoek naar het regresrecht van particuliere en sociale schadedragers* (diss.), Deventer: Kluwer 2003, p. 239.

21 HR 18 december 1953, NJ 1954, 242 (Zaal/Gossink).

22 G.J.J. Heerma van Voss, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel V. Arbeidsovereenkomst, collectieve arbeidsovereenkomst en ondernemingsovereenkomst*, Deventer: Kluwer 2008, nr. 81.

23 A.T. Bolt, *Groene Serie Schadevergoeding II* (losbl.), Deventer: Kluwer, art. 107a, aant. 6.1.

24 Zie MvT, *Kamerstukken II 1994/95, 24 326, nr. 3, p. 48; Kamerstukken I 1995/96, 24 326, nr. 119b, p. 2.*

25 *Kamerstukken II 2005/06, 30 034, nr. 77.*

26 HR 24 oktober 2003, NJ 2004, 396 (*Revabo/Amev*).

overschreden. Daardoor wordt een eenvoudige en voor de praktijk goed hanteerbare maatstaf verkregen, waardoor tevens de consistentie van het systeem van regresrechten wordt versterkt. Aangenomen moet voorts worden dat ook de wetgever deze opvatting is toegedaan, gezien de wetgeschiedenis van art. 6:107a, zoals aangehaald in de conclusie van de Advocaat-Generaal (...)'

Volgens de Hoge Raad zou de werknemer zelf jegens de aansprakelijke derde alleen recht hebben gehad op de vergoeding van het netto gederfde loon, hetgeen betekent dat de werkgever bij de uitoefening van het regresrecht

### Art. 6:107a lid 4 BW spreekt van 'een werknemer' en verbindt hieraan niet de voorwaarde dat het een werknemer bij 'dezelfde werkgever' moet zijn

slechts aanspraak kan maken op het nettodeel door de werkgever doorbetaalde loon. Dit zou volgens de Hoge Raad een eenvoudig en goed hanteerbare maatstaf zijn voor de praktijk. Tevens verwijst de Hoge Raad naar de wetgeschiedenis en hiermee heeft de Hoge Raad de opvattingen van de wetgever opgevolgd. Hierdoor blijven, zoals gezegd, de sociale premies en belastingen voor rekening van de werkgever, waardoor de werkgever te allen tijde schade lijdt als gevolg van de door een derde veroorzaakte arbeidsongeschiktheid van de werknemer.

#### Loonsanctie

Uit het voorgaande volgt dat de werkgever het loon van een arbeidsongeschikte werknemer (voor de periode van maximaal 104 weken) dient door te betalen. De werkgever moet zich tijdens deze 104 weken houden aan re-integratieverplichtingen op grond van art. 7:658a BW. Hij moet de arbeidsongeschikte werknemer stimuleren om weer aan het werk te gaan. Indien de werkgever zich hier niet aan houdt, dan kan hem door het UWV een loonsanctie worden opgelegd, wat betekent dat de loondoorbetalingsplicht van de werkgever op grond van art. 7:629 lid 11 BW wordt verlengd voor de periode van maximaal 52 weken. De vraag is nu of de werkgever deze extra loonkosten kan verhalen op de aansprakelijke derde. Het antwoord luidt mijns inziens ontkennend. Hiervoor zijn verschillende argumenten aan te voeren. Allereerst verwijst het regres van art. 6:107a BW alleen naar art. 7:629 lid 1 BW, welke alleen spreekt over 104 weken loondoorbetalingsplicht bij ziekte, en niet naar lid 11. Daarnaast ontbreekt een aantal vereisten van de aansprakelijkheid van de derde, waardoor de derde mijns inziens niet aansprakelijk kan zijn voor de schade als gevolg van de loonsanctie. De derde heeft namelijk geen schuld aan het feit dat er een loonsanctie is opgelegd, het causale verband tussen de onrechtmatige daad en de loonsanctie zal niet (gemakkelijk) kunnen worden aangetoond en als laatste is het mogelijk dat het relativiteitsbeginsel hier ook een stokje voor steekt, omdat de door de derde geschonden norm mijns inziens niet strekt tot bescherming tegen de schade van de werkgever als gevolg van de loonsanctie.

#### Re-integratiekosten

Van de werkgever wordt verwacht dat deze de nodige inspanningen levert om een arbeidsongeschikte werknemer weer aan het werk te krijgen. Ingevolge art. 7:658a BW is de werkgever dit ook verplicht. Hier staat tegenover dat de werknemer op grond van art. 7:660a BW dient mee te werken aan zijn re-integratie. De betaalde kosten voor deze re-integratiemaatregelen kan de werkgever op grond van art. 6:107a lid 3 BW verhalen op de aansprakelijke derde. Ook hierbij geldt de beperking van het civiele plafond.<sup>27</sup> De werkgever kan de re-integratiekosten verhalen tot ten hoogste het bedrag, dat de werknemer zou kunnen verhalen, indien hij deze kosten zelf had gemaakt. Tot de mogelijk verhalen schade behoren volgens de parlementaire geschiedenis de kosten van administratieve activiteiten, de kosten van activiteiten die de werknemer helpen terug te keren naar arbeid en de kosten van aanpassing van de werkplek.<sup>28</sup> De minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid heeft in een brief aan de Tweede Kamer van 18 augustus 2006 laten weten dat de werkgever/eigen risicodragers de redelijke kosten van de verplicht door hem genomen re-integratiekosten in alle gevallen kan verhalen op een aansprakelijke derde.<sup>29</sup> De vraag is of dit te allen tijde mogelijk is in verband met het civiele plafond. Bij een eigen schuld van de werknemer zal de werkgever de re-integratiekosten niet in alle gevallen (volledig) kunnen verhalen op de aansprakelijke derde.

#### Medische kosten

Bij een (arbeids)ongeval zal vaak sprake zijn van medische kosten. Veelal zal de ziektekostenverzekeraar van de werknemer deze kosten vergoeden, maar in een aantal gevallen kunnen deze kosten door de werkgever worden betaald, zoals bij vervoer van de gewonde werknemer van de werkplaats naar het ziekenhuis en therapeutische zorg. Art. 6:107a BW biedt voor deze schade van de werkgever geen regresmogelijkheid, maar de werkgever kan als iedere willekeurige derde deze schade wel verhalen op de aansprakelijke partij op grond van art. 6:107 BW.<sup>30</sup> Deze regeling kent geen collega-verweer zoals in art. 6:107a BW, maar het ligt voor de hand om dit analoog aan art. 6:107a BW te laten gelden.<sup>31</sup> De beperking van aansprakelijkheid van de collega, behoudens in geval van opzet of bewuste roekeloosheid, volgt ook met zoveel woorden uit art. 7:661 lid 1 BW.

#### Bedrijfsschade en vervangende arbeidskracht

Door de werkgever geleden bedrijfsschade als gevolg van de arbeidsongeschikte werknemer komt niet voor vergoeding in aanmerking op grond van art. 6:107 en 6:107a BW.

27 A.T. Bolt, *Groene Serie Schadevergoeding II* (losbl.), Deventer: Kluwer, art. 107a, aant. 6.4.

28 *Stb.* 2008, 199.

29 *Kamerstukken II* 2005/06, 30 034, nr. 77.

30 *MvT, Kamerstukken II* 2006/07, nr. 3, p. 5.

31 E.F.D. Engelhard, *Regres. Een onderzoek naar het regresrecht van particuliere en sociale schadedragers* (diss.), Deventer: Kluwer 2003, p. 31-32 en 367-369.



Dit geldt tevens voor de kosten van een vervangende arbeidskracht. Het betreft immers geen schadeposten waar de werknemer zelf aanspraak op had kunnen maken, indien geen sprake was geweest van verplaatsing van schade.<sup>32</sup> De Hoge Raad heeft voor de invoering van het nieuwe Burgerlijk Wetboek in het arrest Rockwool/Poly geoordeeld dat zelfs indien de persoon die aansprakelijk is jegens de zieke werknemer, tevens onrechtmatig heeft gehandeld jegens de werkgever, deze werkgever alsnog geen aanspraak toekomt op vergoeding van schade als gevolg van het letsel van de werknemer.<sup>33</sup> Volgens de parlementaire geschiedenis dient de werkgever de kosten van vervangende arbeidskracht zelf te vorderen van de aansprakelijke derde<sup>34</sup>, al vraag ik mij af of een dergelijke vordering niet zal afstuiten op het arrest Rockwool/Poly. Met de invoering van het art. 6:107a BW is er namelijk niets wezenlijks veranderd, waardoor het oordeel van de Hoge Raad nog steeds rechtens geldig zou moeten worden beoordeeld.

De vraag is nu of de rechters in lijn met het standpunt van de wetgever hebben geoordeeld of juist in lijn met het oordeel van de Hoge Raad. In het arbitrale vonnis van 15 januari 2009 ging het onder andere over deze kosten van de vervangende arbeidskracht.<sup>35</sup> Thalassa B.V. is eigenaar van een vrachtschip en BIMT is een (groot)handel in metalen en grondstoffen. BIMT heeft met Thalassa een vervoersovereenkomst gesloten voor vervoer van een drietal partijen zink(oxide)concentraat. Bij aankomst in de haven was de lading gaan branden en er volgde een explosie, waardoor onder andere een matroos gewond werd en arbeidsongeschikt is geworden. In een arbitrale procedure stelde Thalassa BIMT aansprakelijk voor alle schade en inclusief de doorbetaalde loonkosten van de matroos. De arbiter heeft geoordeeld dat de loonkosten van de matroos toewijsbaar zijn voor wat betreft het nettodeel van de loonkosten. Met betrekking tot de kosten voor de vervanging van de matroos oordeelde de arbiter dat *'nu de Reder (Thalassa, W.C.) de, voor zover wettelijk toegestaan, vergoeding heeft gekregen voor het uitvallen van matroos is er geen plaats voor vergoeding van een (vervangende) matroos: die kosten behoren tot de normale bedrijfsuitoefening en zijn niet veroorzaakt door het ongeval.'*

In het arrest van 26 juni 2007 oordeelde het Hof 's-Hertogenbosch inzake de bedrijfsschade dat *'de rechtbank terecht heeft overwogen dat art. 6:107a BW de werkgever van iemand die lichamelijk of geestelijk letsel heeft opgelopen waarvoor hij een derde aansprakelijk kan achten jegens die derde alleen een zelfstandige aanspraak geeft op vergoeding van het loon dat hij aan de gekwetste werknemer tijdens diens ziekte of arbeidsongeschiktheid*

*heeft moeten doorbetalen krachtens art. 7:629, lid 1 BW of krachtens een individuele of collectieve arbeidsovereenkomst. Art. 6:107a BW geeft de werkgever geen aanspraak op vergoeding van bedrijfsschade jegens degene die door onrechtmatig handelen voor de schade van de werknemer aansprakelijk is.'*<sup>36</sup>

In de twee behandelde uitspraken is een duidelijke grens getrokken met betrekking tot de vergoeding van de schade van de werkgever als gevolg van een door een derde veroorzaakte arbeidsongeschiktheid van zijn werknemer. De kosten voor de vervanging van de arbeidsongeschikte werknemer en bedrijfsschade komen niet voor vergoeding in aanmerking, omdat art. 6:107a BW hiervoor geen mogelijkheid biedt. De rechters hebben in lijn met het oordeel van de Hoge Raad uit het arrest Rockwool/Poly geoordeeld en dat is mijns inziens ook correct. De bedrijfsschade en de kosten voor de vervanging van een werknemer zouden door de werknemer normaliter niet zijn gemaakt en zijn gevorderd, waardoor de werkgever deze kosten niet met succes kan verhalen op de aansprakelijke derde.

#### *Buitengerechtelijke kosten*

Op grond van art. 6:107a BW beperkt het regresrecht van de werkgever zich tot de schadeposten waarop de werknemer zelf aanspraak zou kunnen maken. Daaronder vallen zoals gezegd het nettoloon en de re-integratiekosten. Daaronder vallen niet de buitengerechtelijke kosten, welke zijn gemaakt ter vaststelling van de aansprakelijkheid en schade voorafgaande een procedure. Uit de parlementaire geschiedenis volgt namelijk dat de buitengerechtelijke kosten van de werkgever niet met succes kunnen worden gevorderd van de aansprakelijke derde.<sup>37</sup> Het bevremdt mij dat de wetgever dit niet heeft gewild, omdat de werknemer zelf wel met succes de buitengerechtelijke kosten kan vorderen van aansprakelijke partij op grond van art. 6:96 lid 2 BW. Nu de werkgever als regresnemer in de plaats van de werknemer is getreden, is dat plotseling niet meer mogelijk, hetgeen leidt tot een oneerlijke behandeling van regresnemers.

Op het gebied van de buitengerechtelijke kosten heeft de rechtspraak zich hier diverse malen over uitgelaten met verschillende uitkomsten. In de volgende twee uitspraken wordt de vordering tot vergoeding van de buitengerechtelijke kosten door de rechters afgewezen. Als eerste komt de uitspraak van Kantonrechter Rotterdam van 30 januari 2001 aan de orde.<sup>38</sup> Een aantal werknemers is in 1998 en 1999 betrokken geraakt bij een aantal verkeers(ongevallen), waardoor zij tijdelijk arbeidsongeschikt zijn geweest. De werkgevers hebben het loon van de werknemers doorbetaald tijdens de periode van arbeidsongeschiktheid. De ongevallen zijn veroorzaakt door verzekerden van de verzekeringsmaatschappij AXA. Deze heeft de nettoloon-

32 M. Keijzer-de Korver, 'Schade van de werkgever bij arbeidsongeschiktheid werknemer door toedoen van een ander', *TVP* 2006, 4, p. 122.

33 HR 12 december 1986, *NJ* 1987, 958 (Rockwool/Poly).

34 *MvA, Kamerstukken I* 1995/96, 24 326, nr. 119b, p. 3.

35 Arbitrage 15 januari 2009, *S&S* 2010, 111 (Thalassa/BIMT).

36 Hof 's-Hertogenbosch 26 juli 2007, *LJN* BB1697 (Totaalbouw/derde).

37 *Kamerstukken I* 1995/96, 24 326, nr. 119b, p. 2.

38 *Ktr. Rotterdam* 30 januari 2001, *VR* 2002, 147 (eiseressen/AXA Schade).

kosten van de werkgevers vergoed, maar weigerde om de buitengerechtigde kosten te vergoeden. Hierover moest de kantonrechter een oordeel vergen. De kantonrechter begon zijn oordeel met *'dat de door eiseressen gevorderde buitengerechtigde kosten kunnen worden toegewezen, mits zij in redelijkheid zijn gemaakt en ook qua omvang redelijk zijn.'* Vervolgens toetste de kantonrechter de dubbele redelijkheidstoets aan de omstandigheden en kwam tot het oordeel dat *'de door eiseressen gemaakte kosten met het doel de aansprakelijkheid en de omvang van de schade vast te stellen, niet redelijk, zodat de door hen gevorderde buitengerechtigde kosten alleen al op die grond niet toewijsbaar zijn.'* De Kantonrechter Rotterdam heeft hier de gevorderde buitengerechtigde kosten alleen getoetst aan de dubbele redelijkheidstoets van art. 6:96 lid 2 BW en heeft niet geoordeeld of het überhaupt mogelijk was om de buitengerechtigde kosten vergoed te krijgen op grond van art. 6:107a jo. 6:96 lid 2 BW. Omdat de kantonrechter hieraan voorbijging of zich niet expliciet hierover uitliet, impliceert het dat het dus wel mogelijk was om de buitengerechtigde kosten vergoed te krijgen, mits er voldaan was aan de dubbele redelijkheidstoets.

Ook de Rechtbank Den Haag heeft in 2002 een vergelijkbaar vonnis gewezen.<sup>39</sup> De rechtbank was namelijk van oordeel dat *'niet gesteld of gebleken is dat de veroorzaker van het ongeval, waardoor de werknemer van MCS arbeidsongeschikt is geworden, ook jegens MCS onrechtmatig heeft gehandeld. De buitengerechtigde kosten kunnen derhalve niet op die grondslag ex art. 6:96 lid 2 BW gevorderd worden. Voorts heeft MCS terecht de gevorderde buitengerechtigde kosten niet rechtstreeks op artikel 6:107a BW gebaseerd. Immers, het tweede lid van die bepaling beperkt het te vergoeden bedrag tot — kort gezegd — het netto loon. De onderhavige vordering is derhalve slechts als vermogensschade ex art. 6:96 lid 2 sub b en c BW toewijsbaar, indien Waarborgfonds is tekortgeschoten in de nakoming van hetgeen waartoe artikel 6:107a BW haar in dit geval jegens MCS verplichtte.'* De Rechtbank Den Haag oordeelde expliciet dat de vordering tot vergoeding van buitengerechtigde kosten daadwerkelijk toewijsbaar is, indien de aansprakelijke derde tekort is geschoten in de nakoming van hetgeen waartoe het regresrecht van art. 6:107a BW hem verplichtte. Dus kort gezegd: wanneer de aansprakelijke derde weigert om de nettoloonkosten van de werkgever te vergoeden op grond van art. 6:107a BW, waardoor de werkgever rechtsbijstand moest inschakelen, dan dient de aansprakelijke derde deze buitengerechtigde kosten te vergoeden.

Uit de hiervoor genoemde twee uitspraken van de lagere rechters volgt (impliciet) dat een vordering tot vergoeding van de buitengerechtigde kosten toewijsbaar is, mits er voldaan is aan de voorwaarden. Volgt hieruit dat de buitengerechtigde kosten te allen tijde voor vergoeding in

aanmerking komen? De Hoge Raad heeft in het arrest van 9 juli 2004 de knoop doorgemaakt en oordeelde het volgende:

*'In zijn arrest van 26 september 2003, nr. C02/088, NJ 2003, 645, heeft de Hoge Raad overwogen dat het op art. 83b ZFW gebaseerde verhaalsrecht ertoe strekt te voorkomen dat degene die schade heeft veroorzaakt, aan zijn verplichting tot vergoeding daarvan ontkomt en ervan profiteert dat de door hem veroorzaakte schade wordt vergoed door de verzekeraar van degene die de schade heeft geleden. (...) De voormelde strekking van het verhaalsrecht brengt evenwel mee dat de bepaling van art. 6:96 lid 2, aanhef en onder b, BW, van overeenkomstige toepassing moet worden geacht in het geval dat een ziekenfonds zijn verhaalsrecht uitoefent, zodat het ziekenfonds ook de door hem gemaakte kosten ter vaststelling van schade en aansprakelijkheid als bedoeld in die bepaling kan verhalen. Deze kosten komen echter slechts voor vergoeding in aanmerking indien en voor zover deze door de benadeelde zijn gemaakt of, zo deze zijn gemaakt door de verzekeraar, zij onder deze bepaling zouden vallen, indien zij door de benadeelde zouden zijn gemaakt (...).*

Ten aanzien van het verhaalsrecht dat zijn grondslag vindt in art. 6:107a lid 2 BW, moet hetzelfde worden aangenomen. Dit wordt niet alleen gerechtvaardigd door de overeenkomstige strekking van dat verhaalsrecht en het in art. 83b ZFW geregelde recht, maar ook door de samenhang die bestaat tussen het verhaalsrecht van de werkgever en de verhaalsrechten die zijn gebaseerd op de sociale zekerheidswetten (...). Uit het hiervoor overwogene volgt dat de onderdelen 1 en 2 doel treffen. De rechtbank heeft immers niet alleen ten onrechte aangenomen dat de verhaalsvordering van de werkgever er één is strekkende tot schadevergoeding zoals bedoeld in afdeling 6.1.10 BW, zodat art. 6:96 lid 2, aanhef en onder b, BW rechtstreeks op die vordering van toepassing is, maar ook dat deze bepaling zonder beperkingen moet worden toegepast. Uit de hiervoor bedoelde analogie met het in art. 83b ZFW geregelde recht volgt echter dat hier sprake is van een overeenkomstige toepassing binnen de in het arrest van 26 september 2003 aangegeven grenzen.<sup>40</sup>

Hieruit blijkt dat de werkgever de door hem gemaakte kosten ter vaststelling van de schade en aansprakelijkheid kan verhalen, indien de werknemer, zo hij de kosten had gemaakt, dat ook had gekund.<sup>41</sup> Hierbij geldt de dubbele redelijkheidstoets van art. 6:96 lid 2 BW: was het in de gegeven omstandigheden redelijk om de kosten te maken en zijn de kosten binnen redelijke omvang gebleven?<sup>42</sup> Hiermee heeft de Hoge Raad duidelijk aangegeven dat buitengerechtigde kosten in aanmerking komen voor vergoeding. Na het arrest van de Hoge Raad zijn er drie uitspraken

39 Rb. Den Haag 14 april 2002, VR 2002, 201 (Stichting Waarborgfonds Motorverkeer/MCS).

40 HR 9 juli 2004, NJ 2004, 572 (Zwolsche/Vormenfabriek).

41 A.T. Bolt, *Groene Serie Schadevergoeding II* (losbl.), Deventer: Kluwer, art. 107a, aant. 6.3.

42 M. Keijzer-de Korver, 'Schade van de werkgever bij arbeidsongeschiktheid werknemer door toedoen van een ander', *TVP* 2006, 4, p. 119.

gewezen met betrekking tot de buitengerechtelijke kosten. In het tussenvonnis van 14 november 2007 verwees de Rechtbank Zwolle slechts naar de overweging van de Hoge Raad in het arrest Zwolsche/Vormenfabriek over de buitengerechtelijke kosten.<sup>43</sup> Verdere inhoudelijke beoordeling is niet aanwezig, omdat de zaak wordt doorverwezen naar de volgende rolzitting. Het eindvonnis is helaas niet gepubliceerd. De tweede gevonden uitspraak betreft het arrest van het Hof Amsterdam van 14 oktober 2008.<sup>44</sup> Dit is de uitspraak die gewezen is in hoger beroep na doorverwijzing door de Hoge Raad in de zaak Zwolsche/Vormenfabriek. Het hof heeft de overwegingen van de Hoge Raad in acht genomen en de vordering tot vergoeding van de buitengerechtelijke kosten getoetst aan de dubbele redelijkheidstoets. Het hof kwam na toetsing van de feiten en omstandigheden tot de conclusie dat de gevorderde buitengerechtelijke kosten in aanmerking komen voor vergoeding. Vergelijkbaar oordeelde de Rechtbank Rotterdam in haar vonnis van 9 februari 2011.<sup>45</sup>

Uit de bovenstaande analyse volgt dat de buitengerechtelijke kosten altijd voor vergoeding in aanmerking komen (mits er voldaan was aan het vereiste van dubbele redelijkheid). Zelfs voordat het arrest Zwolsche/Vormenfabriek door de Hoge Raad werd gewezen, was de lagere rechtspraak al (impliciet) van oordeel dat dit mogelijk is. Dit lijkt in strijd te zijn met de bedoeling van de wetgever die op grond van het regresrecht alleen schadevergoeding van beperkte schadeposten, zoals nettoloon en re-integratiekosten, heeft beoogd.

## Besluit

De wetgever heeft beoogd slechts een beperkt aantal schadeposten, zoals nettoloon en re-integratiekosten, voor vergoeding in aanmerking te laten komen. De gedachte hierachter is dat de basis van het regresrecht gelegen is in de aansprakelijkheid die er jegens de werknemer is. Hierdoor kan de werkgever alleen de schade verhalen die de werknemer zelf ook had kunnen verhalen indien er geen sprake was van verplaatste schade. Dus de kosten die door de werkgever als gevolg van het ongeval zijn gemaakt, kunnen, indien deze normaliter niet door de werknemer worden gemaakt, niet met succes worden verhaald op de aansprakelijke derde.

Uit het voorafgaande volgt dat er in de jurisprudentie een tendens te vinden is richting afbakening van de aansprakelijke derden en een uitbreiding van de schadevergoedingsmogelijkheden. Zo is regres niet mogelijk op gezinsleden van de arbeidsongeschikte werknemer, omdat anders de werknemer in feite verstoken zou worden van het recht op loondoorbetaling bij ziekte. Met betrekking tot de vergoeding van de schadeposten is naast vergoeding

van het nettoloon en de re-integratiekosten, zoals dit door de wetgever is beoogd, volgens de jurisprudentie ook vergoeding mogelijk voor buitengerechtelijke kosten. Verder is volgens de rechters in de onderzochte uitspraken geen plaats voor vergoeding van de bedrijfsschade en kosten van vervangende arbeidskracht, omdat deze kosten door de werknemer normaliter niet zouden zijn gemaakt, waardoor de werkgever deze kosten niet met succes kan verhalen op de aansprakelijke derde.

## Uit het voorafgaande volgt dat er in de jurisprudentie een tendens te vinden is richting afbakening van de aansprakelijke derden en een uitbreiding van de schadevergoedingsmogelijkheden

In de literatuur volgt dat de meeste auteurs een voorstander zijn van een uitbreiding van de schadevergoedingsregeling voor het regresrecht van art. 6:107a BW en een beperking van de kring van aansprakelijke derden. Verschillende auteurs, zoals Keijzer-de Korver, Van Boom en Engelhard pleiten voor een bruto schadevergoeding en Keijzer-de Korver ook voor een vergoeding van bedrijfsschade en kosten van de vervangende arbeidskracht voor de werkgever.<sup>46</sup> Dit geldt tevens voor de immuniteit voor de gezinsleden.<sup>47</sup> Over de vraag welke collega-werknemers onder het collega-verweer vallen, verschillen de meningen in de literatuur.<sup>48</sup> Mijns inziens zal een uitbreiding van de schadevergoedingsmogelijkheden leiden tot een regresrecht welke door de wetgever niet is beoogd. Een regresrecht is altijd gebaseerd op de aansprakelijkheid die tussen het oorspronkelijke slachtoffer en de aansprakelijke persoon geldt. Vanuit dit basisbeginsel dient het regresrecht van de werkgever (en andere regresrechten) verder te worden ingevuld. Door een regresnemer meer schadevergoeding toe te kennen dan waartoe het slachtoffer recht zou hebben gehad, zal de aansprakelijke persoon in een slechtere positie geraken dan in het geval dat het slachtoffer jegens hem de

46 M. Keijzer-de Korver, 'Schade van de werkgever bij arbeidsongeschiktheid werknemer door toedoen van een ander', *TVP* 2006, 4, p. 118; W.H. van Boom, *Verhaalsrechten van verzekeraars en risicodragers*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 41; E.J. Dennekamp, 'Het regres van de kruidenier', *NJB* 2000, 17, p. 889-890.

47 W.H. van Boom, *Verhaalsrechten van verzekeraars en risicodragers*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 84-89; E.F.D. Engelhard, *Regres. Een onderzoek naar het regresrecht van particuliere en sociale schadedragers* (diss.), Deventer: Kluwer 2003, p. 350; T. Hartlief & G.E. van Maanen, 'Regresrecht voor werkgever ter zake van loondoorbetaling na letseltoebrengring door een derde', *SR* 1996, 5, p. 128; T. Hartlief & R.P.J.L. Tjittes, 'Regres om gezinsverband', *WPNR* 6000, p. 225-231; H.M. Storm, 'Werkgeversregres', in: W.H. van Boom, T. Hartlief & J. Spier (red.), *Regresrechten, afschaffen, handhaven of uitbreiden?*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 124.

48 I.P. Asscher-Vonk e.a., *De zieke werknemer*, Monografieën sociaal recht, Deventer: Kluwer 2007, p. 354; W.H. van Boom, *Verhaalsrechten van verzekeraars en risicodragers*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 82; T. Hartlief & G.E. van Maanen, 'Regresrecht voor werkgever ter zake van loondoorbetaling na letseltoebrengring door een derde', *SR* 1996, 5, p. 127.

43 Rb. Zwolle 14 november 2007, LJN BD3195 (Heino/derde).

44 Hof Amsterdam 14 oktober 2008, *VR* 2009, 72 (Allianz/Vormenfabriek).

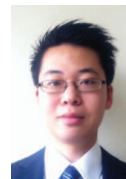
45 Rb. Rotterdam 9 februari 2011, LJN BP6550 (KNMG/Allianz).



vordering instelt. Het is misschien ongerechtvaardigd dat de regresnemer dan niet alle schade vergoed krijgt, maar het is ook niet rechtvaardig dat de aansprakelijke persoon de extra schade van een regresnemer dient te vergoeden. In het aansprakelijkheidsstelsel dient consensus te worden bereikt en dat kan helaas leiden dat de één met (rest)schade blijft zitten en de ander wel alle schade vergoed krijgt. Indien de aansprakelijke persoon voor aansprakelijkheid is verzekerd, dan is het de verzekeraar die meer schadevergoeding moet uitkeren, hetgeen weer leidt tot hogere premies. De uitbreiding van de schadevergoedingsmogelijkheden, zoals vergoeding voor brutoloon in plaats van nettoloon, lijkt mij dan ook geen goed plan.

Tevens ben ik een voorstander van de immuniteit van de gezinsleden van de arbeidsongeschikt geworden werknemer. Indien een regresnemer de schade zou verhalen op de gezinsleden van de arbeidsongeschikte werknemer, dan zou de werknemer in feite worden verstoken van de uitkering/schadeloosstelling en dat kan niet de bedoeling van de wetgever zijn geweest. Al vraag ik mij af of dit anders is in geval dat het aansprakelijke gezinslid is verzekerd. In dat geval heeft het geen (directe) financiële consequenties voor het gezin en gaat het argument dat het slachtoffer verstoken zou worden van de uitkering/schadeloosstelling niet meer op. Dit zou betekenen dat er geen argumenten

zijn tegen het regres onder deze omstandigheden. Met Van Boom ben ik van mening dat de verzekering de aansprakelijkheid dient te ondersteunen en niet in het leven behoort te roepen, waardoor regres op verzekerde gezinsleden toch niet mogelijk dient te zijn.<sup>49</sup> Een volledige immuniteit van de gezinsleden zou naar mijn mening moeten worden opgenomen in art. 6:107a BW. Verdere wijzigingen van het regresrecht van de werkgever ex art. 6:107a BW zijn mijns inziens niet wenselijk.



### Over de auteur

Mr. W.W.Y. Cheng is afgestudeerd in de master Aansprakelijk & Verzekering en de master Arbeidsrecht aan de Erasmus Universiteit Rotterdam.

49 W.H. van Boom, *Verhaalsrechten van verzekeraars en risicodragers*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 84-89.