

**W.H. van Boom, Verhaalsrecht voor doorbetaald loon, in: A.J.H.W. Coppelmans e.a. (eds.), Het actuele recht 2, Vermande, Lelystad 1995, p. 39-42**

Onlangs heeft de Regering een wetsvoorstel bij de Tweede Kamer ingediend, dat – zij het nogal verstoep – een wijziging van het BW bevat. Deze wijziging, die voor de beoefenaren van het aansprakelijkheidsrecht van belang is, betreft de invoering van een zelfstandig verhaalsrecht voor werkgevers die tijdens ziekte van hun werknemer loon hebben doorbetaald.<sup>1</sup> Dit verhaalsrecht wordt, indien het voorstel kracht van wet krijgt, neergelegd in art. 6: 107a BW:

1. Indien iemand ten gevolge van een gebeurtenis waarvoor een ander aansprakelijk is, lichamelijk of geestelijk letsel oploopt, houdt de rechter bij de vaststelling van de schadevergoeding waarop de gekwetste aanspraak kan maken rekening met de aanspraak op loon die de gekwetste heeft krachtens artikel 1638c, eerste lid, van boek 7A of krachtens individuele of collectieve arbeidsovereenkomst.
2. Indien een werkgever krachtens artikel 1638c, eerste lid, van boek 7A of krachtens individuele of collectieve arbeidsovereenkomst verplicht is tijdens ziekte of arbeidsongeschiktheid van de gekwetste het loon door te betalen, heeft hij, indien de ongeschiktheid tot werken van de gekwetste het gevolg is van een gebeurtenis waarvoor een ander aansprakelijk is, jegens deze ander recht op schadevergoeding ten bedrage van de (het? WvB) door hem betaalde loon, doch ten hoogste tot het bedrag, waarvoor de aansprakelijke persoon, bij het ontbreken van de loondoorbetalingsverplichting aansprakelijk zou zijn, verminderd met een bedrag, gelijk aan dat van de schadevergoeding tot betaling waarvan de aansprakelijke persoon jegens de gekwetste is gehouden.
3. Indien de aansprakelijke persoon een werknemer is, heeft de werkgever slechts recht op schadevergoeding indien de ongeschiktheid tot werken het gevolg is van diens opzet of bewuste roekeloosheid.

Zo op het eerste gezicht lijkt art. 107a een welkome verruiming van de verhaalsmogelijkheden van werkgevers. Gegeven de snelheid waarmee de deregulering (lees: afschaffing) van de Ziektewet haar beslag krijgt, zullen binnen afzienbare tijd de meeste werkgevers verplicht zijn tot (gedeeltelijke) loondoorbetaling gedurende de eerste 52 weken van de ongeschiktheid van de werknemer.<sup>2</sup> Art. 107a is aldus beschouwd een mooi (en tijdig ingevoerd) instrument om de nood van werkgevend Nederland enigszins te lenigen en in bepaalde gevallen de financiële lasten van de arbeidsongeschiktheid als het ware door te schuiven naar degene die aansprakelijk is voor de gebeurtenis die tot de arbeidsongeschiktheid heeft geleid. In het hiernavolgende zal worden gekeken of art. 107a werkelijk een verruiming van het verhaalsarsenaal is. Daartoe zal de bepaling worden afgezet tegen de onder huidig recht veel gehanteerde voorschot- & cessieconstructies.

#### **De voorschot- & cessie-constructie**

De hoofdregel dat de werkgever niet verplicht is tot het betalen van loon in geval de arbeider ongeschikt is om de arbeid te verrichten (art. 7A: 1638b) lijdt uitzondering op grond van loondoorbetalingsplichten uit de wet (art. 7A: 1638c) en uit individuele danwel collectieve arbeidsovereenkomst. De loondoorbetalingsplicht kan samenlopen met de aansprakelijkheid van een derde jegens de werknemer uit bijvoorbeeld onrechtmatige daad. Stel dat een werknemer, die slachtoffer is van een verkeersongeval, jegens zijn werkgever recht heeft op doorbetaling van loon. De werkgever zal de kosten van loondoorbetaling wensen te verhalen op degene die naar burgerlijk recht aansprakelijk is jegens de werknemer. Aangezien de eigen schade van de werkgever (zoals de kosten van het inhuren van ander personeel, dalende omzetten en dergelijke schadeposten meer) naar geldend recht niet voor vergoeding in aanmerking komt, zal de werkgever alleen zijn schade kunnen verhalen indien hij de vordering van de gekwetste werknemer *zelf* kan 'uitoefenen'. De eenvoudigste wijze waarop men de vordering van een ander kan uitoefenen, is door cessie te bewerkstelligen van de vordering. In de praktijk wordt daarom gewerkt met de voorschot- & cessie-constructie. Werknemer en werkgever nemen in de (individuele danwel collectieve) arbeidsovereenkomst een beding op (in een akte) dat ertoe strekt toekomstige vorderingen van de werknemer tot vergoeding van letselschade, over te doen gaan op de werkgever indien en voorzover deze vorderingen betrekking hebben op loonschade. Veiligheidshalve wordt daarbij veelal bedongen dat de loondoorbetaling

---

1 Kamerstukken II 1994-1995, 24326, nrs. 1-2, artikel XX.

2 Kamerstukken II 1995-1996, 24 439, nr. 1-2. art. I (7A: 1638c nieuw; deze bepaling zal een loondoorbetalingsplicht inhouden ter hoogte van 70% (ziekengeld) van het maximum dagloon als bedoeld in art. 9 lid 1 Coördinatiewet Soc. Verz., voor de duur van maximaal 52 weken). CAO's zullen daarenboven veelal een suppletieverplichting tot 100% kennen.

een 'voorschot' is, opdat de rechten uit onrechtmatige daad niet verloren gaan.<sup>3</sup> Met de cessie verwerft de werkgever de rechten van de gekwetste zelf; niet meer en niet minder. De cessie is voltooid op het moment dat de vordering jegens de aansprakelijke ontstaat en de aansprakelijke op de hoogte is gesteld van de levering (art. 3: 94).

### Het zelfstandig verhaalsrecht

Het verhaalsrecht van art. 107a is geen gecedeerd recht van de werknemer, maar geeft de werkgever een eigen en oorspronkelijk recht. De zelfstandigheid van het verhaalsrecht blijkt bijvoorbeeld uit de wijze waarop het ontstaat, te weten van rechtswege. De aansprakelijke behoeft niet, zoals bij cessie, op de hoogte worden gesteld van het bestaan van het verhaalsrecht; een akte is evenmin nodig. Deze vorm van het verhaalsrecht is exact dezelfde als die van het verhaalsrecht van de bedrijfsvereniging ex art. 52a Ziektewet (Zw.).

Het tweede lid van art. 107a gebruikt voor de bepaling van de omvang van het verhaalsrecht een zeer ingewikkelde formulering, die bij het verhaalsrecht uit art. 52a Zw. bekend is geworden als het *civiele plafond*. De berekening van dat civiel plafond vindt als volgt plaats. Stel dat de werknemer door het verkeersongeval drie schadeposten heeft. Hij is 13 weken arbeidsongeschikt (*f* 30.000), heeft zaakschade (*f* 3.000); bovendien lijdt hij door zijn verwondingen immateriële schade (*f* 10.000). Zou er geen loondoorbetalingsplicht van de werkgever zijn, dan zou de gekwetste naar burgerlijk recht *f* 43.000 kunnen vorderen, gesteld dat aan alle vereisten voor aansprakelijkheid is voldaan en er geen grond is voor aftrek van de omvang van de schadevergoedingsplicht (bijvoorbeeld wegens eigen schuld). In werkelijkheid heeft de werkgever de schade van *f* 30.000 reeds weggenomen; de civiele rechter dient hiermee rekening te houden bij het bepalen van de omvang van de schadevergoedingsrechten van de gekwetste. Zie art. 107a lid 1. Dat is wat onduidelijk geformuleerd, maar komt er op neer dat de gekwetste de loondoorbetalingen van de werkgever verplicht als voordeel toegerekend krijgt. Aan deze 'verplichte voordeeltorekening' ligt de voor de hand liggende gedachte ten grondslag dat de gekwetste niet tweemaal zijn schade behoort te kunnen verhalen.

Voor de berekening van de hoogte van het bedrag dat de werkgever kan vorderen van de aansprakelijke, wordt eerst gekeken naar het *civiele plafond*, te weten het totale schadebedrag dat de gekwetste van de aansprakelijke zou hebben kunnen vorderen indien de loondoorbetalingsplicht niet zou hebben bestaan (i.c. *f* 43.000). Daarvan wordt afgetrokken het bedrag dat de gekwetste thans in werkelijkheid nog heeft te vorderen van de aansprakelijke (*f* 13.000). Over blijft *f* 30.000; dat kan de werkgever maximaal vorderen. Men noemt dit wel het *verhaalsmaximum*. Er is overigens nog een maximum, te weten het bedrag dat de werkgever daadwerkelijk aan loon heeft betaald (of nog zal betalen).

De uitkomst van deze ingewikkelde berekening is vrijwel altijd gelijk aan de uitkomsten van de voorschot- & cessie-constructie, omdat de hoogte van het verhaalsrecht rechtstreeks 'gekoppeld' is aan hetgeen de gekwetste zelf zou hebben kunnen vorderen.

### Verschillen en overeenkomsten

Bij cessie verwerft de werkgever niet meer of minder dan de loonschadevordering van de gekwetste zelf. De hoogte van het schadebedrag dat krachtens het zelfstandig verhaalsrecht kan worden gevorderd, zal in de regel ook niet meer of minder zijn dan het bedrag dat de werknemer zou hebben kunnen vorderen. In zoverre zijn de constructies vergelijkbaar.

Kan de aansprakelijke die geconfronteerd wordt met het zelfstandige verhaalsrecht van de werkgever, de gebruikelijke verweren invoeren die hij tegen de werknemer zou hebben ingeroepen? Te denken valt aan het ontbreken van aansprakelijkheid (hierna onder a.), eigen schuld van de gekwetste (b.), een exoneration overeengekomen met de gekwetste (c.) of een na het ongeval totstandgekomen schikking met de gekwetste (d.).

*ad a.* De aangesprokene kan zich tegenover de werkgever beroepen op het ontbreken van aansprakelijkheid, bijvoorbeeld omdat schuld aan het ongeval ontbreekt. Het verhaalsrecht van de werkgever ontstaat namelijk alleen indien "een ander aansprakelijk is" (art. 107a lid 2). Bij cessie geldt hetzelfde.

*ad b.* Eigen schuld van de gekwetste (art. 6: 101) aan het ongeval kan inderdaad tot vermindering van het verhaalsrecht leiden. De aansprakelijke moet niet in een minder gunstige positie komen te

---

<sup>3</sup> Zie Knol, Vergoeding van letselschade, Zwolle 1986, p. 102-104, Asser-Hartkamp I, nr. 475, Hoogendijk, SR 1994, p. 8 e.v..

verkeren door de omstandigheid dat hij niet door de gekwetste zelf maar door een persoon naar wie de schade is verplaatst, de werkgever, wordt aangesproken. Eigen schuld wordt verdisconteerd in de berekening van het civiele plafond; hoe groter die eigen schuld, hoe lager het plafond en daardoor: hoe kleiner het verhaalsrecht.<sup>4</sup> Bij cessie geldt hetzelfde, zij het dan via de begrenzing die eigen schuld in de overgedragen vordering zelf aanbrengt.

*ad c.* Net als eigen schuld is het bestaan van een exoneratie een omstandigheid die van invloed is op het civiel plafond. Om die reden kan worden aangenomen dat de exoneratie indirect kan worden tegengeworpen aan de werkgever, namelijk door de inwerking ervan op het civiel plafond. Bij cessie idem.

*ad d.* Men kan verschillend denken over de tegenwerpbaarheid aan de werkgever van een schikking (afstand), die is gesloten tussen aansprakelijke en werknemer. Het zelfstandige karakter van het verhaalsrecht van sociale verzekeraars brengt volgens de Hoge Raad met zich dat schikkingen getroffen door de gekwetste niet tegen de verhaalzoekende kunnen worden tegengeworpen.<sup>5</sup> Nu dezelfde vorm voor het verhaalsrecht van de werkgever is gehanteerd als voor dat van de sociale verzekeraars, lijkt eenzelfde conclusie voor de hand te liggen. Anderzijds zou bij de berekening van het civiel plafond wel rekening gehouden kunnen worden met de omstandigheid dat de schikking het vorderingsrecht van de gekwetste teniet heeft doen gaan. Bij cessie is meer duidelijkheid; het moment van overdracht van de vordering is beslissend. Een nadien getroffen schikking kan de vordering niet beïnvloeden, omdat er niet langer beschikt kon worden over de overgedragen vordering. Een schikking voordien bepaalt het bestaan en de omvang van de vordering zoals die daarna overgedragen wordt en kan daarom tegengeworpen worden aan de werkgever. Aangezien een levering van de vordering bij voorbaat en mededeling aan de aansprakelijke vrij snel na het ongeval tot overdracht kan leiden, lijkt het nadeel dat cessie op dit punt heeft, minimaal.<sup>6</sup>

### **Conclusie**

Op een aantal belangrijke punten lijkt geen verschil te bestaan tussen de voorschot- & cessie-constructie en het verhaalsrecht van art. 107a; daar waar verschillen bestaan, zijn deze minimaal of kunnen deze in de praktijk worden weggenomen. Nadere onderzoek van art. 107a is nodig; mijn voorlopige conclusie luidt evenwel dat artikel 107a meer symbolische dan inhoudelijke waarde heeft.

---

4 Zie HR 17 oktober 1986, NJ 1987, 317 m. nt. JBMV.

5 HR 15 februari 1935, NJ 1935, 417 m. nt. EMM; HR 5 mei 1938, NJ 1938, 707 m. nt. EMM.

6 Een duidelijk verschil treedt wel op indien de werknemer gefailleerd is; de levering bij voorbaat ter cessie zal dan niet tot overdracht leiden. Zie art. 35 lid 2 Fw.