

Vier knelpunten van de regresvordering van de werkgever ex artikel 6:107a lid 2 BW

*Mw. mr. M. Opdam**

1. Inleiding

Een zieke werknemer die zijn ziekte heeft opgelopen door een ongeval of andere gebeurtenis waarvoor een derde aansprakelijk is, krijgt te maken met verschillende rechtsgebieden, uit zowel het publiek- als het privaatrecht. In de rol van letselschadeslachtoffer is de werknemer aangewezen op het aansprakelijkheidsrecht om een vergoeding te verkrijgen voor zijn schade. Onder voorwaarden kent het aansprakelijkheidsrecht aan de benadeelde schadevergoeding toe. Tegenover dit recht op schadevergoeding staat de plicht van de benadeelde om zijn schade zo veel mogelijk te beperken. Schadebeperking kan bijvoorbeeld bestaan uit het hervatten van arbeid.¹

Naast het aansprakelijkheidsrecht heeft een benadeelde in zijn rol van zieke werknemer te maken met het arbeids- en socialezekerheidsrecht. Het arbeidsrecht kent onder voorwaarden aan de zieke werknemer recht toe op loondoorbetaling tijdens ziekte. De werkgever is wettelijk verplicht om tijdens ziekte 70% van het loon van de zieke werknemer door te betalen. Artikel 7:629 lid 1 BW bepaalt dat de werknemer tijdens ziekte gedurende 104 weken het recht behoudt op 70% van het naar tijdruimte vastgestelde loon. Het eerste jaar heeft de werknemer ten minste recht op het voor hem geldende minimumloon. Het loon dat de werkgever aan de zieke werknemer doorbetaalt, zal vaak hoger zijn dan 70% nu in de individuele of collectieve arbeidsovereenkomst overeengekomen kan zijn, dat de werkgever tijdens ziekte een hogere aanspraak op loon behoudt.

Op grond van de Wet Werk en Inkomen naar Arbeidsvermogen (WIA) heeft een benadeelde na twee jaar loondoorbeta-

ling onder voorwaarden recht op een arbeidsongeschiktheidsuitkering. Tegenover het recht op een inkomensvoorziening bij arbeidsongeschiktheid, staat de plicht van de werknemer om zich actief in te zetten voor zijn re-integratie.

Bovenstaande geeft weer dat een benadeelde dient te voldoen aan verplichtingen uit verschillende rechtsgebieden. Op grond van het aansprakelijkheidsrecht dient de benadeelde zijn schade te beperken, en op grond van het arbeids- en socialezekerheidsrecht dient hij zich actief in te zetten voor zijn re-integratie. Deze verplichtingen komen inhoudelijk echter niet overeen. Op grond van het sociaal recht worden verdergaande inspanningen van het slachtoffer verlangd dan op grond van het aansprakelijkheidsrecht.

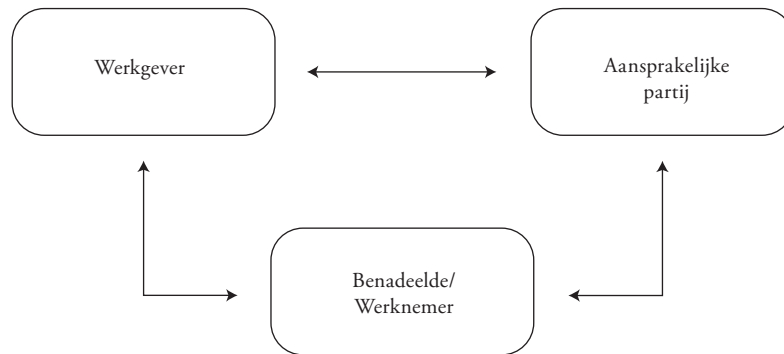
Wanneer een werknemer letsel oploopt door een oorzaak waarvoor een derde aansprakelijk is, kan zijn werkgever schade lijden. Wanneer een werknemer ziek wordt door toedoen van een derde, heeft de werkgever onder voorwaarden de mogelijkheid om zijn schade te verhalen. In dat geval heeft hij recht op vergoeding van de loon- en re-integratiekosten door de aansprakelijke derde.² Artikel 6:107a lid 2 BW bepaalt dat indien een werkgever krachtens artikel 7:629 lid 1 BW of krachtens individuele of collectieve arbeidsovereenkomst verplicht is tijdens ziekte of arbeidsongeschiktheid van de gekwetste het loon door te betalen, hij jegens de aansprakelijke derde recht heeft op schadevergoeding ten bedrage van het door hem betaalde loon, maar 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. Deze laatste beperking vormt het 'civiel plafond' en

* Mw. mr. M. Opdam is promovenda bij de Vrije Universiteit. Zij verricht promotieonderzoek naar de re-integratieverplichtingen van letselschadeslachtoffers. Dit onderzoek wordt gefinancierd door NWO.

1. Zie: Rb. Rotterdam (ktr.) 28 maart 2008, JA 2008, 106 waarin de kantonrechter tot het oordeel kwam dat het niet verrichten van de sollicitatie- en integratie-inspanningen die van een benadeelde verwacht mochten worden, leidt tot een schending van de schadebeperkingsplicht. Zie in hoger beroep: Hof Den Haag 22 december 2009, ECLI:NL:GHSGR:2009:BN1982. Zie over dit onderwerp ook: T. Hartlief, Het slachtoffer en zijn inkomensschade: hoe flexibel moet hij zijn in het belang van de dader?, in: F.T. Oldenhuis (red.), Schadebeperkingsplicht. Wie verwacht wat van wie?, Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2010, p. 35-58.

2. Schade zoals winst- of omzeterderving komt niet voor vergoeding in aanmerking. Zie hierover: J.P.M. van Zijl, Tien aanbevelingen voor de werkgever ten aanzien van de positie van de werkgever bij arbeidsongeschiktheid van werknemers, SMA 2005, p. 9 en M. Keijzer-de Korver, Schade van de werkgever bij arbeidsongeschiktheid werknemer door toedoen van een ander, TVP 2006, p. 122. Rb. Leeuwarden 21 november 2012, JA 2013, 13 m.nt. P.J. Klein Gunnewiek.

Figuur 1.



voorkomt dat de aansprakelijke meer schade dient te vergoeden nu er sprake is van een regresnemer.³

De geschetste situatie, waarin op de benadeelde inhoudelijk verschillende verplichtingen rusten, heeft gevolgen voor het regresrecht van de werkgever. In deze bijdrage bespreek ik vier knelpunten die zich ten gevolge van de wisselwerking tussen het aansprakelijkheidsrecht enerzijds en het sociaal recht anderzijds, voordoen bij de regresvordering van de werkgever ex artikel 6:107a lid 2 BW. De beschreven rechtsverhoudingen zijn hierboven schematisch weergegeven.

2. Onverplicht betaald loon

Artikel 6:107a lid 2 BW stelt dat de werkgever een verhaalsvordering toekomt voor het loon dat hij op grond van artikel 7:629 lid 1 BW of krachtens individuele of collectieve arbeidsovereenkomst *verplicht* is om tijdens ziekte van de werknemer door te betalen. De vraag kan aan de orde komen of de aansprakelijke partij aan dat vereiste een verweer kan ontlenen in situaties waarin gezegd zou kunnen worden dat de werkgever *niet* verplicht was om het loon van de werknemer door te betalen. Kan de aansprakelijke derde stellen dat de werkgever niet verplicht was om het loon van de werknemer door te betalen?⁴ Het lijkt erop dat de wetgever een wettelijke beperking heeft gecreëerd. De werkgever komt immers op grond van artikel 6:107a lid 2 BW slechts een regresrecht toe voor *verplicht* betaald loon en de regresbepaling zelf voorziet derhalve in een uitzondering.⁵ De situatie dat de werkgever onverplicht heeft betaald kan zich voordoen wanneer de werkgever door een fout in zijn loonadministratie te veel betaalt.⁶ Er kan zich echter ook een meer gecompliceerde situatie voordoen.

Op grond van artikel 7:629 lid 3 BW heeft de zieke werknemer geen recht op doorbetaling van zijn loon wanneer hij zijn re-integratieverplichtingen jegens de werkgever niet nakomt. Zo is de werknemer verplicht om passende arbeid te verrichten en om de genezing niet te belemmeren. Daarnaast kan de werknemer een recht op loondoorbetaling ontzegd worden wanneer de ziekte door zijn opzet is veroorzaakt. Stel nu dat de werknemer weigert passende arbeid te verrichten, maar de werkgever nalaat om te sanctioneren. Kan de aansprakelijke derde zich in het kader van de regresvordering nu verweren door te stellen dat het loon van de werknemer *onverplicht* is doorbetaald?

Er zijn verschillende argumenten aan te dragen waarom een dergelijk verweer niet zou moeten slagen. Na twee jaar van ziekte heeft de werknemer onder voorwaarden recht op een uitkering op grond van de WIA. Wanneer een letselschadeslachtoffer aanspraak kan maken op een uitkering op grond van de socialezekerheidswetgeving gaat dat ten laste van de collectieve middelen. Voor het UWV is daarom in deze wetten een regresrecht opgenomen dat vergelijkbaar is met artikel 6:107a BW. Artikel 99 WIA kent het UWV een verhaalsvordering toe voor de op grond van de WIA gemaakte kosten. In de WAO, de voorgangster van de WIA, is in artikel 90 WAO bepaald dat het UWV de krachtens de WAO gemaakte kosten kan verhalen op een eventuele aansprakelijke derde. De Hoge Raad overwoog over deze bepaling:

‘Onder “de krachtens deze wet gemaakte kosten”, bedoeld in art. 90 WAO, moeten worden verstaan de kosten, door de betrokken bedrijfsvereniging gemaakt op grond van een door haar of door de in art. 88 bedoelde beroepsrechter gegeven beslissing tot toekenning, herziening of heropening van een uitkering op grond van de WAO of enige op de WAO berustende uitvoeringsregeling. Dit brengt mee dat – zoals het hof met juistheid heeft geoordeeld – de rechter die heeft te beoordelen of een recht op verhaal bestaat, niet mag nagaan of voor de bedrijfsvereniging een plicht tot uitkering krachtens de WAO bestond, maar dat hij heeft te aanvaarden dat de beslissing van de bedrijfsvereniging of de beroepsrechter in overeenstemming met de WAO is gegeven. (...) Terecht heeft het hof overwogen

3. Zie hierover: T. Hartlief & G.E. van Maanen, Regresrecht voor werkgever ter zake van loonbetalingen na letseltoebrenging door een derde, SR 1996, p. 127; E.F.D. Engelhard, Regres. Een onderzoek naar het regresrecht van particuliere en sociale schadetrageders, Deventer: Kluwer 2003, p. 90-93; en Keijzer-de Korver 2006, p. 117-118.

4. W.H. van Boom, Uniformiteit gewenst. Naar een eenvormig verhaalsrecht voor verzekeraars en risicodrageders, in: W.H. van Boom, T. Hartlief & J. Spier, Regresrechten. Afschaffen, handhaven of uitbreiden, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink, p. 95-118.

5. Engelhard 2003, p. 307.

6. Engelhard 2003, p. 91-92 en 307.

dat zijn uitleg van art. 90 niet leidt tot een voor de aangesprokene onaanvaardbaar resultaat, nu deze niet gehouden is tot betaling van een hoger bedrag dan hij zou hebben moeten betalen wanneer hij bij ontbreken van een sociale verzekering als de onderhavige rechtstreeks door het slachtoffer zou zijn aangesproken.⁷

De rechter mag in het kader van het regres dus niet zelfstandig nagaan in hoeverre een uitkering wel verplicht werd gedaan, maar dient zich te conformeren aan het oordeel daarover van het UWV. Volgt hier nu uit dat de aansprakelijke derde niet aan de orde kan stellen dat de werkgever het loon van de zieke werknemer onverplicht zou hebben doorbetaald? Zoals in de volgende paragraaf wordt besproken, acht de Hoge Raad samenhang tussen het regresrecht van de werkgever en het regresrecht van de uitvoerders in het kader van de sociale zekerheid van belang.⁸ Het is verdedigbaar dat de werkgever een vergelijkbare beoordelingsruimte moet worden gelaten.⁹

Er bestaan nog meer argumenten waarom de aansprakelijke partij niet aan de orde zou moeten kunnen stellen dat de werkgever het loon van de werknemer onverplicht heeft doorbetaald. Stel dat de werkgever de zieke werknemer in de gelegenheid stelt om passende arbeid te verrichten bij een derde. De werkgever wil derhalve re-integratie in het tweede spoor inzetten. De werknemer zou kunnen weigeren om de voorgestelde arbeid te verrichten. Mogelijk ziet hij het (nog) niet zitten om bij een ander bedrijf aan de slag te gaan. In dat geval vervalt het recht op loondoorbetaling van de werknemer. Van de werknemer wordt op grond van het sociaal recht immers verlangd om passende arbeid te verrichten in het bedrijf van een andere werkgever, wanneer in het bedrijf van de eigen werkgever geen passende arbeid voorhanden is.¹⁰

Stel nu dat de werkgever besluit om de loondoorbetaling niet stop te zetten en de aansprakelijke partij in de gelegenheid wordt gesteld om in het kader van de regresvordering te verdedigen dat de werkgever daarmee het loon *onverplicht* heeft doorbetaald. Het springt in het oog dat de rechter in dat geval in het kader van de regresvordering zou dienen te beoordelen of de werknemer zijn arbeidsrechtelijke re-integratieverplichtingen heeft geschonden. Dit lijkt alleen al ongewenst omdat de werknemer zelf in de regresprocedure niet zal zijn betrokken. Daarnaast zou de werkgever met de loonkosten blijven zitten, wanneer een beroep van de aansprakelijke derde op de onverschuldetheid van de loonbetaling zou slagen. De werkgever

zou het loon niet als onverplicht betaald terug kunnen vorderen van de werknemer. De werkgever kan immers slechts een beroep doen op de uitzonderingsgronden voor het recht op loondoorbetaling op grond van artikel 7:629 lid 3 BW, indien hij de werknemer onverwijld in kennis heeft gesteld van de uitzonderingsgrond die zich voordoet, nadat bij hem het vermoeden van het bestaan daarvan is gerezen of redelijkerwijs had behoren te rijzen.¹¹

Het bovenstaande heeft tot gevolg dat de aansprakelijke partij een voordeel zou kunnen behalen door het bestaan van de loondoorbetalingsverplichting van de werkgever. Een schending door de werknemer van zijn re-integratieverplichting hoeft niet te betekenen dat de benadeelde geen recht heeft op vergoeding van arbeidsvermogensschade jegens de aansprakelijke derde. De zieke werknemer heeft tegenover de aansprakelijke derde op grond van artikel 6:101 BW de verplichting om de omvang van de schade te beperken, voor zover dat redelijkerwijs van hem gevergd kan worden.¹² Een schending door de werknemer van de re-integratieverplichtingen op grond van het sociaal recht heeft echter niet steeds tot gevolg dat de werknemer zijn schadebeperkingsplicht heeft geschonden.¹³ De inhoud van deze normen valt niet samen. Bij de schadebeperkingsplicht is, in tegenstelling tot de arbeidsrechtelijke re-integratieverplichtingen, terughoudendheid geboden. Hier geldt immers de aansprakelijkheidsrechtelijke redenering dat het de aansprakelijke partij is die de benadeelde in de positie heeft geplaatst waarin hij is gehouden om zijn schade te beperken.¹⁴ Dit kan er bijvoorbeeld in resulteren dat werkgever en werknemer hun pijlen langer mogen richten op re-integratie in het eerste spoor. In de hiervoor geschetste situatie, dat de werkgever de loonbetaling niet stopzet omdat de werknemer (nog) niet meewerkt aan re-integratie 'in het tweede spoor', is dus heel goed denkbaar dat schending van de schadebeperkingsplicht jegens de aansprakelijke derde nog niet aan de orde is.

In het geval dat de werknemer wel een schending van zijn schadebeperkingsplicht kan worden verweten, heeft dit tot gevolg dat de aansprakelijke partij zich met een beroep op het civiel plafond kan verweren tegen de regresvordering van de werkgever.¹⁵ Wanneer de werkgever het loon nog steeds doorbetaalt, kan de aansprakelijke partij stellen dat hij bij onverminderde honorering van de regresvordering meer zou moeten vergoeden, dan het geval zou zijn geweest bij een rechtstreekse vordering van het slachtoffer. Dit laat zien dat

7. HR 23 februari 1990, NJ 1991, 574. Zie hierover: Engelhard 2003, p. 312 e.v., met literatuurverwijzingen. Zie ook: HR 7 januari 2000, RvdW 2000,14, waarin de Hoge Raad oordeelde dat de schadeverzekeraar ook regres kan nemen voor uitkeringen die mogelijk niet verplicht zijn gedaan. Zie over dit onderwerp meer uitgebreid W.H. van Boom, Verhaalsrechten van verzekeraars en risicodragers, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 62-67 en Engelhard 2003, p. 310.
8. HR 9 juli 2004, JA 2004, 4.
9. Zie hierover: I.P. Asscher-Vonk e.a., De zieke werknemer, Deventer: Kluwer 2007, p. 347-350. Zie hierover ook: Van Boom 2000, p. 64.
10. Art. 7:658a lid 1 BW jo. 7:660a onder c BW.

11. Art. 7:629 lid 7 BW.

12. Zie hierover: A.L.M. Keirse, Wie is bang voor de schadebeperkingsplicht?, TVP 2002, p. 69-79.

13. M. Opdam, Schadebeperking en de verplichting om passende arbeid te verrichten, TVP 2009, p. 100-108 en W.H. van Boom, De gevolgen van Poortwachter voor de civiele letselschadepraktijk, NJB 2004, p. 933.

14. A.L.M. Keirse, Schadebeperkingsplicht. Over de eigen schuld aan de omvang van de schade, Deventer: Kluwer 2003, p. 118.

15. Dit verweer wordt door de verzekeraar jegens het UWV gevoerd in: Rb. Amsterdam 30 juni 2010, VR 2012, 78. Zie hierover: E.F.D. Engelhard, Voorbij de grenzen van het wettelijk regresrecht van werkgevers en sociale risicodragers, AV&S 2011, 20.

het in het geval van een schending van de re-integratieverplichtingen door de werknemer ook niet nodig is dat de aansprakelijke zich zou kunnen verweren met de stelling dat de werkgever het loon *onverplicht* heeft doorbetaald; het 'gewone' beroep op het civiel plafond staat hem dan ter beschikking.¹⁶

3. Schadebeperkingsplicht van de werkgever

In deze paragraaf behandel ik de 'schadebeperkingsplicht' van de werkgever. De werkgever heeft op grond van het BW de verplichting om de werknemer te re-integreren. In artikel 7:658a lid 1 BW is bepaald dat de werkgever dient te bevorderen dat de zieke werknemer wordt ingeschakeld in de arbeid in zijn bedrijf. Indien dit niet langer tot de mogelijkheden behoort, is de werkgever gedurende het tijdvak waarin de werknemer recht heeft op doorbetaling van zijn loon, verplicht om de inschakeling in het bedrijf van een ander te bevorderen.

Wanneer de werkgever onvoldoende inspanningen heeft verricht ter re-integratie van de werknemer, kan de vraag worden gesteld of de aansprakelijke partij zich nu tegen de regresvordering van de werkgever kan verweren door te stellen dat de werkgever de schade heeft vergroot. Bestaat er in dit geval de ruimte om de vergoedingsplicht van de aansprakelijke partij te verminderen?

Het UWV heeft de verplichting om de verzekerde die recht heeft op een uitkering in verband met zijn arbeidsongeschiktheid te re-integreren.¹⁷ De Hoge Raad heeft zich in het arrest Interpolis/bedrijfsvereniging reeds uitgelaten over de situatie waarin de publieke uitvoerder een verwijt kon worden gemaakt met betrekking tot de re-integratie van de benadeelde.¹⁸ In artikel 90 WAO is, zoals reeds vermeld, bepaald dat het UWV voor de krachtens de WAO gemaakte kosten, verhaal heeft op diegene die in verband met het veroorzaken van de arbeidsongeschiktheid, jegens de verzekerde naar burgerlijk recht, tot schadevergoeding verplicht is. De Hoge Raad overwoog hierover:

'Terecht heeft het Hof aangenomen dat het karakter van het verhaal door de bedrijfsvereniging, zoals dit door art. 90 WAO is geregeld, zich verzet tegen het aannemen van een niet in de wettelijke regeling voorziene beperking van dat verhaal op de grond dat de GMD (Gemeenschappelijke Medische Dienst) zou zijn tekort geschoten als door het middel bedoeld, en dat dit tekort schieten aan de verhaalsoekende bedrijfsvereniging zou kunnen worden toegerekend. Ook zonder een zodanige beperking wordt

de voor de veroorzaking van de arbeidsongeschiktheid aansprakelijke partij wettelijk niet met een zwaardere aansprakelijkheid belast dan zij zou hebben gedragen bij het ontbreken voor het slachtoffer van aanspraken krachtens de WAO. Voor zover het stelsel van de WAO er in de praktijk toe zou leiden, dat arbeidsongeschiktheid ten gevolge van ongevallen waarvoor anderen aansprakelijk zijn, langer zou duren dan zonder het bestaan van deze wettelijke regeling het geval zou zijn, is het aan de wetgever daartegen de door hem gewenst geachte voorzieningen te treffen.'

De aansprakelijke derde kan derhalve niet aan de orde stellen dat de schade van de benadeelde door het handelen van het UWV is vergroot. De Hoge Raad overwoog hierover dat de aansprakelijke partij niet met een zwaardere aansprakelijkheidslast wordt geconfronteerd, dan wanneer het slachtoffer geen recht had op aanspraken krachtens de WAO.¹⁹ Deze overweging vindt zijn grondslag in het civiel plafond. Voor de vaststelling van het civiel plafond zijn, zoals door het hof werd geoordeeld, omstandigheden van belang 'die naar burgerlijk recht de omvang van de schadevergoeding van de aansprakelijke persoon jegens de verzekerde zelf bepalen'. Zo kan bijvoorbeeld worden gedacht aan eigen schuld aan de zijde van de benadeelde. Mogelijk kon in deze casus de vraag aan de orde worden gesteld of de schade nog wel was toe te rekenen aan het handelen van de aansprakelijke partij, in het kader van het vereiste van causaal verband.²⁰

In het geval dat een werkgever zich onvoldoende heeft ingespanssen voor de re-integratie van zijn werkgever verdient een beoordeling over de boeg van de schadebeperkingsplicht echter de voorkeur boven een beperking van de aansprakelijkheid van de dader wegens het ontbreken van causaal verband. Dit geeft de ruimte om de schade die het gevolg is van zowel het handelen van de dader als van de werkgever over beide partijen te verdelen. In het verleden bestond ook discussie over de grondslag van de verplichting voor de benadeelde jegens de aansprakelijke derde om de schade niet onnodig te laten ophopen. Met de invoering van artikel 6:101 BW staat vast dat de schadebeperkingsplicht als grondslag heeft te gelden.²¹

De Hoge Raad neemt voorts aan dat er geen ruimte is voor een beperking van de vordering van de bedrijfsvereniging (thans UWV), nu daarin niet door de wet is voorzien. De vraag is daarom aan de orde of de wetgever heeft voorzien in een beperking van de verhaalsvordering van de werkgever in het geval dat hij is tekortgeschoten bij de re-integratie van de werknemer. De schadebeperkingsplicht op grond van artikel 6:101 BW kan mogelijk als grondslag voor een beperking van de vergoedingsplicht worden gezien. De werkgever komt een verhaalsvordering toe op grond van artikel 6:107a lid 2 BW. De bepaling spreekt over een recht op 'schadevergoeding'

16. De behoefte aan een mogelijkheid om te beoordelen of een werkgever verplicht was om het loon van de werknemer door te betalen bestaat wel in de zeer theoretische situatie dat de benadeelde na 104 weken in aanmerking komt voor een WW-uitkering maar de werkgever uit coulance blijft doorbetalen. Deze behoefte bestaat slechts in het geval dat nog steeds sprake is van causaal verband tussen het ongeval en het niet werken.

17. Art. 30a lid 1 SUWI.

18. HR 9 februari 1979, NJ 1979, 400.

19. Zie kritisch: Van Boom 2000, p. 93-94.

20. Zie de conclusie van de A-G en de noot bij HR 9 februari 1979, NJ 1979, 400.

21. Zie over deze discussie: Keirse 2003, p. 43-56.

voor de werkgever, voor het door hem betaalde loon. De bepaling staat in Afdeling 10 van Boek 6 BW, over de wettelijke verplichting tot schadevergoeding. In dezelfde afdeling is ook artikel 6:101 BW opgenomen, waarin de schadebeperkingsplicht is neergelegd. In zoverre lijkt de wet reeds te voorzien in een beperking voor het geval dat de werkgever zich onvoldoende inspant voor de re-integratie van de werknemer.²² Ook de rechtspraak lijkt uit te gaan van de mogelijkheid van een beroep op de schadebeperkingsplicht van de werkgever door de aansprakelijke partij.²³

Hoewel de wettekst daarover geen misverstand lijkt te laten bestaan, heeft de Hoge Raad in 2004 beslist dat de vordering van de werkgever op grond van artikel 6:107a lid 2 BW, niet kan worden aangemerkt als een vordering tot schadevergoeding.²⁴ Dit arrest is gewezen in verband met een vordering tot de vergoeding van buitengerechtelijke kosten, in het kader van artikel 6:96 lid 2 sub b BW. De Hoge Raad baseerde dit oordeel op de vergelijking met het verhaalsrecht voor het ziekenfonds, waarvan eerder was geoordeeld dat geen sprake was van een vordering tot schadevergoeding.²⁵ De bepaling van artikel 6:96 lid 2 onder b BW werd echter in beide gevallen wel van overeenkomstige toepassing geacht.

De Hoge Raad oordeelde, onder verwijzing naar de conclusie van de procureur-generaal, dat de aanvaarde opvatting wordt gerechtvaardigd door 'de samenhang die bestaat tussen het verhaalsrecht van de werkgever en de verhaalsrechten die zijn gebaseerd op de sociale zekerheidswetten'. De procureur-generaal had in zijn conclusie weliswaar opgemerkt dat de bepaling van artikel 6:107a lid 2 BW is opgenomen in afdeling 10 van Boek 6 BW, maar dit deed naar zijn oordeel niet af aan het oordeel dat geen sprake is van een vordering tot schadevergoeding.

De redenering van de Hoge Raad is opmerkelijk. Artikel 6:107a lid 2 BW spreekt expliciet over recht op schadevergoeding van de werkgever. Daarnaast is in de memorie van toelichting bij de bepaling door de wetgever opgemerkt:

'Met de adviesorganen is het kabinet van mening dat de huidige situatie ongewenst is. Vandaar dat in dit wetsvoorstel aan werkgevers voor de voor hen belangrijkste risico's een recht op schadevergoeding zal worden toegekend, dat wil zeggen voor de doorbetaling van loon tijdens ziekte en voor de overeengekomen aanvullingen op ziekengeld- en arbeidsongeschiktheidsuitkeringen.'²⁶

Wanneer echter, in de lijn van de Hoge Raad, moet worden aangenomen dat de verhaalsvordering van de werkgever niet kan worden aangemerkt als een recht op schadevergoeding, kan een schadebeperkingsplicht van de werkgever technisch gezien ook niet aan de orde zijn.

Het kan mijns inziens echter niet zo zijn dat de werkgever niet geconfronteerd kan worden met zijn tekortkoming op het gebied van de re-integratie van de werknemer, indien voor de ziekte van de werknemer een derde aansprakelijk is.²⁷ Wanneer wordt verdedigd dat slechts het civiel plafond als verweermiddel kan worden opgeworpen, heeft de werkgever in het geval dat een derde aansprakelijk is voor de ziekte van zijn werknemer een grote mate van vrijheid om zijn re-integratietoon te verwaarlozen. Hij zou het hele probleem kunnen afschuiven op het bordje van de aansprakelijke derde. Mijns inziens zou dit leiden tot een onwenselijke wisselwerking tussen het aansprakelijkheidsrecht en het arbeidsrecht.

Deze situatie onderscheidt zich van de problematiek die is geschetst in de vorige paragraaf waarin het civiel plafond wel afdoende bescherming kon bieden. Indien de werkgever het loon van de werknemer *onverplicht* doorbetaalt terwijl de werknemer zijn re-integratieverplichtingen schendt, kan het gedrag van de werknemer in het kader van het civiel plafond worden getoetst aan zijn schadebeperkingsplicht. Wanneer de werkgever zich verwijtbaar opstelt inzake het re-integratieproces is een schadebeperkingsplicht aan zijn kant in het geheel niet aan de orde. Slechts een doorbreking van het causaal verband ten gevolge van het handelen of nalaten van de werkgever, kan hem over de boeg van het civiel plafond worden tegengeworpen.

Een voorbeeld kan dit illustreren. Een bagagemedewerker op Schiphol raakt bij een ongeval, waarvoor een derde aansprakelijk is, gewond aan zijn hand. Hij breekt daarbij twee middenhandsbeentjes en er is een operatie nodig om deze botjes, door middel van metalen pinnen, te fixeren. Gedurende zes maanden tot een jaar zal hij niet in staat zijn om zwaar te tillen. Dit maakt hem ongeschikt voor zijn werkzaamheden als bagagemedewerker. De verwachting is echter dat hij zijn functie na maximaal een jaar weer geheel zal kunnen vervullen. Wanneer op hem geen schadebeperkingsplicht rust, hoeft de werkgever in dit geval geen maatregelen te nemen ter re-integratie van de werknemer. Dit terwijl er mogelijk verschillende passende functies voorhanden zijn die de werknemer tijdelijk zou kunnen uitoefenen. Het is van belang dat de werknemer niet te lang inactief is. Wanneer zijn letsel na een jaar door complicaties toch ernstiger blijkt te zijn en terugkeer naar de eigen werkzaamheden opeens niet meer tot de mogelijkheden behoort, kan een grote afstand tot de arbeidsmarkt zijn positie in het kader van de re-integratie verslechteren. Gesteld zou kunnen worden dat de werknemer aan zijn werkgever dient

22. Zie ook: Engelhard 2003, p. 309.

23. Rb. Zwolle 12 juli 2006, ECLI:NL:RBZLY:2006:AZ9309, Rb. Rotterdam 15 september 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BN8812, Rb. Rotterdam 9 maart 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BP6550 en Rb. Leeuwarden 21 november 2012, JA 2013, 13.

24. HR 9 juli 2004, JA 2004, 4.

25. HR 26 september 2003, RvdW 2003, 154.

26. Kamerstukken II 1994/95, 24 326, nr. 3, p. 9.

27. Zie in deze zin ook: Van Boom 2000, p. 94. Van Boom trekt de vergelijking met de situatie dat de werkgever en de aansprakelijke partij hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de schade.

voor te stellen om andere werkzaamheden te verrichten. Een schending van de schadebeperkingsplicht van de werknemer zal in een dergelijk geval echter niet gemakkelijk kunnen worden aangenomen. Het is maar de vraag of van de werknemer verlangd kan worden dat hij juridische stappen onderneemt tegen zijn werkgever. Daarnaast worden fouten in het re-integratieproces van de werkgever op grond van de jurisprudentie van de Hoge Raad niet aan de werknemer toegerekend.²⁸ Van de werknemer kan in het kader van de schadebeperkingsplicht niet snel verwacht worden dat hij zijn werkgever aanspreekt op zijn inactieve houding bij de re-integratie.

Ik ben van mening dat de werkgever in het kader van zijn regresvordering gehouden moet zijn aan de schadebeperkingsplicht. Een andere zienswijze leidt tot onbillijke resultaten.

Gelet op de jurisprudentie van de Hoge Raad geldt voor het handelen van het UWV geen schadebeperkingsplicht. Nu is het UWV een overheidsorgaan en derhalve gebonden aan de beginselen van behoorlijk bestuur. Daarnaast is er sprake van publieke controle. Mogelijk ligt hierin de rechtvaardiging dat ook geen behoefte bestaat aan een schadebeperkingsplicht voor deze publieke uitvoerder. In lijn met de opvatting van de Hoge Raad is het wenselijk dat de wetgever ook een wettelijke beperking op het verhaalsrecht van het UWV introduceert in de vorm van een schadebeperkingsplicht, wanneer zou blijken dat het UWV zijn re-integratietraak veronachtzaamt in het geval dat voor de arbeidsongeschiktheid van de verzekerde een derde aansprakelijk is.

4. Regres bij een loonsanctie

Wanneer de werkgever zich onvoldoende inzet voor de re-integratie van de werknemer kan het UWV hem een sanctie opleggen. Artikel 25 lid 9 WIA jo. artikel 7:629 lid 11 BW bepaalt dat wanneer de werkgever zijn re-integratie-inspanningen niet is nagekomen, het UWV het tijdvak gedurende welke de werkgever verplicht is om het loon van de zieke werknemer door te betalen, verlengt. De verlenging beslaat maximaal één jaar. Het is onduidelijk of de werkgever in dat geval het loon dat hij aan de benadeelde betaalt gedurende het verlengde tijdvak, kan verhalen op de aansprakelijke derde op grond van artikel 6:107a lid 2 BW. Het kan echter wenselijk zijn dat de loonsanctie wel verhaalbaar is. Een voorbeeld kan dit verhelderen.

Stel, een vrouw is in dienst als wijkverpleegkundige. Haar overkomt een ongeval ten gevolge waarvan zij last blijft houden van whiplashklachten. Het is voor de benadeelde niet langer mogelijk om haar werkzaamheden fulltime te verrichten. Ze re-integreert in haar eigen functie voor 24 uur per week. Er bestaan echter andere minder inspannende functies die de benadeelde wel fulltime zou kunnen verrichten. Er bestaat echter ook een kans dat re-integratie in een fulltime functie niet zal slagen. Nu de benadeelde niet re-integreert in een andere functie legt het UWV aan de werkgever een loonsanc-

tie op. Er is volgens het UWV geen bevredigend resultaat behaald.

De schade van de werkgever is in dit voorbeeld beperkt. De werkgever is een jaar langer gehouden om 70% van het loon van de benadeelde door te betalen. Met de werkzaamheden behaalt het slachtoffer reeds een loonwaarde van 60%. Maar is het nu redelijk dat 10% van het loon van de benadeelde voor rekening van de werkgever blijft? Er is immers een derde aansprakelijk voor het letsel van het slachtoffer.

Op grond van het aansprakelijkheidsrecht is de werknemer niet gehouden om de fulltime werkzaamheden te gaan verrichten. Aan haar komt de vrijheid toe om haar leven naar eigen inzicht in te richten.²⁹ Nu een derde aansprakelijk is voor het letsel dient terughoudend te worden omgegaan met de re-integratieverplichtingen van de benadeelde. De benadeelde kan daarom geen schending van de schadebeperkingsplicht worden tegengeworpen wanneer zij weigert om een functie te verrichten waarvan de kans bestaat dat deze te zwaar zal blijken te zijn. Dit pleit er mijns inziens voor dat de arbeidsvermogensschade ten bedrage van de loonsanctie voor rekening komt van de aansprakelijke derde. Wanneer de benadeelde de arbeidsvermogensschade rechtstreeks van de dader had gevorderd was hij hiervoor immers ook aansprakelijk geweest.³⁰

Artikel 6:107a lid 2 BW stelt dat de werkgever voor het geval dat hij krachtens artikel 7:629 lid 1 BW verplicht is het loon van de benadeelde te betalen, recht heeft op schadevergoeding ten bedrage van het door hem betaalde loon. Artikel 7:629 lid 1 BW bepaalt dat de zieke werknemer gedurende 104 weken recht heeft op loondoorbetaling. Lid 11 van artikel 7:629 BW verlengt het tijdvak uit lid 1 met de duur van het verlengde tijdvak dat het UWV heeft vastgesteld, in het geval dat de werkgever zijn re-integratie-inspanningen niet is nagekomen. Is in het geval dat het tijdvak wordt verlengd op grond van artikel 25 lid 9 WIA jo. artikel 7:629 lid 11 BW, nog sprake van door de werkgever verplicht te betalen loon in de zin van artikel 6:107a lid 2 BW? Slechts in dat geval kan hij het loon dat hij doorbetaalt gedurende het verlengde tijdvak verhalen op de aansprakelijke partij.

Op het moment dat artikel 6:107a BW in werking trad, bestond de mogelijkheid voor het UWV om de werkgever een sanctie op te leggen door middel van het verlengen van de loondoorbetalingsverplichting nog niet.³¹ Het is daarom onduidelijk of de werkgever het loon dat hij aan de benadeelde betaalt gedurende het verlengde tijdvak, kan verhalen op de aansprakelijke derde. Naar mijn mening verlengt lid 11 van artikel 7:629 BW het tijdvak van 104 weken uit lid 1 van de

28. HR 9 februari 1979, NJ 1979, 400.

29. Zie: W. Dijkshoorn, Keuzevrijheid op het grensvlak tussen vermogensschade en ander nadeel, TVP 2007, p. 69 en T. Hartlief, Flexibiliteit en mobiliteit in het schadevergoedingsrecht, WPNR 2008, p. 842.

30. Dit voorbeeld is ontleend aan HR 14 december 2007, RvdW 2008, 18. Zie ook de conclusie van de A-G bij dit arrest.

31. Art. 6:107a BW trad in werking in 1996, Stb. 1995, 691. De Wet verbetering poortwachter creëerde in 2002 de mogelijkheid voor het UWV om de loondoorbetalingsverplichting van de werkgever te verlengen, Stb. 2001, 628.

bepaling. Er is daarom gedurende het verlengde tijdvak sprake van loon dat de werkgever krachtens lid 1 van artikel 7:629 BW verplicht is te betalen.

In de literatuur is door Chen betoogd dat de regresbepaling van artikel 6:107a BW niet geldt voor loon dat is doorbetaald gedurende het verlengde tijdvak.³² Als argument voert hij aan dat de bepaling slechts verwijst naar lid 1 van artikel 7:629 BW. Verder merkt Chen op:

‘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.’

Met deze redenering lijkt Chen ervan uit te gaan dat de grondslag voor de betalingsplicht van de derde is gelegen in een onrechtmatige gedraging van de dader jegens de werkgever. Voor een regresvordering is dat echter geenszins vereist.³³ Regresvorderingen kennen hun eigen grondslag. Artikel 6:107a BW geldt als grondslag voor de verhaalsvordering van de werkgever. Wanneer men aanneemt dat een opgelegde loonsanctie de termijn van artikel 7:629 lid 1 verlengt, is regres wel mogelijk. Dit is een redelijke uitkomst nu de aansprakelijke persoon nooit meer vergoedt dan hij dient te vergoeden indien er voor de werknemer geen recht op loondoorbetaling door de werkgever zou bestaan. Het civiel plafond heeft steeds tot gevolg dat de aansprakelijke partij niet wordt benadeeld.

Deze opvatting leidt echter tot een meer billijke uitkomst wanneer aan de werkgever, zoals door mij bepleit, een (analoge) schadebepaalkingsplicht moet kunnen worden tegengeworpen jegens de aansprakelijke partij, in het geval dat hij onvoldoende inspanningen heeft verricht om de benadeelde te re-integreren. In dat geval wordt de werkgever een regresvordering voor het loon dat hij doorbetaalt gedurende het verlengde tijdvak, bij schending van zijn schadebepaalkingsplicht (deels) ontzegd. Dit heeft tot gevolg dat de financiële gevolgen van de fouten die gemaakt worden in het re-integratieproces, bij de verantwoordelijke partij worden neergelegd. Met een schending van de re-integratieverplichtingen is een schending van de schadebepaalkingsplicht echter nog niet gegeven, nu bij deze laatste verplichting terughoudendheid dient te worden

betracht. Het handelen of nalaten van de werkgever dient in zijn verhouding met de aansprakelijke partij te worden beoordeeld naar de normen uit het aansprakelijkheidsrecht. Wanneer een loonsanctie is opgelegd betekent dit derhalve niet dat de werkgever ook automatisch een schending van de schadebepaalkingsplicht kan worden verweten.

Het is mijns inziens omwille van de rechtszekerheid noodzakelijk dat de wetgever in artikel 6:107a BW opneemt dat ook het loon dat de werkgever betaalt gedurende het verlengde tijdvak voor regres in aanmerking komt.

5. Werkzaamheden verricht gedurende de periode van verplichte loondoorbetaling

Een ander heikel punt doet zich voor wanneer de werknemer tijdens ongeschiktheid voor de bedongen arbeid andere werkzaamheden verricht. Wanneer de werkgever financieel voordeel behaalt doordat de werknemer in het kader van zijn re-integratie weer aan de slag is, is het onredelijk dat hij de gehele loonsom als ‘schade’ kan verhalen op de aansprakelijke partij.

Artikel 6:107a lid 2 BW bepaalt dat de werkgever een regresvordering toekomt voor het door hem betaalde loon krachtens artikel 7:629 lid 1 BW. Wanneer de werknemer werkzaamheden verricht tegen loonwaarde is lid 5 van artikel 7:629 BW van belang. Lid 5 schrijft voor dat de loondoorbetalingsverplichting van de werkgever wordt verminderd met het bedrag van de inkomsten door de werknemer in of buiten dienstbetrekking genoten voor werkzaamheden die hij heeft verricht gedurende de tijd dat hij, zo hij daartoe niet verhinderd was geweest, de bedongen arbeid had kunnen verrichten. Wanneer de werknemer werkzaamheden verricht tegen loonwaarde kan niet gezegd worden dat de werkgever het gehele loon van de werknemer krachtens artikel 7:629 lid 1 BW betaalt. Hij kan de loonwaarde van de arbeid die de werknemer verricht, in mindering brengen op zijn loondoorbetalingsverplichting op grond van artikel 7:629 lid 1 BW.³⁴

Het is in dit kader dus van belang of aan de werkzaamheden die de werknemer verricht tijdens ziekte loonwaarde kan worden toegekend.³⁵ In dat geval wordt de regresvordering van de werkgever verlaagd met deze inkomsten. Wanneer de werknemer passende arbeid verricht bij zijn werkgever, of in het kader van een tweedespoortraject, is het aannemelijk dat hieraan een loonwaarde gekoppeld kan worden. Het is echter gecompliceerder wanneer de werknemer op arbeidstherapeutische basis werkzaamheden verricht. In dat geval wordt aangenomen dat de werkzaamheden in de eerste plaats tot doel hebben om de re-integratiepositie van de werknemer te versterken en dat aan de werkzaamheden geen loonwaarde gekoppeld kan worden.³⁶ In dat geval vindt krachtens artikel 7:629 lid 5 BW

32. W.W.Y. Chen, De reikwijdte van het regresrecht van de werkgever ex art. 6:107a BW, TAP 2012, p. 378.

33. R. Rijnhout, Schadevergoeding voor derden in personenschadezaken. Een rechtsvergelijkende studie naar de artikelen 6:107 en 6:108 BW in relatie tot het onrechtmatige daadsrecht en het schadevergoedingsrecht (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2012, p. 11.

34. Het is derhalve niet noodzakelijk om het leerstuk van voordeelstoerekening ex art. 6:100 BW toe te passen.

35. Zie voor een voorbeeld: Rb. Rotterdam 21 januari 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:BH2248.

36. Beleidsregels beoordelingskader Poortwachter, Stcrt. 2002, 236, zoals sindsdien gewijzigd.

geen vermindering van de loondoorbetalingsverplichting van de werkgever plaats. Het is daarmee mijns inziens echter nog niet gezegd dat de werkgever daadwerkelijk geen financieel voordeel heeft.

Het is voor de aansprakelijke partij moeilijk om zicht te krijgen op de omvang van de regresvordering.³⁷ Het is voor de derde echter van belang om te weten of werkzaamheden al dan niet op arbeidstherapeutische basis worden verricht. Wanneer de werknemer passende arbeid verricht, dient de aansprakelijke partij te weten welke loonwaarde precies aan deze werkzaamheden gekoppeld kan worden. De werkgever zou gemakkelijk kunnen stellen dat werkzaamheden worden verricht zonder loonwaarde ten behoeve van de re-integratie van de werknemer. De aansprakelijke derde doet er mijns inziens verstandig aan om zich kritisch op te stellen tegenover dergelijke standpunten. Het regresrecht op grond van artikel 6:107a BW zou niet met zich horen te brengen, dat de werkgever een gelukkig voordeel behaalt.

6. Tot slot

In deze bijdrage heb ik onderzocht welke knelpunten zich voordoen bij de regresvordering van de werkgever voor het loon dat hij de zieke werknemer doorbetaalt op grond van artikel 6:107a lid 2 BW. Vier knelpunten zijn aan het licht gekomen.³⁸

In de eerste plaats doet zich een probleem voor wanneer de werkgever het loon van de werknemer *onverplicht* heeft doorbetaald. Wanneer deze onterechte betaling verband houdt met een schending van de re-integratieverplichtingen door de werknemer, kan de aansprakelijke derde stellen dat de werknemer zijn schadebeperkingsplicht heeft geschonden. Het civiel plafond brengt vervolgens met zich dat de aansprakelijke derde niet verplicht kan worden om de gehele regresvordering van de werkgever te voldoen. Het is onwenselijk wanneer de aansprakelijke partij zich in de geschetste situatie steeds kan verweren met de stelling dat de werkgever het loon *onverplicht* heeft doorbetaald. Als dit verweer zou slagen zou de werkgever met de loonkosten kunnen blijven zitten waardoor de aansprakelijke partij een voordeel behaalt.

Een tweede en derde knelpunt is gesignaleerd wanneer de werkgever zelf onvoldoende inspanningen heeft verricht ten behoeve van de re-integratie van de werknemer. In dat geval zou de aansprakelijke partij zich op het standpunt moeten kunnen stellen dat de werkgever zijn schadebeperkingsplicht heeft geschonden. Het is echter de vraag of het huidige juridische kader de mogelijkheid biedt voor een dergelijk verweer.

Wanneer de werkgever echter niet op zijn verantwoordelijkheid kan worden gewezen om de schade te beperken heeft hij in feite een vrijbrief om zijn re-integratieverplichtingen te veronachtzamen. Een vergelijkbare situatie doet zich voor wanneer de werkgever door het UWV een loonsanctie is opgelegd. In beginsel is het mijns inziens mogelijk dat het loon dat de werkgever gedurende het verlengde tijdvak doorbetaalt, verhaald wordt op de aansprakelijke derde. Het is echter noodzakelijk dat het handelen van de werkgever kan worden getoetst aan de schadebeperkingsplicht.

Een vierde en laatste knelpunt wordt gezien wanneer de werknemer in het kader van zijn re-integratie loonvormende arbeid gaat verrichten. In dat geval wordt de regresvordering van de werkgever op grond van artikel 7:629 lid 5 jo. artikel 6:107a lid 2 BW verlaagd. De aansprakelijke partij heeft echter mogelijk te weinig zicht op de werkzaamheden van de benadeelde om een oordeel te kunnen vormen over de loonwaarde van deze werkzaamheden. Hij dient zich daarom kritisch op te stellen tegenover de informatie die hij ontvangt over het re-integratietraject van de werknemer.

37. Vergelijk W.H. van Boom, Het verhaalsrecht van de werkgever ex art. 6:107a BW, WPNR 1995, p. 864. Van Boom wijst erop dat het voor de aansprakelijke partij niet altijd mogelijk is om zicht te krijgen op de relevante cao.

38. In de praktijk doet zich nog een vijfde knelpunt voor. De vraag is vaker aan de orde gesteld of de werkgever een verhaalsrecht toekomt voor het bruto- dan wel het nettoloon. Zie bijvoorbeeld: Van Boom 2000, p. 67-68, Engelhard 2003, p. 90-93, Keijzer-de Korver 2006, p.120-122 en Chen 2012, p. 377-378.