

Door de werkgever gehanteerde cessie- en voorschotconstructies: het recht naar eigen hand gezet

*H.M. Storm**

1. INLEIDING

Cessie- en voorschotconstructies zijn juridische hulpmiddelen waarmee werkgevers jarenlang een uitgekristaliseerd systeem van rechtsregels op het gebied van de personenschade hebben getracht te omzeilen. Meestal met succes.¹ Na beschouwingen over de constructies en de rechtsregels die deze noodzakelijk maakten, en over de totstandkoming en inhoud van het zelfstandige verhaalsrecht dat in 1996 is ingevoerd ter vervanging van deze constructies, beantwoord ik de vraag of deze constructies ook voor de toekomst hun nut zullen behouden. Ik concludeer dat deze constructies niet meer bruikbaar zullen zijn, hoewel de rechtsregels op het gebied van de personenschade hun onrechtvaardige werking ten opzichte van derden zoals de werkgevers, nog grotendeels hebben behouden.

2. DE CONSTRUCTIES

De juridische hulpmiddelen werkten als volgt. Bij de voorschotconstructie werd in de individuele arbeidsovereenkomst of in de CAO bepaald dat bij arbeidsongeschiktheid van de werknemer door de schuld van een derde, al de betalingen door de werkgever aan de werknemer na het intreden van diens arbeidsongeschiktheid geacht worden te zijn gedaan als voorschot. Bij de cessieconstructie werd als bepaling opgenomen dat de betalingen aan de werknemer bij arbeidsongeschiktheid worden gedaan onder voorwaarde van cessie aan de werkgever van de rechten van de werknemer op de aansprakelijke derde. Op deze wijze kon de werkgever bijvoorbeeld de door hem gedane betalingen ter zake van loon vergoed krijgen, of-

* Mevr. mr. H.M. Storm is als senior jurist en advocaat werkzaam bij de ANWB.

1. Zie losbl. Kluwer Onrechtmatige daad (oud) II, nr. 358 e.v.

wel door de gewonde werknemer aan te spreken, die het bedrag bij de aansprakelijke derde kon verhalen (voorschotconstructie), ofwel door als gecedeerde de aansprakelijke partij rechtstreeks aan te spreken (cessieconstructie). Overigens werden de constructies vaak in combinatie gebruikt, waarbij de termen voorschot- of cessieconstructies door elkaar werden gebruikt.²

3. HET RECHT TOT 1996

Het systeem van rechtsregels dat bovengenoemde constructies in de ogen van de werkgevers noodzakelijk maakte, betreft het recht bij personenschade. De rechtsregels op dit gebied zijn lastig uit te leggen, maar in grote lijnen komt het erop neer dat aan derden die schade oplopen wegens letsel of overlijden van het directe slachtoffer, nauwelijks rechten toekomen. Het overkomt mij regelmatig dat juristen die niet bekend zijn met het personenschade-recht en aan wie ik deze regels uitleg, verontwaardigd reageren: als jegens een derde onrechtmatig is gehandeld, of is gewanpresteerd, dan heeft die derde toch zeker wel een recht op schadevergoeding, ook al heeft de onrechtmatige daad of wanprestatie tevens letsel van het directe slachtoffer tot gevolg? Het antwoord is nee, hoewel er natuurlijk altijd weer een paar uitzonderingen zijn.

Bij letsel komt in beginsel alleen aan het directe slachtoffer, de gekwetste, een recht op schadevergoeding toe, mits voldaan is aan de algemene vereisten van aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad of wanprestatie. Onder oud BW hadden derden bij letsel geen enkel recht, ook niet als de derde kon aantonen dat er een norm was geschonden die strekte tot bescherming van zijn belang. Deze regel werd in de rechtspraak en literatuur afgeleid uit art. 1407 (oud) BW, dat de gewonde recht gaf op vergoeding van kosten van herstel en schade bij letsel.³ Het standaard-arrest is HR 12 december 1986, NJ 1987, 958 (Rockwool/Poly). In de betreffende casus werd een werkgever getroffen door de luchtverontreiniging veroorzaakt door een naburig bedrijf. De werkgever leed schade doordat zijn bedrijfsmateriaal werd beschadigd (bevuiling van bedrijfsauto's,

2. Zie Hoogendijk, Arbeidsongeschiktheid en het verhaalsrecht van de werkgever, Sociaal Recht, 1994/1, p. 8 e.v. en Goethals, Wettelijk regresrecht werkgever, ArbeidsRecht 1996, p. 4 e.v.

3. Zie losbl. Kluwer Onrechtmatige daad (oud), II, aant. 356.

verstopping van dakgoten en aantasting van aluminium puien), en doordat er bovendien sprake was van bovenmatig ziekteverzuim van zijn werknemers door de luchtverontreiniging. De Hoge Raad bepaalde dat er sprake was van een onrechtmatige daad. Een verbod op het in de toekomst onrechtmatig handelen door verdere uitstoot van de stankhoudende en luchtverontreinigende lucht en afvalstoffen kon derhalve worden gevraagd. Ook de schade aan de zaken diende aan de werkgever te worden vergoed. De schade wegens het bovenmatig ziekteverzuim van de werknemers kwam volgens de Hoge Raad echter niet voor vergoeding in aanmerking: de werkgever was als derde in de zin van art. 1407 (oud) BW te beschouwen en had om die reden geen recht op schadevergoeding.

Het huidige BW biedt een nauwelijks afwijkend regiem. Art. 6:107 BW geeft derden slechts recht op de zogenaamde verplaatste schade: kosten die de derde heeft gemaakt ten behoeve van de gekwetste, en die de gekwetste zelf van de aansprakelijke persoon zou hebben kunnen vorderen, in het geval hij deze kosten zelf zou hebben gemaakt. Een bekend voorbeeld zijn de kosten van de taxi waarmee de gekwetste door de derde naar het ziekenhuis wordt gebracht, of de kosten van medische behandeling die door de derde zijn betaald. Volgens de parlementaire geschiedenis is, op deze uitzondering van verplaatste schade na, dezelfde regel als onder het oude BW van toepassing: derden hebben geen recht op schadevergoeding bij letsel van de direct gekwetste.⁴

Bij overlijden zijn de rechten van derden eveneens strikt afgeperkt, zowel ten opzichte van de kring van gerechtigden, als ten aanzien van de te claimen schadeposten. In het huidig BW is het zeer strikte regiem van art. 1406 (oud) BW wel iets verruimd.⁵ Art. 6:108 BW verleent een grotere groep van limitatief opgesomde nabestaanden een claim ter zake van gederfd levensonderhoud. Voorts hebben derden bij overlijden volgens het huidig BW recht op vergoeding van de begrafeniskosten, indien zij deze kosten hebben gemaakt.

4. Zie MvT Inv., Parl. Gesch. Inv., p. 1279 en Toelichting op de NvW 1 Inv., alsmede de MvA I Inv., Parl. Gesch. Inv., p. 1288-1289 en p. 1307-1308.

5. Zie losbl. Kluwer Schadevergoeding, art. 108, aant. 2.

4. DE POSITIE VAN DE WERKGEVER EN HET RECHT SINDS 1996

De werkgever die geconfronteerd wordt met één of meerdere zieke werknemers ten gevolge van een onrechtmatige daad of wanprestatie van een ander, kan op diverse wijzen schade lijden. Hij zal loon dienen door te betalen aan de zieke werknemer; hij dient wellicht een duurdere vervangende kracht aan te stellen, en in het ergste geval komt zijn bedrijf (gedeeltelijk) stil te liggen omdat de vereiste kennis niet langer aanwezig is om de zaak draaiende te houden.

Het was de werkgevers dan ook een doorn in het oog dat zij op grond van de hiervoor uiteengezette rechtsregels als derden, bij letsel en arbeidsongeschiktheid van hun werknemers, geen recht op schadevergoeding hadden. Diverse malen werd in de literatuur dit onrecht ook aan de kaak gesteld.⁶ De positie van de particuliere werkgever wordt dan met name afgezet tegen de positie van de overheid-werkgever. De overheid heeft immers sinds 1965 voor haarzelf een verhaalsrecht gecreëerd in de Verhaalswet Ongevallen Ambtenaren (VOA).⁷ Op grond van die wet heeft een overheidslichaam dat wegens arbeidsongeschiktheid aan zijn ambtenaar uitkeringen of verstrekkingen (waaronder loon) doet, recht om tot het bedrag van die betalingen verhaal te halen bij de voor de arbeidsongeschiktheid aansprakelijke persoon.⁸

De werkgevers hebben ten opzichte van andere derden die na-deel hebben bij het systeem bij personenschade één voordeel. Zij zijn een gemakkelijk identificeerbare groep, die bovendien (redelijk) georganiseerd is. Ik leid het altijd daarop terug dat het de werkgevers is gelukt wat andere derden bij letselschade niet lukt: zij krijgen een eigen recht tot verhaal van (een gedeelte van) hun schade. Daarvoor moest wel een lange weg worden afgelegd. Zoals gezegd begon het met de in de literatuur diverse malen herhaalde vermelding van het onrecht dat ontstaat voor derden, waarbij de werkgevers als voorbeeld werden genoemd. Vervolgens was er de totstandkoming van het huidige BW. In het Ontwerp Meijers was geen

6. E.M. Meijers, noot onder HR 2 april 1936, NJ 1936, 752; Mulderije, Preadvies NJV 1940, p. 113, Bloembergen, Schadevergoeding bij onrechtmatige daad, diss. Utrecht 1965, nr. 203 en 205, Brunner, Verhaalbaarheid van letselschade, VR 1975, p. 212.

7. Stb. 1965, nr. 354 (Kamerstukken, zitting 1964-1965, 7812).

8. Zie voor verwijzingen naar literatuur en jurisprudentie losbl. Kluwer Onrechtmatige Daad (oud), II, aant. 358a.

enkele beperking meer opgenomen voor personenschade. Aparte wetsartikelen voor personenschade, zoals het oud BW die kende in de art. 1406 en 1407, ontbraken in het ontwerp. Daarmee zou het personenschaderecht gelijk worden aan bijvoorbeeld het recht bij zaakschade: de kring van gerechtigden diende met de algemene regels van aansprakelijkheid (denk aan causaal verband en relativiteit) te worden afgebakend.⁹ Dit ontwerp ontmoette bezwaar – men vreesde een te grote druk op de aansprakelijke en daarmee op de aansprakelijkheidsverzekeraar – en een tussenweg werd gevonden in het gewijzigd ontwerp, opgenomen in de Invoeringswet Boeken 3, 5 en 6 (vijfde gedeelte): er kwam opnieuw een aparte regeling voor personenschade in art. 6.1.9.11a, doch deze was ten opzichte van de oude regeling van art. 1406 en 1407 verruimd.¹⁰ Onder de derden die gerechtigd zijn tot verhaal van hun schade waren begrepen de werkgever (voor wat betreft doorbetaald loon), de maatschap, vennootschap onder firma, rederij of BV (voor schade geleden als gevolg van letsel van een maat, vennoot, mede-eigenaar of bestuurder-aandeelhouder), en de derde die verplaatste kosten maakt of inkomen derft (doordat hij een persoonlijke relatie heeft met de gekwetste).

Ook deze versie haalde het niet. Tijdens de ‘Operatie Stofkam’ in 1983/1984 werden alle artikelen van het in te voeren BW nog eens nagekeken op de haalbaarheid tot invoering.¹¹ De invoering van het nieuwe BW dreigde immers vreselijk vertraagd te worden. Om de zaak te bespoedigen werden die artikelen die de rechter onnodig veel werk zouden gaan bezorgen, of die zonder veel problemen later konden worden ingevoerd, eruit gelicht. Zo ook met de regeling van de personenschade, men vreesde dat invoering van de gewijzigde vorm voor veel discussie en daarmee tot veel procedures zou leiden. Om die reden wijzigde men opnieuw de regeling, waarbij grotendeels werd teruggekeerd naar het oude regiem. Men voegde daar in de parlementaire geschiedenis wel aan toe dat het om een tijdelijke regeling zou gaan, die mede samenhang met de

9. Zie Toelichting Meijers, Parl. Gesch., p. 607 en 608.

10. Parl. Gesch. Inv. Boek 6, p. 1280 e.v.

11. Zie Hondius, Operatie Stofkam: de rol van de rechter in Nieuw BW teruggedrongen, Kwartaalbericht Nieuw BW 1984/0, p. 2 e.v.

(tijdelijke) regeling van regresrechten in het algemeen.¹² Het resultaat was dat de werkgevers op het gebied van de personenschade opnieuw zonder recht kwamen te staan.

Na de invoering van art. 6:107 e.v. BW komt het recht van de werkgever voor het eerst weer aan de orde in het advies van de SER uit 1993 inzake de invoering van regresrechten in het personenschade-recht.¹³ Bij de term regresrechten denkt men gewoonlijk aan de rechten van sociale verzekeraars, die verhaal zoeken voor de door hen bij arbeidsongeschiktheid gedane uitkeringen. De aanvraag van de regering betrof ook alleen deze regresrechten. Spontaan wijdt de SER in haar advies tevens een paragraaf aan een verhaalsrecht voor de loondoorbetalende werkgevers. Uiteraard hangt dit samen met het feit dat de werkgevers door de uitbreiding van hun loondoorbetalingsverplichting als het ware een deel van de taak van de sociale verzekeraar (i.c. de verplichting tot uitkering bij ziekte o.g.v. de Ziektewet, ten aanzien waarvan de Bedrijfsvereniging een verhaalsrecht had) hebben overgenomen. Ik kan mij echter niet aan de indruk onttrekken dat de spontane advisering van de SER tevens het werk is van een goed georganiseerde werkgevers-lobby.¹⁴

Na het SER-advies komt er in 1994 een wetsvoorstel ter invoering van regresrechten in de sociale volksverzekeringen. Dit ontwerp haalt een negatief oordeel van de Raad van State, en wordt ingetrokken.¹⁵ In het ingetrokken ontwerp was tevens een zelfstandig verhaalsrecht voor de werkgever opgenomen. De overheid besluit daarop de verschillende verhaalsrechten stapsgewijs in de verschillende sociale verzekeringen op te nemen. Het verhaalsrecht van de werkgever wordt weer geïntroduceerd als het in het wetsontwerp 'Nadere wijziging van een aantal sociale zekerheidswetten (technische verbeteringen in verband met de wetten TAV, TBA en

12. Parl. Gesch. Inv. Boek 6, p. 1409.

13. SER, Advies inzake regresrechten in de sociale verzekeringen, 17 september 1993, publicatie nr. 14.

14. Een brief van de Raad van Centrale Ondernemingsorganisaties (RCO) aan de Tweede Kamer naar aanleiding van het destijds aanhangige wetsvoorstel TZ, waarin werd aangedrongen op een zelfstandig verhaalsrecht voor de werkgever, lijkt tot deze uitbreiding in het SER-advies te hebben geleid, zie Hoogendijk, Arbeidsongeschiktheid en het verhaalsrecht van de werkgever, Sociaal recht 1994/1, p. 8.

15. Zie Beekman, Recente ontwikkelingen rondom het regresrecht, PS 1995/20, p. 1233.

TZ, alsmede enige andere wijzigingen)¹⁶ wordt opgenomen. Dit wetsontwerp lijkt slechts technische onderwerpen te bevatten, althans als men op de naam afgaat. Het blijkt echter het inhoudelijk belangrijke onderwerp van een verhaalsrecht voor de werkgever te bevatten. Elders heb ik al eens uiteengezet waarom ik het betreur dat de invoering van dit verhaalsrecht niet gepaard is gegaan met een grondige discussie over de strikte regels in het personenschade-recht voor wat betreft de rechten van derden.¹⁷ Voorlopig moeten wij het met deze ene uitzondering op die strikte regels doen. In december 1995 werd het wetsontwerp ingevoerd; het betreffende art. 6:107a BW trad vanaf 1 februari 1996 in werking. De wijze waarop het verhaalsrecht thans aldus is geregeld vraagt om nadere bestude-ring.

5. ART. 6:107A BW

Art. 6:107a BW geeft de werkgever een verhaalsrecht voor de loondoorbetalingen die de werkgever heeft gedaan, in geval van arbeidsongeschiktheid van zijn werknemer door de onrechtmatige daad of wanprestatie van een derde. Het verhaalsrecht is derhalve beperkt. Het betreft alleen loondoorbetalingen. Bovendien dienen deze loondoorbetalingen verplicht te zijn krachtens individuele of collectieve arbeidsovereenkomst. De invoering van het verhaalsrecht werd tijdens de parlementaire totstandkoming duidelijk gekoppeld aan het verhaalsrecht dat de Bedrijfsvereniging op grond van de Ziektewet heeft ten aanzien van uitkeringen gedaan bij ziekte. De financiële betrokkenheid van de werkgever bij ziekte-verzuim en arbeidsongeschiktheid is immers steeds meer uitgebreid, ten gunste van de verplichtingen van de Bedrijfsvereniging.

Omdat het verhaalsrecht van de werkgever tijdens de invoering zo sterk werd gekoppeld aan het verhaalsrecht van de Bedrijfsvereniging, kwam tevens een onderwerp dat controversieel is bij dat verhaalsrecht van de Bedrijfsvereniging uitvoerig aan de orde. Discussie ontstond over de vraag of het verhaalsrecht het netto- of het bruto-bedrag aan loonbetalingen omvat. In de toelichting gaat de regering uit van een netto-verhaal, dat wil zeggen dat alleen het

16. TK 1995-1996, 24 326; Stb. 1995, 691.

17. Storm, Een zelfstandig verhaalsrecht voor de werkgever: een juiste keuze?, NTBR 1996/4, p. 91 e.v.

loon, zonder de loonbelasting en premies, voor verhaal in aanmerking komt.¹⁸ De staatssecretaris herhaalt dit in de Eerste Kamer, hoewel hij zich daarbij afvraagt of dit wel juist is.¹⁹ Wij moeten er dus vanuit gaan dat art. 6:107a BW alleen recht geeft tot een netto-verhaal,²⁰ terwijl de werkgever op grond van een voorschotconstructie volgens de rechter een bruto-verhaal had.²¹

Er is nog een ander verschil dat in het oog springt als de cessie- en voorschotconstructies worden vergeleken met het verhaalsrecht uit art. 6:107a BW. De werkgever die zich beriep op een cessie- of voorschotconstructie kon zijn vordering gronden op alle in de wet beschikbare onrechtmatige daad-artikelen. Dit is anders bij het zelfstandige verhaalsrecht, omdat art. 6:107a BW is opgenomen in de Tijdelijke regeling verhaalsrechten (art. 6:197 BW). Dit betekent dat de werkgever zijn vordering enkel zal kunnen baseren op art. 6:162 BW (schuldaansprakelijkheid), en dus niet kan profiteren van de uitbreiding van de aansprakelijkheid die de invoering van het (nieuw) BW in 1992 in de vorm van de diverse risico-aansprakelijkheden bracht.

Dit roept de vraag op of er ook na invoering van art. 6:107a BW nog ruimte is voor hantering van de cessie- of voorschotconstructies.

6. DE CESSIE- EN VOORSCHOTCONSTRUCTIES: TOEKOMSTIG GEBRUIK?

Tot de invoering van art. 6:107a BW waren de cessie- en voorschotconstructies het enige middel dat de werkgever ter beschikking had om ten minste een deel van zijn schade, namelijk de schade voortvloeiende uit loondoorbetaling, te verhalen. Aanvankelijk bestond die verplichting tot loondoorbetaling 'voor een betrekkelijk korten tijd' op grond van art. 1638c (oud) BW, welke termijn nader werd gespecificeerd in het arbeidscontract of CAO. In de praktijk kwam dit meestal neer op een aanvulling van de uitkering krachtens de Ziektewet tot 100% van het loon. Vervolgens is die

18. TK 1995-1996, 24 326, nr. 3, p. 48.

19. EK 1995-1996, 24 326, nr. 119b, p. 2.

20. Zie ook Hartlief en Van Maanen, Regresrecht voor werkgever ter zake van loonbetalingen na letseltoebrenging door een derde, Sociaal Recht 1996/5, p. 127.

21. Hof Amsterdam 23 december 1993, VR 1995/2, nr. 23.

verplichting door de invoering van de Wet TZ²² uitgebreid tot betaling van het loon gedurende de eerste zes weken van de ziekte (met een uitzondering voor kleinere werkgevers; deze moesten de eerste twee weken loon doorbetalen). Uiteindelijk werd de verplichting nog verder uitgebreid: sinds 1 maart 1996 dienen werkgevers gedurende het gehele eerste jaar van de arbeidsongeschiktheid van hun werknemer het loon door te betalen.²³ Deze uitbreiding lijkt de voornaamste oorzaak te zijn geweest voor het alsnog invoeren van een zelfstandig verhaalsrecht.

Probleem bij de hantering van de cessie- en voorschotconstructie was altijd al dat duidelijk moest zijn dat de gekwetste werknemer geen recht zou hebben op loon respectievelijk suppletie van de ZW/WAO-uitkering indien hij een aanspraak had op een derde. Immers alleen dan kon er sprake zijn van een voorschot van de werkgever bij loondoorbetaling, en van een geldige cessie van de vordering van de werknemer wegens inkomensschade. Zou de werknemer immers een wettelijk of contractueel recht hebben op doorbetaling van loon gedurende zijn arbeidsongeschiktheid, dan lijdt de werknemer dus geen schade en valt er voor de werkgever niets te vorderen van de derde-aansprakelijke.²⁴ In het verleden schoot de (lagere) rechtspraak de werkgever dan ook te hulp door te bepalen dat het (oude) art. 7A:1638c BW slechts een waarborgfunctie had en dat de werkgever op grond van dit artikel niet verplicht was tot betaling van loon indien de arbeidsongeschikte werknemer zijn inkomensschade op een derde kon verhalen.²⁵

Dit leidt tot de conclusie dat de werkgever zich niet tegelijkertijd kan beroepen op het wettelijk verhaalsrecht en de cessie- en voorschotconstructies. Voor het bestaan van het verhaalsrecht vereist art. 6:107a BW dat de loondoorbetaling verplicht is; het succesvol gebruik van de cessie- en voorschotconstructie vereist juist een onverplichte betaling door de werkgever, als voorschot op de door de werknemer te ontvangen schadevergoeding.

22. Wet terugdringing ziekteverzuim, Stb. 1993, 750.

23. Wet uitbreiding loondoorbetalingsverplichting bij ziekte, Stb. 1996, 134.

24. Zie over deze problematiek ook Goethals, Wettelijk regresrecht werkgever, *ArbeidsRecht* 1996, p. 5-6.

25. Hof Amsterdam 29 december 1983, NJ 1985, 296 en Rb. Roermond 25 juli 1991, NJ 1992, 738.

Zou de werkgever kiezen alleen de cessie- en voorschotconstructies te gebruiken, omdat deze hem meer 'recht' bieden zijn schade te verhalen, dan betwijfel ik of de rechter hem nog steeds zo ter wille zal zijn. Een belangrijk obstakel tegen het toekomstig gebruik van cessie- en voorschotconstructies noemen Hartlief en Van Maanen: de Tijdelijke Regeling Verhaalsrechten bepaalt in art. 6:197 lid 3 dat afspraken waarbij regresnemers aan de werking van deze regeling wensen te ontkomen (bijvoorbeeld door cessie van de vordering van het slachtoffer aan de regresnemer), nietig zijn.²⁶ En tenslotte, als laatste bezwaar doch niet onbelangrijk, kan men zich afvragen of het gebruik van de constructies niet contra legem is, nu in art. 6:107a BW zo nadrukkelijk een andersluidende regeling is neergelegd.²⁷

7. STARRE RECHTSREGELS EN QUASI-OPLOSSINGEN

Hiervoor schetste ik als oorzaak van de voorschot- en cessieconstructies de in de praktijk als star of als onrechtvaardig ervaren rechtsregels ten aanzien van de positie van derden in geval van personenschade. Eén groep van die benadeelde derden heeft (ten dele) een oplossing toegereikt gekregen, door de invoering van een wettelijk verhaalsrecht ter zake van doorbetaald loon. Dit recht gaat veel werkgevers nog niet ver genoeg. En andere derden vissen nog steeds geheel achter het net. De totstandkoming van deze (gedeeltelijke) oplossing op het kennelijk als star ervaren systeem heb ik omschreven. Op mij heeft die totstandkoming nooit een erg gedegen indruk gemaakt; het lijkt van toevalligheden en/of politieke krachten aan elkaar te hangen. Een gedegen onderzoek naar de verschillende derden die door het huidige systeem buiten de boot vallen, ligt er niet aan ten grondslag.

De totstandkoming van het huidige rechtssysteem op het gebied van personenschade voerde ik terug op de uitleg van de oud BW-regels. Verder graafwerk lijkt ons – via het Wetboek Napoleon voor Holland – terug te voeren naar de tijd van Hugo de Groot, die vreesde voor de willekeur en voortdoring van de oud-vaderlandse praktijken van familie-wraak, ter voorkoming waarvan hij voor de

26. Hartlief en Van Maanen, Regresrecht voor werkgever ter zake van loonbetalingen na letseltoebrenging door een derde, *Sociaal Recht* 1996/5, p. 128.

27. Vergelijk Asser-Hartkamp I, nr. 475 en Bolt/Spier, *Preadvies NJV* 1996, p. 354.

personenschade een aantal strikt geredigeerde regels in zijn 'Inleidinge' opnam.²⁸ Deze regels zijn in de loop der jaren een eigen leven gaan leiden, waarbij vooral het argument van de 'floodgate' vaak terugkomt in de discussies over het voortbestaan van de regeling.²⁹ Dit argument ziet op de angst voor een 'toestroom' van aansprakelijkheidsclaims, hetgeen een grote financiële druk op de aansprakelijke persoon en diens aansprakelijkheidsverzekeraar zou leggen, en een grote druk op de rechterlijke macht in verband met een toename van procedures. Dat later ingevoerde of gehanteerde algemene beginselen (causaal verband/relativiteit) dit floodgate-argument grotendeels ontkrachten, en dat het argument in de praktijk evenmin zou moeten spelen als bij zaakschade (leidingschade) of schade bij beroepsfouten, heeft geen of onvoldoende aandacht gekregen bij de totstandkoming van ons huidig stelsel van art. 6:107, 107a en 108 BW.

In de praktijk blijft men naar oplossingen zoeken. Een letsel-schaderegelaar liet zich eens naar mij toe ontvallen, dat hij 'het steeds moeilijker vindt om derden duidelijk te maken dat zij – op de verplaatste schade na – geen recht hebben op vergoeding van hun schade bij letsel of overlijden van hun naasten.' De discussie die zich thans rondom de vergoeding van shock- en affectieschade afspeelt, is een variant op het hier aan de orde zijnde thema: de rechten van derden bij personenschade, ditmaal op het vlak van de immateriële schade. Ik verwacht dan ook dat de toekomst constructies zal blijven laten zien, zolang derden in het personenschade-recht niet een structureel betere positie krijgen aangeboden; de constructies waarmee de werkgever zich behielp bij loonbetalingen, zijn m.i. echter niet langer bruikbaar.

28. Zie Feenstra, Vergelding en vergoeding, Deventer: Kluwer, 1993, p. 3-4.

29. Zie bij de totstandkoming van art. 1406-1408 oud BW: Voorduyn V, p. 85, en voor de huidige art. 6:106-108 BW: MvT Inv., Parl. Gesch. Inv. Boek 6, p. 1279 en Toelichting op de NvW 1 Inv., alsmede de MvA 1 Inv., Parl. Gesch. Inv. Boek 6, p. 1288, 1289, 1307 en 1308.