

Samenloop in letselschadezaken en voordeelstoerekening

De letselschade-advocaat, althans de advocaat die de belangen van werknemers-slachtoffers behartigt, dient een behoorlijke arbeidsrechtbagage te hebben, opdat hij/zij in staat is de met het werknemerschap gemoeide belangen volledig te overzien en daarnaar te handelen.

Dit werd gesteld ter inleiding van een (interessante) discussie die twee jaar geleden in Letsel & Schade werd gevoerd over de samenloop in letselschadezaken.¹ Punt van discussie betrof de vraag in hoeverre plaats is voor een vergoeding op grond van kennelijk onredelijk ontslag (art. 7:681 BW) naast een op art. 7:658 BW gebaseerde vordering.

Ik onderschrijf de stelling met betrekking tot de arbeidsrechtelijke bagage volledig. Het komt immers voor dat geen volledige schadevergoeding op grond van art. 7:658 BW kan worden verkregen, maar de weg van 7:681 BW wel soelaas biedt en via die weg een schadevergoeding naar billijkheid kan worden verkregen.² Zie bijvoorbeeld wat het Hof Den Haag daarover zegt in het arrest van 9 november 2007 (LJN BC1197, X./Fortis) waarbij het ging om een werkneemster die als gevolg van (gestelde) RSI- en burn-out-klachten arbeidsongeschikt was uitgevallen:

Aan een schadevergoeding naar billijkheid kan worden toegekomen indien het voor artikel 7:658 BW vereiste causale verband tussen schending van de zorgplicht en de arbeidsongeschiktheid niet is komen vast te staan, maar de overige omstandigheden van het geval leiden tot het oordeel dat, in aanmerking genomen de voor de werknemer getroffen voorzieningen en de voor haar bestaande mogelijkheden, de gevolgen van de opzegging voor haar te ernstig zijn in vergelijking met het belang van de werkgever bij opzegging.

Deze schadevergoeding naar billijkheid is dan op zijn minst een pleister op de wonde, wanneer bijvoorbeeld niet bewezen kan worden dat die *wonde* het gevolg is van tekortschieten in de zorgplicht van de werkgever. Als belangenbehartiger van de betreffende werknemer zul je daarom ook het gereedschap van art. 7:681 BW moeten kunnen hanteren.

In de "pleister-op-de-wonde" situatie is een op kennelijk onredelijk ontslag gebaseerde vordering een subsidiaire vordering naast de primair gevorderde vergoeding op grond van art. 7:658 BW. De hiervoor genoemde discussie spitste zich echter met name toe op de vraag of de vorderingen op grond van 658 en 681 ook *naast elkaar* kunnen bestaan. Ofwel: kunnen deze vorderingen *samenlopen*?

¹ W.A. van Veen en G.J. Knotter, Samenloop letselschade- en arbeidsrecht, L&S 2006/61 en J. Sap, Samenloop in letselschadezaken, L&S 2006/186.

² Zie HR 25 juni 1999, JAR 1999/149 en recent HR 15 februari 2008, JAR 2008/76.

Het Hof Arnhem is blijkens het (tussen)arrest van 12 juni 2007 (LJN BA9132, JAR 2007, 206, X/Roto Smeets BV) van mening dat die samenloop er kan zijn. Het hof overweegt namelijk dat de artikelen 7:658 en 681 BW een verschillende schadeoorzaak kennen en dat ook de aard van de schadevergoeding verschillend is. Art. 7:658 BW ziet op de schending van de zorgplicht jegens de werknemer en de schadevergoeding betreft de daadwerkelijk door de werknemer geleden schade. De schadeoorzaak bij artikel 7:681 BW is gelegen in de beëindiging van de arbeidsovereenkomst en de schadevergoeding betreft een schadevergoeding naar billijkheid die door de rechter wordt bepaald aan de hand van alle omstandigheden van het geval en berust niet op de begroting van de schade die daadwerkelijk is geleden. Het hof is van oordeel dat toepassing van de ene regeling de andere niet uitsluit. Evenmin kan worden gezegd dat art. 7:658 BW ten opzichte van art. 7:681 BW als een *lex specialis* moet worden beschouwd. Het hof neemt daarbij in aanmerking het hiervoor genoemde verschil in de aard van de schadevergoeding die is gebaseerd op art. 7:681 BW en de schadevergoeding gebaseerd op art. 7:658 BW.

Interessante vraag is uiteraard wat die verschillende grondslagen en verschillende schadeoorzaken betekenen voor de letselschadepraktijk. Moet de naar billijkheid toegekende schadevergoeding op grond van art. 6:100 BW als opkomend voordeel worden verrekend met het gevorderde verlies aan verdien capaciteit? Art. 100 Rv. stelt als vereiste voor voordeelstoerekening dat sprake moet zijn van *eenzelfde gebeurtenis*. Er zou dan kunnen worden betoogd dat een vergoeding op grond van art. 7:681 BW een andere grondslag heeft en dus ook niet van *eenzelfde gebeurtenis* kan worden gesproken.³ Ofwel, het *conditio-sine-qua-non* verband tussen het voordeel en het schadegebeuren ontbreekt.⁴ Het hiervoor genoemde arrest biedt munitie voor die stelling. Als extra onderbouwing voor die stelling zou ook nog kunnen worden aangevoerd dat schadevergoeding op grond van art. 7:681 BW fiscaal belast is en de vordering terzake verlies aan verdien capaciteit niet. Er is dus fiscaal gezien sprake van een andere bron.⁵

³ Als het gaat om een op art. 7:611 gebaseerde vergoeding lijkt dat anders te liggen, omdat de beoordeling van het *goed werkgeverschap* grotendeels parallel loopt met de op de redelijkheid en billijkheid gebaseerde beoordeling van art. 7:681 BW. Zie bijvoorbeeld wat de Hoge Raad daarover opmerkt in het arrest van 2 april 2004, NJ 2006, 212, r.o. 4.1.2.

⁴ A.T. Bolt, Voordeelstoerekening bij de begroting van de schadevergoeding in geval van onrechtmatige daad en wanprestatie, dissertatie, Deventer, Kluwer, 1989, p. 189. Zie ook HR 11 februari 2000, NJ 2000, 275, HR 29 september 2000, NJ 2001, 105, m.nt. ARB en HR 1 februari 2002, NJ 2002, 122.

⁵ Zie W.A. van Veen en G.J. Knotter, Samenloop letselschade- en arbeidsrecht, L&S 2006/61 (afl.2).

Ook art. 6:107a BW dwingt niet tot een verrekening, omdat daarin alleen is bepaald dat de rechter bij de vaststelling van de schadevergoeding rekening moet houden met het loon dat het slachtoffer op grond van art. 7:629 lid 1 BW ontvangt. Er is niet bepaald dat de rechter ook een vergoeding op basis van 7:681 BW in mindering moet brengen op het gevorderde verlies aan verdien capaciteit.

Daar kan echter tegenover worden gesteld dat men zich af kan vragen of er bij een toegekende schadevergoeding naar billijkheid ex art. 7:681 BW wel sprake is van *voordeel*. Bolt maakt onderscheid tussen schadebepalende factoren en voordeelstoerekening.⁶ Doorbetaald loon bij arbeidsongeschiktheid wordt door Bolt bijvoorbeeld niet beschouwd als een opgekomen voordeel, maar als schadebepalende factor: er is geen (inkomens)schade, want het salaris wordt doorbetaald. De schadevergoeding naar billijkheid ex art. 7:681 BW is immers – al dan niet deels – een (abstracte) vergoeding voor een mogelijk na de beëindiging van de arbeidsovereenkomst ontstane loonderving. Verdedigbaar is dan dat deze schadevergoeding naar billijkheid de schade vermindert en dus ook de schadevergoedingsplicht van de aansprakelijke partij. Je komt dan niet toe aan de vraag of er al dan niet *een voordeel* moet worden verrekend. Het Hof Arnhem lijkt in het arrest van 18 december 2007⁷ op dat spoor te zitten doordat zij overweegt (r.o. 4.4) dat cumulatie tussen de artikelen 681 en 658 mogelijk is, mits de op 658 gevorderde vergoeding niet dezelfde componenten bevat als de ingevolge art. 681 gevorderde vergoeding. Vegter geeft in haar noot onder dit arrest aan het niet onredelijk te vinden indien de ontslagvergoeding, voor zover deze bedoeld is ter vergoeding van de inkomensschade, wordt verrekend. Volgens haar dient niet verrekend te worden indien de ontslagvergoeding is toegekend ter vergoeding van het leed dat is ontstaan door het verlies van de dienstbetrekking als zodanig, of indien de ontslagvergoeding (al dan niet deels) ziet op een vergoeding voor de onzorgvuldige wijze waarop het ontslag heeft plaatsgevonden.

Dan is het vervolgens de vraag welk gedeelte van de vergoeding waaraan moet worden toegerekend. Vegter merkt daarover op dat dat wel enigszins natte vingerwerk zal zijn.

Indien de lijn wordt gevolgd dat wél kan worden gesproken van voordeel en dus ook de vraag aan de orde komt of dat voordeel moet worden verrekend, dan zou er ook voor kunnen worden gekozen om aansluiting te zoeken bij de jurisprudentie inzake de sommenverzekering. De sommenverzekering wordt in beginsel niet verrekend met de schadevergoeding, maar kan wel aanleiding geven tot matiging.⁸ Als het gaat om samenloop van de vorderingen gegrond op de artikelen 7:658 en 7:681 BW,

dan speelt in dat geval mogelijk ook dezelfde discussie als in het geval de premie van de ongevallenverzekering door de aansprakelijke partij is betaald.⁹ De werkgever zou dan kunnen betogen dat de schadevergoeding ex art. 7:681 BW (die – al dan niet deels – een abstracte vergoeding betreft van na de beëindiging van de arbeidsovereenkomst ontstane loonderving) door hem is voldaan en dat op grond daarvan voordeelstoerekening zou moeten plaatsvinden.

De arresten van het Hof Arnhem van 12 juni 2007 en 18 december 2007 bieden dus goede argumenten voor de mogelijkheid van samenloop van de vorderingen gebaseerd op art. 7:681 en 7:658 BW. In hoeverre de Hoge Raad die lijn volgt en in hoeverre dat voor het letselschadeslachtoffer kan leiden tot een *extra* vergoeding naast de letselschadevergoeding, is evenwel de vraag. Op zijn minst kan echter onder bepaalde omstandigheden worden geprobeerd om via art. 7:681 BW¹⁰ toch nog enige vergoeding te verkrijgen indien aansprakelijkheid op grond van 7:658 BW niet haalbaar blijkt. Daarvoor is echter wel kennis van het arbeidsrechtelijke instrumentarium vereist. In dat verband wil ik ook het artikel van J. Sap in de voor u liggende aflevering van Letsel & Schade van harte aanbevelen (*Art. 7:611 BW als bron voor aansprakelijkheid*). De verhouding arbeidsrecht – letselschade in het kader van artikel 7:611 BW komt in dit artikel uitgebreid aan de orde.

Tot besluit wil ik u informeren over wijzigingen binnen de redactie.

Albert Verheij heeft zijn werkzaamheden als redactielid neergelegd. Hij heeft geruime tijd zitting gehad in de redactie en daarbij een belangrijke bijdrage aan Letsel & Schade geleverd, onder andere door de diverse artikelen van zijn hand. De redactie wil hem daar (ook langs deze weg) van harte voor bedanken.

Verder is de redactie verheugd u te kunnen berichten dat wij inmiddels versterking hebben gekregen van ons nieuwe redactielid Anne Keirse. Zij is thans universitair hoofddocent aan de Radboud Universiteit te Nijmegen en zal met ingang van 1 juli a.s. worden benoemd als hoogleraar burgerlijk recht aan de Universiteit Utrecht.

John Roth

⁶ A.T. Bolt, t.a.p., p. 183-185.

⁷ Zie noot 3.

⁸ HR 28 november 1969, NJ 1970, 172, m.nt. GJS (IBC/Derckx).

⁹ Zie bijvoorbeeld: Rb. Breda 1 november 1994 NJ 1995, 507 en (door werkgever betaalde premie voor de ongevallenverzekering is arbeidsvoorwaarde: geen voordeelstoerekening) en Hof 's-Hertogenbosch 22 juli 2004, NJ 2004, 367 (de uitkering op grond van de door de aansprakelijke partij afgesloten ongevallenverzekering wordt verrekend met de schadevergoeding).

¹⁰ In hoeverre via de ontbindingsprocedure ex art. 7:685 BW ook een vergoeding kan worden verkregen is een onderwerp op zich en gaat het bestek van dit redactioneel te buiten.