



door Karin Demmer en Remco Wieskamp
| Nivre register-expert bij Andriessen Expertise B.V.

De voordeelsverrekening en de transitievergoeding: opnieuw onder de aandacht!

Regelmatig vindt er in het kader van letsel-schadezaken een discussie plaats tussen de verzekeraar en de belangenbehartiger over de vraag of een door het slachtoffer verkregen transitievergoeding verrekend mag worden met de door hem of haar te verkrijgen schadevergoeding vanwege het verlies aan verdienvermogen. Het antwoord op deze vraag is niet eenduidig te geven en is vaak sterk afhankelijk van de specifieke casus. Met dit artikel beogen wij u te voorzien van handvatten om dit vraagstuk op te lossen.

Het artikel starten wij met een casus ter introductie van het dilemma. Hierna frissen wij uw geheugen op met als doel u nader te informeren over de achtergronden van de transitievergoeding. Daarna zullen wij u informeren hoe u als schadebehandelaar of belangenbehartiger eenvoudig de hoogte van deze vergoeding kunt berekenen. Vervolgens bespreken wij de standaard-jurisprudentie ten aanzien van verrekening in het kader van letsel-schadezaken. Hierna bespreken wij een naar onze mening relevante uitspraak van de Rechtbank Den Haag d.d. 16 april 2019 waarin specifiek uiteen wordt gezet welke omstandigheden een rol kunnen spelen bij de vraag of verrekening van de transitievergoeding met de letsel-schadevergoeding is geoorloofd.

Eveneens zullen wij met u stilstaan bij de inwerkingtreding van de regeling Compensatie Transitievergoeding en het Xella-arrest¹, gewezen op 8 november 2019. Tot slot zullen wij nog enkele dilemma's aangaande dit onderwerp aan u voorleggen inclusief onze visie hierop.

Casus

Stelt u zich voor, werknemer X overkomt op 1 januari 2019 een ongeval. Hij wordt in privé-tijd van achteren aangereden. Door het ongeval loopt werknemer X letsel op. Hij heeft te kampen met niet-objectiveerbare klachten aan zijn nek en rug. Werknemer X heeft in het verleden al vaker problemen gekend aan zijn rug waardoor hij ook kortdurend enkele weken arbeidsongeschikt is geweest in 2017 en 2018. Het herstel van werknemer X wil niet vlotten en werknemer X stelt niet meer in staat te zijn om zijn kantoorfunctie uit te voeren. De re-integratie in het kader van het 1^e spoor en 2^e spoor heeft niet tot een tastbaar resultaat geleid. Werknemer X blijft volledig arbeidsongeschikt. Werknemer X wordt gekeurd door het UWV en wordt voor minder dan 35% arbeidsongeschikt verklaard.

Op 1 januari 2021 besluit de werkgever om de arbeidsrelatie met werknemer X te beëindigen nu het ontslagverbod bij ziekte niet langer geldt. Werknemer X ontvangt een transitievergoeding van twee maandsalarissen als compensatie voor de zes jaar die hij voor het bedrijf heeft gewerkt. Werknemer X heeft na het ongeval de verzekeraar van het motorvoertuig dat hem aanreed aansprakelijk gesteld.

De aansprakelijkheid is erkend. In het dossier is een discussie gerezen over de causaliteit tussen de door betrokkene ervaren klachten, beperkingen en het ongeval dat hem overkwam. Er is ook discussie over de vraag of betrokkene door dit ongeval niet in staat is om te werken. Met het ontslag van betrokkene gloort een nieuwe discussie, namelijk de vraag of de transitievergoeding verrekend dient te worden met het door betrokkene geleden verlies aan verdienvermogen tot op dat moment.

Transitievergoeding

Wanneer de arbeidsovereenkomst door of vanwege de werkgever wordt beëindigd, ontstaat voor de werknemer het recht op een transitievergoeding. Dit recht is vastgelegd in artikel 7:673 van het BW. Het vervangt de onder het oude recht geldende ontslagvergoedingen voortkomend uit artikel 7:681 BW en 7:685 BW.

Voor wie is de transitievergoeding?

Voorheen bestond het recht op een transitievergoeding enkel voor werknemers met een dienstverband langer dan twee jaar. Sinds 1 januari 2020 is de Wet Arbeidsmarkt in Balans zodanig gewijzigd dat het recht op een transitievergoeding al ontstaat nadat de werknemer slechts één dag heeft gewerkt.

Welke uitzonderingen zijn er?

In een aantal situaties bestaat er geen recht op een transitievergoeding. Denk hierbij aan de volgende situaties:

- Het ontslag is het gevolg van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer;
- De werknemer is bij zijn ontslag nog geen 18 jaar en zijn dienstverband omvat gemiddeld niet meer dan 12 uren.
- Ontslag wegens en na het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd.
- De werkgever is failliet, heeft surseance van betaling of op hem is de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen van toepassing.
- In een CAO is opgenomen dat in geval van bedrijfseconomische redenen voor het ontslag kan worden afgeweken van de transitievergoeding. In de CAO moet dan wel een voorziening zijn opgenomen die bijdraagt aan het beperken van de werkloosheid of er moet sprake zijn van een andere redelijke financiële vergoeding, of een voorziening die bestaat uit een combinatie van beide.
- Het tijdelijke contract loopt af en de werkgever en de werknemer spreken bij voorbaat af dat het contract binnen ten hoogste zes maanden wordt voortgezet en het nieuwe contract tussentijds kan worden opgezegd.

Hoe hoog is de vergoeding?

De hoogte van de transitievergoeding wordt forfaitair vastgesteld. Een werknemer heeft thans recht op een derde bruto maandsalaris per gewerkt jaar bij een dienstverband dat maximaal tien jaar heeft geduurd. Werknemers met een dienstverband dat langer loopt dan tien jaar, hebben na het 10^e dienstjaar recht op een vergoeding van een half maandsalaris per gewerkt dienstjaar. In de nieuwe regeling hebben werknemers die ouder zijn dan 50 recht op vergoeding van een heel maandsalaris per gewerkt dienstjaar. Kleinere werkgevers met minder dan vijftientig personen hoeven niet te voldoen aan deze extra vergoedingsplicht.² Op de website van de Rijksoverheid (www.rekenhulp-transitievergoeding.nl) kunt u bepalen of er een recht bestaat op een transitievergoeding en wat de hoogte van deze transitievergoeding is.

Welke doelen streeft de transitievergoeding na?

Werknemers hadden voor het intreden van de Wet Werk en Zekerheid in beginsel geen recht op een ontslagvergoeding bij een ontslag via de ontslagprocedure bij het UWV. Met de komst van de transitievergoeding heeft iedere werknemer voortaan het recht op een vergoeding wanneer hij of zij onvrijwillig wordt ontslagen, waardoor meer rechtsgelijkheid wordt gecreëerd in het duale ontslagstelsel. De uniforme berekening van de transitievergoeding moet ook leiden tot lagere ontslagkosten doordat de transitievergoeding gemaximaliseerd is. Daarnaast hebben de wijzigingen in de Wet Werk en Zekerheid en later de Wet Arbeidsmarkt in Balans beoogd om de groeiende kloof tussen flexibele werknemers en werknemers in vaste dienst te verkleinen. De transitievergoeding beoogt daarnaast bij te dragen aan de groeiende vraag op de arbeidsmarkt naar employability en bevordering van de transitie van werknemers.

Verder heeft transitievergoeding als doel het bieden van een financiële compensatie voor de ex-werknemer na het verkregen ontslag.³ In de jurisprudentie en literatuur is men vooralsnog verdeeld over de vraag wat de wetgever met compensatie voor ogen heeft gehad. ▲

Voorstelbaar is dat de wetgever met de woorden compensatie heeft bedoeld op het wegvallen van inkomsten uit loondienst die ertoe kunnen leiden dat het besteedbaar inkomen lager uitvalt omdat de mogelijk te verkrijgen ziekte-wetuitkering, werkloosheidswetuitkering of bijstandsuitkering lager uitvalt. Dat blijft vooralsnog onduidelijk nu de wetgever in de parlementaire geschiedenis opmerkt dat de transitievergoeding niet beschouwd dient te worden als een aanvullende inkomensvoorziening bij werkloosheid. Binnen de kaders van de ontbindingsprocedure conform artikel 7:671 BW heeft de wetgever meer expliciet aangegeven wat hem voor ogen heeft gestaan met de compensatie van de werknemer.

Op grond van artikel 7:671b lid 8 onder c en g BW staat het de rechter vrij om een werknemer een vergoeding toe te kennen die mede toeziet op de vervanging van loon.

Tot slot geldt dat de transitievergoeding is verschuldigd ongeacht of de werknemer na het eindigen van de arbeidsrelatie werkloos is, blijvend arbeidsongeschikt is of aansluitend een andere arbeidsovereenkomst aangaat. Ook is belangrijk te vermelden dat de werknemer niet verplicht kan worden de vergoeding aan te wenden voor scholing en outplacement.

Transitievergoeding bij herplaatsing met minder salaris tot gevolg?

Binnen letselschadezaken komt het dikwijls voor dat slachtoffers als gevolg van blijvende klachten en beperkingen na een ongeval intern worden herplaatst in een lager ingeschaalde functie waarbij zij minder uren werken en minder salaris ontvangen dan voorheen. Recentelijk heeft de Hoge Raad in zijn arrest van 17 april 2020⁴ geoordeeld dat er geen recht op een transitievergoeding ontstaat in deze situatie. Een herplaatsing kan niet een op een gelijk worden gesteld met de (gedeeltelijke) beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Wordt een werknemer echter in staat geacht om zijn eigen werkzaamheden te hervatten, zij het niet voor het aantal uren waarvoor hij of zij oorspronkelijk is aangenomen, dan kan er gedeeltelijk ontslag plaatsvinden.

In die situaties ontstaat er wel een recht op een transitievergoeding naar rato. Die transitievergoeding is mogelijkwijs te verrekenen met het verlies aan verdienvermogen. Het bovenstaande betekent dat het resultaat van de re-integratie en de wijze waarop het oorspronkelijke dienstverband na de re-integratie wordt voortgezet of (deels) beëindigd van invloed is op het verkrijgen van een transitievergoeding.

Voorheen bestond het recht op een transitievergoeding enkel voor werknemers met een dienstverband langer dan twee jaar. Sinds 1 januari 2020 is de Wet Arbeidsmarkt in Balans zodanig gewijzigd dat het recht op een transitievergoeding al ontstaat nadat de werknemer slechts één dag heeft gewerkt.

Compensatieregeling transitievergoeding bij langdurige arbeidsongeschiktheid

Per 1 april 2020 kunnen werkgevers een beroep doen op de compensatieregeling transitievergoeding, indien de werknemer is ontslagen wegens langdurige ziekte. De werkgever kan het verzoek bij het UWV indienen voor een transitievergoeding die hij na 1 juli 2015 aan een werknemer heeft betaald, nadat de arbeidsovereenkomst na een langdurige periode van minimaal twee jaar arbeidsongeschiktheid werd beëindigd. Een werkgever kan pas aanspraak maken op de compensatie van de transitievergoeding nadat deze ook daadwerkelijk is betaald aan de werknemer. De compensatie is nooit hoger dan de transitievergoeding waarop de werknemer recht zou hebben gehad, nadat het recht op doorbetaling van het loon na twee jaar ziekte is beëindigd. Heeft

de werkgever er nadien voor gekozen om het dienstverband slapend te houden, dan ontstaat er voor haar geen recht op compensatie van de transitievergoeding over deze aanvullende periode. Binnen de regeling worden werkgeverslasten niet gecompenseerd en zal de compensatie nooit hoger zijn dan het bruto salaris dat in de periode van ziekte aan de arbeidsongeschikte werknemer is uitgekeerd.

Doel van de regeling

Met deze regeling wordt beoogd werkgevers te stimuleren om zogenaamde slapende dienstverbanden te beëindigen. Dit zijn dienstverbanden waarbij de arbeidsovereenkomst in stand wordt gehouden, maar er niet langer een verplichting bestaat om aan de langdurig arbeidsongeschikte werknemer salaris uit te keren. Dergelijke dienstverbanden werden in het verleden veelal slapend gehouden om daarmee te voorkomen dat een transitievergoeding aan de werknemer uitgekeerd moest worden.

Xella-arrest

De Hoge Raad heeft dus onlangs in het zogenaamde Xella-arrest⁵ geoordeeld dat een werkgever verplicht is om in het kader van het goed werkgeverschap een slapend dienstverband te beëindigen onder betaling van de wettelijke transitievergoeding. Daarmee is het doel van de compensatieregeling om slapende dienstverbanden te voorkomen inmiddels binnen de jurisprudentie vorm gegeven.

Belang voor de letselschadebranche?

Het recente arrest van de Hoge Raad en de inwerkingtreding van de compensatieregeling transitievergoeding kunnen ertoe leiden dat ook de verrekening van de transitievergoeding in letselschadezaken meer aandacht krijgt, wanneer werknemers die zich thans in een letselschadeprocedure bevinden gaan aansturen op de beëindiging van hun slapend dienstverband. De drempel om een transitievergoeding uit te keren aan werknemers die langer dan twee jaar ziek in dienst zijn, is met deze regeling weggenomen. Compensatie kan aan de orde zijn nadat de arbeidsrelatie is beëindigd en de

transitievergoeding is uitgekeerd aan de werknemer. Wanneer er op dat moment nog een letselschadezaak loopt waarbij het slachtoffer verlies aan verdienvermogen claimt, zal het vraagstuk van de verrekening aan bod komen.

Verder is het relevant om op te merken dat een uitgekeerde transitievergoeding niet verhaalbaar is op grond van artikel 6:107a BW nu het hier geen naar tijd-ruimte vastgesteld loon betreft.

Regres door het UWV in situaties waarin er geen sprake is van een regresverbod op grond van artikel 7:962 lid 3 BW lijkt ook niet mogelijk nu in de Wet Compensatie Transitievergoeding geen regresbepaling als zodanig is opgenomen.

Maar hoe zit het ook alweer met het verrekenen van opgekomen voordelen bij de bepaling van een schadevergoeding? En welke aspecten zijn bij de verrekening van de transitievergoeding van belang?

Voordeelverrekening in algemene zin

In artikel 6:100 BW is bepaald dat als eenzelfde gebeurtenis voor een benadeelde naast schade ook voordeel oplevert, dit voordeel bij de vaststelling van de schade in mindering moet worden gebracht, voor zover dit redelijk is. Bij de vraag wat redelijk is, heeft de rechter een ruime beoordelingsvrijheid⁶, waarbij onder andere gekeken moet worden naar de feitelijke omstandigheden van het geval.

Op 1 oktober 2010⁷ heeft de Hoge Raad verder invulling aan dit wetsartikel gegeven, door een zestal gezichtspunten te geven ter beoordeling of verrekening in geval van letselschade redelijk is of niet. De gezichtspunten zien toe op het voordeel dat al dan niet opkomt uit een (andere) verzekeringsuitkering. Volgens de Hoge Raad moet het volgende in aanmerking worden genomen:

- Van verrekening zal in het algemeen alleen dan sprake kunnen zijn, indien de uitkering ertoe strekt dezelfde schade te vergoeden als die waarvoor de partij die zich op de voordeelstoe-rekening beroept, aansprakelijk is;
- Geschiedt de uitkering ingevolge een schadeverzekering, dan zal verrekening in beginsel op haar plaats zijn. De verzekeraar kan immers regres plegen

op de aansprakelijke partij, die de last van deze uitkering dan dus draagt;

- Geschiedt de uitkering op grond van een sommenverzekering, die door de benadeelde zelf is gesloten en betaald, dan komt verrekening in het algemeen niet in aanmerking, nu het bestaan van een zodanig verzekering een aangelegenheid is die de schadeplichtige niet aangaat. Mocht verrekening toch redelijk worden geacht, dan moet dit beperkt worden, met het oog op de premies die in de loop der tijd voor de verzekering zijn betaald;
- Als de premie voor de sommenverzekering door de aansprakelijke persoon is betaald, dan kan daarin aanleiding worden gevonden om wél tot verrekening over te gaan, met name indien jegens de benadeelde geen verplichting bestond tot het sluiten van een dergelijke verzekering;
- Indien de aansprakelijkheid is gedekt door een verzekering, dan zal verrekening van een uitkering ingevolge een sommenverzekering in het algemeen niet in overeenstemming met de redelijkheid zijn;
- Voor verrekening bestaat in het algemeen eerder aanleiding indien sprake is van een risicoaansprakelijkheid, dan bij schuldaansprakelijkheid. Ook de mate van verwijtbaarheid kan een rol spelen.

Samenvattend

Om aan een verrekening van het voordeel toe te kunnen komen, dient allereerst bepaald te worden of de uitkering ertoe strekt dezelfde schade te vergoeden, als die waarvoor de aansprakelijke partij wordt aangesproken. Zo niet, dan kan in beginsel geen verrekening plaatsvinden. De rechter dient voor elke schadepost afzonderlijk te beoordelen of verrekening redelijk is.⁸

Uitgangspunt is dat verrekening bij een uitkering uit een schadeverzekering in beginsel op haar plaats is, ook omdat de verzekeraar van deze schade-uitkering immers regres kan plegen op de aansprakelijke partij, die dus de uiteindelijke last van de uitkering draagt. Bij geen verrekening wordt de benadeelde tweemaal gecompenseerd en betaalt de aansprakelijke partij als het ware dubbel.

De uitkeringen uit een sommenverzekering komen in beginsel niet voor verrekening in aanmerking, tenzij de aansprakelijke partij deze verzekering (al dan niet onverplicht) heeft afgesloten én de premie heeft betaald óf tenzij er omstandigheden zijn die voldoende reden geven om verrekening tóch redelijk te achten.

Voor verrekening in algemene zin dient er een *conditio sine qua non*-verband te bestaan tussen de normschending en de gestelde voordelen, in die zin dat in de omstandigheden van het geval, sprake is van een voordeel dat zonder de normschending niet zou zijn opgekomen.⁹

Dit zijn dus in een notendop de algemene regels voor het verrekenen van opgekomen voordeel uit een andere verzekeringsuitkering. Hoe zit het met het verrekenen van het geldelijke voordeel dat een transitievergoeding met zich meebrengt?

Rechtbank Den Haag d.d. 16 april 2019 – X/Vialis

Voor een antwoord op die vraag, dus of een transitievergoeding mag worden verrekend, verwijzen we naar de lagere rechtspraak. In 2019 laat de Rechtbank Den Haag¹⁰ zich voor het eerst in een deelgeschil uit over het verrekenen van de transitievergoeding met de schadevergoeding, in dit geval specifiek toezien op het verlies van arbeidsvermogen. In casu is de werknemer een arbeidsongeval overkomen, met letsel en arbeidsongeschiktheid tot gevolg. De werkgever wordt aansprakelijk geacht en de zaak wordt behandeld door diens aansprakelijkheidsverzekeraar.

In eerste instantie wordt de werknemer ondanks zijn letsel binnen twee jaar weer volledig hersteld gemeld. Na tweeënehalf jaar valt hij echter toch weer volledig uit en nog eens twee jaar van arbeidsongeschiktheid later, krijgt hij dus uiteindelijk na bijna zesenehalf jaar na ongeval, een WGA-uitkering toegewezen. Bij beëindiging van de arbeidsovereenkomst krijgt benadeelde een transitievergoeding van de werkgever, conform de geldende regels, van € 77.000,- bruto. De aansprakelijkheidsverzekeraar van de werkgever wil deze



Wanneer de arbeidsovereenkomst door of vanwege de werkgever wordt beëindigd, ontstaat voor de werknemer het recht op een transitievergoeding.

transitievergoeding mee laten wegen bij de bepaling van de hoogte van de schadevergoeding voortvloeiend uit het arbeidsongeval, met in het bijzonder de post verlies aan verdienvermogen.

Bezwaren benadeelde

Benadeelde is het daar niet mee eens en verzoekt de rechtbank primair om voor recht te verklaren dat een conditione-qua-non-verband ontbreekt tussen de transitievergoeding en het ongeval, waardoor (subsidiar verzoek) het niet redelijk is om de transitievergoeding in mindering te brengen op de schadevergoeding. Hier legt hij onder andere aan ten grondslag dat niet de initiële ziekmelding heeft geleid tot de beëindiging van het dienstverband, maar dat er ook diverse reorganisaties zijn geweest, waardoor niet is uitgesloten dat het dienstverband ook zonder ongeval zou zijn beëindigd en hij een transitievergoeding zou hebben gekregen. Daarnaast stelt hij zich op het standpunt dat zijn schade niet is verminderd

door de transitievergoeding, noch dat sprake is van een voordeel dat verrekend moet worden. Het betreft namelijk een eenmalige uitkering, gerelateerd aan de duur van het dienstverband, ongeacht of inkomensschade wordt geleden. Ook zou de aansprakelijkheidsverzekeraar niet mogen profiteren van een verrekening. De werkgever zelf kan namelijk voor een compensatie van de transitievergoeding aankloppen bij het UWV, terwijl het UWV op zijn beurt geen verhaalsrecht heeft op de aansprakelijke partij. Het regresrecht van het UWV op een aansprakelijke werkgever bij een arbeidsongeval is immers beperkt. Ook vindt benadeelde het verrekenen dus niet redelijk, temeer omdat het ongeval zowel fysiek als psychisch voor hem voor diverse gevolgen heeft gezorgd.

Oordeel rechtbank over het feitelijke causale verband

De rechtbank gaat niet mee in de argumenten van benadeelde en stelt allereerst vast dat er wél een feitelijk

causaal verband is tussen het ongeval en de beëindiging van het dienstverband en de daarmee ontvangen transitievergoeding. Niet is gesteld of gebleken dat het dienstverband uitsluitend vanwege de reorganisatie is beëindigd. Het ongeval en de daardoor opgetreden arbeidsongeschiktheid zijn juist een noodzakelijke voorwaarde geweest voor het beëindigen van het dienstverband. Daarnaast hebben partijen onderhandeld over het verlies aan verdienvermogen wegens de arbeidsongeschiktheid dóór het ongeval, ook ná het moment van de beëindiging van het dienstverband. Oftewel, benadeelde heeft gesteld dat hij verlies aan verdienvermogen lijdt, omdat hij door het ongeval arbeidsongeschikt is geraakt en uiteindelijk een uitkering ontvangt. Hij vordert een schadevergoeding van de aansprakelijke partij voor het verschil in inkomen. Dit impliceert dus dat ook betrokkene wel degelijk de oorzaak van het beëindigen van het dienstverband wijt aan de arbeidsongeschiktheid en het ongeval.

Mag de transitievergoeding verrekend worden?

Om te kunnen bepalen of het al dan niet redelijk is om de transitievergoeding te verrekenen, omdat de schade van benadeelde door de transitievergoeding zou zijn verminderd, kan volgens de rechtbank twee wegen worden bewandeld. Enerzijds kan bij het bepalen van de omvang van de schade (conform de artikelen 6:95-6:97 BW) een vergelijking worden gemaakt tussen de hypothetische situatie zonder ongeval en de werkelijke toestand mét transitievergoeding. Anderzijds, kan de weg van de voordeelstoerekening (artikel 6:100 BW) worden bewandeld. In beide benaderingen gaat het er uiteindelijk om dat beoordeeld moet worden welke nadelen en welke voordelen in zodanig verband staan met het ongeval, dat zij redelijkerwijs als een gevolg van het ongeval aan de aansprakelijke partij kunnen worden toegerekend. Welke weg wordt bewandeld, maakt derhalve niet uit, zo lang in beide benaderingen de wijze waarop de rechtbank toepassing geeft aan de in artikel 6:98 BW besloten maatstaf, maar controleerbaar is voor partijen en derden.

De omstandigheden die van belang zijn bij de bepaling of verrekening al dan niet redelijk is, zijn onder andere de aard van de aansprakelijkheid en van de schade. In geval van schuld aansprakelijkheid zal er eerder aanleiding zijn voor toerekening van een schadepost en dus minder snel voor het verrekenen van voordeel. Hetzelfde geldt voor letselschade ten opzichte van zaak- en vermogensschade.

Ook de voorzienbaarheid en de aard van het voordeel speelt een rol. De beëindiging van de arbeidsovereenkomst en dus het recht op de transitievergoeding zijn een redelijkerwijs te verwachten gevolg van het ongeval. De transitievergoeding is een tegemoetkoming in de financieel nadelige gevolgen van de beëindiging van het dienstverband, en daarmee dekte deze dus ook (deels) het verlies aan verdienvermogen. De aard van de transitievergoeding komt derhalve overeen met de aard van de schadevergoeding bestaande uit verlies aan verdienvermogen wegens arbeidsongeschiktheid door

het ongeval. Dit blijkt ook onder meer uit het arrest van de Hoge Raad d.d. 20 april 2018 dat hierna de revue zal passeren.

De rechtbank concludeert dat de transitievergoeding als schadebepalende factor bij de afwikkeling dient te worden betrokken en als voordeel in mindering moet worden gebracht op de geleden schade.

Sidestep:

De aard van het voordeel

Dat de transitievergoeding beoogt om een financiële tegemoetkoming te bieden voor de nadelige gevolgen van de beëindiging van de arbeidsovereenkomst volgt naar onze mening mede uit het arrest van de Hoge Raad van 20 april 2018¹¹. In rechtsoverweging 3.3.8 van dit arrest overweegt de Hoge Raad dat de compensatie voor het ontslag moet worden gezien in verband met de omstandigheid dat de werknemer in kwestie nog aangewezen is op het verrichten van arbeid om te kunnen voorzien in zijn levensonderhoud. De Hoge Raad oordeelt vervolgens dat de transitievergoeding vanuit die gedachte ook het wegvallen van het voor zijn levensonderhoud benodigde inkomen uit arbeid compenseert. Vanuit die redenering lijkt het dan ook redelijk om te veronderstellen dat dit deel van de compensatie, hetgeen via de transitievergoeding wordt geboden, naar aard vergelijkbaar is met het verlies aan arbeidsvermogen dat via de schadevergoedingsplicht wordt vergoed.

Een ander argument om de stelling dat de transitievergoeding mede tot doel heeft het compenseren van inkomensverlies kracht bij te zetten kan worden gevonden in de jurisprudentie op het vlak van het sociaal zekerheidsrecht. Door de Centrale Raad van Beroep is ondermeer bij uitspraken van 22 februari 2011 en 22 november 2016¹² bevestigd dat een ontslagvergoeding, destijds verkregen onder het oude recht, dient te worden aangemerkt als inkomen in de zin van artikel 32 van de Participatiewet. In de lagere rechtspraak¹³ is men nadien tot de conclusie gekomen dat het feit dat de transitievergoeding in de plaats is getreden voor de Kantonrechtters-formule, er niet toe hoeft te leiden dat

er nu een ander beoordelingskader gehanteerd dient te worden. In de lagere rechtspraak op dit vlak wordt de transitievergoeding veelal beschouwd als compensatie van het inkomen om te voorzien in de noodzakelijke kosten van het levensonderhoud na het eindigen van de arbeidsrelatie.

Dat doel is naar onze mening gelijk aan het doel dat schuilt achter de vergoeding van het verlies aan verdienvermogen door de aansprakelijke partij. Het gevolg van het bovenstaande is dat in het kader van de Participatiewet onder de huidige jurisprudentie een transitievergoeding met recht mag worden gekort op een door een werknemer te verkrijgen bijstandsuitkering.

Stof tot nadenken

Profijt van de werkgever?

Opmerkelijk in de uitspraak van de Rechtbank Den Haag is de overweging dat de werkgever geen profijt heeft van de verrekening, zoals door benadeelde wel wordt gesteld. De Rechtbank Den Haag oordeelt dus dat werkgevers naar verwachting geen profijt zullen hebben van de compensatieregeling, hoewel de financiële last van de transitievergoeding uiteindelijk niet meer bij de werkgever en aansprakelijke partij ligt, maar bij het UWV. Deze opvatting van de rechtbank delen wij derhalve niet volledig. Wij zijn van mening dat werkgevers in specifieke gevallen wel degelijk profijt kunnen hebben van de compensatieregeling. Hierbij denken wij aan de situatie waarin de werkgever op grond van bijvoorbeeld artikel 7:658 BW aansprakelijk is. Wanneer de langdurige arbeidsongeschiktheid van een werknemer en daardoor het uiteindelijk beëindigen van het dienstverband het gevolg is van het doen of nalaten van de werkgever, dan is het naar onze opvatting niet redelijk en billijk om die werkgever alsnog een verzoek tot compensatie van de door hem betaalde transitievergoeding in te laten dienen. Zeker wanneer deze werkgever in kwestie een hoog eigen risico heeft afgesloten bij zijn wettelijke aansprakelijkheidsverzekeraar, ligt het risico van profijt voor die werkgever op de loer. Immers wanneer de

transitievergoeding (deels) verrekend dient te worden met de schadevergoeding van de werknemer, wordt de hoogte van de uit te keren schadevergoeding lager, met als gevolg dat het eigen risico minder wordt aangetast. Als de werkgever vervolgens ook nog voor een groot deel van de transitievergoeding gecompenseerd kan worden door het UWV, is er sprake van profijt, als dus het causale verband tussen het ongeval en de transitievergoeding een gegeven is. Zodoende pleiten wij er in ieder geval voor om een werkgever die aansprakelijk is op grond van artikel 7:658 BW geen mogelijkheid te bieden tot compensatie van de betaalde transitievergoeding. Dit sluit aan bij het subrogatieverbod op grond van artikel 7:962 lid 3 BW waarbij de aansprakelijke werkgever ook geen recht toekomt op loonregres op grond van artikel 6:107a BW de situatie waarin zij zelf aansprakelijk is.

Paradox, wat als het causaal verband niet vaststaat?

De benadeelde in de uitspraak X/Vialis⁴ noemt ook de diverse reorganisaties als oorzaak naast de arbeidsongeschiktheid voor het ontbinden van het dienstverband. De rechtbank parkeert dit argument met de opmerking dat dit irrelevant is, nu niet is gesteld of gebleken dat het dienstverband uitsluitend vanwege die reorganisatie is beëindigd. Maar wat als ook de aansprakelijke partij diezelfde ongevalsvreemde factoren aangrijpt als argument om het gestelde verlies aan verdienvermogen niet of niet volledig te vergoeden? Blijft het dan wel redelijk om de transitievergoeding te verrekenen?

Teruggrijpend op de basisregels uit het arrest TenneT/ABB³⁵ volgt dat voor verrekening in algemene zin er een conditio sine qua non-verband dient te bestaan tussen de normschending en de gestelde voordelen, in die zin dat in de omstandigheden van het geval, sprake is van een voordeel dat zonder de normschending niet zou zijn opgekomen. Op grond van artikel 150 Rechtsvordering zal de partij die zich beroept op verrekening, het bewijs moeten leveren waaruit volgt dat verrekening in het specifieke geval verdedigbaar is. Wanneer het beëindigen van het dienstverband en dus het verkrijgen van

de transitievergoeding voort kan komen uit meerdere oorzaken dan zal dit bewijs minder makkelijk te leveren zijn. Mede gezien de verstrekende gevolgen van verrekening voor de benadeelde partij, die immers ook niet volledig vergoed wordt in zijn gemis aan inkomen, zijn wij van mening dat er in die gevallen geen verrekening of slechts een gedeeltelijke verrekening zou mogen plaatsvinden.

In het verlengde van het bovenstaande willen wij ook benadrukken dat er soms een paradox kan ontstaan bij de stelling dat de transitievergoeding verrekend dient te worden met de schade, wanneer in hetzelfde dossier de aanhoudende arbeidsongeschiktheid wordt betwist. Wanneer de werknemer namelijk na twee jaar ziekte in verband met zijn voortdurende arbeidsongeschiktheid wordt ontslagen, is het lastig te betogen dat er een causale relatie is tussen deze voortdurende arbeidsongeschiktheid door een overkomen ongeval met het ontslag en verkrijging van de transitievergoeding tot gevolg, wanneer eerder het standpunt werd ingenomen dat deze causale relatie ontbrak tussen het ongeval en de arbeidsongeschiktheid. Dit betekent dat een ingenomen standpunt over de causaliteit op een later moment in het dossier als een boemrang terug kan komen wanneer wordt gepoogd de verkregen transitievergoeding te verrekenen met het verlies aan verdienvermogen.

Benadering ex. artikel 6:95-6:97 BW of artikel 6:100 BW?

In zijn uitspraak van 16 april 2019 vermeldt de Rechtbank Rotterdam dat het in de specifieke casus die hij behandelt, niet relevant is of er wordt gekozen om via de weg van de artikelen 6:95-6:97 BW of artikel 6:100 BW te komen tot de vraag of het verrekenen van de transitievergoeding met het verlies aan verdienvermogen redelijk is. Die visie delen wij niet geheel. Er is in onze beleving namelijk wel een belangrijk verschil in de benadering. De route via artikel 6:95-6:97 BW ziet erop toe een vergelijk te maken tussen de hypothetische situatie met en zonder ongeval. Het verschil leidt tot een begroting van de (vorderbare) schade. Wanneer je die benadering kiest, zou men ons inziens

kunnen concluderen dat er na de ontvangst van de transitievergoeding, minder tot wellicht geen verlies aan verdienvermogen resteert. De transitievergoeding is namelijk een vergoeding die aan de heffing van inkomstenbelasting onderhevig is en is zodoende te beschouwen als inkomen. De vergoeding kan ook worden meegenomen bij het bepalen van het verlies aan verdienvermogen. De Hoge Raad¹⁶ oordeelde immers al (zie hierboven) dat de transitievergoeding ook het wegvallen van het voor het levensonderhoud benodigde inkomen uit arbeid compenseert. Aan het verkrijgen van de transitievergoeding an sich ligt wellicht geen arbeidscapaciteit ten grondslag, maar het recht op de vergoeding komt wel voort uit de arbeidsovereenkomst en de hoogte is mede afhankelijk van de omvang van de reeds verrichte arbeid.

Op de vraag of het ontvangen van de transitievergoeding ook kan worden aangemerkt als een vergoeding wegens de aantasting van de arbeidscapaciteit, dient ons inziens bevestigend te worden beantwoord.

Hierdoor is het mogelijk dat er in de vergelijking tussen het inkomen voor en na het ongeval geen verschil ontstaat, het is zelfs mogelijk dat een betrokkene meer inkomen heeft genoten. Een benadering via de route van artikel 6:100 BW ziet toe op het vraagstuk van de voordeelsverrekening. Bij het hanteren van die route gelden opnieuw de spelregels zoals die zijn voortgekomen uit het arrest van de Hoge Raad TenneT/ABB. Teruggrijpend op dit arrest volgt dat voor verrekening in algemene zin er een conditio sine qua non-verband dient te bestaan tussen de normschending en de gestelde voordelen, in die zin dat in de omstandigheden van het geval, sprake is van een voordeel dat zonder de normschending niet zou zijn opgekomen. Dit alles leidt er ons inziens in beginsel toe dat verrekening via de route van artikel 6:100 BW aan strengere eisen is onderworpen. Er is dus wel degelijk een verschil in de wijze van benadering zo menen wij.



Is de grondslag van de aansprakelijkheid van belang bij de beoordeling van verrekening?

In de casus van X/Vialis was de werkgever ook de aansprakelijke partij. De vraag rijst of het bij het vraagstuk van de verrekening nog verschil maakt of de werkgever en de aansprakelijke partij een en dezelfde zijn, of dat iedere aansprakelijke partij zich kan beroepen op verrekening van de transitievergoeding? En moet er dan nog onderscheid worden gemaakt bij aansprakelijkheid op grond van schuld of risicoaansprakelijkheid. Ons inziens zou de grond van aansprakelijkheid geen rol moeten spelen bij de beantwoording op de vraag of verrekening redelijk is, als de weg van 6:95 – 6:97 BW wordt bewandeld. Bij vergelijking van de hypothetische situatie zonder ongeval met de werkelijke situatie na ongeval, kan de transitievergoeding simpelweg niet genegeerd worden, ook niet als de transitievergoeding níet door de aansprakelijke partij wordt betaald.

Is de houding van de werkgever en/of diens verzekeraar relevant voor verrekening?

In dit artikel is toegelicht wat het doel is van de transitievergoeding en wat onder compensatie voor de werknemer wordt verstaan. De werknemer wordt door de

vergoeding ook deels de mogelijkheid geboden om zijn positie in de arbeidsmarkt te verbeteren en een transitie naar een andere functie zo te vergemakkelijken. Hij kan echter niet verplicht worden om het bedrag hiervoor aan te wenden. In menig letselschadezaak wordt door de aansprakelijke partij of diens verzekeraar geïnvesteerd in deze transitie, door bijvoorbeeld een arbeidsdeskundige in te schakelen of een omscholingstraject te bekostigen. In dat geval hoeft de werknemer dus zijn transitievergoeding hiervoor ook niet aan te spreken en ons inziens is dit dus een reden te meer dat verrekening redelijk is. Maar wat als de aansprakelijke partij nou weigert om kosten te maken om een benadeelde te helpen zijn weg te vinden op de arbeidsmarkt, waardoor hij of zij deze kosten wellicht toch weer zelf moet dragen? Pleit dit ervoor om verrekening niet of niet geheel plaats te laten vinden? Ons inziens zal in beginsel de verrekening redelijk blijven, mits is voldaan aan de vereisten zoals door de Rechtbank Den Haag zijn geschetst. Indien benadeelde van mening is dat hij kosten moet maken ter re-integratie, die hij zonder ongeval niet zou hebben gemaakt, ligt het op zijn weg deze kosten inzichtelijk te maken en te onderbouwen, conform de algemene regels van de bewijslast. Met de verdere vaststelling van de schade, kan met deze kosten vervolgens weer rekening worden gehouden.

Verrekening met het smartengeld?

De rechtbank neemt aan dat het voordeel mag worden verrekend, omdat de aard van de transitievergoeding en de schadevergoeding overeenkomen. Vanuit de praktijk doemen geluiden op dat volledige verrekening niet redelijk zou zijn, omdat de aard van de transitievergoeding deels ook een immaterieel karakter kent. Maar als een beroep wordt gedaan op dit immateriële karakter, zou je de transitievergoeding voor dat deel dan juist weer niet mogen verrekenen met het smartengeld? Weliswaar ziet het immateriële karakter enkel op het smart dat het beëindigen van het dienstverband met zich mee brengt en is het leed van het letsel in die zin vermoedelijk breder, maar anderzijds speelt de

eventuele arbeidsongeschiktheid en het al dan niet verliezen van een baan wel een rol bij de vaststelling van de hoogte van de smartengeldvergoeding. En als het *conditio sine qua non*-verband tussen het ongevalsletsel en de arbeidsongeschiktheid en daardoor beëindiging van het dienstverband een gegeven is, kun je dan het smart van het verliezen van dat dienstverband nog wel los zien van het ongeval?

Tot slot

Wij sluiten af door op te merken dat er nog altijd geen eenduidig antwoord is te geven op de vraag of het verrekenen van een verkregen transitievergoeding met het verlies aan verdienvermogen geoorloofd is. Het antwoord op deze vraag verschilt per casus. De gezichtspunten uit de arresten van de Hoge Raad ten aanzien van voordeelsverrekening en de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam van 16 april 2019 geven ons handvatten. Met de uitbreiding van het recht op een transitievergoeding dat sinds dit jaar al na één werkdag ontstaat, een mogelijke periode van economische tegenspoed met wellicht meer ontslagen in het verschiet, is het onze verwachting dat er in de nabije toekomst meer aandacht zal komen voor de verrekening van de transitievergoeding binnen letselschadezaken. Wij hopen dat ons artikel voor u handvatten biedt om het vraagstuk rondom de verrekening te beslechten. Tot slot willen wij meegeven dat verrekening, hoewel daar soms op juridische gronden legitieme redenen voor zijn aan te dragen, een verregaand middel is. De invloed hiervan moet niet onderschat worden en kan de schaderegeling als geheel betreffen. Hierdoor zult u zich los van de rationele argumenten alsnog moeten afvragen of het in alle kwesties gewenst is om over te gaan tot verrekening, zeker bij een beperkte hoogte van de transitievergoeding, want gedane zaken nemen weliswaar geen keer maar kunnen u nog een letselschadezaak lang blijven achtervolgen.