

# Civielrechtelijke vergoeding van letselschade door een werkgever en fiscale (on)belastbaarheid van een uitkering uit een door een werkgever afgesloten ongevalverzekering. Een kwestie van voordeelstoerekening?

*Mr. dr. W.C.T. Weterings\**

## 1. Inleiding

Een letselschadevergoeding is in beginsel fiscaal onbelast. De Hoge Raad heeft in maart 2022 de uitzondering – afspraken in de arbeidsvoorwaarden of een rechtspositionele regeling met betrekking tot een letselschadevergoeding – in een fiscaal arrest nader toegelicht.<sup>1</sup> Het enkele feit dat in de arbeidsvoorwaarden afspraken zijn gemaakt met betrekking tot een ‘letselschadevergoeding’ brengt nog niet mee dat de uitzondering van toepassing is en loonbelasting over de vergoeding is verschuldigd.<sup>2</sup> Dat is volgens de Hoge Raad alleen aan de orde bij arbeidsvoorwaardelijke vergoedingen die boven de civielrechtelijke aansprakelijkheid van de werkgever uitgaan.

In de vorige aflevering van dit tijdschrift is al een artikel over dit arrest gepubliceerd.<sup>3</sup> Daarin lag het accent op de fiscale behandeling van een letselschadevergoeding bij de belastingheffing. In paragraaf 4.3 werd opgemerkt dat met name bij uitkeringen op grond van een ongevalverzekering discussie kan ontstaan of deze tot het loon moeten worden gerekend of niet, omdat een uitkering uit ongevalverzekering niet strekt tot vergoeding van schade. In het onderhavige artikel staat juist die situatie, waarin dus sprake is van een uitkering op grond van een ongevalverzekering, centraal.

Het komt in de praktijk namelijk vaak voor dat op grond van een ongevalverzekering, die door een werkgever krachtens de (collectieve)arbeidsovereenkomst is afgesloten, aan een werknemer een uitkering wordt verstrekt naast de civiele schadevergoeding die de werkgever op basis van bijvoorbeeld artikel 7:658 BW aan de werknemer dient te betalen. In de praktijk werd tot bovengenoemd arrest dikwijls – onder verwijzing naar het eerdere *Smeerkuil*-arrest uit 1983 – belasting ingehouden over de uitkering uit de ongevalverzekering en afgedragen aan de Belastingdienst. De vraag is thans of en in hoeverre met de uitkering uit de ongevalverzekering sprake is van een extra vergoeding (ten opzichte van de civiele schadevergoeding) in fiscale zin. Dat hangt mijns inziens af van de mate waarin de uitkering uit de ongevalverzekering in civielrechtelijke zin bij de begroting van de schadevergoeding ex artikel 6:100 BW als opgekomen voordeel kan/mag worden toegerekend. Daarmee is het echter niet gemakkelijker geworden. In het onderstaande ga ik hier nader op in. Met het oog op de zelfstandige leesbaarheid van dit artikel schets ik hieronder eerst de casus en het oordeel van de Hoge Raad. Dat heeft echter wel enige overlap met eerdergenoemd artikel tot gevolg.

## 2. Het *Smeerkuil*-arrest

In het arrest van 25 maart 2022 heeft de Hoge Raad zijn eerdere *Smeerkuil*-uitspraak uit 1983 over de (on)belastbaarheid van door een werkgever aan zijn werknemer betaalde vergoedingen voor immateriële schade en verlies aan arbeidskracht nader toegelicht. Om deze redenen wordt in de rechtspraak wel gesproken van het *Smeerkuil II*-arrest.<sup>4</sup>

\* Mr. dr. W.C.T. Weterings is advocaat bij Dirkszwaiger, sectie Aansprakelijkheid & Verzekering, te Arnhem en als universitair hoofddocent verbonden aan de Universiteit van Tilburg, vakgroep Private, Business & Labour Law.

1 HR 25 maart 2022, ECLI:NL:HR:2022:444.

2 Fiscaal wordt een letselschadevergoeding ruimer gezien – en kan dus meer omvatten – dan een civiele schadevergoeding.

3 P.A.C. Hoyneck van Papendrecht, ‘Letselschadevergoeding in de loonbelasting: de (smeer)put is nog niet gedempt’, *TVP* 2022, afl. 4, p. 121-128.

4 Zie bijv. de *BNB*-noot van A.L. Mertens bij dit arrest en Rb. Gelderland 30 juni 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:3319.

In het *Smeerkuil*-arrest uit 1983 had een werknemer ernstig letsel opgelopen bij een arbeidsongeval in de werkplaats van een autogarage.<sup>5</sup> Deze werknemer was aan het werk in de smeerkuil toen zich een explosie voordeed, gevolgd door een brand. De benzinedampen die zich in de smeerkuil hadden verzameld, waren door een vonk uit een kapotte lamp tot ontbranding gekomen. Als gevolg van de explosie en brand liep de werknemer ernstige brandwonden en verminkingen op. Hij raakte volledig arbeidsongeschikt. De werkgever was aansprakelijk voor de letselschade en de werknemer ontving een schadevergoeding van circa f 122.500 voor immateriële schade en het verlies aan arbeidsvermogen. Daarna ontstond een geschil tussen de belastinginspecteur en de benadeelde over de verschuldigdheid van inkomstenbelasting over deze vergoeding. De inspecteur meende dat het bedrag volledig was belast. De benadeelde was daarentegen van mening dat in het geheel geen inkomstenbelasting was verschuldigd.

In cassatie oordeelde de Hoge Raad dat als een werkgever aan zijn werknemer een schadevergoeding moet betalen voor immateriële schade en verlies aan arbeidskracht in verband met een aan zijn werknemer overkomen ongeval, deze vergoeding niet – behoudens bijzondere omstandigheden, zoals bepaalde afspraken in de arbeidsovereenkomst – als loon uit dienstbetrekking moet worden aangemerkt. Deze vergoeding in verband met de aansprakelijkheid van de werkgever staat namelijk (fiscaal) niet in voldoende causaal verband met de dienstbetrekking. De dienstbetrekking is niet bij uitsluiting de oorzaak van de schade geweest, maar het ongeval had eenieder die aanwezig was in het garagebedrijf kunnen overkomen. Een verschil in belastingheffing tussen een werknemer en een ander slachtoffer met letselschade is daarmee niet gerechtvaardigd.<sup>6</sup> De conclusie was dat hier geen loonbelasting was verschuldigd over de letselschadevergoeding.

### 3. De praktijk na het Smeerkuil-arrest

De hoofdregel was dus volgens de Hoge Raad in het *Smeerkuil*-arrest dat vergoeding door de werkgever van immateriële schade en schade door verlies aan arbeidskracht niet als loon worden aangemerkt. Bij bijzondere omstandigheden, ‘zoals bepaalde afspraken in de arbeidsovereenkomst’, dient echter op deze hoofdregel een uitzondering te worden gemaakt. De vraag was vervolgens wanneer die *Smeerkuil*-uitsondering zich voordoet, en of dat bijvoorbeeld bij een uitkering op grond van een ongevallenverzekering aan de orde is (en dus wél loonbelasting is verschuldigd).<sup>7</sup> Werkgevers sluiten immers regelmatig overeenkomstig een regeling in de arbeidsvoorwaarden (collectieve) ongevallenverzekeringen af waarbij de eventuele

uitkeringen toekomen aan de werknemer of aan de werkgever (waarbij deze de uitkering doorbetaalt aan de werknemer).

In de praktijk werd na de *Smeerkuil*-uitspraak veelal door werkgevers in geval van betaling op grond van een afspraak in de arbeidsovereenkomst of een andere rechtspositionele regeling van een ‘letselschadevergoeding’ aan een werknemer loonbelasting ingehouden en afgedragen aan de Belastingdienst.<sup>8</sup> Voor civilisten is hierbij van belang om zich te realiseren dat een letselschadevergoeding in fiscale zin meer kan omvatten dan een civiele letselschadevergoeding. Ook een uitkering uit een ongevallenverzekering op basis van de arbeidsvoorwaarden werd vaak geacht een dergelijke *Smeerkuil*-uitsondering te zijn.<sup>9</sup> Zij werd dan gezien als een vergoeding die berust op de arbeidsvoorwaarden en uitsluitend haar grond vindt in de dienstbetrekking, waarmee loonbelasting was verschuldigd.<sup>10</sup>

### 4. Het Smeerkuil II-arrest

De Hoge Raad heeft echter in zijn arrest van 25 maart 2022<sup>11</sup> nadere uitleg gegeven met betrekking tot de reikwijdte van de *Smeerkuil*-uitsondering. In deze kwestie had de werkgever (Veiligheidsregio) een werknemer aangesteld als vrijwilliger bij de brandweer. Tijdens bluswerkzaamheden is de werknemer betrokken geraakt bij een ernstig ongeval. Als gevolg van dit ongeval heeft hij blijvend letsel aan zijn pols en rug. Dit heeft geleid tot een blijvende bewegingsbeperking. Op grond van een bepaling in een collectieve arbeidsvoorwaardenregeling had de werkgever een ongevallenverzekering afgesloten voor degenen die als vrijwilliger bij de brandweer werkzaam zijn. Deze verzekering, met de werkgever als begunstigde, voorzag onder meer in een uitkering bij tijdelijke en blijvende arbeidsongeschiktheid als gevolg van een dienstongeval. Krachtens deze ongevallenverzekering is in verband met de invaliditeit van de werknemer een letselschadevergoeding van € 32.375 toegekend. Deze letselschadevergoeding is aan de werknemer uitgekeerd onder inhouding van een bedrag ad € 13.270,81 door de werkgever in verband met loonbelasting. De werknemer was echter van mening dat geen loonbelasting is verschuldigd over de uitkering uit de ongevallenverzekering. De belastinginspecteur meende dat dit wel het geval is en dat het bedrag terecht is ingehouden.

5 HR 29 juni 1983, ECLI:NL:HR:1983:AW9439.

6 Zie hierover A.H.E. Bruin & E.W. Ros, ‘Smeerkuil 2.0: als je begrijpt wat ik bedoelde...’, *MBB* 2022, afl. 13, p. 19 e.v.

7 Bijv. T. El Ouardi & C. Chaoui, ‘Onder de loep: het (fiscale) leed bij letselschadevergoedingen’, *MBB* 2021, afl. 8, p. 24 en E.F.V. Boot, ‘De fiscus ligt op de loer. Over de belastbaarheid van verschillende vergoedingen en verstrekkingen uit dienstverband’, *TAR* 2012, afl. 4, p. 161.

8 E. Alink, ‘Aan werknemer toegekende schadevergoeding geen loon, tenzij...’, *Vp-Bulletin* 2022, afl. 5, p. 11; E.J.W. Heithuis, ‘Een arrest met grote financiële gevolgen’, *TaxLive* 7 april 2022. Zie ook L. Berentsen, ‘Fiscus heft ten onrechte belasting over letselschadevergoeding’, *FD* 13 april 2022. Vgl. de *NTFR*-noot van A.C. Smale (*NTFR* 2022/2359).

9 Zie bijv. Rb. Den Haag 18 januari 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:563 en Rb. Den Haag 19 september 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:11244. Vgl. T. El Ouardi & C. Chaoui, ‘“Arbeidsvoorwaardelijke” letselschadevergoedingen in grensoverschrijdende situaties’, *MBB* 2021, afl. 16, p. 30, Th.J.M. van Schendel, ‘Vlucht MH17 en het fiscale loonbegrip’, *WFR* 2021, afl. 1, p. 91 en E. Alink, ‘Schadevergoeding en loon uit dienstbetrekking’, *Vp-Bulletin* 2020, afl. 10, p. 9-10.

10 Vgl. R.M.J.T. van Dort, in: S. Binkhorst & J. Wildeboer (red.), *Handboek personenschade*, Deventer: Wolters Kluwer 2022/3090.4.9.1. Zie ook Hoynck van Papendrecht 2022, p. 122.

11 HR 25 maart 2022, ECLI:NL:HR:2022:444.

Uiteindelijk komt het geschil tussen de werknemer en de belastinginspecteur bij de rechter terecht. De rechtbank oordeelt dat de uitkering niet tot het loon kan worden gerekend en dat de inhouding van loonheffing achterwege had moeten blijven. Het hof verklaart daarentegen het hoger beroep van de inspecteur gegrond. Onder verwijzing naar het *Smeerkuil*-arrest oordeelt het hof dat de werknemer het recht op vergoeding van de door hem geleden schade ontleende aan een rechtspositionele regeling, zodat de uit dit recht voortvloeiende uitkering tot het loon behoort.

De Hoge Raad overweegt echter dat het hof een onjuiste uitleg geeft van het *Smeerkuil*-arrest. Hij brengt naar voren dat de *Smeerkuil*-uitzondering geldt *indien en voor zover de werkgever aan zijn erkenning van aansprakelijkheid een hogere vergoeding verbindt dan rechtstreeks uit het aansprakelijkheidsrecht voortvloeit*. Wanneer de werkgever niet zo'n hogere vergoeding aan die erkenning verbindt, brengt de vastlegging in de arbeidsovereenkomst materieel geen verandering in de rechten die de werknemer als gevolg van het ongeval heeft. Er is dan geen reden om over de belastbaarheid van de vergoeding anders te oordelen dan in het geval van de werknemer ten aanzien van wie in de arbeidsovereenkomst niets is geregeld omtrent zo'n vergoeding. Indien bij of krachtens de arbeidsovereenkomst geen hogere vergoedingen voor immateriële schade en verlies aan arbeidskracht zijn voorzien dan bepaald worden door de op de werkgever rustende aansprakelijkheid, doet de uitzondering op de hoofdregel zich daarom niet voor.

Vervolgens heeft de Hoge Raad de zaak verwezen naar het gerechtshof 's-Hertogenbosch. Het verwijzingshof zal nader moeten onderzoeken of de in de collectieve arbeidsvoorwaarden neergelegde verplichting van de werkgever om een ongevallenverzekering af te sluiten, moet worden aangemerkt als een bijzondere omstandigheid (*Smeerkuil*-uitzondering). Dit arrest is nog niet verschenen.

### 5. Gevolgen *Smeerkuil* II-arrest bij uitkeringen uit hoofde van een ongevallenverzekering

Voor het antwoord op de vraag of de ontvangen letselschadevergoeding belast of onbelast is, is dus niet (meer) doorslaggevend of afspraken zijn gemaakt over de vergoeding tussen werkgever en werknemer. De *Smeerkuil*-uitzondering ziet slechts op afspraken in arbeidsvoorwaarden of een rechtspositionele regeling die meebrengen dat de werkgever aan een werknemer *meer vergoeding betaalt* in verband met immateriële schade en verlies aan arbeidskracht *dan hij verplicht is op grond van het aansprakelijkheidsrecht*.<sup>12</sup>

Allereerst is dus relevant of wel/niet sprake is van een schadegeval waarvoor de werkgever aansprakelijk is.<sup>13</sup> Indien aansprakelijkheid van de werkgever niet aan de orde is, maar de werknemer wel een aanspraak heeft onder een door de werkgever op grond van de arbeidsvoorwaarden of een rechtspositionele regeling afgesloten ongevallenverzekering, dan zal de uitkering

uit de ongevallenverzekering fiscaal belast zijn.<sup>14</sup> Deze situatie kan aan de orde zijn als het letselschadegeval is veroorzaakt door een derde en/of de werknemer in de privésfeer is overkomen.<sup>15</sup> Bijvoorbeeld een werknemer die in zijn vrije tijd van een paard valt en blijvend letsel oploopt, en aan wie een uitkering toekomt uit hoofde van een door de werkgever afgesloten ongevallenverzekering.<sup>16</sup>

Indien de werkgever wel aansprakelijk is en op grond van het civiele aansprakelijkheidsrecht een schadevergoeding dient te betalen, dan is een uitkering uit een ongevallenverzekering alleen fiscaal belast voor zover de uitkering als 'extra' kan worden gezien.<sup>17</sup> Dat kan zich voordoen als de werkgever aan al zijn schadevergoedingsverplichtingen op grond van het civiele aansprakelijkheidsrecht heeft voldaan – eventueel via een door de werkgever afgesloten Aansprakelijkheidsverzekering Bedrijven (AVB-verzekering), waar de benadeelde werknemer zich dan met een directe actie ex artikel 7:954 BW op kan richten – en tevens een uitkering is gedaan uit hoofde van de ongevallenverzekering.<sup>18</sup>

Bij de beantwoording van de vraag of, en in hoeverre, de werknemer met een uitkering uit een ongevallenverzekering naast een civiele schadevergoeding meer heeft ontvangen dan de werkgever diende te vergoeden op grond van het aansprakelijkheidsrecht, zal naar mijn idee het civielrechtelijke leerstuk van de voordeelstoerekening of voordeelsverrekening (art. 6:100 BW) een belangrijke rol spelen.<sup>19</sup>

Indien een uitkering uit een ongevallenverzekering civielrechtelijk (volledig) wordt verrekend als voordeel bij de begroting van de civiele schadevergoeding, dan heeft dit mijns inziens naar alle waarschijnlijkheid ook fiscaalrechtelijke consequenties. De ongevallenuitkering leidt dan niet tot een extra vergoeding en de uitkering is onbelast. Andersom, als de uitkering op grond van de ongevallenverzekering niet (geheel) wordt meegenomen bij de begroting van de schadevergoeding, is dat wel het geval en zal met betrekking tot het bovenmatige deel (de extra vergoeding) loonbelasting verschuldigd zijn. De vraag is daarmee of en zo ja wanneer bij een uitkering uit een ongevallenverzekering sprake kan zijn van voordeelsverrekening. Daar wordt in de volgende paragraaf op ingegaan.

### 6. Verrekening uitkering ongevallenverzekering bij civiele schadevergoeding?

#### 6.1 Voordeelsverrekening en verzekering; algemeen

Het komt geregeld voor dat een door een wanprestatie of onrechtmatige daad benadeelde persoon niet alleen een nadeel/schade lijdt, maar dat een schadegeval voor hem ook een voor-

12 Hoynck van Papendrecht 2022, p. 124.

13 Vgl. de *NFR*-noot van E. Alink (*NFR* 2022/1305).

14 Van Dort 2022/3090.4.9.1.

15 Zo ook Hoynck van Papendrecht 2022, p. 125.

16 Vgl. Hof Arnhem-Leeuwarden 21 februari 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:1613.

17 Vgl. Hoynck van Papendrecht 2022, p. 125.

18 Van Dort 2022/3090.4.9.1.

19 Zo ook Van Dort 2022/3090.4.9.1.

deel doet ontstaan.<sup>20</sup> Met dit voordeel dient op grond van artikel 6:100 BW, voor zover dit redelijk is, bij de vaststelling van de te vergoeden schade rekening te worden gehouden. Indien een rechter dat in een concreet geval redelijk acht, wordt het voordeel in mindering gebracht op de te betalen schadevergoeding. Een verzekeringsuitkering kan ook een bedoeld voordeel vormen. De benadeelde krijgt dan als gevolg van de schadetoebrengende gebeurtenis een aanspraak op een verzekeraar (dat wil zeggen: een andere verzekeraar dan de aansprakelijkheidsverzekeraar van de schadeveroorzaker). De vraag of een verzekeringsuitkering al dan niet als voordeel in mindering gebracht kan worden op de schadevergoeding speelt met name bij sommenverzekeringen.

Bij schadeverzekeringen is voordeelsverrekening namelijk in beginsel mogelijk, voor zover het leerstuk al speelt.<sup>21</sup> De schadeverzekeraar die de schade van de benadeelde vergoedt, subrogeert op basis van artikel 7:962 BW in de schadevergoedingsrechten van de benadeelde jegens de schadeveroorzaker.<sup>22</sup> Voor zover de schade door deze schadeverzekeraar is vergoed, kan de benadeelde de schadeveroorzaker (en diens aansprakelijkheidsverzekeraar) niet meer tot vergoeding aanspreken en is er geen sprake van een voordeel. Dat vorderingsrecht ligt dan bij de schadeverzekeraar. Voor zover er nog wel een gedeeltelijke aanspraak van de benadeelde is (bijvoorbeeld in verband met een eigen risico of een niet-gedekte schade), kan hij louter deze schade vorderen bij de schadeveroorzaker. Bij de schadebegroting dient dan rekening te worden gehouden met de reeds door de schadeverzekeraar gedane uitkering (indien de benadeelde zijn vordering nog niet had beperkt).

Bij sommenverzekeringen – waaronder de ongevallenverzekering – ligt voordeelsverrekening complexer. De hoogte van de uitkering wordt immers niet bepaald aan de hand van de concrete schade die is ontstaan, maar is afhankelijk van het vooraf met de verzekeraar afgesproken vaste bedrag (art. 7:964 BW). Het is niet geheel duidelijk of en zo ja wanneer een uitkering uit een sommenverzekering op de voet van artikel 6:100 BW op het schadevergoedingsbedrag in mindering dient te worden gebracht.<sup>23</sup> Rechter hebben gezien het arrest *Verhaeg/Jenniskens* uit 2010 een ruime beoordelingsvrijheid.<sup>24</sup> De Hoge Raad overwoog in dit arrest dat in geval van letselschade en

een voordeel dat bestaat uit een verzekeringsuitkering zes gezichtspunten in aanmerking dienen te worden genomen:

- a. Van verrekening zal in het algemeen alleen sprake kunnen zijn indien de uitkering beoogt dezelfde schade te vergoeden als die waarvoor de partij die zich op de voordeelstoerekening beroept, aansprakelijk is.
- b. Bij een uitkering uit een schadeverzekering zal – indien het gaat om vergoeding van dezelfde schade (gezichtspunt a) – in beginsel verrekening op haar plaats zijn. De verzekeraar subrogeert immers, voor zover hij heeft betaald, in het vorderingsrecht van de benadeelde en kan de aansprakelijke partij voor het uitgekeerde bedrag aanspreken.
- c. Bij een sommenverzekering die door de benadeelde zelf is aangegaan en waarbij de premie door de benadeelde zelf wordt betaald, komt verrekening in het algemeen niet in aanmerking. Hetzelfde geldt indien een derde – niet zijnde de aansprakelijke persoon – de sommenverzekering heeft gesloten en de premie heeft betaald. In deze situatie is het bestaan van de verzekering immers een aangelegenheid die de schadeplichtige niet aangaat. Het afsluiten van de verzekering is een zuiver individuele en persoonlijke beslissing geweest van de benadeelde (of de derde).
- d. Bij een sommenverzekering waarbij de premie door de aansprakelijke partij is betaald, zal eerder aanleiding zijn om tot verrekening over te gaan, met name indien geen verplichting bestond om de verzekering aan te gaan of de premie te betalen. Hierbij moet echter rekening worden gehouden met welk oogmerk de aansprakelijke partij de premie voor haar rekening heeft genomen of de verzekering heeft afgesloten. De verzekering was mogelijk niet bedoeld om schade te vergoeden, maar als ‘extraatje’.
- e. Indien de in het geding zijnde 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.
- f. Voor verrekening bestaat in het algemeen eerder aanleiding indien sprake is van een risicoaansprakelijkheid dan wanneer de aansprakelijkheid is gebaseerd op schuld. Daarbij zal voor verrekening eerder grond bestaan naarmate de aansprakelijke partij minder verwijt van het schadetoebrengende feit kan worden gemaakt.

Er kan dus, gezien de gezichtspunten c en d, een onderscheid worden gemaakt naar welke partij de sommenverzekering heeft afgesloten en/of de premies heeft betaald.<sup>25</sup>

20 Zie hierover Lindenberg, in: *GS Schadevergoeding*, art. 6:100 BW (2022), Asser/Sieburgh 6-II 2021/99 e.v., T. Hartlief, *Verbindenissen uit de wet en schadevergoeding*, Deventer: Wolters Kluwer 2021/225 en C.J.M. Klaassen, *Schadevergoeding algemeen 2* (Mon. BW nr. B35), Deventer: Wolters Kluwer 2017/80 e.v.

21 Asser/Sieburgh 6-II 2021/104. In feite is bij subrogatie geen sprake van voordeelstoerekening, maar is de schade van de benadeelde verminderd als gevolg van de uitkering en subrogatie door zijn verzekeraar. Zo ook Lindenberg, in: *GS Schadevergoeding*, art. 6:100 BW, aant. 11 (2022) en Hartlief 2021/225 sub c.

22 Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX 2019/53 e.v.

23 Asser/Sieburgh 6-II 2021/104 en 157; Bolt, in: *GS Schadevergoeding*, art. 6:107 BW, aant. 3.4.2 (2020).

24 HR 1 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM7808 (*Verhaeg/Jenniskens*).

25 In de literatuur wordt er vaak voor gepleit om uitkeringen uit sommenverzekering in beginsel niet voor verrekening in aanmerking te doen komen en daar alleen onder bijzondere omstandigheden een uitzondering op te maken. Als ik het goed zie, gaat het dan om een sommenverzekering die is afgesloten door de benadeelde of door een derde ‘in de sfeer van de benadeelde’. Zie E.W. Bosch, ‘Voordeelstoerekening van AOV-uitkeringen in letselsaken’, *VR* 2020, afl. 3, p. 72-77, J.W. Silvius, ‘Voordeelstoerekening volgens het arrest Verhaeg/Jenniskens: duidelijkheid of debat?’, *AV&S* 2017, afl. 1, p. 11-18 en S.S.Y. Engelen & A.L.M. Keirse, ‘Voordeelstoerekening: leuker kunnen we het niet maken, wel inzichtelijker’, *TVP* 2017, afl. 2, p. 29-41.

### 6.2 Sommenverzekering afgesloten door de benadeelde of een derde

Bij de sommenverzekering wordt in de lagere rechtspraak sinds het arrest *Verbaeg/Jenniskens* doorgaans geen toerekening van de uitkering aan de civiele schadevergoeding aangenomen als de ongevallenverzekering door de benadeelde of een andere partij dan de aansprakelijke partij is afgesloten.<sup>26,27</sup> Bijvoorbeeld een zzp'er die (de AVB-verzekeraar van) zijn 'werkgever' (opdrachtgever) aanspreekt op grond van artikel 7:658 lid 4 BW en die zelf een ongevallenverzekering heeft afgesloten.<sup>28</sup>

Deze – terecht – benadering door de feitenrechter spoort met het arrest *Verbaeg/Jenniskens*. In deze rechtspraak valt te zien dat bij de beoordeling door de rechter veelal de gezichtspunten a, c, e en f een rol spelen.<sup>29</sup> De uitkering uit de ongevallenverzekering en de schadevergoeding worden dan als cumulatief gezien en bestaan zelfstandig naast elkaar. De gedachte is dat anders een schadeveroorzaker zou profiteren van de zijdens de benadeelde getroffen verzekeringsmaatregelen (omdat hij minder schadevergoeding zou hoeven te betalen, nu de sommenverzekeraar niet subrogeert in het vorderingsrecht van de benadeelde jegens de schadeveroorzaker).

### 6.3 Sommenverzekering afgesloten door de aansprakelijke partij

Voordeelstoerekening ligt mijns inziens echter anders indien een sommenverzekering door de aansprakelijke partij is afgesloten en/of door haar de premies zijn betaald.<sup>30</sup> Dit betreft de situatie die in dit artikel wordt bedoeld, een door de aansprakelijke werkgever afgesloten ongevallenverzekering. Daarbij geldt echter wel dat rechters verschillend kunnen omgaan met hun beoordelingsvrijheid en de in het arrest *Verbaeg/Jenniskens* genoemde gezichtspunten. Tevens is er met betrekking tot deze specifieke situatie nauwelijks rechtspraak (na 2010).

Aan de ene kant is een ongevallenverzekering een zuivere sommenverzekering en wordt geen vergoeding van de concrete schade beoogd (zoals bij een schadeverzekering, gezichts-

punt a). Daarbij wijst een aansprakelijkheidsverzekering aan de zijde van de aansprakelijke werkgever in de richting van niet verrekenen van de uitkering met de schadevergoeding (gezichtspunt f), en vaak is een dergelijke verzekering aanwezig.<sup>31</sup> Verschillende auteurs vinden dat een dominant element.<sup>32</sup>

Aan de andere kant heeft hier de aansprakelijke partij (de werkgever) deze ongevallenverzekering ten behoeve van de benadeelde (de werknemer) afgesloten en daarvoor de premies betaald (gezichtspunt d). In tegenstelling tot de situatie dat de sommenverzekering is afgesloten door de benadeelde (of een derde), kan mijns inziens nu niet worden gezegd dat het bestaan van de sommenverzekering de aansprakelijke partij niet aangaat (en daarom niet op de civiele schadevergoeding in mindering kan worden gebracht).<sup>33</sup> Dit gezichtspunt zou mijns inziens daarom zwaar moeten wegen, zeker – maar bepaald niet uitsluitend – indien geen verplichting bestond voor de aansprakelijke partij om deze ongevallenverzekering af te sluiten. Uiteindelijk profiteert de eventueel betrokken aansprakelijkheidsverzekeraar wel van de verrekening (indien dat een andere rechtspersoon is dan de sommenverzekeraar), maar dat is mijns inziens niet doorslaggevend.<sup>34</sup> Dat is een afgeleid effect van de positie van de aansprakelijke partij. Vastgesteld dient te worden wat de aansprakelijke partij dient te vergoeden, ongeacht of (de schade als gevolg van) haar aansprakelijkheid wel of niet verzekerd is. Dat is immers de partij waarop de benadeelde een vordering tot schadevergoeding heeft. Tevens is mijns inziens vooral de andere kant van het verhaal relevant, en dat is de vraag of de benadeelde wel/niet mag worden 'verrijkt' en het opgekomen voordeel als gevolg van de schadetoebrengende gebeurtenis wel/niet mag behouden. Dat laatste is wel het geval als hij zelf de verzekering heeft gesloten en de premies heeft betaald, en niet als de aansprakelijke partij dat heeft gedaan. In dat licht is minder relevant (en verder verwijderd) dat de aansprakelijkheidsverzekeraar van de aansprakelijke partij uiteindelijk profiteert van het feit dat de benadeelde een voordeel niet mag behouden omdat hij dan meer dan zijn schade vergoed zou krijgen van de aansprakelijke partij.

26 Zie bijv. Rb. Gelderland 8 november 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:5913, Hof 's-Hertogenbosch 24 augustus 2021, ECLI:NL:GHSHE:2021:2617, Rb. Gelderland 20 februari 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:665, Rb. Limburg 6 december 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:12135, Rb. Gelderland 30 maart 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:2974, Rb. Rotterdam 6 januari 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:167, Hof 's-Hertogenbosch 2 juli 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:2726, Rb. 's-Hertogenbosch (sector kanton) 17 oktober 2012, ECLI:NL:RBSHE:2012:BY1145 en Hof 's-Gravenhage 22 november 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BU7536.

27 Anders (wel verrekening): Rb. Rotterdam 14 december 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:9636, Rb. 's-Gravenhage 6 juli 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BX2021 en Rb. 's-Gravenhage 27 juni 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BX2018.

28 Vgl. Rb. Oost-Brabant 27 juli 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:4616 en Rb. 's-Hertogenbosch 17 oktober 2012, ECLI:NL:RBSHE:2012:BY1145.

29 E.W. Bosch, 'Voordeelsverrekening na het *Verbaeg/Jenniskens*-arrest', *TVP* 2014, afl. 2, p. 31 e.v. Zie ook Bosch 2020, p. 74 e.v.

30 Anders: onder meer E.J. Wervelman, 'Voordeelsverrekening bij letselschade van uitkeringen uit hoofde van particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekeringen', *TVP* 2010, afl. 1, p. 13 e.v.

31 Bijv. Hof 's-Hertogenbosch 11 februari 2014, HD 200.125.641/01, n.g. Dit arrest is te kennen uit Bosch 2014, p. 35-36.

32 Zie T. Hartlief in zijn *NJ*-noot onder HR 1 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM7808, *NJ* 2013/81, waar hij opmerkt: 'Ook al is de sommenverzekering door de aansprakelijke persoon afgesloten, ook al is dat onverplicht gebeurd en ook al is sprake van risicoaansprakelijkheid, dan nog zou ik niet weten waarom de aansprakelijkheidsverzekeraar van de sommenverzekering zou moeten profiteren.' Zie ook Hartlief 2021/225. Vgl. S.D. Lindenberg, 'A, V en S, wie komt het voordeel toe?', *AVES* 2010, afl. 27, p. 215-216 en E.J. Wervelman, 'Kroniek van de particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering 2007-2013', *AVES* 2013, afl. 16, p. 136-137.

33 A.T. Bolt, 'Uitkeringen uit verzekering, wat doen we ermee? Een beschouwing naar aanleiding van HR 1 oktober 2010, LJN BM7808', *AVES* 2011, afl. 2. Chr.H. van Dijk, 'Voordeelstoerekening', in: U. Magnus & Chr.H. van Dijk, *Voordeelstoerekening naar Duits en Nederlands recht* (Preadvis Vereniging voor Aansprakelijkheidsrecht), Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 54 vindt dat het profiteren van de verzekering überhaupt geen argument is waar rekening mee zou moeten worden gehouden, ook niet bij sommenverzekeringen die door de benadeelde of partijen in diens sfeer zijn afgesloten.

34 Zo ook Bolt 2011 en Silvius 2017, p. 17.

In dit verband is ook van belang dat een werkgever met een ongevalverzekering heeft beoogd dat een werknemer een vergoeding krijgt in geval van invaliditeit of overlijden door een ongeval en om eventuele schade van de werknemer te minderen. Er is daarom mogelijk, in ieder geval deels, een overlap met de (soort) letselschade die de aansprakelijke werkgever na een arbeidsongeval dient te vergoeden (gezichtspunten a en d).<sup>35</sup> Het is niet louter een aanvullende voorziening (naast de civiele schadevergoeding), waarbij uitkering ook aan de orde kan zijn als aansprakelijkheid van de werkgever niet speelt ter zake het letsel van de werknemer. Verder is bij werkgevers-aansprakelijkheid ex artikel 7:658 en 7:611 BW sprake van een quasi-risicoaansprakelijkheid (schuldaansprakelijkheid die dicht tegen risicoaansprakelijkheid aanligt), hetgeen ook wijst op verrekening (gezichtspunt f).<sup>36</sup>

Het is echter onzeker hoe een rechter in de praktijk hiermee om zal gaan, en ook in de literatuur bestaat allerminst eenstemmigheid (er lijken daarbij ook meer stemmen tegen voordeelstoerekening te zijn). Wel zijn er naar mijn idee dus goede redenen om te veronderstellen dat in beginsel, behoudens bijzondere omstandigheden, bij een ongevalverzekering (of een andere sommenverzekering) die is afgesloten door de aansprakelijke partij dient te worden uitgegaan van voordeelsverrekening met de schadevergoeding op basis van het aansprakelijkheidsrecht.<sup>37</sup> De schaarse rechtspraak (van na oktober 2010) wijst ook in deze richting.<sup>38</sup> Zo heeft in 2017 de rechtbank Rotterdam op deze wijze geoordeeld.<sup>39</sup> Ook de rechtbank Den Haag kwam in 2013 bij vergelijkbare omstandigheden tot het oordeel dat de uitkering uit de door de aansprakelijke werkgever (onverplicht) afgesloten ongevalverzekering, waarvoor de werkgever ook de premies had betaald, mocht worden verrekend met de schadevergoeding die door (de AVB-verzekeraar van) de werkgever diende te worden betaald.<sup>40</sup>

#### 6.4 Gedeeltelijke verrekening

Naast de onduidelijkheid of voordeelstoerekening door een rechter wel/niet zal worden toegestaan, kan – als voordeelstoerekening wel aan de orde is – een uitkering uit de (door de aan-

sprakelijke partij afgesloten) ongevalverzekering mogelijk niet volledig in mindering worden gebracht op de vastgestelde schadeomvang in de aansprakelijkheidskwestie. De hoogte van de uitkering uit hoofde van de ongevalverzekering zal vaak lager, maar kan ook hoger zijn dan de concreet geleden schade.

Daarbij speelt ook dat voor iedere schadepost afzonderlijk moet worden beoordeeld of verrekening mag plaatsvinden.<sup>41</sup> Als het toe te rekenen voordeel groter is dan de omvang van de schadeposten waarop dit voordeel mag worden toegerekend (bijvoorbeeld inkomensschade), mag dit voordeel slechts gedeeltelijk – te weten tot de hoogte van deze schadeposten – worden toegerekend.<sup>42</sup> Ook kan het zijn dat de uitkering deels ziet op bepaalde niet voor civielrechtelijke schadevergoeding in aanmerking komende schadeposten.

Een en ander kan meebrengen dat geen verrekening van de volledige verzekeringsuitkering plaatsvindt en dat de benadeelde (toch) een deel van de uitkering uit de ongevaluitkering toekomt, boven op de schadevergoeding. Enerzijds is die hogere vergoeding positief voor de benadeelde. Anderzijds geldt met betrekking tot het extra deel (boven de civiele vergoeding) dan wel dat loonbelasting is verschuldigd.

#### 6.5 Probleem: moment van beoordeling voordeelsverrekening

Of en in welke mate civielrechtelijk voordeelstoerekening speelt en hoe dat fiscaal uitwerkt, zal in de praktijk lastig te beoordelen zijn.<sup>43</sup> De uitkering uit de ongevalverzekering vindt namelijk vaak eerder plaats dan de definitieve begroting van de schade(posten), inclusief de eventuele voordeelsverrekening, in de aansprakelijkheidskwestie. Dat betekent dat pas na afronding van het aansprakelijkheidsdossier definitief kan worden vastgesteld of sprake is van een extra vergoeding en (een deel van) de uitkering uit de ongevalverzekering toch fiscaal is belast.

Op het moment van de uitkering uit hoofde van de door de werkgever afgesloten ongevalverzekering is de verzekeraar – bij rechtstreekse uitkering door de verzekeraar aan de werknemer – of de werkgever – bij uitkering aan de werkgever en vervolgens doorbetaling aan de werknemer – in beginsel inhoudingsplichtig en dient loonbelasting te worden afgedragen. Doet de werkgever of verzekeraar dit niet, dan wordt hem een boete opgelegd. Als later bij de vaststelling van de civiele schadevergoeding deze uitkering niet als voordeel wordt toegerekend, dan blijft de situatie fiscaal onveranderd. Over de civiele schadevergoeding hoeft dan geen belasting te worden betaald en over de volledige uitkering uit de ongevalverzekering is terecht eerder loonbelasting ingehouden. Deze vergoeding op grond van de arbeidsvoorwaarden is immers volledig

35 Terughoudend bij ongevalverzekeringen: E.J. Wervelman, 'Actualiteiten particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering (AOV)', TVP 2020, afl. 4, p. 117, Wervelman 2010, p. 13 en 16 en Bolt 2011.

36 Vgl. Van Dijk 2015, p. 54. Overigens ligt dit wat genuanceerder als (bijv. door de Arbeidsinspectie) expliciet een zorgplichtschending wordt aangenomen. Vgl. Rb. Rotterdam 6 januari 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:167.

37 Overigens ziet dit op vergoeding van letselschade. In het kader van overlijdensschade geldt dat uitkeringen uit sommenverzekeringen in principe verrekend moeten worden, gelet op de behoeftigheidsmaatstaf van art. 6:108 BW. Zie HR 1 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM7808 (*Verhaeg/Jenniskens*).

38 De lagere rechtspraak voor oktober 2010 was wisselend, zie Wervelman 2010, p. 7 e.v.

39 Rb. Rotterdam 18 augustus 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:6371. Dit werd ook wel vanuit de slachtofferhoek als een billijke uitspraak gezien, zie Bosch 2020, p. 75 en de JA-noot van J.G. Keizer (JA 2018/18). Vgl. in dit verband ook Rb. Noord-Holland 17 februari 2021, ECLI:NL:RBNHO:2021:1833.

40 Rb. Den Haag 12 maart 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:4512.

41 Zie HR 1 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM7808 (*Verhaeg/Jenniskens*), r.o. 3.5.3 met verwijzing naar HR 17 december 1976, ECLI:NL:HR:1976:AC5837, NJ 1977/351 (*Van den Endt/Bongaerts*).

42 Bolt 2011. Zie voorts Lindenbergh, in: *GS Schadevergoeding*, art. 6:100 BW, aant. 5 (2022) en Asser/Sieburgh 6-II 2021/158.

43 Hoyncck van Papendrecht 2022, p. 126-127 wijst op enkele andere aspecten die de schadeafwikkeling compliceren.

boven op de civiele schadevergoeding gekomen en valt onder de (huidige) Smeerkuil-uitzondering.

Mocht blijken dat de uitkering wel volledig als voordeel in mindering dient te worden gebracht op de civiele schadevergoeding, dan had achteraf inhouding van loonheffing achterwege moeten blijven. De werknemer had dan wel tijdig bezwaar dienen te maken tegen de inhouding van loonbelasting over de uitkering uit de ongevallenverzekering en de Belastingdienst moeten verzoeken om een beslissing aan te houden tot het moment dat het aansprakelijkheidsdossier is afgerond. Dat geldt ook bij achteraf gedeeltelijke voordeelstoerekening, waardoor een gedeelte van de uitkering uit de ongevallenverzekering belast en een gedeelte onbelast blijkt te zijn.

Het *Smeerkuil II*-arrest leidt derhalve tot de vreemde situatie dat de ongevallenverzekeraar of de werkgever bij eerdere uitkering uit hoofde van de ongevallenverzekering voor de zekerheid loonbelasting zal (moeten) inhouden en afdragen aan de Belastingdienst en dat de werknemer met letselschade daartegen voor de zekerheid bezwaar zal moeten maken. Indien in het aansprakelijkheidsdossier de uitkering niet als voordeel ex artikel 6:100 BW wordt toegerekend, dan was het bezwaar van de werknemer achteraf onnodig. Indien het beroep van de aansprakelijke werkgever op voordeelsverrekening wel geheel of gedeeltelijk slaagt, dan is onnodig loonbelasting ingehouden en afgedragen.

## 7. Conclusie

Een fiscaal arrest van de Hoge Raad vestigt, vermoedelijk onbedoeld, de aandacht op het civielrechtelijke leerstuk van de voordeelstoerekening, en dat maakt een en ander niet gemakkelijker.<sup>44</sup> In het *Smeerkuil II*-arrest van 2022 heeft de Hoge Raad de uitzondering op het uitgangspunt dat letselschadevergoedingen door een werkgever in beginsel fiscaal onbelast zijn, nader uitgelegd. Alleen de extra vergoeding die de werkgever – op grond van afspraken bij of krachtens de arbeidsovereenkomst – aan een werknemer betaalt boven op de vergoeding die volgt uit zijn aansprakelijkheid voor de schade, vormt een voordeel uit dienstbetrekking (loon) en is fiscaal belast.

Of bij een uitkering aan de werknemer uit hoofde van een door een werkgever afgesloten ongevallenverzekering sprake is van een fiscaal belaste extra vergoeding, hangt mijns inziens af van de vraag of deze uitkering als voordeel in de zin van artikel 6:100 BW toegerekend moet worden aan het bedrag aan schadevergoeding in verband met aansprakelijkheid van de werkgever. Het antwoord op deze civielrechtelijke vraag bepaalt uiteindelijk ook de fiscale gevolgen. Dat antwoord is echter op dit moment onduidelijk, ofschoon mijns inziens veel valt te zeggen voor voordeelstoerekening. Nu een ongevallenuitkering veelal eerder plaatsvindt dan de vaststelling van de civiele schadevergoeding, plaatst het *Smeerkuil II*-arrest de praktijk voor een dilemma. De ongevallenverzekeraar of de

werkgever is verplicht om dan loonbelasting in te houden en later ontstaat pas duidelijkheid over de civielrechtelijke situatie en daarmee of wel/geen sprake is van een Smeerkuil-uitzondering.

Een oplossing zou kunnen zijn dat de wetgever de ongevallenuitkering buiten de loonheffing brengt.<sup>45</sup> Voordeelsverrekening zou dan fiscaal geen rol (meer) spelen. Zolang dat niet gebeurt, zou vanuit fiscaal perspectief meer duidelijkheid over voordeelsverrekening bij ongevallenverzekeringen die door een aansprakelijke werkgever zijn afgesloten, wenselijk zijn. Vanuit civielrechtelijk perspectief is en blijft dat sowieso het geval.

<sup>44</sup> Vgl. Heithuis 2022.

<sup>45</sup> L. Stevens, 'Belasten ongevallenuitkering in werksfeer gaat te ver', *FD* 11 augustus 2021. Vgl. in dit verband Hoyneck van Papendrecht 2022, p. 127.