

Mr. L.K. de Haan en mr. V. Oskam \*

177



\* Beiden advocaat bij V&A Advocaten te Rotterdam, mr. V. Oskam is tevens redactielid van dit tijdschrift Verkeersrecht.

Eerder stelden wij ons in het PIV Bulletin van maart 2020<sup>1)</sup> de vraag of het eigenlijk wel logisch is om binnen het aansprakelijkheidsrecht te compenseren voor gemist zwart werk. Wij beantwoordden deze vraag ontkennend, én riepen op tot discussie op dit punt. Die discussie is er gekomen, zowel in de literatuur<sup>2)</sup> als ten overstaan van de rechter, zo is gebleken. Ook in de door ons verzorgde parallelsessies op het PPS Congres van 30 september 2022 heeft deze discussie plaatsgevonden, waarbij de meningen verdeeld waren. In dit artikel schetsen we eerst het te bespreken vraagstuk. Vervolgens zetten wij de relevante literatuur en jurisprudentie op een rij en schetsen we de 'tussenstand' van deze discussie. Het is nog wachten op een eventuele principiële uitspraak van de Hoge Raad, maar inmiddels heeft het Hof Den Haag zich wel uitgesproken een recent arrest d.d. 15 november 2022 (opgenomen in deze aflevering onder nummer VR 2022/184). In dit arrest komen nagenoeg alle argumenten voor en tegen vergoeding van zwart werk aan de orde en worden de bezwaren van de verzekeraar in kwestie hiertegen uiteindelijk afgewezen. Bij deze argumenten voor en tegen vergoeding van gemist zwart werk binnen het aansprakelijkheidsrecht zullen wij in het onderstaande stilstaan, waarna we aangeven dat en waarom wij menen dat de 'oude' lijn in de rechtspraak aan verandering toe is. Voor vergoeding van gemist zwart werk is in onze visie geen plaats binnen het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht.

1. L.K. de Haan en V. Oskam, 'Hoe logisch is het eigenlijk dat gemist zwart werk door aansprakelijkheidsverzekeraars wordt vergoed binnen het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht?', in: *PIV Bulletin* maart 2020, pag. 5 tot en met 8.
2. Zie onder meer: R. van Dort, 'Verlies van verdienvermogen' differentieert niet tussen zwart of wit', in: *AV&S* 2020/23, B. Fluit, 'Zwart geld vergoeden in letselschadezaken: "tijd voor een nieuw geluid"', in: *PIV Bulletin* oktober 2020, pag. 16 tot en met 19, en L. Boor, *Vergoeding van gedeerde zwarte inkomsten. Een botsing van private en publieke belangen in het letselschaderecht?*, winnende scriptie Beer Impuls.

# zwart werk binnen het Een tussenstand

## 1. Het spanningsveld van de vergoedingsverplichting

### 1.1. De vergoedingsplicht ter zake van verlies van verdienvermogen

Art. 6:95 BW bepaalt dat de schade die moet worden vergoed op grond van een wettelijke verplichting, onder meer bestaat uit vermogensschade. Als bijvoorbeeld een voetganger wordt aangereden door een auto, is de bestuurder van de auto in beginsel op grond van de wet (art. 185 WVV) aansprakelijk voor de schade die de voetganger als gevolg van de aanrijding lijdt. Als de voetganger ten gevolge van de aanrijding niet meer kan werken, lijdt de voetganger vermogensschade die vergoed moet worden. Gemeengoed is de gedachte dat het hier gaat om compensatie voor het weggefallen vermogen om inkomsten te genereren.<sup>3)</sup> Maatgevend voor de vraag of aanspraak bestaat op schadevergoeding, is derhalve of er verdien capaciteit is weggefallen, en zo ja: in hoeverre. Indien en voor zover dat het geval is, wordt de compensatie die daar tegenover behoort te staan, uitgewerkt door een vergelijking te maken – aan de hand van alle relevante feiten en omstandigheden – tussen (i) de hypothetische situatie qua verdienvermogen zonder de aansprakelijkheid scheppende gebeurtenis, en (ii) de werkelijke situatie qua verdienvermogen met aansprakelijkheid scheppende gebeurtenis. Het verschil tussen de beide situaties, uitgedrukt in geld, is het schadebedrag ter zake van verlies van verdienvermogen dat voor vergoeding in aanmerking komt. Volledige compensatie is daarbij het uitgangspunt, waarbij wordt gerekend met netto bedragen.

### 1.2. Geen vergoeding schade aan niet-rechtmatig belang

Daarbij stelt het recht wel enkele grenzen. Het recht op volledige compensatie is niet absoluut. Algemeen aanvaard is dat schade aan een niet-rechtmatig belang binnen het aansprakelijkheidsrecht niet voor vergoeding in aanmerking komt. Wat precies moet worden verstaan onder een niet-rechtmatig belang, blijkt niet duidelijk te zijn.<sup>4)</sup> Bloembergen stelt<sup>5)</sup>: "Algemeen aanvaard uitgangspunt is (...) dat nadeel aan niet-rechtmatige belangen in beginsel niet voor vergoeding in

aanmerking komt. Zie *Schadevergoeding (Lindenbergh) aant. 50 op art. 95 met verdere gegevens. Het is zoals mijn oud-collega (proximus) H. Drion in zijn door mij bewonderde boek over onrechtmatige daad (Hofmann-Drion 1959 blz. 137) zegt: 'Art. 1401 kan niet worden ingeroepen om onwettige toestanden te sanctioneren.'*<sup>6)</sup> Vanuit deze – niet vastomlijnde – gedachte is er in ieder geval consensus over dat een drugsdealer die als gevolg van een ongeval waarvoor iemand anders aansprakelijk is, niet met succes aanspraak kan maken op vergoeding van gemist drugsgeld. Immers, zo is de gedachte: drugshandel is illegaal. Omdat illegale werkzaamheden niet-rechtmatig zijn, kwalificeert het moeten missen van de mogelijkheid om die illegale werkzaamheden uit te voeren als schade aan een niet-rechtmatig belang. Dergelijke schade wordt niet vergoed, zo is de breed gedragen overtuiging en het algemeen aanvaard gebruik. In één adem hiermee benoemt Lindenbergh het ontduiken van belasting als niet-rechtmatig belang: "Bij schade aan niet-rechtmatige belangen moet men denken aan de revenuen van verboden handelingen, zoals het uitoefenen van een verboden beroep of bedrijf, het bedrijven van zwarte handel of het ontduiken van belastingen."<sup>7)</sup>

In de bijdrage van Boor stond de zoektocht naar datgene wat precies onder het begrip 'niet-rechtmatig belang' moet worden verstaan, centraal. Ter beantwoording van die vraag kijkt Boor niet alleen naar de Nederlandse situatie, maar hij betreft ook het recht en de toepassing hiervan in België en Engeland op dit punt. Zijn conclusie is dat het helemaal niet duidelijk is wat onder het begrip 'niet-rechtmatig belang' wordt verstaan. Wij merken op dat deze onduidelijkheid ook ruimte geeft om dit begrip mede in te laten kleuren door de maatschappelijke ontwikkelingen en in de loop der tijd ontwikkelde normen en waarden, evenzeer omtrent onder meer het ontduiken van de belastingplicht.

### 1.3. Openbare orde en goede zeden

Daarnaast moet aan de openbare orde en goede zeden worden getoetst. Tussen de invulling van deze twee begrippen bestaat overigens voor de beoordeling van de onder-

*Volledige compensatie is het uitgangspunt, waarbij wordt gerekend met netto bedragen.*

3. R. van Dort, a.w., par. 2.3, 3.1 en 3.2, waar deze bronnentheorie wordt omschreven, gebaseerd op het zogeheten Smeerput-arrest van de Hoge Raad van 29 juni 1983, ECLI:NL:HR:1983:AW9439.
4. L. Boor, a.w.
5. A.R. Bloembergen in zijn noot onder het hierna nog te bespreken arrest Van Ginhoven/Mommers van de Hoge Raad van 24 november 2000, NJ 2001/195.
6. Art. 1401 oud BW is de voorganger van art. 6:162 BW (onrechtmatige daad).
7. S.D. Lindenbergh, *Schadevergoeding algemeen I* (Mon. BW nr. B34) 2020/46.

---

Geen wezenlijk verschil tussen invulling van de begrippen openbare orde en goede zeden.

---

havige problematiek ons inziens geen wezenlijk verschil. De volgende definities maken duidelijk waar het in de kern om gaat:

- "Goede zeden bepalen wat men 'acceptabel' vindt in de maatschappij"<sup>8</sup>;
- "Stelsel van ongeschreven regels, tezamen de maatschappelijke moraliteit bepalend"<sup>9</sup>;
- Wikipedia vermeldt er voorts over: "Het begrip verandert ook in de tijd: wat twintig jaar geleden als onzedelijk bevonden werd, is dat nu niet noodzakelijk meer zo; het omgekeerde is ook mogelijk";
- In de Asser-serie is te lezen: "De opvatting over hetgeen behoort tot de goede zeden, wisselt naar plaats en tijd. Wat precies moet worden verstaan onder de goede zeden waarmee de overeenkomst niet in strijd mag zijn, kan moeilijk in een definitie worden uitgedrukt. Beslissend voor de inhoud van de goede zeden is het maatschappelijk oordeel omtrent hetgeen behoort. Evenals bij het begrip 'strijd met de zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer betaamt' zal de rechter zich bij de invulling van de open norm 'strijd met de goede zeden' laten leiden door objectieve aanknopingspunten die het maatschappelijk oordeel over hetgeen behoort weerspiegelen."<sup>10</sup>

In art. 3:40 BW is het als volgt bepaald: "Een rechtshandeling die door inhoud of strekking in strijd is met de goede zeden of de openbare orde, is nietig." Het gaat hierbij om "de fundamentele beginselen die wezenlijke belangen van de samenleving betreffen en die vorm geven aan grondslagen waarop de ethische, juridische en economische orde van de samenleving steunt."<sup>11</sup> Bepleit wordt om onder art. 3:40 BW ook te scharen: rechtshandelingen die "afkeuringswaardig" zijn "wegens strijd met een beginsel waarvan de schending nog niet bij wet is verboden maar waartegenover het rechtssysteem niet onverschillig staat."<sup>12</sup>

Een discussiepunt is of de aansprakelijke partij of diens verzekeraar indien zij gehouden zouden zijn gederfde inkomsten uit zwart werk als schade te vergoeden, een rechtshandeling zouden moeten verrichten die nietig of vernietigbaar is, omdat deze door inhoud of strekking in strijd is met de openbare orde of goede zeden ex. art. 3:40 BW.

#### 1.4. Invulling door de Hoge Raad: 'Van Ginhoven/Mommers'

Inmiddels al weer meer dan twintig jaar geleden, wees de Hoge Raad zijn arrest Van Ginhoven/Mommers van 24 november 2000<sup>13</sup>. In de betreffende zaak, die ging over een arbeidsongeval van nog weer 14 jaar daarvoor (1986), was de stelling van de benadeelde, voor zover relevant, dat hij vóór het ongeval zwart had gewerkt bij een bakkerij. De benadeelde, die hier als gevolg van het aan hem overkomen ongeval niet meer toe in staat stelde te zijn, claimde van de aan-

sprakelijke partij vergoeding van dit gemiste zwart werk op grond van art. 7:658 BW. De rechtbank wees de vordering van de benadeelde toe. Bij de Hoge Raad ging de discussie (alleen) over de hoogte van het bedrag dat door de rechtbank was toegewezen, en de wijze waarop de schade door de rechtbank was vastgesteld. Relevant zijn de rechtsoverwegingen 3.2 en 3.3 uit het arrest.

De Hoge Raad oordeelde in rechtsoverweging 3.2 van zijn arrest uit 2020 dat de schade, nu deze in de toekomst zou worden geleden, dient te worden begroot na een afweging van goede en kwade kansen. De Hoge Raad beoordeelde vervolgens of de kenbare overwegingen van de rechtbank die hadden geleid tot toewijzing van de claim begrijpelijk en voldoende gemotiveerd waren. Naar het oordeel van de Hoge Raad was dat het geval, omdat de rechtbank op basis van een rapport en eigen vaststellingen redelijkerwijs had kunnen verwachten dat de benadeelde, het ongeval weggedacht, in staat zou zijn gebleven het zwart werk te verrichten. Voor het overige, zo overwoog de Hoge Raad, kon het oordeel van de rechtbank – als voorbehouden aan de rechter die over de feiten oordeelt – in cassatie niet op juistheid worden getoetst.

In rechtsoverweging 3.3 ging de Hoge Raad hiernaast in op de vraag of de rechtbank de bedragen waarvan zij had aangenomen dat de benadeelde deze zwart zou zijn blijven ontvangen, netto had moeten maken. De rechtbank had dat niet gedaan, met als argument "dat het gaat om de schade die [benadeelde] daadwerkelijk lijdt". De Hoge Raad stelde voorop dat in zijn algemeenheid niet juist is dat "het geen verschil maakt of over het aan [benadeelde] voor die werkzaamheden toekomstige loon al dan niet belasting en premie zijn ingehouden en afgedragen". Ook het standpunt dat "ten behoeve van de schadeberekening de vroeger ontvangen inkomsten uit (...) nevenwerkzaamheden altijd "als brutobedragen vóór belasting" moeten worden aangemerkt" beoordeelde de Hoge Raad als onjuist.

De Hoge Raad vervolgde:

"De rechter die de omvang van de schade als de onderhavige begroot, zal aan de hand van de beschikbare gegevens moeten vaststellen en eventueel moeten schatten welk netto-inkomen de gelaedeerde zou hebben genoten of zou hebben kunnen genieten indien ter zake van de beloning van de desbetreffende werkzaamheden zou zijn overeengekomen dat belasting en premie zouden worden ingehouden. Er is slechts voldoende grond om bij de begroting van de schade uit te gaan van de veronderstelling dat het zonder inhouding van belasting en premie betaalde loon gelijk is aan het bedrag dat bij inhouding van belasting en

8. Cultureelwoordenboek.nl.

9. Betekenis-definitie.nl.

10. Asser-Sieburgh 6-III 2022/330.

11. Asser-Sieburgh 6-III 2022/345.

12. Asser-Sieburgh 6-III 2022/346a.

13. HR 24 november 2000,

ECLI:NL:HR:2000:AA8453.

*premie zou zijn betaald, indien en voor zover aannemelijk is dat degene voor wie de gelaedeerde "zwart" werkte, bereid was geweest c.q. bereid zou zijn gebleven (alsnog) de verschuldigde belasting en premie volledig voor zijn rekening te nemen."*

In de praktijk is dit arrest uit 2020 aldus uitgelegd dat, naar het oordeel van de Hoge Raad, gemist zwart werk, mits aangetoond, binnen het aansprakelijkheidsrecht, op – in beginsel netto basis – moet worden gecompenseerd.

### 1.5. Enkele uitgangspunten die wij hanteren in de discussie

Zwart (laten) werken kwalificeren wij als het (laten) verrichten van betaalde arbeid zonder over de daarmee gegenereerde inkomsten de verplichte belasting en premies af te dragen. Dit in tegenstelling tot wit (laten) werken, waarbij wél de verplichte belasting en premies worden afgedragen. Zoals uitgedragen in onze eerdere publicatie, menen wij dat de maatschappij het concept 'zwart werken' niet (meer) accepteert als de norm. Dat blijkt ons inziens (alleen al) uit het feit dat het opzettelijk niet afdragen van verplichte belasting, strafbaar is gesteld in de wet (zie art. 69 AWR<sup>14</sup>). Daarbij zien wij compenseren van gemist zwart werk als het verrichten van een rechtshandeling. Immers, er is sprake van een handeling (te weten: het betalen van een bedrag), die gericht is op rechtsgevolg (namelijk: naleving van de wettelijke verplichte compensatie). Wij stellen verder vast dat degene die kiest voor zwart werken risico's loopt. Niet alleen qua fiscale strafbaarstelling, maar bijvoorbeeld ook ten aanzien van het recht van de arbeidskracht op sociale uitkeringen, naleving van de Arbeidstijdenwet of ontslagbescherming. De keuze om zwart te (laten) werken, kan dus nadelige consequenties hebben. Dat is een feit van algemene bekendheid en wordt door de maatschappij zonder meer geaccepteerd. De vraag die in de kern op tafel ligt, is of dat risico op nadelige consequenties, voortvloeiende uit de keuze om zwart te (laten) werken, 'doorwerkt' in het aansprakelijkheidsrecht. Ons inziens zou dat het geval moeten zijn. Aan de uitwerking van de argumenten hiervoor komen wij aan het slot van dit artikel toe.

## 2. Rechtspraak na 'Van Ginhoven/Mommers'

De – voor zover wij weten – eerste uitspraak die deze bestaande praktijk tegensprak, dateert van begin 2020. Op 16 januari 2020 wees de Voorzieningenrechter<sup>15</sup> van de Rechtbank Noord-Holland vonnis in een zaak tussen een kickbokser die gemist zwart werk claimde, en aansprakelijkheidsverzekeraar

AIG.<sup>16</sup> Expliciet onder verwijzing naar het arrest Van Ginhoven/Mommers, oordeelde de Voorzieningenrechter als volgt:

*"De Hoge Raad schrijft hier naar het oordeel van de voorzieningenrechter niet voor dat de rechter zwarte inkomsten in zijn schadeberekening dient op te nemen, maar slechts hoe de rechter dient te handelen indien hij dat doet (...) De voorzieningenrechter is van oordeel dat zwarte verdiensten niet behoren te worden meegenomen bij de berekening van schadevergoeding. Bij de vergoeding van het nadeel dat [eiser] geleden heeft, gaat het om de vraag in hoeverre hij in een rechtmatig belang getroffen is. Algemeen aanvaard uitgangspunt in het Nederlandse recht is immers dat nadeel aan niet-rechtmatige belangen in beginsel niet voor vergoeding in aanmerking komt. Daarbij moet gedacht worden aan bijvoorbeeld zwarte handel of het ontduiken van belastingen (zoals bij zwart inkomen). Loopt men als gevolg van een fout van een ander dergelijke inkomsten mis, dan kan er wel worden gesproken van schade – in dit geval aan de kant van [eiser] – maar is het de vraag of AIG die schade moet vergoeden."*

Na zo'n jaar wachten volgden er nog drie uitspraken. De eerste uitspraak, van de Rechtbank Gelderland d.d. 16 december 2020<sup>17</sup>, is gewezen in een deelgeschil tussen een verkeerslachtoffer en WAM-verzekeraar Univé.<sup>18</sup> De benadeelde stelde zwart te hebben gewerkt als 'verzorgende' en claimde van Univé vergoeding van het gemis daarvan. De rechtbank oordeelde als volgt:

*"Overeenkomstig het uitgangspunt voor de berekening van de omvang van een wettelijke verplichting tot vergoeding van schade moet [eiser] zoveel mogelijk in de toestand worden gebracht waarin zij zou hebben verkeerd als de schadeveroorzakende gebeurtenis zou zijn uitgebleven. De werkelijke situatie waarin [eiser] verkeert, dus in dit geval: met ongeval, moet worden afgezet tegen de hypothetische situatie waarin [eiser] zich (vermoedelijk) zou hebben bevonden als het ongeval niet zou hebben plaatsgevonden. Het verschil tussen beide situaties, uitgedrukt in geld, is haar schade. Gemiste inkomsten uit betaald werk vormen het zogenoemde verlies aan verdienvermogen. Gemiste 'zwarte' verdiensten uit betaald werk kwalificeren in dat opzicht net als gemiste 'witte' verdiensten als vermogensschade in de zin van artikel 6:96 BW. De bestendige lijn in de jurisprudentie is dan ook dat gederfde inkomsten uit niet fiscaal-gereguleerde werkzaamheden in beginsel voor vergoeding in aanmerking komen. Niet valt in te zien waarom daar in deze zaak een uitzondering op moet worden gemaakt. Het is verre van ongebruikelijk dat de door [eiser] beweerdelijk verrichte werkzaamheden 'zwart' worden verricht. De stelling van Univé dat het maatschappelijk onaantvaardbaar is om*

---

*HR oordeelt dat aangetoond zwart werk op – in beginsel netto basis – moet worden gecompenseerd.*

---

14. Algemene Wet inzake Rijksbelastingen.
15. De Voorzieningenrechter oordeelt in kort geding, art. 254 e.v. Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.
16. Rechtbank Noord-Holland 16 januari 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:284, r.o. 4.9.2 tot en met 4.9.4.
17. Rechtbank Gelderland 16 december 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:6628, r.o. 4.3.
18. Zie art. 1019w e.v. van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.



---

*Algemeen aanvaard is dat schade aan een niet-rechtmatig belang niet voor vergoeding in aanmerking komt.*

---

*[eiser] voor het eventuele verlies aan 'zwarte' inkomsten te compenseren, wordt dan ook niet gevolgd."*

Hierop volgden snel achter elkaar twee uitspraken van de Rechtbank Rotterdam tussen dezelfde partijen, in één en hetzelfde geschil. De benadeelde in deze zaak, een zelfstandig ondernemer gespecialiseerd in internetproducten, beveiligingscamera's en schotelantennes, vorderde vergoeding van gemist zwart werk van Achmea als betrokken aansprakelijkheidsverzekeraar. Het ging daarbij om 'bijklossen' tijdens de uren dat de winkel gesloten was. Achmea weigerde hiervoor te betalen. In de door de benadeelde gestarte verzoekschriftprocedure tot het houden van een voorlopig getuigenverhoor oordeelde de rechtbank als volgt<sup>19</sup>:

*"[Verzoeker] wil bewijs leveren van alle feiten en omstandigheden die aan het bewijs van de door hem gestelde zwarte inkomsten kunnen bijdragen. Hij wil daartoe zichzelf, zijn echtgenote, zijn zoon, broer en zwager als getuige doen horen. Het gaat [verzoeker] uiteindelijk om vergoeding van schade in de vorm van gederfde inkomsten uit zwart werk. Algemeen aanvaard wordt dat schade aan niet-rechtmatige belangen niet voor vergoeding in aanmerking komt. In dit geval is sprake van dergelijke schade. De rechtbank wijst het verzoek daarom af wegens gebrek aan belang."*

In de door Achmea gestarte deelgeschilprocedure oordeelde dezelfde rechtbank Rotterdam vervolgens diametraal anders<sup>20</sup>:

*"(...) bestaat vermogensschade in de zin van artikel 6:96 BW net zozeer uit gemiste inkomsten uit zwart werk als uit gemiste "witte" inkomsten. Dit volgt ook impliciet uit het arrest van de Hoge Raad van 24 november 2000 (ECLI:NL:HR:2000:AA8453), nu in dat arrest een handvat wordt geboden voor het begroten van de schade met betrekking tot gemiste inkomsten uit zwart werk. Ook in de nadien verschenen lagere rechtspraak wordt deze wijze van begroten op bestendige wijze tot uitgangspunt genomen. Dat de voorzieningenrechter van de rechtbank Noord-Holland in de door Achmea c.s. aangehaalde uitspraak van 16 januari 2020 (ECLI:NL:RBNHO:2020:284) ter zake een andere visie heeft, doet aan het voorgaande niet af."*

Tegen deze uitspraak in deelgeschil heeft Achmea tussentijds hoger beroep ingesteld in een door haar gestarte bodemprocedure.<sup>21</sup> Op 15 november 2022 wees het hof Den Haag arrest in deze procedure, en oordeelde hij onder meer als volgt<sup>22</sup>:

*"Algemeen aanvaard is dat schade aan een niet-rechtmatig belang niet voor vergoeding in aanmerking komt. Bij schade aan een niet-rechtmatig belang moet worden gedacht aan*

*het mislopen van inkomsten uit een verboden beroep of bedrijf, zoals drugshandel, handel in kinderporno of handel in gestolen zaken (heling). Het gaat hierbij om werkzaamheden die als zodanig verboden zijn – ze zijn in strijd met de wet – en daarmee om belangen die geen bescherming verdienen. Om die reden wordt gesproken van schade aan een niet-rechtmatig belang. Over de rechtsgrond waarop dergelijke schade niet voor vergoeding in aanmerking komt, bestaat geen eenduidigheid. Veelal wordt aangenomen dat in dat geval niet is voldaan aan het relativiteitsvereiste van art. 6:163 BW: geen verplichting tot schadevergoeding bestaat, wanneer de geschonden norm niet strekt tot bescherming tegen de schade zoals benadeelde die heeft geleden. Dit is anders in geval van gederfde inkomsten uit zwart verrichte werkzaamheden die overigens legaal zijn. De werkzaamheden zijn op zichzelf toegestaan, maar ze worden fiscaal niet verantwoord en dat is verboden. Degene die schade lijdt doordat hij wegens letsel niet meer in staat is deze werkzaamheden te verrichten, wordt getroffen in een rechtens te beschermen belang, te weten het vermogen om met arbeid inkomsten te verwerven. Of de benadeelde in het verleden over die werkzaamheden belasting en premie heeft afgedragen, is daarbij op zichzelf niet relevant. Dit is wel een omstandigheid die in aanmerking moet worden genomen bij de begroting van de schade (...) Uit het voorgaande volgt dat, voor zover [benadeelde] schade heeft geleden doordat hij als gevolg van het ongeval niet meer in staat is met werken dezelfde inkomsten te genereren als zonder het ongeval, deze schade niet kan worden aangemerkt als schade aan een niet-rechtmatig belang. Zijn schade bestaat immers niet uit gemiste zwarte inkomsten als zodanig, maar uit het verlies van verdienvermogen. Hieruit volgt eveneens dat de in dit geval door [de aansprakelijke partij] jegens [benadeelde] geschonden norm – de verplichting om een veilige ladder ter beschikking te stellen – strekt tot bescherming tegen deze schade, zodat ook voldaan is aan het relativiteitsvereiste. Dat [benadeelde] zelf een norm heeft geschonden jegens de fiscus door geen belasting en premie over de verrichte werkzaamheden af te dragen, staat daar los van. Dat is weliswaar onrechtmatig jegens de fiscus, maar niet jegens [de aansprakelijke partij], laat staan jegens Achmea. De verplichting om over inkomsten belasting en premie af te dragen dient immers niet ter bescherming van hun belangen.*

*Art. 3:40 lid 1 BW bepaalt dat een rechtshandeling die door inhoud of strekking in strijd is met de goede zeden of openbare orde nietig is. Niet valt in te zien dat wanneer Achmea de schade wegens het verlies van verdienvermogen vergoedt die [benadeelde] lijdt als gevolg van onrechtmatig handelen van haar verzekerde [aansprakelijke partij], terwijl bij de*

19. Rechtbank Rotterdam 13 januari 2020, RAV 2021/30, r.o. 4.1 en 4.2.

20. Rechtbank Rotterdam 29 januari 2021, [www.letselschademaagazine.nl/2021/RBROT-290121](http://www.letselschademaagazine.nl/2021/RBROT-290121), r.o. 4.3 tot en met 4.7.

21. Hoger beroep tegen een beschikking in deelgeschil is niet mogelijk. Wel kan een partij die het niet eens is met een beschikking in deelgeschil een bodemprocedure starten. In die bodemprocedure wordt de beschikking in deelgeschil dan aangemerkt als een tussenvonnis. Daartegen staat in beginsel geen tussentijds appel open, maar de rechtbank kan op verzoek van (een) partij(en) verlof verlenen om wél tussentijds in beroep te gaan tegen een tussenvonnis.

22. Zaaknummer 200.309.243/01, r.o. 5.13 tot en met 5.15, welke rechtsoverwegingen wij voor goed begrip van deze materie integraal overnemen in dit artikel.

*begroting van die schade rekening wordt gehouden met de inkomsten waarover [benadeelde] geen belasting heeft betaald, zij in strijd handelt met deze bepaling. Achmea komt hiermee slechts haar contractuele verplichting jegens [aansprakelijke partij] tot uitkering onder de polis na, waarbij in het midden kan blijven of het doen van deze uitkering – met andere woorden: betaling – een rechtshandeling is. Anders dan Achmea c.s. menen, is in dit geval geen sprake van meewerken aan belastingontduiking. Achmea vergoedt in dat geval namelijk (op zichzelf onbelaste) schade wegens verlies van verdienvermogen van [benadeelde] voor de toekomst. De fiscus wordt hierdoor ook niet benadeeld. Dat zou alleen anders kunnen zijn in de situatie bedoeld in de laatste twee volzinnen van r.o. 5.24. Achmea c.s. verwijzen in dit verband nog naar het arrest van de Hoge Raad van 23 december 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU4787. In die zaak hadden partijen bij een koopovereenkomst – een meezijdige rechtshandeling – afgesproken dat de koper een deel van de koopprijs voor een onroerende zaak ‘onder tafel’ zou betalen met het doel minder overdrachtsbelasting te betalen. Het hof was van oordeel dat dit beding, dat verplichtte tot een verboden prestatie, in strijd was met de openbare orde en nietig op grond van art. 3:40 lid 1 BW (...). De Hoge Raad verwierp het cassatieberoep tegen deze uitspraak. Deze uitspraak biedt echter geen steun aan het standpunt van Achmea c.s. Artikel 3:40 BW betreft het leerstuk dat onder het oude recht werd aangeduid als de overeenkomst met een ongeoorloofde oorzaak (...) Voor zover Achmea in dit geval is gehouden tot vergoeding van de schade (verlies van verdienvermogen), waarbij mede acht is geslagen op het inkomen dat [benadeelde] heeft gegenereerd door zwart werk, komt zij hiermee haar verplichting uit hoofde van de aansprakelijkheidsverzekering tussen haar en [aansprakelijke partij] na. Niet valt in te zien dat nakoming van haar betalingsverplichting een nietige rechtshandeling is.*

*Ervan uitgaande dat [benadeelde] (...) in het verleden werkzaamheden zwart heeft verricht, dus geen belasting en premie over zijn inkomsten hieruit heeft afgedragen, heeft hij wel de fiscus, en indirect de Nederlandse samenleving, benadeeld, zoals Achmea c.s. stellen. Achmea c.s. wijzen er terecht op dat de fiscus zou kunnen overgaan tot het opleggen van navorderingsaanslagen en een boete. Ook zou dan sprake zijn van een strafbaar feit en zou het openbaar ministerie tot vervolging kunnen overgaan. Handhaving van de belastingwetgeving is evenwel voorbehouden aan de Belastingdienst en het openbaar ministerie. Hoe maatschappelijk ongewenst zwart werken, en belastingontduiking in het algemeen, ook zijn, hier is geen taak weggelegd voor de (rechts) persoon die op grond van onrechtmatig handelen aansprakelijk is voor de schade van een*

*benadeelde wegens verlies van verdienvermogen, en evenmin voor de verzekeraar die zich jegens de aansprakelijke (rechts)persoon contractueel heeft verbonden die schade te vergoeden.”*

### 3. Literatuur waarin gepleit wordt vóór vergoeding van gemist zwart werk

Een belangrijk deel van deze overwegingen van het hof lezen wij terug in diverse publicaties van auteurs die pleiten vóór het vergoeden van gemist zwart werk. Vooral Van Dort<sup>23</sup> en Boor<sup>24</sup> verdienen hier vermelding. Beiden gaan zij uitgebreid – en met kracht van argumenten – in op de materie. Dat en waarom wij het niet met hen eens zijn (en wij ook het arrest van het hof Den Haag onjuist achten), zullen we in de volgende paragraaf uiteenzetten. Allereerst schetsen we de kern van de argumentatie van deze beide auteurs.

Van Dort benadrukt vooral dat het arbeidsvermogen kan worden benut om langs de formele weg inkomen te verdienen, maar evenzeer kan dienen om inkomsten te genereren buiten het officiële circuit (de zwart betaalde inkomsten). Het één kan geschieden naast het ander, aldus Van Dort. Beide manieren van inkomen verdienen – het witte én het zwarte werk – bepalen de omvang van het totaal verlies aan arbeidsvermogen wanneer werken als gevolg van letsel blijvend (geheel of gedeeltelijk) onmogelijk is geworden, zo stelt Van Dort. Beide manieren van inkomen verdienen moeten dus vergoed worden, zo meent Van Dort. Dat zwart werk niet is toegestaan volgens de fiscale regels, en dat een afspraak of overeenkomst om een opdracht tegen een zwarte betaalde vergoedingen uit te voeren, strijdig is met de goede zeden doet daar niets aan af, zo geeft Van Dort aan. Immers, zo vervolgt Van Dort: niet die rechtsverhouding tussen betaler en ontvanger is onderwerp van beoordeling, maar de begroting van de te vergoeden schade. Van Dort meent hiervoor steun te vinden in publicaties van diverse auteurs, waaronder Bloembergen, maar ook AG Spier.<sup>25</sup> Hierbij tekent Van Dort aan dat er overigens wel een (fictieve) correctie moet plaatsvinden, zodat “niet de volledige weggevallen zwarte inkomsten worden vergoed, maar het (geschatte) netto deel daarvan”.

Dat art. 3:40 BW aan vergoeding van gemist zwart werk in de weg zou staan, ziet Van Dort niet. In dat kader merkt hij op: “De aansprakelijke verzekeraar die schade vergoedt wegens (wanprestatie of) onrechtmatige daad, komt daarmee enkel zijn wettelijke verplichting na uit hoofde van afdeling 6.1.10 BW. Dat is niet anders wanneer een onderdeel van de te vergoeden schade gemiste inkomsten uit

*Beide manieren van inkomen verdienen – wit én zwart werk – bepalen de omvang van het totaal verlies aan arbeidsvermogen.*

23. R. van Dort, a.w.

24. L. Boor, a.w.

25. J. Spier in diens conclusie vóór het arrest Van Ginhoven/Mommers. ECLI:NL:PHR:2000:AH8453.

---

*De auteurs onderkennen dat volledige schadevergoeding het uitgangspunt is van ons wettelijk systeem.*

---

*zwart werk betreft. Die vormen immers net als de overige gemiste inkomsten onderdeel van het verlies verdienvermogen, dat als vermogensschade voor vergoeding in aanmerking komt. Aan het voldoen van die verplichting, noch aan het sluiten van de vaststellingsovereenkomst daartoe, is niets in strijd met de goede zeden of de maatschappelijke orde.”* Van Dort eindigt zijn artikel door op te merken: *“Het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht is bedoeld noch bestemd ter correctie van algemeen maatschappelijk onwenselijk geachte situaties. Bestrijding van zwart werk dient mijns inziens via andere kanalen te verlopen. Dat ligt meer op het pad van de fiscus, niet op dat van de aansprakelijke verzekeraar die zich bovendien zelf ook niet onbetuigd laat wanneer het op vermijden van belastingbetaling aankomt in het kader van de shadebegroting. Noblesse, oblige!”*

Boor heeft onder andere rechtsvergelijkend onderzoek gedaan en onderschrijft op basis daarvan de hiervoor al besproken brontheorie, dus: de basisgedachte dat het erom gaat dat het door de aansprakelijkheid scheppende gebeurtenis verloren gegane arbeidsvermogen gecompenseerd moet worden. Volledige compensatie is daarbij het uitgangspunt, zo stelt ook Boor, die er daarbij vervolgens echter op wijst dat schade aan een niet-rechtmatig belang niet voor vergoeding in aanmerking komt. Boor stelt zich de vraag of zwart werken onder die categorie valt. Volgens Boor is dat niet het geval wanneer de schadevergoeding wegens gemist zwart werk op netto-basis wordt berekend.

In de woorden van Boor: *“Door de schadevergoeding op netto-basis te begroten, ontvangt de gelaedeerde een vergoeding ter hoogte van het inkomen dat hij zou hebben verdiend indien hij zich in de situatie zonder ongeval aan de wet zou hebben gehouden. Hierdoor bestaat voor de schadevergoeding geen verschil meer tussen zwarte en ‘witte’ inkomsten. Het werk zelf is niet onrechtmatig. Hiermee zijn wij opnieuw beland bij het verschil tussen gemiste voordelen uit verboden beroepen en gemiste voordelen door het ten onrechte niet opgeven van inkomsten. De eerste categorie kan niet tot vergoeding leiden, nu de wet de bron van de inkomsten als zodanig verbiedt (...) Bij gederfde zwarte inkomsten ligt dit genuanceerder, nu de bron van de inkomsten niet wordt verboden. Door de schadevergoeding op netto-basis te begroten wordt art. 69 AWR niet doorkruist, omdat de gelaedeerde geen vergoeding ontvangt voor het deel van de gemiste inkomsten waar hij op grond van dat artikel geen recht op zou hebben gehad. Bij gederfde inkomsten uit een verboden beroep is een dergelijk herstel niet mogelijk.”*

Oftewel, zo begrijpen wij Boor: door de vergoeding te netteren, wordt het onrechtmatige karakter aan de verdiensten ontnomen.

Boor acht dat relevant, zo begrijpen wij uit zijn publicatie, omdat hij bij zijn onderzoek heeft geconstateerd dat het in rechtspraak en literatuur bij schade aan een niet-rechtmatig belang steeds gaat om gevallen waarin een benadeelde vergoeding vordert van een gemist voordeel of verloren goed dat hij, in de hypothetische situatie zonder de aansprakelijkheid scheppende gebeurtenis, *“in strijd met een rechtsregel zou hebben verkregen of behouden”*. Na het door Boor bepleite herstel – het netteren – is hier volgens Boor geen sprake meer van, en staat dus niets in de weg aan vergoeding, zo menen wij Boor te kunnen interpreteren. Boor verwoordt het als volgt: *“Door de schadevergoeding op netto-basis te begroten wordt art. 69 AWR niet doorkruist, omdat de gelaedeerde geen vergoeding ontvangt voor het deel van de gemiste inkomsten waar hij op grond van dat artikel geen recht op zou hebben gehad. Bij gederfde inkomsten uit een verboden beroep is dergelijk herstel niet mogelijk.”*<sup>26)</sup>

#### 4. Onze visie nader uitgewerkt

Zoals eerder aangegeven is wat ons betreft binnen het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht geen plaats is voor compensatie van gemist zwart werk. Wij zijn blij met de verdere inhoudelijke discussie hierover de afgelopen periode. Die discussie – en de laatste beoordeling door het hof – heeft (hebben) ons verder aan het denken gezet, ter uitwerking waarvan wij het volgende aan u willen voorhouden.

Vooropgesteld: wij onderkennen dat volledige schadevergoeding het uitgangspunt is van ons wettelijk systeem. Wij realiseren ons ook terdege dat, bij gebleken aansprakelijkheid, de benadeelde de dupe is van aansprakelijkheid scheppend gedrag van een ander. De benadeelde heeft het vervolgens te doen met de nieuwe situatie, die – door de bank genomen – als nadelig is te betitelen. Wat wij echter niet zien, is waarom dit met zich zou moeten brengen dat gemist zwart werk gecompenseerd zou moeten worden. Op elke hoofdregel bestaan uitzonderingen. Dat is hier niet anders. Een feit is althans dat er consensus over bestaat dat gemist drugsgeld (en bijvoorbeeld ook: gemiste (kinder)porno opbrengsten en gemiste opbrengsten uit heling) niet hoeft (hoeven) te worden vergoed door de aansprakelijke partij (c.q. de verzekeraar van die partij). Dus: de maatschappij accepteert het zonder meer dat iemand die slachtoffer is van andermans aansprakelijkheid scheppend gedrag maar zich bezighield met drugshandel, (kinder) porno en/of heling, in zoverre met zijn eigen schade blijft zitten. De vraag is waarom dit anders zou moeten zijn bij gemist zwart werk.<sup>27)</sup> Natuurlijk is zwart werken van een ander kaliber dan drugshandel, (kinder)porno

26. L. Boor, a.w.

27. Zie ook Lindenbergh, a.w.

en heling. Met die vaststelling is echter de discussie niet beslecht; de principiële vraag is er niet mee beantwoord.

Dat brengt ons opnieuw op art. 3:40 BW, het artikel dat grenzen stelt uit hoofde van de goede zeden en openbare orde en de leer van het niet-rechtmatig belang. In de Groene Serie staat over art. 3:40 BW: *“Met het begrip ‘strekking’ van de rechtshandeling in lid 1 van art. 40 wordt bedoeld op de voorzienbare gevolgen van de rechtshandeling en de kenbare motieven van één of beide partijen bij de rechtshandeling.”* Zoals hiervoor uiteen is gezet, wordt de schade ter zake van verlies van verdienvermogen vastgesteld door twee situaties met elkaar te vergelijken. De werkelijke situatie met ongeval wordt afgezet tegen de hypothetische situatie zonder ongeval. Het is deze denkexercitie die binnen het systeem dus noodzakelijk is om tot schadevaststelling en derhalve tot compensatie te kunnen komen, die wat ons betreft het probleem vormt. Van degene die de schade moet vergoeden, wordt namelijk verlangd dat hij/zij aanneemt dat, in de hypothetische situatie zonder ongeval, het zwart werken zou zijn gecontinueerd. Dat is naar onze mening een probleem omdat die aanname (het voortbestaan van) een onwettige situatie onderschrijft. Teruggekoppeld naar de passage uit de Groene Serie: het kenbare motief achter de schadeberekening is de (hypothetische) instandhouding, via de noodzakelijkerwijs veronderstelde continuïteit, van een onwettige situatie. En dergelijk motief kan in beginsel niemand worden opgedrongen, ook (de verzekeraar van) de aansprakelijke partij niet.<sup>28)</sup> Het motief ondermijnt de verzorgingsstaat, en is daarmee ethisch, juridisch en economisch onaanvaardbaar. Voor ons is hiermee (i) de strijdigheid met de goede zeden en openbare orde, en (ii) het niet-rechtmatig belang, gegeven.

Wij menen hierbij – wel degelijk<sup>29)</sup> – steun te kunnen vinden in het oordeel van de Hoge Raad in het inmiddels twintig jaar oude arrest Van Ginhoven/Mommers. In dat kader herhalen wij onze verwijzing<sup>30)</sup> naar de navolgende overweging van de Hoge Raad: *“De rechter die de omvang van de schade als de onderhavige begroot, zal aan de hand van de beschikbare gegevens moeten vaststellen en eventueel moeten schatten welke netto-inkomen de gelaedeerde zou hebben genoten of zou hebben kunnen genieten indien ter zake van de beloning van de desbetreffende werkzaamheden zou zijn overeengekomen dat belasting en premie zouden worden ingehouden (onderstr. LKdH en VO).”* Wij zien dit als een bevestiging van de hiervoor besproken – en volgens ons breed gedragen – gedachte dat de wet niet kan worden ingeroepen om onwettige toestanden te bevestigen en/of in stand te houden. In tegenstelling tot Van Dort<sup>31)</sup> menen wij dat ook Bloembergen het

wel degelijk voor mogelijk houdt dat de Hoge Raad dit heeft bedoeld. Bloembergen reflecteert over dit deel van het oordeel van de Hoge Raad als volgt<sup>32)</sup>: *“Een motivering is er niet, maar de achterliggende gedachtegang is misschien als volgt. De zwarte situatie kan niet maatgevend zijn, want dan zou art. 7:658 BW dienen om onwettige toestanden te sanctioneren. Laten we dan kijken naar een hypothetische witte situatie, de situatie die er zou zijn geweest als de gelaedeerde en zijn wederpartij zich aan de wet zouden hebben gehouden en zouden zijn overeengekomen dat belasting en premie braaf zouden worden ingehouden.”*<sup>33)</sup>

Het klopt dat Bloembergen aangeeft dat de uitwerking van deze gedachte niet eenvoudig is.<sup>34)</sup> Dit omdat gewerkt moet worden met twee hypothesen. Zoals Bloembergen aangeeft<sup>35)</sup>, gaat het om een dubbele hypothese: een situatie zonder ongeval en dan nog één waarin partijen zich – anders dan zij in feite hebben gedaan – aan de wet houden. Wat echter niet klopt, zo menen wij, is dat in het oordeel van de Hoge Raad besloten zou liggen dat gemist zwart werk geen niet-rechtmatig belang zou zijn. Het tegendeel is volgens ons het geval. Bloembergen blijft in zijn beschouwing op dit arrest juist uitgaan van de witte situatie: *“Doorgaans zal men via een schatting wel ergens uitkomen tussen het resultaat van de doctrine en de zwarte bruto-beloning. Maar zal de rechter onder omstandigheden op nihil uitkomen, omdat de gelaedeerde een witte beloning te laag zou hebben gevonden en daarom in een wit circuit helemaal niet extra gewerkt zou hebben? (onderstr. LKdH en VO).”*

De vraag is ook wat er eigenlijk tégen is om deze benadering te kiezen. Verdienvermogen kan door de mens op verscheidene manieren worden aangewend. Keuzes hebben consequenties. Degene die ervoor kiest zwart te werken, weet dat. Waarom zouden belangrijke sociale voorzieningen wel kunnen uitblijven in het geval iemand zwart heeft gewerkt en bijvoorbeeld ziek wordt, maar zou het aansprakelijkheidsrecht wel thuis moeten geven? Dat is niet logisch. De gedachte zoals die onder meer volgt uit het recente arrest van het hof Den Haag lijkt steeds meer te worden dat in het aansprakelijkheidsrecht schade te allen tijde verhaald moet worden. Het adagium is echter nog altijd dat een ieder de eigen schade draagt. Alleen als daartoe een grond bestaat, kan schade worden verhaald. Gemist zwart werk is naar onze mening geen schade die met succes verhaald kan worden.

Hieruit volgt direct ook dat en waarom wij niet inzien dat en/of waarom het relativiteitsvereiste van art. 6:163 BW afbreuk zou doen aan onze visie. Wij menen daarentegen dat art. 6:163 BW onze visie onderschrijft.

---

*Verdienvermogen kan door de mens op verscheidene manieren worden aangewend.*

---

28. Een uitzondering hierop vormt wellicht alleen de aansprakelijke partij die zelf de benadeelde zwart heeft laten werken. Dit punt komt in dit artikel nog aan de orde.

29. Ondanks de tegenwerpingen van Van Dort, in diens a.w.

30. Zie onze eerdere publicatie in het PIV Bulletin van 2020, waarnaar we ook verwezen in noot 1.

31. R. van Dort, a.w.

32. A.R. Bloembergen, a.w.

33. A.R. Bloembergen, a.w.

34. R. van Dort, a.w.

35. A.R. Bloembergen, a.w.



---

*Belastingontduiking is onrechtmatig jegens de fiscus, maar niet jegens de aansprakelijke partij, laat staan diens verzekeraar.*

---

Art. 6:163 BW bepaalt: *“Geen verplichting tot schadevergoeding bestaat, wanneer de geschonden norm niet strekt tot bescherming tegen de schade zoals de benadeelde die heeft geleden.”* Ons punt is juist dat de schade die de ‘zwart werker’ lijdt niet door het recht wordt beschermd. Zoals Achmea c.s. in de genoemde procedure bij het hof Den Haag ook aanvoerde, is niet voldaan aan het relativiteitsvereiste omdat geen enkele norm strekt tot bescherming van niet-rechtmatige of onwettige belangen van een gelaedeerde.

Het hof Den Haag legde dit relativiteitsvereiste juist andersom uit: de belastingontduiking is onrechtmatig jegens de fiscus, maar niet jegens de aansprakelijke partij, laat staan diens verzekeraar.<sup>36)</sup> Want, aldus het hof, de verplichting om over inkomsten belasting en premie af te dragen, dient niet ter bescherming van hun belangen. Wat ons betreft gaat het zwart werken door de benadeelde de aansprakelijke partij wel degelijk aan. Het gaat er niet om dat de aansprakelijke partij, of diens verzekeraar, de taken van het openbaar ministerie en/of de Belastingdienst zou overnemen, zoals te lezen is in het arrest van het Hof Den Haag. Dat is helemaal niet aan de orde. De aansprakelijke partij en/of de verzekeraar spoort niet op, maakt nergens een einde aan en legt ook geen boetes en/of straffen op.

Waar het om gaat – en dat is en blijft het springende punt – is dat de denkwijze die nodig is om tot de schadeberekening te komen, niet door de beugel kan. Dus: de aanname – ter bepaling van de fictieve situatie zonder ongeval – dat zwart zou zijn doorgevoerd én het vervolgens op die aanname berekenen van inkomensverlies omdat in de feitelijke situatie met ongeval niet meer zwart kan worden gewerkt. De gedachte om te netteren (oftewel, het voor de schadeberekening op de zwarte inkomsten fictief betaalde premies en lasten in mindering brengen, voordat een inkomensvergelijking met en zonder ongeval wordt gemaakt), leidt weliswaar tot herstel van het te vergoeden schadebedrag, maar niet tot herstel van de hieraan ten grondslag liggende gedachtenexercitie: doorrekenen met de situatie dat de wet is en wordt overtreden. Waarbij het bovendien een verzekeraar is die een dergelijke ons inziens omstreden gedachtenexercitie moet uitvoeren. Dezelfde verzekeraar die gebonden is aan allerlei ‘compliance’ wetgeving en van wie wordt verlangd dat hij het juiste voorbeeld geeft en doet wat maatschappelijk correct en integer is. Om die reden gaat het de aansprakelijke partij, en diens verzekeraar, wel degelijk aan of er voor gemist zwart werk vergoed moet worden. Art. 6:163 BW beschermt dit belang van de aansprakelijke partij (en de verzekeraar).

Zoals altijd is ook hier best een uitzondering

te bedenken op de regel. Wij denken dan aan de aansprakelijke partij die zelf degene is die de benadeelde in kwestie zwart heeft laten werken. Als die partij geacht zou worden geen (of minder) moeite te hebben met de hypothese, zouden wij dat kunnen billijken. De werkelijkheid toont immers aan dat deze persoon daar geen (of weinig) moeite mee had. Als zo’n aansprakelijke partij zou worden verplicht om een netto vergoeding te betalen voor het gemist zwart werk, zouden we dat geen onredelijke uitkomst vinden. Een belangrijke kanttekening past hier wat ons betreft echter wel. Van de verzekeraar van die partij kan namelijk nog altijd niet worden verwacht dat deze, via de voor de schadeberekening vereiste hypothese, onwettige toestanden sanctioneert. Dat betekent dus dat wij menen dat de verzekeraar onder de verzekeringsovereenkomst niet voor gemist zwart werk hoeft uit te keren.

Dat brengt ons op de veel gehoorde tegenwerping die wij aldus verwoorden dat de verzekeraar die weigert te compenseren voor gemist zwart werk, ‘boter op het hoofd’ zou hebben. Van Dort suggereert dat de verzekeraar het zelf ook niet zo nauw zou nemen met de belastingregels én dit vooral zou zien als een mogelijkheid tot besparing op schade-uitkeringen. Wij herkennen dit niet. Integendeel, binnen de schaderegeling is het de verzekeraar die het risico op zich neemt dat een schadevergoeding door de fiscus wordt belast, met de gebruikelijke belastinggarantie. Voor uurtarieven ter zake van huishoudelijke hulp en zelfwerkzaamheid etc., wordt nu meestal aangesloten bij de richtlijnen van de Letselschade Raad. Die richtlijnen zijn opgesteld met het oog op een vereenvoudiging van de schadebegroting en strekken er mede toe te voorkomen dat de benadeelde concreet bewijs moet leveren en bijvoorbeeld telkens facturen heeft over te leggen. Wij vinden het helemaal niet raar dat verzekeraars, tegenover deze standaardisering, lagere vergoedingen stellen. Dat dit te maken zou hebben met het hanteren van ‘zwarte’ tarieven, als onderliggende gedachte, is ons niet bekend.

Overigens zouden verzekeraars zich wat ons betreft een proactieve rol kunnen aanmeten door ‘zwart werken’ aan de orde te stellen in het acceptatietraject. Wij verwijzen in dat kader naar onze publicatie in het PIV Bulletin uit 2020. Het is wat ons betreft dan ook zeker niet een kwestie van wel de lusten te willen hebben, maar niet de lasten.

## **5. Zijpaadje: wij plaatsen ook voor het overige kanttekeningen bij het hof-arrest van 15 november 2022**

Opvallend is hoe het hof Den Haag het subsidiaire verweer van Achmea c.s. beoordeelt.

36. R.o. 5.12, slot.

Voor het geval het hof zou oordelen dat gemist zwart werk wel moet worden gecompenseerd, had Achmea c.s. aangevoerd dat in dit specifieke geval, gelet op de omstandigheden, de beweerdelijk gederfde zwarte inkomsten buiten beschouwing moeten blijven bij het begroten van de schade. Daarbij wees de verzekeraar op de wanverhouding tussen de opgegeven witte werkzaamheden (circa € 10.000 op jaarbasis) en de beweerdelijke zwarte inkomsten (circa € 50.000 op jaarbasis) en – daarmee samenhangend – voorstelbaar ten onrechte genoten toeslagen van overheidswege gezien het lage (witte) inkomen. Dit zijn relevante omstandigheden wat ons betreft, waar het hof weinig mee doet in zijn arrest.

Eveneens is door Achmea c.s. gewezen op de formulering van het arrest Van Ginhoven/Mommers in r.o. 3.3<sup>37)</sup> waaruit afgeleid kan worden dat – na de principiële vraag óf vergoeding is toegestaan, maar voordat tot berekening kan worden overgegaan – moet worden nagegaan of de betrokkene de zwarte werkzaamheden in de toekomst wel zou hebben voortgezet (in de fictieve situatie zonder ongeval) als hij daarvoor een witte (lagere) vergoeding zou hebben gekregen. Want alleen dan zou – conform de Hoge Raad – de netto equivalent van de zwarte inkomsten meetellen. Voorstelbaar is<sup>38)</sup> dat juist het financiële gewin doorgaans de drijfveer zal zijn om zwart te werken. Als de werknemer in kwestie wit zou zijn betaald en dus maar ongeveer de helft zou hebben ontvangen, zou hij daarvoor vermoedelijk niet zijn avonden en weekenden hebben willen opofferen. En zal aldus niet aan deze toets zijn voldaan om – ook voor de toekomst – uit te gaan van een voortdurende post verloren zwarte inkomsten. In de betreffende situatie waren er nog meer redenen om ervan uit te gaan dat het voortzetten van de activiteiten in het ‘witte regime’ niet winstgevend waren geweest en dit aldus niet een reëel toekomstscenario was. Toch zien we dat het hof hier zeer terughoudend beoordeelt, verwijzend naar alle bewijsregels die het ‘reguliere slachtoffer’ tegemoet komen.<sup>39)</sup> Wij vragen ons af of dit juist is in deze specifieke situatie. Juist ter zake van het te leveren bewijs dat daadwerkelijk zwart is gewerkt, lijkt er consensus over te bestaan dat die last een wat zwaardere is. In de praktijk pleegt niet te worden gewerkt met bewijsvermoedens of aannames. Het is opmerkelijk dat het hof hier een andere beoordelingsmaatstaf lijkt te hantieren.

In het arrest van het hof Den Haag wordt ook nog de vraag geadresseerd hoe om te gaan met verdienvermogen dat zónder aansprakelijkheid scheppende gebeurtenis werd benut voor illegale activiteiten, maar ook als legale verdien capaciteit benut had kunnen

worden. Het hof Den Haag vliegt hier in zijn arrest wat ons betreft uit de bocht. Het hof gaat bij de schatting van wat er gebeurd zou zijn zónder ongeval, niet uit van (een schatting van) de werkelijkheid, in de situatie zonder ongeval, maar van (een schatting van) een hypothese. Het hof overweegt in het arrest dat *“moet worden bedacht dat [bena-deelde]” (in de hypothese dat hij niet zwart zou hebben gewerkt, toev. LKdH en VO) “voor de verwerving van inkomsten andere keuzes had kunnen maken, met andere financiële consequenties”*. Wij zouden menen dat moet worden geschat wat er – in werkelijkheid – gebeurd zou zijn, de aansprakelijkheid scheppende situatie weggedacht. Oftewel, de schatting moet uiteraard plaatsvinden aan de hand van de werkelijke situatie zonder ongeval, niet aan de hand van een hypothetische, niet-werkelijke situatie. Als iemand ervoor kiest huisman of -vrouw te zijn, wordt bij de schadeberekening na een aansprakelijkheid scheppende gebeurtenis ook niet ervan uitgegaan dat deze persoon er hypothetisch ook voor had kunnen kiezen straaljagerpilot te zijn.

## 6. Samenvattend

Er valt veel te zeggen over het wel of niet moeten vergoeden van gemist zwart werk binnen het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht. De meningen in de literatuur en rechtspraak zijn verdeeld. Het hof Den Haag geeft in zijn arrest van 15 november 2022 geen blijk van enige aarzeling om uiteindelijk tot het oordeel te komen dat de gederfde inkomsten uit zwart werk wel dienen te worden vergoed. Wij menen wij dat een dergelijke beslissing zeker niet vanzelfsprekend is. Terecht wijst Achmea c.s. er wat ons betreft op dat gederfde inkomsten uit zwart werk moeten worden aangemerkt als schade aan een niet-rechtmatig belang, welke schade om die reden niet voor vergoeding in aanmerking komt. Evenzeer leidt de aan een dergelijke vergoeding ten grondslag te leggen gedachtenexercitie (uitgaande van het laten voortduren van een strafbare situatie) tot een vergoedingsverplichting die in strijd is met de normen voortvloeiende uit art. 3:40 BW (goede zeden, openbare orde). Waar het hof het beroep van de verzekeraar op deze bepaling afwijst met de toelichting dat deze bepaling vooral het leerstuk betreft van ‘de overeenkomst met een ongeoorloofde oorzaak’ en hier ook de door de verzekeraar aangehaalde vergelijkbare uitspraak<sup>40)</sup> op zag, miskent het hof wat ons betreft dat dergelijke ‘ongeoorloofde elementen’ ook onderdeel uitmaken van de schadeberekening die de aansprakelijke partij of diens verzekeraar nu gedwongen is om uit te voeren. Het door het hof genoemde relativiteitsvereiste levert daarbij ons inziens juist een argument tegen vergoeding op,

*Relativiteitsvereiste levert volgens de auteurs juist een argument op tegen vergoeding.*

37. “De rechter die de omvang van de schade als de onderhavige begroot, zal aan de hand van de beschikbare gegevens moeten vaststellen en eventueel moeten schatten welk netto-inkomen de gelaedeerde zou hebben genoten of zou kunnen hebben genieten indien ter zake van de beloning van de desbetreffende werkzaamheden zou zijn overeengekomen dat beloning en premie zou worden ingehouden.”
38. Zoals wij in onze eerdere publicatie uitwerkten.
39. R.o. 5.23: HR 15 mei 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2654; HR 14 januari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4277; HR 17 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:273; HR 22 april 2022, ECLI:NL:HR:2022:590.
40. Hoge Raad 23 december 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU4787, waar het een koopovereenkomst betrof met het doel een gedeelte van de koopprijs ‘onder de tafel’ te betalen ter uitsparing van overdrachtsbelasting.

---

*Waarden en normen  
wijzigen in de loop  
der tijd.*

---

waarbij het hof met de gegeven uitleg voorbij gaat aan de bovenstaande bezwaren.

Verder lijkt nog steeds onduidelijkheid te bestaan over de exacte betekenis van het arrest Van Ginhoven/Mommers en de vraag of hier nu in moet worden gelezen *dat* zwarte inkomsten voor vergoeding in aanmerking komen. Of dat dit arrest beperkter moet worden begrepen en alleen een richtlijn vormt voor de wijze van berekening wanneer deze eerste principiële vraag al bevestigend is beantwoord. Waarbij wij in onze eerdere publicatie al wezen op het feit dat een dergelijke principiële vraag twintig jaar geleden waarschijnlijk anders zal zijn beantwoord dan thans het geval is. Dat eenvoudigweg omdat waarden en normen in de loop der tijd wijzigen. Wat twintig jaar geleden nog als heel gewoon en acceptabel werd gezien, kan nu – met een veranderd moreel besef – als onwenselijk worden beschouwd. Als voorbeeld noemden wij roken in aanwezigheid van jeugdig gezelschap in de auto of op het werk. 'Vroeger' heel normaal, nu niet meer.

Al met al staan er dus nog heel wat vragen open. Wij vinden het hoog tijd dat de Hoge Raad zich over de materie uitlaat. Daar zien wij naar uit.