

Vergoeding van gedeerde zwarte inkomsten

Een botsing van private en publieke belangen in het letselschaderecht?

In de recente rechtspraak lijkt de tendens te ontstaan dat bij de begroting van letselschade geen rekening wordt gehouden met gemiste inkomsten uit zwartwerk. De vraag is of dit terecht is. Zowel rechters als auteurs denken hier anders over. Voorstanders van vergoeding wijzen erop dat de schade van een gelaedeerde zoveel mogelijk dient te worden vergoed, maar tegenstanders menen dat sprake is van schade in een niet-rechtmatig belang. In dat verband wordt veelvuldig gewezen op de publieke belangen die door zwartwerken worden geschaad: zwartwerken betreft een strafbaar feit en gaat ten koste van de publieke middelen. In deze bijdrage worden aan de hand van de literatuur en rechtspraak en een uitstapje naar het Belgische en Engelse schadevergoedingsrecht de meest voorkomende argumenten voor en tegen het vergoeden van gedeerde zwarte inkomsten onder de loep genomen en op hun merites beoordeeld. De auteur concludeert dat een vergoeding van gedeerde zwarte inkomsten op netto-basis kan worden gerechtvaardigd op grond van de daaraan ten grondslag liggende netto-benadering. Deze opvatting vindt steun in de Belgische literatuur en de Engelse rechtspraak. Het op publieke belangen gebaseerde argument kan een tegengesteld oordeel niet dragen.

1. Inleiding

Een kickbokstrainer raakt door de verkeersfout van een automobilist volledig arbeidsongeschikt.¹ Hij spreekt vervolgens de verzekeraar van de bestuurder in rechte aan voor vergoeding van zijn schade wegens verlies aan arbeidsvermogen. Bij de begroting van deze schadepost wijst de verzekeraar erop dat de trainer jarenlang zwartwerkte en dat het mislopen van de daardoor verkregen voordelen derhalve niet voor vergoeding in aanmerking zouden moeten komen. Hoe gaat de rechter bij de begroting van letselschade met deze gemiste zwarte inkomsten om? De Rechtbank Noord-Holland oordeelde dat het verlies van dergelijke inkomsten schade in een niet-rechtmatig belang oplevert en daarom niet voor vergoeding in aanmerking komt.² Met dit oordeel brak zij met de bestendige jurisprudentie waarin werd aangenomen dat gemiste zwarte inkomsten op netto-basis dienen te worden vergoed.³

Deze uitspraak heeft de discussie in de literatuur omtrent de vergoedbaarheid van gedeerde zwarte inkomsten in het kader van het verlies aan arbeidsvermogen opnieuw doen oplaaien. Auteurs die voor vergoeding pleiten, menen dat het niet (langer) vergoeden van dergelijke schade op gespannen voet staat met het beginsel van volledige schadevergoeding.⁴ Anderen omarmen het vonnis: dergelijke schade levert schade in een niet-rechtmatig belang op en het vergoeden daarvan is mogelijk zelfs in strijd met de openbare orde.⁵ Ook wijzen zij op de publieke belangen die door zwartwerken worden geschaad. Zo levert belastingontduiking een strafbaar feit op (art. 69 AWR) en werd in 2018 voor vier miljard euro zwartgewerkt in Nederland waardoor de overheid honderden miljoenen misliep die hadden kunnen worden aangewend voor publieke doeleinden als onderwijs en infrastructuur.⁶ Anderzijds rijst de vraag of deze publieke belangen wel in een schadevergoedingsprocedure tussen een gelaedeerde en de aansprakelijke partij c.q. diens verzekeraar betrokken dienen te worden.⁷

¹ Casus deels ontleend aan Rb. Noord-Holland 16 januari 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:284. Deels, omdat in de daadwerkelijke procedure de verzekeraar zich geheel niet beriep op het beweerdelijk niet-rechtmatige karakter van de gedeerde zwarte inkomsten en de rechtbank dit aspect dus uit eigen beweging aan de orde stelde.

² Rb. Noord-Holland 16 januari 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:284, r.o. 4.9.3.

³ HR 24 november 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA8453, NJ 2001/195, m.nt. A.R. Bloembergen en de jurisprudentie genoemd in paragraaf 2.

⁴ Van Dort, AV&S 2020/23 ; Bosch, JA 2020/76; Kamsteeg, *letselschade.nu* 13 januari 2021.

⁵ De Haan & Oskam, *PIV-bulletin* maart 2020, p. 5-8; Fluit, *PIV-bulletin* oktober 2020, p. 16-19.

⁶ Idem en Van Rijn, 'Honderdduizenden Nederlanders werken zwart: schoonmakers koplopers', nos.nl 27 september 2019.

⁷ Zie hierover paragraaf 5.4.

Inmiddels heeft deze discussie een impasse bereikt waarvoor mijns inziens twee oorzaken zijn aan te wijzen. Ten eerste is onduidelijk wanneer precies sprake is van ‘schade in een niet-rechtmatig belang’ en hoe dit leerstuk moet worden toegepast op gedeerde zwarte inkomsten. Dit blijkt uit de tegengestelde uitspraken die rechters hierover wijzen sinds het vonnis van de Rechtbank Noord-Holland.⁸ Zo oordeelde de Rechtbank Rotterdam dat een verzoek tot een voorlopig getuigenverhoor, teneinde bewijs te leveren van de zwarte werkzaamheden, moet worden afgewezen wegens gebrek aan een rechtmatig belang.⁹ Dezelfde rechtbank oordeelde in een daaropvolgend deelgeschil dat gemiste inkomsten uit zwartwerk toch dienen te worden vergoed.¹⁰ Ten tweede is in dit verband nog geen rechtsvergelijkend onderzoek verricht, terwijl bestudering van andere rechtstelsels nieuwe inzichten kan opleveren die de discussie verder zouden kunnen helpen.

In deze bijdrage beoog ik daarom (i) te verduidelijken wanneer sprake is van schade in een niet-rechtmatig belang en hoe dit begrip zich verhoudt tot gedeerde zwart inkomsten en (ii) middels rechtsvergelijking en een kritische bespreking van de gevonden argumenten, vast te stellen langs welke lijnen het debat in de Nederlandse discussie over de vergoedbaarheid van gedeerde zwarte inkomsten zou moeten worden gevoerd. De onderzoeksvraag luidt: *hoe wordt bij de begroting van het verlies aan arbeidsvermogen omgegaan met gedeerde inkomsten uit zwartwerk en in hoeverre kan dit worden gerechtvaardigd op basis van de daaraan ten grondslag liggende argumenten?* Bij het beantwoorden van deze vraag wordt uitvoerig aandacht besteed aan het begrip ‘niet-rechtmatig belang’, nu dit begrip geregeld in één adem wordt genoemd met (de vergoedbaarheid van) gemiste zwarte inkomsten.¹¹ Naast het Nederlandse recht, wordt ook onderzocht hoe het Belgische en Engelse schadevergoedingsrecht met gedeerde zwarte inkomsten omgaan en hoe deze keuze wordt gerechtvaardigd. Deze rechtstelsels lenen zich in dit verband bij uitstek voor rechtsvergelijking, nu zij een met het Nederlandse recht vergelijkbare invulling geven aan het begrip ‘niet-rechtmatig belang’ en in de rechtsleer van deze rechtstelsels uitvoerig is gediscussieerd over de vergoedbaarheid van gedeerde zwarte inkomsten.¹²

In dit onderzoek wordt onder zwartwerk verstaan het tegen betaling verrichten van arbeid waarbij zowel de werkgever als de werknemer geen belasting afdragen waar dit wel had gemoeten.¹³ Hoewel gemiste zwarte inkomsten op verschillende manieren een rol kunnen spelen in het schadevergoedingsrecht, ziet dit onderzoek uitsluitend op het geval waarin een werknemer of zelfstandige zwart wordt uitbetaald en vervolgens door de onrechtmatige daad van een ander blijvend of tijdelijk arbeidsongeschikt geraakt.¹⁴ In dat geval is sprake van personenschade in de vorm van verlies aan arbeidsvermogen.

In de tweede paragraaf sta ik stil bij de begroting van het verlies aan arbeidsvermogen en hoe in het kader daarvan naar Nederlands recht met gedeerde zwarte inkomsten wordt omgegaan. Vervolgens zet ik in de derde paragraaf het begrip ‘schade in een niet-rechtmatig belang’ uiteen en geef ik weer waar de onduidelijkheden bestaan wat betreft de vraag of gedeerde zwarte inkomsten dergelijke schade opleveren. Om deze onduidelijkheden op te heffen, wordt de kwestie in de vierde paragraaf benaderd vanuit Belgisch en Engels recht, om vervolgens in de vijfde paragraaf de gevonden argumenten te betrekken in de Nederlandse discussie en deze te beoordelen op hun afzonderlijke en onderlinge overtuigingskracht. Ik rond af met een conclusie.

⁸ Zie voor vergoeding Rb. Rotterdam 29 januari 2021, te raadplegen op: www.letselschademagazine.nl/zwart-werk-in-letselschadezaken; Rechtbank Gelderland 16 december 2020 ECLI:NL:RBGEL:2020:6628, r.o. 4.3. Tegen vergoeding: Rb. Noord-Holland 16 januari 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:284 en Rb. Rotterdam 13 januari 2021, RAV 2021/30.

⁹ Rb. Rotterdam 13 januari 2021, RAV 2021/30.

¹⁰ Rb. Rotterdam 29 januari 2021, www.letselschademagazine.nl/zwart-werk-in-letselschadezaken. Dit deelgeschil werd naar aanleiding van het afgewezen verzoek tot een voorlopig getuigenverhoor aangespannen door Achmea en behelsde een verklaring voor recht dat Achmea niet gehouden is tot het vergoeden van gemiste zwarte inkomsten.

¹¹ Zie voor vergoeding Van Dort, AV&S 2020/23 ; Bosch, JA 2020/76 en tegen vergoeding De Haan & Oskam, PIV-bulletin maart 2020, p. 5-8; Fluit, PIV-bulletin oktober 2020, p.16-19.

¹² Zie nader paragraaf 3.

¹³ Definitie deels ontleend aan de Van Dale en Wikipedia.

¹⁴ Zo kan een onderneming omzetschade lijden door bijvoorbeeld een cyberaanval. Indien de onderneming in kwestie geen btw afdraagt, geen integere administratie voert en de omzet vervolgens terugloopt als gevolg van de onrechtmatige daad van een ander, is sprake van zuivere vermogensschade in de vorm van gedeerde (zwarte) inkomsten.

2. Zwartwerk en schadevergoeding in Nederland

2.1 Het beginsel van volledige vergoeding en verlies aan arbeidsvermogen

Gederfde zwarte inkomsten maken onderdeel uit van het verlies aan arbeidsvermogen. Hiervan is sprake wanneer de capaciteit van de gelaedeerde om tegen betaling arbeid te verrichten geheel of gedeeltelijk verloren gaat als gevolg van een normschending.¹⁵ Het beginsel van volledige schadevergoeding brengt met zich dat een gelaedeerde die dergelijke schade lijdt, zoveel mogelijk dient te worden gebracht in de positie waarin hij vermoedelijk zonder deze normschending zou hebben verkeerd.¹⁶ De maatstaf die hierbij wordt gehanteerd, betreft de vergelijking tussen de hypothetische situatie zonder ongeval en de feitelijke situatie met ongeval.¹⁷ Het verschil daartussen is de schade, met de kanttekening dat dit niet altijd gelijkstaat aan vergoedbare schade in de zin van art. 6:95 BW. Op het beginsel van volledige schadevergoeding bestaan immers uitzonderingen, zoals dat alleen de schade die in redelijkheid aan de aansprakelijke schuldenaar kan worden toegerekend voor vergoeding in aanmerking komt (art. 6:98 BW).¹⁸

Meer specifiek brengt het beginsel van volledige schadevergoeding in het kader van arbeidsvermogensschade met zich dat vastgesteld moet worden welk inkomen de gelaedeerde met de huidige beperkingen nog kan verdienen en dat dit vervolgens moet worden afgezet tegen het inkomen dat de gelaedeerde in de hypothetische situatie zonder ongeval zou hebben verdiend.¹⁹ Het uitgangspunt daarbij is ingevolge art. 6:97 BW een concrete schadebegroting, maar indien de omvang van de schade niet nauwkeurig kan worden vastgesteld dient de rechter deze te schatten. Een schatting zal met name aan de orde zijn wanneer de arbeidsvermogensschade ex art. 6:105 BW aan de hand van goede en kwade kansen voor de toekomst wordt begroot.²⁰ Aan het bewijs van het inkomen in de hypothetische situatie zonder ongeval mogen in dat verband geen strenge eisen worden gesteld.²¹ Het komt aan op de redelijke toekomstverwachtingen waarbij in beginsel wordt uitgegaan van een 'normaal' carrièreverloop.²²

2.2 Vergoeding van gederfde zwarte inkomsten

Bij de begroting van de in het concrete geval geleden arbeidsvermogensschade kan de rechter vervolgens worden geconfronteerd met inkomsten uit zwartwerk die in de hypothetische situatie zonder ongeval zouden zijn genoten. Het bekendste voorbeeld vormt het arrest Mommers/Van Ginhoven uit 2000, waarin de vraag speelde of Van Ginhoven, een loodgieter in dienst van Mommers die door een arbeidsongeval blijvend arbeidsongeschikt geraakte, recht had op vergoeding van gederfde inkomsten uit zwart overwerk.²³ De Hoge Raad beantwoordt deze vraag bevestigend: de rechter die de omvang van dergelijke schade begroot, zal aan de hand van de beschikbare gegevens moeten vaststellen en eventueel moeten schatten welk *netto-inkomen* de gelaedeerde zou hebben verdiend of zou hebben kunnen verdienen indien ter zake van de beloning van de werkzaamheden belasting en premie zouden zijn ingehouden.²⁴ Toch ziet de Hoge Raad ruimte voor vergoeding van het (zwarte) bruto-inkomen indien de gelaedeerde aannemelijk maakt dat zijn werkgever bereid was geweest c.q. was gebleven alsnog de verschuldigde belasting en premies volledig te voldoen. Nu het voor partijen bij zwartwerken juist gaat om het 'voordeel' van het niet voldoen van belastingen, lijkt het bewijs hiervan slechts in uitzonderlijke gevallen te kunnen worden geleverd.²⁵

Vervolgens zijn feitenrechters aan de slag gegaan met het kader van de Hoge Raad. Van de dertien sinds 2000 gepubliceerde uitspraken waarin een gelaedeerde (onder andere) vergoeding vorderde van

¹⁵ Onder meer Lindenbergh en Van der Zalm 2015, nr. 13.5.

¹⁶ Over dit beginsel is veel geschreven en het voert te ver deze literatuur uitgebreid te bespreken. Zie hiervoor met name Bloembergen 1965, nr. 84 e.v.; Asser/Sieburgh 6-II 2017/31; Lindenbergh 2020, nrs. 10-12; Klaassen 2017, nr. 5 en Hebly 2019, p. 30-34.

¹⁷ HR 11 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX9830, *NJ* 2013/48 (*Griffioen/De Groot*), r.o. 3.5.

¹⁸ Zie voor een overzicht van deze uitzonderingen Lindenbergh 2020 nr. 12.

¹⁹ HR 15 mei 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2654, *NJ* 1998/624 (*Vehof-Vasters/Helvetia*), r.o. 3.5.1 in samenhang met HR 11 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX9830, *NJ* 2013/48 (*Griffioen/De Groot*), r.o. 3.5.

²⁰ HR 15 mei 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2654, *NJ* 1998/624 (*Vehof-Vasters/Helvetia*), r.o. 3.5.1.

²¹ Idem en HR 14 januari 2001, ECLI:NL:HR:2000:AA4277, *NJ* 2000/437 m.nt. CJHB (*Van Sas/Interpolis*); HR 17 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:273, *NJ* 2017/115 (*Molenaarszoon*).

²² Idem en Lindenbergh en Van der Zalm 2015, nr. 21.

²³ HR 24 november 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA8453, *NJ* 2001/195, m.nt. A.R. Bloembergen.

²⁴ Idem, r.o. 3.3.

²⁵ In de gepubliceerde rechtspraak ben ik geen geval tegengekomen waarin een gelaedeerde dit heeft gesteld.

gederfde zwarte inkomsten, werd in vijf zaken de vordering gedeeltelijk toegewezen²⁶, is in één zaak een tussenvonnis gewezen inhoudende een bewijsopdracht voor de omvang van de zwarte werkzaamheden²⁷, werd in vijf gevallen de vordering volledig afgewezen wegens gebrek aan (overtuigend) bewijs²⁸ en werd tot slot in twee gevallen de vordering afgewezen omdat het zou gaan om schade in een niet-rechtmatig belang²⁹.

Wat dit laatste betreft, valt op dat de vraag of gederfde zwarte inkomsten schade in een niet-rechtmatig belang opleveren, niet eerder zo uitdrukkelijk aan de orde is gesteld dan in de eerdergenoemde uitspraak van de Rechtbank Noord-Holland uit 2020, waarin zij oordeelde dat gederfde zwarte inkomsten niet voor vergoeding in aanmerking komen.³⁰ De Rechtbank Gelderland oordeelde daarentegen een aantal maanden later dat de vergelijking tussen de situatie voor en na de normschending tot de conclusie leidt dat de gelaedeerde inkomsten mist die hij in de situatie zonder het ongeval wel zou hebben genoten en dat derhalve sprake is van rechtens relevante schade.³¹ Nu dit argument vaker wordt aangevoerd, zal dit argument in het vervolg worden aangeduid als het volledighedsargument.³² Begin 2021 wees de Rechtbank Rotterdam vervolgens de twee genoemde uitspraken tussen dezelfde partijen, waarbij zij in de eerste zaak oordeelde dat sprake is van een niet-rechtmatig belang, maar in een daaropvolgend deelgeschil daarvan terug lijkt te komen.³³ In dit deelgeschil oordeelde zij onder meer dat de door de benadeelde gepleegde belastingfraude geen rol speelt in de private verhouding tussen hem en de aangesproken verzekeraar.³⁴

Uit het voorgaande volgt dat feitenrechtters verschillend lijken te oordelen over de vraag of gemiste zwarte inkomsten schade in een niet-rechtmatig belang opleveren en dat zij aan dit oordeel verschillende soorten argumenten ten grondslag leggen. Hoe kan dit worden verklaard? Het antwoord is gelegen in de uitleg van het begrip 'niet-rechtmatig belang'.

3. Schade in een niet-rechtmatig belang

3.1 Definitie

Vooropgesteld moet worden dat het begrip 'niet-rechtmatig belang' noch in de wet, noch in de jurisprudentie van een definitie wordt voorzien.³⁵ Ook in de literatuur bestaat geen eenstemmigheid over de exacte betekenis. De verschillende publicaties hebben echter gemeen dat het steeds gaat om gevallen waarin een gelaedeerde vergoeding vordert van een gemist voordeel of verloren goed dat hij, in de hypothetische situatie zonder de normschending, in strijd met een rechtsregel zou hebben verkregen of behouden.³⁶

²⁶ Hof Arnhem 6 december 2006, ECLI:NL:GHARN:2006:AZ6510, Rb. Zutphen 10 januari 2007, ECLI:NL:RBZUT:2007:BA4423, Rb. Maastricht 16 mei 2011, ECLI:NL:RBMAA:2011:BQ5685; Rb. 's-Hertogenbosch 21 september 2011, ECLI:NL:RBSHE:2011:BT2397; Rb. Rotterdam 29 januari 2021, www.letselschademagazine.nl/zwart-werk-in-letselschadezaken.

²⁷ Rb. Rotterdam 14 november 2007, ECLI:NL:RBROT:2007:BG4777.

²⁸ Rb. Oost-Brabant 3 juli 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:4193, Rb. Midden-Nederland 11 september 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:7005, Rb. Oost-Brabant 19 juli 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:3870 en Hof Arnhem-Leeuwarden 20 februari 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:1661; en Rb. Gelderland 15 december 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:6628.

²⁹ Rb. Noord-Holland 16 januari 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:284 en Rb. Rotterdam 13 januari 2021, RAV 2021/30.

³⁰ Rb. Noord-Holland 16 januari 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:284.

³¹ Rb. Gelderland 16 december 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:6628, r.o. 4.3.

³² Zie Barendrecht & Storm 1995, p. 60 en 187 waar zij uitgaan van een puur feitelijk schadebegrip; Haverkamp, 'Komen inkomsten uit zwartwerk nog voor vergoeding in aanmerking?', *Pennino.nl*, te raadplegen op: Pennino.nl/columns en tot slot 'Het is volstrekt logisch dat gemist zwart werk door aansprakelijkheidsverzekeraars wordt gecompenseerd binnen het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht', *jba.nl* 2020.

³³ Zie Rb. Rotterdam 13 januari 2021, RAV 2021/30 en Rb. Rotterdam 29 januari 2021, te raadplegen op: www.letselschademagazine.nl/zwart-werk-in-letselschadezaken

³⁴ Rb. Rotterdam 29 januari 2021, te raadplegen op: www.letselschademagazine.nl/zwart-werk-in-letselschadezaken, r.o. 4.4.

³⁵ Daarentegen is het begrip wel enkele keren in de rechtspraak toegepast. Zie onder meer Hof Amsterdam 11 januari 2011, ECLI:GHAMS:2001:AF0471; Hof Amsterdam 5 juli 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BT8516; Rb. Noord-Holland 16 januari 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:284. Er wordt ook wel gesproken van 'nadeel' in een niet-rechtmatig belang, maar daarmee wordt geen verschil in betekenis beoogd.

³⁶ Deze overkoepelende definitie is gedestilleerd uit de afzonderlijke omschrijvingen en voorbeelden uit Maeijer 1962, p. 62 e.v.; Bloembergen 1965, p. 29; Haazen, *WPNR* 2009/6816, p. 827; Van der Kooij 2019, nr. 544; Lindenbergh 2020, nr. 46; Van Dort, *AV&S* 2020/23, p. 136.

Betoogd wordt dat het verlies van deze voordelen of goederen niet voor vergoeding in aanmerking komt.³⁷ Hierbij kan worden gedacht aan een drugshandelaar die door de fout van een ander arbeidsongeschikt geraakt en vervolgens vergoeding vordert van de inkomsten uit drugshandel die hij zou hebben genoten indien de normschending was uitgebleven.³⁸ Een voorbeeld uit de jurisprudentie is een eiser die vergoeding vorderde van de waarde van het kinderpornografisch materiaal dat op zijn laptop stond.³⁹ Het Hof Amsterdam oordeelde dat aan dergelijk materiaal geen te vergoeden waarde toekomt.⁴⁰ De ratio van het begrip 'niet-rechtmatig belang' lijkt te zijn dat (i) het schadevergoedingsrecht geen bescherming zou moeten bieden aan belangen die elders in het recht worden verboden en (ii) dat niemand mag profiteren van eigen onrechtmatig gedrag.⁴¹ Het begrip vormt daarmee een uitzondering op het beginsel van volledige schadevergoeding. Dergelijke uitzonderingen kennen doorgaans een wettelijke grondslag.⁴² Waar kan de grondslag van 'schade in niet-rechtmatige belangen' worden gevonden?

3.2 Juridische grondslag

Ook wat deze grondslag betreft, bieden wet en jurisprudentie geen antwoord. Volgens sommige auteurs kan het begrip worden ingelezen in het toerekeningsverband ex art. 6:98 BW.⁴³ Een van de factoren die wordt meegewogen in de toets of een bepaalde schade in redelijkheid aan de aansprakelijke partij kan worden toegerekend, betreft de aard van de schade. Betoogd wordt dat de aard van schade in een niet-rechtmatig belang meebrengt dat deze niet óf minder ruim kan worden toegerekend.⁴⁴ Volgens deze auteurs kan schade in een niet-rechtmatig belang dus onder omstandigheden toch voor vergoeding in aanmerking komen.⁴⁵ Deze gestelde uitzonderingsmogelijkheid is het gevolg van het plaatsen van het begrip in de sleutel van art. 6:98 BW, nu de vraag of een bepaalde schade in redelijkheid kan worden toegerekend afhankelijk is van alle omstandigheden van het geval.⁴⁶

Het begrip niet-rechtmatig belang kan volgens anderen (ook) worden gezien als een uitwerking van het relativiteitsvereiste ex art. 6:163 BW.⁴⁷ Of sprake is van schade in een niet-rechtmatig belang dient dan te worden vastgesteld aan de hand van de vraag of het getroffen belang beschermingswaardig is.⁴⁸ Ook bij deze benadering bestaat ruimte voor uitzonderingen. Auteurs noemen hier het voorbeeld van een gelaedeerde die bijverdiensten genoot in strijd met zijn arbeidsovereenkomst. Hiermee handelde hij onrechtmatig jegens zijn werkgever, maar niet tegenover een derde. Indien een derde door de gelaedeerde wordt aangesproken, zien deze auteurs niet in waarom de gemiste bijverdiensten niet voor vergoeding in aanmerking komen.⁴⁹ Dit is anders wanneer de gelaedeerde vergoeding vordert van voordelen 'in strijd met de rechtsorde als geheel', zoals gemiste drugsinkomsten.⁵⁰ In deze gevallen verdient het belang nooit bescherming.

Nu rijst de vervolgvraag hoe men een onderscheid maakt tussen een belang dat niet-rechtmatig is jegens de gehele rechtsorde en een belang dat 'slechts' niet-rechtmatig is binnen een bepaalde rechtsverhouding. In de literatuur lijkt in dit verband consensus te bestaan wat betreft gemiste voordelen uit verboden beroepen (drugshandel).⁵¹ Deze gemiste voordelen zouden nooit voor vergoeding in

³⁷ In de literatuur wordt wel gezegd dat dit uitgangspunt 'algemeen aanvaard' is in het Nederlandse recht. Zie bijvoorbeeld Bloembergen, *NJ* 2001/195; Lindenberg 2020, nr. 46.

³⁸ Bloembergen 1965, p. 29.

³⁹ Hof Amsterdam 11 januari 2011, ECLI:GHAMS:2011:AF0471.

⁴⁰ Idem, r.o. 2.5.

⁴¹ Ulrichs 2018, p. 152, Haazen, *WPNR* 2009/6816, p. 827.

⁴² Men denke onder meer aan art. 6:98, 6:101, 6:109 en 6:110 BW.

⁴³ Zie Asser/Sieburgh 6-II 2017/40; Van der Kooij 2019, nr. 544. Het Hof Amsterdam heeft in zijn uitspraak van 5 juli 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BT8516, art. 6:98 BW gebruikt als grondslag, maar heeft daar verder geen inhoudelijke overweging of motivering aan gewijd.

⁴⁴ Zie Asser/Sieburgh 6-II 2017/40.

⁴⁵ Beweerd wordt dat schade in een niet-rechtmatig belang *in beginsel* niet voor vergoeding in aanmerking komt. Zie onder meer Bloembergen *NJ* 2001/195; Van der Kooij 2019, nr. 544.

⁴⁶ Asser/Sieburgh 6-II 2017, nr. 63.

⁴⁷ Lindenberg 2020, nr. 46.

⁴⁸ Idem.

⁴⁹ Bloembergen 1965, p. 32 en Lindenberg 2020, nr. 46.

⁵⁰ Bloembergen 1965, nr. 23.

⁵¹ Lindenberg 2020, nr. 46; Van der Kooij 2019, nr. 544; Bloembergen 1965, p. 29; Tromp 1996, p. 95-97; Bosch, *JA* 2020/76, p. 861.

aanmerking komen, omdat de wet hier de activiteit waarmee de inkomsten zouden zijn verworven reeds verbiedt. Hier valt wat voor te zeggen. Het vergoeden van schade bestaande uit misgelopen inkomsten uit door het publiekrecht verboden beroepen zou namelijk impliceren dat het schadevergoedingsrecht deze beroepen en de daaruit voortvloeiende inkomsten beschermingswaardig acht. Dit leidt tot een incoherentie tussen wat in het publiekrecht verboden is en wat in het privaatrecht voor vergoeding in aanmerking kan komen. Om coherentie tussen het publiekrecht en het schadevergoedingsrecht te behouden, kunnen gemiste voordelen uit publiekrechtelijk verboden beroepen niet via het privaatrecht voor vergoeding in aanmerking komen. Hoe het voorgaande kan worden toegepast op gemiste zwarte inkomsten, wordt besproken in paragraaf 5.2.

Maakt het tot slot uit welke grondslag van schade in niet-rechtmatige belangen wordt gekozen? In de literatuur wordt betoogd van niet: de schade zal bij toepassing van beide grondslagen in beginsel niet voor vergoeding in aanmerking komen.⁵² De vraag is echter of dit niet wat te kort door de bocht is, nu de vraag naar de relativiteit van de geschonden norm voorafgaat aan de - eventuele - vraag of de door de normschending veroorzaakte schade aan de laedens kan worden toegerekend.⁵³ Stel dat een drugshandelaar een ander aansprakelijk stelt voor de gedeerde drugsinkomsten die hij zou hebben genoten in de situatie zonder normschending. Wordt de niet-rechtmatigheid van deze gedeerde inkomsten pas bij de toerekeningsvraag aan de orde gesteld, dan impliceert dit dat reeds is bevonden dat de geschonden norm (mede) strekt tot bescherming van gedeerde drugsinkomsten. Kan dan nog wel worden gesteld dat sprake is van schade in een niet-rechtmatig belang, nu dit belang (de drugsinkomsten) blijkbaar de toets van art. 6:163 BW heeft doorstaan? Die conclusie is misschien net iets te theoretisch. Het feit dat de gedaagde de niet-rechtmatigheid van het belang pas aan de orde stelt bij de toerekeningsvraag, impliceert op zichzelf nog niet dat hij daarmee beoogt te erkennen dat het getroffen (niet-rechtmatige) belang wordt beschermd door de geschonden norm. Desalniettemin laat het voorgaande zien dat vanuit dogmatisch oogpunt de keuze voor art. 6:163 BW als grondslag wellicht de zuiverste is.

3.3 Toepassing op gemiste inkomsten uit zwartwerk

Het voorgaande leert dat onduidelijkheid bestaat over de exacte betekenis en de juridische grondslag van 'schade in niet-rechtmatige belangen'. Dit maakt het lastig het begrip toe te passen op een concrete situatie, zoals het geval waarin een zwartwerker arbeidsongeschikt raakt door de fout van een ander en daardoor zwarte inkomsten mist. Het valt echter op dat in de gepubliceerde rechtspraak over dit onderwerp geen enkele rechter ingaat op de (onduidelijke) definitie of grondslag van niet-rechtmatige belangen. De Rechtbank Noord-Holland oordeelde bijvoorbeeld dat sprake is van een niet-rechtmatig belang, omdat de gelaedeerde belastingfraude pleegde en de rechter dat niet feitelijk kan laten voortduren door er een vergoeding voor toe te kennen.⁵⁴ Zij motiveerde de beslissing verder niet, zodat niet duidelijk wordt op welke grondslag zij dit oordeel baseert.⁵⁵ Ook de Rechtbank Rotterdam, in de zaak omtrent het verzoekschrift tot een voorlopig getuigenverhoor, liet het bij de enkele constatering dat sprake is van een niet-rechtmatig belang.⁵⁶

In de literatuur gaan slechts enkele auteurs in op het begrip 'niet-rechtmatig belang' in de verhouding tot gedeerde zwarte inkomsten. In zijn noot onder Van Ginhoven/Mommers stelt Bloembergen dat de bruto-benadering, waarbij de zwartwerkende gelaedeerde een vergoeding krijgt gelijk aan zijn 'zwarte' brutoloon, in ieder geval niet geldend kan zijn, omdat art. 7:658 BW dan gebruikt zou worden om een onrechtmatige situatie in stand te houden.⁵⁷ De netto-benadering lijkt zich volgens Bloembergen daarentegen wel te verdragen met de wet: in dat geval krijgt de gelaedeerde een schadevergoeding die gelijk is aan zijn inkomen in de situatie waarin wit zou zijn gewerkt.⁵⁸ De niet-rechtmatigheid strekt zich dan

⁵² Asser/Sieburgh 6-II 2017/40; Bloembergen 1965, nr. 22.

⁵³ Het gaat hier om het (dogmatische) onderscheid tussen de vestiging van de aansprakelijkheid en het vervolgens bepalen van de 'omvang' van de gevestigde aansprakelijkheid. Zie ook Lindenberg 2007, p. 6.

⁵⁴ Rb. Noord-Holland 16 januari 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:284, r.o. 4.9.3.

⁵⁵ Idem, r.o. 4.9.5.

⁵⁶ Rb. Rotterdam 13 januari 2021, RAV 2021/30.

⁵⁷ Bloembergen NJ 2001/195. Zie anders Tromp 1996, p. 95-97.

⁵⁸ Bloembergen NJ 2001/195.

niet uit over dit 'witte' deel. Van Dort sluit zich in een recente publicatie hierbij aan.⁵⁹ Ik duid dit hierna aan als de netto-benadering.

Niet iedereen is hierdoor echter overtuigd. Zo volharden De Haan, Oskam en Fluit in de stelling dat ook na de nettering van de vergoeding sprake is van schade in een niet-rechtmatig belang, nu belastingontduiking strafbaar en maatschappelijk onaanvaardbaar is.⁶⁰ Door hier een vergoeding voor toe te kennen, zou zwartwerken rechtens worden goedgekeurd. Hier kan art. 6:162 BW niet voor bedoeld zijn. Deze zienswijze noem ik hierna het publieke argument.

Door andere auteurs wordt hiertegen ingebracht dat geen sprake is van schade in een niet-rechtmatig belang, omdat het gaat om het vergoeden van het door het ongeval verloren gegane arbeidsvermogen als zodanig en niet om het vergoeden van 'gemiste zwarte inkomsten' (hierna: het object-argument).⁶¹ Het betreft dan niet een vergoeding voor een gemist voordeel dat de gelaedeerde in strijd met het recht zou hebben verkregen, maar een vergoeding voor zijn verloren arbeidsvermogen.

3.4 Tussenconclusie

Hiermee is de kern van het probleem van de discussie blootgelegd. Zowel de exacte betekenis als de juridische grondslag van het begrip 'schade in een niet-rechtmatig belang' is onduidelijk en het begrip laat zich bovendien moeilijk toepassen op een concreet verschijnsel als gemiste zwarte inkomsten. Dit heeft tot gevolg dat het oordeel of gedeerde zwarte inkomsten schade in een niet-rechtmatig belang opleveren vrijwel uitsluitend een kwestie van argumentatie is. In dit verband zijn in het voorgaande verschillende argumenten geïdentificeerd, waarover men wat betreft de overtuigingskracht duidelijk van mening verschilt. Alvorens ik nader inga op de overtuigingskracht van deze argumenten, is dit daarom een geschikt moment om te bezien welke argumenten in het Belgische en Engelse schadevergoedingsrecht worden aangedragen inzake het al dan niet vergoeden van gedeerde zwarte inkomsten en in hoeverre deze argumenten overeenkomen met of verschillen van de opvattingen uit de Nederlandse literatuur.

4. Zwartwerk en schadevergoeding in België en Engeland

4.1 Vergoedbaarheid van gemiste inkomsten uit zwartwerk naar Belgisch recht

Het Belgische recht is in dezen een logisch eerste aanknopingspunt, nu de beginselen van het Belgische schadevergoedingsrecht grotendeels overeenstemmen met die van het Nederlandse recht, maar naar Belgisch recht gedeerde zwarte inkomsten niet worden meegenomen in de begroting van arbeidsvermogensschade.⁶² Dit is door het Belgische Hof van Cassatie uitgemaakt in een zaak uit 2003 waarin een zwartwerkende bakker ernstig letsel opliep door de fout van een ander en vergoeding vorderde van zijn gedeerde zwarte inkomsten.⁶³ De bakker stelde dat de lonen die hij ontving op rechtmatige wijze werden verkregen en dat de vordering daarom moest worden toegewezen.⁶⁴ Het Hof ging hier niet in mee: het is vaste rechtspraak dat een gelaedeerde geen schadevergoedingsaanspraak heeft bij krenking van een niet-rechtmatig belang.⁶⁵ Het verkrijgen van zwarte inkomsten leverde volgens het Hof *in de regel* een onrechtmatig voordeel op, waarvan het verlies niet kan leiden tot vergoeding.⁶⁶ Deze uitspraak heeft navolging gekregen in de lagere rechtspraak.⁶⁷

Het valt echter op dat de uitspraak van het Hof in de Belgische literatuur op weinig steun kan rekenen.⁶⁸ Zo vraagt De Temmermans zich af of het Hof van Cassatie daadwerkelijk alle aanspraken van

⁵⁹ Van Dort, *AV&S* 2020/23, afl. 4, p. 136.

⁶⁰ De Haan & Oskam, *PIV-bulletin* maart 2020, p. 5-8; Fluit, *PIV-bulletin* oktober 2020, p.16-19.

⁶¹ Goei, *Letseischade.Berrentsenmulder.nl* 2 juni 2020 en in zekere zin ook Fluit, *PIV-bulletin* oktober 2020, p.19 waar zij betoogt dat onder omstandigheden toch een (abstracte) vergoeding kan worden toegekend voor het verlies aan arbeidsvermogen als zodanig.

⁶² Hier van belang is dat in het Belgische schadevergoedingsrecht eveneens een volledige vergoeding het uitgangspunt is, al wordt het daar het beginsel van integrale vergoeding genoemd. Zie Vansweevelt en Weyts 2009, p. 665 e.v en Ulrichs 2018 nr. 97. Daarnaast zijn ook de toegankelijkheid van bronnen en de taal redenen geweest om België als object van onderzoek te nemen.

⁶³ Hof van Cassatie 14 mei 2003, ECLI:BE:CASS:2003:ARR.20030514.33.

⁶⁴ Idem, onder grieven.

⁶⁵ Hof van Cassatie 14 mei 2003, ECLI:BE:CASS:2003:ARR.20030514.33; Zie voor een overzicht in de literatuur Vansweevelt en Weyts 2009, p. 634.

⁶⁶ Hof van Cassatie 14 mei 2003, ECLI:BE:CASS:2003:ARR.20030514.33, zie dictum.

⁶⁷ Zie Politierechtbank te Brugge 25 september 2008, *Rechtskundig Weekblad* 2008, nr. 31, p. 1327.

⁶⁸ Slechts Dirix kwam reeds in 1984 tot een met het Hof van Cassatie vergelijkbaar oordeel. Zie Dirix 1984, p. 68 e.v.

zwartwerkende gelaedeerden heeft willen uitsluiten, nu het Hof oordeelt dat dergelijke gemiste inkomsten 'in de regel' niet worden vergoed.⁶⁹ Hij ziet ruimte voor vergoeding in gevallen waarin de activiteit waarmee de inkomsten zouden zijn verkregen op zichzelf niet verboden is. Ook acht hij het mogelijk dat een vergoeding wordt toegekend voor het verlies aan arbeidsvermogen als zodanig, nu ook bij zwartwerkende gelaedeerden sprake is van een aantasting van het arbeidsvermogen als gevolg van de normschending.⁷⁰ In het verlengde hiervan acht De Wulf het daarom niet juist dat een zwartwerkende gelaedeerde nul op het rekest ontvangt.⁷¹ De laedens heeft door zijn normschending immers de benadeelde de mogelijkheid ontnomen ooit nog van zijn arbeidscapaciteit gebruik te maken.

Daarnaast merkt hij op dat een gelaedeerde die vergoeding vordert van gemiste zwarte inkomsten, geen herstel verlangt van een onrechtmatige situatie. Het zwartwerken is reeds beëindigd door het ongeval en indien de gemiste inkomsten op netto-basis worden vergoed, wordt het onrechtmatige karakter van de inkomsten eveneens weggenomen.⁷² Tot slot stellen Ulrichts en De Wulf de vraag of het de taak van de rechter is om in een schadevergoedingsprocedure tussen een slachtoffer en de laedens het slachtoffer te 'straffen' voor de door hem gepleegde belastingfraude.⁷³ De Wulf stelt dat dit neerkomt op een financiële bestraffing van het slachtoffer middels het schadevergoedingsrecht, hetgeen niet overeenstemt met het beginsel van *restitutio ad integrum*.⁷⁴

Tot slot verdient opmerking dat ook het begrip 'niet-rechtmatig belang' als zodanig in de Belgische literatuur ter discussie staat. Een niet-rechtmatig belang wordt omschreven als een voordeel dat in strijd met het recht zou zijn verkregen.⁷⁵ Er wordt echter op gewezen dat het een verwarrend begrip is, waarvan de uitwerking in een concreet geval onduidelijk is.⁷⁶ Sommigen stellen dat het de uitkomst betreft van rechtspolitieke overwegingen.⁷⁷ Om deze redenen heeft de Belgische wetgever besloten het begrip in het kader van de herziening van het Belgisch Burgerlijk Wetboek te codificeren. Art. 5.171 lid 2 toekomstig Belgisch Burgerlijk Wetboek zal bepalen dat 'schade die bestaat in het verlies van een voordeel dat zijn oorsprong vindt in een onrechtmatige gebeurtenis of activiteit die de benadeelde kan worden aangerekend, niet voor vergoeding in aanmerking komt'.⁷⁸ Hiermee wordt bedoeld dat gemiste voordelen die voortvloeien uit een verwijtbaar onrechtmatig handelen van de gelaedeerde (zoals het uitoefenen van een verboden beroep) niet vergoedbaar zijn.⁷⁹ Opvallend is dat hierbij het voorbeeld wordt gegeven van gedeerde zwarte inkomsten.⁸⁰ Door de Belgische wetgever lijkt derhalve, wat dergelijke schade betreft, geen inhoudelijke wijziging te zijn beoogd.

4.2 Vergelijking met Nederlands recht

Uit het voorgaande blijkt dat het Belgische recht een met het Nederlandse recht vergelijkbare 'definitie' kent van niet-rechtmatige belangen: het gaat om het gemis van voordelen die in strijd met het recht zouden zijn verkregen. Ook volgens de Belgische invulling van dit begrip is ruimte voor nuance. Toch komt het Belgische Hof, in tegenstelling tot de Hoge Raad, tot het oordeel dat zwarte inkomsten in beginsel een niet-rechtmatig voordeel opleveren. Het Hof lijkt derhalve geen onderscheid te maken tussen voordelen uit een verboden beroep en voordelen door het ten onrechte niet afdragen van belasting, dit tot verbazing van de meerderheid van de Belgische auteurs. Bij hen klinkt een voorkeur voor de netto-benadering door die ook in de Nederlandse literatuur wordt aangedragen: het niet-rechtmatige karakter van de inkomsten ziet alleen op het deel dat ten onrechte niet is afgedragen aan de fiscus, zodat een netto-vergoeding in overeenstemming is met de wet. De regel uit Van Ginhoven/Mommers lijkt daarmee steun te vinden in de Belgische doctrine.

⁶⁹ De Temmerman, *RGAR* 2003, nr. 13763, onder 3.

⁷⁰ Idem.

⁷¹ De Wulf, *TBH* 2007/3, p. 268.

⁷² Idem.

⁷³ Ulrichts 2018, p. 152 en De Wulf *TBH* 2007/3, p. 268.

⁷⁴ De Wulf *TBH* 2007/3, p. 268.

⁷⁵ Conclusie A-G J. Spreutels bij Hof van Cassatie 14 mei 2003, ECLI:BE:CASS:2003:ARR.20030514.33, nr. 2.

⁷⁶ Vansweevelt en Weyts 2009, p. 634; De Wulf, *TBH* 2007/3, p. 268.

⁷⁷ Conclusie A-G J. Spreutels bij Hof van Cassatie 14 mei 2003, ECLI:BE:CASS:2003:ARR.20030514.33, nr. 2.

⁷⁸ Memorie van toelichting bij het Voorontwerp van wet houdende invoeging van de bepalingen betreffende buitencontractuele aansprakelijkheid in het Burgerlijk Wetboek, p. 180. Te raadplegen op Justitie.belgium.be.

⁷⁹ Idem.

⁸⁰ Idem, p. 178-180.

Voorts wordt benadrukt dat het Belgische Hof uit het oog lijkt te verliezen dat het in dit soort zaken draait om het bepalen van het verlies aan arbeidsvermogen van de gelaedeerde. Dit komt overeen met het argument uit de Nederlandse literatuur dat het gaat om het vergoeden van de verloren arbeidscapaciteit als zodanig en niet om inkomensschade.⁸¹ Het bestraffingsargument, dat het niet vergoeden van gedeerde zwarte inkomsten neerkomt op een financiële bestraffing via het schadevergoedingsrecht, is in de Nederlandse literatuur niet eerder aangedragen.

Een laatste overeenkomst is dat ook in de Belgische doctrine wordt geworsteld met de concrete uitwerking van het begrip 'niet-rechtmatig belang'. Om deze reden krijgt het begrip een wettelijke grondslag die in het Nederlandse recht ontbreekt. Hiermee wordt beoogd de Belgische rechtspraak enigszins meer houvast te bieden wat de definitie van dit begrip betreft en zal het - naar de Belgische wetgever hoopt - voor partijen makkelijker zijn het begrip aan te voeren in een concreet geschil. Het blijft mijns inziens echter vooral een kwestie van argumentatie. Wanneer vindt een verloren voordeel immers zijn oorsprong in een onrechtmatige activiteit?⁸²

4.3 Vergoedbaarheid van gedeerde zwarte inkomsten naar Engels recht

Naast het Belgische recht leent het Engelse recht zich voor rechtsvergelijking, nu ook het Engelse recht een equivalent kent van het beginsel van volledige vergoeding en uit een eerste verkenning van mogelijk te onderzoeken rechtsstelsels is gebleken dat in de Engelse rechtspraak uitvoerig aandacht is besteed aan de normatieve rechtvaardiging voor het vergoeden van gedeerde zwarte inkomsten.⁸³ De standaarduitspraak in dit verband is *Newman v Folkes* uit 2001.⁸⁴ Newman liep door een verkeersfout van Folkes ernstig letsel op met arbeidsongeschiktheid als gevolg. Vervolgens vorderde hij onder meer vergoeding van de inkomsten die hij daardoor misliep. Bij het begroten van de arbeidsvermogenschade van Newman liep de rechter tegen het probleem aan dat Newman nooit inkomstenbelasting had betaald en er dus geen stukken waren aan de hand waarvan deze schadepost kon worden begroot.⁸⁵ De rechter oordeelde dat het niet opgeven van de inkomsten niet aan vergoeding daarvan in de weg stond, zij het dat het inkomen in de hypothetische situatie zonder het ongeval moest worden vastgesteld aan de hand van het netto-inkomen dat Newman zou hebben verdiend.⁸⁶

In latere rechtspraak kon Newman v Folkes op navolging rekenen. Zo oordeelde het High Court of Justice dat "*whilst it is true to observe that the failure to account for that cash income involves a fraud on the Customs and Excise and Inland Revenue, the receipt of the income itself (...) does not involve any criminal act.*"⁸⁷ De verdiensten zijn *an sich* dus niet onrechtmatig. Vervolgens oordeelde de rechter: "*not to take account of the cash income net of tax would do injustice to the claimant, for it would be depriving him of a significant proportion of his actual earning capacity.*"⁸⁸ De rechter stelt hier duidelijk het belang van de gelaedeerde en diens recht op schadevergoeding voorop. Nu vaststaat dat de gelaedeerde in zijn arbeidsvermogen is aangetast, zou een ander oordeel de gelaedeerde tekortdoen.

Hierop wordt echter een belangrijke uitzondering gemaakt. Werkt de gelaedeerde zwart naast een bijstandsuitkering, dan kan hij geen vergoeding vorderen van zijn gedeerde zwarte inkomsten. Dit blijkt uit een zaak waarin een motorrijder vergoeding vorderde van zijn gedeerde zwarte inkomsten ten gevolge van een ongeval waarvoor een ander aansprakelijk werd gehouden.⁸⁹ Doorslaggevend was echter dat de motorrijder tevens *income support* ontving van een uitkeringsinstantie die ervan uitging dat de gelaedeerde geen inkomsten uit werk genoot. Het Court of Appeal oordeelde dat het toekennen van een vergoeding

⁸¹ Zie paragraaf 3.2 en paragraaf 5.

⁸² De reeds in paragraaf X.3 besproken discussie in de Nederlandse literatuur over het onderscheid tussen gemiste voordelen uit verboden beroepen en andersoortige gemiste voordelen waar iets niet-rechtmatigs aankleeft, getuigd hiervan.

⁸³ In het Engelse schadevergoedingsrecht wordt het beginsel van volledige vergoeding *the concept of full compensation* genoemd. Zie onder meer Kennedy, *Personal Injury Law Journal* 2016/145, p. 10-13. Ondanks dat het gaat om een land met een common law-traditie, zijn het Nederlandse en Engelse recht op dit punt derhalve vergelijkbaar.

⁸⁴ High Court of Justice Queens Bench Division 25 mei 2001, *Newman v Folkes* [2001] WL 825665.

⁸⁵ *Idem*, r.o. 8.

⁸⁶ *Idem* r.o. 48. In hoger beroep werd deze zienswijze bekrachtigd, zie England and Wales Court of Appeal 3 mei 2002, *Newman v Folkes* [2002] EWCA Civ 591.

⁸⁷ England and Wales High Court of Justice, 24 oktober 2002, *Finnis v James Caulfield* [2002] EWHC 3223, r.o. 19.

⁸⁸ *Idem*.

⁸⁹ England and Wales Court of Appeal 30 oktober 2002 *Kanu v Kashif* [2002] EWCA Civ 1620. Zie ook *Hunter v Butler* [1995] 12 WLUK 359.

voor de gemiste inkomsten in dit geval in strijd is met de openbare orde.⁹⁰ Door uitkeringsfraude te plegen, deed de gelaedeerde alsof hij geen inkomsten had. Het is daarom niet redelijk dat hij vervolgens schadevergoeding kan vorderen door zich op zijn leugen te beroepen.⁹¹

In de literatuur wordt deze rechtspraak geplaatst in de overkoepelende *illegality doctrine*, die gebaseerd is op het rechtsbeginsel *ex turpi causa non oritur actio* (men kan geen actie baseren op een onzedelijke grondslag).⁹² Deze doctrine houdt in dat schade aan met de openbare orde strijdige belangen niet voor vergoeding in aanmerking komt.⁹³ Vrij algemeen wordt hierbij aangenomen dat een onderscheid moet worden gemaakt tussen voordelen uit een verboden beroep (de drugshandelaar) en voordelen die voortvloeien uit het ten onrechte niet afdragen van belasting.⁹⁴ Bij derving van deze voordelen is volgens de doctrine in de eerste situatie geen vergoeding mogelijk, maar in de tweede wel, met inachtneming van voornoemde rechtspraak.⁹⁵

4.4 Vergelijking met Nederlands recht

Meest opvallend aan de wijze waarop het Engelse recht met gedeerde zwarte inkomsten omgaat, is de keuze voor de netto-benadering als grondslag van het vergoeden van dergelijke schade. De literatuur onderschrijft dit en benadrukt daarnaast het verschil tussen inkomsten uit een verboden beroep en op zichzelf rechtmatige inkomsten waarover geen belasting is betaald. Hiermee vindt de regel uit Van Ginhoven/Mommers steun in de Engelse rechtspraak en literatuur. Voorts komt ook in de Engelse rechtspraak het argument naar voren dat rechters zich ervan dienen te vergewissen dat het doel van de procedure het vaststellen van het verlies van arbeidsvermogen van de gelaedeerde betreft. De gemiste zwarte inkomsten vormen in dat verband volgens de Engelse rechter juist een bruikbaar aanknopingspunt om het verloren gegane arbeidsvermogen te begroten. Een andere overeenkomst is dat zowel de Nederlandse als de Engelse rechters wijzen op de problemen die zich voordoen bij het bewijs van de zwarte inkomsten. De rechter in *Newman v Folkes* kon in dit verband aan de hand van enkele getuigenverklaringen en kansen tot een schatting van het verlies aan arbeidsvermogen van Newman komen.⁹⁶ In de Nederlandse rechtspraak stuitte een vordering tot vergoeding van gedeerde zwarte inkomsten daarentegen in bijna de helft van de gepubliceerde zaken af op bewijsproblemen.⁹⁷ Tot slot biedt het Engelse recht een oplossing voor de situatie waarin een gelaedeerde zwart zou hebben gewerkt naast een bijstandsuitkering. In de Nederlandse discussie is dit geval nog niet aan de orde gesteld. De vraag is dan ook hoe deze uitspraak past in het Nederlandse recht. Zie hiervoor paragraaf 5.4.

4.5 Tussenconclusie

Resumerend kunnen een aantal argumenten worden onderscheiden die in elk van de onderzochte rechtssstelsels terugkeren. De netto-benadering vormt de grondslag van vergoeding van gemiste zwarte inkomsten in zowel Nederland als Engeland en vindt bovendien steun in de Belgische doctrine. Daarnaast wordt in ieder rechtssstelsel benadrukt dat niet uit het oog moet worden verloren dat het gaat om het vergoeden van het door het ongeval verloren gegane arbeidsvermogen van de gelaedeerde als zodanig (het object-argument). Tot slot levert de Belgische doctrine een argument op dat in de Nederlandse literatuur nog geen rol heeft gespeeld: het bestraffingsargument. Deze argumenten voor vergoeding staan haaks op het 'publieke argument' van het Belgische Hof, de Rechtbank Noord-Holland en de aan het slot van paragraaf 3.2 genoemde auteurs.⁹⁸ Dit argument is voornamelijk gebaseerd op publieke belangen: zwartwerken is strafbaar en gaat ten koste van de publieke middelen, en mag daarom niet worden goedgekeurd via het schadevergoedingsrecht. In het Engelse recht wordt dit argument ook aangevoerd,

⁹⁰ Idem, r.o. 7.

⁹¹ Idem.

⁹² Dyson 2014, p. 175; Goudkamp & König, *Journal of European Tort Law* 2018, volume 9, issue 1, p. 56 e.v.; Green & Bogg (red.) 2018.

⁹³ Dyson 2014, p. 175; Hickey, *Journal of Personal Injury Law* 2010, vol. 3, p. 173 e.v.

⁹⁴ McBride & Bagshaw 2018, p. 710 e.v.; Goudkamp & König, *Journal of European Tort Law* 2018, volume 9, issue 1, p. 60; Hickey, *Journal of Personal Injury Law* 2010, vol. 3, p. 173-175.

⁹⁵ Goudkamp & König, *Journal of European Tort Law* 2018, volume 9, issue 1, p. 60; Hickey, *Journal of Personal Injury Law* 2010, vol. 3, p. 173-175.

⁹⁶ High Court of Justice Queens Bench Division 25 mei 2001, *Newman v Folkes* [2001] WL 825665.

⁹⁷ Vgl. de rechtspraak in paragraaf 2.2.

⁹⁸ Ik doel op De Haan & Oskam, *PIV-bulletin* maart 2020, p. 5-8; Fluit, *PIV-bulletin* oktober 2020, p.16-19.

maar alleen met betrekking tot het geval waarin de gelaedeerde tevens uitkeringsfraude zou hebben gepleegd.

Met dit onderscheid in het achterhoofd, keer ik in de volgende paragraaf terug naar de Nederlandse discussie. In hoeverre overtuigen deze argumenten?

5. De argumenten nader bezien

5.1 Inleiding

Om de argumenten op een gestructureerde wijze te bespreken, zal ik eerst ingaan op de overtuigingskracht van de genoemde argumenten vóór vergoeding (het volledighedsargument, het bestraffingsargument, het object-argument en de netto-benadering) en zal ik deze argumenten vervolgens afzetten tegen het argument tegen vergoeding (het publieke argument).

5.2 Overtuigingskracht van de argumenten voor vergoeding

Ten eerste is er het volledighedsargument, dat inhoudt dat het niet vergoeden van gemiste inkomsten uit zwartwerk niet overeenstemt met het beginsel van volledige schadevergoeding.⁹⁹ Dit argument lijkt uit het oog te verliezen dat het begrip 'schade in een niet-rechtmatig belang' juist een uitzondering vormt op het beginsel van volledige vergoeding en kan daarom niet zelfstandig het vergoeden van gedeerde zwarte inkomsten dragen. Daarvoor zal tevens moeten worden beargumenteerd waarom geen sprake is van schade in een niet-rechtmatig belang.

Ten tweede het bestraffingsargument uit de Belgische literatuur dat mijns inziens om dezelfde reden geen hout snijdt. Het niet voor vergoeding in aanmerking laten komen van schade in een niet-rechtmatig belang is net zomin een bestraffing van de gelaedeerde als het niet voor vergoeding in aanmerking laten komen van schade die niet ex art. 6:98 BW kan worden toegerekend of schade die voortvloeit uit 'eigen schuld' in de zin van art. 6:101 BW. Er is nu eenmaal een verschil tussen feitelijk nadeel en schade die op grond van afdeling 6.1.10 BW voor vergoeding in aanmerking komt.¹⁰⁰

Een derde argument is het object-argument. Dit argument ziet op het *object* van de schadevergoeding door te benadrukken dat het niet gaat om het vergoeden van gedeerde zwarte *inkomsten* (inkomensschade), maar om het vergoeden van de verloren *arbeidscapaciteit* van de gelaedeerde.¹⁰¹ Hierdoor tracht men feitelijk de problematiek inzake niet-rechtmatige belangen te omzeilen. Het probleem daarmee is dat de verloren arbeidscapaciteit wordt begroot aan de hand van het verschil tussen het inkomen voor en na het ongeval.¹⁰² Bij een zwartwerkende gelaedeerde komen de zwarte inkomsten en daarmee het leerstuk van niet-rechtmatige belangen dus opnieuw om de hoek kijken. De vraag wordt dan of deze gemiste inkomsten mogen worden gebruikt bij de begroting van de verloren arbeidscapaciteit, met als gevolg dat de discussie weer terug bij af is.

In de literatuur is daarom voorgesteld om het verlies aan arbeidsvermogen bestaande uit gedeerde zwarte inkomsten abstract te begroten.¹⁰³ Dat ligt mijns inziens niet voor de hand. Ten eerste is een dergelijke abstracte begroting moeilijk te rijmen met het uitgangspunt dat (letsel)schade ingevolge art. 6:97 BW en vaste jurisprudentie in beginsel concreet wordt begroot.¹⁰⁴ Ten tweede is mij niet duidelijk hoe de

⁹⁹ Zie Rb. Rotterdam 29 januari 2021, te raadplegen op: www.letselschademagazine.nl/zwart-werk-in-letselschadezaken, r.o. 4.4; Barendrecht & Storm 1995, p. 60 en 187 waar zij uitgaan van een puur feitelijk schadebegrip; Haverkamp, *Pennino.nl*, te raadplegen op; *Pennino.nl/columns* en tot slot 'Het is volstrekt logisch dat gemist zwart werk door aansprakelijkheidsverzekeraars wordt gecompenseerd binnen het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht', *jba.nl* 2020.

¹⁰⁰ Over het *exacte* verschil hiertussen wordt in de literatuur nog wel gediscussieerd. Het betreft hier de discussie inzake de mate waarin het juridische schadebegrip feitelijk dan wel normatief van aard is. Zie hierover Asser/Sieburgh 6-II 2017/13; Lindenbergh 2014, nr. 32.

¹⁰¹ Dit is een juiste onderscheiding. De term 'verlies aan arbeidsvermogen' is met name gekozen om te benadrukken dat het gaat om een blijvende of tijdelijke aantasting van de bron van het inkomen uit werk en niet om het verlies van de inkomsten zelf. Dit zorgt ervoor dat de vergoeding voor het verlies aan arbeidsvermogen in beginsel niet wordt belast in box 1 (vgl. art. 2.3 Wet IB 2001). Zie hierover HR 29 juni 1983, ECLI:NL:HR:1983:AW9439, VR 1985/36 (*Smeerkuil*) en in de literatuur Lindenbergh & Van der Zalm 2015, nr. 25; Van Dort AV&S 2020/23, afl. 4., p. 136 e.v.

¹⁰² Zie nader paragraaf 2.

¹⁰³ Fluit, *PIV-bulletin* oktober 2020, p.16-19.

¹⁰⁴ Zie paragraaf 2.1 en HR 5 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BE9998, NJ 2009/387, m.nt. J.B.M. Vranken (*Rijnstate/Reuvers*), r.o. 3.3 e.v.

begroting van arbeidsvermogensschade eruit zou zien indien men abstraheert van de omstandigheden van het geval. Moet dan van een bepaalde fictie worden uitgegaan of gaat het om een forfaitaire vergoeding?¹⁰⁵ Tot slot komt het op mij wat gekunsteld over om de niet-rechtmatige belangenvraag te omzeilen door middel van een abstracte schadebegroting en lijkt het mij daarom beter om eerst te bezien of binnen de huidige kaders een oplossing is te vinden.

Toch werpt dit argument een belangrijk punt op. Door de onrechtmatige daad van de laedens is de arbeidscapaciteit van de gelaedeerde inderdaad verloren gegaan en kan deze laatste tevens nooit meer 'wit' werken. Zou de heersende opvatting worden dat gemiste zwarte inkomsten nadeel in een niet-rechtmatig belang opleveren, dan dient de rechter mijns inziens bij de schadebegroting met twee vragen rekening te houden: (i) is het waarschijnlijk dat de gelaedeerde op enig moment zijn inkomsten toch zou hebben opgegeven aan de fiscus en (ii) is het aannemelijk dat de gelaedeerde op enig moment elders wit zou zijn gaan werken? Kan een van deze vragen met 'ja' worden beantwoord, dan zou toch plaats moeten zijn voor een vergoeding van dat betreffende witte deel van de toekomstige arbeidsvermogensschade.

Zo ver hoeft het echter niet te komen als aan de netto-benadering doorslaggevend gewicht kan worden toegekend. Het niet-rechtmatige van gemiste inkomsten uit zwartwerk zit volgens deze gedachte in wat door het zwartwerken 'extra' zou zijn verkregen ten opzichte van de situatie waarin de gelaedeerde op correcte wijze belasting zou hebben afgedragen. 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 houden. Hierdoor bestaat voor de schadevergoeding geen verschil meer tussen zwarte en 'witte' inkomsten.

Mijns inziens is dit het meest overtuigende argument voor het vergoeden van gemiste zwarte inkomsten. Blijkens art. 69 AWR is namelijk het opzettelijk niet doen van een verplichte belastingaangifte met als gevolg dat te weinig belasting wordt geheven, strafbaar (en daarmee onrechtmatig). Het werk zélf is niet onrechtmatig. Hiermee zijn wij opnieuw beland bij het verschil tussen gemiste voordelen uit een verboden beroep 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. Zouden deze gedeelde inkomsten voor vergoeding in aanmerking komen, dan is sprake van een incongruentie tussen wat in het publiekrecht verboden is en wat in het schadevergoedingsrecht vergoedbaar is. Bij gedeelde 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 gedeelde inkomsten uit een verboden beroep is een dergelijk herstel niet mogelijk.

Hiertegen wordt aangevoerd dat de fictieve nettering neerkomt op het 'witwassen' van zwarte inkomsten door de rechter.¹⁰⁶ Op het eerste gezicht is het inderdaad merkwaardig dat een rechter een zwartwerkende gelaedeerde 'helpt' door het niet-rechtmatige deel van zijn vordering weg te nemen. Men moet echter niet uit het oog verliezen dat de vergoeding voor het verlies aan arbeidsvermogen nagenoeg altijd op netto-basis wordt begroot.¹⁰⁷ De fictieve nettering uit Van Ginhoven/Mommers zou dan ook worden kunnen gezien als een uitvloeisel van dit uitgangspunt.

5.3 Overtuigingskracht van het argument tegen vergoeding (het publieke argument)

Aan de andere zijde van de discussie wordt aangevoerd dat zwartwerken rehtens niet mag worden erkend of feitelijk mag voortduren door er een vergoeding voor toe te kennen, nu het een strafbaar feit betreft dat indruist tegen de publieke belangen die met belastingheffing zijn gemoeid.¹⁰⁸

Gedeelde zwarte inkomsten zouden in dat verband allereerst schade in een niet-rechtmatig belang opleveren, omdat het compenseren van dergelijke schade neerkomt op het in stand houden van de situatie waarin wordt zwartgewerkt.¹⁰⁹ Dit komt mij onjuist voor. De insteek van de schadevergoedingsprocedure

¹⁰⁵ Fluit pleit in haar betoog voor het laatste, maar gaat niet in op hoe een dergelijke forfaitaire vergoeding in de praktijk vormgegeven zou moeten worden. Zie Fluit, *PIV-bulletin* oktober 2020, p.19.

¹⁰⁶ Fluit, *PIV-bulletin* oktober 2020, p.18.

¹⁰⁷ Lindenbergh en Van der Zalm 2015, nr. 25; Van Dort AV&S 2020/23, afl. 4, p. 136 e.v.

¹⁰⁸ Uit de memorie van toelichting bij de AWR blijkt dat 69 AWR primair strekt tot het beschermen van deze publieke belangen: belastingheffing beoogt de geldmiddelen te verschaffen die noodzakelijk zijn voor de instandhouding van de Staat en voor de vervulling van haar taken. Zie Kamerstukken II 1954/55, 4080, 3, p. 25.

¹⁰⁹ Rb. Noord-Holland 16 januari 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:284, r.o. 4.9.3 en 4.9.4.

is immers niet het in stand houden van het zwartwerken, nu de gelaedeerde dit door zijn arbeidsongeschiktheid juist niet langer kan doen. Door zwartwerk te sanctioneren middels een korting op de vergoeding van arbeidsvermogensschade, wordt enkel de schadevergoedingslast van de laedens verminderd. Dit, terwijl hij juist de gelaedeerde de mogelijkheid heeft ontnomen ooit nog zijn arbeidscapaciteit te benutten.

Ten tweede wordt aangevoerd dat zwartwerken door het schadevergoedingsrecht zou worden beschermd door een vergoeding voor gemiste zwarte inkomsten toe te kennen.¹¹⁰ Indien dergelijke schade op bruto-basis zou worden vergoed, valt hier inderdaad wat voor te zeggen. In dat geval zou de gelaedeerde profiteren van de normschending die hij in de situatie zonder de normschending van de laedens zou hebben begaan (het niet opgeven van zijn inkomen). Door de schade op netto-basis te begroten, wordt het gemiste voordeel van het zwartwerk – het gedeelte van de inkomsten dat in strijd met art. 69 AWR niet zou zijn afgedragen – echter niet erkend. Aanhangers van het publieke argument bieden derhalve geen overtuigend antwoord op de vraag waarom ook na nettering van de vergoeding sprake zou zijn van schade in een niet-rechtmatig belang.

In tegenstelling tot de lijn in de Engelse rechtspraak, wordt het voorgaande mijns inziens niet anders indien de gelaedeerde in de situatie zonder normschending tevens uitkeringsfraude zou hebben gepleegd.¹¹¹ De Engelse oplossing, dat de vordering moet worden afgewezen omdat een gelaedeerde zich niet op zijn eigen leugen moet kunnen beroepen, komt mij niet bruikbaar voor in het Nederlandse schadevergoedingsrecht. Hoewel uitkeringsfraude een strafbaar feit oplevert, behoort het niet tot de competentie van de civiele rechter in een schadevergoedingsprocedure om uitkeringsfraude vast te stellen en de schadevergoeding overeenkomstig te korten.¹¹² Komt de uitkeringsfraude aan het licht, dan zal de gelaedeerde de uitkering moeten terugbetalen en kan hij een boete krijgen.¹¹³ Een korting van de schadevergoeding via het civiele recht lijkt mij daarmee niet op zijn plaats. Bovendien lijkt dit argument uit de Engelse rechtspraak zichzelf tegen te spreken. In de situatie waarin 'slechts' zou zijn zwartgewerkt (dus zonder tevens uitkeringsfraude te plegen) beroept de gelaedeerde zich feitelijk ook op zijn eigen leugen, namelijk dat hij meer zou hebben verdiend dan dat hij aan de Belastingdienst heeft laten blijken. Dat een gelaedeerde zich in dit geval wel op zijn eigen leugen kan beroepen en in het uitkeringsfraudegeval niet, is op basis van dit argument dus niet goed te rechtvaardigen.

Desalniettemin mag de gelaedeerde niet beter worden van zijn eigen fraude. In de periode dat de schadevergoeding en de uitkering samenvallen, kan de uitkering daarom ex art. 6:100 BW worden verrekend.¹¹⁴

Tot slot rijst de vraag of de ingeroepen publieke belangen er überhaupt mee zouden zijn gediend als gederfde zwarte inkomsten van vergoeding worden uitgesloten. Het lijkt erop van niet, nu het zwartwerken door het ongeval is beëindigd en de schadevergoeding niet ten koste gaat van de publieke middelen. Bovendien is het niet zonder meer wenselijk dat deze publieke belangen, indien zij daar wel mee zouden worden gediend, door de laedens kunnen worden ingeroepen in een puur privaatrechtelijk conflict. Achter het inroepen daarvan schuilt namelijk een zuiver *privaat* belang van de laedens (of diens verzekeraar): het verminderen van zijn eigen schadevergoedingslast. Haalt het inroepen van deze belangen de focus niet te veel af van de (wellicht ernstigere) normschending van de laedens zelf? Het is immers zijn aansprakelijkheid die aan het geding ten grondslag ligt.

In het verlengde hiervan kan de vraag worden gesteld of het schadevergoedingsrecht zou moeten bijdragen aan de publieke doelstelling van het voorkomen van zwartwerk door gederfde zwarte inkomsten niet te vergoeden. Mijns inziens is dit niet het geval. Als publiekrechtelijke sancties in de vorm van aanzienlijke boetes reeds geen afschrikwekkend effect hebben, is het zeer onwaarschijnlijk dat het niet toekennen van schadevergoeding – in het eventuele geval dat de zwartwerkende gelaedeerde door de fout van een ander arbeidsongeschikt raakt – wel tot het gewenste gedrag zal leiden.¹¹⁵ Preventie kan derhalve geen (primaire) reden zijn voor het uitsluiten van gemiste zwarte inkomsten van de schadebegroting

¹¹⁰ De Haan & Oskam, *PIV-bulletin* maart 2020, p. 8; Fluit, *PIV-bulletin* oktober 2020, p. 19.

¹¹¹ Vgl. art. 17 van de Participatiewet.

¹¹² Het vaststellen hiervan is de uiteindelijke taak van de bestuursrechter. De beslissing van de uitkeringsinstantie de uitkering niet te verstrekken of stop te zetten is immers een appellabel besluit in de zin van de Awb.

¹¹³ Vgl. art. 18a van de Participatiewet.

¹¹⁴ Peters & Derksen, *PIV-Bulletin* juni 2020, p. 19.

¹¹⁵ Zie in vergelijkbare zin Goudkamp & König, *Journal of European Tort Law* 2018, volume 9, issue 1, p. 72 en 73.

5.4 Onderlinge overtuigingskracht van de netto-benadering en publieke argument

Uit het voorgaande blijkt dat alleen de netto-benadering het vergoeden van gedeerde zwarte inkomsten kan dragen. Het publieke argument vormt hiervan de antithese en geeft de spanningen weer die dit thema interessant maken. Bij het publieke argument ontbreekt echter de terugkoppeling met het leerstuk van niet-rechtmatige belangen, nu niet wordt gemotiveerd waarom ook ná de nettering van de vergoeding sprake zou zijn van schade in een niet-rechtmatig belang. In de huidige vorm is het vooral een moreel argument. De netto-benadering lijkt daarentegen de primaire bezwaren die het publieke argument opwerpt, weg te nemen. De ratio van het niet vergoeden van schade in niet-rechtmatige belangen is immers het voorkomen dat het publiekrecht via het schadevergoedingsrecht wordt doorkruist en dat een gelaedeerde profiteert van zijn onrechtmatig gedrag. Door de nettering van de schadevergoeding lijkt van doorkruising van art. 69 AWR geen sprake te zijn, nu de gelaedeerde geen vergoeding krijgt van het gemiste voordeel dat hij in strijd met deze bepaling zou hebben gerealiseerd. Hij profiteert daarmee ook niet van zijn eigen onrechtmatige daad, nu hij geen vergoeding kan vorderen van het gedeerde voordeel daarvan. Op basis hiervan concludeer ik dat de netto-benadering de door de Hoge Raad in Van Ginhoven/Mommers ingezette lijn kan dragen en dat het publieke argument van de Rechtbank Noord-Holland een tegengesteld oordeel niet kan rechtvaardigen.

6. Conclusie

In deze bijdrage is onderzocht hoe bij de begroting van arbeidsvermogensschade wordt omgegaan met gedeerde zwarte inkomsten en in hoeverre dit kan worden gerechtvaardigd door de daaraan ten grondslag liggende argumenten. Bestudering van de Nederlandse rechtspraak laat zien dat het tot 2020 vaste rechtspraak was dat dergelijke schade voor vergoeding in aanmerking komt en dat hieraan de netto-benadering ten grondslag werd gelegd. Sinds 2020 wordt door de Rechtbank Noord-Holland en enkele auteurs met een beroep op het publieke argument echter betoogd dat sprake is van schade in een niet-rechtmatig belang.

Aan de hand van rechtsvergelijkend onderzoek en een bespreking van de verschillende argumenten is vervolgens vastgesteld dat dit publieke argument, dat steun vindt in de Belgische rechtspraak, onvoldoende overtuigt, nu (i) niet is gebleken hoe het buiten beschouwing laten van gedeerde zwarte inkomsten de betrokken publieke belangen ten goede komt en (ii) onvoldoende wordt gemotiveerd waarom ook na nettering van de schadevergoeding sprake is van schade in een niet-rechtmatig belang. Het publieke argument kan de zienswijze van de Rechtbank Noord-Holland derhalve niet dragen. Bestudering van de argumenten vóór vergoeding laat zien dat slechts de netto-benadering het vergoeden van gedeerde zwarte inkomsten kan rechtvaardigen. Door de vergoeding te netteren, ontvangt de gelaedeerde immers geen vergoeding van het gemiste voordeel dat hij in strijd met het recht zou hebben verkregen en wordt het publiekrecht niet doorkruist. Dit argument vindt tevens steun in de Engelse rechtspraak en literatuur en in de Belgische doctrine. Het voorgaande brengt mij tot de conclusie dat de regel van de Hoge Raad uit Van Ginhoven/Mommers, dat gedeerde zwarte inkomsten op netto-basis voor vergoeding in aanmerking komen, gerechtvaardigd kan worden door middel van de netto-benadering.

Literatuurlijst

Asser/Sieburgh 6-II 2017

C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel II. De verbintenis in het algemeen, tweede gedeelte*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Barendrecht & Storm 1995

J.M. Barendrecht en H.M. Storm (red.), *Berekening van schadevergoeding*, Zwolle: Tjeenk Willink 1995.

Boone en Wylleman, Boom Juridische tijdschriften 2010, afl. 1

I. Boone en B. Wylleman, De vergoeding van schade van derden in het Belgische aansprakelijkheidsrecht, *Boom Juridische tijdschriften* 2010, afl. 1, p. 263-323.

Bosch, JA 2020/76

E.W. Bosch, 'Fiscaal niet verantwoord verlies van arbeidsvermogen', *JA* 2020/76, noot bij: Rb. Noord-Holland 16 januari 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:284.

Bloembergen 1965

A.R. Bloembergen, *Schadevergoeding bij onrechtmatige daad* (dissertatie Utrecht), Deventer: Kluwer 1965.

Bloembergen, NJ 2001/195

A.R. Bloembergen, *NJ* 2001/195, noot bij: HR 24 november 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA8453.

Dirix 1984

E. Dirix, *Het begrip schade*, Antwerpen: Maarten Kluwer's internationale Uitgeversonderneming 1984.

Van Dort, AV&S 2020/23, afl. 4

R. van Dort, '“Verlies aan verdienvermogen” differentieert niet tussen zwart of wit' , *AV&S* 2020/23 afl. 4, p.136-146.

Dyson 2014

M. Dyson, *Unraveling Tort and Crime*, Cambridge: Cambridge University Press 2014.

Edelman, Varuhas & Colton (red) 2020

J. Edelman, J. Varuhas & S. Colton (red) , *McGregor on damages*, London: Sweet & Maxwell 2020.

Fluit, PIV-bulletin oktober 2020, p. 16-19

B. Fluit, 'Zwart werk vergoeden in letselschadezaken: tijd voor een nieuw geluid?', *PIV-bulletin* oktober 2020, p. 16-19.

Goudkamp & König, Journal of European Tort Law 2018, volume 9, issue 1

J. Goudkamp & L. König, 'Illegal Earnings', *Journal of European Tort Law* 2018, p. 54-80.

Green & Bogg (red.) 2018

S. Green & A. Bogg (red.), *Illegality after Patel v. Mirza*, Oxford: Bloomsbury Publishing 2018.

De Haan & Oskam, PIV-bulletin maart 2020, p. 5-8

L. De Haan en V. Oskam in 'Hoe logisch is het eigenlijk dat gemist zwart werk door aansprakelijkheidsverzekeraars wordt gecompenseerd binnen het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht?', *PIV-bulletin* maart 2020, p. 5-8.

Haazen WPNR 2009/6816

I. Haazen, 'Schade in een niet-rechtmatig belang', *WPNR* 2009/6816, p. 827-836.

Hebly 2019

M.R. Hebly, *Schadevaststelling en tijd*, Den Haag: Boom juridisch 2019.

Hickey, *Journal of Personal Injury Law* 2010, vol. 3

M. Hickey, 'Dishonest claims: Part 2', *Journal of Personal Injury Law* 2010, vol. 3, p. 172-181.

Kennedy, *Personal Injury Law Journal* 2016/145

C. Kennedy, 'What's done cannot be undone', *Personal Injury Law Journal* 2016/145, p. 10-13.

Klaassen 2017

C.J.M. Klaassen, *Schadevergoeding algemeen 2 (Monografieën BW nr. B35)*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Van der Kooij 2019

D.A. van der Kooij, *Relativiteit, causaliteit en toerekening van schade (R&P nr. CA21)* (diss. Rotterdam), Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Kolder, *TVP* 2015, nr. 2

A. Kolder, Letselschade: 'de hypothetische situatie zónder ongeval' *Tijdschrift voor Vergoeding Personenschade* 2015, nr. 2, p. 24-34.

Lindenbergh 2007

S.D. Lindenbergh, *Alles is betrekkelijk: over de relatie tussen normschending en sanctie in het aansprakelijkheidsrecht* (oratie Rotterdam), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2007.

Lindenbergh 2020

S.D. Lindenbergh, *Schadevergoeding: algemeen, deel 1 (Monografieën BW nr. B34)*, Deventer: Wolters Kluwer 2020.

Lindenbergh & Van der Zalm 2015

S.D. Lindenbergh & I. van der Zalm, *Schadevergoeding: personenschade* (Monografieën BW nr. B37), Deventer: Wolters Kluwer 2015.

Maeijer 1962

J.M.M. Maeijer, *Matiging van schadevergoeding*, Breda: Drukkerijen Louis Vermijs 1962.

McBride & Bagshaw 2018

N.J. McBride & R. Bagshaw, *Tort Law*, Londen: Pearson UK 2018.

Peters & Derksen, *PIV-Bulletin* juni 2020

M. Peters en J. Derksen, 'Letselschadevergoeding en bijstandsuitkering: een problematische combinatie', *PIV-Bulletin* juni 2020, p. 16-24.

De Temmerman, *RGAR* 2003

B. De Temmerman, 'Recente cassatierechtspraak inzake schade en schadevergoeding (2001-2003)', *RGAR* 2003, nrs. 13 763 en 13 772.

Tromp 1996

J.M. Tromp, *Personenschade in de praktijk*, Alphen aan den Rijn: Samson Bedrijfsinformatie 1996.

Ulrichs 2018

H. Ulrichs, *Schaderegeling in België*, Mechelen: Wolters Kluwer België 2018.

Vansweevelt en Weyts 2009

T. Vansweevelt en B. Weyts, *Handboek Buitencontractueel Aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen: Intersentia 2009.

De Wulf, *TBH* 2007/3

H. de Wulf, 'Ontbrekende of onregelmatige facturen en rechtmatig belang – en meteen ook vragen bij de rol van artikel 17 Ger.W. en de relevantie van nemo auditor', *TBH* 2007/3, p. 255-272.

Nederland

Hoge Raad

HR 29 juni 1983, ECLI:NL:HR:1983:AW9439, VR 1985/36 (*Smeerkuil*)

HR 15 mei 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2654, NJ 1998/624 (*Vehof-Vasters/Helvetia*)

HR 14 januari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4277, NJ 2000/437 m.nt. CJHB (*Van Sas/Interpolis*)

HR 24 november 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA8453, NJ 2001/195, m.nt. A.R. Bloembergen (*Mommers B.V./Van Ginhoven*)

HR 5 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BE9998, NJ 2009/387, m.nt. J.B.M. Vranken (*Rijnstate/Reuvers*)

HR 11 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX9830, NJ 2013/48 (*Griffioen/De Groot*)

HR 17 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:273, NJ 2017/115 (*Molenaarszoon*)

Gerechtshoven

Hof Arnhem 6 december 2006, ECLI:NL:GHARN:2006:AZ6510

Hof Amsterdam 11 januari 2011, ECLI:GHAMS:2001:AF0471

Hof Amsterdam 5 juli 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BT8516

Hof Arnhem-Leeuwarden 20 februari 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:1661

Rechtbanken

Rb. Arnhem 27 juli 1989, VR 1991/53

Rb. Rotterdam 14 november 2007, ECLI:NL:RBROT:2007:BG4777

Rb. Maastricht 16 mei 2011, ECLI:NL:RBMAA:2011:BQ5685

Rb. 's-Hertogenbosch 21 september 2011, ECLI:NL:RBSHE:2011:BT2397

Rb. Oost-Brabant 3 juli 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:4193

Rb. Midden-Nederland 11 september 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:7005

Rb. Oost-Brabant 19 juli 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:3870

Rb. Noord-Holland 16 januari 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:284

Rb. Gelderland 15 december 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:6628

Rb. Rotterdam 13 januari 2021, RAV 2021/30.

Rb. Rotterdam 29 januari 2021, te raadplegen op www.letselschademagazine.nl/zwart-werk-in-letselschadezaken

België

Hof van Cassatie 16 januari 1939, *Bull.ass.* 1939, 519

Hof van Cassatie 14 mei 2003, ECLI:BE:CASS:2003:ARR.20030514.33

Pol. Brugge, 25 september 2008, *Rechtskundig Weekblad* 2008-09

Engeland

England and Wales Court of Appeal 2 mei 1980, Duller v South East Lines Engineers [1981] CLY 585

England and Wales Court of Appeal 19 december 1995, Hunter v Butler [1995] 12 WLUK 359

High Court of Justice Queens Bench Division 25 mei 2001, Newman v Folkes [2001] WL 825665

England and Wales Court of Appeal 3 mei 2002, Newman v Folkes [2002] EWCA Civ 59

England and Wales Court of Appeal 24 oktober 2002, Finnis v James Caulfield t/a James Car Hire [2002] EWHC 3223

England and Wales Court of Appeal 30 oktober 2002, Kanu v Kashif [2002] EWCA Civ 162