



door Lisette de Haan en Veneta Oskam
| Advocaten bij V&A Advocaten

Hoe logisch is het eigenlijk dat gemist zwart werk door aansprakelijkheidsverzekeraars wordt gecompenseerd binnen het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht?

Inleiding

Het is de bestaande praktijk. De aansprakelijkheidsverzekeraar in letselschadezaken wordt geacht gemiste zwarte inkomsten te compenseren.¹ Diezelfde verzekeraar die aan allerlei 'compliance' wetgeving is gebonden en van wie wordt verlangd dat hij het juiste voorbeeld geeft en doet wat maatschappelijk correct en integer is. Is het een en eigenlijk wel in overeenstemming met het ander, zo hebben wij ons afgevraagd. Op zoek naar een antwoord zijn we in de materie gedoken en hebben wij onze gedachten gevormd. De resultaten van

ons denkwerk schetsen we graag in het onderstaande, waarbij we tevens willen oproepen tot verdere discussie over dit onderwerp.

Uitgangspunt bij schadevergoeding

Het uitgangspunt van ons schadevergoedingsrecht is – kort gezegd – dat volledige compensatie plaatsvindt, binnen de kaders die worden geschetst in het Burgerlijk Wetboek ("BW"). Om de schade vast te stellen, dient de werkelijke situatie waarin de benadeelde

verkeert, dus: met schadeveroorzakende gebeurtenis, te worden afgezet tegen de hypothetische situatie waarin de benadeelde zich (vermoedelijk) zou hebben bevonden ingeval de schadeveroorzakende gebeurtenis zich niet zou hebben voorgedaan. Het verschil tussen beide situaties, uitgedrukt in geld, is de schade. Specifiek voor gemiste inkomsten uit betaald werk, is plaats voor een schadevergoeding op grond van de artikelen 6:95 BW en 6:96 lid 1 BW. Gemiste inkomsten uit betaald werk kwalificeren als vermogensschade en daarvoor moet worden gecompenseerd. Zwarte verdiensten uit betaald werk



Wat twintig jaar geleden nog als heel gewoon en acceptabel werd gezien, kan nu – met een veranderd moreel besef – als onwenselijk worden beschouwd. Bijvoorbeeld roken in aanwezigheid van jeugdige gezelschap in de auto.

vormen net zo zeer vermogensschade als witte verdiensten uit betaald werk wanneer deze door het ongeval worden misgelopen. Het systeem van art. 6:95 e.v. BW toepassend, bestaat er op het eerste gezicht dus geen reden om, bij de schadeafwikkeling, qua vergoeding, onderscheid te maken tussen gemist zwart werk en gemist wit werk.

Is het maatschappelijk aanvaardbaar dat compensatie plaatsvindt voor gemist zwart werk, onder de aansprakelijkheidsverzekering?

Een vraag die echter opkomt, is of de bestaande praktijk om langs deze band gemiste zwart werk te vergoeden onder de aansprakelijkheidsverzekering, maatschappelijk aanvaardbaar is. Wij hebben aanleiding om hieraan te twijfelen en om die reden de huidige (schadevergoedings)praktijk juridisch ter discussie te stellen. Wij maken hiervoor een uitstapje naar Boek 3 BW.

De verzekeraar die binnen het aansprakelijkheidsrecht een schade afwikkelt met een benadeelde, verricht daarmee (een) rechtshandeling(en). In art. 3:40 BW is bepaald dat een rechtshandeling die door inhoud of strekking in strijd is met de openbare orde of goede zeden, nietig is. Wat wel of niet wordt ervaren als strijdig met de openbare orde en/of goede zeden, kan met de tijd veranderen. De openbare orde en goede zeden worden in feite gevormd door ongeschreven rechtsnormen die in de maatschappij als fundamenteel worden gezien. Wat twintig jaar geleden nog als heel gewoon en acceptabel werd gezien, kan nu – met een veranderd moreel besef – als onwenselijk worden beschouwd. Een alledaags voorbeeld is het roken in de trein en in openbare gebouwen en/of in aanwezigheid van jeugdige gezelschap, bijvoorbeeld in de auto, op het schoolplein of langs het voetbalveld. Waar dit voorheen heel normaal was, is dit nu niet meer het geval. Op onderdelen is ook de wetgever hier in actie gekomen. Vermoedelijk dat milieubelastende activiteiten die

voorheen als vanzelfsprekend werden ervaren (denk aan het stoken van de houtkachel, het toeren met oldtimers en het (veelvuldig) gebruik maken van het vliegtuig) in de toekomst eenzelfde lot zullen delen. De nieuw bedachte term 'vliegschaamte' is in ieder geval zo langzamerhand wel gemeengoed geworden.

Ook in de rechtspraak worden duidelijke – zij het casuïstische – signalen afgegeven over de maatschappelijke onwenselijkheid van bepaald gedrag. Een raakvlak met de door ons onderzochte problematiek zagen we in een zaak die uiteindelijk tot de Hoge Raad is uitgeprocedeerd en heeft geleid tot een arrest van 23 december 2005 (ECLI:N-L:HR:2005:AU4787). In de zaak die aan dit arrest ten grondslag ligt, discussieerden een koper en verkoper van onroerend goed over de vraag welke koopprijs was afgesproken. De verkoper stelde dat de koopprijs NLG 121.000,00 was. Volgens de koper was de koopprijs NLG 100.000,00. Laatstgenoemd bedrag stond ook in de stukken, maar volgens de verkoper was het de bedoeling om daarbovenop NLG 21.000,00 'onder tafel' te betalen, om zo deels aan de verschuldigdheid van overdrachtsbelasting te ontkomen. Het hof beoordeelde de door de verkoper gestelde afspraak als strijdig met de goede zeden en nietig op grond van art. 3:40 lid 1 BW.

Uit dit arrest lijkt toch duidelijk te volgen dat wij, als samenleving, kennelijk veel waarde hechten aan een juiste belastingafdracht. Is het dan niet vreemd, als dat het uitgangspunt is, dat de huidige praktijk waarin verzekeraars binnen het aansprakelijkheidsrecht 'en masse' compenseren voor gemiste zwarte inkomsten, zonder discussie blijft voortbestaan? Met de huidige praktijk in de schadeafwikkeling wordt geen afstand genomen van het feit dat velen zwart werken, om zo minder belasting te hoeven betalen (en zelf meer inkomsten te genereren). In tegendeel: het concept zwart werken wordt onderschreven door er een vergoeding voor toe te kennen. Dat is toch niet te begrijpen? Wij zijn benieuwd naar het antwoord op deze vragen en denken dat het tijd is om deze in rechte voor te leggen.

De bestendige praktijk; nader bezien

De huidige praktijk van afwikkeling van claims ter zake van gemiste inkomsten uit zwart werk door aansprakelijkheidsverzekeraars is een voortvloeisel van de uitleg die is/wordt gegeven aan het arrest van de Hoge Raad van 24 november 2000 (ECLI:NL:HR:2000:AA8453). In dat arrest heeft de Hoge Raad geoordeeld, in zijn algemeenheid, dat de rechter de in de toekomst te lijden schade moet begroten na afweging van de goede en kwade kansen. Hierbij is het aan de rechter, zo heeft de Hoge Raad in dit arrest voorts geoordeeld, om aan de hand van de beschikbare gegevens vast te stellen en eventueel te schatten welk netto-inkomen de benadeelde zou hebben genoten of zou hebben kunnen genieten indien ter zake van de beloning zou zijn overeengekomen dat belasting en premie zou worden ingehouden. In de praktijk is dit vervolgens aldus uitgewerkt, dat bij voldoende bewijs dat de zwarte werkzaamheden in de situatie vóór ongeval plaatsvonden en ook in de fictieve situatie zonder ongeval structureel zouden zijn voortgezet, in beginsel de netto variant van de door de gelaedeerde ontvangen zwarte inkomsten behoort te worden vergoed.

Als wij op ons laten inwerken wat de Hoge Raad heeft geoordeeld in zijn hiervoor aangehaalde arrest uit 2000, vragen wij ons af of de hiervoor geschetste invulling die de praktijk aan het arrest geeft, eigenlijk wel correct is. De Hoge Raad heeft in zijn voormelde arrest geoordeeld (zie rov. 3.3):

"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".

Zegt de Hoge Raad hier eigenlijk niet dat bij de beantwoording van de vraag óf de benadeelde aanspraak heeft op vergoeding voor gemist zwart werk, moet worden uitgegaan van de fictie dat de benadeelde dat zwarte werk ook zou hebben gedaan als hij er wit voor zou zijn betaald, in de hypothetische situatie zonder ongeval? En als de Hoge Raad dit inderdaad zou hebben bedoeld, zou dat dan niet met zich brengen dat het niet alleen aan de benadeelde is om te stellen en bij betwisting te bewijzen dat hij, ook als hij wit zou zijn betaald (en dus veel minder zou hebben verdiend), het werk zou hebben gedaan, maar ook dat hij dat werk, wit betaald, zou zijn blijven doen, het ongeval weggedacht?

Als de werknemer in kwestie wit zou zijn betaald en dus maar ongeveer de helft zou hebben ontvangen, hij daarvoor niet zijn avonden en weekends zou hebben willen opofferen. Juist het financiële gewin is immers doorgaans de drijfveer, niet het genot van de werkzaamheden zelf.

Is in het overgrote deel van de gevallen, met het gegeven dat een betrokkene zwart werkt en er (bijvoorbeeld) niet voor heeft gekozen om zijn reguliere uren uit bestaand dienstverband uit te breiden, niet al gegeven dat de betrokkene uitsluitend de zwarte werkzaamheden verrichtte omdat hij hier meer mee verdiende? In welk geval – volgens ons naar de letter van bovengenoemd arrest – vergoeding van zwart werk onder de aansprakelijkheidsverzekering niet voor de hand ligt. De vraag aan de benadeelde om van dit element bewijs te leveren, zien wij niet of onvoldoende terug in de praktijk. Is hiermee niet een onbedoelde, onjuiste (en inmiddels maatschappelijk ongewenste) versoepeling opgetreden van het eerder door de Hoge Raad gegeven vergoedingskader?

Steun voor deze gedachtegang lezen wij in de noot van Bloembergen onder het betreffende arrest in NJ 2001/95. Bloembergen stelt dat een algemeen aanvaard uitgangspunt is dat *"nadeel aan niet-rechtmatige belangen in beginsel niet voor vergoeding in aanmerking komt"*. Vervolgens werkt Bloembergen uit wat volgens hem de achterliggende gedachte is geweest van de Hoge Raad bij het wijzen van het arrest. Volgens Bloembergen kan de 'zwarte' situatie niet maatgevend zijn, want dan zou het aansprakelijkheidsrecht (in dit geval ging het om een vordering op grond van art. 7:658 BW) dienen om onwettige toestanden te in stand te houden. Dit veronderstelt een kijken naar een 'hypothetische witte situatie', namelijk: de situatie die er zou zijn geweest als de benadeelde en zijn wederpartij zich aan de wet zouden hebben gehouden en zouden zijn overeengekomen dat belasting en premie zouden worden ingehouden. Bloembergen werpt dan de vraag op of de rechter onder omstandigheden op nihil zal uitkomen, omdat de gelaedeerde een witte beloning te laag zou hebben gevonden en daarom in een wit circuit helemaal niet extra gewerkt zou hebben. Overigens onderkent Bloembergen dat het systeem van de Hoge Raad in de praktijk niet zo gemakkelijk hanteerbaar is. Het gaat hierbij immers om een dubbele hypothese: een situatie zonder ongeval en dan nog één waarin partijen zich – anders dan zij in werkelijkheid hebben gedaan – aan de wet houden.

A-G Spier kiest in zijn conclusie vóór het arrest van de Hoge Raad een andere lijn. Spier meent (zie overweging 3.10.2 en 3.10.4) dat in de 'fictieve lijn zonder ongeval' alleen met het uitgangspunt zou kunnen worden gerekend dat belasting en premie zouden zijn afgedragen indien door de aansprakelijke partij zou zijn aangevoerd en zou zijn bewezen dat de belastingdienst in deze fictieve situatie het litigieuze jarenlange zwart werken daadwerkelijk op het spoor zou zijn gekomen. Slechts wanneer dit daadwerkelijk het geval zou zijn, aldus Spier, en aldus daadwerkelijk belasting en premie zou zijn afgedragen, zou dit een rol kunnen spelen aangezien het op de *feitelijke* situatie aan zou komen (look ▲



om in de hypothetische situatie zonder ongeval uit te gaan van (uitsluitend) wit werken. Het is die gedachte die in de praktijk lijkt te zijn gevolgd. Daarmee wordt in de praktijk de zwarte werkwijze gehandhaafd. De vraag is of dit nog van deze tijd is en voldoende maatschappelijk draagvlak heeft. Wij denken dat dit niet zo is.

Er is wel een maar ...

Eén kanttekening willen we wel plaatsen. Stel namelijk dat zich de situatie voordoet dat de benadeelde vóór ongeval een normale werkweek had van 40 uur, maar door zijn werkgever slechts voor een (heel) gering aantal uren wit werd betaald en voor het overige zwart. Als in zo'n situatie geen compensatie plaatsvindt van het gemiste zwart werk, zo zou men kunnen denken, wordt de benadeelde onevenredig hard getroffen, zeker als het diezelfde werkgever is die aansprakelijk is voor het ongeval dat er de oorzaak van is dat de werknemer niet meer kan werken. Dat roept de vraag op of dan, voor 'oude gevallen', gelet ook op de huidige praktijk, tóch compensatie door de aansprakelijkheidsverzekeraar zou moeten plaatsvinden. Vanuit de gedachte dat op iedere regel een uitzondering bestaat en indachtig de eisen van redelijkheid en billijkheid, zou dit in onze visie onder strikte omstandigheden denkbaar kunnen zijn. De aansprakelijkheidsverzekeraar heeft ook een maatschappelijke verantwoordelijkheid.

Vooruit denkend, naar de toekomst toe, denken wij dat op de bedrijfsaansprakelijkheidsverzekeraars, als zij het met ons eens zouden zijn dat compensatie van gemist zwart werk niet behoort plaats te vinden onder de aansprakelijkheidsverzekering, de taak rust om het onderwerp zwart uitbetalen van personeel ter discussie te stellen voorafgaand aan het sluiten van de verzekeringsovereenkomst, door er een gerichte vraag over te stellen. Antwoordt de aspirant verzekeringnemer dat personeel zwart wordt uitbetaald, dan kan – en zal moeten – worden besloten de polis niet af te geven. Luidt het antwoord ontkennend en blijkt achteraf dat toch zwart is uitbetaald, dan heeft

de aansprakelijkheidsverzekeraar, juist omdat dan beleid is dat geen verzekerden worden geaccepteerd die zwart uitbetalen, goede kaarten om niet uit te keren onder de polis. Vgl. art. 7:928 e.v. BW, waarin de 'verzwijgingsregeling' is opgenomen.

Als verzekeraars dit consequent gaan doen, zal dat leiden tot een verminderde verzekerbaarheid van zwart werken. Dat lijkt ons precies de bedoeling én een logische consequentie van ons betoog. Natuurlijk is de consequentie dan dat de benadeelde niet door de aansprakelijkheidsverzekeraar wordt gecompenseerd. Dat kan leiden tot schrijnende gevolgen.² Een denktrant richting een oplossing daarvoor zou kunnen zijn dat de werknemer een claim krijgt op diens werkgever, die immers misbruik van hem/haar heeft gemaakt. En natuurlijk geven dat soort werkgevers meestal niet thuis, maar op de aansprakelijkheidsverzekeraar rust niet de taak om alle maatschappelijke problemen op te lossen, zouden wij menen.

Afronding

Wij menen dat, wanneer de benadeelde een beroep doet op het aansprakelijkheidsrecht, zwart werken (in beginsel) niet als uitgangspunt kan gelden, simpelweg omdat dit maatschappelijk niet aanvaardbaar is. Met een beroep op art. 3:40 BW pleiten wij voor afwijzing van (in beginsel alle) claims die gegrond zijn op gemist zwart werk. Louter de wite situatie kan naar ons oordeel dienen als basis voor een compensatie voor schade ter zake van verlies van verdienvermogen op grond van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht. Als verzekeraars het hiermee eens zouden zijn, rust in onze visie op hen de taak om, waar mogelijk, het acceptatiebeleid aan te passen, om ook op die manier duidelijk te maken dat zwart werken maatschappelijk onaanvaardbaar is.

voor de fictieve lijn, in de hypothetische situatie zonder ongeval). Tegelijkertijd geeft ook Spier aan (zie rov. 3.10.2):

"Kennelijk en allerm minst onbegrijpelijk is de rechtbank ervan uitgegaan dat [verweerder] niet bereid zou zijn geweest om voor ruwweg de helft van hetgeen hij ontving 's avonds en in weekenden te werken doordien een eventuele belasting door de werkgever zou worden betaald".

Oftewel, zo interpreteren wij deze zinsnede: ook Spier denkt dat, als de werknemer in kwestie wit zou zijn betaald en dus maar ongeveer de helft zou hebben ontvangen, hij daarvoor niet zijn avonden en weekends zou hebben willen opofferen. Wij denken hier net zo over. Juist het (onrechtmatige) financiële gewin is immers doorgaans de drijfveer, niet het genot van de werkzaamheden zelf.

Deze twee visies van Bloembergen en Spier (van destijds) leggen interessante vragen bloot. Uitgangspunt binnen het aansprakelijkheidsrecht is, als gezegd, dat de werkelijke situatie met ongeval moet worden vergeleken met de hypothetische situatie zonder ongeval. Steeds dient daarbij zo veel mogelijk worden aangeknoopt bij de feiten. De gedachte van Spier komt erop neer dat, behoudens een duidelijk aantoonbare aanleiding (bijvoorbeeld een beslissing van de Inspecteur), er geen grond is