

# Gemist inkomen uit zwart werk in de ban of niet?

*Mr. L.E. Kroese\**

## 1. Inleiding

Fiscaal niet-verantwoorde werkzaamheden, of eenvoudig gezegd zwarte werkzaamheden, zijn niet weg te denken uit onze maatschappij. Wie kent geen schoonmaker, tuinman, kapper, horecamedewerker, klusjesman of taxichauffeur die (bij)verdient zonder dit bij de Belastingdienst op te geven? Het spreekt voor zich dat dit voor de individuele zwartwerker voordelen heeft, zoals het feit dat het inkomen volledig in eigen zak blijft. Het kent daarnaast nadelen, waaronder het feit dat de schatkist geld misloopt.

Ook in de letselschadepraktijk houden zwarte inkomsten de gemoederen bezig. Sinds de start van dit decennium lijkt een hernieuwde interesse te bestaan voor gemist zwart werk als schadepost. Er verschenen diverse artikelen en uitspraken. Dat is mijns inziens niet gek, want moreel gezien kan men van deze schadepost van alles vinden. Is het tijd voor verandering en komt het einde van de vergoeding van gemiste zwarte inkomsten in zicht? Of is sprake van bestendige jurisprudentie die voorlopig nog meekan?

Waar staan we en hoe gaat het verder? Die vragen zal ik in deze bijdrage trachten te beantwoorden door het bespreken van met name recent verschenen jurisprudentie en literatuur.

## 2. De situatie tot 2020

Men zou kunnen zeggen dat de vraag of gemiste zwarte inkomsten bij de aansprakelijke partij gevorderd kunnen worden tot 2020 dogmatisch gezien weinig spannend was. Aansluiting werd lange tijd gezocht bij het arrest van de Hoge Raad van 24 november 2000 (*Mommers/Van Ginhoven*).<sup>1</sup> Kort gezegd ging het in deze zaak om het volgende. Van Ginhoven had als gevolg van een bedrijfsongeval ernstig en blijvend letsel opgelopen. Hij vorderde onder meer vergoeding van gemist zwart betaald overwerk bij werkgever Mommers en zwarte nevenverdiensten bij een bakkerij. De rechtbank oordeelde dat Van Ginhoven het bestaan en de omvang van de werkzaamheden had bewezen en achtte aannemelijk dat Van Ginhoven, het ongeval weggedacht, deze ook in de toekomst zou hebben uitgevoerd. Volgens de rechtbank dienden de

daadwerkelijk misgelopen bedragen als zodanig in de schadebegroting te worden verdisconteerd.<sup>2</sup>

Anders dan eiseres tot cassatie Mommers meende, oordeelde de Hoge Raad dat het oordeel van de rechtbank dat deze schade voor vergoeding in aanmerking kwam, in stand kon blijven. Dit was noch onbegrijpelijk, noch onvoldoende gemotiveerd.<sup>3</sup> Dit gold echter niet voor het oordeel dat gekeken moest worden naar de feitelijk misgelopen bedragen:

‘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 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.’<sup>4</sup>

Bij de begroting van de schade moet dus worden vastgesteld of geschat hoe hoog het netto-inkomen zou zijn geweest als was afgesproken dat wel belasting en premies zouden zijn ingehouden. Slechts als de benadeelde kan bewijzen dat zijn opdrachtgevers bereid zouden zijn geweest de verschuldigde belasting en premies (alsnog) te betalen, komt het gehele feitelijk gemiste bedrag als schade voor vergoeding in aanmerking. Van deze uitzondering zal niet snel sprake zijn. De belangrijkste reden om een zwartwerker in te schakelen is immers juist de kostenbesparing die voortvloeit uit het niet afdragen van belasting en premies.

\* Mr. L.E. Kroese is advocaat bij Beer advocaten te Amsterdam.

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

2. HR 24 november 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA8453, NJ 2001/195, m.nt. A.R. Bloembergen (*Mommers/Van Ginhoven*), r.o. 3.1-3.2 en concl. A-G Spier 24 november 2000, ECLI:NL:PHR:2000:AA8453, r.o. 2.1-2.20.

3. HR 24 november 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA8453, NJ 2001/195, m.nt. A.R. Bloembergen (*Mommers/Van Ginhoven*), r.o. 3.2.

4. HR 24 november 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA8453, NJ 2001/195, m.nt. A.R. Bloembergen (*Mommers/Van Ginhoven*), r.o. 3.3.

In de praktijk en de lagere rechtspraak wordt het te vergoeden netto-inkomen vaak begroot door het toepassen van een fictieve correctie op het feitelijk ontvangen bedrag, als waren premies en belasting afgedragen. De zwarte inkomsten worden zo 'netto' gemaakt.

### 3. De praktijk opgeschud

Op 16 januari 2020 werd de praktijk opgeschud door een beslissing van de voorzieningenrechter van de rechtbank Noord-Holland. Hij besloot dat gemist zwart werk niet voor vergoeding in aanmerking kwam.<sup>5</sup>

De zaak betrof een personal (kickboks)trainer die letsel had opgelopen bij een verkeersongeval. In kort geding werd onder meer een voorschot op de te betalen schadevergoeding gevorderd. Bij de beoordeling van dit verzoek onderscheidde de voorzieningenrechter verschillende aspecten van de schadeclaim, waaronder het gestelde zwarte inkomen.

De voorzieningenrechter begon met bespreking van het standaardarrest *Mommers/Van Ginhoven*. Hij overwoog vervolgens dat naar zijn mening in dit arrest niet wordt voorgeschreven dat de rechter zwarte inkomsten in de schadeberekening dient op te nemen, maar (slechts) hoe de rechter dient te handelen *indien* hij dat doet.<sup>6</sup> Naar het oordeel van de voorzieningenrechter kwamen de gemiste zwarte inkomsten niet voor vergoeding in aanmerking:

'4.9.3. 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.

4.9.4. De voorzieningenrechter is van oordeel dat dat niet zo is. [eiser] heeft er kennelijk – gelet op zijn eigen stelling – voor gekozen om jarenlang belasting te ontduiken door zich voor zijn trainingen zwart te laten betalen. Het gevolg van die keuze is dat hij nu niet bij AIG kan aankloppen om die situatie feitelijk te laten voortduren. En het is niet de taak van de rechter om die onrechtmatige

situatie te bekrachtigen door er een vergoeding voor toe te kennen.'

Samengevat meende de voorzieningenrechter dus dat (gemiste) zwarte inkomsten geen rechtmatig belang betreffen en daarom niet voor vergoeding in aanmerking komen. Hij vervolgde met de opmerking dat hij onvoldoende aannemelijk acht dat de bodemrechter van oordeel zou zijn dat wel rekening moet worden gehouden met de zwarte inkomsten. De gestelde gemiste zwarte inkomsten konden volgens de voorzieningenrechter dan ook geen grond vormen voor het toekennen van een voorschot. Tot slot overwoog hij dat in een bodemprocedure aan de orde zal moeten komen in hoeverre alsnog belasting zal worden afgedragen over de zwarte inkomsten van voor het ongeval.<sup>7</sup>

### 4. Reacties in de literatuur

Het zal geen verbazing wekken dat deze (op zijn minst) opvallende uitspraak de gemoederen deed verhitten en pennen in beweging bracht. Er werd gesproken over een nieuw geluid, maar ook over een misstap van de voorzieningenrechter. In de maanden daarna verschenen in de literatuur vier bijdragen over gemiste zwarte inkomsten, twee van tegenstanders van vergoeding en twee van voorstanders.

#### 4.1 Tegenstanders van vergoeding

Al dan niet toevallig<sup>8</sup> verscheen in maart 2020 in het *PIV-Bulletin* een artikel van De Haan en Oskam.<sup>9</sup> In oktober 2020 publiceerde hetzelfde tijdschrift een bijdrage van Fluit.<sup>10</sup> De Haan, Oskam en Fluit menen dat het vergoeden van gemiste zwarte inkomsten aan banden moet worden gelegd.

In beide artikelen wordt gesteld dat, nu zwartwerken maatschappelijk ongewenst is en strijdig met de wet, het vergoeden hiervan in strijd is met de openbare orde of goede zeden. De rechtshandeling van vergoeding is op grond van artikel 3:40 van het Burgerlijk Wetboek (BW) dan ook nietig.<sup>11</sup> Het feit dat de handeling zelf legaal zou zijn, doet daar niet aan af.<sup>12</sup> Bovendien betreft gemist zwart werk schade aan een niet-rechtmatig belang. Algemeen aanvaard uitgangspunt is dat dergelijk nadeel niet voor vergoeding in aanmerking komt.<sup>13</sup> De fictieve transformatie van zwart naar wit is volgens Fluit geen rechtvaardiging voor vergoeding, nu deze korting niet

5. Rb. Noord-Holland 16 januari 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:284, *JA* 2020/76, m.nt. E.W. Bosch.

6. Rb. Noord-Holland 16 januari 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:284, *JA* 2020/76, m.nt. E.W. Bosch, r.o. 4.9.2.

7. Rb. Noord-Holland 16 januari 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:284, *JA* 2020/76, m.nt. E.W. Bosch, r.o. 4.9.5.

8. Het artikel maakt geen melding van de uitspraak van de voorzieningenrechter. De auteurs waren bij mijn weten ook niet bij de zaak betrokken.

9. L.K. de Haan & V. Oskam, 'Hoe logisch is het eigenlijk dat gemist zwart werk door aansprakelijkheidsverzekeraars wordt gecompenseerd binnen het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht?', *PIV-Bulletin* 2020, afl. 1, p. 5-8.

10. B. Fluit, 'Zwart geld vergoeden in letselschadezaken: tijd voor een nieuw geluid?', *PIV-Bulletin* 2020, afl. 3, p. 16-19.

11. De Haan & Oskam 2020, p. 6 en 8; Fluit 2020, p. 18.

12. Fluit 2020, p. 18.

13. De Haan & Oskam 2020, p. 7; Fluit 2020, p. 16 en 18-19.

leidt tot een normale situatie waarin ten behoeve van de gemeenschap belasting en premies worden afgedragen.<sup>14</sup>

De Haan en Oskam menen dat tegenwoordig onvoldoende maatschappelijk draagvlak bestaat voor de gedachte dat in de hypothetische situatie zonder ongeval rekening moet worden gehouden met zwarte werkzaamheden.<sup>15</sup> Belastingontduiking door zwartwerken is maatschappelijk onaanvaardbaar en moet dan ook zeker niet worden onderschreven door het toekennen van een vergoeding hiervoor.<sup>16</sup>

Slechts in uitzonderlijke gevallen, waarin de benadeelde onevenredig hard wordt getroffen als zwart werk niet gecompenseerd wordt, moet volgens de auteurs in de schadebegroting rekening worden gehouden met zwarte werkzaamheden. De Haan en Oskam denken daarbij aan het geval dat een benadeelde met een normale werkweek van 40 uur door zijn werkgever slechts voor een klein deel van die 40 uur wit wordt betaald.<sup>17</sup>

De Haan en Oskam vragen zich bovendien af of het arrest *Mommers/Van Ginhoven* in de praktijk niet verkeerd wordt uitgelegd door de gemiste zwarte inkomsten netto te maken. Bedoelde de Hoge Raad niet dat bij beantwoording van de vraag of aanspraak op vergoeding bestaat, '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'?<sup>18</sup> Met deze uitleg zou de benadeelde tevens moeten bewijzen dat hij, in de hypothetische situatie zonder ongeval, de zwarte werkzaamheden ook en in dezelfde mate zou hebben gedaan en zou zijn blijven doen als hij wit was betaald, belasting en premies zou hebben moeten afdragen, en dus veel minder had verdiend. Is, door dergelijk bewijs niet te verlangen, niet een onbedoelde, onjuiste en maatschappelijk ongewenste versoepeling van het vergoedingskader opgetreden?<sup>19</sup>

Fluit vindt het moeilijk uit te leggen dat 'malversaties op fiscaal terrein' in de financiële sector hard worden aangepakt, maar dat verzekeraars zwarte inkomsten in letselschadezaken moeten vergoeden en verzwijgen. Zij vraagt zich af of hiermee geen verkeerd signaal wordt afgegeven.<sup>20</sup>

Voor de toekomst doen De Haan en Oskam de suggestie aan bedrijfsaansprakelijkheidsverzekeraars hun acceptatiebeleid aan te passen om duidelijk te maken dat zwartwerken onaanvaardbaar is. Geen verzekering moet worden afgegeven aan bedrijven die personeel zwart uitbetalen. Blijkt achteraf dat toch zwart is uitbetaald, dan hoeft niet onder de polis te worden uitgekeerd. De benadeelde werknemer kan in dat

geval niet bij de verzekeraar aankloppen, maar heeft een vorderingsrecht op de werkgever. Er wordt erkend dat dit schrijven de gevolgen kan hebben, nu de werkgever vaak niet thuis zal geven, maar het is niet aan de aansprakelijkheidsverzekeraar om alle maatschappelijke problemen op te lossen, aldus de auteurs.<sup>21</sup>

Het ongeoorloofde karakter van zwartwerken moet volgens Fluit door verzekeraars en de rechtspraak expliciet op de voorgrond worden geplaatst. Zij erkent dat voor de benadeelde ook zwart werk een economische waarde vertegenwoordigt en dat het uitgangspunt van volledige schadevergoeding het aan banden leggen van de vergoeding bemoeilijkt. Wanneer een rechter zwarte inkomsten toch meeneemt in de schadeberekening, zou dit volgens Fluit aangemerkt kunnen worden als een aantasting van het verdienvermogen in algemene zin. Hier past een abstracte(re) vorm van schadevergoeding bij. Zij denkt aan een genormeerd bedrag van € 5000 tot € 10.000 ter erkenning van het verlies van een economische waarde.<sup>22</sup>

#### 4.2 Voorstanders van vergoeding

Bosch en Van Dort beschrijven in hun annotatie respectievelijk artikel dat de voorzieningenrechter de plank mislaat.<sup>23</sup> Wanneer het gaat om op zichzelf geoorloofde werkzaamheden (anders dan bijvoorbeeld onbevoegde geneeskunde of drugshandel), moet in beginsel ook zwart verlies aan verdienvermogen worden vergoed.<sup>24</sup> Door de fictieve correctie naar het witte netto-equivalent is geen sprake van vergoeding van schade aan niet-rechtmatige belangen.<sup>25</sup>

Volgens Van Dort ziet de voorzieningenrechter over het hoofd dat zwartwerken onrechtmatig is tegenover de fiscus, maar niet tegenover de aansprakelijke partij: de verplichting inkomsten fiscaal te verantwoorden strekt niet ter bescherming van de belangen van de aansprakelijke (verzekeraar). In letselschadezaken staat de schadebegroting in de verhouding tussen de benadeelde en de aansprakelijke partij centraal. Het vergoeden van zwart werk is (enkel) het voldoen aan de wettelijke schadevergoedingsverplichting en derhalve niet strijdig met de goede zeden of maatschappelijke orde.<sup>26</sup>

Door de zwarte inkomsten niet in de schadebegroting te betrekken wijkt de voorzieningenrechter af van de bestendige lijn in de jurisprudentie. De rechter heeft zich dat gerealiseerd, nu hij beschrijft wat moet gebeuren als de bodemrechter anders oordeelt. Bosch en Van Dort kunnen de opmerking dat

14. Fluit 2020, p. 18.

15. De Haan & Oskam 2020, p. 8.

16. De Haan & Oskam 2020, p. 6; Fluit 2020, p. 18.

17. De Haan & Oskam 2020, p. 8; Fluit 2020, p. 18.

18. De Haan & Oskam 2020, p. 7.

19. De Haan & Oskam 2020, p. 7.

20. Fluit 2020, p. 18.

21. De Haan & Oskam 2020, p. 8.

22. Fluit 2020, p. 18-19.

23. E.W. Bosch, annotatie bij Rb. Noord-Holland 16 januari 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:284, *JA* 2020/76; R. van Dort, "Verlies aan verdienvermogen" differentieert niet tussen zwart of wit, *AV&S* 2020/23, afl. 4, p. 136-146.

24. E.W. Bosch, annotatie bij Rb. Noord-Holland 16 januari 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:284, *JA* 2020/76, onder 1; Van Dort 2020, p. 136.

25. Van Dort 2020, p. 144.

26. Van Dort 2020, p. 143-144.

in een bodemprocedure aan de orde moet komen in hoeverre alsnog belasting gaat worden afgedragen, niet volgen. Dit is immers niet relevant voor de vergoedingsplicht van de aansprakelijke partij, noch volgt dit aspect uit *Mommers/Van Ginhoven*.<sup>27</sup>

Beide auteurs wijzen bovendien op het feit dat het in de praktijk regelmatig voorkomt dat verzekeraars voorstellen bijvoorbeeld huishoudelijk werk of tuinonderhoud zwart uit te besteden. Dit leidt tot een lagere schadelast. In de woorden van Bosch is het verzet van verzekeraars tegen het vergoeden van zwarte inkomsten daarom ‘enigszins hypocriet’.<sup>28</sup> Richtlijnen van De Letselschade Raad, zoals die met betrekking tot huishoudelijke hulp en zelfwerkzaamheid, lijken eveneens uit te gaan van zwarte tarieven.<sup>29</sup> Bosch wijst in dit kader ook op de uitspraak van de Raad van Toezicht Verzekeringen van 12 januari 2004 (2004/05 Mo). Hierin werd geoordeeld dat het door de verzekeraar doorgeven van zwarte inkomsten aan enige instantie zelden gerechtvaardigd zal zijn, omdat geen wet de verzekeraar daartoe dwingt en sprake is van een zekere vertrouwensrelatie tussen de verzekeraar en de benadeelde.<sup>30</sup>

Van Dort merkt op dat hij de door De Haan en Oskam voorgestelde interpretatie niet terugleest in het arrest van de Hoge Raad. Als het slachtoffer ook nog moet bewijzen dat hij de zwarte werkzaamheden was blijven doen als hij daarvoor wit was betaald, dan zou de benadeelde opgezadeld worden ‘met een bijna onmogelijke bewijslast, die bepaald niet strookt met de leer uit het arrest *Vehof/Helvetia*’.<sup>31</sup>

Ter besluit overweegt Van Dort dat het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht niet zijn bedoeld noch zijn bestemd ter correctie van algemeen maatschappelijk onwenselijke situaties. Het tegengaan van zwart werk ligt wat hem betreft meer op de weg van de Belastingdienst dan op die van de aansprake-

lijke verzekeraar, ‘die zich bovendien zelf ook niet onbetuigd laat wanneer het op vermijden van belastingbetaling aankomt in het kader van de schadebegroting’.<sup>32</sup>

## 5. Rechtspraak na de uitspraak van de voorzieningenrechter

Was met de uitspraak van de voorzieningenrechter (en de daaropvolgende literatuur) het doek gevallen voor de vergoeding van gemiste zwarte werkzaamheden? Op een volgend vonnis hoefde niet lang te worden gewacht.

### 5.1 *Rechtbank Gelderland: deelgeschil*

Op 16 december 2020 kwam het verlies van zwarte inkomsten aan de orde in een deelgeschil.<sup>33</sup> Het ging in deze zaak om een vrouw die bij een ongeval enkelletsel opliep. Zij vorderde bij aansprakelijke verzekeraar Univé onder meer gemiste zwarte inkomsten in verband met haar werk als verzorgende. In deelgeschil werd een verklaring voor recht verzocht dat met deze (gemiste) werkzaamheden en inkomsten rekening diende te worden gehouden in de schadebegroting.

Univé voerde primair aan dat gemiste zwarte inkomsten niet als vergoedbare schade kunnen gelden. Dit verweer trof geen doel:

‘4.3. (...) 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 gedeerde inkomsten uit niet fiscaal-geregistreerde 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 onaanvaardbaar is om [eiser] voor het eventuele verlies aan “zwarte” inkomsten te compenseren, wordt dan ook niet gevolgd.’

Onder verwijzing naar ‘de bestendige lijn in de jurisprudentie’ oordeelde de rechter dat zwarte verdiensten net als witte verdiensten als vermogensschade voor vergoeding in aanmerking

27. E.W. Bosch, annotatie bij Rb. Noord-Holland 16 januari 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:284, JA 2020/76, onder 6; Van Dort 2020, p. 144.

28. E.W. Bosch, annotatie bij Rb. Noord-Holland 16 januari 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:284, JA 2020/76, onder 4; Van Dort 2020, p. 145.

29. Van Dort 2020, p. 145.

30. E.W. Bosch, annotatie bij Rb. Noord-Holland 16 januari 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:284, JA 2020/76, onder 4 en [www.kifid.nl/fileupload/jurisprudentie/2004-005%20Mo.pdf](http://www.kifid.nl/fileupload/jurisprudentie/2004-005%20Mo.pdf), punt 2, onder ‘oordeel’. Zie ook Van Dort 2020, p. 141.

31. Van Dort 2020, p. 142. In het arrest *Vehof/Helvetia* (HR 15 mei 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2654, NJ 1998/624) oordeelde de Hoge Raad dat bij de beoordeling van het (toekomstig) verlies aan verdienvermogen een vergelijking moet worden gemaakt tussen de feitelijke situatie en de hypothetische situatie zonder ongeval. Hierbij komt het voor toekomstige ontwikkelingen aan op de redelijke verwachting van de rechter (r.o. 3.5.1). Aan de benadeelde mogen geen strenge eisen worden gesteld ‘met betrekking tot het te leveren bewijs van (schade wegens het derven van) de arbeidsinkomsten die de benadeelde in de toekomst zou hebben genoten in de hypothetische situatie dat het ongeval niet zou hebben plaatsgehad: het is immers de aansprakelijke veroorzaker van het ongeval die aan de benadeelde de mogelijkheid heeft ontnomen om zekerheid te verschaffen omtrent hetgeen in die hypothetische situatie zou zijn geschied’, aldus de Hoge Raad in r.o. 3.5.2.

32. Van Dort 2020, p. 146.

33. Rb. Gelderland 16 december 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:6628.

komen. Het verweer dat vergoeding maatschappelijk onaanvaardbaar is, werd aan de kant geschoven.

### 5.2 *Rechtbank Rotterdam: verzoekschriftprocedure voorlopig getuigengehoor*

Op 18 januari 2021 oordeelde de rechtbank Rotterdam over een verzoek tot het gelasten van een voorlopig getuigenverhoor.<sup>34</sup> Deze zaak betrof een man die letsel opliep als gevolg van een val van een trap, waarvoor Achmea aansprakelijk was. De man runde een eenmanszaak en genereerde daarnaast zwarte inkomsten in de uren na sluitingstijd. Hij wilde bewijs leveren van de feiten en omstandigheden die konden bijdragen aan het bewijs van de gemiste zwarte inkomsten en hiertoe zichzelf en enkele familieleden als getuigen horen. Achmea concludeerde tot afwijzing van het verzoek.<sup>35</sup>

Zonder verdere inhoudelijke uitweiding oordeelde de rechtbank dat algemeen aanvaard is dat schade aan niet-rechtmatige belangen niet voor vergoeding in aanmerking komt. Daar was volgens de rechter in dit geval sprake van, reden waarom het verzoek wegens gebrek aan belang werd afgewezen.<sup>36</sup>

‘Ten overvloede’ merkte de rechtbank op dat Achmea terecht stelde dat bewijs over het inkomsten- en uitgavenpatroon niets zegt over de vraag naar de omvang en het bestaan van zwart werk. Hetzelfde geldt (zonder nadere toelichting) voor verklaringen over de aan de onderneming bestede uren. Hierover nam de benadeelde bovendien wisselende en op het eerste gezicht soms niet heel geloofwaardige stellingen in. Mocht de benadeelde aanvullend hebben verzocht voormalige klanten te horen, dan voldeed het verzoek volgens de rechtbank niet aan de eisen van de wet, nu hij de namen en woonplaatsen van die personen niet noemde.<sup>37</sup>

### 5.3 *Rechtbank Rotterdam: deelgeshil*

Opvallend is dat in dezelfde zaak tegelijkertijd (bij dezelfde rechtbank) een deelgeshilprocedure aanhangig was. De deelgeshilrechter deed enkele dagen later uitspraak.<sup>38</sup>

In deze procedure betwistte Achmea het bestaan en de hoogte van de (gemiste) zwarte inkomsten en verzocht zij een verklaring voor recht dat, (zelfs) als de benadeelde erin zou slagen aan te tonen dat hij de zwarte inkomsten genereerde en dat hij de werkzaamheden zonder ongeval zou hebben voortgezet, deze inkomsten buiten de schadebegroting moesten

worden gelaten. Ter onderbouwing van de stelling dat zij niet gehouden is gemiste zwarte inkomsten te vergoeden, wierp Achmea een reeks aan argumenten op. Zij wees erop dat gemiste zwarte inkomsten als niet-rechtmatig belang niet voor vergoeding in aanmerking komen: het ontduiken van belasting is een strafbaar feit, levert een onrechtmatige daad op nu het maatschappelijk onzorgvuldig is, en het is in strijd met het gemeenschapsbelang dat gemoeid is bij correcte belastingaangifte. Een volgend argument was dat de door Achmea’s verzekerde geschonden norm (een ondeugdelijke ladder ter beschikking stellen) niet strekt tot bescherming van niet-rechtmatige belangen van het slachtoffer. Hierdoor is niet voldaan aan het relativiteitsvereiste. Daarnaast was vergoeding van gemiste zwarte inkomsten volgens Achmea in strijd met de openbare orde en goede zeden, zoals bedoeld in artikel 3:40 BW.<sup>39</sup>

De rechtbank overwoog dat impliciet uit het arrest van de Hoge Raad uit 2000 volgt dat vermogensschade net zozeer uit gemiste zwarte als uit gemiste witte inkomsten bestaat. In de lagere rechtspraak wordt de in het arrest beschreven wijze van begroten op bestendige wijze toegepast. Hieraan doet de door Achmea aangedragen uitspraak van de voorzieningenrechter van 16 januari 2020, die een andere visie weergeeft, niet af.<sup>40</sup>

De rechtbank overwoog vervolgens dat inderdaad sprake is van strijd met de fiscale wetgeving, de maatschappelijke betamelijkheid en het gemeenschapsbelang, maar dat dit in de verhouding met de verzekeraar geen rol speelt. Wanneer de fictieve correctie wordt toegepast (en het ten onrechte behouden gedeelte niet wordt vergoed), is volgens de rechtbank geen sprake van vergoeding van schade aan niet-rechtmatige belangen. De werkzaamheden zijn immers op zichzelf niet verboden.<sup>41</sup>

Ook was volgens de rechtbank geen sprake van ontbreken van relativiteit in de zin van artikel 6:163 BW. Nu de werkzaamheden niet onrechtmatig of verboden zijn, valt niet in te zien waarom de geschonden norm niet strekt tot bescherming tegen schade wegens gemiste inkomsten.<sup>42</sup> Evenmin is vergoeding in strijd met de openbare orde of goede zeden. Het vergoeden van schade wegens verlies aan verdienvermogen is namelijk een uit de wet voortvloeiende verplichting, aldus de rechtbank.<sup>43</sup>

Naar ik aanneem geïnspireerd door het artikel van De Haan en Oskam, heeft Achmea ter zitting nog aangevoerd dat de

34. Rb. Rotterdam 18 januari 2021, zaaknummer/rekestnummer C/10/595183 / HA RK 20-342, via [www.letselschademagazine.nl/2021/rbrot-180121](http://www.letselschademagazine.nl/2021/rbrot-180121).

35. Rb. Rotterdam 18 januari 2021, zaaknummer/rekestnummer C/10/595183 / HA RK 20-342, r.o. 2.1-3.2.

36. Rb. Rotterdam 18 januari 2021, zaaknummer/rekestnummer C/10/595183 / HA RK 20-342, r.o. 4.2.

37. Rb. Rotterdam 18 januari 2021, zaaknummer/rekestnummer C/10/595183 / HA RK 20-342, r.o. 4.2. Het betrof de eisen uit art. 187 lid 3 onder c Rv.

38. Rb. Rotterdam 29 januari 2021, zaaknummer/rekestnummer C/10/601205 / HA RK 20-785, via [www.letselschademagazine.nl/2021/rbrot-290121](http://www.letselschademagazine.nl/2021/rbrot-290121).

39. Rb. Rotterdam 29 januari 2021, zaaknummer/rekestnummer C/10/601205 / HA RK 20-785, r.o. 3.1-3.2.

40. Rb. Rotterdam 29 januari 2021, zaaknummer/rekestnummer C/10/601205 / HA RK 20-785, r.o. 4.4.

41. Rb. Rotterdam 29 januari 2021, zaaknummer/rekestnummer C/10/601205 / HA RK 20-785, r.o. 4.5.

42. Rb. Rotterdam 29 januari 2021, zaaknummer/rekestnummer C/10/601205 / HA RK 20-785, r.o. 4.6.

43. Rb. Rotterdam 29 januari 2021, zaaknummer/rekestnummer C/10/601205 / HA RK 20-785, r.o. 4.7.

schade niet hoeft te worden vergoed, omdat het maar de vraag is of de benadeelde het zwarte werk in de toekomst zou hebben verricht als dit wit zou zijn geweest. Hierdoor zou hij voor klanten mogelijk te duur zijn of zou het werk onvoldoende rendabel zijn geweest. Volgens de rechtbank viel dit argument buiten de in deelgeschil voorgelegde vraag; aan de orde was de vraag of de gemiste zwarte inkomsten in de schadeafwikkeling moeten worden betrokken als het bestaan, de omvang en de toekomstige voortzetting (zonder ongeval) in een later stadium komen vast te staan. De door Achmea verzochte verklaring voor recht werd afgewezen.<sup>44</sup>

### 6. Een nieuw geluid of bestendige jurisprudentie?

Uit het voorgaande kan mijns inziens voorzichtig geconcludeerd worden dat de uitspraak van de voorzieningenrechter van begin 2020 een vreemde eend in de bijt is. De deelschilrechters uit Gelderland en Rotterdam hebben de eerdere lijn uit de jurisprudentie voortgezet. Ook volgens hen komen gemiste zwarte inkomsten net als witte inkomsten als vermogensschade voor vergoeding in aanmerking, mits de werkzaamheden waaruit de inkomsten voortvloeien op zichzelf niet illegaal zijn. In de meeste gevallen zal, conform het door de Hoge Raad gegeven toetsingskader, een fictieve korting worden toegepast. Wanneer het toetsingskader wordt gevolgd, is geen sprake van vergoeding van schade aan niet-rechtmatige belangen.

Het onrechtmatige karakter van het niet afdragen van premies en belasting speelt bovendien geen rol in de verhouding tussen de benadeelde en de aansprakelijke partij. Evenmin is sprake van een gebrek aan relativiteit tussen de geschonden norm en de schade. Compensatie van gemiste zwarte inkomsten (als zijnde verlies aan verdienvermogen) is een uit de wet voortvloeiende verplichting en (dus) niet maatschappelijk onaanvaardbaar, noch in strijd met de openbare orde of goede zeden in de zin van artikel 3:40 BW.

Ik betwijfel of al te veel waarde gehecht moet worden aan de uitspraak inzake het voorlopig getuigenverhoor. Anders dan bij de uitspraken van de deelschilrechters was de redenering hier uiterst summier. Bovendien was sprake van een ander toetsingskader. Zoals de rechter zelf overwoog, kwam hem in deze procedure geen discretionaire bevoegdheid toe. Een verzoek dat aan de eisen van toewijzing voldoet, kan enkel worden afgewezen bij een gebrek aan belang zoals bedoeld in artikel 3:303 BW, bij strijd met de goede procesorde, bij misbruik van bevoegdheid en bij een ander zwaarwichtig geoordeeld bezwaar.

Met de overweging dat sprake is van een gebrek aan belang doordat de te bewijzen zwarte inkomsten geen rechtmatig belang betreffen, heeft de rechter een inhoudelijk oordeel gegeven dat wellicht was voorbehouden aan de bodemrechter. Een voorlopig getuigenverhoor lijkt mij hier allerminst dispro-

portioneel. Ik vraag mij af of de rechter zijn boekje niet te buiten is gegaan. Mij bekruipt het gevoel dat wellicht ook persoonlijke opvattingen en enkele (ongelukkige) procesrechtelijke kwesties hebben bijgedragen aan deze beslissing, maar zonder kennis van alle feiten en omstandigheden is bij zulke opmerkingen vanzelfsprekend voorzichtigheid geboden.

### 7. De uitleg van Mommers/Van Ginhoven

De Haan en Oskam hebben de vraag opgeworpen of het arrest *Mommers/Van Ginhoven* in de praktijk en lagere rechtspraak wel juist wordt uitgelegd. Heeft de Hoge Raad niet bedoeld dat de benadeelde tevens moet bewijzen dat hij de werkzaamheden ook zou hebben verricht en, het ongeval weggedacht, zou zijn blijven verrichten wanneer deze wit werden betaald? Als dat het geval is, dan is met de huidige uitleg sprake van een onterechte versoepeling van de bewijslast.

Zoals besproken, is deze leeswijze door Achmea voorgelegd aan de deelschilrechter in Rotterdam. De rechter oordeelde dat dit de grenzen van het deelschil overschreed; de rechter hoefde enkel te oordelen over de vraag of zwartwerken überhaupt voor vergoeding in aanmerking kwam. Aan kwesties van bewijs, zoals de stelling van Achmea, kwam zij dus niet toe (zie par. 5.3). Met dit oordeel heeft de rechtbank zich kunnen onthouden van een antwoord op een vraag met mogelijk verstrekkende gevolgen. Uit het feit dat de rechtbank het toetsingskader schetst conform de bestendige lijn in de jurisprudentie, zou men kunnen opmaken dat de rechtbank zich niet kan vinden in de voorgestelde leeswijze. Was dat anders geweest, dan had de rechter er vast iets inhoudelijks over kunnen opmerken.

Zelf lees ik het arrest als volgt. De Hoge Raad overweegt dat de voorliggende kwestie toekomstschade betreft. Deze moet worden begroot na afweging van goede en kwade kansen.<sup>45</sup> De rechtbank is tot het oordeel gekomen dat, het ongeval weggedacht, de benadeelde naar haar redelijke verwachting in staat en bereid zou zijn gebleven de zwarte werkzaamheden te verrichten. Dit oordeel was volgens de Hoge Raad niet onbegrijpelijk noch onvoldoende gemotiveerd.<sup>46</sup> Hierin lees ik dat de Hoge Raad meent dat de rechtbank de juiste bewijsregels in acht heeft genomen. Het is dus voor beantwoording van de vraag óf het gemiste zwarte werk voor vergoeding in aanmerking komt, niet vereist te stellen en zo nodig te bewijzen dat de werkzaamheden ook zouden zijn gedaan en voortgezet als de benadeelde er wit voor zou zijn betaald.

44. Rb. Rotterdam 29 januari 2021, zaaknummer/rekestnummer C/10/601205 / HA RK 20-785, r.o. 4.8-4.9.

45. Met de kwade kans van ontdekking door de Belastingdienst en de aanzienlijke boete die daarop kan volgen, hoeft geen rekening te worden gehouden. Dit risico is voldoende verdisconteerd door bij de schadebegroting enkel de fictieve netto-inkomsten tot uitgangspunt te nemen. Daar komt bij dat de benadeelde op elk moment had kunnen besluiten zijn inkomsten op te geven. Zie rb. 's-Hertogenbosch 21 september 2011, ECLI:NL:RBSHE:2011:BT2397, r.o. 3.9.

46. HR 24 november 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA8453, NJ 2001/195, m.nt. A.R. Bloembergen (*Mommers/Van Ginhoven*), r.o. 3.1-3.2.

Uit rechtsoverweging 3.3 volgt dit mijns inziens evenmin. Hier legt de Hoge Raad (enkel) uit hoe de schade moet worden begroot (geschatte netto-inkomen in hypothetische witte situatie). Gelet op de opbouw van de overwegingen, meen ik dat de Hoge Raad heeft bedoeld dat in deze fase de vraag óf de benadeelde aanspraak kan maken op vergoeding van gemiste zwarte werkzaamheden al bevestigend is beantwoord; het benodigde bewijs hiervoor is al geleverd.

Steun voor hun lezing van het arrest vinden De Haan en Oskam onder meer in de annotatie van Bloembergen.<sup>47</sup> Bloembergen meent dat de Hoge Raad als uitgangspunt heeft genomen dat schade aan niet-rechtmatige belangen in beginsel niet voor vergoeding in aanmerking komt. Niet maatgevend is de zwarte, maar de hypothetische witte situatie zonder ongeval. Bloembergen vraagt zich af of de rechter bij de schadebegroting onder omstandigheden op nihil zal uitkomen, omdat de benadeelde de witte beloning te laag zou hebben gevonden en dus in een wit circuit niet extra zou hebben gewerkt. Dit is een interessante vraag, maar deze komt naar mijn mening niet terug in het door de Hoge Raad geschetste toetsingskader. Of Bloembergen dat wel bedoeld had, maak ik uit zijn annotatie niet op.

Gelet op het voorgaande, kom ik tot de conclusie dat het arrest *Mommers/Van Ginhoven* wel degelijk correct wordt uitgelegd in de lagere rechtspraak en in de praktijk. In de schadebegroting is niet de zwarte situatie maatgevend, maar de hypothetische witte situatie. Door hiernaar te kijken wordt niet het gemiste inkomen tot uitgangspunt genomen, maar het verminderde verdienvermogen. Wat wordt gecompenseerd, is het verloren vermogen van het slachtoffer inkomsten te verwerven, oftewel de bron van de inkomsten.<sup>48</sup> Hierbij is irrelevant of die inkomsten zwart of wit zijn.<sup>49</sup> De fictieve correctie maakt dat geen sprake is van vergoeding van schade aan een niet-rechtmatig belang. Voor de door De Haan en Oskam voorgestelde lezing zie ik geen aanwijzingen.

Ik kan Fluit volgen in haar opvatting dat ook met vergoeding van het netto-equivalent geen sprake is van een 'normale' situatie. Er worden immers nog steeds geen belasting en premie afgedragen, die aan de gemeenschap ten goede komen. In die zin is de benadering gekunsteld. Mijns inziens is dit echter niet relevant, nu geen sprake is van vergoeding van schade aan niet-rechtmatige belangen. Om diezelfde reden meen ik dat er geen aanleiding is (zoveel) te abstraheren van de gemiste inkomsten

en een (lagere) genormeerde vergoeding voor het verlies van economische waarde toe te kennen, zoals Fluit voorstelt.<sup>50</sup>

Tot slot merk ik op dat de overweging van de voorzieningenrechter dat in een bodemprocedure aan de orde moet komen in hoeverre alsnog belasting moet worden afgedragen over de reeds genoten zwarte inkomsten, naar mijn mening eveneens berust op een onjuiste lezing van *Mommers/Van Ginhoven*. Deze kwestie is niet relevant voor de vergoedingsplicht van de aansprakelijke partij. Juist dat is onderdeel van het geschil.<sup>51</sup>

## 8. Een kwestie van bewijs

Hiervoor stond de vraag centraal of zwarte inkomsten (nog altijd) voor vergoeding in aanmerking komen. Mijns inziens luidt het antwoord bevestigend. Ook kwam aan de orde dat uit de jurisprudentie volgt dat op de benadeelde de bewijslast ligt van het bestaan en de omvang van het uit zwart werk genoten inkomen (voor het ongeval) en dat hij de werkzaamheden zonder ongeval zou hebben voortgezet. Daarnaast zal hij voldoende aannemelijk moeten maken wat hij in de hypothetische witte situatie zou hebben verdiend.<sup>52</sup> Deze bewijslast behoeft nadere aandacht, omdat dit in de praktijk vaak tot problemen leidt voor het letselschadeslachtoffer.

Juist in geval van zwarte werkzaamheden zullen een uitgebreide boekhouding en schriftelijke overeenkomsten vaak ontbreken. Het is immers de bedoeling dat de Belastingdienst de inkomsten niet op het spoor komt. Het meest voor de hand ligt bewijslevering door verklaringen en/of getuigenissen van opdrachtgevers. Dit zal overigens niet altijd een optie zijn; opdrachtgevers zullen zich niet altijd bekend willen maken, omdat ook zij problemen met de fiscus willen voorkomen. In dit kader wijs ik wederom naar de in paragraaf 4.2 besproken uitspraak van de Raad van Toezicht Verzekeringen, waarin naar voren kwam dat het verzekeraars zelden toegestaan zal zijn zwarte inkomsten bij enige instantie te melden. Dit blijft echter een lastige kwestie voor de benadeelde, die voor de toekomst wellicht een goede (vertrouwens)band met zijn opdrachtgevers wil behouden.

Dat het leveren van bewijs niet altijd gemakkelijk is, blijkt ook uit de eerder besproken uitspraak van de deelgeschilrechter in Gelderland, die ik ter illustratie zal uitwerken. Nadat de rechtbank oordeelde dat zwarte inkomsten als vergoedbare schade kunnen gelden, kwam aan de orde of voldoende was komen vast te staan dat zwarte inkomsten werden verdiend en wat de hoogte daarvan was.

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

48. Zie ook Van Dort 2020, p. 138-140.

49. In theorie kan ook sprake zijn van verminderd verdienvermogen bij iemand die voor het ongeval (nog) niet zwartwerkte. Hem kan de keuze zijn ontnomen dat (alsnog) te gaan doen. In een dergelijk geval ontstaan bewijsmoeilijkheden, maar bovendien zou ik menen dat zwarte inkomsten enkel gevorderd kunnen worden als die al voor het ongeval bestonden. Zeker bij zwart werk moeten er mijns inziens concrete aanknopingspunten zijn voor de aantasting van het verdienvermogen.

50. Fluit 2020, p. 18-19 en par. 4.1. In par. 8 beschrijf ik een abstrahering die naar mijn mening wel mogelijk is.

51. Rb. Noord-Holland 16 januari 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:284, JA 2020/76, m.nt. E.W. Bosch, r.o. 4.9.5. Zie ook par. 3 en 4.2 voor vergelijkbare opvattingen van Bosch en Van Dort.

52. Zoals Bloembergen opmerkte in zijn annotatie (NJ 2001/195), gaat het dus om een dubbele hypothetische situatie: gekeken moet worden naar de situatie zonder ongeval waarin partijen zich aan de wet hadden gehouden.

De rechtbank oordeelde dat de benadeelde tegenover Univé wel consistent had verklaard, maar dat haar verklaring onvoldoende gesteund werd door de overgelegde bewijsstukken. De verzochte verklaring voor recht moest dan ook worden afgewezen. De bewijsmiddelen werden (samen)gevat als volgt beoordeeld:

- De verklaring van '[naam 2]' was niet ondertekend en betrof geen verklaring uit eigen wetenschap. Daarnaast was [naam 2] niet onder ede gehoord. De verklaring had daarom geen bewijskracht.
- De verklaring van de verzorgde (de opdrachtgever) bevatte enkel een voornaam en riep tevens inhoudelijk vragen op over de gewerkte uren en het uurloon. Het had op de weg van de benadeelde gelegen de twijfels weg te nemen door de verzorgde onder ede te horen. Vanwege een gedane belofte waren ook in deze procedure geen aanvullende gegevens over de verzorgde verstrekt. Dit leidt ertoe dat zij niet alsnog onder ede gehoord kon worden en dat de verklaring onvoldoende bewijs opleverde.
- Tijdens een voorlopig getuigenverhoor had de benadeelde zichzelf en haar echtgenoot als getuigen laten verhoren. De verklaring van de echtgenoot was onvoldoende sterk aanvullend bewijs voor de verklaring van de benadeelde (als partijgetuige). De echtgenoot had een voor de hand liggend belang bij de uitkomst, maar verklaarde bovendien niet inhoudelijk consistent met de benadeelde.
- Tot slot waren afschriften van grote overboekingen naar een spaarrekening overgelegd, maar hieruit bleek geen relatie met de gestelde inkomsten.

Het voor de benadeelde onbevredigende resultaat van deze procedure laat goed zien dat het vorderen van gemiste zwarte inkomsten allerm minst een gelopen race is. De keuze om een zwartwerkvordering in de letselschadezaak op te voeren ligt bij de benadeelde. Hij zal zich moeten realiseren dat hij, als het hem niet lukt zijn vordering voldoende aannemelijk te maken, op dit punt mogelijk met lege handen achterblijft.

Men kan zich afvragen in hoeverre de gedachte uit het arrest *Vehof/Helvetia* kan worden doorgetrokken. Hier oordeelde de Hoge Raad dat het met betrekking tot het toekomstig arbeidsvermogen in de hypothetische situatie zonder ongeval aankomt op de redelijke verwachting van de rechter. Nu de benadeelde als gevolg van het handelen van de schadeveroorzaker de mogelijkheid is ontnomen zekerheid te bieden over de hypothetische toekomst zonder ongeval, mogen aan het bewijs hiervan geen strenge eisen worden gesteld.<sup>53</sup>

Deze redenering ziet op het geval dat wel duidelijkheid bestaat over de inkomsten voor het ongeval, maar onzekerheid over het toekomstig verdienvermogen in de hypothetische situatie zonder ongeval. In de kwestie van zwart werk gaat het allereerst om bewijs van de inkomsten voor het ongeval. Echter,

ook hier geldt dat de benadeelde door de aansprakelijke partij in deze situatie is gebracht; zonder haar handelen had de benadeelde zich niet in deze lastige bewijspositie bevonden. Men zou kunnen stellen dat deze achtergrond hier naar analogie kan worden toegepast, en dat het slachtoffer hier eveneens het voordeel van de twijfel moet krijgen.

Een tegemoetkoming kan bijvoorbeeld zijn gelegen in een abstractere schadebegroting. Wanneer de benadeelde kan bewijzen dat hij voor het ongeval zwartwerkte en dat nu niet meer kan, is sprake van verminderd verdienvermogen. Deze schade wordt in de praktijk veelal zo concreet mogelijk begroot aan de hand van het werkelijke inkomstenverlies. Net als bij bepaalde andere schadeposten, zou de rechter de schade ook abstracter kunnen begroten. Zo kan bijvoorbeeld worden aangesloten bij de wit verdiende inkomsten, of bij branchegegevens.

Anderzijds kan men zeggen dat het niet kunnen leveren van voldoende bewijs een risico is dat het slachtoffer genomen heeft. Door het uit de boeken houden van werkzaamheden heeft hij mogelijk jarenlang voordeel genoten. Men kan menen dat hij na een ongeval dan maar op de blaren moet zitten en dat een tegemoetkoming in de bewijslast onnodig is. Het is overigens wel de vraag in hoeverre de zwartwerker zich zal realiseren dat hij na een schadeveroorzakende gebeurtenis mogelijk niet gecompenseerd zal worden en hij dus bewust dit risico heeft aanvaard.

Zelf zou ik pleiten voor een middenweg. De benadeelde heeft het bewijsprobleem in zekere zin zelf veroorzaakt. Aan het bewijs mogen dan wel (strenge) eisen worden gesteld. Tegelijkertijd moet worden voorkomen dat de schadepost door al te strenge eisen een wassen neus wordt. Tegemoetkoming bij de laatste 'hobbels' lijkt mij gerechtvaardigd.

### 9. Veranderde maatschappelijke opvattingen?

Alles overziend kom ik tot de conclusie dat de rechtspraak over gemiste zwarte inkomsten nog altijd als bestendig kan worden beschouwd. Verlies aan verdienvermogen moet worden gecompenseerd, ongeacht of de inkomsten zwart of wit werden verdiend. Wel dienen de werkzaamheden op zichzelf legaal te zijn en moet de benadeelde aan zijn bewijslast voldoen.

Hoewel ik daar momenteel onvoldoende aanwijzingen voor zie, is natuurlijk mogelijk dat over enige tijd blijkt dat de uitspraak van de voorzieningenrechter in 2020 wél hernieuwde opvattingen weergeeft. Het is in ieder geval de vraag of de discussie finaal beslecht is. De opvattingen van De Haan, Oskam en Fluit zullen door sommigen worden gedeeld, vermoedelijk met name vanuit het verzekeringswezen. Of men nu vermindering van de schadelast of maatschappelijke en morele verantwoordelijkheid als achterliggend oogmerk heeft, feit blijft dat zwartwerken in strijd is met de fiscale regelgeving en dat de maatschappij er nadelen door ondervindt.

53. HR 15 mei 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2654, NJ 1998/624 (*Vehof/Helvetia*), r.o. 3.5.1-3.5.2. Zie ook voetnoot 31. In gelijke zin: HR 17 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:273, r.o. 3.3.2.

Opvattingen over schade veranderen met de tijd. Anders dan eerst komen schadeposten zoals shock- en affectieschade tegenwoordig wel voor vergoeding in aanmerking.<sup>54</sup> Afschaffing van schadeposten lijkt dan eveneens mogelijk. Hiervoor is wel een verandering in de maatschappelijke opvattingen vereist: we moeten menen dat het vergoeden van gemiste zwarte inkomsten niet langer maatschappelijk geaccepteerd is. Met name De Haan en Oskam voeren dit aan. Mij is overigens onduidelijk waaruit volgens hen blijkt dat wij tegenwoordig anders aankijken tegen zwartwerken dan in 2000, toen de Hoge Raad arrest wees. Zij voeren hier in ieder geval geen bewijs voor aan, bijvoorbeeld in de vorm van empirisch onderzoek.

Wel kan worden gesteld dat zwartwerken bepaald niet ongebruikelijk is. De NOS berichtte op basis van cijfers van het CBS dat in 2018 ongeveer 400.000 mensen belasting hadden ontdoken, en dat de wereld van het zwartwerken goed is voor zo'n € 4 miljard.<sup>55</sup> De deelgeschilrechter in Gelderland overwoog expliciet dat het verre van ongebruikelijk is dat het beweerdelijk verrichte werk (verzorging aan huis) zwart werd gedaan.<sup>56</sup> Schijnbaar wordt met zwartwerken voorzien in een bestaande maatschappelijke behoefte.<sup>57</sup>

Nader onderzoek naar maatschappelijke opvattingen met betrekking tot (de vergoeding van) zwartwerken lijkt mij noodzakelijk voor de acceptatie van de stelling dat sprake is van veranderde opvattingen. Om meer zicht te krijgen op de omvang van vergoede zwarte werkzaamheden (en de discussie zo minder abstract te maken) zou wellicht door verzekeraars onderzocht kunnen worden hoeveel gemiste zwarte inkomsten zij vergoeden en hoeveel wordt 'bespaard' doordat benodigde hulp (al dan niet op voorstel van de verzekeraar) zwart wordt ingeschakeld door benadeelden.<sup>58</sup> Ook een uitspraak van een hogere rechter kan verduidelijking bieden over de

stand van zaken. Hierbij zijn alle betrokkenen gebaat, met name letselschadeslachtoffers zelf.

Bij de huidige stand van de rechtspraak en de maatschappelijke opvattingen zoals die mij bekend zijn, meen ik dat ontmoediging van zwartwerken door het onthouden van vergoedingen in strijd is met de uitkeringsverplichting van de aansprakelijke verzekeraar. Ik deel de opvatting van Van Dort dat het (nu) meer op de weg ligt van de Belastingdienst dan van de aansprakelijke verzekeraars om zwartwerken tegen te gaan. In het privaatrechtelijke geschil tussen de benadeelde en de aansprakelijke partij/verzekeraar is het betalen van belasting immers geen onderdeel van de verhouding.

### 10. Ter besluit

Het verlies van zwarte inkomsten als schadepost is een juridisch, maar ook maatschappelijk interessant onderwerp, dat tot veel discussie leidt. Voor- en tegenstanders van de schadepost verschillen van mening over de vraag wat doorslaggevend moet zijn: het uitgangspunt van volledige schadevergoeding of het feit dat zwartwerken, althans het niet afdragen van verschuldigde premies en belasting, illegaal is.

Begin 2020 werden de praktijk en literatuur opgeschud door een uitspraak van de voorzieningenrechter, die, anders dan de bestendige lijn in de jurisprudentie, oordeelde dat gemiste zwarte inkomsten niet voor vergoeding in aanmerking komen. Het wekt geen verbazing dat deze uitspraak door sommigen met beide handen werd aangegrepen. Maar één zwaluw maakt nog geen zomer; daarna volgende uitspraken sloten weer aan bij de bestendige lijn.

Desalniettemin verwacht ik niet dat de discussie finaal beslecht is. Wanneer maatschappelijke opvattingen veranderen, kunnen schadeposten ontstaan, maar ook verdwijnen. Hoewel de samenleving gebaat is bij correcte belastingafdracht, staat vast dat zwartwerken in grote omvang voorkomt. Het vervult daarmee in zekere zin een maatschappelijke behoefte.

Het is mogelijk dat veranderende maatschappelijke opvattingen ertoe leiden dat wij in de toekomst anders met gemiste zwarte inkomsten zullen omgaan. Wellicht wordt op den duur bijvoorbeeld geoordeeld dat toch sprake is van (vergoeding van) een niet-rechtmatig belang. Voor nu zou ik echter menen dat de tendens in de jurisprudentie, die ook recentelijk is voortgezet, maakt dat de schadepost nog (lang) niet passé is.

54. Zelf heb ik gepleit voor het bieden van een vergoeding voor het verlies van vrije tijd als gevolg van schadebepalend handelen, zie [www.uvu.vu.nl/pub/fulltext/scripties/14\\_2524678\\_0.pdf](http://www.uvu.vu.nl/pub/fulltext/scripties/14_2524678_0.pdf).

55. NOS, 'Honderdduizenden Nederlanders werken zwart, schoonmakers koploper', 27 september 2019, <https://nos.nl/op3/artikel/2303517-honderdduizenden-nederlanders-werken-zwart-schoonmakers-koploper>.

56. Rb. Gelderland 16 december 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:6628, r.o. 4.3. Zie ook par. 5.1.

57. Volledigheidshalve merk ik op dat met deze maatschappelijke behoefte bedoeld wordt op de situatie waarin mensen zelf bewust kiezen om zwart te werken. Dit moet worden onderscheiden van de situatie waarin personen tegen hun wil zwartwerken, bijv. omdat de 'gewone' werkgever zwart uitbetaalt. Mijns inziens is bij deze laatste gevallen in het schaderegelingstraject (extra) bescherming gerechtvaardigd, omdat het slachtoffer niet (nog verder) de dupe mag worden van dergelijke (wan)praktijken van zijn werkgever.

58. Volgens de Regeling dienstverlening aan huis mag iemand in bepaalde gevallen huishoudelijke hulp inschakelen zonder afspraken met de fiscus te maken. De ingehuurde zal echter inkomstenbelasting en premies moeten betalen (zie de regeling onder 3.1.2). Gebeurt dat niet, dan is nog steeds sprake van zwart werk. Volgens Van Dort zou de consequentie van het niet vergoeden van gemiste zwarte inkomsten moeten zijn dat ook hulpverlening voortaan enkel via het witte circuit kan gaan. Hij vraagt zich af of dat bedrijfseconomisch gezien een gezonde afweging is voor verzekeraars, zie Van Dort 2020, p. 146.