

SLAPEN EN WAKEN OP HET WERK

ICER WERKGROEP  
FOLLOW UP ARREST JAEGER (C-151/02)

januari 2004

# INHOUDSOPGAVE

1. AANLEIDING EN DOEL ADVIES
    - 1.1 Aanleiding
    - 1.2 Doel van het advies
  2. WERKWIJZE WERKGROEP
  3. INVENTARISATIE SECTOREN EN BEROEPSGROEPEN
  4. MOGELIJKE SCHADE
    - 4.1 Schade waarmee de overheid als wetgever kan worden geconfronteerd
    - 4.2 Schade waarmee de overheid als werkgever kan worden geconfronteerd
    - 4.3 Schade waarmee een particuliere werkgever kan worden geconfronteerd
  5. ALGEMEEN JURIDISCH KADER
    - 5.1 Inleiding
    - 5.2 Aansprakelijkheid van de overheid als wetgever
      - 5.2.1 Schending van EG-recht door de overheid
      - 5.2.2 Vestiging overheidsaansprakelijkheid naar Europees recht
      - 5.2.3 Vestiging overheidsaansprakelijkheid naar Nederlands recht
      - 5.2.4 Omvang van de aansprakelijkheid
      - 5.2.5 Procedurele eisen
    - 5.3 Aansprakelijkheid van de werkgever
      - 5.3.1 De overheid als werkgever
      - 5.3.2 Omvang van de aansprakelijkheid
      - 5.3.3 Procedurele eisen
    - 5.4 De particuliere werkgever
      - 5.4.1 Europeesrechtelijke opties
      - 5.4.2 Nationaalrechtelijke opties
  6. TOETSING HAALBAARHEID SCHADEVORDERINGEN
    - 6.1 Inleiding
    - 6.2 Ontvankelijkheid
    - 6.3 Verjaring
    - 6.4 Schadevorderingen tegen de overheid als wetgever
      - 6.4.1 Aansprakelijkheid naar Europees recht
      - 6.4.2 Aansprakelijkheid naar nationaal recht
    - 6.5 Schadevorderingen tegen de overheid als werkgever
    - 6.6 Omvang aansprakelijkheid
  7. CONCLUSIES EN AANBEVELING
- Bijlage 1: Verweren per mogelijke vordering (gedraglijn)  
Bijlage 2: Samenstelling werkgroep  
Bijlage 3: Startnotitie

## 1. AANLEIDING EN DOEL ADVIES

### 1.1 Aanleiding

Op 9 september 2003 heeft het Hof van Justitie EG uitspraak gedaan in de zaak Jaeger.<sup>1</sup> In deze zaak was aan de orde of de aanwezigheidsdienst van een arts (in loondienst van een ziekenhuis) in zijn geheel moet worden aangemerkt als arbeidstijd in de zin van richtlijn 93/104/EG<sup>2</sup>, ook in het geval dat de betrokken arts is toegestaan in het ziekenhuis te rusten of te slapen gedurende de perioden van de dienst waarin geen beroep op hem wordt gedaan. Het Hof beantwoordde die vraag bevestigend. De onduidelijkheid die er na het arrest Simap nog was over de vraag of ook aanwezigheidsdiensten met een geringe(re) arbeidsintensiteit volledig als arbeidstijd moeten worden gerekend, is daarmee weggenomen.<sup>3</sup>

Richtlijn 93/104/EG regelde op Europees niveau een aantal aspecten van de organisatie van de arbeids- en rusttijden, zoals de minimale dagelijkse en wekelijkse rusttijden, de minimale jaarlijkse vakantie en de maximale wekelijkse arbeidstijd. De richtlijn vormde een kaderregeling waarbinnen de lidstaten hun arbeidstijdenregeling vorm moesten geven, had tot doel de veiligheid en gezondheid van werknemers te waarborgen en bevatte geen bepalingen over de beloning.

Deze richtlijn is gewijzigd bij richtlijn 2000/34/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 juni 2000 tot wijziging van Richtlijn 93/104/EG van de Raad betreffende een aantal aspecten van de organisatie van de arbeidstijd om de van deze richtlijn uitgesloten sectoren en activiteiten te bestrijken. Wegens het ingrijpende karakter van de wijzigingen is ter wille van de duidelijkheid tot codificatie overgegaan en is richtlijn 2003/88/EG tot stand gebracht. Deze richtlijn bevat dus de inhoud van richtlijn 93/104/EG en de wijzigingen van richtlijn 2000/34/EG.

In deze rapportage is er voor gekozen om dit complex aan te duiden met 'de richtlijn'.

In Nederland is de richtlijn geïmplementeerd in de Arbeidstijdenwet (ATW) en het daarop gebaseerde Arbeidstijdenbesluit (ATB). In de ATW wordt consignatie mogelijk gemaakt.

Consignatie is een periode waarin een werknemer uitsluitend verplicht is bereikbaar te zijn om in geval van onvoorziene omstandigheden op oproep arbeid te verrichten. Deze periode wordt gerekend als rusttijd; alleen de tijd die een werknemer feitelijk werkt tijdens een consignatieperiode wordt als arbeidstijd gerekend. In het ATB worden, naast consignatie, ook aanwezigheidsdiensten, piket en bereikbaarheidsdiensten mogelijk gemaakt. Bij aanwezigheidsdiensten en piket geldt dat de werknemer op de werkplek aanwezig moet zijn om op oproep arbeid te verrichten.

De aanwezigheidsperiode wordt gelijk gesteld met rusttijd. Alleen de daadwerkelijk gewerkte tijd wordt als arbeidstijd geteld.

Het Hof stelde in het arrest Jaeger vast dat wachtdiensten waarbij artsen fysiek in het ziekenhuis *aanwezig* moeten zijn, volledig als arbeidstijd moeten worden beschouwd, ook als de artsen op hun

---

<sup>1</sup> Hof van Justitie EG, 9 september 2003, C-151/02, Landeshauptstadt Kiel tegen Norbert Jaeger.

<sup>2</sup> Richtlijn 93/104/EG van de Raad van 23 november 1993 betreffende een aantal aspecten van de organisatie van de arbeidstijd.

<sup>3</sup> Hof van Justitie EG, 3 oktober 2000, C-303/98, Simap. Onduidelijkheid over de reikwijdte van dit arrest was mede ontstaan doordat in een door de Europese Commissie georganiseerde expertmeeting naar aanleiding van het arrest Simap door de Juridische Dienst van de Commissie twijfel is uitgesproken over de vraag of het arrest Simap in alle situaties van toepassing was. Aangegeven werd dat elke concrete situatie afzonderlijk beoordeeld moest worden en dat alleen wachtdiensten die onder de omstandigheden als in het arrest omschreven waren (de artsen waren gedurende de gehele wachtdienst in touw) volledig als arbeidstijd zouden moeten worden aangemerkt. De verplichte aanwezigheid op de werkplek zou niet de doorslaggevende factor zijn. Van belang zouden ook de intensiteit van de werkzaamheden tijdens de wachtdienst en de mate van waarschijnlijkheid van een oproep zijn. Door de voorzitter van de meeting werd vervolgens benadrukt dat deze interpretatie van het arrest nog niet als visie van de Commissie kon worden gezien, maar dat de Commissie zo spoedig mogelijk met een werkdocument zou komen. Een dergelijk document is echter niet verschenen.

werkplek mogen rusten of slapen tijdens de perioden waarin van hen geen werkzaamheden worden verlangd. Dit ligt anders, wanneer de aanwezigheid van de arts niet permanent vereist is, maar hij zich slechts *beschikbaar* (in de zin van bereikbaar) hoeft te houden. Het Hof benadrukte, dat aan deze uitleg niet wordt afgedaan door de bezwaren ontleend aan consequenties van economische en organisatorische aard die uit deze uitleg kunnen voortvloeien.

Naar het oordeel van het Hof staat het de lidstaten niet vrij om in hun nationale regelgeving te bepalen dat de perioden waarin artsen gedurende hun wachtdienst geen werkzaamheden verrichten, als rusttijd hebben te gelden. Voorts oordeelde het Hof dat de dagelijkse rusttijd van elf uren, die de richtlijn voorschrijft, alleen mag worden verkort op voorwaarde dat direct aansluitend aan de arbeidstijd gelijkwaardige compenserende rusttijden worden geboden.

Als wachtdiensten met verplichte aanwezigheid op de werkplek integraal als arbeidstijd moeten worden aangemerkt, en inactieve uren dus niet meer gelijk mogen worden gesteld met rusttijd, wordt in branches waar wachtdiensten aan de orde zijn, eerder de maximum arbeidsduur per week bereikt. Daardoor neemt de inzetbaarheid van werknemers voor de werkgever af. Er zullen dan ook extra werknemers moeten worden aangetrokken om deze verminderde inzetbaarheid te compenseren. Om de Nederlandse wetgeving in overeenstemming met het gemeenschapsrecht te brengen en de bestaande praktijk van aanwezigheidsdiensten zoveel mogelijk te ontzien is binnen de grenzen van de richtlijn een wijziging van het Arbeidstijdenbesluit (ATB) voorbereid.

Omdat het arrest Jaeger voor vrijwel alle EU-lidstaten gevolgen heeft, heeft de Europese Commissie onderzocht in hoeverre de richtlijn kan worden aangepast om voor de ontstane knelpunten een structurele oplossing te vinden. Eind september 2004 heeft de Europese Commissie een voorstel gedaan voor wijzigingen. Dit voorstel voorziet onder meer in een bepaling op grond waarvan inactieve uren van een aanwezigheidsdienst niet als arbeidstijd moeten worden gerekend, tenzij dit anders is bepaald in de nationale regelgeving of in een collectieve arbeidsovereenkomst of bedrijfsakkoord, en een verlenging van de referentieperiode waarover de gemiddelde maximum arbeidstijd per week mag worden berekend.

Als een richtlijn overeenkomstig dit voorstel tot stand komt, moet opnieuw worden bezien in hoeverre de Nederlandse regelgeving aanpassing behoeft. Het zou kunnen betekenen dat de huidige Nederlandse wetgeving met ingang van de inwerkingtredingsdatum van die richtlijn aansluit op het Europese recht.

## 1.2 Doel van dit advies

De vraag is gerezen of het arrest Jaeger (financiële) knelpunten kan opleveren, primair voor het verleden. Immers: een Hofuitspraak is declaratoir en geldt met terugwerkende kracht. De ICER heeft daarom besloten een interdepartementale werkgroep in te stellen met de opdracht een juridische risicoanalyse op te stellen. Besloten werd ook dat de werkgroep zich niet zou bezighouden met de aanpassing van de relevante EG- en nationale regelgeving.

Het doel van dit advies is het maken van een inventarisatie van de soorten schade waarop particulieren zich zouden kunnen beroepen en het opstellen van een gedragslijn ten aanzien van eventuele vorderingen tot schadevergoeding.<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> Voor zover bekend, is een vordering ingesteld door een Rotterdamse brandweerman tegen de gemeente Rotterdam als werkgever met als inzet aanpassing van het dienstrooster en compensatie in verloftijd van de gederfde vrije tijd gedurende de periode waarin door de gemeente Rotterdam onrechtmatig is gehandeld door niet een rooster te hanteren conform de richtlijn. Ook zou een zaak aanhangig zijn gemaakt tegen een werkgever in de sector ambulancevervoer; nadere gegevens hierover zijn echter niet bekend.

## 2. WERKWIJZE WERKGROEP

De werkgroep is op 8 maart 2004 begonnen met haar werkzaamheden. Eerst is in kaart gebracht voor welke sectoren en in welke omvang het arrest Jaeger gevolgen had. Vervolgens is bedacht welke schadevorderingen zouden kunnen worden ingediend. Nadat het juridisch kader voor aansprakelijkstellingen was vastgesteld zijn de mogelijke schadevorderingen daaraan getoetst op haalbaarheid. Uiteindelijk is een overzicht gemaakt van de verschillende schadevorderingen en de daartegen aan te voeren verweren.

## 3. INVENTARISATIE SECTOREN EN BEROEPSGROEPEN

Het arrest Jaeger heeft niet alleen gevolgen voor artsen maar raakt ook andere beroepsgroepen. De verschillende departementen hebben op verzoek van het Ministerie van SZW een inventarisatie gemaakt van de beroepsgroepen die door het arrest worden geraakt.<sup>5</sup> De getallen achter de sectoren betreft het aantal aanwezigheidsdiensten per kalenderdag.

- gehandicaptenzorg (3500);
- geestelijke gezondheidszorg (100);
- schippersinternaten (45);
- jeugdhulpverlening (750);
- justitiële jeugdinrichtingen (54);
- academische ziekenhuizen (500), algemene categorale ziekenhuizen (400);<sup>6</sup>
- verpleeg- en verzorgingshuizen (1000);
- ambulancevervoer (90);
- welzijn en maatschappelijke dienstverlening (320);
- brandweer (1200);
- defensie (c.a. 200).

NB)

Krachtens artikel 1, lid 3 van de richtlijn 93/104, is deze richtlijn van toepassing op alle particuliere of openbare sectoren in de zin van art. 2 van richtlijn 89/391 betreffende de tenuitvoerlegging van maatregelen ter bevordering van de verbetering van de veiligheid en de gezondheid van de werknemers op het werk. Richtlijn 89/391/EEG bepaalt dat zij niet geldt wanneer bijzondere aspecten inherent aan a) bepaalde activiteiten in overheidsdienst of b) bepaalde activiteiten in het kader van de bevolkingsbescherming - al dan niet openbaar - in de weg staan aan haar toepassing. Hoever deze uitzonderingsbepaling precies reikt is niet duidelijk. In ieder geval moet de uitzondering *bepert* worden uitgelegd en geldt deze niet in zijn algemeenheid voor bepaalde beroepsgroepen.

In dit verband is van belang dat recentelijk in de prejudiciële zaak C-52/04 (Feuerwehr Hamburg) aan het Hof de vraag is voorgelegd of de richtlijn van toepassing is op brandweerlieden van de openbare brandweer. In de zaak Pfeiffer (C-397/01) speelde dezelfde vraag ten aanzien van ambulancehulpverleners. In het arrest van 5 oktober 2004 in die zaak heeft het Hof bepaald dat alleen *bepaalde activiteiten* van hulpdiensten (bijv. bij rampen) onder de uitzonderingsbepaling van de richtlijn vallen.

---

<sup>5</sup> Het weg-, lucht-, zee- en spoorvervoer, de binnenvaart, de zeevisserij en andere activiteiten op zee zijn uitgesloten van de werkingssfeer van de richtlijn; daarvoor gelden aparte EG-regels (ov. 3 jo. art. 1 van de richtlijn).

<sup>6</sup> In kader van dit rapport zijn artsen in opleiding nog buiten beschouwing gelaten. De werkingssfeer van de richtlijn 93/104/EG is met ingang van 1 augustus 2004 wel uitgebreid tot deze beroepsgroep door richtlijn 2000/34 van 22 juni 2000. Hierbij is echter bepaald dat tot 2009 voor hen een overgangperiode geldt ten aanzien van de maximale werkweek.

Bovenstaande sectoren behoren alle tot de collectieve sector. Soms is de overheid daarbij zelf de werkgever. Maar in de meeste gevallen betreft het particuliere werkgevers: veelal stichtingen.

Aanwezigheidsdiensten kunnen wellicht eveneens voorkomen in de marktsector. De werkgroep heeft besloten ook aandacht te besteden aan de schade die de particuliere werkgevers in de marktsector kunnen lijden, omdat dergelijke schade zou kunnen leiden tot claims tegen de overheid.

#### **4. MOGELIJKE SCHADE**

De constatering dat de Nederlandse nationale regelgeving niet in overeenstemming is (geweest) met de richtlijn, zal voor werknemers en wellicht ook werkgevers aanleiding vormen om eventuele geleden schade te willen verhalen. In deze paragraaf wordt een niet-uitputtend overzicht gegeven van de soorten schade waarvan het denkbaar is dat particulieren die zullen claimen.<sup>7</sup> Daarbij wordt onderscheid gemaakt naar schade waarmee de overheid in de hoedanigheid van wetgever en in de hoedanigheid van werkgever kan worden geconfronteerd.

##### **4.1. Schade waarmee de overheid als wetgever kan worden geconfronteerd**

Een werknemer zou kunnen stellen schade te hebben geleden als gevolg van onjuiste wetgeving, die toeliet dat hij te veel uren heeft gewerkt door het draaien van aanwezigheidsdiensten. Die schade zou van immateriële aard kunnen zijn of van materiële aard.

Als immateriële schade zouden gederfde levensvreugde (gederfde vrije tijd, geen tijd voor de kinderen) en/of gezondheidsklachten, waaronder begrepen arbeidsongeschiktheid, kunnen worden aangevoerd.

Materiële schade zou kunnen worden gesteld in de vorm van gederfde inkomsten in het verleden over de uren die ten onrechte niet als arbeidstijd zijn aangemerkt, gederfde inkomsten in de toekomst doordat hij minder uren kan maken dan onder de – achteraf – onjuiste wetgeving mogelijk was, kosten in verband met gezondheidsklachten, gederfde inkomsten in verband met arbeidsongeschiktheid en extra kosten voor kinderopvang.

Werkgevers kunnen worden geconfronteerd met vorderingen van werknemers. Als deze vorderingen van werknemers succesvol zouden zijn, zouden werkgevers de overheid aansprakelijk kunnen stellen voor de door de werkgevers vergoede bedragen, alsmede voor de in verband daarmee gemaakte kosten.

Een werkgever zou ook de kosten die gepaard gaan aan het aanpassen van de organisatie in zijn bedrijf om deze in overeenstemming te brengen met de voorschriften van het Europese recht op de overheid als (onrechtmatige) wetgever kunnen willen verhalen.

Tenslotte is denkbaar dat werkgevers in de gepremieerde en gesubsidieerde sector een budgettaire claim neerleggen bij de overheid. De instellingen in deze sector worden op de een of andere manier bekostigd door de overheid. Wanneer zij als gevolg van acties van werknemers schade lijden, zouden zij zich tot de Minister van VWS of tot het College tarieven gezondheidszorg kunnen wenden met het verzoek het budget te verhogen of de tarieven aan te passen. Bespreking van deze vraag valt buiten het bestek van deze rapportage.

##### **4.2. Schade waarmee de overheid als werkgever kan worden geconfronteerd**

---

<sup>7</sup> Indien vorderingen in geld worden toegewezen moet rekening worden gehouden met de verplichting ook wettelijke rente te betalen.

De overheid in de hoedanigheid van werkgever is gehouden het Europese recht na te leven. Een werknemer zou daarom kunnen stellen schade te hebben geleden als gevolg van het niet naleven van de Europese regelgeving door de werkgever.

Het meest voor de hand ligt dat werknemers een vergoeding vorderen van gederfde inkomsten in het verleden over de uren die ten onrechte niet als arbeidstijd zijn aangemerkt of compensatie in tijd van de gederfde vrije tijd doordat uren ten onrechte als rusttijd zijn aangemerkt. M.a.w.: de werknemer wil, nu achteraf zijn aanwezigheidsuren arbeidstijd blijken te zijn, hiervoor alsnog salaris ontvangen.

Ook tegen de overheid als werkgever zijn vorderingen denkbaar terzake van kosten in verband met gezondheidsklachten, gederfde inkomsten in verband met arbeidsongeschiktheid en extra kosten voor kinderopvang.

Als immateriële schade zouden ook in dit kader gederfde levensvreugde (gederfde vrije tijd, geen tijd voor de kinderen) en/of gezondheidsklachten, waaronder begrepen arbeidsongeschiktheid, kunnen worden aangevoerd.

Het aanpassen van de dienstroosters zou kunnen leiden tot vorderingen tot vergoeding van schade in de vorm van gederfde inkomsten in de toekomst doordat hij minder uren kan maken dan voorheen.

#### **4.3. Schade waarmee een particuliere werkgever kan worden geconfronteerd**

Een werknemer in de particuliere sector zou zijn werkgever kunnen aanspreken. De denkbare vorderingen komen overeen met die onder 4.2. De werkgever kan vervolgens op zijn beurt de overheid aanspreken vanwege onrechtmatige wetgeving (zie 4.1.)

### **5. ALGEMEEN JURIDISCH KADER**

#### **5.1 Inleiding**

In dit hoofdstuk wordt ingegaan op het juridisch kader. Hierbij wordt als uitgangspunt genomen dat de overheid op twee manieren aangesproken kan worden. Ten eerste in haar hoedanigheid als onrechtmatige wetgever (paragraaf 5.2) en ten tweede als werkgever (paragraaf 5.3). In het volgende zal kort uiteen worden gezet op welke juridische gronden de overheid in de twee hiervoor genoemde hoedanigheden kan worden aangesproken. Voorts komt de aansprakelijkheid van de particuliere werkgevers aan de orde (paragraaf 5.4).

#### **5.2 Aansprakelijkheid van de overheid als wetgever**

##### *5.2.1 Schending van EG-recht door de overheid*

Zoals uit hoofdstuk 1 blijkt, is de huidige nationale wetgeving niet in overeenstemming met de richtlijn. Immers uit het ATB blijkt, dat alleen de daadwerkelijk gewerkte tijd bij aanwezigheidsdiensten en piketten wordt aangemerkt als arbeidstijd. De tijd die de werknemer verplicht op de werkplek moet doorbrengen, maar waarin niet daadwerkelijk wordt gewerkt, wordt aangemerkt als rusttijd. Uit het arrest Jaeger volgt dat de gehele periode van verplichte aanwezigheid moet worden aangemerkt als arbeidstijd. Dit betekent, dat een nationale rechter zal (moeten) oordelen dat Nederland op dit punt het EG-recht heeft geschonden. Omdat een arrest van het Hof van Justitie EG, waarin een uitlegging wordt gegeven van communautaire bepalingen, geldt vanaf het moment waarop de desbetreffende bepaling van kracht is geworden, heeft de schending een aanvang genomen

op 23 november 1996, zijnde de datum waarop de richtlijn in nationaal recht omgezet moest zijn (art. 18, eerste lid, onder a van richtlijn 93/104/EG).

Voor zover de overheid als werkgever het daadwerkelijk gewerkte deel van periodes van verplichte aanwezigheid heeft aangemerkt als rusttijd in plaats van als arbeidstijd, betekent dit dat de overheid ook als werkgever heeft gehandeld in strijd met het EG-recht.

Met betrekking tot dit laatste punt is van belang, dat het Hof heeft geoordeeld dat wanneer iemand zich tegenover de Staat op een richtlijn beroept, hij dit kan doen ongeacht de hoedanigheid waarin de Staat handelde. Dit betekent dat de overheid ook als werkgever kan worden aangesproken op de onjuiste toepassing van het gemeenschapsrecht.<sup>8</sup> De overheidsinstantie die niet is aan te merken als wetgever is gehouden om in zijn handelen of nalaten het gemeenschapsrecht niet te schenden, ook in situaties waarin nationale regelgeving niet met het gemeenschapsrecht in overeenstemming is. Deze kan zich dus niet 'verschuilen' achter de nationale wetgeving.<sup>9</sup>

Voorts is relevant, dat naar Europees recht de volgende organisaties of lichamen onder het begrip overheid vallen:

- (a) organisaties of lichamen die onder gezag of toezicht van de staat staan; of
- (b) die over bijzondere, verdergaande bevoegdheden beschikken dan die welke voortvloeien uit de regels die in de betrekkingen tussen particulieren gelden.<sup>10</sup>

Onder het Europeesrechtelijke begrip overheid vallen ook rechtssubjecten die door de (centrale of decentrale) overheid (via een wet, besluit, concessie of overeenkomst) zijn belast met de uitvoering van een dienst van openbaar belang, onder toezicht van de overheid, en die hiertoe over bijzondere, verdergaande bevoegdheden beschikken dan particuliere organisaties. De rechtsvorm doet hierbij niet terzake.<sup>11</sup> Voorbeelden van (door het Hof als zodanig aangemerkte) overheidsbedrijven treffen we aan op terreinen als telecommunicatie, vervoer, energie, gas en watervoorziening, post, publieke omroep en woningbouw.<sup>12</sup> Ook kunnen richtlijnbevestigingen worden ingeroepen tegenover bijvoorbeeld de fiscus en onafhankelijke instanties belast met de handhaving van de openbare orde en veiligheid.<sup>13</sup>

Het Europese begrip overheid is derhalve *ruimer* dan de definitie van bestuursorganen gegeven in artikel 1:1 Awb (een orgaan van een rechtspersoon die krachtens publiekrecht is ingesteld, of een ander persoon of college, met enig openbaar gezag bekleed). Dat betekent dat in het kader van het Europese recht eerder sprake kan zijn van een overheidswerkgever en eventueel overheidsaansprakelijkheid. Dit betekent naar de mening van de werkgroep dat er rekening mee moet worden gehouden dat de hiervoor onder 3 genoemde sectoren naar EG-rechtelijke maatstaven in meerderheid als overheidswerkgever moeten worden aangemerkt.

### 5.2.2 Vestiging overheidsaansprakelijkheid naar Europees recht

Lidstaten hebben uit hoofde van het EG-recht de plicht de schade te vergoeden die is veroorzaakt door schending van EG-recht.<sup>14</sup> Particulieren moeten het recht tot schadevergoeding bij de nationale rechter

---

<sup>8</sup> Hof van Justitie EG, 26 februari, C-152/84, *Marshall*, r.o. 49. Zie ook Jans e.a., Inleiding tot het Europees bestuursrecht, Ars Aequi Libri, Nijmegen 2002, hoofdstuk 2.4.

<sup>9</sup> Jans e.a., p. 105-106.

<sup>10</sup> Hof van Justitie EG, 12 juli 1990, C-188/89, *Foster*, r.o. 18.

<sup>11</sup> *Foster*, r.o. 20 en Hof van Justitie EG, 4 december 1997, C-253/96 t/m 258/96, *Kampelmann*, r.o. 46.

<sup>12</sup> Zie de Mededeling van de Commissie inzake diensten van algemeen belang (2004), 374 def. Hierin wordt tevens ingegaan op de (uitgebreide) Hof-jurisprudentie terzake.

<sup>13</sup> Hof van Justitie, C-221/88 *Busseni* en 222/84 *Johnston*.

<sup>14</sup> Hof van Justitie EG, 19 november 1991, C-06/90 en C-09/90, *Francovich*; Hof van Justitie EG, 5 maart 1996, C-46/93 en C-48/93, *Brasserie du Pecheur & Factortame*.



kunnen afdwingen. Schadevergoeding moet in ieder geval worden toegekend als voldaan is aan de volgende voorwaarden:

1. de schending moet voldoende gekwalificeerd zijn;
2. de geschonden rechtsregel moet rechten aan particulieren toekennen;
3. er moet een causaal verband zijn tussen schade en de schending.

#### Ad 1 Voldoende gekwalificeerde schending

Het beslissende criterium is de kennelijke en ernstige miskenning door een lidstaat van zijn discretionaire bevoegdheid. Indien er geen of een beperkte beoordelingsmarge voor een lidstaat is, leidt de enkele inbreuk al tot een voldoende gekwalificeerde schending. Indien er wel een beoordelingsmarge is geldt als vuistregel dat hoe ruimer de marge is hoe ernstiger de miskenning moet zijn. Ook de vraag of de schending al dan niet opzettelijk is begaan speelt daarbij een rol.

#### Ad 2 De toekenning van rechten aan particulieren

Het door de geschonden bepaling voorgeschreven resultaat moet de toekenning van rechten aan particulieren inhouden. Bovendien moet de inhoud van de betrokken rechten kunnen worden vastgesteld op grond van de desbetreffende bepalingen.

#### Ad 3 Het causaliteitsvereiste

Er moet een rechtstreeks oorzakelijk verband bestaan tussen de schending van de op de staat rustende verplichting en de door de benadeelde personen geleden schade.

De hierboven genoemde voorwaarden zijn minimumvoorwaarden. Dit betekent dat particulieren in ieder geval recht hebben op vergoeding van de schade als aan deze voorwaarden is voldaan. De lidstaten mogen dus geen voorwaarden hanteren die minder gunstig zijn voor particulieren.<sup>15</sup> Voor particulieren gunstiger<sup>16</sup> nationale voorwaarden voor de vaststelling van aansprakelijkheid moeten echter wel worden toegepast. Dit laatste volgt uit het arrest Rewe waarin is bepaald dat vorderingen uit hoofde van het Europees recht niet minder gunstig mogen worden behandeld dan soortgelijke vorderingen uit hoofde van het nationale recht.<sup>17</sup> Dit betekent dat van belang is de vraag in hoeverre het Nederlandse recht terzake van het vaststellen van de overheidsaansprakelijkheid gunstiger is dan het Europees recht. Voorzover de voorwaarden minder streng zijn moeten deze worden toegepast. Voorzover de voorwaarden strenger zijn, moeten deze buiten toepassing worden gelaten.

### 5.2.3 Vestiging overheidsaansprakelijkheid naar Nederlands recht

Naar Nederlands recht kan de overheid aansprakelijk worden gesteld op grond van artikel 6:162 jo 6:163 BW. Voor de vaststelling van de aansprakelijkheid moet voldaan zijn aan de volgende voorwaarden:

1. er moet sprake zijn van een onrechtmatige daad;
2. die toerekenbaar is aan de overheid;
3. er moet sprake zijn van schade;
4. er moet voldaan zijn aan het causaliteitsvereiste.
5. er moet voldaan zijn aan het relativiteitsvereiste.

#### Ad 1 onrechtmatigheid

Als onrechtmatige daad van de overheid wordt aangemerkt (1) een inbreuk op een recht (2) het doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht en (3) het handelen in strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betamelijk is. Deze eis is minder streng dan de

---

<sup>15</sup> Hof van Justitie EG, 5 maart 1996, C-46/93 en C-48/93, *Brasserie du Pecheur & Factortame*, r.o. 68 t/m 74

<sup>16</sup> Dat wil zeggen voorwaarden die een betere rechtsbescherming bieden.

<sup>17</sup> Hof van Justitie EG, 16 december 1976, 33/76, *Rewe*. Zie ook r.o. 43 in *Francovich* en r.o. 66 *Brasserie du Pecheur*.

Europese eis dat er sprake moet zijn van een “kennelijke en ernstige miskenning door een lidstaat van zijn discretionaire bevoegdheid” en moet dus worden toegepast.

#### Ad 2 toerekenbaarheid

Een handeling is naar Nederlands recht toerekenbaar op grond van schuld of op grond van de wet of de in het verkeer geldende opvattingen. Wanneer het handelen van de overheid in strijd is met een hogere wettelijke regeling, is de onrechtmatige daad toerekenbaar op grond van de in het verkeer geldende opvattingen. De overheid kan zich niet beroepen op onzekerheid omtrent de juiste uitleg van de wet.<sup>18</sup>

Derhalve geldt zowel voor onrechtmatige besluiten als voor onrechtmatige formele wetgeving een de facto risicoaansprakelijkheid. Zelfs indien een overheidslichaam geen enkel verwijt voor het onrechtmatig handelen kan worden gemaakt, komt de onrechtmatige daad toch voor zijn rekening. Onzekerheid over de betekenis van wettelijke voorschriften en wijzigingen daarvan naar aanleiding van jurisprudentie is in beginsel voor risico van de overheid.

Op grond van de Europese criteria voor vaststelling van staatsaansprakelijkheid moet de rechter rekening houden met de vraag of de schending al dan niet opzettelijk is begaan. Ook de mate van duidelijkheid en nauwkeurigheid van de geschonden regel speelt een rol. Nu op grond van het Nederlandse recht de toerekenbaarheid gegeven is bij strijd met hogere regelgeving is de Nederlandse voorwaarde ook op dit punt gunstiger.

#### Ad 3 schade

Voor de vaststelling van de aansprakelijkheid is het voldoende dat enige schade is geleden. In de jurisprudentie van het Hof van Justitie wordt dit vereiste niet expliciet behandeld. Nu echter op grond van het Europees recht ook het causaliteitsvereiste wordt gesteld, kan de Nederlandse rechter de eis dat enige schade is geleden vermoedelijk gewoon toepassen.

#### Ad 4 causaliteit

Er moet een rechtstreeks verband zijn tussen de geschonden rechtsnorm en de geleden schade. Deze eis is gelijk aan de Europese eis en kan dus worden toegepast. In beginsel wordt de toepassing van het causaliteitscriterium overgelaten aan de nationale rechter, echter de invulling van dit criterium ondervindt Europese beïnvloeding. In een tweetal zaken heeft het Hof van Justitie een oordeel gegeven over de aanwezigheid van een causaal verband.<sup>19</sup> Hoewel het Hof van Justitie zich niet expliciet heeft uitgesproken in hoeverre het causaliteitscriterium nationaalrechtelijk dan wel Europeesrechtelijk moet worden ingevuld, zal de nationale rechter de randvoorwaarden van non-discriminatie<sup>20</sup> en effectiviteit<sup>21</sup> in acht moeten nemen.

#### Ad 5 relativiteitsvereiste

Er bestaat geen verplichting tot schadevergoeding als de geschonden norm niet ter bescherming van de eiser strekt, ofwel de normschending moet *jegens de eiser* onrechtmatig zijn. Dit vereiste is geen expliciet vereiste van het Europese Hof. Immers het Europees recht eist slechts dat de geschonden regel van EG-recht de toekenning van rechten aan particulieren inhoudt.<sup>22</sup>

---

<sup>18</sup> Hoge Raad 20 februari 1998, NJ 1998, 526, r.o. 5.2.

<sup>19</sup> Hof van Justitie EG, 24 september 1998, C-319/96 *Brinkmann I*, Jur. 1998, I-5255, r.o. 29 t/m 31; Hof van Justitie EG, 15 juni 1999, C-140/97 *Rechberger*, Jur. 1999, I-3499, r.o. 74-76.

<sup>20</sup> Het nationaal procesrecht dat van toepassing is op vorderingen en aanspraken die aan het EG-recht ontleend kunnen worden, mag niet ongunstiger zijn dan het procesrecht dat geldt voor soortgelijke, zuiver nationale vorderingen en aanspraken.

<sup>21</sup> Het nationale procesrecht mag niet zodanig zijn, dat het de effectuering van de aan het EG-recht ontleende aanspraken uiterst moeilijk of praktisch onmogelijk maken.

<sup>22</sup> Zie voor de discussie in de literatuur: J.M. Prinssen, *Doorwerking van Europees recht – de verhouding tussen directe werking, conforme interpretatie en overheidsaansprakelijkheid*, 2004; J.H. Jans, R. de Lange, S. Prechal en R.J.G.M. Widdershoven, *Inleiding tot het Europees bestuursrecht*, AA Libri 1999, p. 346.

## *Tussenconclusie*

Voor de vaststelling van de overheidsaansprakelijkheid gelden in beginsel de *Nederlandse* voorwaarden voor onrechtmatige daad. Bij het relativiteitsvereiste moet per geval worden bekeken of de Nederlandse of de Europese norm gunstiger uitpakt.

### *5.2.4 Omvang van de aansprakelijkheid*

Als is vastgesteld dat de overheid aansprakelijk is (en derhalve schadeplichtig is) moet worden gekeken wat de omvang van de schadevergoedingsplicht is. Uit hoofde van het Europees recht geldt dat de criteria voor het vaststellen van de omvang van de schadevergoeding bepaald worden door het nationale recht. Het Europees recht stelt wel als eis dat de schadevergoeding adequaat dient te zijn ten opzichte van de geleden schade. Ook hier geldt weer dat de criteria niet ongunstiger moeten zijn dan die welke voor gelijksoortige vorderingen overeenkomstig het nationale recht gelden en in geen geval de vergoeding van de schade in de praktijk onmogelijk of uiterst moeilijk mogen maken. De nationale rechter mag wel onderzoeken of de benadeelde persoon zich redelijke inspanningen heeft getroost om de schade te voorkomen of de omvang te beperken en of hij tijdig alle beroepsmogelijkheden heeft aangewend.<sup>23</sup>

De omvang van de aansprakelijkheid wordt in belangrijke mate bepaald door de vraag welke schade nog als een gevolg van de schadeveroorzakende gebeurtenis aan de daarvoor aansprakelijke kan worden toegerekend. Hieronder volgt een korte uiteenzetting van de elementen van de omvang van de aansprakelijkheid. In hoofdstuk 6 zal uiteengezet worden hoe deze elementen moeten worden beoordeeld in het licht van deze zaak.

#### Causaal verband

Voor de vaststelling van het *bestaan* van aansprakelijkheid is in het algemeen een ‘conditio sine qua non’-verband voldoende. Zie paragraaf 5.2.3 sub 4. Voor de vaststelling van de *omvang* van de schadevergoedingsplicht gelden voor de causaliteit nadere eisen (toerekening naar redelijkheid).

Op grond van artikel 6:98 BW komt voor vergoeding slechts in aanmerking schade, die in zodanig verband staat met de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust, dat zij aan de aansprakelijke, mede gezien de aard van de aansprakelijkheid en van de schade, als een gevolg van deze gebeurtenis kan worden toegerekend. Uit deze norm vloeit voort dat de voor toerekening vereiste mate van waarschijnlijkheid van het intreden van de schade dus kan variëren, afhankelijk van (met name) de aard van de aansprakelijkheid en van de schade.

De vraag of het causaal verband in een bepaalde zaak wel of niet aanwezig is kan niet in algemene zin worden beantwoord; dit kan per schadesoort en –post verschillen. Naarmate de gevorderde schade verder afligt van hetgeen bij een bepaalde normschending in de lijn der verwachtingen ligt, zal het aantonen van causaal verband moeilijker worden.

Over het algemeen wordt bijvoorbeeld bij een risicoaansprakelijkheid niet-verwijtbaar toegebrachte schade minder snel toegerekend dan verwijtbaar (of zelfs opzettelijk) toegebrachte schades. Evenzeer worden de in een mensenleven meest ingrijpende vormen van schade, zoals letsel- en overlijdensschade, eerder toegerekend dan bijvoorbeeld zuivere vermogensschade. Als het gaat om zuivere vermogensschade en een (de facto) risicoaansprakelijkheid, dan pleit dit voor het eisen van een tamelijk rechtstreeks verband en het – derhalve – niet-vergoedbaar achten van verder verwijderde schades.

---

<sup>23</sup> *Brasserie du Pêcheur*, r.o. 81-85.

### Vervallen of verminderen vergoedingsplicht

Indien er sprake is van te verrekenen voordeel (art. 6:100 BW) of eigen schuld (art. 6:101 BW) kan de vergoedingsplicht worden verminderd of zelf geheel komen te vervallen. De schadevergoedingsplicht kan ook door de nationale rechter worden gematigd op grond van art. 6:109 BW.

### Te verrekenen voordeel

Als dezelfde gebeurtenis, naast schade, ook voordeel oplevert, dan moet bij de vaststelling van de te vergoeden schade met dit voordeel rekening worden gehouden.

### Eigen schuld

Eigen schuld ziet op het gedrag, althans feiten in de risicosfeer, van de benadeelde, die het redelijk maken diens schade geheel of gedeeltelijk voor zijn eigen rekening te laten blijven. In het algemeen is het zo dat elk feit in de risicosfeer van de benadeelde en elk gedrag van de benadeelde dat onlogisch of contraproductief was in de omstandigheden en dat de schade heeft vergroot, aanleiding kan geven tot een beroep door de aansprakelijke op eigen schuld van de benadeelde.

Wel moet bedacht worden dat de correctie van eigen schuld is ingegeven door de redelijkheid, zodat het niet moet worden benut om op grond van een onhandigheid van de benadeelde die alleen maar relevant is geworden doordat de aansprakelijke hem in die situatie heeft gebracht, de schade voor rekening van de benadeelde te laten.

### Matigingsrecht van de rechter

Hetzelfde geldt voor matiging van de schadevergoedingsplicht op grond van artikel 6:109 BW. Uit dit artikel blijkt dat matiging alleen aan de orde kan komen (discretionaire bevoegdheid van de rechter) als volledige schadevergoeding (het generale uitgangspunt van het Nederlandse schadevergoedingsrecht) “in de gegeven omstandigheden, waaronder de aard van de aansprakelijkheid, de tussen partijen bestaande rechtsverhouding en hun beider draagkracht, tot kennelijk onaanvaardbare gevolgen zou leiden.” Hieruit volgt dat een beroep hierop alleen dan kans van slagen zal hebben als de aansprakelijke partij volledig vrij is van schuld aan de schadeveroorzakende gebeurtenis, of er uit de rechtsverhouding van partijen zou voortvloeien dat volledige schadevergoeding niet in de rede ligt of de aansprakelijke partij door volledige schadevergoeding failliet zou gaan.

### *Soorten schadevergoeding*

Vermogensschade omvat zowel geleden verlies als gederfde winst (artikel 6:96 BW) en kan worden vergoed in geld. Schadevergoeding anders dan in geld is mogelijk (art. 6:103 BW), maar alleen op vordering van de benadeelde, zodat het van de eiser zal afhangen of een eventuele vergoeding anders dan in geld kan plaatsvinden.

De situaties waarin een benadeelde recht op schadevergoeding heeft in verband met niet-vermogensschade zijn in art. 6:106 BW limitatief opgesomd. Gederfde levensvreugde behoort niet tot de mogelijkheden.

### *5.2.5 Procedurele eisen*

In deze paragraaf zal worden ingegaan op mogelijke andere verweren van de overheid als wetgever dan die samenhangen met de vestiging en omvang van de aansprakelijkheid. Aan de orde komen de ontvankelijkheid en de verjaring.

### Ontvankelijkheid

Een vordering uit onrechtmatige daad tegen de overheid als wetgever kan slechts bij de burgerlijke rechter worden ingesteld.

Als een werknemer van een particuliere werkgever tegen de overheid als wetgever een vordering uit hoofde van onrechtmatige daad bij de burgerlijke rechter instelt, biedt een niet-ontvankelijkheidsverweer weinig mogelijkheden.

Als een werknemer van een overheidswerkgever de overheid als wetgever aansprakelijk wil stellen uit hoofde van onrechtmatige daad, kan er een grond zijn voor een niet-ontvankelijkheidsverweer. De overheidswerknemer staan immers ook andere middelen om zijn recht te halen ter beschikking. Hij kan zijn (overheids-) werkgever aanspreken via een administratieve procedure. Uit jurisprudentie van de Hoge Raad<sup>24</sup> volgt dat een vordering tot schadevergoeding zowel bij de civiele als bij de administratieve rechter kan worden ingediend. Het enkele feit dat een administratieve weg openstaat, kan niet tot niet-ontvankelijkheid bij de civiele rechter leiden. Is terzake van de gestelde schade al een administratieve procedure doorlopen, dan is een vordering uit onrechtmatige daad bij de civiele rechter niet meer mogelijk.

### Verjaring

In het Burgerlijk Wetboek (artikel 3:310 BW) wordt bepaald dat een schadevergoedingsvordering na verloop van een bepaalde tijdsperiode verjaart. Na verjaring kan de vordering niet meer worden ingediend. De algemene regeling is dat verjaring intreedt door verloop van 5 jaren nadat de betrokkene zowel met de schade als met de daarvoor aansprakelijke persoon bekend is geworden, en in ieder geval door verloop van 20 jaar na de gebeurtenis waardoor de schade is veroorzaakt. Het gaat dus om een korte en een lange termijn, waardoor vorderingen - afhankelijk van de omstandigheden - na verloop van 5 jaar maar in elk geval na 20 jaar verjaren.

Het uitgangspunt in het Europees recht is dat redelijke verjarings- en beroepstermijnen in beginsel zijn toegestaan. Een periode van vijf jaar kan worden aangemerkt als redelijk.<sup>25</sup> Uit het arrest *Fantask*<sup>26</sup> volgt dat de overheid een beroep kan doen op de verjaringstermijn van vijf jaar, ook als nog geen sprake is van correcte omzetting van de richtlijn.

Een verjaringsregeling heeft tot doel om op een redelijke termijn duidelijkheid te creëren omtrent een situatie (rechtszekerheid). De korte verjaringstermijn staat – in tegenstelling tot de lange verjaringstermijn van 20 jaar – niet alleen in het teken van de rechtszekerheid, maar ook in het teken van de billijkheid.<sup>27</sup> De eis dat de benadeelde bekend is geworden met zowel de schade als de daarvoor aansprakelijke persoon moet naar vaste rechtspraak van de Hoge Raad aldus worden opgevat, dat het hier gaat om daadwerkelijke bekendheid. De rechter zal die bekendheid kunnen afleiden uit bepaalde feiten en omstandigheden. Het ligt niet voor de hand om ‘bekendheid’ aan te nemen op een moment dat de situatie voor de overheid zelf nog onduidelijk was.

## **5.3 Aansprakelijkheid van de werkgever**

### *5.3.1 De overheid als werkgever*

De rechtsverhouding tussen de overheidswerkgever en zijn werknemers wordt niet door het arbeidsrecht<sup>28</sup> beheerst. De bepalingen van titel 10 van boek 7 BW (arbeidsovereenkomst) zijn ingevolge artikel 7:615 BW niet van toepassing ten aanzien van personen in dienst van enig publiekrechtelijk lichaam, tenzij zij expliciet door partijen of bij wet of verordening van toepassing

---

<sup>24</sup> Hoge Raad, 15 november 2002, AB 2003, 95 m.nt. PvB (Zevenbergen/Overheid); Hoge Raad, 17-12-1999, AB 2000, 89 mn.t PvB (Groningen/Raatgever)

<sup>25</sup> Hof van Justitie EG, 2 december 1976, C-188/95, *Fantask*.

<sup>26</sup> NB vergelijk met het eerdere arrest van het Hof van Justitie EG, 25 juli 1991, C-208/90, *Emmott*, waaruit leek te volgen dat fatale beroeps- of verjaringstermijnen pas beginnen te lopen vanaf het moment van correcte omzetting.

<sup>27</sup> Zie o.a. Hoge Raad 31 oktober 2003, RvdW 2003/169, r.o. 3.4.

<sup>28</sup> Waar in dit rapport over (het brede begrip) “arbeidsrecht” wordt gesproken, wordt in feite bedoeld op het *arbeidsovereenkomstenrecht*: de afspraken tussen werkgever en werknemer inzake de arbeidsrelatie.

zijn verklaard.<sup>29</sup> Ook het algemeen deel van het verbintenissenrecht is niet van toepassing op de arbeidsverhouding tussen de overheid en haar werknemers. De rechtsverhouding tussen de overheidswerkgever en zijn werknemers hoort daarom in het publiekrecht thuis.

De belangrijkste wet die de rechtsverhouding tussen de overheidswerkgever en ambtenaren regelt, is de Ambtenarenwet (AW). Deze wet geeft de opdracht om het materiële ambtenarenrecht te regelen. Onder artikel 125 AW hangen dan ook vele Besluiten inzake rechtspositie.<sup>30</sup> Voor diverse situaties is in deze nadere regelgeving ook een aanspraak op schadevergoeding voor de ambtenaar geregeld, bijvoorbeeld bij dienstongevallen, schade aan persoonlijke eigendommen, schade opgelopen bij dienstsport, etc.

In een uitspraak van 22 juni 2000<sup>31</sup> heeft de Centrale Raad van Beroep overwogen dat ter toetsing van de aansprakelijkheid van de werkgever voor door een ambtenaar in de uitoefening van zijn werkzaamheden geleden schade, die niet in de specifieke rechtspositiebesluiten is geregeld de regels van burgerlijk recht niet rechtstreeks kunnen worden toegepast. Aansluitend bij de regeling in het Burgerlijk Wetboek waarin de werkgever de plicht wordt opgelegd om de arbeid en de arbeidsomstandigheden zodanig te organiseren dat schade wordt voorkomen<sup>32</sup> heeft de Raad bepaald: “Voor zover zulks niet reeds voortkomt uit de op de ambtenaar van toepassing zijnde rechtspositionele voorschriften heeft de ambtenaar recht op vergoeding van de schade die hij lijdt in de uitoefening van zijn werkzaamheden, tenzij het betrokken bestuursorgaan aantoont dat het zijn verplichtingen is nagekomen de werkzaamheden op zodanige wijze in te richten, alsmede voor het verrichten van die werkzaamheden zodanige maatregelen te treffen en aanwijzingen te verstrekken als redelijkerwijze nodig is om te voorkomen dat de ambtenaar in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade lijdt, of aantoont dat de schade in belangrijke mate het gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid van de ambtenaar.” Indien de werkgever tekortschiet in zijn zorgplicht is hij aansprakelijk. Deze aansprakelijkheid neigt in de richting van risicoaansprakelijkheid.

De werknemer van een overheidswerkgever heeft, naast de mogelijkheid om een vordering in te stellen op grond van de toepasselijke rechtspositieregeling bij de administratieve rechter (bijvoorbeeld inzake achterstallig loon), drie mogelijkheden om schadevergoeding te vorderen van de werkgever:

- Een verzoek op grond van artikel 8:73 Awb

Op grond van dit artikel kan de werkgever in een procedure over een rechtspositiebesluit bij de bestuursrechter, als het beroep gegrond wordt verklaard, tot het betalen van schadevergoeding worden verplicht. De ambtenaar moet tijdens de procedure wel om een dergelijke veroordeling vragen. Voor de beantwoording van de vraag óf er schade is geleden en de omvang hiervan, zoekt de bestuursrechter aansluiting bij de criteria die door de civiele rechter worden aangelegd.

- Het vragen van een zelfstandig schadebesluit

De ambtenaar kan ook een separaat schadebesluit van de werkgever vragen met betrekking tot de door hem geleden schade. Tegen een dergelijk besluit staat de bestuursrechtelijke weg van bezwaar, beroep en hoger beroep open.

- Het instellen van een vordering wegens onrechtmatige daad bij de civiele rechter

Het staat de ambtenaar ook vrij te kiezen voor een vordering tot schadevergoeding wegens onrechtmatige daad bij de civiele rechter. Zie ook par. 5.2.5.

---

<sup>29</sup> Bij de rijksoverheid is de figuur van de arbeidscontractanten afgeschaft (KB 3 augustus 1993, Stb. 1993, 143); voor arbeidscontractanten bij de lagere overheden geldt sinds 1994 de zogeheten Collectieve Arbeidsvoorwaardenregeling (CAR) en de Uitwerkingsovereenkomst (UWO). De relatief kleine groep arbeidscontractanten blijft in deze rapportage buiten beschouwing.

<sup>30</sup> Voorbeelden zijn het Algemeen Rijksambtenarenreglement (ARAR), het Besluit algemene rechtspositie politie, het Burgerlijk Ambtenarenreglement Defensie of Reglement Dienst Buitenlandse Zaken.

<sup>31</sup> Gepubliceerd in TAR 2000, 112.

<sup>32</sup> Art. 7:658 BW.

### 5.3.2 Omvang van de aansprakelijkheid

Als is vastgesteld dat de overheid als werkgever aansprakelijk is, geldt bij het bepalen van de omvang van de aansprakelijkheid hetzelfde als hiervoor is beschreven bij de omvang van de aansprakelijkheid van de overheid als wetgever (par. 5.2.4).

### 5.3.3 Procedurele eisen

#### Ontvankelijkheid

Alleen als terzake van de gestelde schade al een administratieve procedure is doorlopen, is een vordering uit onrechtmatige daad bij de civiele rechter niet meer mogelijk.

#### Verjaring

Hetgeen in par. 5.2.5 is gesteld geldt ook voor schadevorderingen tegen de overheid als werkgever.

## 5.4 De particuliere werkgever

De opdracht van de werkgroep is het inventariseren van mogelijke financiële gevolgen van het arrest Jaeger voor de overheid. Besloten is om ook aandacht te besteden aan mogelijke vorderingen tegenover particuliere werkgevers. Denkbaar is immers dat particuliere werkgevers worden aangesproken door hun werknemers en vervolgens de eventuele schade als gevolg van succesvolle acties van werknemers willen verhalen op de overheid. Inzicht in mogelijke vorderingen van werknemers tegenover een particuliere werkgever is dus ook van belang.

### 5.4.1 Europeesrechtelijke opties

Een particulier kan zich, ingeval bepalingen van een richtlijn niet of niet naar behoren zijn omgezet in nationaal recht, ten opzichte van een andere particulier in een geschil niet beroepen op de bepalingen van een richtlijn. Het Hof van Justitie heeft bepaald dat richtlijnen zich uitdrukkelijk tot lidstaten richten, en derhalve uitsluitend aan de lidstaten bepaalde verplichtingen op kunnen leggen.<sup>33</sup> Dit verbod van horizontale directe werking van richtlijnen heeft tot consequentie dat in arbeidsrelaties slechts een particulier die bij een overheidsorgaan werkt, een beroep kan doen op bepalingen van een richtlijn.<sup>34</sup>

De jurisprudentie van het Hof van Justitie biedt particulieren die niet bij een overheidsorgaan werken echter onder omstandigheden een alternatief voor het ontbreken van horizontale directe werking: de verplichting voor de nationale rechter tot richtlijnconforme interpretatie.<sup>35</sup> De verplichting tot richtlijnconforme interpretatie houdt in dat de nationale rechter in een geding tussen particulieren het nationale recht, binnen het kader van zijn bevoegdheden, zo veel mogelijk in het licht van de bewoordingen en het doel van de richtlijn moet uitleggen.<sup>36</sup> Het beginsel van richtlijnconforme interpretatie van het nationale recht blijft niet beperkt tot de uitlegging van de nationale bepalingen die zijn vastgesteld ter uitvoering van een bepaalde richtlijn, maar vereist dat de nationale rechter het gehele nationale recht in beschouwing neemt om te beoordelen in hoeverre dit zodanig kan worden toegepast dat het door de richtlijn beoogde resultaat wordt bereikt.<sup>37</sup>

---

<sup>33</sup> Zie Hof van Justitie EG, 14 juli 1994, C-91/92, Faccini Dori, Jur. 1994, I-3325.

<sup>34</sup> Vergelijk J.M. Prinssen, Doorwerking van Europees recht – de verhouding tussen directe werking, conforme interpretatie en overheidsaansprakelijkheid, 2004, p. 147-148.

<sup>35</sup> Hof van Justitie EG, 13 november 1990, C-106/89, Marleasing, Jur. 1990, I-4135.

<sup>36</sup> Hof van Justitie EG, 13 november 1990, C-106/89, Marleasing, blz. I-4135; Hof van Justitie EG, 8 oktober 1987, 80/86, Kolpinghuis Nijmegen, blz. 3969.

<sup>37</sup> Hof van Justitie EG, 25 februari 1999, C-131/97, Carbonari e.a., punten 49 en 50; Hof van Justitie EG, 5 oktober 2004, C-397/01, Pfeiffer, punten 115 en 116.

De richtlijnconforme interpretatie wordt begrensd door: a) het uitgangspunt dat die interpretatie niet mag neerkomen op ‘verkapte’ horizontale directe werking, b) algemene rechtsbeginselen, zoals de rechtszekerheid en het verbod van terugwerkende kracht en c) de noodzaak van een norm in het nationale recht die voldoende (maar niet te veel) interpretatieruimte/aanknopingspunten biedt voor conforme interpretatie. Aangenomen wordt, dat richtlijnconforme interpretatie nooit zo ver mag gaan dat de nationale regelgeving contra legem wordt toegepast.

In casu dient dus de vraag te worden beantwoord of de Nederlandse rechter (bepalingen in) het nationale recht conform de arbeidstijdenrichtlijn uit kan leggen.

In artikel 2, lid 1 en lid 2, van de richtlijn is bepaald dat onder arbeidstijd moet worden verstaan: de tijd waarin de werknemer a) werkzaam is, b) ter beschikking van de werkgever staat, en c) zijn werkzaamheden of functie uitoefent, overeenkomstig de nationale wetten en/of gebruiken en dat rusttijd de tijd is die geen arbeidstijd is. De bepalingen zijn onder meer van belang om invulling te kunnen geven aan het voorschrift in artikel 6, lid 2, waarin is bepaald dat de gemiddelde arbeidstijd per week, inclusief overwerk, niet meer mag bedragen dan 48 uur. Het Hof van Justitie heeft de bepalingen van artikel 2 aldus uitgelegd, dat periodes waarin een werknemer verplicht aanwezig moet zijn op de werkplek om op afroep arbeid te verrichten moeten worden aangemerkt als arbeidstijd.

De richtlijn is in Nederland geïmplementeerd in de Arbeidstijdenwet en het Arbeidstijdenbesluit. In artikel 1:3, lid 2, van het Arbeidstijdenbesluit wordt de tijd tijdens een aanwezigheidsdienst of piket waarin de activiteit van de werknemer zich beperkt tot het uitsluitend verplicht aanwezig zijn op de arbeidsplaats als rusttijd aangemerkt. Met andere woorden, de tijd die de werknemer verplicht op de werkplek moet doorbrengen, maar waarin niet daadwerkelijk wordt gewerkt, wordt aangemerkt als rusttijd en alleen de daadwerkelijk gewerkte tijd bij aanwezigheidsdiensten en piket wordt aangemerkt als arbeidstijd. Dit betekent dat de niet-actieve uren van een aanwezigheidsdienst of piket niet meetellen voor de maximum arbeidstijd per week.

Deze nationale bepalingen, die niet leiden tot het met de richtlijn beoogde resultaat, lenen zich zelve naar hun aard niet voor richtlijnconforme uitleg (niet flexibel, leidt tot contra-*legem* situatie etc.). De vraag is dan of het *overige* nationale recht bepalingen bevat die kunnen leiden tot een oplossing die in overeenstemming is met het met de richtlijn beoogde resultaat, te weten het beschermen van de veiligheid en de gezondheid van de werknemer door te voorkomen dat de maximum wekelijkse arbeidstijd van 48 uur wordt overschreden. In dit verband zou met enige goede wil nog als ‘kapstok’ kunnen worden gedacht aan art. 7:611 BW, inzake goed werkgeverschap. Hoewel de uiteindelijke uitleg terzake vanzelfsprekend aan de (burgerlijke) rechter is en deze een en ander moet bezien aan de hand van de omstandigheden van het geval,<sup>38</sup> is de werkgroep in casu van mening dat ook deze (te flexibele) bepaling zich niet leent voor richtlijnconforme uitleg.

Nu het nationale recht geen bepalingen lijkt te bevatten die zich in dit verband lenen voor richtlijnconforme uitleg, kunnen schadevorderingen van werknemers tegen hun particuliere werkgever alleen op het nationale recht worden gebaseerd.

#### 5.4.2 Nationaalrechtelijke opties

Op de rechtsverhouding tussen een particuliere werkgever en zijn werknemers is het arbeidsrecht van toepassing, zoals neergelegd in boek 7, Titel 10, van het Burgerlijk Wetboek. Vorderingen tegen de werkgever kunnen op deze bepalingen worden gebaseerd. In het kader van de onderhavige problematiek is het goed erop te wijzen dat het arbeidsrecht de rechtsverhouding tussen werkgever en werknemer op hoofdlijnen regelt. De concrete arbeidsvoorwaarden (beloning, normale arbeidsduur,

---

<sup>38</sup> De interpretatieruimte voor de rechter lijkt niet onbegrensd. Waar de grenzen precies liggen is echter onduidelijk. Zie M.H. Wissink, *Richtlijnconforme interpretatie van burgerlijk recht* (2001), par 6.2-6.3.



overwerk) zijn vastgelegd in een individuele of collectieve arbeidsovereenkomst. De in elk geval specifiek toepasselijke regelingen bepalen derhalve de rechten en plichten van werkgever en werknemer.<sup>39</sup>

Een belangrijke bepaling, als het gaat om aansprakelijkheid van de werkgever voor door de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden geleden schade, is artikel 7:658 van het Burgerlijk Wetboek.

Het eerste lid verplicht de werkgever met betrekking tot de arbeid onder meer zodanige maatregelen te treffen als redelijkerwijs nodig zijn om te voorkomen dat de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade lijdt. Op grond van het tweede lid is de werkgever aansprakelijk voor eventuele schade, tenzij hij aantoont dat hij zijn zorgverplichtingen is nagekomen of dat de schade in belangrijke mate te wijten is aan opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer.

In beginsel zou een particuliere werknemer ook een vordering wegens onrechtmatige daad (artikel 6:162 BW) kunnen instellen of een beroep kunnen doen op de vangnetbepaling van artikel 7:611, op grond waarvan de werkgever verplicht wordt zich als goed werkgever te gedragen.

## 6. TOETSING HAALBAARHEID SCHADEVORDERINGEN

### 6.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt aan de hand van het geschetste juridisch kader getoetst in hoeverre de in hoofdstuk 4 geïnventariseerde mogelijke schadevorderingen kans van slagen hebben.

### 6.2 Ontvankelijkheid

Tegen een schadevergoedingsvordering uit hoofde van onrechtmatige daad tegen de overheid als wetgever is een niet-ontvankelijkheidsverweer alleen mogelijk ingeval een werknemer in overheidsdienst terzake van dezelfde schade al een administratieve procedure tegen zijn (overheids-)werkgever heeft doorlopen.

### 6.3 Verjaring

Een vordering tot schadevergoeding verjaart 5 jaar nadat de betrokkene zowel met de schade als met de daarvoor aansprakelijke persoon bekend is geworden, en in ieder geval 20 jaar na de schadeveroorzakende gebeurtenis.

Volgens vaste rechtspraak geldt een door het Hof van Justitie gegeven uitleg van een bepaling van gemeenschapsrecht vanaf het moment waarop die bepaling in werking is getreden. Op grond hiervan kan gesteld worden dat de verjaringstermijn van 20 jaar in ieder geval is gaan lopen op 23 november 1996, zijnde de datum waarop richtlijn 93/104 in nationaal recht omgezet moest zijn.

Voor de verjaringstermijn van 5 jaar is bekendheid met de schade en de aansprakelijke persoon vereist.

Er mag vanuit worden gegaan dat eerst nadat het Hof van Justitie het begrip arbeidstijd heeft uitgelegd bij de betrokkenen duidelijkheid kan zijn ontstaan over het feit dat zij schade leden doordat de Nederlandse regelgeving niet in overeenstemming was met de richtlijn. Voor die tijd bestond ook bij de overheid nog geen bekendheid met de juiste uitleg van het begrip arbeidstijd. Aan de betrokkenen kan bekendheid met de juiste uitleg dan redelijkerwijs niet worden tegengeworpen.

De datum van het arrest Simap, 3 oktober 2000, is de vroegst mogelijk datum waarop een betrokkene bekend kan zijn geraakt met het feit dat hij schade leed als gevolg van een onrechtmatige daad van de Staat. Dit geldt in ieder geval voor situaties die vergelijkbaar zijn met de casus van Simap.

---

<sup>39</sup> Zie bijvoorbeeld Hoge Raad 15 maart 1991, NJ 1991, 417.

Voor situaties als die in het arrest Jaeger zal er vanuit moeten worden gegaan dat bekendheid met de schade en de aansprakelijke persoon niet eerder kan zijn ontstaan dan op 9 september 2003.

Wanneer een betrokkene daadwerkelijk bekend is geworden met de schade en de aansprakelijke persoon zal echter van geval tot geval verschillen, zodat ook de vraag wanneer de verjaringstermijn is gaan lopen alleen maar van geval tot geval kan worden bekeken.

## 6.4 Schadevorderingen tegen de overheid als wetgever

### 6.4.1 Aansprakelijkheid naar Europees recht

Een lidstaat is aansprakelijk voor schade die is ontstaan door schending van het EG-recht als sprake is van een voldoende gekwalificeerde schending, de geschonden rechtsregel rechten toekent aan particulieren en er een causaal verband is tussen schade en de schending.

#### voldoende gekwalificeerde schending

Het onjuist implementeren van een richtlijn kan een voldoende gekwalificeerde schending opleveren. Als geen sprake is van opzet, als een bepaling minder duidelijk is of als een lidstaat een zekere beoordelingsvrijheid heeft bij de omzetting van een richtlijn hoeft daarvan niet altijd sprake te zijn.

In het arrest Jaeger heeft het Hof aangegeven dat het de lidstaten niet vrij staat om in hun nationale wetgeving een eigen invulling te geven aan de begrippen arbeidstijd en rusttijd. Hieruit zou de conclusie kunnen worden getrokken dat geen sprake is van beoordelingsvrijheid en dat de enkele inbreuk op het gemeenschapsrecht een voldoende gekwalificeerde schending is.

Anderzijds kan worden gesteld dat de definitie van het begrip arbeidstijd in de richtlijn niet een volstrekt duidelijke bepaling is. Gewezen kan worden op het feit dat in tal van lidstaten aan dit begrip een invulling is gegeven die, naar nu is gebleken, niet overeenkomt met de uitleg van het Hof. Van opzettelijke schending is geen sprake. Ook bij de Juridische Dienst van de Europese Commissie is niet van meet af aan duidelijk geweest wat de inhoud van deze bepaling was, gezien de opstelling tijdens de eerste expertmeeting naar aanleiding van het arrest Simap.

Op die gronden is het bestaan van een voldoende gekwalificeerde schending aanvechtbaar.

#### toekenning van rechten aan particulieren

In casu is de geschonden norm een definitiebepaling. Op zich worden met een definitiebepaling geen rechten toegekend, maar een definitiebepaling kan niet los worden gezien van de andere bepalingen van de richtlijn. Niet te ontkennen valt dat uit het onderlinge verband tussen de definitiebepaling en de overige bepalingen van de richtlijn rechten voor werknemers voortvloeien. Deze rechten hebben, zo blijkt uit aard, doel en inhoud van de richtlijn, betrekking op bescherming van de veiligheid en de gezondheid van werknemers.

#### causaliteitsvereiste

De richtlijn ziet op de bescherming van de veiligheid en gezondheid van de werknemers op het werk. Voor een rechtstreeks verband tussen schending en schade moet dus sprake zijn van schade die een rechtstreeks gevolg is van het feit dat de nationale wetgeving toeliet dat een werknemer meer uren werkte dan op grond van de richtlijn was toegestaan, ook al betreft het uren waarin niet daadwerkelijk werkzaamheden zijn verricht. Een zodanig rechtstreeks verband is denkbaar bij schadevorderingen van werknemers in verband met *gezondheidsklachten*, waaronder arbeidsongeschiktheid als gevolg van de overschrijding van de gemiddelde maximum wettelijke arbeidsduur en vorderingen in verband met ziektekosten.

Bij vorderingen die betrekking hebben op *gederfde beloning* voor arbeid van de als rusttijd aangemerkte uren van aanwezigheidsdiensten is de werkgroep van mening dat, gezien doel, inhoud en strekking van de richtlijn (organisatie van de arbeidstijd met het oog op bescherming van werknemers en niet het recht op beloning) vorderingen vanwege achterstallig loon zouden moeten stranden

vanwege het ontbreken van causaliteit. Of en in welke mate werkzaamheden worden beloond is, zo meent de werkgroep, geen onderwerp dat door de richtlijn in kwestie wordt bestreken. Die vraag kan alleen beantwoord worden aan de hand van de toepasselijke nationale rechtspositieregelingen (Wet minimumloon, CAO, individuele arbeidsovereenkomst, etc.).<sup>40</sup> Mocht zich niettemin een dergelijke vordering in rechte voordoen, dan zou, vanwege het feit dat de causaliteitsvraag nauw samenhangt met de materiële werkingssfeer van de richtlijn, naar de mening van de werkgroep terzake een prejudiciële vraag aan het Hof in de rede liggen.<sup>41</sup>

Bij vorderingen van werknemers met betrekking tot meerkosten voor *kinderopvang* lijkt evenmin een rechtstreeks causaal verband met de schending te leggen. Die kosten zijn niet rechtstreeks veroorzaakt door de normschending. Bovendien kunnen de kosten van kinderopvang tijdens een aanwezigheidsdienst niet als meerkosten worden beschouwd. Die kinderopvang is nodig, omdat de werknemer verplicht op de werkplek aanwezig moet zijn, los van de vraag of de niet-actieve uren als rusttijd of als arbeidstijd gelden. Dit is alleen anders, als gebruik is gemaakt van kinderopvang terwijl, gelet op het aantal gewerkte uren, de werknemer recht had op (extra) rusttijd.

Concluderend kan worden gesteld dat de Nederlandse Staat als wetgever niet zonder meer in alle gevallen aansprakelijk kan worden geacht naar Europees recht.

#### 6.4.2 Aansprakelijkheid naar nationaal recht

Indien de overheid niet naar Europees recht aansprakelijk is, kan niettemin aansprakelijkheid bestaan op grond van het nationale recht. Voorwaarden voor aansprakelijkheid naar nationaal recht zijn: onrechtmatige daad, toerekenbaarheid, schade, causaliteit en relativiteit.

##### onrechtmatige daad/toerekenbaarheid

Met het arrest Jaeger is komen vast te staan dat de richtlijn in Nederland niet juist is omgezet in nationaal recht. De vraag of sprake is van een onrechtmatige daad die aan de staat kan worden toegerekend behoeft geen betoog.

##### schade

Voor de vaststelling van aansprakelijkheid is het voldoende dat enige schade is geleden. De vraag of aan deze voorwaarde is voldaan kan niet in algemene zin worden beantwoord, maar slechts per geval worden bekeken. Er is geen sprake van schade wanneer er een ten onrechte genoten voordeel wegvalt.

##### causaliteitsvereiste

Voor het causaliteitsvereiste geldt in beginsel hetzelfde als hiervoor in 6.4.1 is aangegeven bij het causaliteitsvereiste in Europees verband. De richtlijn heeft betrekking op de bescherming van de veiligheid en gezondheid van werknemers, zodat alleen bij schadevorderingen die terug te voeren zijn op het feit dat de nationale wetgeving toeliet dat een werknemer meer uren werkte dan op grond van de richtlijn was toegestaan, een rechtstreeks oorzakelijk verband tussen de onrechtmatige daad en de eventuele schade aanwezig kan zijn.

In het nationale kader kan bij vorderingen van werkgevers de vraag worden opgeworpen of er wel sprake is van een rechtstreeks verband tussen de onrechtmatige overheidsdaad en de schade, nu de onjuiste implementatie van de richtlijn werkgevers er niet toe verplicht werknemers tot schade van hun gezondheid langer dan gemiddeld maximaal 48 uur per week arbeid te laten verrichten. In het arbeidsrecht (art. 7:658 BW) is aan de werkgever een zorgplicht opgelegd om zoveel als redelijkerwijs mogelijk is te voorkomen dat de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade lijdt. Via de jurisprudentie geldt een dergelijke zorgplicht ook voor overheidswerkgevers.

---

<sup>40</sup> Hoge Raad 15 maart 1991, NJ 1991/417.

<sup>41</sup> Het voorgaande neemt niet weg dat de hoogte van het gederfde salaris door de rechter als maatstaf gebruikt zou kunnen worden om schade als gevolg van bijvoorbeeld gezondheidsklachten te berekenen.

### relativiteitsvereiste

Aan het relativiteitsvereiste is voldaan als de geschonden norm ter bescherming van de eiser strekt. De geschonden norm is een in beginsel 'neutrale' definitiebepaling. Uit het onderlinge verband van de definitiebepaling en de overige bepalingen van de richtlijn kan echter worden afgeleid dat in casu bescherming van de werknemer centraal staat.

Bij vorderingen van werkgevers is het relativiteitsvereiste van belang. De richtlijn strekt tot bescherming van werknemers; bescherming van werkgevers noch beloning van werknemers vormen onderwerp van de richtlijn.

Op grond van het bovenstaande lijkt de conclusie gerechtvaardigd dat aansprakelijkstelling van de Nederlandse staat als wetgever op grond van het nationale recht tot de mogelijkheden behoort. Aansprakelijkheid kan echter nog afstuiten op de voorwaarden dat sprake moet zijn van (enige) schade en van een rechtstreeks oorzakelijk verband. Ook (het niet voldoen aan) het relativiteitsvereiste kan aan een succesvolle vordering in de weg staan.

## **6.5 Schadevorderingen tegen de overheid als werkgever**

Een werknemer die in dienst is bij een overheidsorgaan (ambtenaar of arbeidscontractant) kan zich tegenover zijn werkgever rechtstreeks beroepen op het gemeenschapsrecht. Hij kan bijvoorbeeld eisen dat de werkgever de richtlijn naleeft en de dienstroosters zodanig aanpast dat de gemiddelde wekelijkse arbeidsduur, inclusief aanwezigheidsdiensten, niet meer bedraagt dan 48 uur.

Voor zover de overheidswerkgever het daadwerkelijk gewerkte deel van periodes van verplichte aanwezigheid heeft aangemerkt als rusttijd in plaats van als arbeidstijd, betekent dit dat in strijd met het gemeenschapsrecht is gehandeld. Voor deze schending van het gemeenschapsrecht is de overheidswerkgever aansprakelijk.

Aan aansprakelijkheid naar Europees recht zal de overheidswerkgever slechts ontkomen als wordt aangenomen dat geen sprake is van een voldoende gekwalificeerde schending en/of als geen causaal verband kan worden aangetoond tussen de schending van het EG-recht en de gestelde schade.

Aan aansprakelijkheid naar nationaal recht kan slechts het niet voldoen aan het causaliteitsvereiste in de weg staan.

Voor vergoeding van materiële en/of immateriële schade als gevolg van de te weinig genoten rusttijd kan de werknemer ook een vordering wegens onrechtmatige daad instellen.

Met een vordering uit hoofde van onrechtmatige daad, daaruit bestaande dat de werkgever de richtlijn niet heeft nageleefd, zou de werknemer kunnen vorderen dat de ten onrechte als rusttijd aangemerkte uren tijdens aanwezigheidsdiensten alsnog in tijd gecompenseerd worden.

In hoeverre een bonvordering met betrekking tot de uren tijdens aanwezigheidsdiensten die ten onrechte als rusttijd zijn aangemerkt zal stranden op het ontbreken van een direct causaal verband is voornamelijk onduidelijk. Zoals hierboven is vermeld in paragraaf 6.4.1 is de werkgroep van mening dat een dergelijke vordering om die reden zal moeten stranden.

## **6.6 Omvang aansprakelijkheid**

Als de staat – als wetgever of als werkgever – aansprakelijk is, is vervolgens de vraag tot welke omvang. Hierna wordt met betrekking tot de geïnventariseerde mogelijke vorderingen aangegeven welke aspecten van invloed kunnen zijn op de omvang van de aansprakelijkheid.

Uitgangspunt bij de bepaling van de omvang van de aansprakelijkheid is redelijkheid en billijkheid.

### Causaliteit

Alleen schade die een rechtstreeks gevolg is van de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust, komt voor vergoeding in aanmerking. Of sprake is van causaliteit kan per schadesoort verschillen. Voor immateriële schade is het aantonen van causaal verband lastiger dan voor bijvoorbeeld vermogensschade. Voor niet-vermogensschade geldt bovendien dat deze slechts in bepaalde, limitatief in de wet opgesomde gevallen tot een recht op vergoeding kan leiden. Vorderingen in verband met gederfde levensvreugde vallen daar in ieder geval niet onder. Een risico ligt dus vooral in vorderingen voor materiële schade.

Voor loonvorderingen geldt weer dat geen rechtstreeks verband kan worden gelegd met de onjuiste implementatie van de richtlijn.

Vorderingen van werkgevers in verband met kosten voor het aanpassen van de organisatie in hun bedrijf kunnen niet rechtstreeks in verband worden gebracht met de onjuiste implementatie. Die kosten zijn immers niet een gevolg van de schending van het gemeenschapsrecht, maar van het ongedaan maken ervan. Dit geldt ook voor eventuele vorderingen van werknemers die inkomsten mislopen, omdat zij voortaan minder uren mogen maken.

### Verrekening voordeel

Werknemers zullen over het algemeen geen voordeel hebben gehad van de onjuiste implementatie van de richtlijn.

Van werkgevers kan gezegd worden dat de schending van het gemeenschapsrecht hun een voordeel heeft opgeleverd, doordat zij met een kleiner personeelsbestand hun bedrijf hebben kunnen voeren. Met dat voordeel zou binnen de grenzen van de redelijkheid rekening moeten worden gehouden bij het bepalen van het te betalen schadebedrag.

### Vermindering vergoedingsplicht wegens eigen schuld

Op eigen schuld, in de zin van feiten of gedragingen die in de risicosfeer van de benadeelde liggen, kan een beroep worden gedaan om tot vermindering van de vergoedingsplicht te komen. Zoals hiervoor al is aangegeven, heeft de onjuiste implementatie van de richtlijn werkgevers er niet toe verplicht werknemers tot schade van hun gezondheid langer dan gemiddeld maximaal 48 per week arbeid te laten verrichten. Daarbij kan worden gewezen op het bepaalde in art. 7:658 BW, waarin aan de werkgever de plicht is opgelegd om zoveel als redelijkerwijs mogelijk is te voorkomen dat de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade lijdt. Bij eventuele vorderingen van werkgevers kan dit worden ingebracht.

### Matiging vergoedingsplicht

Een beroep op matiging van de vergoedingsplicht door de rechter heeft alleen kans van slagen als de aansprakelijke volledig vrij van schuld is, op grond van de rechtsverhouding tussen partijen een volledige vergoeding niet in de rede ligt of de aansprakelijke door volledige schadevergoeding failliet zou gaan. De laatste twee omstandigheden zullen in procedure tegen de overheid of overheidswerkgevers niet aan de orde zijn, zodat matiging om die redenen niet voor de hand ligt. Als de overheid(swerkgever) aansprakelijk wordt geacht, is daarmee in feite ook gegeven dat sprake is van boter op het hoofd.

## 7. CONCLUSIES EN AANBEVELING

Dit rapport gaat in op de gevolgen voor het verleden van de Hof-rechtspraak, in het bijzonder het Jaeger-arrest, inzake de uitleg van de Europese arbeidstijdenrichtlijn. Deze richtlijn heeft de veiligheid en gezondheid van werknemers ('arbeidsmilieu') ten doel. Geïnterviewd is welke (soorten) claims denkbaar zijn, in hoeverre deze succesvol kunnen zijn en welke verwerpen hiertegen kunnen worden aangevoerd. De aannames en conclusies in dit rapport zijn voor rekening van de werkgroep; het laatste woord over het succes van schadeclaims is, uiteraard, aan de rechter.

Claims kunnen afkomstig zijn van werknemers die hun overheidswerkgever (of particuliere werkgever) aanspreken. Ook het - door werknemers en werkgevers - aanspreken van de overheid als wetgever is denkbaar.

De werkgroep concludeert dat slechts enkele claims tegen (overheids- of particuliere) werkgevers mogelijk kansrijk zijn. Het betreft met name claims in verband met gezondheidsklachten. Ook in die – individueel te beoordelen – gevallen geldt overigens dat een causaal verband tussen schending en schade niet eenvoudig aan te tonen zal zijn.

Voor wat betreft loonvorderingen ("niet-actieve tijd tijdens een aanwezigheidsdienst was arbeidstijd en had dus dienovereenkomstig moeten worden beloond") is de werkgroep van mening dat deze niet kansrijk zullen zijn, vanwege het ontbreken van een rechtstreeks verband tussen normschending en schade. De richtlijn heeft immers betrekking op de organisatie van de arbeidstijd met het oog op de bescherming van de gezondheid en veiligheid van werknemers. Beloning vormt geen onderwerp dat geregeld is door de richtlijn.

De werkgroep is van mening dat een reële inschatting van de financiële gevolgen niet te geven is. Gelet echter op het feit, dat het succes van de denkbare claims niet zonder meer vaststaat, kan geconcludeerd worden dat de omvang van de financiële gevolgen niet omvangrijk zullen zijn. In dit verband zij er op gewezen dat, voorzover bekend, er tot dusverre één zaak aanhangig is gemaakt, met als inzet aanpassing van het dienstrooster en compensatie in verloftijd van de gederfde vrije tijd.

### **Aanbeveling:**

De werkgroep beveelt centrale en decentrale overheden, die geconfronteerd worden met 'Jaeger'-claims, aan de verwerpen te hanteren zoals aangegeven in bijlage 1. Op deze wijze wordt een eenduidige gedragslijn terzake verkregen.

---

## Bijlage 1

### Verweren

Hieronder zijn de meest voor de hand liggende verweren tegen elk van de in de rapportage genoemde mogelijke schadevorderingen tegen de overheid als wetgever en de overheid als werkgever apart belicht. Verweer- c.q. aandachtspunten die bij elke vordering relevant zijn, zijn vooraf aangegeven.

#### Schadevorderingen tegenover de overheid als wetgever

Bij *alle vorderingen* wordt geadviseerd de navolgende punten te checken dan wel aan te voeren:

- Indien het een vordering tot schadevergoeding bij de civiele rechter betreft van een werknemer in overheidsdienst, is deze vordering niet-ontvankelijk, als terzake van dezelfde schade al een administratieve procedure is doorlopen.
- Een vordering is verjaard als meer dan vijf jaar is verlopen nadat de betrokkene bekend is geworden met de schade en de daarvoor aansprakelijke persoon. Pas nadat het Hof van Justitie het begrip arbeidstijd heeft uitgelegd kan bij de betrokkene bekend zijn geworden dat sprake was van schade als gevolg van Nederlandse regelgeving die niet in overeenstemming was met de richtlijn. De datum van het arrest Simap, 3 oktober 2000, is de vroegst mogelijk datum waarop een betrokkene bekend kan zijn geraakt met het feit dat hij schade leed als gevolg van een onrechtmatige daad van de staat. Dit geldt in ieder geval voor situaties die vergelijkbaar zijn met de casus van het arrest Simap. Voor situaties als die in het arrest Jaeger kan bekendheid met de schade en de aansprakelijke persoon niet eerder zijn ontstaan dan op 9 september 2003.
- De onjuiste wetgeving vormt geen voldoende gekwalificeerde schending om aansprakelijkheid naar Europees recht te kunnen vestigen. De definitie van het begrip arbeidstijd in de richtlijn is niet een volstrekt duidelijke bepaling, gelet op het feit dat in tal van lidstaten aan dit begrip een invulling is gegeven die achteraf niet overeenkomt met de uitleg van het Hof. Zelfs bij de Juridische Dienst van de Europese Commissie is niet van meet af aan duidelijk geweest wat de inhoud van deze bepaling was. Bovendien is geen sprake van opzettelijke schending.

*Werknemer vordert vergoeding voor immateriële schade (gederfde levensvreugde: gederfde vrije tijd, geen tijd voor de kinderen, gezondheidsklachten, arbeidsongeschiktheid) die is ontstaan doordat hij meer uren heeft gewerkt dan toegestaan als gevolg van onjuiste wetgeving.*

- Er wordt niet voldaan aan de voorwaarde voor vestiging van aansprakelijkheid naar nationaal recht dat er een causaal verband moet zijn tussen de onrechtmatige daad en de schade, aangezien de wetgeving werkgevers niet verplichtte om werknemers langer dan 48 uur per week arbeid te laten verrichten. In de nationale wetgeving is aan de werkgever een zorgplicht opgelegd om te voorkomen dat de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade lijdt.

Indien aansprakelijkheid zou worden aangenomen:

- Niet-vermogensschade kan slechts in de limitatief in de wet (art. 6:106 BW) opgesomde gevallen tot een recht op vergoeding leiden. (De meeste hier genoemde schadegevallen behoren hier niet toe. Lichamelijk letsel kan wel leiden tot een recht op vergoeding.)
- Beroep op vermindering vergoedingsplicht, indien de werknemer nooit enige actie bij zijn werkgever heeft ondernomen om de gestelde schade te voorkomen dan wel te verminderen

*Werknemer vordert schadevergoeding voor gederfd loon over de uren die ten onrechte niet als arbeidstijd zijn aangemerkt als gevolg van onjuiste wetgeving.*

- Er wordt niet voldaan aan de voorwaarde voor vestiging van aansprakelijkheid naar Europees recht dat er een causaal verband moet zijn tussen de schending en de schade, aangezien de geschonden norm niet de beloning van arbeid betreft.

- Er wordt niet voldaan aan de voorwaarde voor vestiging van aansprakelijkheid naar nationaal recht dat er een causaal verband moet zijn tussen de onrechtmatige daad en de schade, aangezien de wetgeving werkgevers niet verplichtte om werknemers langer dan 48 uur per week arbeid te laten verrichten. In de nationale wetgeving is ook aan de werkgever een zorgplicht opgelegd om te voorkomen dat de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade lijdt.
- Er wordt niet voldaan aan de voorwaarde voor vestiging van aansprakelijkheid naar nationaal recht dat de geschonden norm ter bescherming van de werknemer strekt, althans wat betreft de beloning.

Indien aansprakelijkheid zou worden aangenomen:

- Er is geen causaal verband tussen de onjuiste arbeidstijdenwetgeving en de schade, aangezien de beloning wordt geregeld in de toepasselijke rechtspositieregelingen.

*Werknemer vordert schadevergoeding voor gederfde inkomsten in de toekomst doordat hij minder uren kan maken dan onder de – achteraf – onjuiste wetgeving.*

- Er wordt niet voldaan aan de voorwaarde voor vestiging van aansprakelijkheid naar Europees recht, noch naar nationaal recht dat er een causaal verband moet zijn tussen de schending c.q. onrechtmatige daad en de schade, aangezien de schade niet voortvloeit uit de schending c.q. de onrechtmatige daad, maar een gevolg is van de opheffing van de schending c.q. onrechtmatige daad.

Indien aansprakelijkheid zou worden aangenomen:

- Er is geen causaal verband tussen de onjuiste arbeidstijdenwetgeving en de schade. De gestelde schade vloeit voort uit het opheffen van de onrechtmatigheid van die wetgeving.

*Werknemer vordert schadevergoeding voor kosten in verband met gezondheidsklachten als gevolg van onjuiste wetgeving.*

- Er wordt niet voldaan aan de voorwaarde voor vestiging van aansprakelijkheid naar nationaal recht dat er een causaal verband moet zijn tussen de onrechtmatige daad en de schade, aangezien de wetgeving werkgevers niet verplichtte om werknemers langer dan 48 uur per week arbeid te laten verrichten. In de nationale wetgeving is ook aan de werkgever een zorgplicht opgelegd om te voorkomen dat de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade lijdt.

Indien aansprakelijkheid zou worden aangenomen:

- Beroep op vermindering vergoedingsplicht, indien de werknemer nooit enige actie bij zijn werkgever heeft ondernomen om de gestelde schade te voorkomen dan wel te verminderen

*Werknemer vordert schadevergoeding voor gederfde inkomsten in verband met arbeidsongeschiktheid die is ontstaan doordat hij meer uren heeft gewerkt dan toegestaan als gevolg van onjuiste wetgeving.*

- Er wordt niet voldaan aan de voorwaarde voor vestiging van aansprakelijkheid naar nationaal recht dat er een causaal verband moet zijn tussen de onrechtmatige daad en de schade, aangezien de wetgeving werkgevers niet verplichtte om werknemers langer dan 48 uur per week arbeid te laten verrichten. In de nationale wetgeving is ook aan de werkgever een zorgplicht opgelegd om te voorkomen dat de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade lijdt.

Indien aansprakelijkheid zou worden aangenomen:

- Beroep op vermindering vergoedingsplicht, indien de werknemer nooit enige actie bij zijn werkgever heeft ondernomen om de gestelde schade te voorkomen dan wel te verminderen

*Werknemer vordert schadevergoeding voor extra kosten kinderopvang als gevolg van onjuiste wetgeving.*

- Er wordt niet voldaan aan de voorwaarde voor vestiging van aansprakelijkheid naar Europees recht dat er een causaal verband moet zijn tussen de schending en de schade, aangezien de schade niet rechtstreeks voortvloeit uit de schending van de norm.



- Er wordt niet voldaan aan de voorwaarde voor vestiging van aansprakelijkheid naar nationaal recht dat er een causaal verband moet zijn tussen de onrechtmatige daad en de schade, aangezien de schade niet rechtstreeks voortvloeit uit de onrechtmatige daad.
- Er wordt ook niet voldaan aan de voorwaarde voor vestiging van aansprakelijkheid naar nationaal recht dat er een causaal verband moet zijn tussen de onrechtmatige daad en de schade, aangezien de wetgeving werkgevers niet verplichtte om werknemers langer dan 48 uur per week arbeid te laten verrichten. In de nationale wetgeving is ook aan de werkgever een zorgplicht opgelegd om te voorkomen dat de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade lijdt.
- Er wordt niet voldaan aan de voorwaarde voor vestiging van aansprakelijkheid naar nationaal recht dat de geschonden norm ter bescherming van de werknemer strekt, althans niet terzake van kinderopvang.

Indien aansprakelijkheid zou worden aangenomen:

- Er is geen rechtstreeks causaal verband tussen de onjuiste arbeidstijdenwetgeving en de schade.

*Werknemer vordert schadevergoeding voor (buiten)gerechtelijke kosten als gevolg van onjuiste wetgeving.*

- Voor toewijzing van deze vordering is noodzakelijk dat één van de voornoemde vorderingen is toegewezen. Verder is tegen een dergelijke vordering niets in te brengen

*Particuliere werkgever vordert schadevergoeding voor de kosten die hij heeft moeten maken in verband met een schadeclaim van één van zijn werknemers die verband houdt met het niet-naleven van de richtlijn door de werkgever.*

- Er wordt niet voldaan aan de voorwaarde voor vestiging van aansprakelijkheid naar Europees recht dat er een causaal verband moet zijn tussen de schending en de schade, aangezien de schade niet rechtstreeks voortvloeit uit de schending van de norm. Het gaat hier om schade die is ontstaan in de rechtsverhouding tussen werkgever en werknemer.
- Er wordt ook niet voldaan aan de voorwaarde voor vestiging van aansprakelijkheid naar nationaal recht dat er een causaal verband moet zijn tussen de onrechtmatige daad en de schade, aangezien de wetgeving werkgevers niet verplichtte om werknemers langer dan 48 uur per week arbeid te laten verrichten. In de nationale wetgeving is ook aan de werkgever een zorgplicht opgelegd om te voorkomen dat de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade lijdt.
- Er wordt niet voldaan aan de voorwaarde voor vestiging van aansprakelijkheid naar nationaal recht dat de geschonden norm ter bescherming van de werkgever strekt.

Indien aansprakelijkheid zou worden aangenomen:

- Beroep op vermindering van de vergoedingsplicht door verrekening van het voordeel dat de werkgever heeft genoten, doordat hij als gevolg van de onjuiste wetgeving zijn bedrijf met een kleiner personeelsbestand heeft kunnen voeren.
- Beroep op vermindering van de vergoedingsplicht in verband met eigen schuld van de werkgever, die op basis van de onjuiste wetgeving niet verplicht was werknemers langer dan 48 uur per week arbeid te laten verrichten, maar wel verplicht was om te voorkomen dat de werknemer dat de werknemers in de uitoefening van hun werkzaamheden schade zouden lijden.

*Overheidswerkgever vordert schadevergoeding voor de kosten die hij heeft moeten maken in verband met een schadeclaim van één van zijn werknemers die verband houdt met het niet-naleven van de richtlijn door de werkgever.*

- Er wordt niet voldaan aan de voorwaarde voor vestiging van aansprakelijkheid naar Europees recht dat er een causaal verband moet zijn tussen de schending en de schade, aangezien de schade niet rechtstreeks voortvloeit uit de schending van de norm. Het gaat hier om schade die is ontstaan in de rechtsverhouding tussen werkgever en werknemer.
- Er wordt niet voldaan aan de voorwaarde voor vestiging van aansprakelijkheid naar nationaal recht dat er een causaal verband moet zijn tussen de onrechtmatige daad en de schade, aangezien

de schade niet rechtstreeks voortvloeit uit de onrechtmatige daad. Het gaat hier om schade die is ontstaan in de rechtsverhouding tussen werkgever en werknemer.

- Er wordt ook niet voldaan aan de voorwaarde voor vestiging van aansprakelijkheid naar nationaal recht dat er een causaal verband moet zijn tussen de onrechtmatige daad en de schade, aangezien de wetgeving werkgevers niet verplichtte om werknemers langer dan 48 uur per week arbeid te laten verrichten. In de nationale wetgeving is ook aan de werkgever een zorgplicht opgelegd om te voorkomen dat de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade lijdt.
- Er is niet voldaan aan de voorwaarde voor vestiging van aansprakelijkheid naar nationaal recht dat de geschonden norm ter bescherming van de werkgever strekt.

Indien aansprakelijkheid zou worden aangenomen:

- Beroep op vermindering van de vergoedingsplicht door verrekening van het voordeel dat de werkgever heeft genoten, doordat hij als gevolg van de onjuiste wetgeving zijn bedrijf met een kleiner personeelsbestand heeft kunnen voeren.
- Beroep op vermindering van de vergoedingsplicht in verband met eigen schuld van de werkgever, die op basis van de onjuiste wetgeving niet verplicht was werknemers langer dan 48 uur per week arbeid te laten verrichten, maar wel verplicht was om te voorkomen dat de werknemer dat de werknemers in de uitoefening van hun werkzaamheden schade zouden lijden.
- Beroep op vermindering van de vergoedingsplicht in verband met eigen schuld van de werkgever die gehouden was het Europese recht na te leven.

*Werkgever vordert schadevergoeding voor de kosten die gepaard gaan aan het aanpassen van de organisatie in zijn bedrijf om deze in overeenstemming te brengen met de voorschriften van het Europese recht.*

- Er wordt niet voldaan aan de voorwaarde voor vestiging van aansprakelijkheid naar Europees recht, noch naar nationaal recht dat er een causaal verband moet zijn tussen de schending c.q. onrechtmatige daad en de schade, aangezien de schade niet voortvloeit uit de schending c.q. de onrechtmatige daad, maar een gevolg is van de opheffing van de schending c.q. onrechtmatige daad.

Indien aansprakelijkheid zou worden aangenomen:

- Er is geen causaal verband tussen de onjuiste arbeidstijdenwetgeving en de schade. De gestelde schade vloeit voort uit het opheffen van de onrechtmatigheid van die wetgeving.

### Schadevorderingen tegenover de overheid als werkgever

Bij *alle vorderingen* wordt geadviseerd de navolgende punten te checken dan wel aan te voeren:

- Is er wel sprake van een *overheidswerkgever*?
- Indien het een vordering tot schadevergoeding bij de civiele rechter betreft van een werknemer in overheidsdienst, is deze vordering niet-ontvankelijk, als terzake van dezelfde schade al een administratieve procedure is doorlopen.
- Een vordering is verjaard als meer dan vijf jaar is verlopen nadat de betrokkene bekend is geworden met de schade en de daarvoor aansprakelijke persoon. Pas nadat het Hof van Justitie het begrip arbeidstijd heeft uitgelegd kan bij de betrokkene bekend zijn geworden dat sprake was van schade als gevolg van Nederlandse regelgeving die niet in overeenstemming was met de richtlijn. De datum van het arrest Simap, 3 oktober 2000, is de vroegst mogelijk datum waarop een betrokkene bekend kan zijn geraakt met het feit dat hij schade leed als gevolg van een onrechtmatige daad van de staat. Dit geldt in ieder geval voor situaties die vergelijkbaar zijn met de casus van het arrest Simap. Voor situaties als die in het arrest Jaeger kan bekendheid met de schade en de aansprakelijke persoon niet eerder zijn ontstaan dan op 9 september 2003.

*Werknemer vordert vergoeding voor immateriële schade (gederfde levensvreugde: gederfde vrije tijd/rusttijd, geen tijd voor de kinderen, gezondheidsklachten) doordat hij meer uren heeft gewerkt dan toegestaan als gevolg onrechtmatige daad werkgever, bestaande in niet-naleving richtlijn.*

- Het causale verband moet worden aangetoond.

Indien aansprakelijkheid zou worden aangenomen:

- Niet-vermogensschade kan slechts in de limitatief in de wet (art. 6:106 BW) opgesomde gevallen tot een recht op vergoeding leiden. (De meeste hier genoemde schadegevallen behoren hier niet toe. Lichamelijk letsel kan wel leiden tot een recht op vergoeding.)
- Beroep op vermindering vergoedingsplicht, indien de werknemer nooit enige actie bij zijn werkgever heeft ondernomen om de gestelde schade te voorkomen dan wel te verminderen

*Werknemer vordert compensatie van de uren die ten onrechte als rusttijd zijn aangemerkt als gevolg onrechtmatige daad werkgever, bestaande in niet-naleving richtlijn.*

- Bescherming met terugwerkende kracht mist zijn doel; de rust was immers *destijds* nodig, nl. in relatie tot de gewerkte tijd.

*Werknemer vordert achterstallig loon over uren die als rusttijd zijn aangemerkt.*

- Verweer afhankelijk van toepasselijke rechtspositieregeling.

*Werknemer vordert schadevergoeding voor gederfd loon over uren die als rusttijd zijn aangemerkt als gevolg onrechtmatige daad werkgever, bestaande in niet-naleving richtlijn.*

- Er wordt niet voldaan aan de voorwaarde voor vestiging van aansprakelijkheid naar Europees recht dat er een causaal verband moet zijn tussen de schending en de schade, aangezien de richtlijn niet de beloning van arbeid betreft.
- Er wordt niet voldaan aan de voorwaarde voor vestiging van aansprakelijkheid naar nationaal recht dat de geschonden norm ter bescherming van de werknemer strekt, althans wat betreft de beloning.
- Overweeg bij loonvordering in rechte aan te dringen op het door de rechter stellen van prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie EG.

Indien aansprakelijkheid zou worden aangenomen:

- Er is geen causaal verband tussen het niet-naleven van de richtlijn en de schade, aangezien de beloning niet in de richtlijn wordt geregeld, maar in de toepasselijke rechtspositieregelingen.

*Werknemer vordert schadevergoeding voor gederfde inkomsten in de toekomst doordat hij minder uren kan maken dan voorheen, omdat de werkgever het rooster heeft aangepast.*

- Er is geen sprake van een onrechtmatige daad. Het aanpassen van de roosters is juist een opheffing van een onrechtmatig handelen.

Indien aansprakelijkheid zou worden aangenomen:

- Er is geen sprake van schade, aangezien noch de Europese, noch de nationale regelgeving voorziet in aanspraken in contra-legem-situaties.

*Werknemer vordert schadevergoeding voor kosten in verband met gezondheidsklachten als gevolg onrechtmatige daad werkgever, bestaande in niet-naleving richtlijn.*

- Het causale verband moet worden aangetoond.

Indien aansprakelijkheid zou worden aangenomen:

- Beroep op vermindering vergoedingsplicht, indien de werknemer nooit enige actie bij zijn werkgever heeft ondernomen om de gestelde schade te voorkomen dan wel te verminderen.

*Werknemer vordert schadevergoeding voor gederfde inkomsten in verband met arbeidsongeschiktheid, ontstaan als gevolg onrechtmatige daad werkgever, bestaande in niet-naleving richtlijn.*

- Het causale verband moet worden aangetoond.

Indien aansprakelijkheid zou worden aangenomen:

- Beroep op vermindering vergoedingsplicht, indien de werknemer nooit enige actie bij zijn werkgever heeft ondernomen om de gestelde schade te voorkomen dan wel te verminderen.

*Werknemer vordert schadevergoeding voor extra kosten kinderopvang als gevolg onrechtmatige daad werkgever, bestaande in niet-naleving richtlijn.*

- Er wordt niet voldaan aan de voorwaarde voor vestiging van aansprakelijkheid naar Europees, noch naar nationaal recht dat er een causaal verband moet zijn tussen de schending c.q. de onrechtmatige daad en de schade, aangezien de schade niet rechtstreeks voortvloeit uit de schending c.q. de onrechtmatige daad.
- Kosten van kinderopvang tijdens aanwezigheidsdiensten kunnen geen extra kosten zijn. Die kinderopvang is nodig, omdat de werknemer verplicht is op zijn werkplek aanwezig te zijn, ongeacht of de niet-actieve uren van de aanwezigheidsdienst als rusttijd of als arbeidstijd worden aangemerkt.
- Er wordt niet voldaan aan de voorwaarde voor vestiging van aansprakelijkheid naar nationaal recht dat de geschonden norm ter bescherming van de werknemer strekt, althans niet terzake van kinderopvang.

Indien aansprakelijkheid zou worden aangenomen:

- Er is geen rechtstreeks causaal verband tussen het niet-naleven van de richtlijn en de schade, aangezien de richtlijn niet ziet op kinderopvang.
  - Beroep op vermindering vergoedingsplicht, indien de werknemer nooit enige actie bij zijn werkgever heeft ondernomen om de gestelde schade te voorkomen dan wel te verminderen.

*Werknemer vordert schadevergoeding voor (buiten)gerechtelijke kosten.*

- Voor toewijzing van deze vordering is noodzakelijk één van de voornoemde vorderingen is toegewezen. Verder is tegen een dergelijke vordering niets in te brengen.

## *Bijlage 2*

### Samenstelling werkgroep

Mw. mr. N. Hoogstrate (SZW, voorzitter)

Mw. dr. S. Frank , tussentijds opgevolgd door mw. mr. dr. B. M. Veltkamp (JUS, secretaris)

Mr. drs. W. van Hoogstraten, tussentijds opgevolgd door mw. mr S.A.C. Rotteveel (BZK)

Mw. mr. M. de Mol, tussentijds opgevolgd door mw. prof. mr. dr. H. Sevenster (BZ)

Mw. mr. B. Tukul-Kara (SZW)

Mr. G.J. Tummers (DEF)

Mr. P.A. Ubbens (VWS)

## **Interdepartementale Commissie Europees Recht (ICER)**

Datum: 26 november 2003

Onderwerp: Follow up arrest Jaeger (zaak C-151/02); startnotitie

### **1. Inleiding**

Op 9 september 2003 heeft het Hof van Justitie EG uitspraak gedaan in de zaak Jaeger. In deze zaak was aan de orde of de aanwezigheidsdienst van een arts (in loondienst van een ziekenhuis) in zijn geheel moeten worden aangemerkt als arbeidstijd, ook in het geval het de betrokken arts is toegestaan in het ziekenhuis te rusten of te slapen gedurende de perioden van de dienst waarin geen beroep op hem wordt gedaan. Het Hof stelde vast dat wachtdiensten, waarbij artsen fysiek in het ziekenhuis aanwezig moeten zijn, *volledig* als arbeidstijd moeten worden beschouwd, ook als de artsen op hun werkplek mogen rusten of slapen tijdens de perioden waarin van hen geen werkzaamheden worden verlangd. Dit ligt anders, wanneer de *aanwezigheid* van de arts niet permanent vereist is, maar hij zich slechts *beschikbaar* hoeft te houden, zoals het Hof in de eerdere zaak Simap bepaalde (zaak C-303/98). Het Hof benadrukt, dat aan deze uitleg niet wordt afgedaan door de bezwaren ontleend aan de consequenties van economische en organisatorische aard die uit deze uitleg kunnen voortvloeien.

Naar het oordeel van het Hof staat het de lidstaten niet vrij om in hun nationale regelgeving te bepalen dat de perioden waarin artsen gedurende hun wachtdienst geen werkzaamheden verrichten, als rusttijden hebben te gelden. Evenmin is het mogelijk om bij CAO afspraken te maken, die ertoe leiden dat de dagelijkse rusttijd van elf uren, die de toepasselijke richtlijn 93/104 inzake minimumvoorschriften op het gebied van de organisatie van de arbeidstijd voorschrijft, wordt verkort op voorwaarde dat deze op een ander tijdstip wordt gecompenseerd.

### **2. Probleemstelling en onderzoeksvragen**

Nu wachtdiensten integraal als arbeidstijd moeten worden aangemerkt, kan in branches waar wachtdiensten aan de orde zijn, aanspraak worden gemaakt op langere rusttijden na afloop van de dienst. Daardoor neemt de inzetbaarheid voor de werkgever af. Er zullen dan ook mogelijk extra werknemers moeten worden aangetrokken om deze verminderde inzetbaarheid te compenseren.

Dat kan (financiële) knelpunten opleveren, primair – ervan uitgaande dat het Arbeidstijdenbesluit op korte termijn conform Jaeger wordt gewijzigd, mogelijk zelfs de richtlijn in de door de lidstaten gewenste zin wordt aangepast – voor het *verleden*. Immers: een Hof-uitspraak is declaratoir en geldt met terugwerkende kracht.

Voorgesteld wordt een ICER-werkgroep te belasten met een *juridische risico-analyse* terzake. Doel is het ontwikkelen van een gedragslijn voor de departementen. Onderzocht moet in dit verband primair worden:

- De omvang van het probleem: in welke sectoren en beroepsgroepen is sprake van aanwezigheidsdiensten en kan de onderhavige problematiek zich voordoen?
- De aard van het probleem: in hoeverre kunnen rechtszaken leiden tot succesvolle claims wegens niet-nakoming van de richtlijn, zoals uitgelegd door het Hof en om wat voor soort claims kan het gaan? Hierbij moet worden gezien:
  - in welke *verhoudingen* de problematiek kan spelen: particulieren/werknemers ten opzichte van hun werkgever (vorderingen wegens achterstallig salaris omdat achteraf blijkt te zijn 'gewerkt', terwijl men in de veronderstelling was dat het slechts om aanwezigheid ging); werkgevers ten opzichte van de overheid (vorderingen wegens toepassing van nationale regelgeving die, naar nu blijkt, een onjuiste uitwerking vormde van de richtlijn); particulieren/werknemers ten opzichte van de overheid (vorderingen wegens uitvaardigen van onrechtmatige wetgeving);
  - dat de overheid in twee hoedanigheden met de onderhavige problematiek kan worden geconfronteerd, namelijk als werkgever en uitbrenger van onrechtmatige wetgeving;
  - welke rol het Simap-arrest speelt bij de vraag, in hoeverre de problematiek voorzienbaar was voor de lidstaten.

### **3. Planning en aanpak**

De werkgroep zal haar rapportage in april 2004 opleveren. Er zal regelmatig voortgangsrapportage aan de ICER plaatsvinden.

Aan de werkgroep wordt in ieder geval deelgenomen door vertegenwoordigers van de ministeries van BZ, BZK, Defensie, Justitie, VWS en SZW. De werkgroep staat onder voorzitterschap van Sociale Zaken. Het secretariaat wordt gevoerd door het ICER-secretariaat.