

NJ 2016/166

HOGHE RAAD (CIVIELE KAMER)

18 september 2015, nr. 14/00189

(Mrs. E.J. Numann, C.A. Streefkerk, G. Snijders, V. van den Brink, T.H. Tanja van den Broek; A-G mr. L.A.D. Keus)

m.nt. S.D. Lindenberg

Art. 6:162, 7:640a BW; art. 7:635 BW (oud); art. 94, 120 GW; art. 7 Richtlijn 93/104/EG; art. 7 Richtlijn 2003/88/EG; art. 4 VEU; art. 288 VWEU

O&A 2015/86

JAR 2015/257

AB 2016/30

NJB 2015/1684

RvdW 2015/990

O&A 2015/97

JWB 2015/316

Prg. 2015/273

O&A 2015/90

ECLI:NL:HR:2015:2722

ECLI:NL:PHR:2015:356

Onrechtmatige overheidsdaad. Niet tijdige implementatie van Richtlijn 2003/88/EG inzake organisatie van de arbeidstijd; toetsing wetgeving in formele zin aan rechtstreeks werkend Unierecht; art. 94 en art. 120 Gw. Toerekening aan overheidslichaam bij strijd met rechtstreeks werkend of niet tijdig geïmplementeerd Unierecht; HR 9 mei 1986, NJ 1987/252 (Staat/Van Gelder); maatstaf; stelplicht en bewijslast.

Art. 94 Gw brengt mee dat wetgeving in formele zin moet worden getoetst aan een ieder verbindende bepalingen van verdragen en van besluiten van internationale volkenrechtelijke organisaties. Is wetgeving in formele zin in strijd met zulke bepalingen, dan heeft dat niet alleen tot gevolg dat de desbetreffende wetgeving buiten toepassing moet blijven, maar ook dat het uitvaardigen en handhaven van die wetgeving onrechtmatig is en daarom op grond van art. 6:162 BW de Staat verplicht tot betaling van schadevergoeding, mits aan de overige voorwaarden voor aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad is voldaan. Er is geen grond om voor het uitvaardigen en handhaven van wetgeving in formele zin een uitzondering te maken op het in art. 6:162 BW bepaalde. Het toetsingsverbod van art. 120 Gw brengt niet iets anders mee, nu dat verbod ziet op de toetsing van wetgeving in formele zin aan de Grondwet en aan fundamentele rechtsbeginselen, en dat verbod geen betrekking heeft op de toetsing aan bepalingen als bedoeld in art. 94 Gw. Het hiervoor overwogene geldt ook bij strijd met rechtstreeks werkend Unierecht, welk recht krachtens het VWEU uit eigen hoofde in de lidstaten geldt. Ook indien het gaat om een te late of onjuiste implementatie van een Europese richtlijn bestaat geen grond voor een uitzonde-

ring. Strijd met een niet-tijdig geïmplementeerde richtlijn leidt niet tot het gevolg dat de nationale wetgeving buiten toepassing moet blijven, maar de niet-tijdige of onjuiste implementatie van een richtlijn komt in strijd met de verplichting van de Staat op grond van art. 4 lid 3 VEU en 288 derde volzin VWEU en is om die reden onrechtmatig. Dat geldt ook in het geval het gaat om wetgeving in formele zin.

In het arrest *Staat/Van Gelder* (NJ 1987/252, m.nt. M. Scheltema) is beslist dat indien een overheidslichaam een onrechtmatige daad pleegt door een met een hogere regeling strijdig voorschrift uit te vaardigen en op grond van dit voorschrift te handelen, daarmee in beginsel de schuld van het overheidslichaam is gegeven (lees thans: de toerekenbaarheid aan het overheidslichaam is gegeven). Er bestaat onvoldoende grond om deze regel niet toe te passen ingeval wetgeving in formele zin strijd met rechtstreeks werkend internationaal recht of met de verplichting tot implementatie van een Europese richtlijn. Het ligt op de weg van de Staat de feiten en omstandigheden te stellen die een uitzondering op het in dat arrest genoemde beginsel rechtvaardigen.

Verweerder in cassatie is op grond van een arbeidsovereenkomst werkzaam geweest voor een onderneming. Deze arbeidsovereenkomst is met toestemming van het CWI per 1 juni 2009 beëindigd, nadat verweerder sinds 1 april 2007 arbeidsongeschikt was. Op grond van de eerste volzin van art. 7:635 lid 4 (oud) BW verwierf een werknemer die wegens ziekte geen arbeid verricht, slechts aanspraak op vakantie over het tijdvak van de laatste zes maanden waarin de arbeid niet werd verricht. Overeenkomstig deze bepaling heeft verweerder over de periode waarin hij arbeidsongeschikt was alleen een vergoeding ontvangen voor de vakantiedagen die hij heeft opgebouwd gedurende de laatste zes maanden van zijn dienstverband. Richtlijn 93/104/EG van de Raad van 23 november 1993 betreffende een aantal aspecten van de organisatie van de arbeidstijd is nader gecodificeerd in Richtlijn 2003/88/EG betreffende een aantal aspecten van de organisatie van de arbeidstijd (hierna: Richtlijn 2003/88). Op grond van Richtlijn 2003/88/EG blijft de uiterste implementatiedatum van 23 november 1996 gehandhaafd voor gecodificeerde bepalingen van Richtlijn 93/104. Na HvJ EG 20 januari 2009, C-350/06 en C-520/06, ECLI:EU:C:2009:18, NJ 2009/252, m.nt. M.R. Mok (Schultz-Hoff) is het hiervoor genoemde art. 7:635 lid 4 (oud) BW geschrapt en is in plaats daarvan art. 7:640a BW ingevoerd op grond waarvan voor het opnemen van vakantiedagen een vervalttermijn van zes maanden geldt na de laatste dag van het kalenderjaar waarin de aanspraak is verworven, tenzij de werknemer tot aan dat tijdstip redelijkerwijs niet in staat is geweest om vakantie op te nemen. De vervalttermijn van art. 7:640a BW is uitsluitend van toepassing op vakantiedagen die zijn opgebouwd na 1 januari 2012. Verweerder vordert in deze procedure schadevergoeding van de Staat, eiser tot cassatie, wegens onrecht-

matig handelen door art. 7 Richtlijn 2003/88 niet binnen de daarvoor bepaalde termijn te implementeren. Het hof heeft het vonnis van de kantonrechter, waarbij de vordering is toegewezen, bekrachtigd. De Staat is hiervan in cassatie gekomen.

Het onderdeel bestrijdt tevergeefs het oordeel van het hof dat de Staat toerekenbaar onrechtmatig heeft gehandeld. Het in art. 94 Grondwet bepaalde brengt mee dat wetgeving in formele zin moet worden getoetst aan een ieder verbindende bepalingen van verdragen en van besluiten van internationale volkenrechtelijke organisaties. Is wetgeving in formele zin in strijd met zulke bepalingen, dan heeft dat niet alleen tot gevolg dat de desbetreffende wetgeving buiten toepassing moet blijven, maar ook dat het uitvaardigen en handhaven van die wetgeving onrechtmatig is en daarom op grond van art. 6:162 BW de Staat verplicht tot betaling van schadevergoeding, mits aan de overige voorwaarden voor aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad is voldaan. Er is dan ook geen grond om voor het uitvaardigen en handhaven van wetgeving in formele zin een uitzondering te maken op het in art. 6:162 BW bepaalde. Het toetsingsverbod van art. 120 Grondwet brengt niet iets anders mee, nu dat verbod ziet op de toetsing van wetgeving in formele zin aan de Grondwet en aan fundamentele rechtsbeginselen, en dat verbod geen betrekking heeft op de toetsing aan bepalingen als bedoeld in art. 94 Grondwet (HR 14 april 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD5725, NJ 1989/469, m.nt. M. Scheltema (Harmonisatiewet)). Anders dan het onderdeel betoogt, geldt het hiervoor overwogene ook bij strijd met rechtstreeks werkend Unierecht, welk recht krachtens het VWEU uit eigen hoofde in de lidstaten geldt. Ook indien het gaat om een te late of onjuiste implementatie van een Europese richtlijn bestaat, anders dan het onderdeel aanvoert, geen grond voor een uitzondering. Weliswaar voert het onderdeel met juistheid aan dat strijd met een niet-tijdig geïmplementeerde richtlijn niet leidt tot het gevolg dat de nationale wetgeving buiten toepassing moet blijven, maar de niet-tijdige of onjuiste implementatie van een richtlijn komt in strijd met de verplichting van de Staat op grond van art. 4 lid 3 VEU en 288 derde volzin VWEU en is om die reden onrechtmatig (vgl. HR 21 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE8462, NJ 2003/691, m.nt. T. Koopmans (Waterpakt)). Dat geldt ook in het geval het gaat om wetgeving in formele zin.

In het arrest Staat/Van Gelder (HR 9 mei 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC0867, NJ 1987/252, m.nt. M. Scheltema) is beslist dat indien een overheidslichaam een onrechtmatige daad pleegt door een met een hogere regeling strijdig voorschrift uit te vaardigen en op grond van dit voorschrift te handelen, daarmee in beginsel de schuld van het overheidslichaam is gegeven (lees thans: de toerekenbaarheid aan het overheidslichaam is gegeven). Er bestaat onvoldoende grond om deze regel niet toe te passen ingeval wetgeving in formele zin strijdt met rechtstreeks werkend internationaal recht of met de verplichting tot implementatie van een Europese richtlijn. Het ligt op de weg van de Staat de feiten en omstandigheden te stellen die in het voorliggende geval een uitzondering op het in

dat arrest genoemde beginsel rechtvaardigen. Het hof heeft in dit geval geen grond aanwezig geoordeeld voor een uitzondering op het beginsel van genoemd arrest. Dat geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Het hof heeft dus terecht geoordeeld dat sprake is van een toerekenbare onrechtmatige daad van de Staat.

Staat der Nederlanden, te Den Haag, eiser tot cassatie, adv.: mr. M.W. Scheltema, tegen

H., verweerder in cassatie, adv.: mr. S.F. Sagel, mede toegelicht door mrs. L.J. Burgman, A. M. ter Haar en A.A. Kleinhout.

Hof:

Het toetsingskader

4.1 H. stelt zich op het standpunt dat geen enkele rechtsregel er aan in de weg staat dat de aansprakelijkheid van de Staat in deze wordt gebaseerd op artikel 6:162 BW. Immers de in het *Francovich* arrest (HvJ EG 19-11-1991, IJN: ZB5305) en daarop volgende jurisprudentie van het HvJ EG ontwikkelde voorwaarden voor aansprakelijkheid behelzen minimumvoorwaarden. Het staat de lidstaten vrij minder hoge eisen te stellen aan aansprakelijkheid. Nederland voert volgens H. ook daadwerkelijk een strenger beleid dan waartoe het op grond van het communautaire recht verplicht is. Immers, ingevolge artikel 6:162 BW levert het enkele feit dat wetgeving in strijd is met hoger recht, een onrechtmatige daad op en is de schuld van de Staat daaraan gegeven. Dit uitgangspunt geldt ook wanneer het gaat om schending van Europeesrechtelijke normen. Nu vast is komen te staan dat de Nederlandse wetgeving in strijd was met de (hogere) Richtlijn, volgt daaruit rechtstreeks dat de Staat onrechtmatig heeft gehandeld, aldus H.

4.2 De Staat daarentegen stelt zich op het standpunt dat wetgeving in formele zin naar haar aard geen onrechtmatige daad in de zin van artikel 6:162 BW kan opleveren. In het Nederlandse stelsel van wetgeving geldt een strikte hiërarchie van normstelling, waarbij de hogere norm vóór de lagere gaat. Het primaat is toegekend aan de wetgever in formele zin. Dit primaat komt de wetgever toe, omdat hij zijn legitimatie — anders dan de rechter — rechtstreeks ontleent aan zijn samenstelling op basis van de uitslag van vrije democratische verkiezingen. In dit stelsel moet het antwoord op de vragen of een product van wetgeving kan worden getoetst, aan welke normen het kan worden getoetst en tot welke gevolgen die toetsing kan leiden, worden gevonden in een regeling van hogere orde dan de te toetsen regeling. Artikel 6:162 BW is voor de wet in formele zin geen regeling van hogere orde. Het toetsingsregime voor de wet in formele zin is neergelegd in de artikelen 94 en 120 van de Grondwet. Naar geldend recht verbiedt het toetsingsverbod van artikel 120 Grondwet de rechter niet slechts om aan de wet in formele zin haar verbindende kracht te ontnemen, maar ook om haar totstandkoming, handhaving of

uitvoering onrechtmatig te verklaren. Hieruit volgt dat rechterlijke toetsing van de wet in formele zin niet mogelijk is, behoudens voor zover de Grondwet die toetsing uitdrukkelijk mogelijk maakt. De Grondwet maakt toetsing slechts mogelijk in artikel 94, namelijk aan een ieder verbindende bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties. Daarnaast legt artikel 94 Grondwet vast waartoe die toetsing dient te leiden: tot het bij overeenigbaarheid met een verdragsbepaling buiten toepassing laten van het wettelijk voorschrift. Uit de (publiekrechtelijke) onverbindendheid van een bepaalde bepaling blijkt echter niet dat de uitvaardiging daarvan (privaatrechtelijk) onrechtmatig is geweest. De rechter mag niet minder, maar ook niet méér doen, dan in een concreet geval geen toepassing geven aan een wettelijk voorschrift dat overeenigbaar is met een ieder verbindende verdragsbepaling. De eventuele aansprakelijkheid van de Staat voor het uitvaardigen van een wet in formele zin in strijd met Europese regelgeving is dan ook volledig verankerd in het Europees recht, aldus de Staat.

4.3 Naar het oordeel van het hof gaat dit standpunt van de Staat niet op.

Naar Nederlands recht levert het uitvaardigen en handhaven van een met hogere regelgeving strijdige regeling een onrechtmatige daad op. Met het uitvaardigen en handhaven van een dergelijke regeling, staat niet alleen de onrechtmatigheid, maar ook de schuld in beginsel vast (vgl. HR 9 mei 1986/252, *IJN:AC0867*). Nu niet bestreden is dat de in geding zijnde Nederlandse wetgeving betreffende de opbouw van vakantieaanspraken bij ziekte niet in overeenstemming was met hogere regelgeving, te weten de Richtlijn, volgt daáruit — uit de toetsing aan de hogere regelgeving en dus niet aan artikel 6:162 BW — dat de Staat onrechtmatig heeft gehandeld. Dit is niet anders nu de getoetste regelgeving een wet in formele zin is, die de rechter ingevolge artikel 120 Grondwet niet mag toetsen aan de Grondwet. Krachtens artikel 94 Grondwet is toetsing aan van wetten in formele zin aan een ieder verbindende bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties (zoals de Richtlijn) immers wel mogelijk. Wanneer die toets tot de conclusie leidt dat sprake is van wetgeving die buiten toepassing moet blijven, levert dat een onrechtmatige daad op die de Staat tot schadevergoeding ex artikel 6:162 BW verplicht. Daar op basis van het nationale recht minder zware eisen gelden voor aansprakelijkheid, dan op basis van de Europese normen, behoeft de vraag of sprake is van een gekwalificeerde schending waaraan de Staat schuld heeft, niet te worden beantwoord. Dit betekent dat de incidentele grief slaagt, waaruit volgt dat de Staat aansprakelijk is voor eventueel als gevolg van de in geding zijnde wetgeving door H. geleden schade, zodat de tweede en derde principale grieven geen behandeling behoeven.

Schade als gevolg van de onrechtmatige daad?

5.1 Met zijn vierde tot en met zesde grief betoogt de Staat dat het ervoor moet worden gehouden dat H. geen schade heeft ondervonden van de tot 1 januari 2012 bestaande strijdigheid van artikel 7:635, lid 4, BW met de Richtlijn. De Staat stelt daartoe dat H. niet heeft aangetoond dat hij aanspraak op vergoeding zou hebben gehad over vakantie-dagen opgebouwd in de periode van arbeidsongeschiktheid, als zijn aanspraak zou zijn getoetst aan de per 1 januari 2012 ingevoerde regeling. De Staat wijst er daarbij op dat uitgangspunt van het *Schultz-Hoff* arrest en het huidige artikel 7:640a BW is dat enkel van uitbetaling van niet-genoten vakantie-dagen sprake kan zijn indien een werknemer geen vakantie heeft kunnen genieten wegens volledige arbeidsongeschiktheid. Bepalend is of de werknemer daadwerkelijk de mogelijkheid heeft gehad om van het hem door de Richtlijn verleende recht van vakantie met behoud van loon gebruik te maken. De vraag die dus moet worden beantwoord, is — aldus de Staat — of H. daadwerkelijk de mogelijkheid heeft gehad om gebruik te maken van het recht op vakantie. Het is aan H. om aan te tonen dat hij gedurende de gehele periode waarover hij stelt schade te hebben geleden, volledig arbeidsongeschikt was als gevolg waarvan het voor hem niet mogelijk was om gebruik te maken van zijn recht op vakantie onder doorbetaling van loon. Aan deze bewijslast heeft H. niet voldaan, aldus nog steeds de Staat. Daarnaast verwijt de Staat H. dat hij verzuimd heeft schadebeperkend te handelen, door geen gebruik te maken van zijn recht op vakantie. Toekenning van vakantie-dagen aan H. zou voorts leiden tot een 'groot en ongerechtvaardigd voordeel', aldus nog steeds de Staat.

5.2 Het hof overweegt als volgt. Het schadebeperkingsverweer van de Staat gaat er aan voorbij dat H. als gevolg van het bepaalde in artikel 7:635, lid 4 BW tijdens zijn arbeidsongeschiktheid slechts (zeer) beperkt vakantiedagen (met behoud van loon) heeft opgebouwd. Het is daarom niet redelijk H. te verwijten dat hij tijdens zijn arbeidsongeschiktheid geen gebruik heeft gemaakt van zijn (op grond van de Richtlijn bestaande, maar op grond van de indertijd geldende regelgeving niet toegekende) recht op vakantie met behoud van loon. De omstandigheid dat in de praktijk voorkwam dat werknemers door hun werkgever in staat werden gesteld tijdens arbeidsongeschiktheid op vakantie te gaan, terwijl de dagen — indien de opgebouwde vakantiedagen daartoe ontoereikend waren — administratief werden geboekt als ziekte-dagen, doet aan het voorgaande niet af.

5.3 Nu niet is gebleken dat H. van voornoemde (informele) mogelijkheid om vakantie te genieten tijdens arbeidsongeschiktheid (geboekt als ziekte-dagen) gebruik heeft gemaakt, valt niet in te zien dat sprake is van een 'groot en ongerechtvaardigd voordeel', indien alsnog een financiële vergoeding voor de niet opgebouwde vakantiedagen wordt uitgekeerd.

5.4 Met betrekking tot het causaliteitsverweer overweegt het hof, dat het weliswaar aan H. is te bewijzen dat hij door de onrechtmatige daad schade heeft geleden, maar dat hiervoor voldoende is dat aannemelijk is dat H., de onrechtmatige daad van de Staat weggedacht, wel aanspraak zou hebben kunnen maken op uitbetaling van de door hem gevorderde niet-genoten vakantiedagen. Het wegdenken van de onrechtmatige daad (de fictieve situatie) betekent in dit geval dat ervan uit moet worden gegaan dat het bepaalde in art. 7:635 lid 4 BW niet geldt. Hoewel het hof niet uitsluit dat de wetgever, indien hij op een eerder moment zou zijn overgegaan tot aanpassing van de wet aan de Richtlijn, zou hebben gekozen voor enige vervaltermijn, acht het hof het te speculatief om ervan uit te gaan dat in de fictieve situatie enige vervaltermijn zou hebben gegolden. Het hof volgt de Staat dan ook niet in zijn stelling dat er in de fictieve situatie van uit moet worden uitgegaan dat de (huidige) vervaltermijn in de wet zou zijn opgenomen. Naar het oordeel van het hof moet in de fictieve situatie de onrechtmatige daad worden weggedacht en moet er in beginsel van worden uitgegaan dat andere regelgeving hetzelfde zou zijn gebleven. Tegen deze achtergrond acht het hof voldoende aannemelijk dat H., de onrechtmatige daad weggedacht, aanspraak had kunnen maken op de door hem gevorderde vakantiedagen. H. heeft van de (informele) mogelijkheid om vakantie te genieten geen gebruik gemaakt en er zijn onvoldoende aanwijzingen dat dat in de fictieve situatie anders zou zijn geweest. Daarbij neemt het hof in aanmerking dat aan het bewijs van een fictieve situatie in het verleden niet te hoge eisen mogen worden gesteld. H. hoefde er ook geen rekening mee te houden dat hij ooit met genoemd bewijs zou worden belast, terwijl bewijsvergaring over een periode in het verleden lastig is. Dit is kennelijk ook door de minister onderkend en als reden genoemd om aan de wetswijziging geen terugwerkende kracht te verlenen (zie hiervoor rov 2.4). Daar komt bij dat H., gesteld dat er wel van zou moeten worden uitgegaan dat in de fictieve situatie een vervaltermijn zou hebben gegolden, bij tijdige invoering van de in geding zijnde wetswijzigingen zich bewust had kunnen/moeten zijn van de vervaltermijn en dus een reële mogelijkheid zou hebben gehad verval te voorkomen, door voor het einde van de vervaltermijn de vakantiedagen op te nemen. Die mogelijkheid is hem nu ontvallen. Hetzelfde geldt voor de mogelijkheid om bij schriftelijke overeenkomst (ten gunste van H.) af te wijken van de vervaltermijn van artikel 7:340a BW.

Cassatiemiddel:

Schending van het recht en/of verzuim van het vormvereiste van een toereikende motivering doordat het Hof heeft geoordeeld als vermeld in rov. 4.3, 5.4, 5.5 en 6.3, zulks ten onrechte om de navolgende, mede in onderling verband en samenhang in aanmerking te nemen redenen:

Onrechtmatigheid

1 Het hof heeft in rov. 4.3 overwogen dat het (in rov. 4.2 weergegeven) standpunt van de Staat niet opgaat. Naar Nederlands recht levert het uitvaardigen en handhaven van een met hogere regelgeving strijdige regeling volgens het hof een onrechtmatige daad op. Met het uitvaardigen en handhaven van een dergelijke regeling, staat, aldus het hof, niet alleen de onrechtmatigheid, maar ook de schuld in beginsel vast (vgl. HR 9 mei 1986/252, *LJN:AC0867*). Nu niet bestreden is dat de in geding zijnde Nederlandse wetgeving betreffende de opbouw van vakantieaanspraken bij ziekte niet in overeenstemming was met hogere regelgeving, te weten de Richtlijn, volgt dááruit volgens het hof – uit de toetsing aan de hogere regelgeving en dus niet aan artikel 6:162 BW – dat de Staat onrechtmatig heeft gehandeld. Dit is volgens het hof niet anders nu de getoetste regelgeving een wet in formele zin is, die de rechter ingevolge artikel 120 Grondwet niet mag toetsen aan de Grondwet. Krachtens artikel 94 Grondwet is toetsing van wetten in formele zin aan een ieder verbindende bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties (zoals de Richtlijn) immers wel mogelijk. Wanneer die toets tot de conclusie leidt dat sprake is van wetgeving die buiten toepassing moet blijven, levert dat, aldus het hof, een onrechtmatige daad op die de Staat tot schadevergoeding ex artikel 6:162 BW verplicht. Daar op basis van het nationale recht minder zware eisen gelden voor aansprakelijkheid, dan op basis van de Europese normen, behoeft de vraag of sprake is van een gekwalificeerde schending waaraan de Staat schuld heeft, naar het oordeel van het hof niet te worden beantwoord.

1.1 's Hof's beslissing in rov. 4.3 is rechtsens onjuist. Het in artikel 120 Grondwet tot de rechter gerichte verbod om te treden in de grondwettigheid van wetten (in formele zin) ziet zowel op onverbindendverklaring als op schadevergoeding wegens het uitvaardigen of handhaven van deze wetten (in formele zin). Artikel 94 maakt daarop slechts in zoverre een uitzondering dat een wet in formele zin wegens strijd met ieder verbindende bepalingen van verdragen of besluiten van volkenrechtelijke organisaties buiten toepassing kan worden gelaten. Voor het overige geldt het toetsingsverbod van artikel 120 Grondwet en derhalve biedt het Nederlandse recht in dergelijke gevallen geen grondslag voor schadevergoeding (wegens onrechtmatige daad als bedoeld in artikel 6:162 BW).¹ Anders dan het hof heeft overwogen, bestaat in zoverre dus een belangrijk verschil met lagere regelgeving (niet zijnde wetten in formele zin) die wel aan hogere regelgeving dan wel algemene rechtsbeginselen kan worden getoetst en waarvoor de door het hof aangehaalde door uw Raad gegeven regel geldt. Een grondslag voor schadevergoeding kan in verband met formele

¹ Antwoordakte in incidenteel appel, onder 4 en 6-9; de pleitnota S. van Heukelom-Verhage en R.J.M. van den Tweel, onder 5.1-5.5.

wetgeving daarom alleen in (jurisprudentie van een supranationale rechter in verband met) een verdrag of in een besluit van een volkenrechtelijke organisatie worden gevonden.

1.2 Indien in cassatie uitgangspunt zou moeten zijn dat een schadevergoedingsvordering ook in gevallen als de onderhavige op basis van artikel 6:162 BW kan worden toegewezen, heeft het hof miskend dat de door hem in rov. 4.3 aangehaalde door uw Raad gegeven regel niet ziet op gevallen waarin een wet in formele zin strijdig is met het Unierecht.²

Nu aansprakelijkheid op de voet van artikel 6:162 BW in dergelijke gevallen voortvloeit uit schending van het ieder verbindende Unierecht, dienen de in het Unierecht geldende (door het Hof van Justitie van de Europese Unie ontwikkelde) regels voor aansprakelijkheid van lidstaten bepalend, althans uitgangspunt, te zijn, bij de beantwoording van de vraag of en wanneer een vordering uit onrechtmatige daad op de voet van artikel 6:162 BW kan worden toegewezen.³ In dat verband is van belang dat het Unierecht doorwerkt in de Nederlandse rechtsorde zonder dat deze doorwerking is gebaseerd op het stelsel van artikel 93 Grondwet. De door het hof in rov. 4.3 aangehaalde door uw Raad geformuleerde regel is daarmee in gevallen als de onderhavige niet van toepassing, nu deze enkel toepassing vindt indien lagere regelgeving, waarvoor het toetsingsverbod van artikel 120 Grondwet niet geldt en waarvoor binnen het Nederlandse (interne) recht een toetsingskader is ontwikkeld, strijdig is met hogere regelgeving of algemene rechtsbeginselen.

1.3 Indien in cassatie uitgangspunt zou moeten zijn dat een schadevergoedingsvordering ook in gevallen als de onderhavige op basis van artikel 6:162 BW kan worden toegewezen, heeft het hof althans miskend dat de door hem in rov. 4.3 aangehaalde door uw Raad gegeven regel niet ziet op gevallen waarin een wet in formele zin strijdig is met een Europese richtlijn.⁴ In dergelijke gevallen is sprake van schending van artikel 4 lid 3 VEU en specifiek ten aanzien van richtlijnen van artikel 288 VWEU, nu deze artikelen meebrengen dat richtlijnen door lidstaten (op een correcte wijze) moeten worden geïmplementeerd, alsmede van andere bepalingen van het VEU of VWEU (bijvoorbeeld ten aanzien van het vrije verkeer) voor zover daarmee (indirect) in strijd wordt gehandeld door de onjuiste implementatie van een richtlijn. Het hof heeft in dat verband in rov. 4.3 derhalve miskend dat een richtlijn niet, althans in beginsel niet, als een ieder verbindende bepaling of besluit van een volkenrechtelijke orga-

nisatie als bedoeld in artikel 94 Grondwet kan worden aangemerkt.

Nu aansprakelijkheid op de voet van artikel 6:162 BW in dergelijke gevallen (indirect) voortvloeit uit schending van het ieder verbindende Unierecht, dienen de in het Unierecht geldende (door het Hof van Justitie van de Europese Unie ontwikkelde) regels voor aansprakelijkheid van lidstaten bepalend, althans uitgangspunt, te zijn, bij de beantwoording van de vraag of en wanneer een vordering uit onrechtmatige daad op de voet van artikel 6:162 BW kan worden toegewezen.⁵ In dat verband is van belang dat het niet gaat om een rechtstreekse schending van artikelen in het ieder verbindende VEU of VWEU (waarop artikel 94 Grondwet normaal gesproken ziet), maar om een indirecte, nu een richtlijn onjuist is geïmplementeerd en een lidstaat daardoor in strijd handelt met het VEU en het VWEU. Het Unierecht brengt in dergelijke gevallen mee dat nationale wetgeving die strijdig is met een richtlijn in een geschil tussen ingezetenen onderling niet buiten toepassing blijft, maar voor zover mogelijk richtlijnconform wordt geïnterpreteerd.⁶ Nu de gevolgen van de onjuiste implementatie van een richtlijn in dat opzicht worden bepaald door het Unierecht, dient hetzelfde te gelden voor de beantwoording van de vraag wanneer aansprakelijkheid van een lidstaat bestaat voor de onjuiste implementatie van deze richtlijn. De door het hof in rov. 4.3 aangehaalde door uw Raad geformuleerde regel is daarmee in gevallen als de onderhavige niet van toepassing.

1.4 Indien in cassatie uitgangspunt zou moeten zijn dat een schadevergoedingsvordering ook in gevallen als de onderhavige op basis van artikel 6:162 BW kan worden toegewezen en de maatstaven voor aansprakelijkheid niet enkel door het Unierecht maar mede door het nationale recht worden bepaald, heeft het hof rechtens onjuist beslist dat de door hem in rov. 4.3 aangehaalde door uw Raad gegeven regel van toepassing is, althans dat de Staat op basis van de door hem in rov. 4.3 aangehaalde door uw Raad gegeven regel aansprakelijk is.⁷ In gevallen waarin een norm in een richtlijn op verschillende manieren kan worden uitgelegd en/of geïmplementeerd en over de juiste wijze van implementatie in nationale wetgeving pas na een uitspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie (gedeeltelijk) duidelijkheid ontstaat — naar uit 's hofs overwegingen in rov. 2.7 van zijn arrest kan worden afgeleid ten aanzien van artikel 7 van de Arbeidstijdenrichtlijn⁸ het geval was —, heeft in beginsel te gelden dat de Staat eerst onrechtmatig handelt indien hij de

2 Zie ook het betoog in de antwoordakte in incidenteel appel, onder 8; de pleitnota S. van Heukelom-Verhage en R.J.M. van den Tweel, onder 5.4 en 6.2-6.4.

3 Zie ook het betoog in de conclusie van antwoord, onder 3.2-3.9; de conclusie van dupliek, onder 3.2-3.7; de memorie van grieven, onder 4.2-4.4.18.

4 Zie ook het betoog in de antwoordakte in incidenteel appel, onder 8; de pleitnota S. van Heukelom-Verhage en R.J.M. van den Tweel, onder 5.4 en 6.2-6.4.

5 Zie ook het betoog in de conclusie van antwoord, onder 3.2-3.9; de conclusie van dupliek, onder 3.2-3.7; de memorie van grieven, onder 4.2-4.4.18.

6 Zie ook het betoog in de pleitnota S. van Heukelom-Verhage en R.J.M. van den Tweel, onder 7.8.

7 Zie ook het betoog in de antwoordakte in incidenteel appel, onder 3 en 6; de pleitnota S. van Heukelom-Verhage en R.J.M. van den Tweel, onder 5.1 en 6.1-6.5.

8 Richtlijn 2003/88/EG.

uitspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie in redelijkheid niet anders kon uitleggen, althans niet anders kon uitleggen, dan dat (de betreffende norm in) de richtlijn onjuist is geïmplementeerd in een (Nederlandse) wet (in formele zin)⁹ en eerst nadat hij heeft verzuimd om binnen een redelijke termijn tot aanpassing van die wetgeving over te gaan.¹⁰ In dat verband is van belang dat de rechter de bepalingen in de nationale wetgeving die strijdig zijn met de richtlijn in de tussenliggende periode voor zover mogelijk richtlijnconform zal interpreteren in geschillen tussen ingezetenen onderling.¹¹

Althans is, indien het hof vorenstaande regel niet heeft miskend, zonder nadere motivering, die ontbreekt, onbegrijpelijk waarom het hof heeft beslist dat de Staat aansprakelijk is voor de onjuiste implementatie van artikel 7 van de Arbeidstijdenrichtlijn. 1.5 Indien de beslissing van het hof in rov. 4.3 aldus moet worden begrepen dat deze (mede) is gebaseerd op de door uw Raad geformuleerde regel dat het in gevallen waarin de overheid in strijd met het recht heeft gehandeld vanuit het oogpunt van gelijkheid voor publieke lasten beter te verdedigen valt dat de schade ten laste van de collectiviteit wordt gebracht dan ten laste van degene die (toevallig) slachtoffer van dat handelen was, in het onderhavige geval meebrengt dat de Staat aansprakelijk kan worden gehouden op de voet van artikel 6:162 BW, heeft het hof, naast hetgeen in de onderdelen 1.1-1.4 is uiteengezet, miskend dat deze regel door uw Raad is geformuleerd met het oog op de beantwoording van de vraag of de toerekenbaarheid als afzonderlijk vereiste naast onrechtmatig handelen voor toewijzing van een vordering op de voet van artikel 6:162 BW jegens de overheid moet worden gesteld en daarmee als zodanig niets zegt over de beantwoording van de vraag wanneer artikel 6:162 BW kan worden toegepast dan wel of door de overheid onrechtmatig is gehandeld in de zin van dat artikel.

Casuaal verband

2 Het hof heeft in rov. 5.4 met betrekking tot het causaliteitsverweer van de Staat overwogen, dat het weliswaar aan H. is te bewijzen dat hij door de onrechtmatige daad schade heeft geleden, maar dat hiervoor voldoende is dat aannemelijk is dat H., de onrechtmatige daad van de Staat weggedacht, wel aanspraak zou hebben kunnen maken op uitbetaling van de door hem gevorderde niet-genoten vakantiedagen. Het wegdenken van de onrechtmatige daad (de fictieve situatie) betekent in dit geval volgens het hof dat ervan uit moet worden gegaan dat

het bepaalde in art. 7:635 lid 4 BW (zoals dat artikel tot 1 januari 2012 in het BW was opgenomen) niet geldt. Hoewel het hof niet uitgesloten heeft geacht dat de wetgever, indien hij op een eerder moment zou zijn overgegaan tot aanpassing van de wet aan de Richtlijn, zou hebben gekozen voor enige vervalttermijn, heeft het hof het te speculatief geacht om ervan uit te gaan dat in de fictieve situatie enige vervalttermijn zou hebben gegolden. Naar het oordeel van het hof moet in de fictieve situatie de onrechtmatige daad worden weggedacht en moet er in beginsel van worden uitgegaan dat andere regelgeving hetzelfde zou zijn gebleven. Tegen deze achtergrond heeft het hof het voldoende aannemelijk geacht dat H., de onrechtmatige daad weggedacht, aanspraak had kunnen maken op de door hem gevorderde vakantiedagen. H. heeft volgens het hof van de (informele) mogelijkheid om vakantie te genieten geen gebruik gemaakt en er zijn onvoldoende aanwijzingen dat dat in de fictieve situatie anders zou zijn geweest. Daarbij neemt het hof in aanmerking dat aan het bewijs van een fictieve situatie in het verleden niet te hoge eisen mogen worden gesteld. H. hoefde er volgens het hof ook geen rekening mee te houden dat hij ooit met genoemd bewijs zou worden belast, terwijl bewijsvergaring over een periode in het verleden lastig is. Dit is volgens het hof kennelijk ook door de minister onderkend en als reden genoemd om aan de wetswijziging geen terugwerkende kracht te verlenen. Daar komt, aldus het hof, bij dat H. zich, gesteld dat er wel van zou moeten worden uitgegaan dat in de fictieve situatie een vervalttermijn zou hebben gegolden, bij tijdige invoering van de in geding zijnde wetswijzigingen bewust had kunnen/moeten zijn van de vervalttermijn en dus een reële mogelijkheid zou hebben gehad verval te voorkomen, door voor het einde van de vervalttermijn de vakantiedagen op te nemen. Die mogelijkheid is hem nu ontnomen. Hetzelfde geldt volgens het hof voor de mogelijkheid om bij schriftelijke overeenkomst (ten gunste van H.) af te wijken van de vervalttermijn van artikel 7:640a BW.¹²

2.1 's Hof's beslissing in rov. 5.4 is rehtens onjuist. Zoals het hof heeft onderkend, dient H. op grond van artikel 6:162 BW aannemelijk te maken dat zijn schade niet zou zijn ingetreden indien het onrechtmatige handelen van de Staat door het onjuist implementeren van de richtlijn achterwege zou zijn gebleven. Deze (bewijs)positie van H. heeft naar zijn aard een zeker speculatief karakter. Anders dan het hof heeft overwogen, diende H. er (indien hij een vordering tegen de Staat zou willen instellen) derhalve rekening mee te houden dat hij met genoemd bewijs zou worden belast en is daaraan inherent dat bewijsvergaring over een periode in het verleden noodzakelijk is. Hij diende dan ook aannemelijk te maken wat zou zijn gebeurd indien de Staat de richtlijn (direct) juist zou hebben geïmplementeerd. Nu de Staat in artikel 7:640a BW, naar het

9 Zie in dat verband ook het betoog in de memorie van grieven, onder 3.14 en 3.16-3.18; de pleitnota S. van Heukelom-Verhage en R.J.M. van den Tweel, onder 4.1-4.5 en 6.1-6.5.

10 Zie ook het betoog in de conclusie van dupliek, onder 3.2-3.9; de memorie van grieven, onder 3.14, 3.16 en 4.2-4.4.17; de pleitnota S. van Heukelom-Verhage en R.J.M. van den Tweel, onder 6.1-6.5.

11 Zie ook het betoog in de pleitnota S. van Heukelom-Verhage en R.J.M. van den Tweel, onder 7.8.

12 Het hof spreekt in rov. 5.4 abusievelijk van artikel 7:340a BW.

hof heeft onderkend, een vervaltermijn heeft opgenomen (waarvan uitgangspunt is dat die in overeenstemming is met de Arbeidstijdenrichtlijn),¹³ vormt dat een (belangrijke) aanwijzing (en onderbouwing van het verweer van de Staat ten aanzien van het causaal verband) dat indien de Arbeidstijdenrichtlijn (direct) juist zou zijn geïmplementeerd, daarin eveneens dezelfde of een vergelijkbare vervaltermijn zou zijn opgenomen. Het is vervolgens aan H. om aannemelijk te maken dat dit niet het geval zou zijn geweest.

Anders dan het hof heeft overwogen, dient er gelet op het zojuist bedoelde verweer van de Staat in de fictieve situatie waarin de onrechtmatige daad wordt weggedacht derhalve niet zonder meer van te worden uitgegaan dat de regelgeving hetzelfde zou zijn gebleven en H. aanspraak had kunnen maken op de gevorderde vakantiedagen omdat hij van de (informele) mogelijkheid om vakantiedagen te genieten geen gebruik heeft gemaakt en er onvoldoende aanwijzingen zijn dat dit in de fictieve situatie anders zou zijn geweest. Het is in gevallen als de onderhavige aan H. om, gelet op de omstandigheid dat artikel 7:640a BW thans een (met de Arbeidstijdenrichtlijn in overeenstemming zijnde) vervaltermijn bevat, aannemelijk te maken dat de wetgeving bij (direct) juiste implementatie van de Arbeidstijdenrichtlijn geen (met deze richtlijn in overeenstemming zijnde) vervaltermijn zou hebben bevat. Althans valt niet zonder meer in te zien waarom de Staat gelet op het huidige artikel 7:640a BW onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt dat dit artikel of een vergelijkbare vervaltermijn in de wet zou zijn opgenomen indien de Arbeidstijdenrichtlijn direct juist zou zijn geïmplementeerd. De omstandigheid dat artikel 7:640a BW sinds 1 januari 2012 in de wet is opgenomen vormt immers een belangrijke aanwijzing dat de wetgever niet anders gehandeld zou hebben indien hij deze richtlijn eerder op een juiste wijze had geïmplementeerd.¹⁴ De omstandigheid of H. wel of niet van de (informele) mogelijkheid om vakantiedagen te genieten gebruik zou hebben gemaakt, is in dat verband bovendien in beginsel niet relevant. Die omstandigheid zegt immers niets, althans niet zonder meer iets, over de aannemelijkheid van de omstandigheid dat de wet indien de Arbeidstijdenrichtlijn (direct) juist zou zijn geïmplementeerd geen vervaltermijn zou hebben gekend. De omstandigheid dat H. in de fictieve situatie geen gebruik zou hebben gemaakt van de mogelijkheid om vakantiedagen te genieten, vormt integendeel in beginsel een aanwijzing dat de vakantiedagen (grotendeels) zouden zijn vervallen indien de Arbeidstijdenrichtlijn door de Staat (direct) juist zou zijn geïmplementeerd en de wet een met de richtlijn in

overeenstemming zijnde vervaltermijn zou hebben bevat zoals thans is opgenomen in artikel 7:640a BW of een daarmee vergelijkbare bepaling.

Indien het hof het vorenstaande niet heeft miskend, is, althans zonder nadere motivering, die ontbreekt, onbegrijpelijk waarom het hof heeft beslist dat H. aannemelijk heeft gemaakt dat in de wet geen vervaltermijn zou zijn opgenomen indien de Arbeidstijdenrichtlijn (direct) juist zou zijn geïmplementeerd.

2.2 Het hof heeft in rov. 5.4 miskend dat voor de beantwoording van de vraag of causaal verband bestaat tussen het handelen van de Staat en de door H. gestelde schade niet relevant is of H. van de (informele) mogelijkheid om vakantie te genieten geen gebruik heeft gemaakt en er onvoldoende aanwijzingen zijn dat dat in de fictieve situatie anders zou zijn geweest. Bepalend is immers of H. zo ziek was of zodanig moest reïntegreren dat hij volgens de bedrijfsarts geen vakantie had kunnen of mogen opnemen. H. diende derhalve te stellen dat de zojuist bedoelde omstandigheid zich voordeed ter onderbouwing van zijn betoog dat hij de vakantiedagen in de fictieve situatie niet zou hebben opgenomen. H. heeft echter nagelaten om zijn betoog terzake te onderbouwen, althans had in ieder geval, in het licht van het onderbouwde verweer van de Staat dat die situatie zich niet heeft voorgedaan,¹⁵ nader moeten onderbouwen waarom die situatie zich desalniettemin voordeed. Nu hij dat heeft nagelaten, heeft het hof rechs onjuist, althans zonder toereikende motivering, aangenomen dat H. in de fictieve situatie geen gebruik gemaakt zou hebben van de mogelijkheid om vakantie te genieten.

2.3 Indien 's hofs beslissing in rov. 5.4 dat de minister zou hebben onderkend, en als reden zou hebben genoemd om aan de wetswijziging geen terugwerkende kracht te verlenen, dat belanghebbenden als H. er geen rekening mee hoefden te houden dat zij ooit met genoemd bewijs zouden worden belast, terwijl bewijsvergaring over een periode in het verleden lastig is, (mede) dragend is voor zijn beslissing dat causaal verband bestaat tussen het (onrechtmatige) handelen van de Staat en de schade van H., is die beslissing rechs onjuist, althans zonder nadere motivering, die ontbreekt, onbegrijpelijk.

In de door het hof bedoelde toelichting van de minister, die het hof in rov. 2.4 heeft geciteerd, wordt in verband met de keuze om geen terugwerkende kracht te verlenen aan de aanpassing van de wet gewezen op de rechtszekerheid van werkgevers en op de omstandigheid dat het praktisch lastig valt aan te tonen of vakantiedagen tijdens ziekte in het verleden hadden kunnen worden opgenomen. Beide gezichtspunten kunnen in het onderhavige geval echter niet bepalend zijn, nu H. geen werkgever is

13 Zie ook het betoog in de pleitnota S. van Heukelom-Verhage en R.J.M. van den Tweel, onder 7.6 en 7.7.

14 Zie ook het betoog in de conclusie van antwoord, onder 3.13; de memorie van grieven, onder 6.2.2-6.2.15; de pleitnota S. van Heukelom-Verhage en R.J.M. van den Tweel, onder 7.4 en 7.5.

15 Zie de conclusie van antwoord, onder 3.18-3.23; de conclusie van dupliek, onder 3.14; de memorie van grieven, onder 3.6, 3.8, 3.10, 5.4-5.8 en 7.8; de pleitnota S. van Heukelom-Verhage en R.J.M. van den Tweel, onder 2.4.

en omdat het hof in het onderhavige geval nu juist wel (voldoende) aannemelijk heeft geacht dat H. de vakantiedagen tijdens ziekte had kunnen genieten. De in de toelichting van de minister genoemde complicaties spelen in het onderhavige geval geen rol. Bovendien zou, indien de vervalttermijn (bij juiste implementatie van de Arbeidstijdenrichtlijn) onmiddellijk zou zijn opgenomen in artikel 7:640a BW of in een daarmee vergelijkbare bepaling, van terugwerkende kracht geen sprake zijn geweest. Voor de beantwoording van de vraag of causaal verband bestaat en meer in het bijzonder of een vervalttermijn die gelijk is aan of vergelijkbaar is met het huidige artikel 7:640a BW zou hebben gegolden indien de Arbeidstijdenrichtlijn (direct) juist zou zijn geïmplementeerd, is deze passage in de toelichting derhalve niet relevant.

2.4 Het hof heeft in rov. 5.4 overwogen dat indien er van zou moeten worden uitgegaan dat in de fictieve situatie een vervalttermijn zou hebben gegolden, H. zich bij tijdige invoering van de in geding zijnde wetswijzigingen bewust had kunnen/ moeten zijn van de vervalttermijn en dus een reële mogelijkheid zou hebben gehad verval te voorkomen, door voor het einde van de vervalttermijn de vakantiedagen op te nemen, welke mogelijkheid hem nu is ontnomen.

's Hof's beslissing is rechtens onjuist, althans zonder nadere motivering, die ontbreekt, onbegrijpelijk. Het hof heeft in verband met de door hem genoemde mogelijkheid van H. om vakantiedagen op te nemen indien de richtlijn direct juist zou zijn geïmplementeerd en direct een vervalttermijn gelijk aan of vergelijkbaar met artikel 7:640a BW zou hebben gegolden, miskend (dat de Staat heeft gesteld) dat H. niet heeft gesteld, laat staan aangetoond, dat hij niet in staat was om de vakantiedagen te genieten¹⁶ en hij die dagen dan wel zou hebben opgenomen — in welk geval hij deze niet meer zou hebben kunnen vorderen — dan wel om uitkering daarvan zou hebben verzocht. Dat laatste kon echter enkel aan het einde van zijn dienstverband — in de regel na twee jaar ziekte of arbeidsongeschiktheid — en in dat geval zou hij met de (met de Arbeidstijdenrichtlijn in overeenstemming zijnde) vervalttermijn die gelijk of vergelijkbaar is met het huidige artikel 7:640a BW zijn geconfronteerd. Ook indien H. zich in de fictieve situatie bewust zou zijn geweest van de vervalttermijn, zou hij derhalve ofwel geen aanspraak meer hebben kunnen maken op (na)betaling van de vakantiedagen (omdat hij deze reeds zou hebben genoten) ofwel met de vervalttermijn zijn geconfronteerd.¹⁷ In ieder geval valt niet zonder meer in te zien waarom dat anders zou zijn en derhalve uitbetaling van alle vakantiedagen die H. tij-

dens zijn arbeidsongeschiktheid niet heeft genoten gelet op de bedoelde met de Arbeidstijdenrichtlijn in overeenstemming zijnde¹⁸ vervalttermijn mogelijk zou zijn geweest bij het einde van zijn dienstbetrekking.

Indien 's hofs beslissing in rov. 5.4 aldus moet worden begrepen dat H. in de fictieve situatie een mogelijkheid (kans) is ontnomen om zijn vakantiedagen op te nemen en hij daardoor schade heeft geleden, heeft het hof miskend dat de leer van de kansschade slechts kan worden gehanteerd indien is beoordeeld of *condicio-sine-qua-non-verband* aanwezig is tussen de onrechtmatige daad en het verlies van de kans op succes. Deze leer van de kansschade is derhalve geëigend om een oplossing te bieden voor sommige situaties waarin onzekerheid bestaat over de vraag of een op zichzelf vaststaande onrechtmatige daad schade heeft veroorzaakt, en waarin die onzekerheid haar grond vindt in de omstandigheid dat niet kan worden vastgesteld of en in hoeverre in de hypothetische situatie dat de onrechtmatige daad achterwege zou zijn gebleven, de kans op succes zich in werkelijkheid ook zou hebben gerealiseerd. Deze regel leent zich derhalve niet voor toepassing in situaties als de onderhavige waarin het hof heeft beoordeeld welke mogelijkheden H. zou hebben benut in de fictieve situatie dat de Arbeidstijdenrichtlijn (direct) juist zou zijn geïmplementeerd en (direct) een vervalttermijn zou zijn opgenomen gelijk aan of vergelijkbaar met artikel 7:640a BW.

Althans heeft het hof, indien zijn beslissing in rov. 5.4 aldus moet worden begrepen dat H. een mogelijkheid is ontnomen om zijn vakantiedagen op te nemen en hij daardoor schade heeft geleden, verzuimd om (kenbaar) vast te stellen of *condicio-sine-qua-non-verband* aanwezig is tussen de onrechtmatige daad van de Staat en het verlies van de kans van H. op het gebruik maken van de vakantiedagen tijdens zijn arbeidsongeschiktheid.

Althans heeft het hof, indien zijn beslissing in rov. 5.4 aldus moet worden begrepen dat H. een mogelijkheid is ontnomen om zijn vakantiedagen op te nemen en hij daardoor schade heeft geleden, miskend dat het een afweging had moeten maken van de goede en kwade kansen dat H. gebruik zou hebben gemaakt van zijn recht op vakantiedagen, hetgeen het hof heeft nagelaten. In ieder geval heeft het hof onvoldoende inzicht geboden in zijn gedachtegang in verband met deze goede en kwade kansen. Dat H. in de fictieve situatie gebruik zou hebben gemaakt van zijn gehele recht op vakantiedagen, is bovendien, zonder nadere motivering, die ontbreekt, niet zonder meer begrijpelijk. Naar de Staat heeft aangevoerd werden over het opnemen van vakantiedagen afspraken gemaakt tussen werkgever en de arbeidsongeschikte of zieke werknemer.¹⁹ Gelet

16 Zie de conclusie van antwoord, onder 3.18-3.23; de conclusie van dupliek, onder 3.14; de memorie van grieven, onder 3.6, 3.8, 3.10, 5.4-5.8 en 7.8; de pleitnota S. van Heukelom-Verhage en R.J.M. van den Tweel, onder 2.4.

17 Zie het betoog in de memorie van grieven, onder 7.3; de pleitnota S. van Heukelom-Verhage en R.J.M. van den Tweel, onder 7.5.

18 Zie ook het betoog in de pleitnota S. van Heukelom-Verhage en R.J.M. van den Tweel, onder 7.6 en 7.7.

19 Zie de pleitnota S. van Heukelom-Verhage en R.J.M. van den Tweel, onder 3.1.

op de noodzaak van deze afspraken, staat niet zonder meer vast dat ook alle vakantiedagen zouden zijn opgenomen.

Althans heeft het hof, indien zijn beslissing in rov. 5.4 aldus moet worden begrepen dat H. een mogelijkheid is ontnomen om zijn vakantiedagen op te nemen en hij daardoor schade heeft geleden, miskend dat deze (kans)schade van H. niet zonder meer gelijk is aan de vergoeding waarop hij op grond van artikel 7:629 en 6:634 BW aanspraak had kunnen maken indien de Arbeidstijdenrichtlijn op een juiste wijze zou zijn geïmplementeerd.

2.5 Het hof heeft in rov. 5.4 overwogen dat indien er van zou moeten worden uitgegaan dat in de fictieve situatie een vervaltermijn zou hebben gegolden, H. zich bij tijdige invoering van de in geding zijnde wetswijzigingen bewust had kunnen/moeten zijn van de vervaltermijn en dus een reële mogelijkheid zou hebben gehad verval te voorkomen, door voor het einde van de vervaltermijn de vakantiedagen op te nemen, welke mogelijkheid hem nu is ontnomen.

Indien 's hofs beslissing in rov. 5.4 aldus moet worden begrepen dat H. in de fictieve situatie mogelijk schade heeft geleden door de onrechtmatige daad van de Staat, maar mogelijk ook door een omstandigheid die voor zijn eigen risico komt (het niet opnemen van de vakantiedagen) en het hof heeft beslist dat de kans dat H. zijn vakantiedagen niet geheel zou opnemen verwaarloosbaar klein is, is zijn beslissing, zonder nadere motivering, die ontbreekt, onbegrijpelijk. Naar de Staat heeft aangevoerd werden over het opnemen van vakantiedagen afspraken gemaakt tussen werkgever en de arbeidsongeschikte of zieke werknemer.²⁰ Gelet op de noodzaak van deze afspraken, staat niet zonder meer vast dat ook alle vakantiedagen zouden zijn opgenomen.

Indien 's hofs beslissing in rov. 5.4 aldus moet worden begrepen dat H. in de fictieve situatie mogelijk schade heeft geleden door de onrechtmatige daad van de Staat, maar mogelijk ook door een omstandigheid die voor zijn eigen risico komt (het niet opnemen van de vakantiedagen) en het hof heeft beslist dat de kans dat H. zijn vakantiedagen niet zou opnemen niet zeer klein is en daarom de leer van de proportionele aansprakelijkheid heeft toegepast, heeft het miskend dat het slechts schadevergoeding in evenredigheid met de in een percentage uitgedrukte kans dat de schade door de normschending van de Staat is veroorzaakt had kunnen toewijzen en bovendien in zijn motivering diende te verantwoorden dat de strekking van de geschonden norm en de aard van de normschending — waaronder is begrepen de aard van de door de benadeelde geleden schade — deze toepassing in het concrete geval rechtvaardigen. In ieder geval heeft het hof onvoldoende inzicht geboden in zijn gedachtegang waarom in het onderhavige geval de leer van de proportionele aansprakelijkheid kan worden toegepast

en waarom de Staat in dat geval voor de gehele door H. geleden schade aansprakelijk is.

2.6 Het hof heeft in rov. 5.4 overwogen dat indien er van zou moeten worden uitgegaan dat in de fictieve situatie een vervaltermijn zou hebben gegolden, H. zich bij tijdige invoering van de in geding zijnde wetswijzigingen bewust had kunnen/moeten zijn van de vervaltermijn en dus een reële mogelijkheid zou hebben gehad om bij schriftelijke overeenkomst (ten gunste van H.) af te wijken van de vervaltermijn van artikel 7:640a BW.

Het hof is met deze beslissing buiten de grenzen van de rechtsstrijd getreden of heeft althans ten onrechte de feitelijke grondslag van de vordering van H. aangevuld. H. heeft zich er immers niet op beroepen dat hij (gelet op de mogelijkheid die artikel 7:640a BW thans biedt) een afwijkende regeling met zijn werkgever zou zijn overeengekomen ten aanzien van het vervallen van vakantiedagen.

Althans heeft het hof in verband met zijn beslissing dat H. in de fictieve situatie dat de Arbeidstijdenrichtlijn (direct) juist zou zijn omgezet en een vervaltermijn die gelijk of vergelijkbaar is met artikel 7:640a BW zou zijn opgenomen, op grond van artikel 7:640a BW bij schriftelijke overeenkomst de mogelijkheid had gehad om af te wijken van deze vervaltermijn, miskend dat deze mogelijkheid slechts relevant is voor zover H. heeft gesteld (en zo nodig aannemelijk heeft gemaakt) dat dit voor hem een reële mogelijkheid was (mede gelet op hetgeen zijn werkgever met andere werknemers is overeengekomen) en door hem ook zou zijn overeengekomen. In ieder geval valt, nu H. het vorenstaande niet aannemelijk heeft gemaakt, niet in te zien waarom H. in de fictieve situatie van de mogelijkheid om af te wijken van de (met de Arbeidstijdenrichtlijn in overeenstemming zijnde)²¹ vervaltermijn gebruik zou hebben gemaakt of hebben kunnen maken.

Althans vitiëert onderdeel 2.4 bij geconcludeerdvinding van (één van) de daarin geformuleerde klachten — die zien op de toepassing van de leer van de kansschade — de zojuist bedoelde beslissing van het hof in rov. 5.4 indien deze aldus moet worden begrepen dat H. een mogelijkheid is ontnomen om in de fictieve situatie bij overeenkomst af te wijken van de met de Arbeidstijdenrichtlijn in overeenstemming zijnde vervaltermijn en hij daardoor schade heeft geleden. Niet valt immers in te zien waarom de leer van de kansschade ten aanzien van het bij overeenkomst afwijken van de vervaltermijn zou kunnen worden toegepast, althans dat aan het *condicio-sine-qua-non* vereiste zou zijn voldaan, althans hoe het hof de goede en kwade kansen heeft ingeschat, althans dat de schade door het verlies van deze kans gelijk is aan de vergoeding waarop H. op grond van het juist geïmplementeerde artikelen 7:629 en 7:634 BW aanspraak had kunnen maken.

Althans vitiëert onderdeel 2.5 bij geconcludeerdvinding van (één van) de daarin geformuleerde klach-

20 Zie de pleitnota S. van Heukelom-Verhage en R.J.M. van den Tweel, onder 3.1.

21 Zie ook het betoog in de pleitnota S. van Heukelom-Verhage en R.J.M. van den Tweel, onder 7.6 en 7.7.

ten die zien op de toepassing van de leer van de proportionele aansprakelijkheid de zojuist bedoelde beslissing van het hof in rov. 5.4 indien deze aldus moet worden begrepen dat H. in de fictieve situatie mogelijk schade heeft geleden door de onrechtmatige daad van de Staat, maar mogelijk ook door een omstandigheid die voor zijn eigen risico komt (het niet overeenkomen van een afwijking van de vervaltermijn). In dat geval heeft het hof miskend dat het slechts schadevergoeding in evenredigheid met de in een percentage uitgedrukte kans dat de schade door de normschending van de Staat is veroorzaakt had kunnen toewijzen en bovendien in zijn motivering diende te verantwoorden dat de strekking van de geschonden norm en de aard van de normschending — waaronder is begrepen de aard van de door de benadeelde geleden schade — deze toepassing in het concrete geval rechtvaardigen. In ieder geval heeft het hof in dat geval onvoldoende inzicht geboden in zijn gedachtegang waarom in het onderhavige geval de leer van de proportionele aansprakelijkheid kan worden toegepast en waarom de Staat in dat geval voor de gehele door H. geleden schade aansprakelijk is.

2.7 Het hof heeft in rov. 5.4 overwogen dat indien er van zou moeten worden uitgegaan dat in de fictieve situatie een vervaltermijn zou hebben gegolden, H. zich bij tijdige Invoering van de in geding zijnde wetswijzigingen bewust had kunnen/moeten zijn van de vervaltermijn en dus een reële mogelijkheid zou hebben gehad verval te voorkomen, door voor het einde van de vervaltermijn de vakantiedagen op te nemen, welke mogelijkheid hem nu is ontnomen. Het hof heeft voorts overwogen dat hetzelfde geldt voor de mogelijkheid om bij schriftelijke overeenkomst (ten gunste van H.) af te wijken van de vervaltermijn van artikel 7:640a BW.

Indien deze beslissing van het hof aldus moet worden begrepen dat de omstandigheid dat de schade van H. door het geen aanspraak meer kunnen maken op uitbetaling van de vakantiedagen aan het einde van zijn dienstbetrekking en het niet afwijken van de vervaltermijn bij overeenkomst ook zou zijn ontstaan in de fictieve situatie dat de richtlijn (direct) juist zou zijn omgezet en een (met de Arbeidstijdenrichtlijn in overeenstemming zijnde) vervaltermijn zou zijn opgenomen die gelijk of vergelijkbaar is met artikel 7:640a BW, een latere omstandigheid is die niet kan afdoen aan de aansprakelijkheid van de Staat wegens onjuiste implementatie van de Arbeidstijdenrichtlijn en het causaal verband tussen dit handelen en de schade van H., is zijn beslissing rechtens onjuist, althans zonder nadere motivering, die ontbreekt, onbegrijpelijk. Het hof heeft in dat geval miskend dat de bedoelde regel niet ziet op gevallen als de onderhavige waarin een vergelijking plaatsvindt met een fictieve situatie, maar slechts op gevallen waarin de schade door een daadwerkelijk plaatsgevonden hebbende latere omstandigheid eveneens is ingetreden.

Althans zijn de beantwoording van de vraag of H. de vakantiedagen zou hebben opgenomen dan

wel schriftelijk met zijn werkgever zou zijn overeengekomen om af te wijken van de vervaltermijn, omstandigheden die voor rekening van H. komen en daarmee relevant zijn bij de beoordeling van de vraag of causaal verband bestaat tussen zijn schade en het handelen van de Staat.

3 De vorenstaande onderdelen 1 en 2 vitiëren bij gegrondbevinding ook 's hofs beslissingen in rov. 5.5 (indien het hof daarin, gelet op zijn overweging in rov. 4.3, heeft beslist dat in het onderhavige geval onrechtmatig is gehandeld door de Staat en daarom een financiële vergoeding is verschuldigd) en 6.3.

En op grond van dit middel te horen eis doen dat het de Hoge Raad behage het arrest waarvan beroep te vernietigen met zodanige verdere beslissing als de Hoge Raad zal vermenen te behoren; kosten rechtens.

Conclusie A-G mr. L.A.D. Keus:

Het gaat in deze zaak vooral om de vraag welk toetsingskader geldt in het geval van een schadeverordering tegen de Staat wegens met Unierecht strijdige wetgeving in formele zin en, meer in het bijzonder, of in een dergelijk geval de (Francovich-)jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie dan wel het nationale overheidsaansprakelijkheidsrecht ter zake van onrechtmatige wetgeving van toepassing is.

De onderhavige zaak hangt nauw samen met de zaak van de Staat tegen Sandra Agnes Asi Awuku (zaaknummer 14/00191), waarin ik heden eveneens concludeer.

1. Feiten¹ en procesverloop

1.1 H. is op basis van een arbeidsovereenkomst werkzaam geweest voor Hoft Transport. Zijn arbeidsovereenkomst is met toestemming van het CWI per 1 juni 2009 beëindigd. H. was sinds 1 april 2007 arbeidsongeschikt.

1.2 Overeenkomstig het tot 1 januari 2012 van kracht zijnde art. 7:635 lid 4 (oud) BW heeft H. over de periode waarin hij arbeidsongeschikt was alleen vergoeding ontvangen voor de vakantiedagen (12,5 dagen) die hij heeft opgebouwd gedurende de laatste zes maanden van zijn dienstverband.

1.3 In de op 2 augustus 2004 in werking getreden Richtlijn 2003/88/EG betreffende een aantal aspecten van de organisatie van de arbeidstijd (hierna ook: de Richtlijn)² is onder meer het volgende bepaald:

1 De feiten zijn ontleend aan de rov. 2.1-2.7 en 6.1-6.2 van het bestreden arrest, in samenhang met de rov. 2.1-2.6 van het vonnis van de Rechtbank 's-Gravenhage, sector kanton, locatie 's-Gravenhage, van 6 februari 2012.

2 Richtlijn 2003/88/EG van het Europees Parlement en de Raad van 4 november 2003 betreffende een aantal aspecten van de organisatie van de arbeidstijd, *PbEU* 2003, L 299/9-19.

“Artikel 7

Jaarlijkse vakantie

1. De lidstaten treffen de nodige maatregelen opdat aan alle werknemers jaarlijks een vakantie met behoud van loon van ten minste vier weken wordt toegekend, overeenkomstig de in de nationale wetten en/of gebruiken geldende voorwaarden voor het recht op en de toekenning van een dergelijke vakantie.

2. De minimumperiode van de jaarlijkse vakantie met behoud van loon kan niet door een financiële vergoeding worden vervangen, behalve ingeval van beëindiging van het dienstverband.

(...)

Artikel 17

Afwijkingen

1. Met inachtneming van de algemene beginselen inzake de bescherming van de veiligheid en de gezondheid van de werknemers, kunnen de lidstaten afwijken van de artikelen 3 tot en met 6, 8 en 16, (...)”

1.4 Het Hof van Justitie van de Europese Unie, voorheen het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen, (hierna: HvJ, dan wel, als onderdeel van vermeldde vindplaatsen van arresten, HvJ EG of HvJ EU) heeft bij arrest van 20 januari 2009³ (hierna: het arrest *Schultz-Hoff*) geoordeeld dat uit art. 7 lid 1 van de Richtlijn, een bepaling waarvan niet kan worden afgeweken, volgt dat alle werknemers jaarlijks een vakantie met behoud van loon moet worden toegekend van ten minste vier weken, ongeacht hun gezondheidstoestand. Voorts heeft het HvJ geoordeeld dat — om te voorkomen dat een werknemer verstoken blijft van dit recht wanneer de arbeidsverhouding eindigt voordat hij daadwerkelijk de mogelijkheid heeft gehad de vakantie op te nemen — in het tweede lid van art. 7 is bepaald dat de werknemer recht heeft op een financiële vergoeding.

1.5 Het arrest *Schultz-Hoff* heeft geleid tot aanpassing van het Burgerlijk Wetboek; art. 7:635 lid 4 (oud) BW werd geschrapt en art. 7:640a BW werd ingevoerd.⁴ Op grond van de eerste volzin van art. 7:635 lid 4 (oud) BW verwierf een werknemer die wegens ziekte geen arbeid verrichtte, (slechts) aanspraak op vakantie over het tijdvak van de laatste zes maanden waarin de arbeid niet werd verricht. Art. 7:640a BW introduceerde met betrekking tot het opnemen van vakantiedagen een vervalltermijn van zes maanden na de laatste dag van het kalenderjaar waarin de aanspraak is verworven, tenzij de werknemer tot aan dat tijdstip redelijkerwijs niet in staat is geweest om vakantie op te nemen. Op

grond van art. 225 Overgangswet nieuw Burgerlijk Wetboek is de vervalltermijn van art. 7:640a BW uitsluitend van toepassing op vakantiedagen die zijn opgebouwd na 1 januari 2012.

1.6 In de memorie van toelichting⁵ werd de wijziging als volgt toegelicht:

“In 2009 heeft het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (HvJ EG) uitspraak gedaan in enkele prejudiciële zaken (...). Het HvJ EG heeft in deze uitspraken artikel 7 van de richtlijn 2003/88/EG zo uitgelegd dat het recht op jaarlijkse vakantie van vier weken met behoud van loon, toekomt aan alle werknemers, ongeacht hun gezondheidstoestand. Ook zieke werknemers die door hun arbeidsongeschiktheid (gedeeltelijk) geen arbeid hebben verricht, hebben volledig recht op de jaarlijkse minimumvakantie met doorbetaling van loon. Door de uitspraken van het HvJ EG is een wijziging van de bepalingen in het Burgerlijk Wetboek (BW) betreffende de opbouw van minimum vakantieaanspraken bij ziekte noodzakelijk ten einde de Nederlandse wet- en regelgeving in overeenstemming te brengen met de uitleg die het HvJ EG geeft aan artikel 7 van voornoemde richtlijn. Dit wetsvoorstel voorziet daarin.

Daarnaast wordt in dit wetsvoorstel de bestaande mogelijkheid van samenloop van periodes van vakantie en ziekte in het BW verduidelijkt in de zin dat duidelijk wordt dat ook tijdens ziekte vakantie opgenomen kan worden. Tevens wordt ter stimulering van het tijdig en met regelmaat opnemen van de minimumvakantie een vervalltermijn voor deze vakantiedagen voorgesteld. (...)”

1.7 De keuze om aan het wetsvoorstel geen terugwerkende kracht te verlenen werd door de minister als volgt toegelicht:⁶

“(...) Het wetsvoorstel heeft onmiddellijke werking. Dat betekent, dat met ingang van de datum van inwerkingtreding iedere werknemer ongeacht zijn gezondheidstoestand volledig de minimum vakantiedagen zal opbouwen. Alleen ten aanzien van vakantieaanspraken die zijn opgebouwd voor de inwerkingtreding van het wetsvoorstel blijft de huidige verjaringstermijn gelden.

Invoering van de nieuwe wetgeving met terugwerkende kracht zou afbreuk doen aan de rechtszekerheid van werkgevers. (...)

Los van het rechtszekerheidsbeginsel is dit ook praktisch niet te realiseren. (...) Ook is niet meer na te gaan of werknemers mogelijk vakantie hadden kunnen opnemen tijdens ziekte. (...)”

1.8 H. heeft de Staat bij brief van 11 oktober 2010 aansprakelijk gesteld voor de door hem geleden schade ad € 2.651. De Staat heeft aansprakelijkheid afgewezen.

³ HvJ EG 20 januari 2009, gevoegde zaken C-350/06 en C-520/06, ECLI:EU:C:2009:18 (ECLI:NL:XX:2009:BH0693), *Jurispr.* 2009, p. I-179, NJ 2009/252 m.nt. M.R. Mok.

⁴ Wet van 26 mei 2011, *Stb.* 2011, 318; zie voor de inwerkingtreding per 1 januari 2012 *Stb.* 2011, 319.

⁵ *Kamerstukken II* 2009/10, 32 465, nr. 3, p. 1.

⁶ *Kamerstukken I* 2010/11, 32 465, E, p. 3.

1.9 Bij exploit van 23 maart 2011 heeft H. de Staat daarop doen dagvaarden voor de Rechtbank 's-Gravenhage, sector kanton, locatie 's-Gravenhage (hierna: de kantonrechter). H. heeft — zakelijk weergegeven — gevorderd dat de Staat wordt veroordeeld tot betaling van € 2.651, vermeerderd met rente. Aan deze vordering heeft H. ten grondslag gelegd dat de Staat onrechtmatig jegens hem heeft gehandeld door art. 7 van de Richtlijn niet binnen de daarvoor bepaalde termijn te implementeren. Van zijn werkgever heeft hij overeenkomstig art. 7:635 lid 4 (oud) BW alleen vergoeding ontvangen voor de 12,5 vakantiedagen (100 uur) die hij heeft opgebouwd gedurende de laatste zes maanden van zijn dienstverband, terwijl hij recht had op vier weken vakantie per jaar, zijnde in twee jaar 40 vakantiedagen (320 uur). Hij is aldus 220 uur vakantie misgelopen, hetgeen overeenkomt met een bedrag van € 2.651, aldus H.

1.10 Bij vonnis van 6 februari 2012 heeft de kantonrechter de vordering van H. toegewezen.⁷ Volgens de kantonrechter vloeit de strijdigheid tussen art. 7:635 lid 4 (oud) BW en de Richtlijn niet voort uit overschrijding van de in de Richtlijn opgenomen implementatietermijn, maar uit een onjuiste uitleg van de Richtlijn. Naar het oordeel van de kantonrechter brengt dit, gelet op de zogenaamde Francovich-rechtspraak, met zich dat de Staat eerst aansprakelijk kan zijn, als de Staat daarbij de grenzen van zijn discretionaire bevoegdheid kennelijk en ernstig heeft miskend (rov. 4.2). Of de Staat zijn bevoegdheid in voormelde zin heeft miskend, hangt, nog steeds volgens de kantonrechter, af van de mate van duidelijkheid en nauwkeurigheid van de geschonden regel (rov. 4.3). De kantonrechter oordeelde ter zake dat het standpunt van de Staat destijds wellicht verdedigbaar was, gelet op de laatste zinsnede van art. 7 lid 1 van de Richtlijn (*'overeenkomstig de in de nationale wetten en/of gebruiken geldende voorwaarden voor het recht op en de toekenning van een dergelijke vakantie'*), maar dat deze uitleg niet meer was vol te houden na de uitleg die het HvJ in het arrest *BECTU* van 26 juni 2001⁸ aan art. 7 heeft gegeven. Dat de Staat niet na dit arrest tot aanpassing van art. 7:635 lid 4 (oud) BW is overgegaan, is dan ook onrechtmatig jegens H. Dit wordt, aldus de kantonrechter, niet anders doordat de Staat, ingeval van onduidelijkheid over de uitleg van een richtlijn, aanspraak kan maken op een redelijke termijn om tot aanpassing van de met de richtlijn strijdige wetbepaling over te gaan, omdat deze termijn, gelet op de datum van het arrest *BECTU*, inmiddels ruimschoots is verstreken (rov. 4.5). Het verweer van de Staat dat H. geen nadeel van art. 7:635 lid 4 (oud) BW heeft ondervonden, omdat hij

ook geen aanspraak op vergoeding zou hebben gehad indien zijn aanspraak aan het per 1 januari 2012 ingevoerde art. 7:640a BW zou zijn getoetst, heeft de kantonrechter verworpen (rov. 4.7). De kantonrechter verwierp ook het verweer dat H. heeft nagelaten schadebeperkend te handelen, omdat hij heeft nagelaten zijn werkgever tot in hoogste instantie aan te spreken (rov. 4.9).

1.11 Bij exploit van 19 april 2012⁹ heeft de Staat hoger beroep bij het hof 's-Gravenhage ingesteld. De Staat heeft bij memorie acht grieven aangevoerd. Bij memorie van antwoord, tevens memorie van grieven in incidenteel appel, heeft H. de grieven bestreden en op zijn beurt één incidentele grief aangevoerd. De Staat heeft de incidentele grief bestreden. Na een aktewisseling hebben partijen de zaak op 5 september 2013 (het hof vermeldde kennelijk abusievelijk 4 juni 2013) doen bepleiten. Tijdens dezelfde zitting is gepleit in de zaak *Staat/Awuku*.

1.12 Met zijn grieven is de Staat onder meer opgekomen tegen de betekenis die de kantonrechter heeft gehecht aan het arrest *BECTU* en tegen de daaruit getrokken conclusie dat de Staat aansprakelijk is, alsmede tegen het door de kantonrechter aangenomen causale verband tussen de gestelde schade en het onrechtmatige handelen.

1.13 Met zijn incidentele grief is H. opgekomen tegen het door de kantonrechter gehanteerde toetsingskader. Volgens H. is de Staat niet slechts op grond van de door het HvJ ontwikkelde aansprakelijkheidsnorm (de zogenaamde Francovich-norm) aansprakelijk, maar ook op grond van het nationale recht.

1.14 Bij arrest van 15 oktober 2013¹⁰ heeft het hof het vonnis van de kantonrechter bekrachtigd. Met betrekking tot de overheidsaansprakelijkheid heeft het hof echter een andere toets aangelegd:

“4.3 (...) Naar Nederlands recht levert het uitvaardigen en handhaven van een met hogere regelgeving strijdige regeling een onrechtmatig daad op. Met het uitvaardigen en handhaven van een dergelijke regeling, staat niet alleen de onrechtmatigheid, maar ook de schuld in beginsel vast (vgl. HR 9 mei 1986/252, *LJN*: AC0867). Nu niet bestreden is dat de in geding zijnde Nederlandse wetgeving betreffende de opbouw van vakantieaanspraken bij ziekte niet in overeenstemming was met hogere regelgeving, te weten de Richtlijn, volgt daáruit — uit de toetsing aan de hogere regelgeving en dus niet aan artikel 6:162 BW — dat de Staat onrechtmatig heeft gehandeld. Dit is niet anders nu de getoetste regelgeving een wet in formele zin is, die de rechter ingevolge artikel 120 Grondwet niet mag toetsen aan de Grondwet. Krachtens artikel 94 Grondwet is toetsing (...) van wetten in formele zin aan een

7 Vonnis van 6 februari 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BV7318, *RAR* 2012/79, AB 2012/341 m.nt. R.J.G.M. Widdershoven, *JAR* 2012/84, m.nt. E.J.A. Franssen.

8 HvJ EG 26 juni 2001 (*BECTU*), C-173/99, ECLI:EU:C:2001:356 (ECLI:NL:XX:2001:AD8632), *Jurisp.* 2001, p. I-4881, *NJ* 2002/2.

9 Op p. 1 van het bestreden arrest wordt kennelijk abusievelijk van 19 april 2013 gesproken.

10 Hof Den Haag 15 oktober 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:3791, AB 2014/103 m.nt. R.J.G.M. Widdershoven, *JB* 2013/233 m.nt. R.J.B. Schutgens, *O&A* 2014/54 m.nt. R. Meijer, *RAR* 2014/4.

ieder verbindende bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties (zoals de Richtlijn) immers wel mogelijk. Wanneer die toets tot de conclusie leidt dat sprake is van wetgeving die buiten toepassing moet blijven, levert dat een onrechtmatige daad op die de Staat tot schadevergoeding ex artikel 6:162 BW verplicht. Daar op basis van het nationale recht minder zware eisen gelden voor aansprakelijkheid, dan op basis van de Europese normen, behoeft de vraag of sprake is van een gekwalificeerde schending waaraan de Staat schuld heeft, niet te worden beantwoord. Dit betekent dat de incidentele grief slaagt, waaruit volgt dat de Staat aansprakelijk is voor eventueel als gevolg van de in geding zijnde wetgeving door H. geleden schade, zodat de tweede en derde principale grieven geen behandeling behoeven.”

1.15 In cassatie is voorts met betrekking tot het causale verband de navolgende overweging van belang:

“5.4 Met betrekking tot het causaliteitsverweer overweegt het hof, dat het weliswaar aan H. is te bewijzen dat hij door de onrechtmatige daad schade heeft geleden, maar dat hiervoor voldoende is dat aanmerkelijk is dat H., de onrechtmatige daad van de Staat weggedacht, wel aanspraak zou hebben kunnen maken op uitbetaling van de door hem gevorderde niet-genoten vakantiedagen. Het wegdenken van de onrechtmatige daad (de fictieve situatie) betekent in dit geval dat ervan uit moet worden gegaan dat het bepaalde in art. 7:635 lid 4 BW niet geldt. Hoewel het hof niet uitsluit dat de wetgever, indien hij op een eerder moment zou zijn overgegaan tot aanpassing van de wet aan de Richtlijn, zou hebben gekozen voor enige vervalltermijn, acht het hof het te speculatief om ervan uit te gaan dat in de fictieve situatie enige vervalltermijn zou hebben gegolden. Het hof volgt de Staat dan ook niet in zijn stelling dat er in de fictieve situatie van uit moet worden uitgegaan dat de (huidige) vervalltermijn in de wet zou zijn opgenomen. Naar het oordeel van het hof moet in de fictieve situatie de onrechtmatige daad worden weggedacht en moet er in beginsel van worden uitgegaan dat andere regelgeving hetzelfde zou zijn gebleven. Tegen deze achtergrond acht het hof voldoende aanmerkelijk dat H., de onrechtmatige daad weggedacht, aanspraak had kunnen maken op de door hem gevorderde vakantiedagen. H. heeft van de (informele) mogelijkheid om vakantie te genieten geen gebruik gemaakt en er zijn onvoldoende aanwijzingen dat dat in de fictieve situatie anders zou zijn geweest. Daarbij neemt het hof in aanmerking dat aan het bewijs van een fictieve situatie in het verleden niet te hoge eisen mogen worden gesteld. H. hoefde er ook geen rekening mee te houden dat hij ooit met genoemd bewijs zou worden belast, terwijl bewijzvergaring over een periode in het verleden lastig is. Dit is kennelijk ook door de minister onderkend

en als reden genoemd om aan de wetswijziging geen terugwerkende kracht te verlenen (zie hiervoor rov 2.4). Daar komt bij dat H., gesteld dat er wel van zou moeten worden uitgegaan dat in de fictieve situatie een vervalltermijn zou hebben gegolden, bij tijdige invoering van de in geding zijnde wetswijzigingen zich bewust had kunnen/moeten zijn van de vervalltermijn en dus een reële mogelijkheid zou hebben gehad vervall te voorkomen, door voor het einde van de vervalltermijn de vakantiedagen op te nemen. Die mogelijkheid is hem nu ontnomen. Hetzelfde geldt voor de mogelijkheid om bij schriftelijke overeenkomst (ten gunste van H.) af te wijken van de vervalltermijn van artikel 7:340a BW.”

1.16 De Staat heeft bij exploit van 20 december 2013 – derhalve tijdig – beroep in cassatie ingesteld. H. heeft geconcludeerd tot verwerping van het cassatieberoep. Partijen hebben hun respectieve standpunten schriftelijk toegelicht en vervolgens gere- en gedupleceerd.

2 Inleiding

2.1 Alvorens de klachten te bespreken, maak ik enkele opmerkingen van algemene aard over het toepasselijke toetsingskader in het geval dat een nationale regeling afwijkt van de regeling die wordt voorgeschreven door een richtlijn die niet tijdig en naar behoren in nationaal recht is omgezet. Dat dit geval zich in casu voordoet, staat op zichzelf niet ter discussie. In het arrest *Schultz-Hoff* heeft de wetgever immers aanleiding gezien art. 7:635 lid 4 (oud) BW in te trekken.¹¹

2.2 Ik bespreek allereerst de Francovich-rechtspraak van het HvJ. Vervolgens ga ik in op de in het arrest *Staat/Van Gelder* ontwikkelde regel, die het hof in het bestreden arrest van toepassing heeft geacht. Daarna bespreek ik of hetzij de Francovich-rechtspraak, hetzij de in het arrest *Staat/Van Gelder* ontwikkelde regel toepassing zouden moeten vinden, dan wel of een geheel andere weg is aangewezen.

De Francovich-norm

2.3 In 1991 heeft het HvJ in het bekende arrest *Francovich*¹² een minimumnorm voor staatsaansprakelijkheid wegens schending van het Unierecht (toen nog het gemeenschapsrecht) geïntroduceerd. Onder die staatsaansprakelijkheid valt ook de aansprakelijkheid voor schendingen van het Unierecht door de nationale wetgever. Met name in het arrest *Brasserie du Pêcheur*,¹³ waarin nationale wetgeving met rechtstreeks werkend Unierecht conflicteerde, heeft het HvJ deze staatsaansprakelijkheid voor schendingen van het Unierecht door de nationale

11 Zie hiervoor onder 1.3-1.7.

12 HvJ EG 19 november 1991 (*Francovich*), gevoegde zaken C-6/90 en C-9/90, ECLI:EU:C:1991:428 (ECLI:NL:XX:1991:ZB5305), *Jurisp.* 1991, p. I-5357, NJ 1994/2.

13 HvJ EG 5 maart 1996 (*Brasserie du Pêcheur*), gevoegde zaken C-46/93 en C-48/93, ECLI:EU:C:1996:79 (ECLI:NL:XX:1996:ZB6029), *Jurisp.* 1996, p. I-1029, NJ 1997/145.

wetgever verder uitgewerkt. Uit dit arrest blijkt dat drie voorwaarden voor aansprakelijkheid gelden. Ten eerste moet de geschonden rechtsregel van Unierecht ertoe strekken rechten toe te kennen aan particulieren, ten tweede moet er sprake zijn van een voldoende gekwalificeerde schending van het Unierecht¹⁴ en ten derde moet er een direct causaal verband bestaan tussen de schending van de op de lidstaat rustende verplichting en de door de benadeelde persoon geleden schade.¹⁵

2.4 Het HvJ maakt bij de toepassing van het criterium van de voldoende gekwalificeerde schending onderscheid, al naar gelang de lidstaat wel of niet over een (ruime) beoordelingsmarge beschikte:¹⁶

“Immers, in de eerste plaats is een schending voldoende gekwalificeerd, wanneer een instelling of een Lid-Staat bij de uitoefening van zijn normatieve bevoegdheid de grenzen waarbinnen hij bij de uitoefening van zijn bevoegdheden dient te blijven, kennelijk en ernstig heeft miskend (...); in de tweede plaats kan, wanneer de betrokken Lid-Staat op het moment van de inbreuk niet voor normatieve keuzes stond en slechts een zeer beperkte of in het geheel geen beoordelingsmarge had, de enkele inbreuk op het gemeenschapsrecht volstaan om een voldoende gekwalificeerde schending te doen vaststaan (...).”

2.5 Uit bovenstaand citaat volgt dat, ingeval sprake is van een beoordelingsmarge voor de lidstaat, aan de eis van de voldoende gekwalificeerde schending is voldaan, indien van een kennelijke en ernstige schending van het Unierecht sprake is. Elementen die hierbij kunnen worden betrokken zijn volgens het HvJ onder meer:¹⁷

“de mate van duidelijkheid en nauwkeurigheid van de geschonden regel, de omvang van de beoordelingsmarge die de geschonden regel de nationale of gemeenschapsinstanties laat, de vraag of al dan niet opzettelijk een schending is begaan of schade is veroorzaakt, de vraag of een eventuele rechtsdwaling al dan niet verschoonbaar is,

de omstandigheid dat de handelwijze van een gemeenschapsinstelling heeft kunnen bijdragen tot het verzuim, de vaststelling of de instandhouding van met het gemeenschapsrecht strijdige nationale maatregelen of praktijken.”

Volgens het HvJ is een schending in ieder geval voldoende gekwalificeerd¹⁸

“wanneer zij verder is blijven bestaan in weerswil van de uitspraak van een arrest houdende vaststelling van de verweten niet-nakoming, van een prejudiciële beslissing of van een vaste rechtspraak van het Hof terzake, waaruit blijkt dat de betrokken gedraging de kenmerken van een schending vertoont.”

2.6 Volgens het door het HvJ ontwikkelde aansprakelijkheidsregime zijn lidstaten dus niet aansprakelijk ingeval de lidstaat van de schending van het Unierecht – kort gezegd – geen (ernstig) verwijt kan worden gemaakt.¹⁹

2.7 De nationale stelsels voor staatsaansprakelijkheid zijn door de Francovich-jurisprudentie niet irrelevant geworden. Reeds in het arrest *Francovich* zelf overwoog het HvJ dat de daarin geformuleerde voorwaarden weliswaar voldoende zijn om voor particulieren een recht op schadevergoeding in het leven te roepen, maar dat het, bij gebreke van ‘een gemeenschapsregeling ter zake’, aan de lidstaten is om in het kader van het nationale aansprakelijkheidsrecht de ‘gevolgen van de veroorzaakte schade ongedaan te maken’.²⁰ In het arrest *Brasserie du Pêcheur* heeft het HvJ geoordeeld dat het niet is uitgesloten dat, naar nationaal recht, de staat onder minder beperkende voorwaarden aansprakelijk kan zijn.²¹ In dit verband heeft het HvJ herhaaldelijk benadrukt dat de lidstaten de beginselen van doeltreffendheid en gelijkwaardigheid in acht moeten nemen. In het arrest *Pontin* werd het als volgt geformuleerd:²²

“Inzake de daadwerkelijke bescherming in rechte van de rechten die justitiabelen aan het gemeenschapsrecht ontnemen, is het vaste rechtspraak dat de procedureregels voor vorderingen die worden ingediend ter bescherming van de rechten die de justitiabelen aan het gemeenschapsrecht ontnemen, niet ongunstiger mogen zijn dan die voor soortgelijke nationale vorderingen (gelijkwaardigheidsbeginsel), en de uitoefening van de door de communautaire rechtsorde

14 Engels: ‘sufficiently serious breach’; Duits: ‘hinreichend qualifizierter Verstoß’; Frans: ‘violation suffisamment caractérisée’.

15 Punt 51.

16 HvJ EG 8 oktober 1996 (*Dillenkofer*), gevoegde zaken C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 en C-190/94, ECLI:EU:C:1996:375 (ECLI:NL:XX:1996:AC0559), *Jurispr.* 1996, p. I-4845, NJ 1997/493, punt 25. Een voorbeeld van een situatie waarin een lidstaat geen beoordelingsmarge heeft, betreft die waarin een richtlijn niet binnen de voorgeschreven termijn is geïmplementeerd. Dat enkele feit levert een voldoende gekwalificeerde schending op. Uit het arrest *Dillenkofer* volgt dat in alle zaken, ook die waarin er geen sprake is van een beoordelingsmarge, de drie genoemde voorwaarden gelden. Naar de mate waarin sprake is van een beoordelingsmarge, is sneller of minder snel aan de eis van een voldoende gekwalificeerde schending voldaan.

17 Arrest *Brasserie du Pêcheur*, punt 56. Het enkele feit dat een lidstaat een richtlijn onjuist heeft geïmplementeerd, levert dus niet automatisch een voldoende gekwalificeerde schending op. Een voorbeeld hiervan is HvJ EG 26 maart 1996 (*British Telecom*), C-392/93, ECLI:EU:C:1996:131 (ECLI:NL:XX:1996:AD2517), *Jurispr.* 1996, p. I-1631, NJ 1997/146.

18 Arrest *Brasserie du Pêcheur*, punt 57.

19 R. Meijer, Staatsaansprakelijkheid wegens schending van Europees gemeenschapsrecht (2007), p. 43, zegt het aldus: “Heel algemeen geformuleerd gaat het er bij de voldoende gekwalificeerde schending dus om of een lidstaat te goeder trouw kon menen dat hij het gemeenschapsrecht juist toepaste.”

20 Arrest *Francovich*, punten 41 en 42.

21 Arrest *Brasserie du Pêcheur*, punt 66.

22 HvJ EG 29 oktober 2009 (*Pontin*), C-63/08, ECLI:EU:C:2009:666 (ECLI:NL:XX:2009:BK2572), *Jurispr.* 2009, p. I-10467, NJ 2010/182, punt 43. Zie over deze zogenaamde *Rewe*-voorwaarden bijv. R. Meijer, *The Rewe/Comet ‘doctrine’ and its implications for Dutch law*, in: A.S. Hartkamp e.a., *The influence of EU law on national private law* (2014), p. 39-55, en J.H. Jans e.a., *Inleiding tot het Europees bestuursrecht* (2011), p. 35-52.

verleende rechten in de praktijk niet onmogelijk of uiterst moeilijk mogen maken (doeltreffendheidsbeginsel) (...)."

2.8 Het is de lidstaten dus toegestaan voor schendingen van het Unierecht een verdergaande staatsaansprakelijkheid aan te nemen dan uit de Francovich-rechtspraak voortvloeit. Onder omstandigheden kan een lidstaat daartoe, gelet op het gelijkwaardigheidsbeginsel, zelfs verplicht zijn. Ik kom hierop (onder 2.44-2.48) nog terug.

2.9 Het HvJ zag in de staatsaansprakelijkheid een nieuw instrument om 'de volle werking van (destijds) *het gemeenschapsrecht*' te verzekeren. In het arrest *Francoovich* overwoog het HvJ dat hieraan zou worden afgedaan indien particulieren niet de mogelijkheid zouden hebben om schadevergoeding te verkrijgen wanneer hun rechten worden aangeast als gevolg van een schending van het gemeenschapsrecht die aan een lidstaat kan worden toegerekend.²³

2.10 Overigens is de leer van de staatsaansprakelijkheid zoals geformuleerd in het arrest *Francoovich* niet zomaar uit de lucht komen vallen. Bij de vormgeving daarvan heeft het HvJ het voor de instellingen geldende en (thans) op art. 340 VWEU gebaseerde aansprakelijkheidsrecht als blauwdruk gebruikt. In het arrest *Brasserie du Pêcheur* heeft het HvJ over die parallelle overwogen:

"42. Anderzijds mogen de voorwaarden voor de aansprakelijkheid van de Staat wegens aan particulieren veroorzaakte schade ten gevolge van een schending van het gemeenschapsrecht, behoudens indien bijzondere omstandigheden zulks rechtvaardigen, niet verschillen van die welke gelden voor de aansprakelijkheid van de Gemeenschap in vergelijkbare situaties. De bescherming van de rechten die de particulieren aan het gemeenschapsrecht ontlelen, kan namelijk niet verschillen naargelang het orgaan dat de schade heeft veroorzaakt, een nationaal dan wel een communautair karakter heeft."

Art. 340 VWEU verwijst op zijn beurt naar 'de algemene beginselen welke de rechtsstelsels der lidstaten gemeen hebben'. De verwijzing naar de algemene beginselen welke de rechtsstelsels der lidstaten gemeen hebben, heeft het HvJ ertoe gebracht om, in het bijzonder voor normatieve handelingen, voor een beperkt aansprakelijkheidsregime te kiezen, zowel voor de instellingen van de Unie zelf, als (in het kader van de Francovich-rechtspraak) voor de lidstaten. In dat verband moet worden bedacht dat de meeste Europese rechtsstelsels een traditie kennen waarin aansprakelijkheid van de staat voor handelen of nalaten van de wetgever überhaupt niet of slechts beperkt mogelijk was.²⁴ Ook Nederland kent

die traditie.²⁵ Ook nu nog gelden in de meeste Europese rechtsstelsels uiteenlopende beperkingen voor staatsaansprakelijkheid wegens onrechtmatige wetgeving, zoals advocaat-generaal Tesauro in zijn conclusie voor het arrest *Brasserie du Pêcheur* opmerkte.²⁶

2.11 Dat het HvJ zich heeft gericht naar de verwijzing naar de algemene beginselen welke de rechtsstelsels der lidstaten gemeen hebben, betekent intussen niet dat het HvJ de wenselijkheid van een beperkt aansprakelijkheidsregime niet ook zelf onderschreef. In het arrest *Brasserie du Pêcheur* overwoog het:

"45. De restrictieve opvatting van de aansprakelijkheid van de Gemeenschap wegens de uitoefening van haar normatieve bevoegdheden vindt namelijk haar verklaring hierin, dat enerzijds de uitoefening van de wetgevende bevoegdheid, zelfs indien de wettigheid van de handelingen aan rechterlijke toetsing is onderworpen, niet mag worden belemmerd door de mogelijkheid van schadevergoedingsacties wanneer in het algemeen belang van de Gemeenschap normatieve maatregelen moeten worden vastgesteld die de rechten van particulieren kunnen aantasten, en dat anderzijds in een normatieve context die wordt gekenmerkt door het bestaan van een ruime beoordelingsbevoegdheid, die onontbeerlijk is voor de tenuitvoerlegging van gemeenschapsbeleid, de Gemeenschap slechts aansprakelijk kan worden gesteld, indien de betrokken instelling de grenzen van haar bevoegdheden kennelijk en ernstig heeft miskend (...)."

Blijkens deze overweging acht het HvJ een restrictieve benadering noodzakelijk om te voorkomen dat de wetgever zou worden belemmerd in de uitoefening van zijn wetgevende taken. Dit geldt althans voor situaties waarin de overheid een ruime beoordelingsbevoegdheid heeft.

2.12 Hoewel het HvJ dat niet met zoveel woorden heeft gezegd, ligt het mijns inziens voor de hand dat het omarmen van een beperkt aansprakelijkheidsregime tevens is ingegeven door de vrees dat een te ruimhartig overheidsaansprakelijkheidsre-

23 Arrest *Francoovich*, punt 33.

24 Immers: 'the king can do no wrong'. Recenter is deze immunitet gebaseerd op de gedachte dat de wetgever, anders dan de rechter, democratische legitimatie geniet. Vgl. A-G Tesauro in zijn conclusie voor het arrest *Brasserie du Pêcheur*, onder 36.

25 Hiervan getuigt nog het toetsingsverbod van art. 120 Gw. De voorloper van art. 120 Gw was strikter: 'De wetten zijn onschendbaar.'

26 Conclusie onder 60 (ECLI:EU:C:1995:407).

gime een te grote druk op het budget van de Unie en de lidstaten zou leggen.²⁷

Aansprakelijkheid voor onrechtmatige wetgeving naar nationaal recht

2.13 De jurisprudentie van de Hoge Raad inzake overheidsaansprakelijkheid wegens onrechtmatige wetgeving heeft voorslagnog steeds betrekking gehad op lagere nationale regelgeving die met hogere nationale regelgeving in strijd was.²⁸ Uit deze jurisprudentie vloeit een zeer lage drempel voor overheidsaansprakelijkheid voort. Een (soortgelijke) eis als die van de voldoende gekwalificeerde schending wordt niet gesteld.

2.14 De basis voor deze jurisprudentie werd gelegd in het arrest *Pocketbooks II* uit 1969.²⁹ In dat arrest, dat betrekking had op een ministeriële regeling die met de Grondwet in strijd was, oordeelde de Hoge Raad dat 'geen rechtsregel de toepasselijkheid van art. 1401 BW op de uitvaardiging van een dergelijke beschikking uitsluit, beperkt of aan nadere vereisten onderwerpt, en ook de aard van de wetgevende functie van de overheid niet meebrengt dat art. 1401 BW bij onrechtmatig gebruik daarvan niet of slechts beperkt van toepassing zou kunnen zijn.' In het standaard-arrest *Staat/Van Gelder*³⁰ overwoog de Hoge Raad vervolgens onomwonden het volgende:

"3.3. Onderdeel 2 betoogt dat de Staat slechts aansprakelijk is voor een daad van onverbindende wetgeving, indien 'de Staat de grenzen van zijn bevoegdheid op klaarblijkelijke en ernstige wijze heeft overschreden'. Dit betoog faalt. De Staat handelt onrechtmatig en is, wanneer aan de overige vereisten van art. 1401 BW is voldaan, aansprakelijk wanneer hij een met een hogere regeling strijdig en mitsdien onverbindend voorschrift uitvaardigt en op grond van dat voorschrift belasting heft.

3.4. (...) In geval een overheidslichaam een onrechtmatige daad pleegt door een met een hogere regeling strijdig en mitsdien onverbindend voorschrift uit te vaardigen en op grond van dit voorschrift te handelen is daarmee in beginsel

de schuld van het overheidslichaam gegeven. (...)"

Sinds het arrest *Staat/Van Gelder* wordt, naar nationaal recht, niet alleen aangenomen dat (1) een overheidsorgaan, door het uitvaardigen en handhaven van lagere regelgeving die met hogere regelgeving in strijd en deswege onverbindend is, onrechtmatig handelt in de zin van (thans) art. 6:162 BW, maar ook (2) dat dit onrechtmatig handelen in beginsel automatisch aan het overheidsorgaan wordt toegerekend. Een vergelijkbare aansprakelijkheid geldt voor besluiten van bestuursorganen die door de bestuursrechter zijn vernietigd³¹ of door het bestuursorgaan zelf zijn ingetrokken of herroepen op gronden die onrechtmatigheid van het besluit impliceren.³²

2.15 In het arrest *Staat/Van Gelder* is niet een expliciete ratio te vinden van de door de Hoge Raad uitgezette lijn. Ook in de conclusie van A-G Van Soest is een dergelijke ratio niet te vinden. In zijn conclusie nam A-G Van Soest het standpunt in dat het onderscheid tussen daden van materiële wetgeving en administratiefrechtelijke beschikkingen zoals belastingaanslagen uit een oogpunt van de kwalificatie als tot schadevergoeding verplichtende onrechtmatige daad in beginsel irrelevant is (conclusie onder 2.13) en dat de Staat, als door een daad van materiële wetgeving van één zijner organen aan de voor een onrechtmatige daad gestelde eisen is voldaan, de daardoor ontstane schade moet vergoeden (conclusie onder 2.15). Voorts concludeerde A-G Van Soest dat de Staat tevergeefs opkwam tegen de verwerping van zijn beroep op verschoonbare rechtsdwaling, omdat het hof genoegzaam zou hebben gemotiveerd dat en waarom de Kroon zich van de discrepantie tussen haar besluit en de grenzen van haar wettelijke bevoegdheid bewust had moeten zijn (conclusie onder 4.7). Een pleidooi voor een in beginsel gegeven onrechtmatigheid en schuld valt in de conclusie van A-G Van Soest niet te lezen.

2.16 Scheltema en Scheltema betogen dat uit het arrest *Bedrijfsvereniging/Boulogne*³³ in algemene zin zou zijn af te leiden dat de eis dat een onrechtmatige daad aan de dader kan worden toegerekend, in publiekrechtelijke verhoudingen (en dus ook met betrekking tot onrechtmatige wetgeving) niet wordt gesteld, omdat, indien de overheid in strijd met het recht heeft gehandeld, het vanuit het gezichtspunt van de gelijkheid voor de publieke lasten beter te

27 Dit meent ook Sieburgh, die overigens de restrictieve benadering van het hof apprecieert. In het kader van de aansprakelijkheid van de Unie (waarvoor dezelfde eisen gelden als voor aansprakelijkheid van de lidstaten) schrijft zij: "This strict interpretation of the condition of unlawfulness is understandable. In a field in which the Union is acting as political policy-maker, it is undesirable that its margin of discretion would be limited and its decision-making hampered by the menace of liability. (...) Moreover, it would be the taxpayer who would have to foot the bill for generous rulings of Union liability. The finding of liability should not be possible unless the interest of compensating the injured parties outweighs the interest of the taxpayer."; zie C.H. Sieburgh, EU law and non-contractual liability, in: A.S. Hartkamp e.a., *The influence of EU law on national private law*, Volume I (2014), p. 476-477.

28 Afgezien van zaken waarin schending van het Eerste Protocol bij het EVRM aan de orde was.

29 HR 24 januari 1969 (*Pocketbooks II*), ECLI:NL:HR:1969:AC4903, NJ 1969/316 m.nt. H. Drion.

30 HR 9 mei 1986 (*Staat/Van Gelder*), ECLI:NL:HR:1986:AC0867, NJ 1987/252 m.nt. MS.

31 Zie bijv. HR 26 september 1986 (*Staat/Hoffmann-La Roche*), ECLI:NL:HR:1986:AC9505, NJ 1987/253 m.nt. MS en HR 31 mei 1991 (*Van Gog/Nederweert*), ECLI:NL:HR:1991:ZC0261, NJ 1993/112 m.nt. CJHB. In laatstgenoemd arrest (rov. 3.3) heeft de Hoge Raad overwogen dat, '(z)elfs wanneer het overheidslichaam geen enkel verwijt treft, moet worden aangenomen dat deze onrechtmatige daad in beginsel – in de terminologie van art. 6:162 BW – voor rekening van het overheidslichaam komt.'

32 HR 8 december 1995 (*Bedrijfsvereniging/Heijboer*), ECLI:NL:HR:1995:ZC1914, NJ 1997/163 m.nt. MS; HR 20 februari 1998 (*Staat/B*), ECLI:NL:HR:1998:ZC2588, NJ 1998/526 m.nt. ARB.

33 HR 12 juni 1992 (*Bedrijfsvereniging/Boulogne*), ECLI:NL:HR:1992:AN4622, NJ 1993/113 m.nt. CJHB.

verdedigen is die schade ten laste van de collectiviteit te brengen dan haar te laten bij degenen die toevallig het slachtoffer van dat handelen was.³⁴ Het ging in de zaak *Bedrijfsvereniging/Boulogne* niet om met hoger recht strijdige en deswege onverbindende wetgeving, maar om het daaraan verwante geval waarin een besluit van een overheidslichaam door de bestuursrechter was vernietigd. De Hoge Raad bevestigde in deze uitspraak de jurisprudentie dat, als een beschikking wordt vernietigd, daarmee de onrechtmatigheid in beginsel vaststaat en dat ook de schuld in beginsel is gegeven. De Hoge Raad overwoog voorts:

"3.2 (...) Evenmin kan als zodanig worden aanvaard het argument dat bedrijfsverenigingen 'min of meer als ondernemingen' functioneren en daarom de financiële lasten van toepassing van meerbedoelde regels 'in vergelijkbare mate als de getroffen burger' voelen. Immers, ook voor bedrijfsverenigingen geldt dat het redelijker is de schade voortvloeiend uit een in het kader van een wettelijke taak genomen beslissing waarvan de onjuistheid later door de rechter wordt vastgesteld, voor rekening te brengen van de collectiviteit dan om haar te laten voor rekening van de individuele burger jegens wie die onjuiste beslissing werd genomen."

2.17 Bij dit arrest annoteerde Brunner:

"2 (...) In de redenging van de Hoge Raad ligt het accent op de uitoefening door de overheid van een wettelijke taak en daarmee op het algemeen belang. Van de behartiging daarvan profiteert iedereen; dan is het ook redelijk dat de gevolgen van fouten die daarbij worden gemaakt door allen gedragen worden. Voor andere plegers van onrechtmatige daden blijft voor toerekening schuld vereist of een in de samenleving bestaande verkeersopvatting dat ondanks het ontbreken daarvan toch de schade moet worden toegerekend(...)."

2.18 Ongeveer zes jaren daarvoor, in zijn NJ-noot bij het arrest *Hoffmann-La Roche*³⁵, had Scheltema al het volgende opgemerkt:

"3 (...) Nu er in dit geval van verwijtbaar gedrag van de overheid in het geheel geen sprake was, moet worden aangenomen dat de HR principieel kiest voor aansprakelijkheid van de overheid voor in strijd met het recht genomen (publiekrechtelijke) besluiten zonder het vereiste van schuld te stellen.

Dat lijkt mij een juist uitgangspunt. Indien de overheid besluiten neemt die in strijd met het recht zijn, dan gaat het bij de vraag wie de daardoor veroorzaakte schade moet dragen niet om een keuze tussen de ene persoon of de andere,

maar om het laten drukken van de schade op een burger of het voor rekening van de gemeenschap nemen daarvan. Is niemand een verwijt te maken, dan zal men eerder de gemeenschap, dus de overheid, voor de schade laten opkomen, dan de min of meer toevallig daardoor getroffen burger. Want het is toch moeilijk te verdedigen dat de gemeenschap de nadelen van een door haar organen in strijd met het recht genomen besluit afwentelt op een burger, die daaraan part noch deel heeft gehad."

2.19 Dat de Hoge Raad in het arrest *Bedrijfsvereniging/Boulogne* (dat besluitaansprakelijkheid betrouf en niet aansprakelijkheid voor onrechtmatige wetgeving), ruim zes jaar na het arrest *Staat/Van Gelder*, de gedachte in stelling bracht dat het redelijker is de schade als gevolg van een onjuist besluit voor rekening te brengen van de collectiviteit dan om haar voor rekening te laten van de individuele burger (zulks naar aanleiding van de klacht van de Bedrijfsvereniging dat zij 'als onderneming' door de bedoelde lasten niet minder zwaar werd getroffen dan de betrokken burger), acht ik een onvoldoende aanwijzing dat die gedachte ook aan het arrest *Staat/Van Gelder* ten grondslag heeft gelegen. Dat de collectiviteit een bepaalde schade gemakkelijker kan dragen dan een individuele burger is stellig juist, maar is mijns inziens niet leidend in het Nederlandse overheidsaansprakelijkheidsrecht (en nog minder in het algemene aansprakelijkheidsrecht). Zou dat anders zijn, dan zou schuld (toerekening) nimmer zijn vereist voor aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad van een (publieke of civiele) collectiviteit die, gemakkelijker dan de getroffen burger, de schade kan dragen. Dat laatste is géén geldend recht, zelfs niet op het beperkte gebied van overheidsaansprakelijkheid voor onregelmatige besluiten. Zo blijven evident onjuiste besluiten waartegen de burger niet tijdig is opgekomen, voor rekening van de getroffen burger; zulke besluiten moeten voor rechtmatig worden gehouden, zodat aan in beginsel gegeven onrechtmatigheid en schuld überhaupt niet wordt toegekomen.

2.20 De werkelijke ratio van het arrest *Staat/Van Gelder* lijkt mij een andere, te weten een gelijkstelling van onverbindende wetgeving in materiële zin met vernietigde besluiten. Volgens mij is het arrest *Staat/Van Gelder* onderdeel van een drieluik, gevormd door de met elkaar samenhangende en in dezelfde periode gewezen arresten *Staat/Van Gelder* (9 mei 1986), *Heesch/Van de Akker* (16 mei 1986) en *Hoffmann-La Roche* (26 september 1986). Van die arresten hangen met name die in de zaken *Heesch/Van de Akker* en *Hoffmann-La Roche* onlosmakelijk met elkaar samen. De leer van de formele rechtskracht (*Heesch/Van de Akker*) en de leer van de besluit-aansprakelijkheid (zoals ontwikkeld in het arrest *Hoffmann-La Roche*) vormen elkaars pendant. Kennelijk heeft de Hoge Raad, om fricties als gevolg van de concurrerende bevoegdheden van de burgerlijke rechter en de bestuursrechter ten aanzien van besluiten te voorkomen, duidelijkheid willen schep-

34 M. Scheltema en M.W. Scheltema, *Gemeenschappelijk recht* (2013), p. 350-351. Scheltema en Scheltema wijzen er in voetnoot 103 op dat hun opvatting in de literatuur niet onomstreden is.

35 HR 26 september 1986 (*Hoffmann-La Roche*), ECLI:NL:HR:1986:AC9505, NJ 1987/253 m.nt. MS.

pen, en wel in die zin dat over de *rechtmatigheid* van besluiten, zolang deze standhouden, geen verdere discussie mogelijk zou moeten zijn (*Heesch/van de Akker*), evenmin als over de *onrechtmatigheid* van besluiten die door de bestuursrechter zijn vernietigd (*Hoffmann-La Roche*). Aan het regime van besluit-aansprakelijkheid is ook de aansprakelijkheid voor onverbindende wetgeving gekoppeld (*Staat/Van Gelder*), kennelijk omdat de Hoge Raad gevoelig was voor het argument dat (lagere) wetgeving in materiële zin, afkomstig van bestuursorganen, met het oog op mogelijke aansprakelijkheid maar weinig van een administratiefrechtelijke beschikking verschilt en de Hoge Raad (bij ontbreken van rechtstreekse beroepsmogelijkheden tegen wetgeving in materiële zin bij de bestuursrechter) zulke wetgeving die door de rechter wegens strijd met een hogere regeling onverbindend is bevonden, voldoende vergelijkbaar met een vernietigd besluit heeft geacht. Zoals al eerder vermeld, was in de conclusie van A-G Van Soest de vergelijkbaarheid van wetgeving in materiële zin met beschikkingen prominent aan de orde. Na onder meer te hebben verwezen naar de opvatting van Scheltema dat '*daden van wetgeving veelal niet (meer) in een andere categorie geplaatst kunnen worden dan andere overheidsbesluiten, ... dat het onderscheid vervliegt bij wetgeving door bestuursorganen*' (conclusie onder 2.12, slot), concludeerde A-G Van Soest:

"2.13 De hiervoor onder 2.11-12 weergegeven reeksen arresten maken duidelijk, dat het onderscheid tussen daden van materiële wetgeving en administratiefrechtelijke beschikkingen zoals belastingaanslagen uit een oogpunt van de kwalificatie als tot schadevergoeding verplichtende onrechtmatige daad in beginsel irrelevant is."

Ook aan annotator Scheltema is blijkens zijn NJ-noot bij het arrest *Staat/Van Gelder* de gelijkstelling van materiële wetgeving en besluiten niet ontgaan:

"3. (...) Men kan het arrest daarom beschouwen als een eindpunt in de ontwikkeling van de aansprakelijkheid voor onverbindende wetgeving. Nadat die aansprakelijkheid in HR 24 jan. 1969, NJ 1969, 316, NJ 1969/316 m.nt. H. Drion in principe was aanvaard, is nu het stadium bereikt dat 'het onderscheid tussen daden van materiële wetgeving en administratiefrechtelijke beschikkingen.. uit een oogpunt van kwalificatie als tot schadevergoeding verplichtende onrechtmatige daad in beginsel irrelevant is' (conclusie A-G Van Soest, punt 2.13). Nu het verschil tussen het vaststellen van regelingen en het nemen van andere besluiten door bestuursorganen vervluchtigt, en de waarborgen voor de burger bij wetgeving geenszins groter zijn dan bij andere bestuursdaden, bestaat er ook geen reden meer dit verschil te maken."

2.21 Als aan het arrest *Staat/Van Gelder* inderdaad een zekere gelijkstelling van (lagere) materiële wetgeving (in de woorden van Scheltema: '*het vaststellen van regelingen door bestuursorganen*') aan besluiten ten grondslag ligt, is dat een argument te-

gen de opvatting dat de in het arrest *Staat/Van Gelder* ontwikkelde regel zich mede voor toepassing op (niet door bestuursorganen vastgestelde) wetgeving in formele zin leent. Dat lijkt ook de opvatting van A-G Van Soest, die zijn bespreking van de ook toen al door het HvJ binnen de toenmalige EEG voorgestane beperkte aansprakelijkheid van de instellingen van de Gemeenschap voor normatieve handelingen besloot met de constatering dat de door het HvJ bedoelde beginselen ook in Nederland gelden, en wel voor wetten in formele zin, en dat de rechtspraak van het HvJ dus niet onverenigbaar is met de rechtspraak waaruit de irrelevantie van het verschil tussen daden van materiële wetgeving en administratiefrechtelijke verplichtingen zou voortvloeien:

"3.4 Ten betoge, dat er in dit geval van verschil sprake zou zijn, beroept de Staat zich op de jurisprudentie van het HvJ EG.

HvJ EG 25 mei 1978, *Jurispr.* 1978 p. 1209 (AA januari 1979, jrg. 28, p. 32 m.nt. H.G. Schermers), overwoog ('Ten aanzien van het recht', onder 5), 'dat .. de beginselen die in de rechtsstelsels der lidstaten de aansprakelijkheid van de overheid beheersen voor de door normatieve handelingen aan particulieren toegebrachte schade .. weliswaar van lidstaat tot lidstaat aanzienlijk verschillen, doch dat men toch kan vaststellen dat de normatieve handelingen, waarin keuzen van economisch beleid zijn weergegeven, slechts bij uitzondering en in bijzondere omstandigheden tot aansprakelijkheid van de overheid leiden; dat deze restrictieve opvatting wordt verklaard door de overweging dat de wetgevende macht, zelfs ingeval de geldigheid van haar handelingen aan rechterlijke toetsing is onderworpen, niet telkens in haar voorbereidingen mag worden belemmerd door de mogelijkheid van schadevergoedingsacties, wanneer zij aanleiding heeft, in het algemeen belang normatieve maatregelen te nemen, die de belangen van particulieren kunnen aantasten';

(onder 6)

'dat in een normatief kader .. dat wordt gekenmerkt door de uitoefening van een voor de uitvoering van het gemeenschappelijke landbouwbeleid onontbeerlijk ruime discretionaire bevoegdheid, de gemeenschap .. slechts aansprakelijk kan worden gesteld, indien de betrokken instelling de grenzen harer bevoegdheden klaarblijkelijk ernstig heeft miskend'

(...)

Schermers, t.a.p., p. 36, wijst erop, dat de door het HvJ EG geconstateerde beginselen ook in Nederland gelden, te weten voor wetten in formele zin, zodat de Europese jurisprudentie zich wel laat verenigen met de Nederlandse jurisprudentie die ik hiervoor onder 2.12 vermeldde."

2.22 Een overweging met betrekking tot het in rekening brengen van de schade aan de collectiviteit

komt ook voor in het arrest *Staat/B*³⁶, dat handelt over de aansprakelijkheid van een bestuursorgaan voor een besluit dat na een daartegen gemaakt bezwaar is herroepen:

“5.2 (...) Wanneer een besluit van een bestuursorgaan (het primaire besluit) op grond van een daartegen gemaakt bezwaar door dat bestuursorgaan wordt herroepen en, voor zover nodig, wordt vervangen door een nieuw besluit, zal het van de redenen die daartoe hebben geleid, en de omstandigheden waaronder het primaire besluit tot stand is gekomen, afhangen of het nemen van het primaire besluit onrechtmatig moet worden geacht in de zin van art. 6:162 art. 6:162 BW en, zo ja, of deze daad aan het betrokken overheidslichaam kan worden toegerekend. Indien, zoals in het onderhavige geval, het primaire besluit berust op een onjuiste uitleg van de wet en derhalve onrechtmatig is, moet dit onrechtmatig handelen in ieder geval aan het betrokken overheidslichaam worden toegerekend. In dat geval is immers sprake van een oorzaak welke – in de bewoordingen van art. 6:162 lid 3 art. 6:162 lid 3 BW – naar de in het verkeer geldende opvattingen voor rekening van dat lichaam komt. Laatstebedoelde opvattingen verzetten zich ertegen dat de overheid zich tegenover een burger met vrucht zou kunnen beroepen op dwaling dan wel onzekerheid omtrent de juiste uitleg van de wet; hierbij speelt niet alleen een rol dat de wettelijke regelingen niet van de burger afkomstig zijn, maar ook dat het redelijker is de schade die voor een individuele burger voortvloeit uit een besluit waarvan naderhand komt vast te staan dat het op een onjuiste wetsuitleg berust, voor rekening te brengen van de collectiviteit, dan om die schade voor rekening te laten van de burger jegens wie dat rechtens onjuiste besluit werd genomen.”

Alhoewel met betrekking tot een ingetrokken of herroepen besluit op gronden die onrechtmatigheid impliceren, een aansprakelijkheid geldt die goeddeels met de aansprakelijkheid voor door de rechter vernietigde besluiten overeenkomt, is er wel dit verschil, dat zowel de onrechtmatigheid van het herroepen besluit als de toerekening daarvan niet a priori wordt aangenomen en dat nader onderzoek daarvan nodig is. In de geciteerde overweging oordeelde de Hoge Raad dat het onrechtmatige besluit, nu dit op een onjuiste uitleg van de wet berustte, aan het betrokken overheidsorgaan moest worden toegerekend. In de motivering waarom hier sprake zou zijn van een oorzaak die naar de in het verkeer geldende opvattingen voor rekening van dat lichaam diende te komen, hanteerde de Hoge Raad de uit het arrest *Bedrijfsvereniging/Boulogne* reeds bekende gedachte dat het redelijker is de schade voor rekening van de collectiviteit te brengen dan haar voor rekening te laten van de getroffen burger.

Volgens Kortmann zou men dit als een uitwerking kunnen zien van de hoedanigheid van de dader, in die zin dat verdeling van de schade over de collectiviteit inherent is aan de overheid. Tegelijk wijst Kortmann erop dat de mogelijkheden van de dader om schade af te wentelen geen rol spelen in die gevallen waarin toerekening krachtens schuld of de wet plaatsvindt, terwijl uit die gevallen nu juist de factoren zijn gedestilleerd die toerekening krachtens verkeersopvattingen rechtvaardigen.³⁷

2.23 Als argument voor de automatische toerekening wordt in de literatuur ook genoemd dat van de overheid een bijzondere juridische deskundigheid mag worden verwacht.³⁸ Dat sluit aan bij de hiervóór (onder 2.22) reeds geciteerde rechts-overweging, waarin de Hoge Raad oordeelt dat de overheid zich tegenover een burger niet met vrucht op dwaling dan wel onzekerheid omtrent de juiste uitleg van de wet kan beroepen en waarin de Hoge Raad daartoe (zelfs in de eerste plaats, vóór het argument van de redelijkheid van verlegging van de schade van de getroffen burger naar de collectiviteit) als argument aanvoert ‘dat de wettelijke regelingen niet van de burger afkomstig zijn’, maar (zo voegt annotator Bloembergen in zijn NJ-noot aan die overweging toe:) van de overheid. Bloembergen merkt daarover op:

“5. (...) In de eerste plaats wordt opgemerkt dat wettelijke regelingen niet van de burger afkomstig zijn (maar van de overheid). Inderdaad ligt het daarom voor de hand onzekerheid omtrent de uitleg van zo een regeling voor rekening van de overheid te laten komen. (...)”

Het belang dat aldus wordt toegekend aan de omstandigheid dat de wet over de uitleg waarvan de overheid heeft gedwaald (niet van de burger maar) van de overheid afkomstig is, roept wel de vraag op hoe moet worden geoordeeld als niet een (nationale) wet maar een (noch van de getroffen burger, noch van de nationale overheid afkomstige) rechtstreeks werkende bepaling van internationaal recht aan de orde is, waarvan de uitleg bovendien aan een supranationaal gerecht is voorbehouden.

Kan een wet in formele zin onrechtmatig zijn in de zin van art. 6:162 BW?

2.24 Als gezegd, is de regel uit het arrest *Staat/Van Gelder* tot nu toe slechts toegepast in zaken waarin lagere nationale regelgeving met hogere nationale regelgeving in strijd was. Uit de rechtspraak van de Hoge Raad volgt niet expliciet dat de regel ook geldt voor gevallen waarin wetgeving in formele zin met Unierecht of met ander (een ieder verbindend) internationaal recht in strijd en deswege onverbindend is.

2.25 Alhoewel de meeste auteurs ervan uitgaan dat de in de arresten *Pocketbook II* en *Staat/Van Gel-*

36 HR 20 februari 1998 (*Staat/B*), ECLI:NL:HR:1998:ZC2588, NJ 1998/526 m.nt. ARB.

37 C.N.J. Kortmann, *Onrechtmatige overheidsbesluiten* (2006), p. 39, met verdere verwijzingen.

38 R.J.B. Schutgens, *Onrechtmatige wetgeving* (2009), p. 52, met verdere verwijzingen.

der ontwikkelde regel volgens welke het in strijd met een hogere regeling uitvaardigen en toepassen van een lagere regeling in beginsel een onrechtmatige daad oplevert, óók zou moeten gelden voor formele wetgeving,³⁹ acht ik een relevante voorvraag of wetgeving in formele zin überhaupt onrechtmatig kan zijn in de zin van art. 6:162 BW. Die vraag dringt zich op, allereerst omdat het voorschrift van art. 6:162 BW niet van hogere orde is dan een wet in formele zin en de wetgever in formele zin altijd van dat aansprakelijkheidsvoorschrift kan afwijken. Er ontbreekt in de woorden van het toenmalige Gerecht van eerste aanleg van de Europese Gemeenschappen een 'hiërarchie van normen', waarin de

betwiste wet in formele zin kan worden geacht aan het aansprakelijkheidsregime en de sancties van art. 6:162 BW te zijn onderworpen.⁴⁰ Een hiërarchie van normen is er wél tussen de wet in formele zin enerzijds en de Grondwet en rechtstreeks werkend internationaal recht anderzijds. Aan toetsing van de wet in formele aan de Grondwet (en algemene rechtsbeginselen) staat art. 120 Grondwet echter in de weg, terwijl, wat mogelijke conflicten met rechtstreeks werkend internationaal recht betreft, art. 94 Grondwet de gevolgen daarvan beperkt tot het buiten toepassing laten van het betrokken wettelijke voorschrift. Dat ook een wet in formele zin onrechtmatig in de zin van (thans) art. 6:162 BW kan zijn, heeft de Hoge Raad bij mijn weten nooit uitgesproken. Wel heeft de Hoge Raad als mogelijkheid aanvaard dat een wet in formele zin met art. 1 Eerste Protocol bij het EVRM conflicteert en dat de Staat om die reden tot schadevergoeding is verplicht.⁴¹ De grondslag voor die schadevergoedingsplicht is dan echter niet art. 6:162 BW, maar het Eerste Protocol zelf.⁴²

39 Zie onder meer A.J. Bok, *Rechterlijke toetsing van regelgeving* (1991), p. 130 ("Uitgangspunt zal overigens ook hier moeten zijn, dat óók de vaststelling van een formele wet, die in strijd is met hogere rechtsregels, een daad is in strijd met het recht en dus in die zin onrechtmatig."); G.J. Wiarda en T. Koopmans (bew.), *Drie typen van rechtsvinding* (1999), p. 69 ("Ten aanzien van de wet in formele zin ligt het probleem ingewikkelder. (...) De enige vorm van onrechtmatigheid van (formele) wetgeving die tot schadevergoeding zou kunnen leiden, is derhalve gelegen in de mogelijkheid dat de wet onverbindend is wegens strijd met rechtstreeks toepasselijke bepalingen van internationale verdragen of van EG-recht. Dat deze mogelijkheid niet uitgesloten kan worden blijkt uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EG."); J.A.E. van der Does en G. Snijders, *Overheidsprivaatrecht* (2001), p. 83 ("Het eerste – onverbindend is onrechtmatig – is tot nu toe alleen uitgemerkt met betrekking tot lagere wetgeving (...). Het ligt voor de hand deze lijn door te trekken naar formele wetgeving."); R. Meijer, *Staatsaansprakelijkheid wegens schending van Europees gemeenschapsrecht* (2007), p. 121 ("Het voorgaande betekent dat het nationale recht weliswaar een belemmering opwerpt voor het vaststellen van de onrechtmatigheid van nationale formele wetgeving in een zuiver nationale context, maar dat dit niet onverkort opgaat voor internationaal recht."); R.J.B. Schutgens, *Onrechtmatige wetgeving* (2009), p. 38-39 ("Het lijkt mij een ongerijmde en onbedoelde consequentie van (de letter van) art. 94 Gw, als staatsaansprakelijkheid in het geschetste geval (schade als gevolg van een in een wet in formele zin vervat en met art. 10 EVRM strijdig verbod van de verkoop van pocketboeken; LK) onmogelijk zou zijn."); J.E.M. Polak, *Het EVRM als inhoudelijke impuls voor de nationale overheidsaansprakelijkheid*, in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *Geschakeld recht* (2009), p. 425-440, in het bijzonder p. 427 ("Aansprakelijkheid voor de vaststelling van wetgeving in formele zin als zodanig is dus alleen mogelijk in geval die wetgeving strijdt met ofwel EG-recht (...), ofwel rechtstreeks werkende bepalingen uit internationale verdragen als bedoeld in artikel 94 van de Grondwet."); Asser-Hartkamp & Sieburgh 6-IV (2011), nr. 381 ("In een dergelijk geval (strijd met rechtstreeks werkende bepalingen van verdragen en besluiten van volkenrechtelijke organisaties, c.q. met rechtstreeks werkend EU-recht; LK) is het o.i. zeer wel mogelijk dat het totstandbrengen en handhaven van een wet een onrechtmatige daad oplevert, die de Staat tot schadevergoeding krachtens art. 6:162 BW verplicht (...)."); J. Uzman, *Constitutionele remedies bij schending van grondrechten* (2013), p. 92 ("De meeste auteurs gaan van de tweede lezing uit: ook de formele wetgever kan voor het vaststellen van onrechtmatige wetgeving aansprakelijk worden gesteld.") en p. 217 ("Die tweede vraag – kan de enkele vaststelling van een wet in formele zin onrechtmatig zijn? – lijkt in de rechtspraak bevestigd te worden beantwoord."); zie ook A.-G. Langemeijer in zijn conclusie onder 2.18 voor HR 21 maart 2003 (*Waterpakt*), ECLI:NL:HR:2003:AE8462, NJ 2003/691 m.nt. TK ("In de stapsgewijze ontwikkeling van de rechtspraak ligt m.i. voor de hand, dat de ingezette lijn (de aanvaarding van de mogelijkheid dat het uitvaardigen of handhaven van wetgeving in materiële zin een onrechtmatige daad kan zijn in de zin van art. 6:162 BW; LK) wordt doorgetrokken door te erkennen dat wetgeving in formele zin in beginsel onrechtmatig kan zijn.").

40 Gvea EG 29 januari 1998 (*Edouard Dubois et fils*), ECLI:EU:T:1998:11, *Jurispr.* 1998, p. II-125, punt 41: "(...) Uit de hiërarchie der normen volgt bovendien, dat de artikelen 178 en 215, tweede alinea, van het Verdrag, inzake de niet-contractuele aansprakelijkheid van de Gemeenschap, niet kunnen worden toegepast op handelingen van hetzelfde niveau, zoals de Europese Akte, wanneer zulks niet uitdrukkelijk is voorzien." Het hoger beroep tegen dit arrest werd door het HvJ als kennelijk niet-ontvankelijk of kennelijk ongegrond bij beschikking afgewezen; HvJ EG 8 juli 1999, C-95/98 P, ECLI:EU:C:1999:373, *Jurispr.* 1999, p. I-4835.

41 HR 14 april 2000 (*Kooren-Maritim*), ECLI:NL:HR:2000:AA5527, NJ 2000/713 m.nt. ARB; HR 16 november 2001 (*Wet herstructurering varkenshouderij*), ECLI:NL:HR:2001:AD5493, NJ 2002/469 m.nt. EAA en TK; HR 20 maart 2009 ([...]), ECLI:NL:HR:2009:BG9951, NJ 2009/233 m.nt. M.R. Mok.

42 Anders J.E.M. Polak, *Het EVRM en de vordering op grond van onrechtmatige overheidsdaad*, in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *Geschakeld recht* (2009), p. 425-439 (met name p. 428), die lijkt te betogen dat in deze zaken art. 6:162 BW wél als rechtsgrond voor een mogelijke schadevergoedingsplicht dient ("Hier (in het arrest *Kooren-Maritim*; LK) zien we dus voor het eerst gebeuren, dat wordt uitgesproken dat de formele wetgever onrechtmatig in de zin van artikel 6:162 BW kan handelen door een wet tot stand te brengen die in strijd is met het EVRM."). In de bedoelde rechtsoverweging heeft de Hoge Raad echter niet meer beslist dan dat het hof had miskend dat het in het tweede lid van art. 1 Eerste Protocol bedoelde recht van de Staat om het gebruik van de eigendom te reguleren, onverlet laat dat zulk een niet met een vergoeding gepaard gaande ontneming een schending van het in art. 1 Eerste Protocol aan (rechts)personen gewaarborgde recht op het ongestoord genot van hun eigendom oplevert, wanneer een redelijk evenwicht ontbreekt tussen de aantasting van dat recht en het doel dat met de ontnemingsmaatregel is beoogd. Vgl. voorts HR 20 maart 2009 ([...]), ECLI:NL:HR:2009:BG9951, NJ 2009/233 m.nt. M.R. Mok, waarin onder meer strijd met het Eerste Protocol was gesteld en waarin de Hoge Raad, na te hebben geoordeeld dat de rechter noch rechtstreeks, noch langs een omweg, kan treden in de beoordeling van de verenigbaarheid van de desbetreffende wet in formele zin met de Grondwet of met algemene rechtsbeginselen en dat dit mede geldt voor een op rechtmatige daad gebaseerde vordering, in rov. 3.6.1 overwoog: "Het vorstende neemt niet weg dat art. 1 art. 1 Eerste Protocol EVRM, dat onderdeel uitmaakt van de Nederlandse rechtsorde, onder omstandigheden kan verplichten tot schadevergoeding."

2.26 Op grond van art. 120 Grondwet is het de rechter niet toegestaan wetten in formele zin te toetsen aan de Grondwet. De Hoge Raad heeft geoordeeld dat art. 120 Grondwet tevens toetsing van wetten in formele zin aan het Statuut voor het Koninkrijk der Nederlanden en aan algemene rechtsbeginselen uitsluit.⁴³ Dat beperkt weliswaar de mogelijkheden voor de rechter om onverenigbaarheid van de wet in formele zin met nationaal recht van hogere orde vast te stellen en daaraan op de voet van art. 6:162 BW consequenties te verbinden, maar daarmee is over mogelijke conflicten tussen de wet in formele zin en internationaal recht nog niets gezegd.

2.27 Voor de verhouding tussen de wet in formele zin en rechtstreeks werkend internationaal recht is art. 94 Grondwet van belang. Die bepaling schrijft voor dat binnen het Koninkrijk geldende wettelijke voorschriften geen toepassing vinden, indien deze toepassing niet verenigbaar is met een ieder verbindende⁴⁴ bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties. De reikwijdte van deze bepaling is omstreden. In de literatuur is betoogd dat het door art. 94 Grondwet omschreven gevolg dat een binnen Nederland geldende wet in formele zin geen toepassing vindt in het geval dat die toepassing tot strijd met een ieder verbindende bepaling van internationaal recht zou leiden, *niet* impliceert dat (de vaststelling en handhaving van) die wet als zodanig onrechtmatig zou(den) zijn.⁴⁵ Ook het tegendeel, te weten dat het door art. 94 Grondwet omschreven gevolg een dergelijke onrechtmatigheid impliceert, is wel verdedigd,⁴⁶ waarbij als argument onder meer is aangevoerd dat het van toevallige factoren afhangt of een wet reeds

als zodanig dan wel slechts door haar toepassing schade veroorzaakt.⁴⁷ Art. 94 Grondwet, dat zich ertoe beperkt de met direct werkend internationaal recht onverenigbare toepassing van een wettelijk voorschrift te blokkeren, zwijgt over verdere consequenties die met betrekking tot die toepassing (laat staan met betrekking tot het desbetreffende nationale voorschrift als zodanig) aan de bedoelde onverenigbaarheid moeten worden verbonden. Uit dit stilzwijgen kan naar mijn mening echter niet *a contrario* worden afgeleid dat onrechtmatigheid van de door art. 94 Grondwet bedoelde toepassing zou zijn uitgesloten. Onrechtmatigheid van het betrokken voorschrift *als zodanig* ligt in de systematiek van art. 94 Grondwet echter veel minder voor de hand, zoals reeds Driën in zijn NJ-noot bij het arrest *Pocketbooks II* overtuigend heeft aangegeven.⁴⁸

2.28 De doorwerking van rechtstreeks werkend Unierecht in de rechtsorde van de lidstaten is niet van de constitutionele voorzieningen van de lidstaten afhankelijk. In die zin speelt art. 94 Grondwet bij die doorwerking geen rol.⁴⁹ Veelal wordt aangenomen dat art. 94 Grondwet daarom iedere betekenis voor de doorwerking van het Unierecht in het nationale recht zou missen, maar die opvatting acht ik niet juist. Aangenomen dat in art. 94 Grondwet ligt besloten dat de rechter niet de nationale wet als zodanig ('abstract') toetst, maar slechts de ('concrete') toepassing waarover zijn oordeel wordt gevraagd, begrenst art. 94 Grondwet mede de doorwerking van rechtstreeks werkend Unierecht. Uiteraard kan art. 94 Grondwet niet afdoen aan de door het Unierecht vereiste doorwerking, maar een begrenzing zoals hiervoor bedoeld voldoet naar mijn mening aan de eisen die het Unierecht ter zake stelt. Voor de doorwerking van rechtstreeks werkend Unierecht in de nationale rechtsorde is vooral het arrest *Simmenthal*⁵⁰ van belang; volgens dat arrest komt het erop aan dat de nationale rechter zonodig met direct werkend Unierecht strijdige nationale bepalingen *buiten toepassing laat*:

"dat derhalve op de eerste vraag moet worden geantwoord dat de nationale rechter, belast met

43 Aldus reeds HR 14 april 1989 (*Harmonisatiewet*), ECLI:NL:HR:1989:AD5725, NJ 1989/469 m.nt. MS.

44 Zie voor de invulling van het begrip 'een ieder verbindend' HR 1 april 2011 (*Clara Wichmann/Staat*), ECLI:NL:HR:2011:BP3044, NJ 2011/354 m.nt. M.R. Mok, rov. 3.3.3.

45 Aldus reeds H. Driën in zijn NJ-noot onder 2, in fine, bij HR 24 januari 1969 (*Pocketbooks II*), ECLI:NL:HR:1969:AC4903, NJ 1969/316: "Heft men de 'onschendbaarheid' van de wet op, dan brengt dat in principe de mogelijkheid mee, dat ook de uitspraak van een wet in formele zin een onrechtmatige daad wordt, tenzij de opheffing van de onschendbaarheid zich beperkt tot een verbod voor de rechter om de betreffende wet toe te passen, als zij in strijd komt met een hogere wetgeving (aldus art. 66 Gr. voor wetten in strijd met een verdrag, en art. 78 van de 'Proeve' voor wetten in strijd met de grondrechten)". Vgl. voorts C.A.J.M. Kortmann, Overheidsaansprakelijkheid voor de wet in formele zin, in: C.J.M. Klaassen e.a. (red.), *Aansprakelijkheid in beroep, bedrijf of ambt* (2003), p. 506: "Artikel 94 Gw is een bekend, maar niet zelden onjuist gelezen artikel. Vaak wordt gesteld dat het een ieder verbindende bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties plaatst boven het nationale recht. Het zou aldus een hiërarchie van normen creëren. Strikt genomen, is dit minder juist. Artikel 94 schept geen normenhiërarchie, maar bevat slechts een toepassingsregel: nationaal recht blijft buiten toepassing, als die toepassing (curs. V. mij) niet verenigbaar is met een ieder verbindende bepalingen. Voor de in dit geschrift besproken wet in formele zin betekent dit dat de rechter niet de wet als zodanig moet toetsen, maar slechts haar toepassing."

46 Zie onder meer A.J. Bok, *Rechterlijke toetsing van regelgeving* (1991), p. 131.

47 Zie in het bijzonder R.J.B. Schutgens, *Onrechtmatige wetgeving* (2009), p. 38-39.

48 Zie het hiervoor in voetnoot 45 reeds opgenomen citaat.

49 Dit is althans in Nederland de heersende leer, die haar basis vindt in de bekende arresten *Van Gend en Loos* (HvJ EG 5 februari 1963, 26/62, ECLI:EU:C:1963:1 (ECLI:NL:XX:1963:AX7532), *Jurispr.* IX, p. 3) en *Costa/ENEL* (HvJ EG 15 juli 1964, 6/64, ECLI:EU:C:1964:66, *Jurispr.* X, p. 1203). Zie met betrekking tot een (rechtstreeks werkende) verordening HR 2 november 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR1797, NJ 2005/80 m.nt. EAA, rov. 3.6. Zie verder onder meer C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht* (2005), p. 126; F.H. van der Burg en W.J.M. Voermans, *Unierecht in de Nederlandse rechtsorde* (2012), p. 17-21; Van der Pot – Elzinga, *De Lange en Hoogers, Handboek van het Nederlandse Staatsrecht* (2014), p. 740-743; Kapteyn/Verloren van Themaat, *Het recht van de Europese Unie en van de Europese Gemeenschappen* (2003), p. 442-448; R. Meijer, *Staatsaansprakelijkheid wegens schending van Europees gemeenschapsrecht* (2007), p. 121.

50 HvJ EG 9 maart 1978 (*Simmenthal*), 106/77, ECLI:EU:C:1978:49 (ECLI:NL:XX:1978:AC0766), *Jurispr.* 1978, p. 629, NJ 1978/656.

de toepassing, in het kader zijner bevoegdheid, van de bepalingen van het gemeenschapsrecht, verplicht is zorg te dragen voor de volle werking dezer normen, daarbij zo nodig, op eigen gezag, elke strijdige bepaling van de — zelfs latere — nationale wetgeving buiten toepassing latende, zonder dat hij de voorafgaande opheffing hiervan via de wetgeving of enige andere constitutionele procedure heeft te vragen of af te wachten;⁵¹

In die zin is, óók voor de doorwerking van het Unierecht, wel degelijk van belang dat art. 94 Grondwet zich ertoe beperkt voor te schrijven dat het betrokken nationale voorschrift geen toepassing vindt in een situatie waarin die toepassing met rechtstreeks werkend internationaal recht zou conflicteren. Zou in art. 94 Grondwet een andere keuze zijn gemaakt, bijvoorbeeld die volgens welke ieder mogelijk conflict met rechtstreeks werkend internationaal recht het betrokken nationale voorschrift *als zodanig* onverbindend maakt, dan zou dat immers hebben geleid tot een ruimere doorwerking dan uit het Unierecht voortvloeit.

Overigens pleegt ook het HvJ zelf veeleer concreet dan abstract te toetsen. Zo pleegt het HvJ bij de beantwoording van prejudiciële vragen over de vier verkeersvrijheden van belang te achten of deze een louter interne situatie betreffen en, zo dat laatste het geval is, beantwoording van de gestelde prejudiciële vragen in beginsel achterwege te laten, kennelijk ervan uitgaande dat *niet* van belang is dat toepassing van het betrokken nationale voorschrift met Unierecht onverenigbaar zou kunnen zijn in een andere situatie die, anders dan die welke aan de orde is in het aan de nationale rechter voorliggende geschil, wel 'grensoverschrijdende' aspecten vertoont.⁵²

2.29 Art. 94 Grondwet lijkt mij, gelet op het voorgaande, een (te) wankele basis om een wet in formele zin *als zodanig* (los van haar *toepassing* in strijd met rechtstreeks werkend internationaal recht) onrechtmatig te kunnen achten. Bovendien is er een volgende horde.

2.30 Ook als men aanneemt dat een wet in formele zin *als zodanig* aan de vereisten voor on-

rechtmatigheid voldoet, rijst de vraag of art. 6:162 BW, dat zelf ook niet meer is dan een wet in formele zin, zulks kan sanctioneren. Tussen beide normen ontbreekt immers een (formele) hiërarchie.⁵³ Dat er wel een hiërarchie is tussen het betrokken voorschrift en de daardoor geschonden hogere bepaling van internationaal recht, doet daaraan op zichzelf niet af. Ook dan blijft immers de vraag waarom het ene voorschrift over het andere voorschrift van gelijke rangorde zou kunnen 'regeren'. Daarbij speelt in het bijzonder een rol dat de wetgever met het te toetsen voorschrift kan afwijken van het voorschrift, dat de voorwaarden voor een tot schadevergoeding aanleiding gevende onrechtmatige daad bepaalt.

2.31 Het argument van de hiërarchie van normen wordt ook in de Belgische literatuur beschreven. Zo vatten Thierry Vansweevelt en Britt Weyts het argument aldus samen dat, naast de te toetsen wet in formele zin, ook de art. 1382 en 1383 B.W. formele wetten zijn, zodat de wetgever in een andere wet daarvan kan afwijken:⁵⁴

"Dit argument komt erop neer dat de artt. 1382 en 1383 B.W. formele wetten zijn, zodat de wetgever de vrijheid heeft om in een latere wet daarvan af te wijken. Dat houdt dan uiteindelijk in dat de eerste norm wordt gewijzigd."

Aan het argument van de (impliciete) afwijking kan een zekere zeggingskracht niet worden ontzegd. De wetgever in formele zin, die de inhoud van art. 6:162 BW heeft bepaald (en die de inhoud van art. 6:162 BW ook nader kan bepalen), heeft, zo zou de gedachte kunnen zijn, kennelijk geweld dat art. 6:162 BW niet aan de latere wet in de weg staat en heeft met de latere wet kennelijk voor zoveel nodig aan art. 6:162 BW gederogerd. Er zijn echter ook goede tegenargumenten.

2.32 Het argument van de (impliciete) afwijking van art. 6:162 BW gaat niet zonder meer op, als de wetgever heeft gemeend dat de getroffen regeling met hoger recht *verenigbaar* is, maar de rechter die opvatting vervolgens niet deelt. In dat geval zal immers bezwaarlijk kunnen worden aangenomen dat de wetgever (impliciet) van de norm van art. 6:162 BW heeft willen *afwijken*. Een door de wetgever gewilde afwijking van art. 6:162 BW kan evenmin worden aangenomen in het geval dat een nationale wet eerst door een hoger voorschrift van latere datum haar legitimiteit verliest; het conflict met recht van hogere orde was in dat geval bij de totstandbrenging van het betrokken voorschrift immers überhaupt niet voorzien en kon ook niet worden voorzien.

2.33 Buiten het geval dat moet worden aangenomen dat de betrokken wet naar de werkelijke (impliciete of expliciete) bedoeling van de wetgever aan art. 6:162 BW derogert, kan, alhoewel de betrok-

51 Vgl. voor een meer recente weergave van de *Sinmenthal*-leer HvJ EG 18 juli 2007, C-119/05, ECLI:EU:C:2007:434 (ECLI:NL:XX:2007:BB3764), *Jurisp.* 2007, p. I-6199, NJ 2007/477 m.nt. M.R. Mok, punt 61.

52 Zie bijv. HvJ EG 5 december 2000, C-448/98, ECLI:EU:C:2000:663 (ECLI:NL:XX:2000:AD4224), *Jurisp.* 2000, p. I-10663, NJ 2001/385, punten 21-24 (in deze zaak heeft het Hof de gevraagde uitleg van het Unierecht weliswaar gegeven, maar slechts met het oog op de mogelijkheid dat het nationale recht 'in een procedure als de onderhavige voorschrijft, dat een nationale producent dezelfde rechten toekomen als een producent uit een andere lidstaat in dezelfde situatie krachtens het gemeenschapsrecht bezit'; HvJ EG 1 april 2008, C-212/06, ECLI:EU:C:2008:178 (ECLI:NL:XX:2008:BD1160), *Jurisp.* 2008, p. I-1683, NJ 2008/391; zie ook mijn opmerkingen over het verschil in rechtspositie waartoe de doorwerking van de betrokken verdragsbepalingen kan leiden, al naar gelang een zaak zich af of niet in al haar relevante aspecten binnen één lidstaat afspeelt, in L.A.D. Keus, *Europees privaatrecht* (2010), p. 53.

53 Vgl. over de normenhiërarchie mijn noot bij Gvea EG 29 januari 1998 (*Edouard Dubois et fils*), T-113/96, ECLI:EU:T:1998:11, in *AGV* 1998/4, p. 87-89, in het bijzonder onder 3-5.

54 Thierry Vansweevelt en Britt Weyts, *Handboek Buitencontractueel Aansprakelijkheidsrecht* (2009), p. 247.

ken voorschriften beide van formeelwettelijke aard zijn, overigens niet zonder meer van het ontbreken van iedere hiërarchie worden uitgegaan. Conflicten tussen wettelijke voorschriften van gelijke rangorde plegen immers te worden opgelost aan de hand van de daarvoor geldende conflictenregels, zoals het *lex specialis derogat legi generali*-beginsel. Waar het gaat om de vraag naar de aansprakelijkheid voor met hoger recht conflicterende wetgeving, ligt het voor de hand in een dergelijke situatie niet de te toetsen wet, maar art. 6:162 BW als de *lex specialis ratione materiae* te beschouwen.

2.34 Het ontbreken van een hiërarchie van normen is al helemaal niet aan de orde als het te beoordelen voorschrift wegens strijd met recht van hogere orde onverbindend is. De wel geldende wettelijke bepaling (art. 6:162 BW) zal, naar mij voorkomt, steeds boven de onverbindende bepaling prevaleren.

2.35 Tot slot is in de literatuur erop gewezen dat het aanvaarden van het argument van de impliciete afwijking van art. 6:162 BW, ook in gevallen waarin aanwijzingen voor een daadwerkelijk op afwijking gerichte bedoeling van de wetgever ontbreken, tot het paradoxale resultaat zou leiden dat een onrechtmatige daad van de wetgever art. 6:162 BW per definitie buiten spel zou zetten en dat aan de wetgever aldus een vrijbrief zou worden gegeven om ongewetsonlijke wetgeving uit te vaardigen.⁵⁵

Staat/Van Gelder, Francovich of 'gewone' schuldaansprakelijkheid?

2.36 Nog afgezien van het feit dat in casu, anders dan in de zaak *Staat/Van Gelder*, wetgeving in formele zin in het geding is, is de keuze van het hof voor toepassing van de in het arrest *Staat/Van Gelder* ontwikkelde regel dat (i) een overheidslichaam een onrechtmatige daad pleegt door een met een hogere regeling strijdig en mitsdien onverbindend voorschrift uit te vaardigen en op grond van dit voorschrift te handelen en (ii) de schuld van het overheidslichaam daarmee in beginsel is gegeven, opmerkelijk. In de onderhavige zaak is immers geen sprake van uitvaardiging van een met een hogere regeling strijdig voorschrift (toen het inmiddels ingetrokken art. 7:635 lid 4 (oud) BW werd uitgevaardigd, was van strijd met een hogere regeling geen sprake), heeft de Staat niet op grond van dit voorschrift gehandeld en, *last but not least*, was van *onverbindendheid* van art. 7:635 lid 4 (oud) BW wegens strijd met een hogere regeling nimmer sprake, terwijl zodanige onverbindendheid in het arrest *Staat/Van Gelder* wel wordt verlangd ("3.4 (...) In geval een overheidslichaam een onrechtmatige daad pleegt door een met een hogere regeling strijdig en mitsdien onverbindend voorschrift uit te vaardigen en op grond van dit voorschrift te handelen is daarmee in beginsel de schuld van het overheidslichaam gegeven.").

Naar mijn mening is het niet zonder reden dat de Hoge Raad in het arrest *Staat/Van Gelder* de eis van 'onverbindendheid' van het betrokken voorschrift heeft gesteld. Dat was kennelijk ook de opvatting van Van der Does en Snijders, die de in het arrest *Staat/Van Gelder* ontwikkelde regel zelfs tot de formule 'onverbindend is onrechtmatig' hebben samengevat ('Het eerste — onverbindend is onrechtmatig — is tot nu toe alleen uitgemaakt met betrekking tot lagere wetgeving.').⁵⁶ De opvatting dat de term 'onverbindend' in het geval van regelconflicten meer in het algemeen een pregnante betekenis heeft, wordt in de literatuur overigens breder gedeeld. Zo schreef Van Buuren:⁵⁷

"Voor het overige kan men denk ik stellen dat onverbindend verklaren een diskwalificatie van een wettelijk voorschrift inhoudt, terwijl een buiten toepassing laten een veel neutralere gevolgtrekking is. Een onverbindend wettelijk voorschrift is met andere woorden in beginsel ook steeds een onrechtmatig wettelijk voorschrift. Hoezeer ook de rechter slechts onverbindend acht in de zaak waarin hij uitspraak doet, praktisch gesproken mogen derden uitgaan van de verwachting dat in volgende zaken het wettelijk voorschrift opnieuw op dezelfde wijze onverbindend zal worden bevonden. Aan buiten toepassing laten zonder onverbindend verklaren kleef het stigma van de onrechtmatigheid van het wettelijk voorschrift niet of belangrijk minder. Derden mogen ook veel minder verwachten dat in volgende zaken het voorschrift ook wel buiten toepassing zal worden gelaten. Dat komt omdat de botsing van het lagere voorschrift met de hogere regel van een incidenteel karakter is. Men heeft dan behoefte aan een incidentele voorangsregel (buiten toepassing laten), maar niet aan een categorale (onverbindend achten), die mogelijk tot onjuiste gevolgtrekkingen aanleiding zal geven."

Onverbindendheid van een regeling gaat in beginsel gepaard aan onrechtmatigheid van die regeling, waarmee overigens niet is gezegd dat buiten het geval van onverbindendheid van onrechtmatigheid geen sprake zou kunnen zijn. Daarop is onder meer gewezen door De Savornin Lohman, die schreef:⁵⁸

"Om het uitvaardigen van een regeling op deze grond (strijd met de zorgvuldigheidsnorm van art. 1401 BW; LK) onrechtmatig te doen zijn, is het niet nodig dat de regeling onverbindend (en daarom onrechtmatig) is. Zoals hieronder nog nader zal worden uitgewerkt, zijn de consequenties van deze enkele onrechtmatigheid aanzienlijk subtieler en beperkter dan die van onverbindendheid. Aldus leent deze grond

55 Aldus, voor Belgisch recht, Thierry Vansweevelt en Britt Weuts, *Handboek Buitencontractueel Aansprakelijkheidsrecht* (2009), p. 247.

56 J.A.E. van der Does en G. Snijders, *Overheidsprivaatrecht* (2001), p. 83.

57 P.J.J. van Buuren, *Onrechtmatige wetgeving* (preadvies voor de NJV, 1987), p. 65.

58 O. de Savornin Lohman, *Onrechtmatige doch niet onverbindende wetgeving, Regelmaat* 1988, p. 2-9, in het bijzonder p. 2, r.k.

zich voor de aanpak van gevallen, waarin aan de wijze van totstandkoming of de inhoud van de regeling weliswaar gebreken kleven, maar deze niet ernstig genoeg zijn of slechts op een te beperkte groep van de norm-geadresseerden betrekking hebben om de regeling onverbindend te maken. In de eerste plaats valt hierbij te denken aan strijd met de algemene beginselen van behoorlijke wetgeving, zoals deze naar mijn verwachting in de rechtspraak nader ontwikkeld zullen worden.”

Kennelijk (en naar ik meen terecht) was (ook) de Hoge Raad in het arrest *Staat/Van Gelder* van oordeel dat, in geval van fricties tussen een lager voorschrift en een hogere rechtsregel, het lagere voorschrift alleen dan zonder meer het predicaat ‘onrechtmatig’ verdient, indien dat voorschrift daadwerkelijk als ‘onverbindend’ door de hogere rechtsregel wordt opzijgezet.

Al eerder (hiervóór onder 2.20) wees ik erop dat het leerstuk van de onrechtmatige wetgeving als het ware een drieluik vormt met de leerstukken van de besluitaansprakelijkheid en de formele rechtskracht. Ook de in het arrest *Staat/Van Gelder* geformuleerde eis van ‘onverbindendheid’ wijst op een samenhang met de beide andere leerstukken. Zoals de bijna-risicoaansprakelijkheid van het arrest *Hoffmann-La Roche* besluiten betreft die als gevolg van rechterlijke vernietiging, intrekking of herroeping *niet meer gelden*, betreft de bijna-risicoaansprakelijkheid van *Staat/Van Gelder* lagere regelgeving die als gevolg van haar door de rechter geconstateerde onverenigbaarheid met hogere regelgeving *niet (meer) geldt*. Op die samenhang tussen *Staat/Van Gelder* en *Hoffmann-La Roche* is ook gewezen door Polak:⁵⁹

“Met het *Van Gelder*-arrest en het arrest *Hoffmann-La Roche* (...) heeft de Hoge Raad één voor de overheid strenge lijn getrokken: is een overheidsbesluit door een administratieve rechter in strijd met de wet geoordeeld, dan heeft de overheid daarmee onrechtmatig gehandeld en is tevens de schuld in beginsel gegeven. De wijze waarop de Hoge Raad wetgeving in materiële zin (als de door de belastingrechter onverbindend geoordeelde Heffingsverordening in het geval van *Van Gelder*) en beschikkingen (als de door het College van Beroep voor het Bedrijfsleven wegens strijd met de wet vernietigde beschikkingen) benadert, is in deze identiek.”

En zoals het arrest *Heesch/Van de Akker* besluiten, ondanks daaraan klevende gebreken, voor rechtmatig houdt zolang zij niet zijn vernietigd, ingetrokken of herroepen (de leer van de formele rechtskracht), onthoudt het arrest *Staat/Van Gelder* lagere regelgeving, ondanks fricties met een hogere regeling, het automatische predicaat ‘onrechtmatig’, zolang de hogere regeling de lagere regelgeving haar verbindende kracht niet ontnemt en in die zin niet daad-

werkelijk boven de lagere regelgeving prevaleert. Men zou het zelfs zo kunnen formuleren dat in die laatste situatie van *strijd* met een *hogere* regeling in de zin van het arrest *Staat/Van Gelder* geen sprake is. Er is geen *strijd*, omdat zich niet het geval voordoet waarin twee, onderling onverenigbare regelingen pretenderen beide rechtstreeks op hetzelfde feitencomplex van toepassing te zijn en waarin noodzakelijkerwijs één van beide regelingen zal moeten wijken; voorts is ten opzichte van de bestreden regeling de ‘andere’ regeling geen *hogere* regeling, omdat de bestreden regeling niet voor de andere regeling behoeft te wijken.

2.37 Aan het onderhavige geschil ligt *niet* ten grondslag dat art. 7:635 lid 4 (oud) BW met een direct werkende bepaling van Unierecht in strijd en deswege onverbindend was, maar dat de beperkte opbouw van vakantie gedurende ziekte zoals voorzien in die bepaling (en zoals overigens al sinds jaar en dag in het Burgerlijk Wetboek was vervat)⁶⁰ onverenigbaar was met de regeling die de lidstaat Nederland volgens de uitleg die het HvJ in het arrest *Schultz-Hoff* aan Richtlijn 2003/88/EG heeft gegeven, op grond van die richtlijn⁶¹ verplicht was te treffen. Anders dan een verordening heeft een richtlijn niet een algemene strekking, is zij niet verbindend in al haar onderdelen en is zij evenmin rechtstreeks

60 Art. 1638dd (oud) BW, ingevoegd bij Wet van 14 juli 1966 tot wettelijke regeling van vakantie met behoud van loon (*Stb.* 1966, 290) voorzag in behoud van de aanspraak van de werknemer op vakantie over de tijd gedurende welke hij de bedongen arbeid wegens ziekte niet had kunnen verrichten, maar bepaalde dat die aanspraak werd verkregen over een tijdvak van ten hoogste één jaar. Bij Wet van 9 juni 1988 tot wijziging van enkele bepalingen over de vakantie (*Stb.* 1988, 281) werd dat tijdvak beperkt tot de laatste zes maanden waarin de arbeid niet werd verricht. Bij de vaststelling van titel 7.10 van Boek 7A BW bij Wet van 6 juni 1996, houdende de vaststelling van titel 7.10 (arbeidsovereenkomst) van het nieuw Burgerlijk Wetboek (Vaststellingswet titel 7.10 Burgerlijk Wetboek (Arbeidsovereenkomst)) (*Stb.* 1996, 406; zie voor de inwerkingtreding per 1 april 1997 *Stb.* 1997, 37) is in het (toen nieuwe) art. 7A:635 lid 3 BW de beperking van de opbouw van vakantie tot de laatste zes maanden waarin de arbeid niet werd verricht, gehandhaafd.

61 Overigens vormt de Richtlijn wat in de considerans onder 1 een ‘codificatie’ wordt genoemd van Richtlijn 93/104/EG. Art. 7 van de Richtlijn is, afgezien van de schrijfwijze van het woord ‘lidstaten’ in lid 1 (was in Richtlijn 93/104/EG ‘Lid-Staten’), woordelijk gelijk aan art. 7 van Richtlijn 93/104/EG, welke richtlijn uiterlijk op 23 november 1996 diende te zijn geïmplementeerd. Ook toen gold reeds een tot zes maanden beperkte opbouw van vakantie gedurende ziekte van de werknemer (zie de vorige voetnoot).

59 J.E.M. Polak, Onrechtmatige wetgeving (preadvies voor de NJV, 1987), p. 155.

toepasselijk⁶² in elke lidstaat; het hof heeft dat miskend, waar het in rov. 4.3 heeft gesproken van 'een ieder verbindende bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties (zoals de Richtlijn)' (cursivering toegevoegd; LK). Een richtlijn is slechts verbindend ten aanzien van het te bereiken resultaat voor elke lidstaat waarvoor zij is bestemd, waarbij aan de nationale instanties de bevoegdheid wordt gelaten vorm en middelen te kiezen (art. 288 VWEU). Onverenigbaarheid van een wettelijk voorschrift met een door een richtlijn beoogde regeling leidt naar Unierecht en Nederlands recht niet tot onverbindendheid van die regeling. Ook art. 7:635 lid 4 (oud) BW was (tot zijn intrekking) niet onverbindend. Het hof heeft dat kennelijk miskend door de regel van het arrest *Staat/Van Gelder* niettemin toe te passen en door in rov. 5.5 in de context van de onderhavige zaak ook uitdrukkelijk van 'schadevergoeding wegens onverbindende wetgeving' te spreken.

2.38 Aan het voorgaande doet mijns inziens niet af dat justitiabelen zich na ommekomst van de implementatietermijn jegens hun overheid (bijvoorbeeld jegens het overheidsbedrijf waarbij zij in dienst zijn)⁶³ ook rechtstreeks op zich daarvoor lenende maar niet, niet tijdig of niet naar behoren uitgevoerde richtlijnbevestigingen kunnen beroepen, om aldus de door die bepalingen beoogde rechtspositie rechtstreeks van hun overheid af te dwingen. Dat is in de onderhavige zaak echter niet aan de orde. De rechtspositie waarop de door de Richtlijn voorgeschreven regeling betrekking heeft, is (althans) in casu die tussen H. en zijn voormalige particuliere werkgever.

2.39 Het verwijt dat de Staat in de onderhavige zaak kan worden gemaakt, is *niet* dat hij een met hogere regelgeving strijdige en deswege onverbindende wet heeft uitgevaardigd, maar dat hij niet heeft voldaan aan zijn verplichting de Richtlijn tijdig en naar behoren te implementeren. In dat verband rijst de vraag of de discussie in de onderhavige zaak zich niet te zeer heeft toegespitst op de vraag of de

ingevolge de Richtlijn te wijzigen wet in formele zin (art. 7:635 lid 4 (oud) BW) al dan niet als zodanig onrechtmatig kan zijn. Waar het veeleer om gaat is of de Staat al dan niet onrechtmatig heeft gehandeld door zijn implementatieplicht niet tijdig en naar behoren na te komen.

2.40 De vraag rijst of de uit het VWEU voortvloeiende verplichting van de lidstaat tot omzetting van richtlijnen in nationaal recht een 'wettelijke plicht' is in de zin van art. 6:162 lid 2 BW. In de Toelichting Meijers wordt over de 'wettelijke plicht' opgemerkt:⁶⁴

"De aard van het wetsvoorschrift waarin de plicht wordt gecreëerd of omschreven, is in beginsel irrelevant. Zowel plichten neergelegd in het Burgerlijk Wetboek, als die neergelegd in andere wetboeken of in bijzondere wetten, vallen onder de besproken categorie, onverschillig of het bepalingen betreft die tot het privaatrecht dan wel tot het publiekrecht worden gerekend. Aldus ook het bestaande recht in Nederland en elders (...). Eveneens irrelevant is of de verplichting is neergelegd in een wet in formele zin: iedere plicht, omschreven in een algemeen voorschrift dat bindt uit hoofde van zijn vaststelling of bekrachtiging door de algemene Nederlandse wetgever of een ander daartoe bevoegd Nederlands overheidsorgaan is een wettelijke plicht in de zin van de onderhavige bepaling."

2.41 Volgens *Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* (2011), nr. 44, valt onder wettelijke plicht echter ook een regel van EU-recht die directe horizontale werking heeft, dus de burgers rechtstreeks bindt:

"Men kan hier zowel denken aan bepaalde artikelen van het WEU-Verdrag, zoals art. 101 VWEU en 102 VWEU, de discriminatieverboden en een deel van de vrijverkeerbepalingen, als aan regels van verordeningen; niet aan richtlijnen, omdat die volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie geen directe horizontale werking hebben."

Ook Lindenberg noemt als mogelijke bron van een 'wettelijke plicht' in de zin van art. 6:162 BW '*bepalingen van EG-recht (...), alsmede horizontaal werkende bepalingen uit mensenrechtenverdragen*'.⁶⁵ Het is opmerkelijk dat zowel Hartkamp & Sieburgh als Lindenberg de eis van directe horizontale werking stellen. Ik neem aan dat zij daarbij louter het oog hebben op geschillen tussen particulieren onderling en daarmee niet bedoelen uit te sluiten dat uit een verdragsbepaling die slechts verticaal direct werkt, voor de Staat een wettelijke plicht als bedoeld in art. 6:162 BW voortvloeit. Dat dit laatste het geval is, lijkt althans het standpunt van Scheltema, die bij de bespreking van de onrechtmatige overheidsdaad het geval van een handelen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht bespreekt onder de kop '*Schen-*

62 De eis van rechtstreekse toepasselijkheid van het hogere voorschrift wordt onder meer gesteld door G.J. Wiarda en T. Koopmans (bew.), *Drie typen van rechtsvinding* (1999), p. 69: "Ten aanzien van de wet in formele zin ligt het probleem ingewikkelder. (...) De enige vorm van onrechtmatigheid van (formele) wetgeving die tot schadevergoeding zou kunnen leiden, is derhalve gelegen in de mogelijkheid dat de wet onverbindend is wegens strijd met rechtstreekse toepasselijke bepalingen van internationale verdragen of van EG-recht." (cursivering toegevoegd; LK). Ook in mijn artikel *De post-Francovich-arresten en het Nederlandse overheidsaansprakelijkheidsrecht*, *A&V* 1997/1, p. 1-8, in het bijzonder p. 5, l.k., ben ik ervan uitgegaan dat een wet in formele zin slechts bij strijd met direct werkende bepalingen van gemeenschapsrecht onrechtmatig zou kunnen zijn.

63 Zie over de inroepbaarheid van niet tijdig en naar behoren omgezette richtlijnbevestigingen jegens de overheidswerkgever HvJ EG 26 februari 1986 (*Marshall I*), 152/84, ECLI:EU:C:1986:84, *Jurispr.* 1986, p. 723; HvJ EG 12 juli 1990 (*Foster/British Gas*), C-188/89, ECLI:EU:C:1990:313 (ECLI:NL:XX:1990:AC2596), *Jurispr.* 1990, p. I-3313, NJ 1992/762; HvJ EG 2 augustus 1993 (*Marshall II*), C-271/91, ECLI:EU:C:1993:335, *Jurispr.* 1993, p. I-4367, *JAR* 1993/208.

64 Parl. Gesch. 6, p. 615.

65 T&C BW (2013), art. 6:162, aant. 2 onder c (S.D. Lindenberg).

ding van geschreven normen⁶⁶ en opmerkt dat '(o)nder de geschreven normen (...) uiteraard ook (rechtstreeks werkende) verdragen (vallen) zoals het EVRM of andere verdragen'.⁶⁷

2.42 Dat de Unierechtelijke implementatieplicht voor de Staat een wettelijke plicht behelst zoals bedoeld in art. 6:162 lid 2 BW, was kennelijk ook het standpunt van de Hoge Raad in het arrest *Waterpakt*.⁶⁸ In dat arrest hield de Hoge Raad immers voor mogelijk dat het niet tot stand brengen van de volgens de eisende partij door de betrokken richtlijn verlangde implementatiewetgeving onrechtmatig zou blijken. Over de uiteindelijke kwalificatie van dat nalaten liet de Hoge Raad zich niet nader uit (ten tijde van het arrest van de Hoge Raad moest het HvJ zich in een toen aanhangige infractieprocedure nog uitspreken over de vraag of de lidstaat Nederland zijn implementatieplicht al dan niet was nagekomen), maar voor het geval dat het niet tot stand brengen van de bedoelde wetgeving onrechtmatig zou zijn, oordeelde de Hoge Raad dat de rechter de Staat niet kan bevelen wetgeving in formele zin tot stand te brengen om de (alsdan) onrechtmatige toestand te beëindigen.

2.43 Aangenomen dat het niet tijdig en het niet naar behoren voldoen aan de Unierechtelijke implementatieplicht strijd met een wettelijke plicht in de zin van art. 6:162 BW impliceert, vormt dat nalaten een onrechtmatige daad in de zin van art. 6:162 BW, zonder dat de hiervoor besproken argumenten tegen de onrechtmatigheid van wetgeving in formele zin daaraan mijns inziens in de weg staan. Als implementatie van de betrokken richtlijn uitsluitend mogelijk is door wijziging van bestaande, dan wel door totstandbrenging van nieuwe wetgeving in formele zin, geldt echter wél dat de mogelijkheid van redres in die zin is beperkt, dat de rechter de Staat niet een bevel kan geven wetgeving in formele zin tot stand te brengen teneinde de onrechtmatige toestand op te heffen. Naar mijn mening zou voor het overige echter sprake zijn van een 'normale' onrechtmatige daad, waarvoor het 'normale' schuldvereiste geldt, en niet de bijna-risicoaansprakelijkheid zoals die geldt voor het uitvaardigen en uitvoeren van regelgeving die — in de zin van het arrest *Staat/Van Gelder* — met hogere regelgeving in strijd en *deswege onverbindend* is en voor besluiten die door de bestuursrechter zijn vernietigd dan wel door het bestuursorgaan zijn ingetrokken of herroepen op gronden die de onrechtmatigheid van het besluit impliceren. Op een dergelijke bijna-risicoaansprakelijkheid voor implementatiegebreken wijzen ook niet de voorzichtige bewoordingen waarin de Hoge Raad in het arrest *Waterpakt* de mogelijkheid om ingeval van een implementatiegebrek schadevergoeding te ver-

krijgen ('terwijl voorts de Staat onder omstandigheden tot schadevergoeding kan zijn gehouden') heeft omschreven:

"3.5 (...) Ten slotte verdient nog opmerking dat ook zonder dat voor de rechter de mogelijkheid bestaat een bevel te geven tot vaststelling van wetgeving in formele zin, degenen te wier bescherming een richtlijn strekt niet iedere rechtsbescherming missen, ingeval de Staat na laat binnen de gestelde termijn wetgeving tot stand te brengen om het met de richtlijn te bereiken resultaat te verwezenlijken.

In dat geval is de rechter immers gehouden tot richtlijnconforme interpretatie van bestaande wetgeving, *terwijl voorts de Staat onder omstandigheden tot schadevergoeding kan zijn gehouden* (cursivering toegevoegd; LK). Indien de richtlijn directe werking heeft — waartoe onder meer is vereist dat de richtlijn een onvoorwaardelijke en voldoende nauwkeurig omschreven verplichting aan de lidstaten oplegt en als zodanig aan de burgers rechten jegens de Staat toekent — kunnen de burgers bovendien daarop een beroep doen en daarin rechtsbescherming vinden."

Dat '*de Staat onder omstandigheden tot schadevergoeding kan zijn gehouden gehouden*', is iets anders dan dat de Staat in beginsel tot schadevergoeding is gehouden, welke termen men zou hebben verwacht als de Hoge Raad de (bijna-)risicoaansprakelijkheid volgens de regel van het arrest *Staat/Van Gelder* op het oog zou hebben gehad. Overigens is het geenszins zeker dat de Hoge Raad in de bedoelde passage überhaupt op aansprakelijkheid op grond van art. 6:162 BW heeft gedoeld en of hem daarbij niet veeleer de Francovich-aansprakelijkheid voor ogen heeft gestaan. Op dat laatste kan wijzen dat de Hoge Raad de bedoelde bescherming heeft toegedacht aan '*degenen te wier bescherming een richtlijn strekt*', hetgeen weliswaar overeenstemt met de uit het *Francovich*-arrest bekende voorwaarde dat de geschonden rechtsregel ertoe strekt rechten toe te kennen aan particulieren, maar niet zonder meer voor de hand ligt in een op art. 6:162 BW en art. 6:163 BW georiënteerde benadering. De geschonden norm is dan immers niet de door de betrokken richtlijn beoogde regeling, maar de plicht van de lidstaat om de betrokken richtlijn tijdig en naar behoren te implementeren. De implementatieplicht als zodanig lijkt mij in de zin van art. 6:163 BW eerder te strekken tot bescherming van de institutionele structuur van de Europese Unie dan tot bescherming van particulieren die bij implementatie van de richtlijn zijn gebaat.

2.44 Tot toepassing van de regel van het arrest *Staat/Van Gelder* zou intussen wel het hiervoor (onder 2.7-2.8) al genoemde gelijkwaardigheidsbeginsel kunnen dwingen.⁶⁹ Het HvJ heeft immers (ook

66 Groene Serie Onrechtmatige Daad V.1.4.1.2 (M.W. Scheltema; 23-12-2014).

67 Groene Serie Onrechtmatige Daad V.1.4.1.4 (M.W. Scheltema; 23-12-2014).

68 HR 21 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE8462, NJ 2003/691 m.nt. TK.

69 Het gelijkwaardigheidsbeginsel wordt ook ter sprake gebracht in de noten bij het bestreden arrest van R.J.B. Schutgens (JB 2013/233, onder 5), R.J.G.M. Widdershoven (AB 2014/103, onder 3-5) en R. Meijer (O&A 2014/54, onder 7).

in het kader van de Francovich-jurisprudentie geoordeeld dat de lidstaten de beginselen van doeltreffendheid en gelijkwaardigheid in acht moeten nemen. Het gelijkwaardigheidsbeginsel houdt – kort gezegd – in dat vorderingen ter bescherming van de rechten die de burger aan het Unierecht kan ontnemen, door het nationale recht niet ongunstiger mogen worden behandeld dan soortgelijke vorderingen die louter op nationaal recht zijn gebaseerd. 2.45 Toepassing van het gelijkwaardigheidsbeginsel verlangt een vergelijking met een 'soortgelijke' of 'vergelijkbare' nationale 'vordering'. Daarvan is sprake als de vordering op grond van het Unierecht en de vordering op grond van het nationale recht vergelijkbaar zijn voor wat betreft 'hun voorwerp, de oorzaak en voornaamste kenmerken'. Bij de beoordeling moeten de verschillende aspecten van de 'procedurevoorschriften' niet los van elkaar worden onderzocht, maar in hun algemene context worden geplaatst. Bovendien mag volgens het HvJ een 'dergelijk onderzoek niet subjectief op basis van de feitelijke omstandigheden worden verricht, doch moet het een objectieve en abstracte vergelijking van de betrokken procedurevoorschriften behelzen'.⁷⁰ Volgens het HvJ komen alleen louter nationale 'vorderingen' in aanmerking om als vergelijkingsmaatstaf te dienen.⁷¹

2.46 Plaatst men de onderhavige zaak in de sleutel van de niet tijdig en naar behoren nageleefde implementatieplicht, dan laat zich geen louter nationaalrechtelijk equivalent denken waarin (zo daarin al overheidsaansprakelijkheid kan worden aangenomen) van een verder reikende overheidsaansprakelijkheid dan de 'normale' schuldaansprakelijkheid sprake zou zijn. Zo zou men de Unierechtelijke implementatieplicht kunnen vergelijken met de in de Grondwet vervatte opdracht om bepaalde wetgeving in formele zin tot stand te brengen en met de (volkenrechtelijke) plicht om niet rechtstreeks werkende verdragen in nationale wetgeving om te zetten. In het eerste geval stuit aansprakelijkheid reeds af op art. 120 Grondwet, in het tweede geval op het ontbreken van rechtstreekse werking. Al om die reden meen ik dat het gelijkwaardigheidsbeginsel niet tot een toepassing van de in het arrest *Staat/Van Gelder* ontwikkelde regel dwingt.

2.47 Ook in het geval dat de zaak zou moeten worden beschouwd vanuit het perspectief van onrechtmatige regelgeving, acht ik geenszins evident dat het gelijkwaardigheidsbeginsel tot toepassing van de in het arrest *Staat/Van Gelder* ontwikkelde regel zou dwingen.

Meijer heeft in zijn noot onder 7 bij het bestreden arrest in *OE&A* 2014/54 gesuggereerd dat een vergelijkbare Nederlandse vordering kan worden

gevonden in de aansprakelijkheidsvordering gebaseerd op onrechtmatige lagere regelgeving wegens strijd met hogere regelgeving. Daarbij vooronderstelt Meijer echter, naar mijn mening ten onrechte, dat het '(i)n beide gevallen gaat om onverbindende regelgeving'.

Schutgens heeft in zijn noot onder 5 bij het bestreden arrest in *JB* 2013/233 verdedigd dat uit het Unierecht een plicht tot toepassing van de regel van het arrest *Staat/Van Gelder* voortvloeit, omdat '(n)aar geldend recht (...) een schending van 'gewoon' internationaal recht (kan) leiden tot het onverbindend verklaren van de formele wet', waartoe hij verwijst naar HR 22 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL1943, AB 2011/322 m.nt. D.G.J. Sanderink. Daarin overwoog de belastingkamer van de Hoge Raad:

"3.4.9. Hetgeen in 3.4.2 tot en met 3.4.8 is overwogen, brengt mee dat de wetgever met artikel 26a artikel 26a Wet WOZ een inbreuk heeft gemaakt op artikel 1 artikel 1 van het Protocol.

3.4.10. Artikel 26a Wet WOZ dient als gevolg daarvan buiten toepassing te blijven. Er bestaat onvoldoende grond om de onverbindendheid van deze bepaling te beperken tot gevallen waarin het daarbij in totaal betrokken bedrag aan belasting van een meer dan geringe omvang is. Hierbij moet in aanmerking worden genomen dat de vaststelling van een exacte limiet waarbinnen een regeling als de onderhavige nog aanvaard zou kunnen worden min of meer arbitrair is, en dat noch in de bepalingen en het stelsel van de Wet WOZ, noch in de wetsgeschiedenis daarvan aanknopingspunten zijn te vinden voor een eenduidige keuze van een dergelijke limiet of enige andere begrenzing van de regeling van artikel 26a die wel in overeenstemming zou zijn met het Protocol. Daarbij komt dat op het tijdstip waarop de toepassing van artikel 26a Wet WOZ in een concreet geval aan de orde komt, niet altijd kan worden vastgesteld welke gevolgen de waardevaststelling in totaal zal hebben voor de belastingheffing. Dat geldt temeer indien de waarde, zoals in het onderhavige geval, voor een aantal jaren is vastgesteld.

3.4.11. De slotsom is dat het bestuursorgaan en de rechter artikel 26a Wet WOZ in alle gevallen buiten toepassing dienen te laten. Het is aan de wetgever te bepalen of hij in plaats van artikel 26a Wet WOZ een andere regeling wenst te treffen, en zo ja welke regeling dan de voorkeur geniet om – met inachtneming van de eisen van het Protocol Protocol – het door artikel 26a Wet WOZ nagestreefde doel te bereiken."

De Hoge Raad spreekt in deze overwegingen uit dat art. 236 a Wet WOZ in alle gevallen *buiten toepassing* dient te blijven. Dat is mijns inziens niet hetzelfde als dat het bedoelde voorschrift met hogere regelgeving in strijd en deswege onverbindend is in de zin van het arrest *Staat/Van Gelder*. Voorts is het, anders dan Schutgens kennelijk meent, geen uitgemaakte zaak dat het arrest *Staat/Van Gelder* ook het toetsingskader vormt ingeval een wet in formele zin in

70 HvJ EG 16 mei 2000 (*Preston*), C-78/98, ECLI:EU:C:2000:247 (ECLI:NL:XX:2000:AD3161), *Jurispr.* 2000, p. I-3201, NJ 2000/668, punten 56-62.

71 HvJ EG 1 december 1998 (*Levez*), C-326/96, ECLI:EU:C:1998:577 (ECLI:NL:XX:1998:AB7848), *Jurispr.* 1998, p. I-7835, NJ 1999/524, punten 45-48.

alle denkbare situaties op grond van art. 94 Grondwet buiten toepassing moet worden gelaten. En ten slotte geldt hoe dan ook dat in de onderhavige zaak het gewraakte voorschrift *niet* in alle denkbare situaties buiten toepassing diende te blijven; althans in horizontale rechtsbetrekkingen zoals die tussen werknemer en (voormalige) werkgever kon de Richtlijn niet worden ingeroepen om toepassing van art. 7:635 lid 4 (oud) BW te voorkomen.

Ook Widdershoven stelt in zijn noot onder 4 (slot) en 5 bij het bestreden arrest in AB 2014/103 het gelijkwaardigheidsbeginsel aan de orde. Hij doet dat niet slechts voor het geval dat de Hoge Raad de regels van *Pocketbook II* en *Staat/Van Gelder* zou doortrekken voor het uitvaardigen en toepassen van wetgeving in formele zin (in welk geval het gelijkwaardigheidsbeginsel zich ertegen zou verzetten dat het minder gunstige aansprakelijkheidsregime van de Francovich-rechtspraak wordt toegepast op vergelijkbare vorderingen die hun grond in het Unierecht vinden; noot onder 4, slot), maar ook voor het geval dat de Hoge Raad, hetgeen hem zou vrijstaan, ervoor zou kiezen voor wetgeving in formele zin een strenger aansprakelijkheidsregime dan voor wetgeving in materiele zin te hanteren. Het gelijkwaardigheidsbeginsel verlangt dan dat een dergelijk regime óók zou gelden voor strijd van de wet in formele zin met rechtstreeks werkende bepalingen van internationaal recht, bijvoorbeeld het EVRM, hetgeen volgens Widdershoven 'weleens op gespannen voet (zou) kunnen staan met het vereiste van een 'effective remedy' van art. 13 EVRM bij schendingen van EVRM-rechten' (conclusie onder 5). Ik acht dat laatste weinig aannemelijk. Als de Francovich-rechtspraak geen *effective remedy* zou opleveren, zou het overheidsaansprakelijkheidsrecht zoals het HvJ dat hanteert voor onrechtmatige daden van de (instellingen van de) Unie, evenmin in overeenstemming zijn met de eisen van het EVRM, althans niet voor zover door het EVRM beschermde grondrechten in het geding zijn. Al voordat de in het EVRM beschermde grondrechten in art. 6 lid 3 EU-Verdrag en in het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie waren gecodificeerd, placht het HvJ placht het HvJ met een beroep op onder meer het EVRM (waaraan volgens het HvJ in dit verband een bijzondere betekenis toekomt) die rechten als 'algemene rechtsbeginselen welke eerbiediging het Hof verzekert' te beschermen.⁷² Dat het aansprakelijkheidsregime zoals ontwikkeld in de Francovich-rechtspraak (althans naar het oordeel van het HvJ) aan de eisen van het EVRM beantwoordt, moet dan ook worden voorondersteld.

2.48 Het spreekt ten slotte vanzelf dat de Hoge Raad desgewenst prejudiciële vragen aan het HvJ

over de toepassing van het gelijkwaardigheidsbeginsel zou kunnen stellen.⁷³

Bijstelling gewenst?

2.49 Zoals in het voorgaande ligt besloten, meen ik dat in de onderhavige zaak het aansprakelijkheidsregime van het arrest *Staat/Van Gelder* niet toepasbaar is, overigens *zonder* dat de mogelijkheden van het nationale overheidsaansprakelijkheidsrecht daarmee zouden zijn uitgeput en nog slechts het aansprakelijkheidsregime zoals ontwikkeld in de Francovich-rechtspraak soelaas zou kunnen bieden. Naar mijn mening geldt voor implementatiegebreken het 'normale' schuld-aansprakelijkheidsregime van art. 6:162 BW, dat tussen de bijna-risicoaansprakelijkheid van *Staat/Van Gelder* en het regime van gekwalificeerde schuld (de voldoende gekwalificeerde schending) van de Francovich-rechtspraak in ligt. Al eerder wees ik erop, dat het arrest *Waterpakt* daarvoor volgens mij een argument biedt.

Overigens moet worden bedacht dat toepassing van de drie bedoelde regimes, die met name op het punt van de toerekening verschillen, niet noodzakelijkerwijs tot uiteenlopende uitkomsten behoeven te leiden.⁷⁴ Wat de onderhavige zaak betreft, deel ik echter niet de opvatting van H., volgens welke hier ook een voldoende gekwalificeerde schending in de zin van de Francovich-rechtspraak kan worden aangenomen, omdat het arrest *BECTU*⁷⁵ al voldoende zou zijn blootgelegd dat art. 7 van de Richtlijn in Nederland niet naar behoren was geïmplementeerd.⁷⁶ Het arrest *BECTU* betrof de (Britse) eis dat het recht op verlof pas ontstaat wanneer een werknemer sinds dertien weken ononderbroken is tewerkgesteld. Dat het HvJ heeft geoordeeld dat een werknemer die nog niet aan die eis voldoet, niet kan worden uitgesloten en dat het in dat verband heeft benadrukt dat de Richtlijn het recht op vakantie aan *alle* werknemers toekent, maakt nog niet evident dat het recht op opbouw van vakantiedagen ook en onverkort dient te gelden over de periode gedurende welke de werknemer de bedongen arbeid wegens ziekte niet (kan) verricht(en). Zoals de Staat (in de memorie van grieven onder 3.18.8 en 3.18.10) heeft betoogd, wijst ook de conclusie van advocaat-generaal V. Trstenjak voor het arrest *Schultz-Hoff* allerminst erop dat het in haar visie na het arrest

⁷² Zie onder meer HvJ EG 12 juni 2003 (*Schmidberger*), C-112/00, ECLI:EU:C:2003:333 (ECLI:NL:XX:2003:AO2914), *Jurispr.* 2003, p. I-5659, NJ 2004/56, punten 71–72.

⁷³ HvJ EG 29 oktober 2009 (*Pontin*), C-63/08, ECLI:EU:C:2009:666 (ECLI:NL:XX:2009:BK2572), *Jurispr.* 2009, p. I-10467, NJ 2010/182, punt 49. De nationale rechter dient weliswaar uit te maken of is voldaan aan het gelijkwaardigheidsbeginsel, maar het HvJ kan 'preciseringsen geven teneinde de nationale rechterlijke instantie bij haar beoordeling te leiden'.

⁷⁴ Als de lidstaat bij het vervullen van zijn verplichtingen op grond van het Unierecht niet of nauwelijks speelruimte heeft, zijn volgens R. Meijer, *Staatsaansprakelijkheid wegens schending van Europees gemeenschapsrecht* (2007), p. 85–87, de verschillen tussen de benadering van een in beginsel gegeven schuld en de benadering van een voldoende gekwalificeerde schending maar beperkt, omdat ook in het laatste geval disculpatie veelal onmogelijk zal zijn.

⁷⁵ Zie voetnoot 8.

⁷⁶ Schriftelijke toelichting van de zijde van H., onder 54–56.

BECTU een *acte éclairé* zou zijn dat een tijdvak van ziekte moet worden gelijkgesteld met arbeidstijd, waarover verlof wordt opgebouwd.

2.50 Voor het geval dat de Hoge Raad een bijstelling van de rechtspraak gewenst acht, rijst de vraag of hij zich daarbij naar het arrest *Staat/Van Gelder*, dan wel naar de *Francovich*-rechtspraak zou moeten richten.

2.51 Schlössels⁷⁷ acht een convergentie met de *Francovich*-aansprakelijkheid mogelijk, maar niet wenselijk, omdat een dergelijke convergentie tot aansprakelijkheidsbeperking zou kunnen leiden en aanleiding zou kunnen geven tot een discussie of bijstelling van de overheidsaansprakelijkheid in de sfeer van bestuursbesluiten niet eveneens wenselijk is. Schlössels schrijft:

“De tendens om naar een gemeenschappelijk niveau van overheidsaansprakelijkheid bij te stellen mag men, zeker in tijden waarin wetgever en rechter breed inzetten op beperking van aansprakelijkheid, niet onderschatten. Voor sommige lidstaten zou er waarschijnlijk voor de burger nog wat winst zijn te behalen, maar voor Nederland zou een uniek stukje aansprakelijkheidsrecht verschralen.”

2.52 Tegenover het nadeel van de verschralling van wat Schlössels een uniek stukje aansprakelijkheidsrecht noemt, staat dat, in het bijzonder vanuit het oogpunt van de Europese Unie, het ook aan argumenten vóór een convergentie niet ontbreekt.

Weliswaar heeft het HvJ in het arrest *Brasserie du Pêcheur* de lidstaten toegestaan een strenger nationaal overheidsaansprakelijkheidsregime te hanteren dan uit de *Francovich*-rechtspraak voortvloeit, maar dat valt moeilijk te verenigen met het principiële uitgangspunt van het arrest *Francovich* dat de voorwaarden voor de aansprakelijkheid van de lidstaten voor schendingen van het Unierecht *niet* van die voor de aansprakelijkheid van (de instellingen van) de EU zelf mogen verschillen:

“42. Anderzijds mogen de voorwaarden voor de aansprakelijkheid van de Staat wegens aan particulieren veroorzaakte schade ten gevolge van een schending van het gemeenschapsrecht, behoudens indien bijzondere omstandigheden zulks rechtvaardigen, niet verschillen van die welke gelden voor de aansprakelijkheid van de Gemeenschap in vergelijkbare situaties. De bescherming van de rechten die de particulieren aan het gemeenschapsrecht ontlelen, kan namelijk niet verschillen naargelang het orgaan dat de schade heeft veroorzaakt, een nationaal dan wel een communautair karakter heeft.”

Belangrijker nog dan dit principiële uitgangspunt is dat het in de *Francovich*-rechtspraak gehanteerde criterium van de voldoende gekwalificeerde schen-

ding mede ertoe strekt de kwaliteit van de wetgeving te dienen. Met betrekking tot de door het HvJ aan de rechtsstelsels der lidstaten ontleende en in het communautaire overheidsaansprakelijkheidsrecht overgenomen restrictieve opvatting dat normatieve handelingen, waarin keuzen van economisch beleid zijn weergegeven, slechts bij uitzondering en in bijzondere omstandigheden tot aansprakelijkheid van de overheid kunnen leiden, overwoog het HvJ:⁷⁸

“dat deze restrictieve opvatting wordt verklaard door de overweging de wetgevende macht, zelfs ingeval de geldigheid van haar handelingen aan rechterlijke toetsing is onderworpen, niet telkens in haar voorbereidingen mag worden belemmerd door de mogelijkheid van schadevergoedingsacties, wanneer zij aanleiding heeft, in het algemeen belang normatieve maatregelen te nemen, die de belangen van particulieren kunnen aantasten.”

De bedoelde opvatting doet mede opgeld voor de nationale wetgever die ter uitvoering van een richtlijn de door die richtlijn opgedragen wetgeving tot stand moet brengen. In dat verband kan men zich afvragen of het uit oogpunt van de beoogde harmonisatie (en de kwaliteit) van de nationale wetgevingen is gewenst dat de speelruimte voor de met implementatie belaste nationale wetgevers feitelijk verschilt, al naar gelang het nationale overheidsaansprakelijkheidsrecht in meerdere of in mindere mate aanzet tot een volstrekt risicomijdende implementatie, bijvoorbeeld een implementatie waarbij de richtlijnteksten letterlijk worden overgenomen of naar die teksten wordt verwezen, zonder enige poging de uitvoeringspraktijk te ontlasten door op voorhand de in die richtlijnteksten voorkomende onduidelijkheden te verhelderen of dubbelzinnigheden daarin op te lossen.

Bijkomend voordeel van een verdere oriëntatie op de *Francovich*-rechtspraak is ten slotte dat daarmee in een geval als het onderhavige waarin een schending van de implementatieplicht aan de orde is, het hiervóór (onder 2.43, in fine) gesignaleerde probleem met de relativiteitseis van art. 6:163 BW wordt ontlopen; voor toepassing van de in het *Francovich*-arrest ontwikkelde regel volstaat blijkens dat arrest immers dat (niet de implementatieplicht als zodanig, maar) de niet tijdig en naar behoren uitgevoerde richtlijn ertoe strekt rechten aan particulieren toe te kennen.

2.53 In plaats van aan een convergentie met de *Francovich*-leer zou in een geval als het onderhavige kunnen worden gedacht aan een verdere oriëntatie op de (nagenoeg) automatische toerekening van het arrest *Staat/Van Gelder*. Daarmee zou de (naar mijn

77 R.J.N. Schlössels, *Francovich* in een vernippert rechtscultureel landschap, in: B. Schueler en R. Widdershoven (red.), *Europeanisering van het algemeen bestuursrecht* (2014), p. 199-214, in het bijzonder onder 4.2 (*Francovich als breekijzer voor een lagere bescherming?*), p. 211/212.

78 HvJ EG 25 mei 1978 (HNL), 83 en 94/76, 4, 15 en 40/77, ECLI:EU:C:1978:113, *Jurispr.* 1978, p. 1209, punt 5. Dat punt werd eveneens geciteerd in de onder 2.21 opgenomen passage uit de conclusie van A-G Van Soest voor het arrest *Staat/Van Gelder*. Zoals hiervóór (onder 2.21) reeds gesignaleerd, is A-G Van Soest in die conclusie van de gelding van de bedoelde opvatting voor wetgeving in formele zin uitgegaan.

mening minder gelukkige)⁷⁹ kloof tussen het nationale overheidsaansprakelijkheidsrecht en het overheidsaansprakelijkheidsrecht van de Unie echter worden vergroot, terwijl de vraag rijst of een zodanige oriëntatie ook overigens wel voor de hand ligt. Zo is het de vraag of het argument dat het 'redelijker' is de schade als gevolg van het regelconflict voor rekening van de (Nederlandse) Staat te brengen dan haar voor rekening van de getroffen burger te laten, in de context van een conflict tussen een nationale wet en regelgeving van de EU onverkort geldt. Zoals hiervoor (onder 2.23) al aan de orde kwam, speelt in de overwegingen die aan dat redelijkheidsoordeel ten grondslag liggen, mede een rol dat (ook) de hogere regelgeving waarop de vernietiging van het betrokken besluit berust of waaruit de onverbindendheid van de lagere regeling voortvloeit, niet van de getroffen burger, maar van de overheid afkomstig zijn en dat van de overheid bijzondere deskundigheid met betrekking tot de 'eigen' regelgeving mag worden verwacht. Bloembergen legt in zijn NJ-noot onder 5 bij het hiervoor onder 2.22 reeds genoemde arrest *Staat/B* zelfs een verband met de *contra proferentem*-regel op grond waarvan in de door een professionele contractspartij opgestelde bedingen in algemene voorwaarden onduidelijkheden ten gunste van de niet-professionele wederpartij worden uitgelegd. De kracht van het argument dat onduidelijkheden in de regelgeving voor rekening moeten komen van de overheid van wie die regelgeving afkomstig is (ook al gaat het wellicht om verschillende overheidsorganisaties) en dat de overheid moet worden geacht bij uitstek deskundig te zijn ter zake van de eigen regelgeving, doet in aanzienlijk mindere mate opgeld in een situatie waarin de betrokken regelgeving noch van burger, noch van de nationale overheid, maar van de EU afkomstig is. Daarbij speelt mede een rol dat de wetgeving van de EU vaak bewust onduidelijk of dubbelzinnig is,⁸⁰ dat de uitleg daarvan aan het HvJ is voorbehouden, dat bij die uitleg niet louter juridische, maar ook integratie-politieke afwegingen een rol spelen en

dat daardoor eerst later blijkende conflicten met het Unierecht niet eenvoudig zijn te vermijden. Mogelijk ligt die realiteit mede ten grondslag aan de aanvaarding door het HvJ van een regime van overheidsaansprakelijkheid, waarin slechts ernstige miskenning van het Unierecht tot aansprakelijkheid leidt en waarin instellingen c.q. lidstaten voor het overige op een zekere clementie kunnen rekenen.⁸¹

Wat de onderhavige zaak betreft, teken ik nog aan dat de tekst van art. 7 van de Richtlijn (en van Richtlijn 93/104/EG, die uiterlijk op 23 november 1996 diende te zijn geïmplementeerd) allerminst een beperkte opbouw van verlof gedurende ziekte uitsluit. Art. 7 lid 1 luidt:

"De Lid-Staten treffen de nodige maatregelen opdat aan alle werknemers jaarlijks een vakantie met behoud van loon van ten minste vier weken wordt toegekend, overeenkomstig de in de nationale wetten en/of gebruiken geldende voorwaarden voor het recht op en de toekenning van een dergelijke vakantie (cursivering toegevoegd; LK)."

Voorts is het opmerkelijk dat het prejudiciële arrest dat tot een ander inzicht met betrekking tot de opbouw van verlof gedurende ziekte dwingt, dateert van ruim 12 jaar na de uiterste implementatiedatum van Richtlijn 93/104/EG en dat het afwijkende wettelijke regime in Nederland (en in andere lidstaten)⁸² de Commissie in die periode kennelijk nimmer aanleiding tot een infractieprocedure heeft gegeven.

2.54 Tegen de achtergrond van het voorgaande bespreek ik de klachten van de Staat.

3 Bespreking van het cassatiemiddel

3.1 De Staat heeft één middel van cassatie voorgesteld. Dat middel omvat drie onderdelen (1-3), waarvan de onderdelen 1-2 in meer subonderdelen uiteenvallen.

3.2 *Onderdeel 1* richt zich tegen rov. 4.3, die hiervoor (onder 1.14) reeds werd weergegeven. *Subonderdeel 1.1* klaagt dat de beslissing in rov. 4.3 rechtens onjuist is. Volgens het subonderdeel ziet het in art. 120 Grondwet tot de rechter gerichte verbod om te treden in de grondwettigheid van wetten (in formele zin) zowel op onverbindendverklaring als op schadevergoeding wegens het uitvaardigen of handhaven van deze wetten (in formele zin). Art. 94 Grondwet maakt daarop slechts in zoverre een uitzondering dat een wet in formele zin wegens strijd met ieder verbindende bepalingen van verdragen of besluiten van volkenrechtelijke organisaties buiten toepassing kan worden gelaten. Voor het overige geldt, nog steeds volgens het subonderdeel, het toetsingsverbod van art. 120 Grondwet en biedt het Nederlandse recht in dergelijke gevallen derhalve geen grondslag voor schadevergoeding (wegens on-

79 Zie over de minder gewenste gevolgen van het uit de pas lopen van het nationale overheidsaansprakelijkheidsrecht mijn artikel *De Post-Francovich-arresten en het Nederlandse overheidsaansprakelijkheidsrecht*, A&V 1997/1, p. 1-8, in het bijzonder p. 6, lk.

80 Zie over de 'constructive ambiguity' van wetgeving van de Unie de bijdragen van J.P.H. Donner en mij aan de congresbundel *Kwaliteit van de Europese regels* (Raad van State, 2001). In zijn voorbeschuiving schreef Donner: "De eerste inzet bij het overleg is vervolgens vaak niet om tot een zo onduidelijk mogelijk formulering te komen van wat men wel wil, als wel om te komen tot een formulering die ieder zoveel mogelijk de ruimte laat voor de eigen bestaande praktijk, met als gevolg dat de nadruk doorgaans vooral ligt op wat men niet wil, waarbij in het belang van overeenstemming doorgaans geen premie staat op al te grote duidelijkheid en helderheid" (p. 14). Zelf schreef ik onder meer: "Een ogenschijnlijk gebrekkige formulering is niet altijd het gevolg van een slordigheid. Soms zal zij het gevolg zijn van een welbewuste poging om iedere lidstaat het zijne (zijn eigen wensen) in de betrokken wetgeving te laten terugvinden. Voor een dergelijke dubbelzinnigheid is er in communautaire kringen ook een term: 'constructive ambiguity', bewuste dubbelzinnigheid om partijen op één lijn te krijgen" (p. 59).

81 Zie voor de elementen die daarbij een rol kunnen spelen, hiervoor onder 2.5.

82 M.R. Mok spreekt in zijn NJ-noot onder 5 van een 'heel aantal interveniërende lidstaten' tegen wier opvatting het oordeel van het HvJ ingaat.

rechtmatige daad als bedoeld in art. 6:162 BW). Anders dan het hof heeft overwogen, bestaat in zoverre dus een belangrijk verschil met lagere regelgeving (niet zijnde wetgeving in formele zin) die wel aan hogere regelgeving dan wel algemene rechtsbeginselen kan worden getoetst en waarvoor de door het hof aangehaalde, door de Hoge Raad gegeven regel van het arrest *Staat/Van Gelder* geldt. Een grondslag voor schadevergoeding kan in verband met wetgeving in formele zin daarom alleen in (jurisprudentie van een supranationale rechter in verband met) een verdrag of in een besluit van een volkenrechtelijke organisatie worden gevonden.

3.3 Het verbod van art. 120 Grondwet treft niet iedere toetsing van de wet in formele zin, maar slechts de toetsing van die wet aan de Grondwet en (blijkens de rechtspraak van de Hoge Raad) aan het Statuut voor het Koninkrijk der Nederlanden en ongeschreven rechtsbeginselen (zie hiervoor onder 2.26). Art. 120 Grondwet sluit geenszins uit dat de wet in formele zin aan rechtstreeks werkende bepalingen van internationale verdragen en aan rechtstreeks werkend Unierecht wordt getoetst. Zodanige toetsing is blijkens art. 94 Grondwet, dat de vaststelling van een conflict tussen een nationale wet en rechtstreeks werkende bepalingen van internationaal recht vooronderstelt — en, wat het rechtstreeks werkende Unierecht betreft, blijkens de rechtspraak van het HvJ over de eigen rechtsorde van (thans) de Europese Unie — juist mogelijk én geboden (zie hiervoor onder 2.27 en 2.28).

Een andere vraag is waartoe die toetsing kan leiden. Op zichzelf is juist dat art. 94 Grondwet en de relevante rechtspraak van het HvJ ertoe strekken dat de nationale wet buiten toepassing blijft, indien die toepassing met direct werkende bepalingen van internationale verdragen of rechtstreeks werkend Unierecht zou conflicteren. Dat sluit, anders dan het subonderdeel lijkt te betogen, buiten het geval dat (jurisprudentie van een supranationale rechter in verband met) een verdrag of een besluit van een volkenrechtelijke organisatie in een grondslag voor schadevergoeding voorziet, echter niet (*a contrario*) iedere grondslag voor schadevergoeding in verband met formele wetgeving uit. Zo acht ik het geenszins uitgesloten dat de Staat onrechtmatig handelt door aan een formeelwettelijke bepaling toepassing te geven, terwijl die toepassing met hoger recht in strijd is.

Voor zover het subonderdeel zich meer specifiek toespitst op de gelding van de door de Hoge Raad in het arrest *Staat/Van Gelder* ontwikkelde regel, ben ik met de opsteller van het subonderdeel van mening dat die regel in de onderhavige zaak niet geldt. Daarvoor acht ik, anders dan het subonderdeel, echter niet bepalend dat het in verband met het toetsingsverbod van art. 120 Grondwet principieel aan een grondslag voor schadevergoeding wegens onrechtmatige daad zou ontbreken, maar dat de Hoge Raad de regel van het arrest *Staat/Van Gelder*, zo al niet tot lagere wetgeving in materiële zin, dan toch in elk geval tot onverbindende wetgeving heeft beperkt en

in het onderhavige geval noch van het een, noch van het ander sprake is.

Het subonderdeel is daarom tevergeefs voorgesteld.

3.4 *Subonderdeel 1.2* klaagt dat, indien in casuatie uitgangspunt zou moeten zijn dat een schadevergoedingsvordering ook in gevallen als de onderhavige op basis van art. 6:162 BW kan worden toegewezen, het hof heeft miskend dat de in rov. 4.3 aangehaalde regel niet ziet op gevallen waarin een wet in formele zin strijdig is met het Unierecht. Nu aansprakelijkheid op de voet van art. 6:162 BW in dergelijke gevallen voortvloeit uit schending van het een ieder verbindende Unierecht, dienen de door het HvJ ontwikkelde regels voor aansprakelijkheid van lidstaten bepalend, althans uitgangspunt, te zijn, bij de beantwoording van de vraag of en wanneer een vordering op de voet van art. 6:162 BW kan worden toegewezen. In dat verband is van belang dat het Unierecht doorwerkt in de Nederlandse rechtsorde zonder dat deze doorwerking is gebaseerd op het stelsel van art. 94 Grondwet.⁸³ Volgens het subonderdeel is de door het hof in rov. 4.3 aangehaalde regel in gevallen als de onderhavige niet van toepassing, nu deze enkel toepassing vindt indien lagere regelgeving, waarvoor het toetsingsverbod van art. 120 Gw niet geldt en waarvoor binnen het Nederlandse (interne) recht een toetsingskader is ontwikkeld, strijdig is met hogere regelgeving of algemene rechtsbeginselen.

3.5 Het subonderdeel is tevergeefs voorgesteld. Aangenomen dat een vordering tot schadevergoeding met betrekking tot wetgeving in formele zin ook op basis van art. 6:162 BW kan worden toegewezen, is er mijns inziens geen reden om vorderingen die hun grond vinden in een door de rechter vastgesteld conflict tussen een wet in formele zin en direct werkend Unierecht daarvan uitgezonderd te achten. Het Unierecht monopoliseert de staatsaansprakelijkheid in dergelijke gevallen niet. In de eerste plaats zijn blijkens het arrest *Francovich* de door het HvJ geformuleerde voorwaarden voor staatsaansprakelijkheid weliswaar voldoende om voor particulieren een recht op schadevergoeding in het leven te roepen, maar is het, bij gebreke van een gemeenschapsregeling ter zake, aan de lidstaten om in het kader van het nationale aansprakelijkheidsrecht de 'gevolgen van de veroorzaakte schade ongedaan te maken'.⁸⁴ In de tweede plaats heeft het HvJ in het arrest *Brasserie du Pêcheur* geoordeeld dat het Unierecht niet in de weg staat aan toepassing van nationaal overheidsaansprakelijkheidsrecht, als dat tot een verdergaande staatsaansprakelijkheid leidt dan in het arrest *Francovich* is voorzien.⁸⁵ In de derde

⁸³ Het subonderdeel spreekt hier overigens van art. 93 Grondwet, dat, anders dan art. 94 Grondwet, geen betrekking heeft op regelconflicten, maar regelt op welk moment de daarvoor in aanmerking komende bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties hun (een ieder) verbindende kracht verkrijgen.

⁸⁴ Arrest *Francovich*, punten 41 en 42.

⁸⁵ Arrest *Brasserie du Pêcheur*, punt 66.

plaats moet worden bedacht dat in verband met het gelijkwaardigheidsbeginsel toepassing van nationaal overheidsaansprakelijkheidsrecht dat in overheidsaansprakelijkheid onder minder beperkende voorwaarden dan de Francovich-rechtspraak voorziet, in het geval van inbreuken op het Unierecht niet alleen mag, maar ook moet worden toegepast.⁸⁶

3.6 *Subonderdeel 1.3* klaagt dat, indien in cassatie uitgangspunt zou moeten zijn dat een schadevergoedingsvordering ook in gevallen als de onderhavige op basis van art. 6:162 BW kan worden toegewezen, het hof althans heeft miskend dat de in rov. 4.3 aangehaalde regel van het arrest *Staat/Van Gelder* niet ziet op gevallen waarin een wet in formele zin strijdig is met een Europese richtlijn. In dergelijke gevallen is sprake van schending van art. 4 lid 3 VEU en specifiek ten aanzien van richtlijnen van art. 288 VWEU, welke artikelen met zich brengen dat richtlijnen door lidstaten op een correcte wijze moeten worden geïmplementeerd. Het hof heeft in rov. 4.3 volgens het subonderdeel miskend dat een richtlijn niet, althans in beginsel niet, als een ieder verbindende bepaling of besluit van een volkenrechtelijke organisatie als bedoeld in art. 94 Gw kan worden aangemerkt.

Nu aansprakelijkheid op de voet van art. 6:162 BW in dergelijke gevallen (indirect) voortvloeit uit schending van het ieder verbindende Unierecht, dienen de door het HvJ ontwikkelde regels voor aansprakelijkheid van lidstaten bepalend, althans uitgangspunt, te zijn, bij de beantwoording van de vraag of en wanneer een vordering op de voet van art. 6:162 BW kan worden toegewezen. In dat verband is van belang dat het niet gaat om een rechtstreekse schending van artikelen in het ieder verbindende VEU of VWEU (waarop art. 94 Gw normaal gesproken ziet), maar om een indirecte, nu een richtlijn onjuist is geïmplementeerd en een lidstaat daardoor in strijd handelt met het VEU en het VWEU. Het Unierecht brengt in dergelijke gevallen mee dat nationale wetgeving die strijdig is met een richtlijn in een geschil tussen ingezetenen onderling niet buiten toepassing blijft, maar voor zover mogelijk richtlijnconform wordt geïnterpreteerd. Nu de gevolgen van de onjuiste implementatie van een richtlijn in dat opzicht worden bepaald door het Unierecht, dient hetzelfde te gelden voor de beantwoording van de vraag wanneer aansprakelijkheid van een lidstaat bestaat voor de onjuiste implementatie van deze richtlijn. De in rov. 4.3 aangehaalde regel is daarmee in gevallen als de onderhavige niet van toepassing, aldus nog steeds subonderdeel 1.3.

3.7 Het subonderdeel signaleert terecht dat een richtlijn niet rechtstreeks werkt en dat met een richtlijn strijdige nationale wetgeving in ho-

izontale relaties (zoals die tussen werkgever en werknemer)⁸⁷ niet buiten toepassing blijft. Voorts is juist dat, als rechtstreekse inroepbaarheid van de betrokken richtlijn jegens de met implementatie in gebreke blijvende overheid geen soelaas biedt, de nationale rechter krachtens Unierecht moet onderzoeken of richtlijnconforme interpretatie mogelijk is. Is ook dat laatste niet het geval, dan kan ten slotte de Francovich-aansprakelijkheid redres bieden.

Dat het Unierecht in zoverre de gevolgen van implementatiegebreken regelt, sluit echter niet uit dat zulke gebreken ook naar nationaal recht (onder minder beperkende voorwaarden dan de Francovich-rechtspraak) tot aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad kunnen leiden. Dat was kennelijk ook het standpunt van de Hoge Raad in het arrest *Waterpakt*, waarin de Hoge Raad immers voor mogelijk hield dat het niet tot stand brengen van de volgens de eisende partij door de betrokken richtlijn verlangde implementatiewetgeving onrechtmatig zou blijken.

Ik acht het subonderdeel wél gegrond voor zover het is gericht tegen de toepasselijkheid van de in het arrest *Staat/Van Gelder* ontwikkelde regel. Zoals al eerder betoogd, heeft die regel, als de Hoge Raad al niet heeft bedoeld de toepassing daarvan tot (lagere) wetgeving in materiële zin te beperken (zie hiervóór onder 2.20 en 2.21), slechts op *onverbindende* wetgeving betrekking. Daarvan is echter geen sprake als nationale wetgeving nog niet is aangepast aan een richtlijn die niet tijdig en/of naar behoren is geïmplementeerd. Wel heeft de Staat in een dergelijk geval gehandeld in strijd met een wettelijke plicht,⁸⁸ hetgeen tot (schuld-)aansprakelijkheid op grond van art. 6:162 BW aanleiding kan geven.

3.8 *Subonderdeel 1.4* bevat de klacht dat, indien in cassatie uitgangspunt zou moeten zijn dat een schadevergoedingsvordering ook in gevallen als de onderhavige op basis van art. 6:162 BW kan worden toegewezen en de maatstaven voor aansprakelijkheid niet enkel door het Unierecht maar mede door het nationale recht worden bepaald, het hof rechte onjuist heeft beslist dat de in rov. 4.3 aangehaalde regel van toepassing is, althans dat de Staat op basis van die regel aansprakelijk is. In gevallen waarin een norm in een richtlijn op verschillende manieren kan worden uitgelegd en/of geïmplementeerd en over de juiste wijze van implementatie in nationale wetgeving pas na een uitspraak van het HvJ (gedeeltelijk) duidelijkheid ontstaat, heeft volgens het subonderdeel in beginsel te gelden dat de Staat eerst onrechtmatig handelt indien hij de uitspraak van het HvJ in redelijkheid niet anders kon uitleggen, althans niet anders kon uitleggen, dan dat (de betreffende norm in) de richtlijn onjuist is

86 Op de toepasselijkheid van het gelijkwaardigheidsbeginsel werd reeds gewezen in punt 43 van het arrest *Francovich*: "Voorts moet worden vastgesteld, dat de formele en materiële voorwaarden die door de onderscheiden nationale wettelijke regelingen ter zake van schadevergoeding zijn vastgesteld, niet ongunstiger mogen zijn dan die welke voor gelijksoortige nationale vorderingen gelden (...)."

87 Dat burgers de daarvoor in aanmerking komende bepalingen van een richtlijn wél rechtstreeks kunnen inroepen tegen de (met implementatie in gebreke blijvende) overheid om aldus de hun door die bepalingen toegedachte rechtspositie af te dwingen, kwam hiervóór (onder 2.38) reeds aan de orde.

88 Zoals de Staat terecht stelt: de Staat heeft gehandeld in strijd met art. 4 lid 3 VEU en art. 288 VWEU.

geïmplementeerd in een (Nederlandse) wet (in formele zin) en eerst nadat hij heeft verzuimd om binnen een redelijke termijn tot aanpassing van die wetgeving over te gaan. In dat verband is van belang dat de rechter de bepalingen in de nationale wetgeving die strijdig zijn met de richtlijn in de tussenliggende periode voor zover mogelijk richtlijnconform zal interpreteren in geschillen tussen ingezetenen onderling. Althans is, indien het hof vorenstaande regel niet heeft miskend, zonder nadere motivering, die ontbreekt, onbegrijpelijk waarom het hof heeft beslist dat de Staat aansprakelijk is voor de onjuiste implementatie van art. 7 van de Richtlijn, aldus nog steeds subonderdeel 1.4.

3.9 Zoals al eerder betoogd, meen ik dat de regel van het arrest *Staat/Van Gelder* niet van toepassing is in een geval als het onderhavige waarin nationale wetgeving nog niet in overeenstemming is met de regeling van de arbeidsverhouding zoals die wordt voorgeschreven door een richtlijn die niet tijdig en naar behoren in nationaal recht is omgezet. In zoverre acht ik het subonderdeel gegrond. Voorts kwam al eerder aan de orde dat niet is uitgesloten dat het implementatiegebrek naar nationaal recht een onrechtmatige daad vormt waarvoor de Staat aansprakelijk is; schuld is naar mijn mening dan echter niet al in beginsel gegeven. Of de Staat in een geval zoals door het subonderdeel bedoeld, vrijuit gaat, zal afhangen van de eisen die aan de (in dat geval niet automatische) toerekening worden gesteld. Ook zonder de regel van het arrest *Staat/Van Gelder* zal een door rechtsdwaling veroorzaakt implementatiegebrek al snel aan de Staat worden toegerekend. Voor disculpatie zal er echter meer ruimte zijn, naarmate de aan de toerekening te stellen eisen méér op het in het Europese overheidsaansprakelijkheidsrecht geldende criterium van een voldoende gekwalificeerde schending van de implementatieplicht zullen worden afgestemd. Zoals ik al eerder (onder 2.52) aangaf, meen ik dat er voor zodanige afstemming goede argumenten zijn.

Een dergelijk argument acht ik overigens niet gelegen in de omstandigheid dat de rechter, zolang een richtlijn niet alsnog naar behoren is omgezet, op grond van het Unierecht is gehouden het nationale recht (ook in horizontale relaties) zoveel mogelijk richtlijnconform uit te leggen. De mogelijkheden van de nationale rechter zijn in dat verband niet onbegrensd; zo is hij volgens vaste rechtspraak van het HvJ niet gehouden tot een (richtlijnconforme) uitleg *contra legem*.⁸⁹ Waar richtlijnconforme interpretatie

wél mogelijk is, kan zij leiden tot een beperking van de schade als gevolg van het implementatiegebrek; mijns inziens doet zij echter niet af aan het implementatiegebrek en de (mogelijke) toerekening daarvan aan de Staat.

3.10 *Subonderdeel 1.5* klaagt dat, indien de beslissing van het hof in rov. 4.3 aldus moet worden begrepen dat deze (mede) is gebaseerd op de door de Hoge Raad geformuleerde regel dat het in gevallen waarin de overheid in strijd met het recht heeft gehandeld vanuit het oogpunt van gelijkheid voor publieke lasten beter te verdedigen valt dat de schade ten laste van de collectiviteit wordt gebracht dan ten laste van degene die (toevallig) slachtoffer van dat handelen was, het hof, naast hetgeen in de subonderdelen 1.1-1.4 is uiteengezet, heeft miskend dat deze regel door de Hoge Raad is geformuleerd met het oog op de beantwoording van de vraag of de toerekenbaarheid als afzonderlijk vereiste naast onrechtmatig handelen voor toewijzing van een vordering op de voet van art. 6:162 BW jegens de overheid moet worden gesteld en daarmee als zodanig niets zegt over de beantwoording van de vraag wanneer art. 6:162 BW kan worden toegepast dan wel of door de overheid onrechtmatig is gehandeld in de zin van dat artikel.

3.11 De klacht van het subonderdeel faalt mijns inziens bij gebrek aan feitelijke grondslag. Het hof heeft zijn oordeel niet op de genoemde regel gebaseerd. Dat een dergelijke regel mogelijk een rol heeft gespeeld bij de totstandkoming van het door het hof genoemde arrest *Staat/Van Gelder* (hetgeen niet zeker is; zie hiervoor onder 2.19-2.20), betekent nog niet dat deze regel als zodanig door het hof aan zijn oordeel ten grondslag is gelegd.

3.12 *Onderdeel 2* richt zich tegen rov. 5.4 van het arrest van het hof, zoals hiervoor weergegeven onder 1.15. In rov. 5.4 heeft het hof geoordeeld dat er causaal verband bestaat tussen de schade van H. en het onrechtmatig handelen van de Staat.

3.13 *Subonderdeel 2.1* betreft het door H. te leveren bewijs van de door hem gestelde schade. Het subonderdeel betoogt dat, zoals ook het hof heeft onderkend, H. aannemelijk dient te maken dat zijn schade niet zou zijn ingetreden indien het onrechtmatige handelen van de Staat door het onjuist implementeren van de Richtlijn achterwege zou zijn gebleven. Nu in art. 7:640a BW een vervalltermijn is opgenomen, vormt dat volgens het subonderdeel een (belangrijke) aanwijzing (en onderbouwing van het verweer van de Staat ten aanzien van het causaal verband) dat, indien de Richtlijn (direct) juist zou zijn geïmplementeerd, daarin eveneens dezelfde of een vergelijkbare vervalltermijn zou zijn opgenomen. Volgens het subonderdeel was het vervolgens aan H. om aannemelijk te maken dat dit niet het geval zou zijn geweest.

Het subonderdeel betoogt voorts dat, anders dan het hof heeft overwogen, in de fictieve situatie waarin de onrechtmatige daad wordt weggedacht niet zonder meer ervan dient te worden uitgegaan dat de andere regelgeving hetzelfde zou zijn geble-

⁸⁹ Zie voor een recent voorbeeld HvJ EU 15 januari 2014 (*Association de médiation sociale*), C-176/12, ECLI:EU:C:2014:2 (ECLI:NL:XX:2014:4), NJ 2014/246 m.nt. M.R. Mok, punt 39: "Het Hof heeft echter gepreciseerd dat voor dit beginsel van conforme uitlegging van het nationale recht bepaalde beperkingen gelden. Aldus wordt de verplichting van de nationale rechter om bij de uitlegging en de toepassing van de relevante bepalingen van zijn nationale recht te verwijzen naar de inhoud van een richtlijn begrensd door de algemene rechtsbeginselen en kan zij niet dienen als grondslag voor een uitlegging *contra legem* van het nationale recht (...)."

ven (dat wil zeggen dat dan géén vervaltermijn zou hebben gegolden) en dat H. dan aanspraak had kunnen maken op de gevorderde vakantiedagen omdat hij van de (informele) mogelijkheid om vakantiedagen te genieten geen gebruik heeft gemaakt en er onvoldoende aanwijzingen zijn dat dit in de fictieve situatie anders zou zijn geweest. Althans valt niet zonder meer in te zien waarom de Staat, gelet op art. 7:640a BW, onvoldoende aannemelijk zou hebben gemaakt dat de vervaltermijn van dit artikel of een daarmee vergelijkbare vervaltermijn in de wet zou zijn opgenomen indien de Richtlijn direct juist zou zijn geïmplementeerd.

Voor de vraag of in de fictieve situatie waarin de onrechtmatige daad wordt weggedacht, al dan niet van de gelding van een vervaltermijn dient te worden uitgegaan, is volgens het subonderdeel niet relevant of H. wel of niet van de (informele) mogelijkheid om vakantiedagen te genieten gebruik zou hebben gemaakt. Die omstandigheid zegt immers niets, althans niet zonder meer iets, over de aannemelijkheid van de omstandigheid dat de wet, indien de Richtlijn (direct) juist zou zijn geïmplementeerd, geen vervaltermijn zou hebben gekend. De omstandigheid dat H. in de fictieve situatie geen gebruik zou hebben gemaakt van de mogelijkheid om vakantiedagen te genieten, vormt integendeel een aanwijzing dat de vakantiedagen (grotendeels) zouden zijn vervallen indien de Richtlijn door de Staat (direct) juist zou zijn geïmplementeerd en de wet een met de Richtlijn in overeenstemming zijnde vervaltermijn zou hebben bevat.

Indien het hof het vorenstaande niet heeft miskend, is, althans zonder nadere motivering, die ontbreekt, onbegrijpelijk waarom het hof heeft beslist dat H. aannemelijk heeft gemaakt dat in de wet geen vervaltermijn zou zijn opgenomen indien de Richtlijn (direct) juist zou zijn geïmplementeerd, aldus het subonderdeel.

3.14 Bij de beoordeling van het subonderdeel stel ik voorop, dat het, zoals het subonderdeel stelt, inderdaad op de weg van H. lag om aannemelijk te maken dat hij, als de Richtlijn tijdig en naar behoren zou zijn geïmplementeerd, zou hebben verkeerd in een gunstiger vermogenspositie dan thans het geval is.

Bij de vaststelling van de fictieve situatie zoals die zich bij een tijdige en behoorlijke implementatie van de Richtlijn zou hebben voorgedaan, kan mijns inziens niet beschouwing blijven dat de uiteindelijk, daadwerkelijke en — naar in cassatie moet worden aangenomen — correcte implementatie van de Richtlijn mede de in art. 7:640a BW voorziene vervaltermijn omvat. Er is geen enkele reden om aan te nemen dat de Nederlandse wetgever, zo hij zich de portee van art. 7 van de Richtlijn zoals uitgelegd in het arrest *Schultz-Hoff* van stonde af aan bewust zou zijn geweest, bij de implementatie van die bepaling niet in een vervaltermijn als die van art. 7:640a BW zou hebben voorzien. Naar uit de geschiedenis van totstandkoming van de implementatiewet kan worden afgeleid, heeft de Nederlandse wetgever, juist

met het oog op de door het HvJ benadrukte recuperatiefunctie van vakantie, in een vervaltermijn voorzien, om een regelmatige opname van opgebouwde vakantiedagen te stimuleren.⁹⁰

“Gelet op het belang van tijdige recuperatie door het opnemen van vakantie is het van belang dat alle werknemers met het oog op de veiligheid en gezondheid, gestimuleerd worden om met regelmaat gebruik te maken van hun minimum vakantieaanspraak. De huidige mogelijkheid van (meerjarig) uitstel van de minimum vakantieaanspraken doet naar het oordeel van de regering onvoldoende recht aan het doel en het belang van vakantieopname, te weten tijdige recuperatie. De regering vindt voor deze opvatting steun in de jurisprudentie van het HvJ EG. Volgens vaste rechtspraak beschouwt het HvJ EG het recht op vakantie met behoud van loon als een bijzonder belangrijk beginsel van communautair sociaal recht waarvan niet mag worden afgeweken. In het belang van een doeltreffende bescherming van zijn veiligheid en gezondheid moet een werknemer daadwerkelijk rust kunnen nemen. De rustperiode boet niet aan belang in wanneer hij in een volgende periode wordt genomen (r.o. 31 van het arrest *Schultz-Hoff* waarbij ook het zogenoemde *FNV*-arrest (C-124/05) wordt aangehaald). Alleen bij wijze van uitzondering, kan bij het einde van het dienstverband het minimum-recht worden vervangen door een financiële vergoeding. In de huidige vakantiewetgeving ontbreekt echter een stimulans om daadwerkelijk met regelmaat de minimum vakantie-rechten te effectueren.”

Voor het standpunt in de schriftelijke toelichting van de zijde van H. onder 85 dat het niet aannemelijk is dat de wetgever bij een eerdere aanpassing van de wet ook in een vervaltermijn zou hebben voorzien, kan H. zich tegen de geschetste achtergrond niet met succes beroepen op de in die schriftelijke toelichting onder 87 genoemde en op 1 januari 2001 in werking getreden wetgeving, waarmee het sparen van verlof (verder) werd gefaciliteerd. Als de wetgever zich de portee van art. 7 van de Richtlijn zoals uitgelegd in het arrest *Schultz-Hoff* van stonde af aan bewust zou zijn geweest, zou hij van het (verder) bevorderen van verlofsparen hebben afgezien. Daaraan doet op zichzelf niet af dat in de memorie van toelichting bij de uiteindelijke implementatiewet, geciteerd in de schriftelijke toelichting van de zijde van H. onder 87, is gereleveerd dat later getroffen maatregelen het gebruiken van de minimumvakantie voor een combinatie van arbeid en zorg ‘minder noodzakelijk’ hebben gemaakt en aldus de gevolgen van de uiteindelijke introductie van de vervaltermijn verzachten.

Nog daargelaten dat een zekere mate van speculatie inherent is aan de met het oog op de schadevaststelling noodzakelijke bepaling van de fictieve situatie waarin het onrechtmatig bevonden han-

90 Kamerstukken II 2009/10, 32 465, nr. 3, p. 6.

delen of nalaten zich niet zou hebben voorgedaan, getuigt de overweging van het hof dat het *'te speculatie'* is om ervan uit te gaan dat in de fictieve situatie enige vervalltermijn zou hebben gegolden, van een onjuiste rechtsopvatting of is zij althans, zonder nadere toelichting, die ontbreekt, onbegrijpelijk. De aanname dat een vervalltermijn óók zou hebben gegolden in de fictieve situatie waarin de Richtlijn tijdig en behoorlijk zou zijn geïmplementeerd, is niet *'te speculatie'*, omdat zij op goede en concrete gronden (de uiteindelijk tot stand gebrachte implementatie) berust. In dit verband heeft de Staat zich in de schriftelijke toelichting onder 3.3.8 en 3.3.9 mede beroepen op de door de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State ontwikkelde en door de Hoge Raad overgenomen leer, volgens welke het bestaan van een rechtmatig alternatief voor de onrechtmatige handeling die een gelijke schade als die handeling zou hebben veroorzaakt, aan een causaal verband tussen die handeling en de schade in de weg kan staan. Als de Staat daarmee heeft willen betogen dat in het geheel niet ter zake doet of al dan niet aannemelijk is dat in de fictieve situatie waarin de onrechtmatige handeling niet zou hebben plaatsgevonden, daadwerkelijk van het rechtmatige alternatief gebruik zou zijn gemaakt, gaat dat betoog niet op. De leer van het rechtmatige alternatief vóóronderstelt naar mijn mening tenminste enige aannemelijkheid van dat alternatief. Overigens is een beroep op een dergelijk alternatief niet een bevrijdend verweer, maar een betwisting van het causale verband dat door de gelaedeerde moet worden gesteld en zonodig (bij gemotiveerde betwisting) voldoende moet worden aangetoond. Dat in de fictieve situatie een vervalltermijn zou hebben gegolden, is althans niet *'te speculatie'* om als een gemotiveerde betwisting van het causale verband te kunnen gelden.

Dat de door het hof verworpen aanname niet *'te speculatie'* is, geldt temeer nu het hof zelf van oordeel is *'dat aan het bewijs van een fictieve situatie in het verleden niet te hoge eisen mogen worden gesteld.'* Ik neem althans aan dat het hof daarmee niet heeft bedoeld dat dit uitgangspunt exclusief zou gelden voor de partij die schadevergoeding vordert en niet voor de partij die zich daartegen verzet. Voor beide partijen komt het aan op de aannemelijkheid van hetgeen zij met betrekking tot de fictieve situatie stellen. Dat in die situatie een vervalltermijn zou hebben ontbroken, is veel *minder* aannemelijk dan de door het hof verworpen aanname dat de van de uiteindelijke implementatie deel uitmakende vervalltermijn óók van een tijdige implementatie onderdeel zou hebben gevormd.

Alhoewel ik de klacht van het subonderdeel op zichzelf gegrond acht, rijst de vraag of de Staat voldoende belang bij die klacht heeft. Het hof heeft in rov. 5.4 immers mede overwogen dat *"H., gesteld dat er wel van zou moeten worden uitgegaan dat in de fictieve situatie een vervalltermijn zou hebben gegolden, bij tijdige invoering van de in geding zijnde wetswijzigingen zich bewust had kunnen/moeten zijn van de*

vervaltermijn en dus een reële mogelijkheid zou hebben gehad verval te voorkomen, door voor het einde van de vervalltermijn de vakantiedagen op te nemen. Die mogelijkheid is hem nu ontnomen. Hetzelfde geldt voor de mogelijkheid om bij schriftelijke overeenkomst (ten gunste van H.) af te wijken van de vervalltermijn van artikel 7:340a (lees: art. 7:640a; LK) BW". Het hof heeft niet geoordeeld dat met de *'mogelijkheid'* om voor het einde van de vervalltermijn de vakantiedagen op te nemen en/of de *'mogelijkheid'* om bij schriftelijke overeenkomst van de vervalltermijn af te wijken, is gegeven dat voldoende aannemelijk is dat H. die mogelijkheden bij tijdige implementatie ook daadwerkelijk zou hebben (kunnen) benut(ten); wat betreft de eerste mogelijkheid wijs ik erop dat het hof juist heeft overwogen dat *'H. (...) van de (informele) mogelijkheid om vakantie te genieten geen gebruik (heeft) gemaakt en er onvoldoende aanwijzingen zijn dat dat in de fictieve situatie anders zou zijn geweest.'*⁹¹ Bij die stand van zaken kan de geciteerde overweging het bestreden arrest mijns inziens niet zelfstandig dragen. Weliswaar impliceren de door het hof bedoelde *'mogelijkheden'* dat H. ook in geval van een tijdige implementatie waarbij in een vervalltermijn zou zijn voorzien, althans in een gunstiger positie zou hebben verkeerd dan thans het geval is, maar niet dat de gestelde schade ook in dat geval zonder meer op het totaal van de alsdan opgebouwde vakantiedagen kan worden gesteld. Denkbaar is dat het feit dat de bedoelde *'mogelijkheden'* aan H. zijn ontnomen zonder dat zeker is of H. daarvan in de hypothetische situatie gebruik zou hebben gemaakt, tot vergoeding van slechts een deel van de bij tijdige implementatie opgebouwde vakantiedagen zou moeten leiden. Bij die stand van zaken heeft de Staat voldoende belang bij het subonderdeel.

3.15 Subonderdeel 2.2 betoogt dat het hof in rov. 5.4 heeft miskend dat voor de beantwoording van de vraag of causaal verband bestaat tussen het handelen van de Staat en de door H. gestelde schade niet relevant is of H. van de (informele) mogelijkheid om vakantie te genieten geen gebruik heeft gemaakt en er onvoldoende aanwijzingen zijn dat dat in de fictieve situatie anders zou zijn geweest. Bepalend is immers of H. zo ziek was of zodanig moest re-integreren dat hij volgens de bedrijfsarts geen vakantie had kunnen of mogen opnemen. H. diende derhalve te stellen dat de zojuist bedoelde omstandigheid zich voordoet ter onderbouwing van zijn betoog dat hij de vakantiedagen in de fictieve situatie niet zou hebben opgenomen. H. heeft echter nagelaten om zijn betoog terzake te onderbouwen, althans had in ieder geval, in het licht van het onderbouwde verweer van de Staat dat die situatie zich niet heeft voorgedaan, nader moeten onderbouwen waarom die situatie zich desalniettemin voordoet. Nu hij dat heeft nagelaten, heeft het hof rechtens onjuist, althans zonder toereikende motivering, aangenomen

⁹¹ Daarbij moet wel worden bedacht dat het hof is uitgegaan van een fictieve situatie waarin geen vervalltermijn zou hebben gegolden.

dat H. in de fictieve situatie geen gebruik gemaakt zou hebben van de mogelijkheid om vakantie te genieten.

3.16 Het subonderdeel klaagt mijns inziens terecht dat voor het vereiste causale verband tussen het implementatiegebrek en de door H. gestelde schade niet van belang is of H., ook in de fictieve situatie van een tijdige implementatie, wel of niet gebruik zou hebben gemaakt van de mogelijkheid om vakantie te genieten, maar of hij daartoe (in de zin van art. 7:640a BW) wel of niet redelijkerwijs in staat is geweest. In het geval dat H. redelijkerwijs in staat zou zijn geweest vakantie op te nemen maar daarvan heeft afgezien, zouden de betrokken vakantiedagen ook bij een tijdige en behoorlijke implementatie zes maanden na de laatste dag van het kalenderjaar waarin de aanspraak was verworven, zijn vervallen.

3.17 Subonderdeel 2.3 betoogt – verkort weergegeven – dat, indien 's hofs beslissing in rov. 5.4 dat de minister zou hebben onderkend, en als reden zou hebben genoemd om aan de wetswijziging geen terugwerkende kracht te verlenen, dat belanghebbenden als H. geen rekening ermee behoeften te houden dat zij ooit met genoemd bewijs zouden worden belast, terwijl bewijsvergaring over een periode in het verleden lastig is, (mede) dragend is voor zijn beslissing dat causaal verband bestaat tussen het (onrechtmatige) handelen van de Staat en de schade van H., die beslissing rechtens onjuist is, althans zonder nadere motivering, die ontbreekt, onbegrijpelijk is.

3.18 De klacht van het subonderdeel faalt bij gebrek aan feitelijke grondslag. De bedoelde passage in rov. 5.4 vormt niet een noodzakelijke schakel in de motivering van het oordeel dat er causaal verband bestaat tussen het onrechtmatig handelen van de Staat en de schade van H. Zij betreft kennelijk niet meer dan het door het hof gehanteerde (en op zichzelf niet onjuiste) uitgangspunt '*dat aan het bewijs van een fictieve situatie in het verleden niet te hoge eisen mogen worden gesteld*'.

3.19 Subonderdeel 2.4 richt zich tegen het oordeel in rov. 5.4 dat, indien ervan zou moeten worden uitgegaan dat in de fictieve situatie een vervaltermijn zou hebben gegolden, H. zich bij tijdige invoering van de in geding zijnde wetswijzigingen bewust had kunnen/moeten zijn van de vervaltermijn en dus een reële mogelijkheid zou hebben gehad verval te voorkomen, door voor het einde van de vervaltermijn de vakantiedagen op te nemen, welke mogelijkheid hem nu is ontnomen.

Het subonderdeel klaagt dat de beslissing van het hof rechtens onjuist, althans zonder nadere motivering, die volgens het subonderdeel ontbreekt, onbegrijpelijk is. Naar het subonderdeel betoogt, heeft het hof miskend (dat de Staat heeft betoogd) dat H. niet heeft gesteld, laat staan aangetoond, dat hij niet in staat was om de vakantiedagen te genieten en hij die dagen anders wel zou hebben opgenomen – in welk geval hij deze niet meer zou hebben kunnen vorderen – en dat hij evenmin heeft

gesteld, laat staan aangetoond, dat hij om uitkering van die dagen zou hebben verzocht. Dat laatste kon echter enkel aan het einde van zijn dienstverband en in dat geval zou hij met de vervaltermijn die gelijk of vergelijkbaar is met het huidige art. 7:640a BW zijn geconfronteerd. Ook indien H. zich in de fictieve situatie bewust zou zijn geweest van de vervaltermijn, zou hij derhalve ofwel geen aanspraak meer hebben kunnen maken op (na)betaling van de vakantiedagen (omdat hij deze reeds zou hebben genoten) ofwel met de vervaltermijn zijn geconfronteerd. In ieder geval valt volgens het subonderdeel niet zonder meer in te zien waarom dat anders zou zijn en derhalve uitbetaling van alle vakantiedagen die H. tijdens zijn arbeidsongeschiktheid niet heeft genoten gelet op de bedoelde met de Richtlijn in overeenstemming zijnde vervaltermijn bij het einde van zijn dienstbetrekking mogelijk zou zijn geweest.

Indien de beslissing in rov. 5.4 aldus moet worden begrepen, aldus het subonderdeel, dat H. in de fictieve situatie een mogelijkheid (kans) is ontnomen om zijn vakantiedagen op te nemen en hij daardoor schade heeft geleden, heeft het hof miskend dat de leer van de kansschade slechts kan worden gehanteerd indien is beoordeeld of *condicio sine qua non*-verband aanwezig is tussen de onrechtmatige daad en het verlies van de kans op succes. Deze leer is, nog steeds volgens het subonderdeel, derhalve geëigend om een oplossing te bieden voor sommige situaties waarin onzekerheid bestaat over de vraag of een op zichzelf vaststaande onrechtmatige daad schade heeft veroorzaakt, en waarin die onzekerheid haar grond vindt in de omstandigheid dat niet kan worden vastgesteld of en in hoeverre in de hypothetische situatie dat de onrechtmatige daad achterwege zou zijn gebleven, de kans op succes zich in werkelijkheid ook zou hebben gerealiseerd. De regel leent zich, nog steeds volgens het subonderdeel, derhalve niet voor toepassing in situaties als de onderhavige, waarin het hof heeft beoordeeld welke mogelijkheden H. zou hebben benut in de fictieve situatie dat de Richtlijn (direct) juist zou zijn geïmplementeerd en (direct) een vervaltermijn zou zijn opgenomen gelijk aan of vergelijkbaar met art. 7:640a BW.

Het subonderdeel vervolgt met het betoog dat het hof, indien zijn beslissing in rov. 5.4 aldus moet worden begrepen dat H. een mogelijkheid is ontnomen om zijn vakantiedagen op te nemen en hij daardoor schade heeft geleden, althans heeft verzuimd om (kenbaar) vast te stellen of *condicio sine qua non*-verband aanwezig is tussen de onrechtmatige daad van de Staat en het verlies van de kans van H. op het gebruik maken van de vakantiedagen tijdens zijn arbeidsongeschiktheid.

Althans heeft het hof, indien zijn beslissing in rov. 5.4 aldus moet worden begrepen dat H. een mogelijkheid is ontnomen om zijn vakantiedagen op te nemen en hij daardoor schade heeft geleden, miskend dat het een afweging had moeten maken van de goede en kwade kansen dat H. gebruik zou hebben gemaakt van zijn recht op vakantiedagen,

hetgeen het hof heeft nagelaten. In ieder geval heeft het hof onvoldoende inzicht geboden in zijn gedachtegang in verband met deze goede en kwade kansen. Dat H. in de fictieve situatie gebruik zou hebben gemaakt van zijn gehele recht op vakantiedagen, is bovendien, zonder nadere motivering, die ontbreekt, niet zonder meer begrijpelijk. Naar de Staat heeft aangevoerd werden over het opnemen van vakantiedagen afspraken gemaakt tussen werkgever en de arbeidsgeschiedte of zieke werknemer. Gelet op de noodzaak van deze afspraken, staat niet zonder meer vast dat ook alle vakantiedagen zouden zijn opgenomen.

Het subonderdeel besluit met de klacht dat het hof, indien zijn beslissing in rov. 5.4 aldus moet worden begrepen dat H. een mogelijkheid is ontnomen om zijn vakantiedagen op te nemen en hij daardoor schade heeft geleden, althans heeft miskend dat deze (kans)schade van H. niet zonder meer gelijk is aan de vergoeding waarop hij op grond van art. 7:629 en 7:634 BW aanspraak had kunnen maken indien de Richtlijn op een juiste wijze zou zijn geïmplementeerd.

3.20 Met betrekking tot de eerste klacht van subonderdeel 2.4 (dat H. niet heeft gesteld (i) dat hij niet in staat was de litigieuze vakantiedagen op te nemen, (ii) dat hij dit laatste wel zou hebben gedaan als hij daartoe redelijkerwijs in staat was geweest en (iii) dat hij in voorkomend geval om uitkering van die dagen zou hebben gevraagd), merk ik op dat in het bestreden arrest *niet* valt te lezen dat het hof ervan is uitgegaan dat bij een tijdige implementatie van de Richtlijn waarbij tevens in een vervaltermijn zou zijn voorzien, H. moet worden geacht redelijkerwijs niet in staat te zijn geweest de litigieuze vakantiedagen op te nemen dan wel, zo dat laatste anders zou zijn, die dagen daadwerkelijk zou hebben opgenomen. Het hof heeft dienaangaande niet meer overwogen dan dat 'H. (...) van de (informele) mogelijkheid om vakantie te genieten geen gebruik (heeft) gemaakt' en dat 'er (...) onvoldoende aanwijzingen (zijn) dat dat in de fictieve situatie anders zou zijn geweest', alsmede dat bij een tijdige implementatie waarbij in een vervaltermijn was voorzien, H. 'een reële mogelijkheid zou hebben gehad verval te voorkomen, door voor het einde van de vervaltermijn de vakantiedagen op te nemen.' Evenmin lees ik in het bestreden arrest dat H. in geval van een tijdige implementatie zoals hiervoor bedoeld, om betaling van de betrokken vakantiedagen zou hebben gevraagd. Overigens wijst de Staat terecht erop dat een uitkering wegens niet genoten vakantiedagen slechts bij het einde van de dienstbetrekking aan de orde is (art. 7:641 BW) en dat van een bij het einde van de dienstbetrekking nog bestaande aanspraak op vakantie uiteraard geen sprake is voor zover vakantiedagen reeds zijn genoten of zijn vervallen. De klacht kan bij gebrek aan feitelijke grondslag niet tot cassatie leiden.

3.21 De tweede klacht van het subonderdeel (niet-toepasbaarheid van de leer van de kansschade) gaat uit van de veronderstelling dat het hof de leer

van de kansschade heeft toegepast in verband met de volgens het hof aan H. ontnomen mogelijkheden om tijdig voor het verstrijken van de vervaltermijn de betrokken vakantiedagen alsnog op te nemen of contractueel van de wettelijke regeling van de vervaltermijn af te wijken. Deze veronderstelling mist mijns feitelijke grondslag, nu de formulering van rov. 5.4 daarvoor geen aanknopingspunt biedt.

Overigens meen ik dat de leer van de kansschade⁹² zich in verband met de aan H. ontnomen 'mogelijkheden' inderdaad niet voor toepassing leent, al was het maar omdat die leer betrekking heeft op een kans die zich onafhankelijk van de wil van de betrokken partijen al dan niet realiseert, terwijl in de onderhavige zaak in verband met de door het hof bedoelde mogelijkheden vooral onzeker is of H. zelf ervoor zou hebben gekozen (te trachten van) van die mogelijkheden gebruik te maken. Als 'kans' in de zin van de bedoelde leer zou intussen wel kunnen gelden de kans dat H., zo hij zulks zou hebben getracht, met zijn werkgever overeenstemming zou hebben bereikt over een afwijking van de wettelijke vervaltermijn.

3.22 De derde klacht van het subonderdeel bouwt voort op de veronderstelling dat het hof de leer van de kansschade heeft toegepast en slaagt daarom evenmin.

3.23 De vierde klacht (volgens welke het hof de goede en kwade kansen had moeten afwegen dat H. in de fictieve situatie gebruik zou hebben gemaakt van zijn recht op vakantiedagen) kan evenmin als de beide voorgaande klachten slagen, voor zover zij voortbouwt op de veronderstelling dat het hof de leer van de kansschade zou hebben toegepast. De klacht is echter in die zin niet van iedere grond ontbloot, dat het hof wél (kenbaar) een afweging had moeten maken, weliswaar niet van goede en kwade kansen, maar van de aannemelijkheid dat H. in de fictieve situatie daadwerkelijk en volledig van zijn recht op vakantiedagen gebruik zou hebben gemaakt. Een dergelijke (kenbare) afweging ontbreekt.

3.24 De vijfde klacht van het subonderdeel (volgens welke de ingeval van kansschade verschuldigde vergoeding slechts een nader vast te stellen percentage bedraagt van de vergoeding waarop H. op grond van art. 7:629 en 7:634 BW aanspraak had kunnen maken indien de Richtlijn op een juiste wijze zou zijn geïmplementeerd) bouwt voort op de veronderstelling dat het hof de leer van de kansschade heeft toegepast en moet daarom eveneens bij gebrek aan feitelijke grondslag falen.

3.25 Ook subonderdeel 2.5 richt zich tegen rov. 5.4. Het klaagt allereerst dat, indien de beslissing van het hof aldus moet worden begrepen dat H. in de fictieve situatie mogelijk schade heeft geleden door de onrechtmatige daad van de Staat, maar

⁹² Zie daarvoor in het bijzonder HR 24 oktober 1997, ECLI:NL:HR:1997:AM1905, NJ 1998/257 m.nt. PAS; HR 21 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7491, NJ 2013/237 m.nt. S.D. Lindenbergh.

mogelijk ook door een omstandigheid die voor zijn eigen risico komt (het niet opnemen van de vakantiedagen) en het hof heeft beslist dat de kans dat H. zijn vakantiedagen niet geheel zou opnemen verwaarloosbaar klein is, zijn beslissing, zonder nadere motivering, die ontbreekt, onbegrijpelijk is. Naar de Staat heeft aangevoerd, werden over het opnemen van vakantiedagen afspraken gemaakt tussen werkgever en de arbeidsgeschiedte of zieke werknemer. Gelet op de noodzaak van deze afspraken, staat niet zonder meer vast dat ook alle vakantiedagen zouden zijn opgenomen.

Voorts klaagt het subonderdeel dat, indien de beslissing in rov. 5.4 aldus moet worden begrepen dat H. in de fictieve situatie mogelijk schade heeft geleden door de onrechtmatige daad van de Staat, maar mogelijk ook door een omstandigheid die voor zijn eigen risico komt (het niet opnemen van de vakantiedagen) en het hof heeft beslist dat de kans dat H. zijn vakantiedagen niet zou opnemen niet zeer klein is en daarom de leer van de proportionele aansprakelijkheid heeft toegepast, het heeft miskend dat het slechts schadevergoeding in evenredigheid met de in een percentage uitgedrukte kans dat de schade door de normschending van de Staat is veroorzaakt had kunnen toewijzen en bovendien in zijn motivering diende te verantwoorden dat de strekking van de geschonden norm en de aard van de normschending — waaronder is begrepen de aard van de door de benadeelde geleden schade — deze toepassing in het concrete geval rechtvaardigen. In ieder geval heeft het hof onvoldoende inzicht geboden in zijn gedachtegang waarom in het onderhavige geval de leer van de proportionele aansprakelijkheid kan worden toegepast en waarom de Staat in dat geval voor de gehele door H. geleden schade aansprakelijk is.

3.26 De beide klachten van het subonderdeel berusten op een lezing van de beslissing in rov. 5.4, slot, volgens welke het hof zou hebben geoordeeld dat, indien wordt uitgegaan van een fictieve situatie waarin een deugdelijke implementatie van de Richtlijn mede een vervaltermijn zou hebben omvat, zulks dient te leiden tot de conclusie dat H. mogelijk schade heeft geleden door de onrechtmatige daad van de Staat (het niet tijdig en naar behoren implementeren van de Richtlijn), maar mogelijk ook door een omstandigheid die voor zijn eigen risico komt (het niet tijdig opnemen van de vakantiedagen), en dat de kans dat H. zijn vakantiedagen niet geheel zou opnemen verwaarloosbaar klein (de eerste klacht) respectievelijk niet zeer klein is (de tweede klacht).⁹³ Voor deze lezing biedt het bestreden arrest mijns inziens geen aanknopingspunten. Het hof heeft de Staat volledig aansprakelijk geacht, zonder in aanmerking te nemen dat ook bij een deugdelijke

implementatie, zoals de Staat heeft gesteld, een vervaltermijn zou hebben gegolden. Daaraan doet niet af dat het hof aan het slot van rov. 5.4 nog wel een tweetal 'mogelijkheden' heeft genoemd waarover H. had kunnen beschikken als een tijdige implementatie van de Richtlijn mede een vervaltermijn had omvat. Het hof heeft echter niet uitgewerkt of de Staat ook in dat geval, geheel of gedeeltelijk, voor de gestelde schade aansprakelijk zou zijn.

3.27 *Subonderdeel 2.6* richt zich tegen de passage in rov. 5.4 dat, indien ervan zou moeten worden uitgegaan dat in de fictieve situatie een vervaltermijn zou hebben gegolden, H. zich bij tijdige invoering van de in geding zijnde wetswijzigingen bewust had kunnen/moeten zijn van de vervaltermijn en dus een reële mogelijkheid zou hebben gehad om bij schriftelijke overeenkomst (ten gunste van H.) van de vervaltermijn van art. 7:640a BW af te wijken. Volgens het subonderdeel is het hof met deze beslissing buiten de grenzen van de rechtsstrijd getreden of heeft het hof althans ten onrechte de feitelijke grondslag van de vordering van H. aangevuld. H. heeft zich immers niet erop beroepen dat hij (gelet op de mogelijkheid die art. 7:640a BW thans biedt) een afwijkende regeling met zijn werkgever zou zijn overeengekomen ten aanzien van het vervallen van vakantiedagen.

Althans heeft het hof volgens het subonderdeel miskend dat de mogelijkheid om contractueel af te wijken slechts relevant is voor zover H. heeft gesteld (en zo nodig aannemelijk heeft gemaakt) dat dit voor hem een reële mogelijkheid was (mede gelet op hetgeen zijn werkgever met andere werknemers is overeengekomen) en door hem ook zou zijn overeengekomen. In ieder geval valt, nu H. het vorenstaande niet aannemelijk heeft gemaakt, niet in te zien waarom H. in de fictieve situatie van de mogelijkheid om af te wijken van de (met de Richtlijn in overeenstemming zijnde) vervaltermijn gebruik zou hebben gemaakt of zou hebben kunnen maken, aldus het subonderdeel.

Het subonderdeel betoogt verder dat althans subonderdeel 2.4 bij gegrondbevinding van (één van) de daarin geformuleerde klachten de zojuist bedoelde beslissing van het hof in rov. 5.4 vitiëert, indien deze aldus moet worden begrepen dat H. een mogelijkheid is ontnomen om in de fictieve situatie bij overeenkomst af te wijken van de met de Richtlijn in overeenstemming zijnde vervaltermijn en hij daardoor schade heeft geleden.

Ten slotte betoogt het subonderdeel dat althans onderdeel 2.5 bij gegrondbevinding van (één van) de daarin geformuleerde klachten de zojuist bedoelde beslissing van het hof in rov. 5.4 vitiëert, indien deze aldus moet worden begrepen dat H. in de fictieve situatie mogelijk schade heeft geleden door de onrechtmatige daad van de Staat, maar mogelijk ook door een omstandigheid die voor zijn eigen risico komt (het niet overeenkomen van een afwijking van de vervaltermijn). In ieder geval heeft het hof in dat geval onvoldoende inzicht geboden in zijn gedachtegang waarom in het onderhavige geval

⁹³ Kennelijk zoekt het subonderdeel aansluiting bij hetgeen de Hoge Raad over de leer van de proportionele aansprakelijkheid heeft overwogen. Zie HR 21 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7491, NJ 2013/237 m.nt. S.D. Lindenberg, rov. 3.5.2.

de leer van de proportionele aansprakelijkheid kan worden toegepast en waarom de Staat in dat geval voor de gehele door H. geleden schade aansprakelijk is, aldus nog steeds subonderdeel 2.6.

3.28 Het hof heeft niet vastgesteld dat H. in de fictieve situatie van een tijdige en deugdelijke implementatie daadwerkelijk en met succes van de mogelijkheid om met zijn werkgever een afwijking van de wettelijke vervaltermijn overeen te komen, gebruik zou hebben gemaakt. Het hof heeft slechts de wettelijke (in art. 7:640a BW genoemde) mogelijkheid van een dergelijke afwijking genoemd (mogelijk om het belang van de vervaltermijn enigszins te relativeren), maar zonder aan die mogelijkheid welbepaalde gevolgen voor de (al dan niet) aansprakelijkheid van de Staat voor de door H. gestelde schade te verbinden. Naar mijn mening is het hof aldus niet buiten de grenzen van de rechtsstrijd getreden en heeft het evenmin de grondslag van de vordering van H. aangevuld. De eerste klacht van het subonderdeel kan daarom niet slagen.

De laatste twee klachten van het subonderdeel gaan uit van de veronderstelling dat de subonderdelen 2.4 respectievelijk 2.5 gegrond worden bevonden. Nu deze subonderdelen mijns inziens niet slagen, moeten de beide laatste klachten in dat lot delen.

3.29 *Subonderdeel 2.7* richt zich tegen de passage in rov. 5.4 dat, indien ervan zou moeten worden uitgegaan dat in de fictieve situatie een vervaltermijn zou hebben gegolden, H. zich bij tijdige invoering van de in geding zijnde wetswijzigingen bewust had kunnen/moeten zijn van de vervaltermijn en dus een reële mogelijkheid zou hebben gehad verval te voorkomen, door voor het einde van de vervaltermijn de vakantiedagen op te nemen, welke mogelijkheid hem nu is ontnomen, en voorts tegen de overweging dat hetzelfde geldt voor de mogelijkheid om bij schriftelijke overeenkomst (ten gunste van H.) af te wijken van de vervaltermijn van art. 7:640a BW.

Het subonderdeel klaagt dat, indien 's hofs beslissing aldus moet worden begrepen dat de omstandigheid dat de schade van H. door het geen aanspraak meer kunnen maken op uitbetaling van de vakantiedagen aan het einde van zijn dienstbetrekking en het niet afwijken van de vervaltermijn bij overeenkomst ook zou zijn ontstaan in de fictieve situatie dat de Richtlijn (direct) juist zou zijn omgezet en een (met de Richtlijn in overeenstemming zijnde) vervaltermijn zou zijn opgenomen die gelijk of vergelijkbaar is met art. 7:640a BW, een latere omstandigheid is die niet kan afdoen aan de aansprakelijkheid van de Staat wegens onjuiste implementatie van de Richtlijn en het causaal verband tussen dit handelen en de schade van H., zijn beslissing rechtens onjuist, althans zonder nadere motivering, die ontbreekt, onbegrijpelijk is. Het hof heeft in dat geval miskend dat de bedoelde regel niet ziet op gevallen als de onderhavige waarin een vergelijkend plaatsvindt met een fictieve situatie, maar slechts op gevallen waarin de schade door een

daadwerkelijk plaatsgevonden hebbende latere omstandigheid eveneens is ingetreden.

Althans zijn, nog steeds volgens het subonderdeel, het wel of niet opnemen van vakantiedagen door H. en het wel of niet wel schriftelijk met diens werkgever overeenkomen van een afwijking van de vervaltermijn omstandigheden die voor rekening van H. komen en daarmee relevant zijn bij de beoordeling van de vraag of causaal verband bestaat tussen zijn schade en het handelen van de Staat.

3.30 Het subonderdeel kan bij gebrek aan feitelijke grondslag niet tot cassatie leiden. Niets wijst erop dat het hof heeft aangenomen dat H. in de in aanmerking te nemen fictieve situatie waarin tevens in een vervaltermijn zou zijn voorzien, eveneens schade zou hebben geleden, maar zulks om de door het subonderdeel bedoelde reden buiten beschouwing zou moeten blijven.⁹⁴

3.31 *Onderdeel 3* betoogt dat, als de klachten van de onderdelen 1 en 2 gegrond worden bevonden, ook de beslissingen in de rov. 5.5 en 6.3 niet in stand kunnen blijven.

3.32 Nu, naar mij voorkomt, de klachten van de klachten van de onderdelen 1 en 2 gedeeltelijk gegrond zijn, kunnen ook de door het onderdeel bedoelde beslissingen niet in stand blijven.

4 Conclusie

De conclusie strekt tot vernietiging en verwijzing.

Hoge Raad:

1. *Het geding in feitelijke instanties*

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar de navolgende stukken:

- a. het vonnis in de zaak 1054692 RL EXPL 11-9915 van de kantonrechter te 's-Gravenhage van 6 februari 2012;
 - b. het arrest in de zaak 200.106.071/01 van het Gerechtshof Den Haag van 15 oktober 2013.
- Het arrest van het hof is aan dit arrest gehecht.

2. *Het geding in cassatie*

Tegen het arrest van het hof heeft de Staat beroep in cassatie ingesteld. De cassatiedagvaarding en het herstelexploit zijn aan dit arrest gehecht en maken daarvan deel uit.

H. heeft geconcludeerd tot verwerping van het beroep.

De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten, en voor H. mede door mr. L.J. Burgman, A.M. ter Haar en A.A. Kleinhout.

De conclusie van de Advocaat-Generaal L.A.D. Keus strekt tot vernietiging en verwijzing.

⁹⁴ Uit de schriftelijke toelichting van de Staat blijkt dat het subonderdeel ziet op de leer van de hypothetische causaliteit. In de schriftelijke toelichting is verwezen naar HR 23 juni 1989 (*Kennis/Budel*), ECLI:NL:HR:1989:AD0832, NJ 1990/441 en HR 7 december 2001 (*Leeuwarden/Los*), ECLI:NL:HR:2001:AB2795, NJ 2002/576 m.nt. JBMV.

De advocaat van H. heeft bij brief van 10 april 2015 op die conclusie gereageerd.

3. *Beoordeling van het middel*

3.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) H. is op grond van een arbeidsovereenkomst werkzaam geweest voor Hoft Transport. Die arbeidsovereenkomst is met toestemming van het CWI per 1 juni 2009 beëindigd. H. was sinds 1 april 2007 arbeidsongeschikt.

(ii) Op grond van de eerste volzin van het tot 1 januari 2012 van kracht geweest zijnde art. 7:635 lid 4 (oud) BW verwierf een werknemer die wegens ziekte geen arbeid verricht, slechts aanspraak op vakantie over het tijdvak van de laatste zes maanden waarin de arbeid niet werd verricht. Overeenkomstig deze bepaling heeft H. over de periode waarin hij arbeidsongeschikt was alleen een vergoeding ontvangen voor de 12,5 vakantiedagen die hij heeft opgebouwd gedurende de laatste zes maanden van zijn dienstverband.

(iii) In Richtlijn 93/104/EG van de Raad van 23 november 1993 betreffende een aantal aspecten van de organisatie van de arbeidstijd (hierna: Richtlijn 93/104) is onder meer bepaald:

“Artikel 7

Jaarlijkse vakantie

1. De Lid-Staten treffen de nodige maatregelen opdat aan alle werknemers jaarlijks een vakantie met behoud van loon van ten minste vier weken wordt toegekend, overeenkomstig de in de nationale wetten en/of gebruiken geldende voorwaarden voor het recht op en de toekenning van een dergelijke vakantie.

2. De minimumperiode van de jaarlijkse vakantie met behoud van loon kan niet door een financiële vergoeding worden vervangen, behalve in geval van beëindiging van het dienstverband.
(...)

Artikel 15

Gunstiger bepalingen

Deze richtlijn staat er niet aan in de weg dat de Lid-Staten wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen toepassen of invoeren die gunstiger zijn voor de bescherming van de veiligheid en de gezondheid van de werknemers, dan wel de toepassing bevorderen of mogelijk maken van collectieve overeenkomsten of bedrijfsakkoorden tussen de sociale partners die gunstiger zijn voor de bescherming van de veiligheid en de gezondheid van de werknemers.

(...)

Artikel 17

Afwijkingen

1. Met inachtneming van de algemene beginselen inzake de bescherming van de veiligheid en de gezondheid van de werknemers, kunnen de Lid-Staten afwijken van de artikelen 3, 4, 5, 6, 8 en 16, wanneer (...)

(...)

Artikel 18

Slotbepalingen

1. a) De Lid-Staten doen de nodige wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in werking treden om uiterlijk op 23 november 1996 aan deze richtlijn te voldoen of vergewissen zich er uiterlijk op die datum van dat de sociale partners via overeenkomsten de nodige maatregelen nemen; de Lid-Staten nemen in dit laatste geval alle noodzakelijke maatregelen om te allen tijde de door deze richtlijn geëiste resultaten te kunnen waarborgen. (...)

(iv) Richtlijn 93/104 is nader gecodificeerd in Richtlijn 2003/88/EG betreffende een aantal aspecten van de organisatie van de arbeidstijd (hierna: Richtlijn 2003/88). De art. 7, 15 lid 1 en 17 lid 1 van Richtlijn 2003/88 stemmen (letterlijk) overeen met de hiervoor onder (iii) aangehaalde art. 7, 15 lid 1 en 17 lid 1 van Richtlijn 93/104. Op grond van art. 27 lid 1 Richtlijn 2003/88/EG en bijlage IB bij die richtlijn blijft de uiterste implementatiedatum van 23 november 1996 gehandhaafd voor gecodificeerde bepalingen van Richtlijn 93/104.

(v) In HvJ EU 26 juni 2001, zaak C-173/99, ECLI:EU:C:2001:356, *NJ* 2002/2 (*Bectu*) is onder meer overwogen:

“43. Blijkens het voorgaande moet het recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon van elke werknemer worden beschouwd als een bijzonder belangrijk beginsel van communautair sociaal recht, waarvan niet mag worden afgeweken en waaraan de bevoegde nationale autoriteiten slechts uitvoering mogen geven binnen de uitdrukkelijk in richtlijn 93/104 zelf opgesomde grenzen.

44. Het is in dit verband veelbetekend, dat de richtlijn daarenboven de regel invoert, dat de werknemer in normale omstandigheden in het belang van een doeltreffende bescherming van zijn veiligheid en gezondheid daadwerkelijke rust moet kunnen genieten, aangezien krachtens artikel 7, lid 2, het recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon alleen in geval van beëindiging van het dienstverband kan worden vervangen door een financiële vergoeding.

45. Hieraan moet worden toegevoegd, dat richtlijn 93/104 haar toepassingsgebied ruim definieert, aangezien zij blijkens artikel 1, lid 3, van toepassing is op alle particuliere of openbare sectoren in de zin van artikel 2 van richtlijn

89/391, met uitzondering van een aantal uitdrukkelijk opgesomde specifieke sectoren.

46. Bovendien maakt richtlijn 93/104 geen onderscheid tussen werknemers met een overeenkomst van onbepaalde duur en werknemers met een overeenkomst van bepaalde duur. Integendeel, wat meer bepaald de in afdeling II van deze richtlijn opgenomen bepalingen inzake de minimumrusttijden betreft, deze hebben meestal betrekking op 'alle werknemers'. Dit geldt inzonderheid voor het in artikel 7, lid 1, van deze richtlijn neergelegde recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon.

47. Uit een en ander volgt dat, gelet op het doel en de opzet van richtlijn 93/104, de jaarlijkse vakantie met behoud van loon (...) van vier weken (...) een sociaal recht is dat door deze richtlijn rechtstreeks aan alle werknemers is toegekend als een ter bescherming van hun veiligheid en hun gezondheid noodzakelijk minimumvoorschrift.

48. Een regeling van een lidstaat zoals die welke in het hoofdgeding aan de orde is, die het ontstaan van het recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon doet afhangen van een voorwaarde die bepaalde werknemers belet dit recht te verwerven, holt niet alleen een uitdrukkelijk door richtlijn 93/104 toegekend individueel recht uit, maar is tevens in strijd met het doel van deze richtlijn.

49. Krachtens een dergelijke regeling wordt de werknemers wier dienstverband vóór het verstrijken van het minimumtijdvak van dertien weken ononderbroken tewerkstelling bij dezelfde werkgever wordt beëindigd, elk recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon ontzegd terwijl zij evenmin een financiële vergoeding ontvangen, ofschoon zij daadwerkelijk gedurende zekere tijd hebben gewerkt en overeenkomstig de richtlijn minimumrusttijden onontbeerlijk zijn voor de bescherming van hun veiligheid en hun gezondheid.

50. Een dergelijke nationale regeling is bovendien kennelijk onverenigbaar met de opzet van de richtlijn, die, in tegenstelling tot andere materies die onder haar toepassingsgebied vallen, voor het recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon in geen enkele mogelijkheid tot afwijking voorziet en er zich dus a fortiori tegen verzet, dat een lidstaat eenzijdig dit door richtlijn 93/104 aan alle werknemers toegekende recht beperkt. Ingevolge artikel 17 mogen de lidstaten de krachten de richtlijn toegestane afwijkingen slechts toepassen op voorwaarde dat zij compenserende rusttijden of een andere passende bescherming bieden. Aangezien een soortgelijke voorwaarde niet is gesteld voor het recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon, is het des te duidelijker dat het niet de bedoeling van de richtlijn was de lidstaten toe te staan van dit recht af te wijken.

(...)

52. Richtlijn 93/104 moet derhalve aldus worden uitgelegd, dat zij er zich tegen verzet, dat lidstaten het aan alle werknemers toegekende recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon eenzijdig beperken door het ontstaan van dit recht te doen afhangen van een voorwaarde die tot gevolg heeft, dat bepaalde werknemers van dit recht worden uitgesloten.

53. De uitdrukking 'overeenkomstig de in de nationale wetten en/of gebruiken geldende voorwaarden voor het recht op en de toekenning van' dient derhalve aldus te worden uitgelegd, dat zij alleen slaat op de toepassingsmodaliteiten van de jaarlijkse vakantie met behoud van loon in de verschillende lidstaten. Zoals de advocaat-generaal in punt 34 van zijn conclusie heeft opgemerkt, mogen de lidstaten in hun interne regeling dus de voorwaarden voor de uitoefening en de tenuitvoerlegging van het recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon vastleggen door de concrete omstandigheden te bepalen waarin de werknemers gebruik mogen maken van dit recht, dat hun toekomt op grond van alle vervulde tijdvakken van tewerkstelling, zonder dat zij echter het ontstaan zelf van dit rechtstreeks uit richtlijn 93/104 voortvloeiende recht van enigerlei voorwaarde afhankelijk mogen stellen."

(vi) In HvJ EU 20 januari 2009, gevoegde zaken C-350/06 en C-520/06, ECLI:EU:C:2009:18, NJ 2009/252 (*Schultz-Hoff*) is overwogen:

"54. In dit verband moet er allereerst aan worden herinnerd dat, zoals reeds blijkt uit de formulering van artikel 7, lid 1, van richtlijn 2003/88, een bepaling waarvan ingevolge deze richtlijn niet kan worden afgeweken, alle werknemers jaarlijks een vakantie met behoud van loon wordt toegekend van ten minste vier weken. Dit recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon, dat volgens de in punt 22 van dit arrest genoemde rechtspraak moet worden beschouwd als een bijzonder belangrijk beginsel van communautair sociaal recht, wordt dus toegekend aan alle werknemers, ongeacht hun gezondheidstoestand.

55. Voorts, zoals uit punt 52 van dit arrest volgt, vervalt het recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon niet aan het einde van de referentieperiode en/of van een naar nationaal recht vastgestelde overdrachtsperiode, wanneer de werknemer met ziekteverlof is geweest tijdens de gehele referentieperiode of een deel ervan en niet daadwerkelijk de mogelijkheid heeft gehad om van dit hem door richtlijn 2003/88 verleende recht gebruik te maken.

(...)

62. Gezien al het voorgaande moet op de tweede en de derde vraag in zaak C-350/06, voor zover deze laatste betrekking heeft op de financiële vergoeding van aan het einde van de arbeids-verhouding niet opgenomen jaarlijkse vakantie, alsmede op de tweede vraag in

zaak C-520/06 worden geantwoord dat artikel 7, lid 2, van richtlijn 2003/88 aldus moet worden uitgelegd dat het in de weg staat aan nationale bepalingen of gebruiken volgens welke aan het einde van de arbeids-verhouding geen financiële vergoeding wegens niet opgenomen jaarlijkse vakantie met behoud van loon wordt betaald aan de werknemer die tijdens de gehele referentieperiode en/of overdrachtsperiode dan wel een deel ervan met ziekteverlof is geweest, waardoor hij geen gebruik heeft kunnen maken van zijn recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon.

(vii) Het arrest *Schultz-Hoff* heeft geleid tot aanpassing van het Burgerlijk Wetboek. Het hiervoor onder (ii) genoemde art. 7:635 lid 4 (oud) BW is geschrapt en in plaats daarvan is art. 7:640a BW ingevoerd. Op grond van deze bepaling geldt voor het opnemen van vakantiedagen een vervalt termijn van zes maanden na de laatste dag van het kalenderjaar waarin de aanspraak is verworven, tenzij de werknemer tot aan dat tijdstip redelijkerwijs niet in staat is geweest om vakantie op te nemen. Op grond van art. 225 Overgangswet nieuw Burgerlijk Wetboek is de vervalt termijn van art. 7:640a BW uitsluitend van toepassing op vakantiedagen die zijn opgebouwd na 1 januari 2012.

(viii) In de memorie van toelichting is deze wijziging onder meer als volgt toegelicht:

"In 2009 heeft het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (HvJ EG) uitspraak gedaan in enkele prejudiciële zaken (...). Het HvJ EG heeft in deze uitspraken artikel 7 van de richtlijn 2003/88/EG zo uitgelegd dat het recht op jaarlijkse vakantie van vier weken met behoud van loon, toekomt aan alle werknemers, ongeacht hun gezondheidstoestand. Ook zieke werknemers die door hun arbeidsongeschiktheid (gedeeltelijk) geen arbeid hebben verricht, hebben volledig recht op de jaarlijkse minimumvakantie met doorbetaling van loon. Door de uitspraken van het HvJ EG is een wijziging van de bepalingen in het Burgerlijk Wetboek (BW) betreffende de opbouw van minimum vakantieaanspraken bij ziekte noodzakelijk ten einde de Nederlandse wet- en regelgeving in overeenstemming te brengen met de uitleg die het HvJ EG geeft aan artikel 7 van voornoemde richtlijn. Dit wetsvoorstel voorziet daarin." (*Kamerstukken II* 2009/10, 32 465, nr. 3, p. 1)

3.2.1 H. vordert in deze procedure een schadevergoeding van € 2.651. Aan deze vordering heeft hij ten grondslag gelegd dat de Staat onrechtmatig jegens hem heeft gehandeld door art. 7 van (thans) Richtlijn 2003/88 niet binnen de daarvoor bepaalde termijn te implementeren. Van zijn werkgever heeft hij overeenkomstig art. 7:635 lid 4 (oud) BW alleen vergoeding ontvangen voor de 12,5 vakantiedagen (100 uur) die hij heeft opgebouwd gedurende de laatste zes maanden van zijn dienstverband, terwijl hij recht had op vier weken vakantie per jaar, zijnde in twee jaar 40 vakantiedagen (320 uur). Hij is aldus

220 uur vakantie misgelopen, hetgeen overeenkomt met een bedrag van € 2.651.

3.2.2 De kantonrechter heeft de vordering van H. toegewezen. Naar hij oordeelde, dient de vordering te worden beoordeeld aan de hand van de maatstaven van HvJ EU 5 maart 1996, gevoegde zaken C-46/93 en C-48/93, ECLI:EU:C:1996:79, *NJ* 1997/145 (*Brasserie du Pêcheur*). Hij achtte daarom beslissend of de Staat door art. 7 van (thans) Richtlijn 2003/88 niet te implementeren de grenzen van zijn discretionaire bevoegdheid kennelijk en ernstig heeft miskend. Die vraag beantwoordde hij bevestigend omdat hij van oordeel was dat uit de hiervoor in 3.1 onder (v) aangehaalde overwegingen van het *Bectu*-arrest van het HvJ EU volgt dat genoemde bepaling in de weg staat aan een regeling als art. 7:635 lid 4 (oud) BW bevatte, en dat de Staat sinds die uitspraak niet langer heeft kunnen volhouden dat aanpassing van die bepaling niet nodig was. (rov. 4.2-4.5)

Causaal verband tussen het niet tijdig implementeren van art. 7 van de richtlijnen en het door H. gestelde mislopen van vakantiedagen achtte de kantonrechter aannemelijk. Daarbij verwierp hij het verweer van de Staat dat bij eerdere invoering van art. 7:640a BW de aanspraak op die vakantiedagen zou zijn vervallen op grond van die bepaling, zowel omdat hij te onzeker achtte dat bij een eerdere implementatie van art. 7 van de richtlijnen die bepaling zou zijn ingevoerd, als omdat H. bij een eerdere invoering van art. 7:640a BW zijn gedrag op die bepaling had kunnen afstemmen. (rov. 4.6-4.8)

3.3 Het hof heeft het vonnis van de kantonrechter bekrachtigd. Daartoe heeft het als volgt overwogen.

Het standpunt van de Staat dat wetgeving in formele zin geen onrechtmatige daad kan opleveren, is ongegrond. Naar Nederlands recht levert het uitvaardigen en handhaven van een met hogere regelgeving strijdige regeling een onrechtmatige daad op. Met het uitvaardigen en handhaven van een dergelijke regeling, staat bovendien ook de schuld in beginsel vast (HR 9 mei 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC0867, *NJ* 1987/252 (*Staat/Van Gelder*)). Nu niet bestreden is dat de in geding zijnde Nederlandse wetgeving betreffende de opbouw van vakantieaanspraken bij ziekte niet in overeenstemming was met hogere regelgeving, te weten Richtlijn 2003/88, volgt daaruit dat de Staat onrechtmatig heeft gehandeld. (rov. 4.3)

Met betrekking tot de vraag of de niet-implementatie van Richtlijn 2003/88 tot schade heeft geleid voor H., heeft het hof, kort gezegd, het hiervoor in 3.2.2 weergegeven oordeel van de kantonrechter onderschreven (rov. 5.2-5.5).

3.4.1 Onderdeel 1 bestrijdt het oordeel van het hof dat de Staat toerekenbaar onrechtmatig heeft gehandeld. Het voert in de eerste plaats aan dat strijd van wetgeving in formele zin met hogere regelgeving niet kan leiden tot een verplichting tot schadevergoeding uit onrechtmatige daad omdat de gevolgen van die strijd beperkt zijn tot die welke zijn genoemd in art. 94 Grondwet, te weten dat die

wetgeving geen toepassing kan vinden, en dat voor het overige het toetsingsverbod geldt van art. 120 Grondwet.

3.4.2 Deze klacht faalt. Het in art. 94 Grondwet bepaalde brengt mee dat wetgeving in formele zin moet worden getoetst aan een ieder verbindende bepalingen van verdragen en van besluiten van internationale volkenrechtelijke organisaties. Is wetgeving in formele zin in strijd met zulke bepalingen, dan heeft dat niet alleen tot gevolg dat de desbetreffende wetgeving buiten toepassing moet blijven, maar ook dat het uitvaardigen en handhaven van die wetgeving onrechtmatig is en daarom op grond van art. 6:162 BW de Staat verplicht tot betaling van schadevergoeding, mits aan de overige voorwaarden voor aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad is voldaan.

Dat in dat geval aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad bestaat, strookt met de aan de art. 93 en 94 Grondwet ten grondslag liggende gedachte dat de daar genoemde bepalingen zoveel mogelijk in de nationale rechtsorde tot gelding moeten komen, zonder dat de wetgever daarin afzonderlijk behoeft te voorzien. Daarmee wordt verzekerd dat de rechtstoepassing in Nederland in overeenstemming is met die bepalingen, tot welk resultaat de Staat zich heeft verplicht door zich te binden aan de in deze artikelen genoemde verdragen en besluiten. De verplichting tot vergoeding van schade vormt bij uitstek een effectieve en adequate remedie bij niet-naleving van die bepalingen door de Staat.

Er is dan ook geen grond om voor het uitvaardigen en handhaven van wetgeving in formele zin een uitzondering te maken op het in art. 6:162 BW bepaalde. Het toetsingsverbod van art. 120 Grondwet brengt niet iets anders mee, nu dat verbod ziet op de toetsing van wetgeving in formele zin aan de Grondwet en aan fundamentele rechtsbeginselen, en dat verbod geen betrekking heeft op de toetsing aan bepalingen als bedoeld in art. 94 Grondwet (HR 14 april 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD5725, NJ 1989/469 (Harmonisatiewet)).

3.4.3 Anders dan het onderdeel betoogt, geldt het hiervoor in 3.4.2 overwogene ook bij strijd met rechtstreeks werkend Unierecht, welk recht krachtens het VWEU uit eigen hoofde in de lidstaten geldt (onder meer HvJ EU 5 februari 1963, zaak C-26/62, ECLI:EU:C:1963:1, *Jur.* 1963, p. 7 (*Van Gend & Loos*) en HvJ EU 15 juli 1964, zaak C-6/64, ECLI:EU:C:1964:66, *Jur.* 1964, p. 1207 (*Costa/ENEL*)) en dus ook in de Nederlandse rechtsorde (HR 2 november 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR1797, NJ 2005/80). Er bestaat geen grond om voor dat recht een uitzondering te maken. Integendeel, het van het Unierecht deel uitmakende gelijkwaardigheidsbeginsel verzet zich juist daartegen.

3.4.4 Ook indien het gaat om een te late of onjuiste implementatie van een Europese richtlijn bestaat, anders dan het onderdeel aanvoert, geen grond voor een uitzondering. Weliswaar voert het onderdeel met juistheid aan dat strijd met een niet-tijdig geïmplementeerde richtlijn niet leidt tot het gevolg dat de

nationale wetgeving buiten toepassing moet blijven, maar de niet-tijdige of onjuiste implementatie van een richtlijn komt in strijd met de verplichting van de Staat op grond van art. 4 lid 3 VEU en 288 derde volzin VWEU en is om die reden onrechtmatig (vgl. HR 21 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE8462, NJ 2003/691 (*Waterpakt*)). Dat geldt ook in het geval het gaat om wetgeving in formele zin.

3.5.1 Het onderdeel bevat voorts de klacht dat het hof ten onrechte is uitgegaan van de regel van het arrest *Staat/Van Gelder*, dat in beginsel de schuld is gegeven van het overheidslichaam dat het met een hogere regeling strijdig voorschrift heeft uitgevaardigd.

3.5.2 Deze klacht faalt. In het arrest *Staat/Van Gelder* is beslist dat indien een overheidslichaam een onrechtmatige daad pleegt door een met een hogere regeling strijdig voorschrift uit te vaardigen en op grond van dit voorschrift te handelen, daarmee in beginsel de schuld van het overheidslichaam is gegeven (lees thans: de toerekenbaarheid aan het overheidslichaam is gegeven). Er bestaat onvoldoende grond om deze regel niet toe te passen ingeval wetgeving in formele zin strijdt met rechtstreeks werkend internationaal recht of met de verplichting tot implementatie van een Europese richtlijn. De wetgever in formele zin en dus de Staat draagt immers de verantwoordelijkheid ervoor te zorgen dat de door hem uitgevaardigde wetgeving daarmee in overeenstemming is. Het ligt op de weg van de Staat de feiten en omstandigheden te stellen die in het voorliggende geval een uitzondering op het in dat arrest genoemde beginsel rechtvaardigen.

3.5.3 Het hof heeft in dit geval geen grond aanwezig geoordeeld voor een uitzondering op het beginsel van genoemd arrest. Dat geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting. De Staat diende immers in elk geval na het hiervoor in 3.1 onder (v) genoemde *Bectu*-arrest van het HvJ EU rekening te houden met de uitleg van art. 7 van Richtlijnen 93/104 en 2003/88 die het HvJ EU met zoveel woorden heeft gegeven in het arrest *Schultz-Hoff*. In het *Bectu*-arrest is uitdrukkelijk overwogen (punt 53) dat de uitdrukking in art. 7 lid 1 Richtlijn 'overeenkomstig de in de nationale wetten en/of gebruiken geldende voorwaarden voor het recht op en de toekenning van een dergelijke vakantie' slechts betrekking heeft op de toepassingsmodaliteiten van de jaarlijkse vakantie en dat de nationale regelingen het ontstaan zelf van het recht op vakantie niet van enigerlei voorwaarde afhankelijk mogen stellen.

3.5.4 Het hof heeft dus terecht geoordeeld dat sprake is van een toerekenbare onrechtmatige daad van de Staat. Daaruit volgt, anders dan het onderdeel betoogt, dat voor het hof geen aanleiding bestond om de vordering van H. nog (mede) te beoordelen aan de hand van de maatstaven die door het HvJ EU zijn ontwikkeld voor de aansprakelijkheid van de lidstaten voor de niet-naleving van het Unierecht (onder meer HvJ EU 19 november 1991, gevoegde zaken C-6/90 en C-9/90, ECLI:EU:C:1991:428, NJ

1994/2 (*Francovich*) en het hiervoor in 3.2.2 genoemde arrest *Brasserie du Pêcheur*).

3.5.5 Uit het vorenstaande volgt dat ook de overige klachten van het onderdeel niet tot cassatie kunnen leiden.

3.6.1 Onderdeel 2 keert zich tegen het oordeel van het hof dat H. door niet-tijdige implementatie van de richtlijnen vakantiedagen is misgelopen en daardoor schade heeft geleden.

3.6.2 Ook dit onderdeel faalt. Indien art. 7 van (thans) Richtlijn 2003/88 tijdig was geïmplementeerd, dan zou H., overeenkomstig die bepaling, de mogelijkheid hebben gehad om de thans door hem misgelopen vakantiedagen op enig tijdstip op te nemen dan wel aanspraak hebben kunnen maken op vergoeding daarvan, welke mogelijkheid en aanspraak hem als gevolg van het in art. 7:635 lid 4 (oud) BW bepaalde hebben ontbroken. Bij de vaststelling van de schade die H. heeft geleden, mag uitgangspunt zijn dat bij een tijdige implementatie hij van deze voor hem gunstige mogelijkheid of aanspraak gebruik zou hebben gemaakt. Het lag daarom in beginsel op de weg van de Staat om feiten en omstandigheden aan te voeren waaruit het tegendeel kan volgen. De verwerping door het hof van het verweer van de Staat, dat onder meer ervan uitgaat dat de stelplicht en bewijslast terzake bij H. berusten, op de gronden die het hof daartoe heeft gebezigd — onder meer inhoudende dat H. zijn gedrag zou hebben afgestemd op de regels die gegolden zouden hebben bij een tijdige implementatie —, geeft daarom geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en behoefde geen nadere motivering.

4 Beslissing

De Hoge Raad:

verwerpt het beroep;

veroordeelt de Staat in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van H. begroot op € 380,34 aan verschotten en € 2.200 voor salaris.

Noot

1. Dit is een belangrijk arrest, dat het nationaal-rechtelijke overheidsaansprakelijkheidsrecht toepast en toesnijdt op schending van Unierecht in de vorm van onjuiste (en te late) implementatie van een richtlijn.

2. De casus die eraan ten grondslag ligt is eenvoudig. Habing, in dienst van Hoft Transport, is na een periode van ziekte van twee jaar in juni 2009 ontslagen. Volgens art. 7:635 lid 4 (oud) BW had hij als werknemer die wegens ziekte geen arbeid verrichtte slechts aanspraak op vakantie over de laatste zes maanden waarin de arbeid niet werd verricht. Volgens Richtlijn 93/104/EG (nader gecodificeerd in Richtlijn 2003/88/EG) dienen lidstaten evenwel te voorzien in een jaarlijkse vakantie met behoud van loon van ten minste vier weken. In HvJ EG 26 juni 2001, NJ 2002/2 (*Bectu*) oordeelde het Hof — kort gezegd — dat deze aanspraak niet aan voorwaarden

onderhevig mag zijn en in HvJ EG 20 januari 2009, C-350/06, C-520/06 NJ 2009/252, m.nt. M.R. Mok (*Schultz-Hoff*) oordeelde het Hof — kort gezegd — dat de richtlijn bovendien in de weg staat aan een nationale regeling die geen vergoeding biedt voor in verband met ziekte niet opgenomen vakantiedagen. Dat laatste arrest heeft geleid tot schrapping van art. 7:635 lid 4 (oud) BW en tot invoering per 1 januari 2012 van art. 7:640a BW, dat een regeling van een vervalttermijn kent die in ieder geval garandeert dat ook zieke werknemers volledige aanspraak hebben op de jaarlijkse minimum vakantie met doorbetaling van loon. Terugwerkende kracht van deze regeling werd verworpen met een beroep op rechtszekerheid van werkgevers (*Kamerstukken I* 2010/11, 32 465, E, p. 3). Habing — en met hem vele anderen, waaronder verweerster in het op dezelfde dag gewezen arrest 13/00191 — verwijt de Staat dat deze art. 7 van Richtlijn 2003/88 niet tijdig heeft geïmplementeerd en dat hij daardoor (vergoeding van) 220 uren vakantieverlof is misgelopen. Kantonnerechter en hof achten het handelen (nalaten) van de Staat onrechtmatig. De Hoge Raad verwerpt de tegen dat laatste oordeel gerichte klachten.

3. Voor de Staat was kennelijk inzet van deze procedure of in een dergelijk geval de *Francovich-jurisprudentie*¹ van het Hof van Justitie van de Europese Unie dan wel het nationale recht inzake overheidsaansprakelijkheid van toepassing is. De Hoge Raad kiest voor dat laatste, maar laat daarbinnen m.i. (zij het wat onbepaalde) ruimte om 'Francovich-kwalificaties' een plaats te geven.

4. Volgens de *Francovich-rechtspraak* — meer in het bijzonder het arrest *Brasserie du Pêcheur*² — gelden voor aansprakelijkheid van de Staat wegens schending van Unierecht door de nationale wetgever drie (maximum)voorwaarden: de regel van Unierecht moet ertoe strekken rechten toe te kennen aan particulieren, er moet sprake zijn van een voldoende gekwalificeerde schending van Unierecht, en er moet direct causaal verband bestaan tussen de schending van de op de lidstaat rustende verplichting en de door de burger geleden schade. Nationale stelsels mogen minder strenge eisen stellen voor aansprakelijkheid wegens ontijdige of onjuiste implementatie van Europese richtlijnen, maar geen zwaardere.³ In de onderhavige zaak kiest de Hoge Raad voor een strikt criterium van *onrechtmatigheid* (hierna onder 5.), maar laat hij de mogelijkheid open om *aansprakelijkheid* aan de hand van het toerekeningsvereiste te modifieren (hierna onder 6. en 7.).

5. Het hof had de Staat aansprakelijk geoordeeld, kort gezegd, omdat het uitvaardigen en handhaven van een met hogere regelgeving strijdige regeling een onrechtmatige daad oplevert,

¹ HvJ EG 19 november 1991, C-6/90 en C-9/90, NJ 1994/2 (*Francovich*).

² HvJ EG 5 maart 1996, C-46/93 en C-48/93, NJ 1997/145 (*Brasserie du Pêcheur*).

³ Aldus bijv. HvJ EG 5 maart 1996, C-46/93 en C-48-93, NJ 1997/145 (*Brasserie du Pêcheur*) en HvJ EG 30 september 2003, C-224/01, NJ 2004/160 m.nt. M.R. Mok (*Köbler*).

waarbij schuld volgens HR 9 mei 1986, *NJ* 1987/252 (*Staat/Van Gelder*) in beginsel vaststaat. Tegen dit oordeel komt de Staat op met de stelling dat strijd van wetgeving in formele zin met hogere regelgeving niet kan leiden tot een verplichting tot schadevergoeding uit onrechtmatige daad, maar slechts tot de in art. 94 Gw bedoelde gevolgen (het buiten toepassing laten), en dat voor het overige het toetsingsverbod van art. 120 Gw geldt. Die visie deelt de Hoge Raad niet: is wetgeving in formele zin in strijd met een ieder verbindende bepalingen van verdragen en van besluiten van internationale volkenrechtelijke organisaties, dan leidt dat niet alleen tot buiten toepassing blijven daarvan, maar — als aan de overige vereisten voor aansprakelijkheid van art. 6:162 BW is voldaan — ook tot een verplichting tot schadevergoeding uit onrechtmatige daad. Dat geldt, vanwege het gelijkwaardigheidsbeginsel, ook voor rechtstreeks werkend Unierecht, dat krachtens het VWEU uit eigen hoofde in de lidstaten geldt. Het geldt eveneens voor te late of onjuiste implementatie van een Europese richtlijn. Dat leidt weliswaar niet tot buiten toepassing blijven van nationale wetgeving, maar wel tot onrechtmatigheid wegens strijd met art. 4 lid 3 VWEU en art. 288, derde volzin, VWEU, aldus HR 21 maart 2003, *NJ* 2003/691 (*Walterpakt*). En dat geldt ook voor wetgeving in formele zin, aldus de Hoge Raad. Zo past de Hoge Raad de aansprakelijkheid in het nationale recht in en stelt hij op het punt van de *onrechtmatigheid* geen gekwalificeerde ('Francovich-')eisen.

6. Ook ten aanzien van de *toerekenbaarheid* volgt de Hoge Raad de eerder voor het nationale overheidsaansprakelijkheidsrecht in *Staat/Van Gelder* gegeven regel, namelijk dat met de uitvaardiging en handhaving van een met hoger recht strijdige nationale regeling ook de toerekenbaarheid in beginsel is gegeven.⁴ De ratio daarvan is volgens de Hoge Raad dat de Staat de verantwoordelijkheid draagt dat door hem uitgevaardigde wetgeving in overeenstemming is met rechtstreeks werkend internationaal recht of met de verplichting tot implementatie van een Europese richtlijn. Maar 'in beginsel' betekent dat de Staat een uitzondering kan bepleiten. Daarvoor achtte het hof in dit geval geen plaats en dat vindt de Hoge Raad niet onjuist: 'De Staat diende immers in elk geval na het (...) *Bectu*-arrest rekening te houden met de uitleg (...) die het HvJ EG met zoveel woorden heeft gegeven in het arrest *Schultz-Hoff*'. Daarover meer onder 7. Door een mogelijke uitzondering op het 'beginsel' van toerekening te (be)noemen, suggereert de Hoge Raad dat hier in de praktijk nog wel ruimte ligt voor disculpatie. Aldus biedt hij in zekere zin de via het toerekeningscriterium ruimte voor 'kwalificatie' van de schending van Unierecht als bedoeld in de Francovich-rechtspraak. Daarmee blijft het Nederlandse recht m.i. binnen de volgens het HvJ EG in dit verband aan 'schuld' te

stellen eisen, namelijk dat het vereiste van schuld niet verder mag gaan dan de 'voldoende gekwalificeerde schending' van Unierecht.⁵ Ten aanzien van een dergelijke 'gekwalificeerde schending' heeft het HvJ EG gesproken van een *kennelijke* schending. Relevante elementen zijn in dat verband onder meer de mate van duidelijkheid en nauwkeurigheid van de geschonden regel, de omvang van de beoordelingsmarge die de geschonden regel de nationale of gemeenschapsinstanties laat, de vraag of de schending al dan niet opzettelijk is begaan, de al dan niet verschoonbaarheid van de rechtsdwalen en een eventueel door een gemeenschapsinstelling ingenomen standpunt.⁶ Dergelijke toetselementen vertonen mijns inziens inderdaad meer verwantschap met schuld dan met onrechtmatigheid, die immers met strijdigheid met een hogere regel de facto (in ieder geval achteraf) gegeven is, zodat een onderbrengen ervan in het toerekeningscriterium van art. 6:162 BW passend is. Anders dan in dat verband gebruikelijk (vgl. de formulering van art. 6:162 BW) berust in dit kader op grond van *Staat/Van Gelder* de argumentatie- en bewijslast dat toerekenbaarheid ontbreekt op de aangesprokene. Dat betekent dat de Staat met (goede) argumenten moet komen waarom de — in dit geval — rechtsdwalen niet voor zijn rekening behoort te komen. Dat hier nog ruimte voor disculpatie wordt geboden acht ik overigens verstandig. De pijn van onjuiste implementatie kan doorgaans worden weggenomen met richtlijnconforme interpretatie en een relevant verschil met de *Staat/Van Gelder* thematiek lijkt mij dat de Staat zelf niet direct verantwoordelijk is voor totstandkoming van (niet altijd even heldere) Europese richtlijnen waarvan de betekenis dikwijls pas in de loop destijds helder(er) wordt. Er schuilt dus wat mij betreft wel wijsheid in de gekwalificeerde eisen voor aansprakelijkheid.

7. Maar dan de invulling van de nadere toetsruimte in het kader van de toerekeningsvraag: de Hoge Raad oordeelt dat de Staat 'in elk geval' na het *Bectu*-arrest rekening had dienen te houden met de uitleg die het HvJ EG in het *Schultz-Hoff*-arrest aan de richtlijn in kwestie heeft gegeven. Deze overweging is weinig precies, en omdat zij volgens mij cruciaal is voor de reikwijdte van het arrest, is dat ongelukkig. De overweging suggereert in de eerste plaats dat er nog anders kan worden geoordeeld over casus van 'voor *Bectu*', omdat — zoals de Hoge Raad eerder laat zien — het 'in beginsel' toerekenen ruimte laat voor een uitzondering. Gelet op dat laatste ligt zonder meer toerekenen vanaf het einde van de implementatietermijn (23 november 1996) niet voor de hand. Maar voor de gevallen die zich hebben voorgedaan tussen het einde van de implementatietermijn en het *Bectu*-arrest biedt deze overweging geen uitsluit. Verder zou men kunnen denken dat de Hoge Raad op dit punt materieel aansluiting

4 Zie voor een verkenning van de ratio van deze min of meer categorische toerekening de conclusie van A-G Keus onder 2.15 e.v.

5 *Brasserie du Pêcheur* onder 80.

6 HvJ EG 30 september 2003, *NJ* 2004/160 m.nt. M.R. Mok (*Köbler*).

heeft gezocht bij het criterium voor gekwalificeerde schending uit *Brasserie du Pêcheur*, inhoudende dat 'een schending van het gemeenschapsrecht in ieder geval kennelijk gekwalificeerd is, wanneer zij verder is blijven bestaan in weerwil van de uitspraak van een arrest houdende vaststelling van de verweten niet-nakoming'. Toch is (ook) dat allerminst evident, omdat met *Bectu* — dat niet ging over de opbouw van verlofdagen tijdens ziekte — nog geen sprake was van 'vaststelling van de verweten niet-nakoming' (die volgde immers pas in *Schultz-Hoff*).⁷ De overweging laat dus niet alleen onduidelijkheid bestaan over de 'pre-*Bectu*-gevallen', zij is ook niet helemaal duidelijk over het te hanteren criterium voor toerekening.

8. Al met al acht ik de toepassing van de *Staat/van Gelder*-leer op de overheidsaansprakelijkheid voor te late of onjuiste implementatie van Europese richtlijnen wel geslaagd. Zij past dogmatisch goed in de structuur van art. 6:162 BW, voldoet aan de eisen van Unierecht op dit punt en biedt een betrekkelijk strenge toets die zich goed laat invullen aan de hand van hetgeen het HvJ EU op dit gebied voorschrijft.⁸ Ik zie de uitspraak dan ook niet zozeer als een keuze tussen Francovich-aansprakelijkheid of nationaal aansprakelijkheidsrecht,⁹ maar als poging tot synthese. Wel valt te betreuren dat de Hoge Raad de uitzondering op het beginsel van toerekenbaarheid niet wat concreter heeft ingevuld. Niet alleen omdat dit vragen oproept over de 'pre-*Bectu*-gevallen', maar ook omdat de in *Brasserie du Pêcheur* geformuleerde elementen die een schending kwalificeren daartoe volgens mij bruikbare aanknopingspunten bieden.

9. Dan nog de schade. Habing had gesteld dat hij door de te late correcte implementatie vakantiedagen, althans de vergoeding daarvan, heeft misgelopen. De Staat verweerde zich met de stelling dat bij eerdere invoering van art. 7:640a BW de aanspraak op vakantiedagen op grond van die bepaling zou zijn vervallen. Deze redenering heeft enkele onzekerheden op het oog: zou een eerder ingevoerd art. 7:640a BW ook een vervalregeling hebben gekend? Zou Habing zijn gedrag hebben afgestemd op behoud en uitkering van vakantiedagen? Zou dat hebben geresulteerd in uitbetaling? Kantonrechter en hof hadden het verweer verworpen en de Hoge Raad doet dat ook: 'Bij de vaststelling van de schade die Habing heeft geleden, mag uitgangspunt zijn dat bij een tijdige implementatie hij van deze voor hem gunstige mogelijkheid of aanspraak gebruik zou hebben gemaakt. Het lag daarom op de weg van de Staat om feiten en omstandigheden aan te voeren waaruit het tegendeel kan volgen.' De Hoge Raad kiest aldus voor een 'uitgangspunt' dat de werkne-

mer bij tijdige implementatie van de voor hem gunstige mogelijkheid gebruik zou hebben gemaakt. Dat is (weer) een voorbeeld van een tegemoetkoming in het bewijs van causaal verband in de vorm van een jurisprudentieel vermoeden.¹⁰ En het komt in ieder geval de effectuering van de verplichting tot schadevergoeding als 'adequate remedie bij niet-naleving'¹¹ van EU-recht door de Staat ten goede.

S.D. Lindenbergh

NJ 2016/167

HOGE RAAD (CIVIELE KAMER)

29 januari 2016, nr. 14/01726

(Mrs. F.B. Bakels, C.A. Streefkerk, A.H.T. Heisterkamp, G. Snijders, T.H. Tanja-van den Broek; A-G mr. J.B.M.M. Wuisman)
m.nt. S.D. Lindenbergh

Art. 6:96, 6:165 BW; art. 237-240, 241 Rv

RvdW 2016/221

NJB 2016/302

JWB 2016/51

ECLI:NL:HR:2016:147

ECLI:NL:PHR:2015:2042

Onrechtmatige daad. Toerekenbaarheid gedraging verricht onder invloed van geestelijke of lichamelijke tekortkoming in zin art. 6:165 lid 1 BW; vereiste van 'als een doen te beschouwen gedraging'; maatstaf. Vergoeding kosten van juridische bijstand voor eerder gevoerde procedures; art. 241 Rv en art. 6:96 lid 2 en 3 BW.

Art. 6:165 lid 1 BW bepaalt dat de omstandigheid dat een als een doen te beschouwen gedraging van een persoon van veertien jaren of ouder verricht is onder invloed van een geestelijke of lichamelijke tekortkoming, geen beletsel is haar als een onrechtmatige daad aan de dader toe te rekenen. De beperking tot 'een als een doen te beschouwen gedraging' is opgenomen teneinde te voorkomen dat de bepaling een te vergaande aansprakelijkheid zou vestigen. Slechts gevallen van 'zuiver nalaten' zijn buiten het toepassingsbereik van die bepaling gehouden. Naast 'bewuste handelingen' blijven ook 'onwillekeurige reflex-bewegingen en vallen als gevolg van bewusteloos raken' onder dat toepassingsbereik vallen. Mede gelet op de strekking van de bepaling om ook aansprakelijkheid te aanvaarden voor gedragingen onder invloed van een geestelijke of lichamelijke tekortkoming, moet 'een als een doen te beschouwen gedraging' ruim worden

⁷ Vgl. J.R. Vos in zijn noot in *JAR* 2015/257, die in dit verband spreekt van *hindsight bias*.

⁸ Zie over dit aspect kritischer R.J.G.M. Widdershoven in zijn noot in *AB* 2016/30, sub 7.

⁹ Zoals A-G Keus de onderhavige kwestie presenteerde (vgl. de aanhef van de conclusie).

¹⁰ Zie bijv. eerder voor een dergelijk vermoeden, uitdrukkelijk geïnspireerd door de Europeesrechtelijke effectiviteitswens, HR 27 november 2009, *NJ* 2014/210 m.nt. C.E. du Perron (*WorldOnline*).

¹¹ Vgl. r.o. 3.4.2 van het onderhavige arrest.