

De berekening van interne loonkosten: hoe concreet is concreet?

Annotatie bij HR 24 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1278 (deel II)

*Mr. E.M. van Orsouw en mr. M.F.J. Hiel**

1 Inleiding

Kunnen gemeenten de kosten van een stroomstoring veroorzaakt tijdens een laagvliegsoefening van een militaire helikopter via een onrechtmatigedaadsactie verhalen op de Staat? Die vraag is in de uitspraak van 24 juni 2016¹ door de Hoge Raad bevestigend beantwoord. In het vorige nummer van dit tijdschrift heeft Van de Bunt stilgestaan bij het oordeel van de Hoge Raad dat geen sprake is van een onaanvaardbare doorkruising van een publiekrechtelijke regeling. In deze bijdrage staat de vraag centraal hoe vervolgens dient te worden omgegaan met de gevorderde schade voor loonkosten van de ambtenaren die tijdens reguliere werktijden zijn ingezet in het kader van de rampbestrijding.

Voorafgaand aan het onderhavige arrest was al duidelijk dat interne loonkosten in sommige gevallen voor vergoeding in aanmerking komen. Er was echter veel onduidelijkheid over de vraag wanneer dat het geval is en wat bewezen dient te worden om dergelijke kosten vergoed te krijgen. Zo oordeelde de Rechtbank Amsterdam in 2015:

‘Onder omstandigheden kan er aanleiding zijn om interne kosten als kosten ter vaststelling van aansprakelijkheid en schade dan wel ter verkrijging van voldoening buiten rechte toe te wijzen. Daarvoor is echter wel vereist dat voldoende concreet gemaakt wordt dat er inderdaad kosten zijn gemaakt, in de zin dat de vermogenspositie van [eiser sub 2] dan wel [eiser sub 1] daadwerkelijk is verslechterd (...). Uit de vordering en de onderbouwing daarvan kan een en ander niet worden opgemaakt. Dit betekent dat de vordering onder 2.1.3.d zal worden afgewezen.’²

Uit deze uitspraak lijkt te volgen dat interne loonkosten slechts voor vergoeding in aanmerking komen wanneer is aangetoond dat zij de vermogenspositie van benadeelde hebben verslechterd. Dit was ook het standpunt van de Staat in cassa-

tie. Maar is dit inderdaad zo? Of is een (meer) abstracte benadering mogelijk? En is er nog een onderscheid tussen de loonkosten die gevorderd worden door een overheidsorgaan of door een onderneming? Dit zijn vragen die naar aanleiding van het arrest van de Hoge Raad in dit artikel centraal staan.

2 De feiten

Op 12 december 2007 voeren A en B, toentertijd in dienst bij het ministerie van Defensie, een laagvliegsoefening uit met een Apache-gevechtshelikopter. De vlucht gaat niet geheel als gepland en de Apache vliegt tegen hoogspanningsleidingen aan. Daarbij breken zes hoogspanningsleidingen af en verliezen verschillende hoogspanningsmasten draagarmen. Dit heeft een grote stroomstoring tot gevolg en ongeveer 50.000 huishoudens komen drie dagen lang zonder stroom te zitten. De relevante gemeenten (hierna: de Gemeenten) moeten substantiële kosten maken om de gevolgen van deze stroomstoring te bestrijden. Deze kosten bestaan voor een groot deel uit de loonkosten van ingezette ambtenaren. Ter vergoeding van deze kosten, in totaal een bedrag van bijna € 500.000, richten de Gemeenten zich in het kader van art. 6:162 van het Burgerlijk Wetboek (BW) tot het ministerie van Defensie en het ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties (hierna: de Staat).

De Staat meent dat de Gemeenten in totaal recht hebben op € 2873,83 – ongeveer 0,5% van het gevorderde bedrag – nu de ingezette ambtenaren hun werkzaamheden binnen reguliere werktijden hebben verricht.

3 De procedure

De Gemeenten starten een procedure bij de civiele rechter om de door hen gemaakte kosten vergoed te krijgen. De rechtbank oordeelt dat loonkosten in het kader van rampbestrijding niet voor vergoeding in aanmerking komen, en bepaalt wat betreft de overige gemaakte loonkosten als volgt:

‘Voor zover reguliere arbeidskrachten tijdens werktijd zijn ingezet (...) of, als gevolg van de stroomuitval, niet konden werken, als door de Gemeenten betoogd, is de rechtbank van oordeel dat daaruit onder omstandigheden schade kan

* Mr. E.M. van Orsouw is partner bij Kennedy Van der Laan te Amsterdam. Mr. M.F.J. Hiel is advocaat bij Kennedy Van der Laan te Amsterdam.

1. HR 24 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1278, JB 2016/144 m.nt. L.J.M. Timmermans, JA 2016/125 m.nt. H.P. Verdam.

2. Rb. Amsterdam 22 april 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:2102.

voortvloeien. Denkbaar is bijvoorbeeld dat de Gemeenten daardoor inkomsten zijn misgelopen. Ook voor de begroting van die schade verwijst de rechtbank naar de schade-staatprocedure. Zij tekent daarbij aan dat die schade, anders dan de Gemeenten stellen, zich niet laat vertalen in gemaakte loonkosten. Het ongeval weggedacht, zouden de Gemeenten die reguliere loonkosten immers ook hebben gemaakt, zo heeft de Staat c.s. terecht opgemerkt.³

De rechtbank is kortom van mening dat, nu de ambtenaren de werkzaamheden hebben verricht binnen reguliere werktijden, dit in beginsel geen schade is, omdat de gemeente deze kosten sowieso had moeten maken. Slechts in zoverre de Gemeenten kunnen aantonen dat zij bijvoorbeeld inkomsten zijn misgelopen door het anders alloceren van de ambtenaren, komen dergelijke bedragen voor vergoeding in aanmerking.

De Gemeenten gaan in hoger beroep en vinden meer gehoor bij het hof.⁴ Het hof overweegt wat betreft de berekening van de loonkosten het volgende:

‘De rechtbank heeft kennelijk geoordeeld dat de uren die in overwerk werden gewerkt in beginsel wel voor vergoeding in aanmerking komen, omdat deze apart worden uitbetaald en niet zouden zijn uitbetaald indien het ongeval niet zou hebben plaatsgevonden. Hetzelfde zou dan hebben te gelden voor kosten die ontstaan doordat de werkzaamheden samenhangend met het ongeval aan derden worden uitbesteed. Hierdoor zou er echter een door niets te rechtvaardigen verschil in behandeling ontstaan indien de werkzaamheden die de Gemeenten in het kader van de rampbestrijding of het inhalen van de normale werkzaamheden laat verrichten, wel zouden worden vergoed voor zover deze werkzaamheden geheel of gedeeltelijk in overwerk worden verricht of aan derden worden uitbesteed, en niet voor zover deze tijdens de normale kantooruren worden verricht. De verdeling tussen enerzijds de in overwerk uitgevoerde of uitbesteede werkzaamheden en anderzijds de tijdens de normale kantooruren verrichtte werkzaamheden zal in de praktijk immers min of meer willekeurig zijn.’⁵

Het hof is kortom van mening dat het slechts vergoeden van overuren of loonkosten van speciaal ingehuurd arbeidskrachten een te grote mate van willekeur tot gevolg heeft. Om de schade zo nauwkeurig mogelijk vast te stellen dient volgens het hof, op grond van art. 6:97 BW, aangesloten te worden bij de loonkosten per uur die door de werknemers aan met het ongeval samenhangende werkzaamheden zijn besteed. Het hof vernietigt het vonnis van de rechtbank en wijst de vorderingen van de Gemeenten alsnog geheel toe.

In dit oordeel kan de Staat zich echter niet vinden en hij stelt dan ook cassatie in, onder andere op basis van het standpunt dat er geen sprake is van schade, nu deze schade niet concreet berekend is.⁶ De Hoge Raad verwerpt het beroep en oordeelt als volgt:

‘Anders dan zij veronderstellen, is het hof van een concreet schadebegrip uitgegaan, waarbij de door de Gemeenten geleden schade niet zozeer bestaat in het feit dat zij meer loonkosten voor hun ambtenaren hebben moeten maken dan zonder het ongeval het geval zou zijn geweest, maar in het feit dat die ambtenaren – anders dan het geval zou zijn geweest als het ongeval was uitgebleven – gedurende een deel van de door de Gemeenten betaalde arbeidstijd niet hun reguliere werkzaamheden hebben kunnen verrichten en de Gemeenten tegenover de door hen betaalde loonkosten het resultaat van die reguliere werkzaamheden daarom hebben moeten missen.’⁷

4 Beschouwing

4.1 Bevestiging interne loonkosten als mogelijke schadepost

Zoals in de inleiding al is aangegeven, was voorafgaand aan het onderhavige arrest al duidelijk dat interne loonkosten voor vergoeding in aanmerking kunnen komen. Al in 1975 oordeelde de Hoge Raad dat werkzaamheden uitgevoerd door personen in dienst van de Staat onder omstandigheden aangemerkt kunnen worden als door een ongeval veroorzaakte schade:

‘(...) dat voorts het feit dat de betreffende werkzaamheden gedeeltelijk zijn uitgevoerd door personen in dienst van de Staat en met materieel van de Staat, er niet aan in de weg staat, het inzetten van deze personen en dit materieel voor maatregelen die noodzakelijk waren geworden ten gevolge van het door Bodde veroorzaakte verkeersongeval, te beschouwen als door dat ongeval veroorzaakte schade.’⁸

Dit uitgangspunt is bevestigd in het arrest AMEV/Staat.⁹ Hooguit kon na deze arresten worden gesteld dat in beide arresten sprake was van relatief bijzondere situaties. In AMEV/Staat ging het namelijk om een permanente standbydienst van de Staat die, in het geval van een verkeersongeval, zo spoedig mogelijk het beschadigde wegmeubilair kon vervangen. Zodoende ging het om de loonkosten van ambtenaren die specifiek voor de betreffende taak in dienst waren genomen. Ook in het arrest uit 1975 ging het om ambtenaren die in dienst waren met het oog op de specifieke taak.

In het onderhavige geval gaat het echter om ambtenaren die, buiten het werk van hun reguliere aanstelling om, zijn ingezet bij de bestrijding van de gevolgen van het ongeval. Uit het oor-

3. Rb. Den Haag 9 januari 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:BZ1884, r.o. 4.12.

4. Hof Den Haag 25 november 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:4215.

5. Hof Den Haag 25 november 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:4215, r.o. 2.15.

6. HR 24 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1278.

7. HR 24 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1278, r.o. 3.6.2.

8. HR 19 december 1975, NJ 1976/280.

9. HR 16 oktober 1998, NJ 1998/196 (AMEV/Staat).

deel van de Hoge Raad volgt dat dit enkele feit niet aan vergoeding van de interne loonkosten in de weg staat. Dat is een weinig verrassende uitkomst en in de lagere rechtspraak werd op dit punt ook geen principieel onderscheid gemaakt.

Maar lastiger wordt het bij de vraag hoe in een specifieke situatie de interne loonkosten moeten worden begroot. Bij ambtenaren die speciaal in dienst zijn met het oog op een specifieke taak is dat relatief eenvoudig. Als deze ambtenaren in een specifieke situatie worden ingezet, kan worden gesteld dat de schade gelijk is aan de kosten die verbonden zijn aan het aantal uren van hun inzet. Maar is dat ook zo voor ambtenaren die niet speciaal in dienst zijn met het oog op een specifieke taak? Kan bij deze ambtenaren niet de vraag worden gesteld of hun inzet bij de bestrijding van een ramp of ongeval daadwerkelijk gevolgen heeft gehad voor (de invulling en de output van) hun reguliere werkzaamheden? Juist voor het antwoord op die vraag is het onderhavige arrest interessant.

4.2 Enkele algemene opmerkingen over schadebegroting

Voordat hierna nader wordt ingegaan op het oordeel van de Hoge Raad op dit punt, zal eerst kort worden ingegaan op twee aspecten die voor de duiding van het oordeel van de Hoge Raad van belang zijn: (1) de wijze van begroten van de schade en (2) de stel- en bewijsplicht van partijen in het kader van de schadebegroting.

De wijze van begroten van de schade

De regels omtrent de vergoeding van schade zijn vervat in afdeling 6.1.10 BW. Deze afdeling is gebaseerd op het uitgangspunt dat schade in beginsel zo volledig mogelijk vergoed dient te worden. Daarbij wordt sinds het begin van de jaren zeventig de leer van de redelijke toerekening gehanteerd. Dit behelst een multifactorbenadering, zoals treffend weergegeven door Brunner.¹⁰ De grenzen van dit uitgangspunt worden gevormd door leerstukken zoals het causaliteitsleerstuk, het leerstuk van voordeelstoerekening en het leerstuk van de eigen schuld (art. 6:98, 6:100 en 6:101 BW). Met inachtneming van deze leerstukken begroot de rechter de schade 'op de wijze die het meest met de aard ervan in overeenstemming is' (art. 6:97 BW). Daarbij wordt getracht om de benadeelde zo veel mogelijk in de toestand te brengen waarin hij zich zonder het ongeval zou hebben bevonden. De omvang van de schade kan in verband met deze rechterlijke vrijheid op verschillende manieren worden berekend. De vermoedelijk meest gebruikelijke methode bij bedrijfsschade is daarbij de 'wat als'-methode.¹¹ Daarin worden kort gezegd de situatie zonder ongeval en de situatie met ongeval met elkaar vergeleken. Zodoende wordt de mutatie in het vermogen van de rechtspersoon berekend, welke mutatie vervolgens aangemerkt kan worden als schade.¹² Dit kan daarmee zien op zowel winstderving als geleden verlies

(art. 6:96 BW), bijvoorbeeld veroorzaakt door het missen van opdrachten of het uitbetalen van overuren. Zodra er geen aantoonbare verandering is in de vermogenssituatie met of zonder ongeval, is er in beginsel geen schade die voor vergoeding in aanmerking komt.¹³ De ratio daarachter is goed te begrijpen. Niet elke vertraging of mate van overlast dient tot gevolg te hebben dat de benadeelde een claim voor een schadevergoeding kan indienen.

De 'wat als'-methode heeft tot gevolg dat zo veel mogelijk rekening dient te worden gehouden met de concrete omstandigheden van het geval.¹⁴ In de rechtspraak is aldus het uitgangspunt geformuleerd dat in beginsel een concrete begroting van de schade dient plaats te vinden. De kwalificatie 'in beginsel' indiceert echter al dat er op dit uitgangspunt uitzonderingen worden gemaakt. In sommige gevallen mag de schade op een abstracte wijze worden begroot, waarbij gekeken wordt naar hoe groot de schade in het algemeen zou zijn voor een persoon in eenzelfde situatie. Dit kan zowel om redenen van billijkheid als simpelweg om praktische redenen gebeuren.¹⁵ Een welbekend voorbeeld van schade die veelal abstract wordt berekend, is zaakschade. Bij zaakschade worden in beginsel de kosten voor herstel vergoed, die naar objectieve maatstaven worden berekend. De Hoge Raad licht dit als volgt toe:

'De aard van zodanige schade rechtvaardigt dat de rechter bij het begroten daarvan in beginsel abstraheert van omstandigheden die de bijzondere situatie van de benadeelde eigenaar betreffen. Met het oog op de hanteerbaarheid van de schadeberekening bij zaaksbeschadiging dient terughoudendheid te worden betracht met het aanvaarden van uitzonderingen op het voormelde uitgangspunt.'¹⁶

Kortom, het uitgangspunt is dat de daadwerkelijk geleden schade zo dicht mogelijk benaderd dient te worden, maar het is niet zo dat er een algemene (wettelijke) regeling bestaat dat schade in alle gevallen concreet begroot dient te worden.

De stel- en bewijsplicht bij schadebegroting

Een tweede element dat kort bespreking verdient, betreft de stel- en bewijsplicht bij de schadebegroting. De hoofdregels daartoe zijn vervat in art. 149 en 150 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv). Hoewel lange tijd de overtuiging heerste dat rechters niet gebonden zijn aan deze bewijsregels bij de begroting van schade,¹⁷ heeft de Hoge Raad dit standpunt genuanceerd:

'Ten aanzien van het bestaan en de omvang van de schade gelden weliswaar in beginsel de gewone bewijsregels, maar daarbij is de rechter ingevolge art. 6:97 BW bevoegd de schade te begroten op de wijze die met de aard van deze

10. C.J.H. Brunner, Causaliteit en toerekening van schade, VR 1981, p. 210 e.v. en 233 e.v.

11. HR 26 maart 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL0539.

12. W. Driehuis, Het gebruik van referentieperioden bij de schatting van bedrijfsschade, MvV 2014, afl. 10, p. 270.

13. HR 18 september 1998, NJ 1999/69.

14. Oosterveen e.a., in: T&C Burgerlijk Wetboek 2016, art. 6:97 BW.

15. HR 5 december 2008, NJ 2009/387.

16. HR 26 oktober 2012, NJ 2013/219.

17. HR 16 oktober 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2740 (AMEV/Staat).

schade in overeenstemming is of de schade te schatten indien deze niet nauwkeurig kan worden vastgesteld.¹⁸

Het is dus niet zo dat de gewone stel- en bewijsregels niet gelden, maar de rechter behoudt een grote vrijheid in de begroting van de schade en daardoor eveneens in de beoordeling van het gestelde en het aangeboden bewijs daartoe. Dit heeft tot gevolg dat er wat betreft de omvang van de schade in sommige gevallen niet al te hoge eisen worden gesteld aan het bewijs. De schade hoeft soms slechts aannemelijk te worden gemaakt.¹⁹ Zodoende behoudt de rechter veel vrijheid in de begroting van de schade.

4.3 *Abstracte of concrete schadebegroting?*

De vrijheid van de rechter in de waardering van het bewijs, in combinatie met zijn vrijheid omtrent de begroting van de schade, heeft tot gevolg dat er een grijs gebied bestaat tussen een abstracte en een concrete berekening van de schade. De uitersten zullen daarbij gemakkelijk te herkennen zijn, maar het is niet altijd zonder meer duidelijk wanneer er sprake is van een concrete schadeberekening en wanneer er sprake is van een meer abstracte begroting van de schade. Zo ook in het onderhavige arrest.

Het onderhavige arrest onderstreept dat dit onderscheid tussen een abstracte en een concrete schadeberekening soms moeilijk te maken is. De Staat stelt in cassatie dat het hof de schade abstract heeft berekend, daar waar de schade concreet berekend dient te worden. Daarbij neemt hij het standpunt in dat de toepassing van de ‘wat als’-methode tot de conclusie leidt dat de Gemeenten geen schade hebben geleden, of dit in ieder geval onvoldoende hebben aangetoond.

De Hoge Raad verwerpt het standpunt en overweegt dat de schade wel degelijk concreet berekend is. De Hoge Raad is van mening dat de Gemeenten de reguliere tegenprestaties van de ambtenaren voor het uitbetaalde loon hebben moeten missen en dat de loonkosten daarmee als schade zijn aan te merken.

4.4 *Hoe concreet is concreet?*

De Hoge Raad overweegt dus dat het hof de schade concreet heeft begroot. Daar is iets voor te zeggen. Er wordt immers voor de begroting van de schade gekeken naar het concrete aantal bestede uren vermenigvuldigd met het specifieke uurloon van de betreffende ambtenaren. Een dergelijke berekening oogt concreet. Indien een volstrekt abstracte begroting van de schade zou hebben plaatsgevonden, zou zowel het aantal uren als het daarvoor betaalde loon naar objectieve maatstaven hebben moeten worden bepaald.

Maar er is ook een ander perspectief mogelijk. Waar mogelijk concreet gekeken is naar wat de Gemeenten in aantal mensu-

ren hebben ‘geïnvesteed’ in het ongeval, lijkt door het hof niet te zijn gekeken naar wat de Gemeenten zonder deze investering zouden hebben ‘gekregen’ in de situatie zonder ongeval. Met andere woorden: heeft de inzet van de ambtenaren bij de bestrijding van een ramp of ongeval gevolgen gehad voor de invulling en de output van hun reguliere werkzaamheden? Wat nu als bijvoorbeeld een aantal ambtenaren dat zich normaal bezighoudt met het maken van beleid een halve maand lang wordt ingezet in de nasleep van een grote milieuramp binnen de grenzen van een gemeente? In ieder geval theoretisch bezien is niet uit te sluiten dat de betreffende ambtenaren in de tweede helft van de maand de ‘verloren tijd’ inhalen en ook met betrekking tot de reguliere werkzaamheden alsnog tot de afgesproken of gebruikelijke resultaten en output komen. Dat zou bijvoorbeeld kunnen doordat het tijdelijk minder druk was op een bepaalde afdeling (en er daardoor enige ruimte was binnen het team), maar mogelijk ook doordat de ambtenaren in de tweede helft van de maand simpelweg een tandje hebben kunnen bijschakelen. Het is immers goed voorstelbaar dat in tijden van buitengewone drukte de werkvloer in staat is meer werk te verrichten dan normaal.

Hoe concreet dient een concrete schadebegroting dus eigenlijk te zijn? Op dat punt biedt het arrest naar ons oordeel geen volstrekte zekerheid.

Eerste perspectief: bestede uren komen sowieso voor vergoeding in aanmerking

De bewoordingen die de Hoge Raad gebruikt en het feit dat de Hoge Raad de wijze van berekening door het hof sanctioneert, lijken te impliceren dat in een situatie als de onderhavige een gemeente slechts hoeft aan te tonen (1) welke ambtenaren (2) hoeveel uren aan een onrechtmatige daad hebben besteed om deze loonkosten vergoed te kunnen krijgen. Dat zou betekenen dat ook bij een, volgens de Hoge Raad, concrete berekening van de schade tot op zekere hoogte geabstraheerd mag worden. Immers, dan zou niet meer hoeven te worden gekeken naar de gevolgen voor de invulling en de output van de reguliere werkzaamheden van de ingezette ambtenaren.

Nu wij op dit punt geen principieel onderscheid zien tussen overheidsinstellingen en het bedrijfsleven, zou dit dan ook gelden voor bedrijven die na een onrechtmatige daad of wanprestatie eigen werknemers inzetten om de gevolgen daarvan te bestrijden.

Een dergelijke benadering zou ook stroken met het verhaalsrecht van de werkgever zoals dat is neergelegd in art. 6:107a BW (en de vergelijkbare bepaling in art. 2 van de Verhaalswet ongevallen ambtenaren (VOA) voor ambtenaren). Dit verhaalsrecht van de werkgever is in het leven geroepen om ervoor te zorgen dat bij de vaststelling van schade, in geval van een gebeurtenis waardoor een werknemer lichamelijk of geestelijk letsel oploopt, de schadeveroorzaker niet mag profiteren van de aanspraak op doorbetaling van loon die de gelaedeerde werknemer mogelijk heeft op zijn werkgever. Dit verhaals-

18. HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1783. Zie ook HR 27 november 2009, NJ 2014/2001.

19. Dit is bijv. het geval bij whiplashzaken, zie HR 8 juni 2001, NJ 2001/43 (Zwolsche Algemeene/De Greef).

recht van de werkgever is in zoverre abstract dat de werkgever niet hoeft aan te tonen dat een vervangende kracht is ingehuurd of dat sprake is van omzetverlies.

Ook dringt mogelijk een vergelijking op met het oordeel van de Hoge Raad in de zaak over de kosten die een deelnemer aan de Dakar Rally vergeefs had gemaakt omdat hij was uitgevallen met een kapotte motor.²⁰ De vraag was of de deelnemer deze kosten kon verhalen op de verhuurder van de gebrekkige motor. De Hoge Raad beantwoordde die vraag bevestigend:

‘Indien iemand uitgaven heeft gedaan ter verkrijging van een op zichzelf niet op geld waardebaar onstoffelijk voordeel en hij dit voordeel heeft moeten missen, zal met het oog op het begroten van de door hem geleden schade – die als vermogensschade moet worden aangemerkt – als uitgangspunt hebben te gelden dat de waarde van het gemiste voordeel moet worden gesteld op de voor het verkrijgen daarvan gedane uitgaven die hun doel hebben moeten missen. Indien deze schade op de voet van art. 6:98 BW aan een ander kan worden toegerekend als gevolg van een gebeurtenis waarvoor deze aansprakelijk is, zal die ander deze schade in haar geheel moeten vergoeden, tenzij dit, alle omstandigheden van het geval in aanmerking genomen, onredelijk zou zijn.’ (r.o. 3.1.1)

Gesteld zou kunnen worden dat over de periode dat de ambtenaren of werknemers door een wanprestatie of onrechtmatige daad niet kunnen worden ingezet voor hun reguliere werkzaamheden, het loon ‘vergeefs’ door de overheidsinstelling of het bedrijf is betaald en daarmee dit loon vergelijkbaar is met de kosten van de deelnemer van de Dakar Rally. Deze vergelijking gaat naar ons oordeel echter niet helemaal op. Niet alleen betaalt de werkgever aan een werknemer in principe geen loon om een ‘onstoffelijk voordeel’ te behalen, maar veelal juist om concrete taken te verrichten en doelen te bereiken (overheidsinstellingen) of een onderneming uit te oefenen en daarmee omzet te genereren (bedrijven). Bovendien was in de situatie van de Dakar Rally de kans op het uitrijden van de rally in het betreffende jaar definitief verkeken, terwijl bij overheidsinstellingen en bedrijven juist nog de vraag is wat de invloed is geweest van de wanprestatie of onrechtmatige daad op de reguliere taken en doelen (overheidsinstellingen) of de resultaten van de onderneming en daarmee de omzet (bedrijven).

Tweede perspectief: er is nog steeds ruimte voor een discussie over de impact op de invulling en de output van de reguliere werkzaamheden

Zoals hiervoor is aangegeven, is ook een tweede perspectief mogelijk. Dit perspectief betreft de vraag of in een concreet schadegeval niet nog steeds gekeken dient te worden naar de gevolgen van de inzet van interne mensen voor de invulling en output van de reguliere werkzaamheden.²¹

De ruimte voor dit tweede perspectief kan worden gezocht in het feit dat de Hoge Raad vaststelt dat het hof de schade ‘concreet’ heeft berekend. Zoals in het voorgaande is toegelicht, beschikt de feitenrechter over een grote mate van vrijheid zowel met betrekking tot de wijze van begroting als met betrekking tot waardering van het bewijs. Nu sprake is van een terughoudende toetsing door de Hoge Raad kan dit betekenen dat het feit dat de Hoge Raad in dit geval de schadebegroting door het hof heeft bekrachtigd, niet de conclusie rechtvaardigt dat in deze kwestie geen andere uitkomst mogelijk was. Het oordeel van de feitenrechter kan immers sterk worden bepaald door de aard en inhoud van het debat tussen partijen en de vraag hoe concreet en gedetailleerd er zicht is op de daadwerkelijke gevolgen van een onrechtmatige daad of wanprestatie.

Tegen deze achtergrond kunnen we niet uitsluiten dat het oordeel van de Hoge Raad in een specifieke situatie toch ruimte laat voor de discussie over de vraag of het redelijk is om de interne loonkosten (volledig) als schade te vergoeden. Zeker als aannemelijk is dat de tijdelijke inzet van ambtenaren of werknemers geen of nauwelijks gevolgen heeft gehad voor de invulling en met name de output van de reguliere werkzaamheden. Zoals het geval kan zijn indien er toevallig op dat moment ruimte was in het team of een werkachterstand – al dan niet door een tandje bij te schakelen – eenvoudig en binnen afzienbare tijd kon worden weggewerkt. In dat geval blijft de vraag of het uitgangspunt van een zo concreet mogelijke schadeberekening geen geweld wordt aangedaan indien in die situaties simpelweg de formule zou worden toegepast van bestede uren vermenigvuldigd met het toepasselijke ‘uurtarief’.

Indien het oordeel van de Hoge Raad met zich brengt dat de feitenrechter bij de berekening van de loonkosten als schade nog steeds de nodige vrijheid heeft (waar wij dus van uitgaan), en dus al dan niet rekening kan houden met de mogelijke gevolgen van de invulling en de output van de gemiste reguliere werkzaamheden, is nog interessant hoe het dan zit met de stelplicht en bewijslast. Wie moet dan wat precies stellen en eventueel bewijzen? Moet bijvoorbeeld het betreffende overheidsorgaan gemotiveerd stellen en bij voldoende betwisting bewijzen dat er geen ruimte was in het team en het zijn mensen niet voor andere lopende projecten heeft kunnen inzetten? Dit overheidsorgaan beschikt immers over de relevante gegevens daartoe. Is het dan voldoende om aannemelijk te maken dat er ander werk beschikbaar was, of dient eveneens aannemelijk gemaakt te worden dat dit werk niet, bij wijze van spreken, binnen dezelfde maand ingehaald kon worden door een tandje bij te zetten binnen de (overgebleven) normale werkdagen? En bestaat er dan nog verschil tussen overheidsorganen en bedrijven? Bij bedrijven kan immers mogelijk de impact iets makkelijker worden vastgesteld door te kijken naar de gevolgen voor de omzet. Aan de andere kant blijkt het in de praktijk zeker niet eenvoudig om de gevolgen van een onrechtmatige daad of wanprestatie voor de omzet van een bedrijf op een

20. HR 28 januari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR6460.

21. Zoals hiervoor is aangegeven, zien we geen reden voor een principieel onderscheid op dit punt tussen overheidsinstellingen en bedrijven.

objectieve wijze vast te stellen.²² Ook binnen een bedrijf worden werknemers vaak voor een deel ook ingezet voor werkzaamheden die niet direct gevolgen hebben voor de omzet, maar wel van belang zijn voor (de continuïteit en de realisering van toekomstplannen van) het bedrijf.

5 Conclusie

Duidelijk is dat interne loonkosten voor vergoeding in aanmerking kunnen komen en dat deze schade concreet moet worden berekend. Maar de vraag blijft, ook na dit arrest, hoe concreet is concreet? Met andere woorden: is er nog ruimte voor een discussie over de vraag of de tijdelijke inzet van ambtenaren of werknemers ter bestrijding van de gevolgen van een onrechtmatige daad of wanprestatie gevolgen heeft gehad voor de invulling en de output van hun reguliere werkzaamheden?

De benaderingswijze van het hof in deze zaak is praktisch en voorkomt mogelijk lastige discussies over de exacte impact van een onrechtmatige daad of wanprestatie en over de vraag wat de hypothetische situatie was geweest indien de werknemers of ambtenaren zich volledig hadden kunnen richten op hun reguliere werkzaamheden. Ook is er zeker wat te zeggen voor het argument van het hof dat een eventueel verschil in behandeling tussen werkzaamheden die worden uitbesteed aan externe partijen (waarvan de kosten zonder meer voor vergoeding in aanmerking komen) en werkzaamheden die intern worden opgevangen onrechtvaardig kan voelen. Met andere woorden: is het wenselijk dat de schadeveroorzaker als het ware profiteert wanneer een overheidsinstelling of bedrijf eigen mensen inzet en deze mensen het vervolgens ook nog eens voor elkaar krijgen om (uiteindelijk) ook hun reguliere werkzaamheden volledig en naar behoren uit te voeren?²³

Anderzijds is het uitgangspunt van een zo concreet mogelijke benadering bij de begroting van schade naar ons oordeel veel waard. Daarbij geldt dat rechters zich vaker moeten verdiepen in lastige hypothetische situaties. Bovendien is ons systeem ook niet zo opgebouwd dat bij de begroting van de schade wordt gekeken naar de vraag wat een gelaedeerde allemaal nog meer aan verhaalbare schade had kunnen claimen indien hij andere keuzes had gemaakt. Er is zodoende niet zozeer sprake van een profiterende schadeveroorzaker, maar meer van niet-bestaande schade.

Daarbij geldt overigens het argument niet, anders dan mogelijk bij bijvoorbeeld zaakschade het geval kan zijn, dat een abstracte benadering vanuit een praktisch oogpunt gewenst, dan wel nodig, is. Zo heeft de Hoge Raad in geval van autoschades expliciet overwogen dat het belang van een snelle, eenvoudige en uniforme afwikkeling van de veelvuldig voorkomende autoschade een abstracte benadering van de schade

rechtvaardigt.²⁴ In het onderhavige geval lijkt het echter om een soort schade te gaan die minder veelvuldig voor zal komen, complexer van aard is en ook per schadegeval qua aard en omvang sterk kan verschillen. Dan lijkt er minder aanleiding voor een (min of meer) abstracte benadering.

Waar leidt dit alles nu toe? Duidelijk is dat de feitenrechter een grote vrijheid heeft bij de vaststelling van de schade en de invulling van de stelplicht en bewijslast, en dat het uitgangspunt geldt dat schade zo concreet mogelijk vastgesteld dient te worden. Naar ons oordeel brengt die combinatie met zich mee dat de feitenrechter, ook na dit arrest, ruimte heeft om rekening te houden met het antwoord op de vraag of de tijdelijke inzet van ambtenaren of werknemers ter bestrijding van de gevolgen van een onrechtmatige daad of wanprestatie gevolgen heeft gehad voor de invulling en de output van hun reguliere werkzaamheden. Geheel zeker is dat echter niet. Mogelijk heeft de Hoge Raad met dit arrest wel degelijk de vrijheid van de feitenrechter in willen perken, in die zin dat in situaties als de onderhavige (1) de feitenrechter er simpelweg van uit moet gaan dat de schade kan worden vastgesteld op het aantal uren dat interne mensen reëel aan de bestrijding van de gevolgen van de onrechtmatige daad of wanprestatie hebben besteed vermenigvuldigd met hun 'uurtarief' en (2) de feitenrechter dus niet meer mag kijken naar de feitelijke impact van deze tijdelijke inzet op de invulling en output van de reguliere werkzaamheden. Naar ons oordeel zou dit echter toch meer een abstracte benadering zijn van deze schadepost, terwijl de Hoge Raad rept van een 'concreet schadebegrip'.

Ervan uitgaande dat de rechter nog wel degelijk enige vrijheid heeft, is er nog de vraag hoe het zit met de stelplicht en bewijslast. Hoewel het in beginsel aan de claimende partij is om haar schade inzichtelijk te maken, en het veelal ook de overheidsinstelling of het bedrijf zal zijn dat 'op de informatie zit' om de impact van een onrechtmatige daad of wanprestatie te onderbouwen, menen we dat niet al te strenge eisen moeten worden gesteld aan hetgeen in dit kader van de claimende partij mag worden verwacht. Het lijkt niet onredelijk om er in dit soort situaties toch van uit te gaan dat overheidsinstellingen en bedrijven mensen niet voor niets in dienst hebben. Dat rechtvaardigt het vermoeden dat de kosten van de uren die door de interne mensen aan bijvoorbeeld een ramp- of ongevalsbestrijding zijn besteed als schade kunnen worden aangemerkt en voor vergoeding in aanmerking komen. De feitenrechter heeft echter de vrijheid dit vermoeden niet toe te passen indien hij meent dat in de specifieke omstandigheden van het geval een (volledige) vergoeding van deze kosten te veel in strijd zou komen met het uitgangspunt van zo concreet mogelijke schadevergoedingen. Het is naar ons oordeel aan de aansprakelijke partij om het verweer (of eigenlijk: tegenbewijs) op dit punt zo veel mogelijk handen en voeten te geven. Van de overheidsinstelling en het bedrijf kan naar ons oordeel in principe niet meer worden verwacht dan dat zij de aangesproken partij aan-

22. Vgl. ook Driehuis 2014, p. 270 e.v.

23. Dit nog afgezien van het risico dat werknemers die een (lange) periode (te) hard werken op een later moment mogelijk een periode minder hard zullen werken of zelfs uitvallen, waardoor de werkgever alsnog 'schade' zou lijden.

24. HR 26 oktober 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX0357, NJ 2013/219.

knopingspunten bieden om dit verweer vorm te geven. We beseffen dat dit in sommige zaken tot lastige en gecompliceerde discussies kan leiden, maar dat hoort nu eenmaal bij de opzet van ons aansprakelijkheidsrecht en het uitgangspunt van een zo concreet mogelijke schadevergoeding. Bovendien doet het recht aan de grote vrijheid die de feitenrechter heeft bij de begroting van de schade.