

De verplichte inschakeling van Arbo-diensten op Europees niveau getoetst

HvJ EG 22 mei 2003, Zaak C-441/01 (Commissie van de EG v. Koninkrijk der Nederlanden)

Arbo-dienst; certificering; risico-inventarisatie; risico-evaluatie; Arbowet; aansprakelijkheid Nederlandse staat; aanvraag SER-advies

1 Inleiding

Op 12 juni 1989 heeft de Raad van Ministers van de EG een richtlijn aangenomen betreffende de tenuitvoerlegging van maatregelen ter bevordering van de verbetering van de veiligheid en de gezondheid van de werknemers op het werk.¹ Op 21 februari 1994 heeft de Nederlandse regering aan de Europese Commissie medegedeeld door middel van welke wetgeving de richtlijn in Nederlands recht was omgezet. Het betrof hier met name de Arbowet. Nadat de Commissie een aanmaningsbrief en een met redenen omkleed advies aan de Nederlandse regering had uitgebracht,² omdat zij van mening was dat Nederland de richtlijn niet correct had geïmplementeerd, heeft zij beroep bij het Hof van Justitie van de EG ingesteld op 15 november 2001 op grond van artikel 226 EG-verdrag. Op 22 mei 2003 heeft het Hof uitspraak gedaan.³

2 Feiten

De Commissie is van mening dat Nederland de richtlijn niet correct heeft geïmplementeerd, en dan met name niet artikel 7 ('Beschermings- en preventiediensten'). Dit artikel luidt als volgt:

1 Richtlijn 89/391/EG betreffende de tenuitvoerlegging van maatregelen ter bevordering van de verbetering van de veiligheid en de gezondheid van werknemers op het werk. PbEG L 183 d.d. 29 juni 1989, p. 1.

2 IP 198/1144, 18 december 1998. Zie ook: Het einde van de arbodienst?, Arbo & Milieu 1999, afl. 1, p. 31.

3 Zaak C-441/01, Commissie van de EG v. Koninkrijk der Nederlanden.

1. Onverminderd de in de artikelen 5 en 6 bedoelde verplichtingen wijst de werkgever een of meer werknemers aan die zich met de activiteiten op het gebied van de bescherming tegen en de preventie van beroepsrisico's in het bedrijf en/of de inrichting zullen bezighouden.
2. De aangewezen werknemers mogen geen nadeel ondervinden van hun activiteiten op het gebied van de bescherming tegen de preventie van beroepsrisico's.
De aangewezen werknemers moeten, teneinde de uit deze richtlijn voortvloeiende verplichtingen te kunnen nakomen, over voldoende tijd beschikken.
3. Indien de mogelijkheden in het bedrijf en/of de inrichting onvoldoende zijn om deze beschermings- en preventieactiviteiten te organiseren, moet de werkgever een beroep doen op deskundigen (personen of diensten) van buiten het bedrijf en/of de inrichting.
4. Indien de werkgever een beroep doet op dergelijke deskundigen, moeten de betrokken personen of diensten door de werkgever worden ingelicht over de factoren waarvan bekend is of vermoed wordt dat zij van invloed zijn op de veiligheid en gezondheid van de werknemers en toegang hebben tot de in artikel 10 lid 2 bedoelde informatie.
5. In alle gevallen:
 - moeten de aangewezen werknemers over de nodige capaciteiten en middelen beschikken
 - moeten de geraadpleegde personen of diensten van buitenaf de nodige bekwaamheden hebben en over de nodige personele en professionele middelen beschikken
 - moeten de aangewezen werknemers en de geraadpleegde personen of diensten van buitenaf voldoende in aantal zijn, om de beschermings- en preventieactiviteiten op zich te nemen, afhankelijk van de grootte van het bedrijf en/of de inrichting en/of de risico's waaraan de werknemers zijn blootgesteld, alsmede de verdeling ervan over het gehele bedrijf en/of de gehele inrichting.
6. Voor de bescherming tegen en de preventie van risico's voor veiligheid en gezondheid waarvan sprake is in dit artikel, wordt gezorgd door een of meer werknemers, door een enkele dienst of door verschillende diensten, ongeacht of hij (zij) al dan niet dele uitmaakt (uitmaken) van het bedrijf en/of de inrichting.
De werknemer(s) en/of dienst(en) moeten voorzover nodig samenwerken.
7. De lidstaten kunnen, rekening houdend met de aard der activiteiten en de grootte van het bedrijf, de categorieën van bedrijven bepalen waarin de werkgever – mits hij de nodige capaciteiten bezit – zelf de in lid 1 bedoelde taak op zich kan nemen.

8. De lidstaten bepalen welke capaciteiten en welke bekwaamheden als bedoeld in lid 5 nodig zijn. Zij kunnen bepalen welk aantal als bedoeld in lid 5 voldoende is.'

Voor het arrest zijn met name de leden 1, 3 en 5 van belang, aangezien het gaat om de kwestie dat Nederland de verplichte volgorde van interne en externe dienst die in die leden staat beschreven, niet heeft aangehouden in de nationale wetgeving, aldus de Europese Commissie.

In (het ten tijde van de contentieuze procedure nog) artikel 17 Arbwet is geen specifieke rangorde bepaald. Met andere woorden: de werkgever is vrij om te bepalen of hij gebruik maakt van interne of externe deskundigen, zolang hij maar gebruik maakt van deskundigen. Gedurende de procedure voor het Hof van Justitie werd artikel 17 vervangen door het huidige artikel 14. Evenwel werd niet betwist dat het voorwerp van het geding hiermee onveranderd bleef, aangezien dit artikel 14 nog steeds dezelfde uitgangspunten bevat wat de inschakeling van interne of externe Arbo-diensten betreft. Hierdoor voldoet Nederland niet aan de richtlijn, aldus de Commissie. De Nederlandse regering gebruikt verschillende argumenten om aan te geven dat zij niet in strijd handelt met de richtlijn. Deze argumenten hebben betrekking op de bewoordingen van artikel 7 lid 3, de structuur van artikel 7, de doelstelling van de richtlijn, de richtlijn als maatregel tot minimumharmonisatie en ten slotte het nuttige effect van de richtlijn. De Commissie weerlegt gemotiveerd al deze argumenten.

3 Oordeel van het Hof van Justitie

Het Hof oordeelt dat artikel 7 van de richtlijn aan de werkgever een primaire en subsidiaire verplichting oplegt door de rangorde te bepalen waarin de werkgevers gebruik moeten maken van diensten die voorzien in de bescherming tegen en de preventie van beroepsrisico's. In lid 1 staat de primaire verplichting vermeld, terwijl in lid 3 duidelijk gemaakt wordt dat de werkgever alleen een beroep dient te doen op externe deskundigen, wanneer het niet mogelijk is om een beroep te doen op interne deskundigen. Subjectiviteit van de zijde van de werkgever (met betrekking tot de vraag wanneer het niet mogelijk is een beroep te doen op interne deskundigen), wordt vermeden door het bepaalde in lid 5 in samenhang met lid 8. Ook uit de doelstelling van de richtlijn blijkt dat de voorkeur gegeven moet worden aan interne diensten, aldus het Hof. Dit blijkt met name uit de elfde en twaalfde overweging van de considerans van de richtlijn waarin staat dat de richtlijn onder meer tot doel heeft een dialoog en een evenwichtige deelneming van werkgevers en werknemers tot stand te brengen met het oog op de vaststel-

ling van de maatregelen die nodig zijn voor de bescherming van de werknemers tegen arbeidsongevallen en beroepsziekten. Ook het argument van de Nederlandse regering, dat de richtlijn als minimum dient en Nederland een beter niveau van bescherming biedt door een hoogwaardig stelsel van diensten voor te schrijven, wordt door het Hof verworpen. Volgens het Hof gaat het i.c. niet om de vraag of de richtlijn als minimum dient, maar om de vraag of de Nederlandse wetgeving indruist tegen de voorschriften van de richtlijn, daaronder begrepen de rangorde tussen de mogelijkheden genoemd in lid 1 en 3.

Het Hof concludeert dan ook dat Nederland niet heeft voldaan aan haar verplichtingen op grond van artikel 7 lid 3 van de richtlijn, door niet voor te schrijven dat een werkgever voor de activiteiten op het gebied van de bescherming tegen en de preventie van beroepsrisico's in zijn bedrijf pas een beroep kan doen op externe deskundigen, indien de mogelijkheden binnen het bedrijf onvoldoende zijn.

4 Commentaar

Het is onbegrijpelijk dat de Nederlandse regering het op een zaak voor het Hof heeft laten aankomen. De bewoordingen van artikel 7 van de richtlijn zijn namelijk zo overduidelijk dat er mijns inziens geen enkel misverstand kan bestaan over het feit dat deze bepaling een expliciete rangorde aangeeft daar waar het gaat om de inschakeling van deskundigen met betrekking tot preventietaken. Interessant is dat de staatssecretaris van SZW, ten tijde van het aanhangig zijn van de zaak voor het Hof, een adviesaanvraag naar de SER heeft gestuurd over de verplichte deskundige ondersteuning van werkgevers bij Arbo- en verzuimaanpak.⁴ Na de uitspraak van het Hof heeft de staatssecretaris een aanvullende brief naar de SER gestuurd, waarin hij uiteenzet hoe naar zijn mening de Arbowet dient te veranderen.⁵ Hieronder zal ik allereerst de rol van de Arbodiensten in historisch perspectief schetsen. Vervolgens zal ik de adviesaanvraag aan de SER en de aanvullende brief van de staatssecretaris bespreken en becommentariëren. Het advies van de SER was helaas ten tijde van het schrijven van deze annotatie nog niet binnen. Voorts zal ik ingaan op de vraag wat de gevolgen van het arrest zijn voor de Nederlandse wetgeving en op de vraag of de Nederlandse staat door werkgevers aansprakelijk kan worden gesteld voor de verkeerde implementatie van de richtlijn.

4 Adviesaanvraag van het Ministerie van SZW aan de Voorzitter van de Sociaal-economische Raad van 4 april 2003.

5 Aanvullende brief van het Ministerie van SZW aan de Voorzitter van de Sociaal-economische Raad van 15 juli 2003.

4.1 De rol van de Arbo-diensten in historisch perspectief

De Veiligheidswet⁶ kende al sinds 1959 de bedrijfsgeneeskundige diensten. Deze regeling is in 1971 fundamenteel herzien.

In de Arbowet van 1980 waren ten opzichte van de regeling van 1971 geen belangrijke principiële wijzigingen meer aangebracht. De Arbowet van 1980 bevatte de mogelijkheid voor het inschakelen van bedrijfsgeneeskundige diensten en veiligheidsdiensten of veiligheidsdeskundigen. Ingevolge het Besluit verplichtstelling bedrijfsgeneeskundige diensten⁷ was een bedrijfsgezondheidsdienst verplicht voor bedrijven met een personeelsomvang van vijfhonderd of meer werknemers waarin industriële dan wel stuwadoorsarbeid werd verricht. De taken van de dienst waren het beschermen en bevorderen van de gezondheid van de werknemers voorzover het betrof problemen die samenhangen met de verhouding waarin werknemers stonden tot hun arbeid en arbeidsmilieu. Deze taken stonden opgesomd in artikel 18 van de Arbowet. De Bedrijfsgezondheidsdiensten moesten erkend zijn door de minister.⁸ Aangezien artikel 18 lid 5 Arbowet bepaalde dat de in de bedrijfsgezondheidsdienst werkzame artsen en andere deskundigen speciale ontslagbescherming genoten, impliceert dit dat het ging om interne deskundigen. De bedrijfsgezondheidsdienst moest onder leiding staan van een bedrijfsarts (art. 18 lid 5).

De regeling van de veiligheidsdienst en veiligheidsdeskundige in artikel 19 van de Arbowet leek zowel ten opzichte van de instelling, de erkenning en de werkingssfeer als van de doelstelling, de taken en de positie van de deskundige op die van de bedrijfsgezondheidsdienst in artikel 18.⁹ Het artikel was sinds 1 januari 1988 van kracht, maar was daarna gedurende twee jaar zonder betekenis gebleven door het ontbreken van een verplichtstellingsbesluit en een besluit met nadere eisen.¹⁰ Beide besluiten traden met ingang van 1 januari 1990 in werking.¹¹

De Arbowet ging uit van de enkelvoudige veiligheidsdienst en bedrijfsgezondheidsdienst. In het oorspronkelijke wetsontwerp van de Arbowet was al de mogelijkheid geopperd om de taken van de bedrijfsgeneeskundige

6 Wet van 19 februari 1959, Stb. 1959, 56.

7 Besluit van 13 november 1974, Stb. 1974, 740.

8 Besluit Erkenning Bedrijfsgezondheidsdiensten van 18 mei 1982, Stb. 1982, 406.

9 A.J.C.M. Geers, *Recht en humanisering van de arbeid* (diss. Maastricht), Deventer: Kluwer 1988, p. 216.

10 A.J.C.M. Geers (red.), *Schets arbeidsomstandighedenrecht*, Deventer: Kluwer 1991, p. 89.

11 Besluit verplichtstelling veiligheidsdiensten arbeidsomstandighedenwet, Stb. 1989, 304 en Besluit eisen veiligheidsdiensten arbeidsomstandighedenwet, Stb. 1989, 305.

dienst en die van de veiligheidsdienst in één dienst te laten uitoefenen.¹² Aanvankelijk had de Minister bezwaren, maar uiteindelijk is toch een artikel (art. 20), waar de Arbo-dienst stond genoemd, in de wet opgenomen.¹³ De wet eiste dat een gecombineerde dienst dusdanig was georganiseerd, uitgerust en bemand dat de bedrijfsgezondheids- en veiligheidstaken op hetzelfde niveau als in enkelvoudige diensten konden worden uitgevoerd. Voorts ging de wet ervan uit dat de bedrijfsgezondheidstaken werden uitgevoerd onder leiding van een bedrijfsarts en de veiligheidskundige taken onder leiding van een veiligheidsdeskundige. Deze dienden aan de eisen voor het hoofd van enkelvoudige diensten te voldoen en beiden moesten rechtstreeks toegang hebben tot het hoofd van het bedrijf. Dus in feite toch twee afzonderlijke diensten, zij het in een gemeenschappelijk organisatorisch kader.¹⁴

De werkgever kon aan zijn verplichting tot instelling van een enkelvoudige dienst ook voldoen door zich aan te sluiten bij een gezamenlijk met andere werkgevers in te stellen, al dan niet gecombineerde, dienst. Het beheer van zulk een externe dienst moest zijn opgedragen aan een rechtspersoon zonder winstoogmerk en de werknemers van de aangesloten bedrijven moesten in het bestuur vertegenwoordigd zijn.¹⁵ Dit geeft aan dat de werkgever ook toen al de keuzemogelijkheid had tussen een interne of externe dienst, mits die diensten maar aan bepaalde kwalificaties voldeden. In 1989 echter werd de richtlijn aangenomen, op grond waarvan de uitspraak van het Hof van Justitie is gedaan. Toen de Arbowet in 1998 werd gewijzigd waarbij het huidige artikel 14 werd geformuleerd, bleek de wet dus in strijd met deze richtlijn te zijn.

4.2 De adviesaanvraag van staatssecretaris Rutte van 4 april 2003

In de adviesaanvraag van 4 april 2003 geeft de staatssecretaris aan dat het moment is gekomen om uitvoeriger stil te staan bij de verplichte deskundige ondersteuning door Arbo-diensten. Dit om verschillende redenen.

In de eerste plaats vanwege de ingrijpende wijzigingen in het stelsel van ziekteverzuimaanpak van de laatste jaren. Als gevolg van deze wijzigingen hebben werkgevers steeds meer verantwoordelijkheden gekregen voor de reïntegratie van zieke werknemers. De vraag is dan of de structuur van de noodzakelijke deskundige ondersteuning hun voldoende mogelijkheden biedt om die verantwoordelijkheden waar te maken.

12 Ad Geers, *Veilig en wel*, tweede druk, Alphen aan den Rijn: Samsom 1985, p. 69-76.

13 Geers, *Recht en humanisering van arbeid*, p. 222.

14 Geers (red.), *Schets arbeidsomstandighedenrecht*, p. 94.

15 Art. 1 van het Besluit nadere eisen gezamenlijke bedrijfsgezondheidsdiensten, Stb. 1982, 406.

In de tweede plaats zijn werkgevers steeds bewuster producten van Arbo-diensten gaan afnemen, waarbij echter vooral het kleinbedrijf nog achter blijft.

In de derde plaats blijkt (in 1998) ruim tweederde van alle werkgevers ontevreden te zijn over de Arbo-diensten.¹⁶ Zo vinden werkgevers in met name het midden- en kleinbedrijf bijvoorbeeld dat de Arbo-diensten onvoldoende kennis zouden hebben van (branche)specifieke productieprocessen en de daarmee samenhangende arbeidsomstandigheden.¹⁷ Dit zou het gevolg zijn van het feit dat bij de Arbo-diensten (te) hoog opgeleide personen werken die de taal en de praktijk van de kleine werkgever niet kennen. De diensten zouden niet gemakkelijk overgaan tot het inschakelen van lager gekwalificeerde krachten, hetgeen als bijkomend voordeel zou hebben dat de dienstverlening goedkoper wordt. Gevolg van de ontevredenheid van werkgevers over de Arbo-diensten is dat zij al snel volstaan met een minimaal contract met de Arbo-diensten en dan is de cirkel rond: omdat er ontevredenheid is over de kwaliteit, sluit men een minimaal contract, waardoor de dienstverlening nog minder wordt enzovoort.

Ik denk dat de eerste twee argumenten nog niet zozeer leiden tot de conclusie dat er meer gebruik gemaakt moet worden van interne deskundigen. Men kan namelijk ook concluderen dat de kwaliteit van de externe deskundigen eens extra onder de loep genomen dient te worden. Het derde argument lijkt mij wel een reden te kunnen zijn om meer over te schakelen naar interne deskundigen in plaats van externe deskundigen. Interne deskundigen zullen zich wellicht bovendien meer verantwoordelijk voelen voor preventietaken, omdat zij de directe gevolgen ervan ondervinden.¹⁸

Het kabinet wil in elk geval vasthouden aan de verplichte deskundige ondersteuning bij elk van de vijf genoemde taken van de werkgever bij zijn

16 Dit blijkt enkele jaren later nog steeds het geval te zijn. In 2000 vindt ruim driekwart van de bedrijven dat de inschakeling van de Arbo-dienst geen enkel effect heeft gehad op verbetering van de arbeidsomstandigheden. Dit zou blijken uit een steekproef van de bureaus Heliview en SBI-koers. Zie: Bedrijven kritischer over arbodiensten, *Arbo & Milieu* 2000, afl. 3, p. 8-9. Zie ook: Het stroeve contact tussen bedrijf en arbodienst, *Arbo & Milieu* 2000, afl. 6, p. 10-12.

17 Zie hierover bijvoorbeeld: RI&E in het MKB is doodgeboren kind, *Veiligheid* 2003, afl. 4, p. 10-11.

18 Uit een onderzoek van het instituut Nyfer in 2001 blijkt dat interne Arbo-diensten veel succesvoller zijn dan externe diensten als het gaat om vermindering van het ziekteverzuim en beperking van de WAO-instroom. Dit succes zou vooral te danken zijn aan het feit dat bij hen budget en bevoegdheden in één hand liggen en dat ze een duidelijke regie hebben over de behandeling van zieke werknemers. Zie: Interne arbodienst succesvoller, *Arbo & Milieu* 2001, afl. 5, p. 12-14.

Arbo- en verzuimbeleid, genoemd in artikel 14 lid 3 sub a t/m d Arbowet. Deze taken zijn:

- het verlenen van medewerking aan het verrichten en opstellen van een risico-inventarisatie en -evaluatie (ri&e), waaronder mede begrepen het toetsen ervan en het evalueren daaromtrent (art. 14 lid 3 sub a);
- de bijstand bij de begeleiding van werknemers die door ziekte niet in staat zijn hun arbeid te verrichten, met inbegrip van de bijstand bij de uitvoering van bij of krachtens artikel 71a lid 1, 2, 3, 4, en 7 WAO gestelde regels (art. 14 lid 3 sub b);
- het uitvoeren van een arbeidsgezondheidskundig onderzoek (PAGO) (art. 14 lid 3 sub c onder 1);
- de aanstellingskeuring indien de werkgever die laat verrichten (art. 14 lid 3 sub c onder 2);
- het houden van een arbeidsomstandighedenspreekuur (art. 14 lid 3 sub d).

Het kabinet wil niet tornen aan het kwaliteitsniveau van de ondersteuning. Dit lijkt mij een goed uitgangspunt, maar dat staat los van de zaak waar het bij het Hof om draaide: de rangorde van interne en externe deskundigen. Certificering blijft noodzakelijk, maar het kabinet wil bekijken of deelcertificaten mogelijk zijn, de zogeheten ont koppeling. Nu krijgt men alleen certificering als men alle vijf de taken kan aanbieden. Door het geven van deelcertificaten hoeven nieuwe toetreders niet meer in staat te zijn het hele pakket van vijf diensten aan te bieden. De diensten worden ont koppeld in die zin dat voor preventie en reïntegratie verschillende diensten kunnen worden ingeschakeld. Hierdoor kunnen meer spelers het veld betreden, zoals verzekeraars, RIB's en interne diensten bij grote werkgevers. Ontkoppeling zou betekenen dat de wet voor elke taak waarbij een werkgever zich nu nog moet laten bijstaan door een gecertificeerde Arbo-dienst zou kunnen voorschrijven door welke deskundigen de werkgever zich moet laten bijstaan. Bijvoorbeeld:

- a verzuimbegeleiding, PAGO (periodiek arbeidsgeneeskundig onderzoek) en aanstellingskeuring: geregistreerde bedrijfsarts;
- b ri&e: geregistreerde veiligheidskundige, arbeidshygiënist en organisatie-deskundige.

De aanbieders kunnen zijn werknemers met de vereiste registratie, zelfstandig werkende deskundigen, rechtspersonen die de diensten door de deskundigen laten verrichten et cetera. Het voordeel dat het kabinet ziet in de ont koppeling is een vergroting van de kwalitatieve concurrentie op de Arbo-markt. Er zouden volgens de staatssecretaris drie typen diensten kunnen ontstaan:

- a diensten die alle vijf de producten leveren;
- b diensten die zich richten op preventie;
- c diensten die zich richten op reïntegratie.

Ontkoppeling zou tevens inhouden dat artikel 2:10 van het Arbobesluit moet worden gewijzigd. Nu bepaalt dit artikel dat externe Arbo-diensten zich 'in hoofdzaak' moeten bezighouden met Arbo-dienstverlening. De woorden 'in hoofdzaak' zouden in geval van ontkoppeling geschrapt moeten worden.

Het kabinet ziet echter ook wel de nodige nadelen in de ontkoppeling. Preventie en reïntegratie hangen natuurlijk nauw met elkaar samen. Als men ziek wordt is het van groot belang om te weten hoe men ziek is geworden en of er alles aan gedaan is om dat ziek worden te voorkomen, de preventie dus. Dit zou wellicht opgelost kunnen worden door een goede onderlinge informatie-uitwisseling, aldus de staatssecretaris. Ik vraag mij echter af of dat niet nog meer problemen oplevert. Een werkgever heeft al met zoveel instanties te maken in geval van zieke werknemers: de Arbo-dienst, zijn verzekeraar, eventueel een reïntegratiebureau en op de achtergrond, zeker naarmate het eerste jaar meer en meer verstrijkt, het UWV. Als die Arbo-dienst dan ook nog eens versnipperd is in die zin dat men een organisatie heeft voor de preventie én één voor de reïntegratie, wordt het voor werkgevers en trouwens ook werknemers, nog ingewikkelder dan het al is. Nog afgezien van de vraag of de communicatie tussen interne en externe deskundigen altijd even vlekkeloos zal verlopen.

Een ander nadeel dat het kabinet signaleert is dat de kans bestaat op zeer uiteenlopende praktijken en daaruit volgend een zeer gedetailleerde regeling over niveau en omvang van de vereiste dienstverlening naar bedrijfsgrootte en bedrijfsklasse. Daar komt bij dat de Arbeidsinspectie een zwaardere taak krijgt. Nu kan ze voor elk bezocht bedrijf nagaan of dat is aangesloten bij een van de negentig gecertificeerde Arbo-diensten. Met dizzyzenden zelfstandige beroepsbeoefenaren is dat een stuk complexer. Dit geldt ook voor het UWV dat immers het reïntegratieverslag moet beoordelen. Ten slotte signaleert het kabinet dat er momenteel een grotere behoefte is aan transparantie van de markt. Die behoefte wordt niet bevredigd met de nieuwe regelingen.

Los van bovengenoemde nadelen geeft het kabinet nog aan dat de bestaande Arbo-diensten ook in de nieuwe regeling waarschijnlijk de meest voor de hand liggende keus blijven voor veel werkgevers. Dit geldt zeker voor het midden- en kleinbedrijf; zij hebben immers niet de toerusting in huis voor managerial sturing van de diverse professionals. Dit roept bij mij de vraag op, ook gezien

de bovengenoemde nadelen, of er dan wel tot ontkoppeling moet worden overgegaan. Als het kabinet meent dat veel werkgevers waarschijnlijk bij de bestaande diensten zullen blijven, betekent dit mijns inziens bovendien dat de richtlijn dan nog steeds niet correct geïmplementeerd wordt. Immers, voor de preventietaken dient in de eerste plaats bekeken te worden of er interne deskundigen zijn. De bestaande Arbo-diensten zijn veelal externe deskundigen. Bovendien is daarmee het probleem voor het midden- en kleinbedrijf niet opgelost dat een van de redenen was die leidden tot de adviesaanvraag: de ontevredenheid over de bestaande Arbo-diensten. Toch vraagt het kabinet vreemd genoeg aan de SER of het zijn mening deelt 'dat de mogelijkheid van deelcertificaten ingevoerd moet worden samen met het schrappen van de "in hoofdzaak" bepaling in artikel 2:10 van het Arbobesluit'.

4.3 De aanvulling op de adviesaanvraag van 4 april 2003

Na de uitspraak van het Hof van Justitie heeft de staatssecretaris – als aanvulling op zijn adviesaanvraag – een brief naar de SER gestuurd als aanvulling op zijn adviesaanvraag, waarin hij zijn voornemens kenbaar maakt omtrent wijziging van de Arbowet ter uitvoering van het arrest. Het arrest lijkt alleen relevant voor het bepaalde in artikel 14 lid 3, sub a en sub d van de Arbowet. Immers, de laatste volzin van artikel 14 lid 3 schrijft voor dat de werkgever zich voor de taken genoemd in artikel 14 lid 3 sub a t/m d moet laten bijstaan door een Arbo-dienst. En aangezien het in het arrest uitsluitend over de vraag gaat of artikel 7 van de richtlijn correct is geïmplementeerd, en artikel 7 betrekking heeft op preventietaken, vallen de taken genoemd in artikel 14 lid 3 sub b en c buiten de reikwijdte van het arrest. Deze taken zien immers op de verzuimbegeleiding, hoewel men kan beargumenteren dat het arbeidsgezondheidskundig onderzoek (PAGO), als bedoeld in artikel 14 lid 3 sub c onder 1, ook onder preventie valt. Verwezen wordt daar immers naar artikel 18 Arbowet, waarin staat dat het onderzoek 'erop gericht is de risico's die de arbeid voor de gezondheid van werknemers met zich meebrengt zoveel mogelijk te voorkomen of te beperken'. Dit lijkt mij een specifieke preventietaak. Toch heeft de staatssecretaris in zijn vervolg op de adviesaanvraag van 4 april 2003 aangegeven dat onder meer de PAGO buiten beschouwing wordt gelaten, evenals de verzuimbegeleiding en de aanstellingskeuring.¹⁹ Deze drie taken staan beschreven in artikel 14 lid 3 sub b en c Arbowet.

19 Van de PAGO schijnt in de praktijk overigens amper iets terecht te komen. Ook weten veel werknemers niet dat de Arbo-arts een spreekuur voor hen houdt. Werkgevers zien er het nut niet van in en Arbo-diensten komen er door de drukte nauwelijks aan toe. Zie: PAGO moet nut maar eens bewijzen, *Arbo & Milieu* 2001, afl. 5, p. 15-17.

Met betrekking tot de preventietaken genoemd in artikel 14 lid 3 sub a en d schrijft het artikel niet de verplichte rangorde van interne en externe dienst voor zoals dat op grond van de richtlijn zou moeten. In de laatste volzin van artikel 14 lid 3 staat niet dat de Arbo-dienst een interne of externe dienst moet zijn. De werkgever heeft dus de keuze wat dit betreft. Dit is in strijd met de richtlijn, aangezien die een verplichte volgorde voorschrijft.

De staatssecretaris geeft in zijn aanvullende brief aan dat in artikel 14 Arboret zal worden voorgeschreven dat de bijstand aan de werkgever verleend wordt door eigen werknemers, tenzij de mogelijkheden in het bedrijf onvoldoende zijn. De bepaling zal betrekking hebben op alle taken op het terrein van het preventiebeleid van de werkgever. In een beleidsregel zal vervolgens nader worden uitgewerkt wanneer de mogelijkheden in het bedrijf onvoldoende zijn om een interne dienst in te stellen. Vervolgens maakt de staatssecretaris een onderscheid tussen de deskundige ondersteuning bij de ri&e enerzijds en de overige preventietaken van de werkgever anderzijds.

Voor wat betreft de ondersteuning bij de ri&e sluit de staatssecretaris aan bij zijn adviesaanvraag van 4 april 2003, waar hij het heeft gehad over de ont koppeling en de mogelijkheid van deelcertificaten, zodat diensten niet meer alle vijf de producten hoeven te leveren om voor certificering in aanmerking te komen. Hij bespreekt de mogelijkheid van een versoepeling van de definitie van 'interne dienst'. Hij verwijst daarbij naar de overgangperiode voor het oprichten van Arbo-diensten (van 1994 tot 1998), waarbij de mogelijkheid bestond om een samenwerkingsverband van één deskundige werknemer met drie externe deskundigen als dienst te certificeren. Het voorstel biedt naar mijn mening de nodige ontsnappingsmogelijkheden aan werkgevers die momenteel een Arbo-dienst hebben, maar in de toekomst wellicht moeten overstappen naar een interne dienst. Het is een pragmatische oplossing, waarbij er in de praktijk niet zoveel zou hoeven te veranderen: de werkgevers blijven aangesloten bij hun Arbo-dienst en benoemen simpelweg een werknemer die met die Arbo-dienst samenwerkt. Dit zou dus mijns inziens concreet kunnen betekenen dat vooral de externe deskundigen zich in de praktijk bezighouden met ri&e en dat de werknemer er voor spek en bonen bij zit. Het kan ook betekenen dat de 'interne dienst' het hele takenpakket van preventie en verzuimbegeleiding op zich zou kunnen nemen, waarbij niet duidelijk is wie de preventie doet en wie de verzuimbegeleiding. Ik denk dat dit nog steeds in strijd is met de richtlijn omdat die nu eenmaal voorschrijft dat voor de preventie in de eerste plaats interne deskundigen moeten worden ingeschakeld. Het zou alleen werken als heel duidelijk wordt vastgelegd dat de (interne) werknemer zich bezighoudt met preven-

tietaken en de Arbo-dienst met verzuimbegeleiding. Maar dat heeft weer de nadelen die ik hierboven heb beschreven en die ook het kabinet reeds voorziet.

In de tweede plaats stelt de staatssecretaris dat bepaald moet worden wanneer er sprake is van 'onvoldoende mogelijkheden binnen het bedrijf' voor een interne dienst, waarna uiteraard voor een externe dienst gekozen kan worden. Puur de grootte van het bedrijf vindt de staatssecretaris niet genoeg als criterium. Dit zou betekenen dat als het bedrijf een bepaalde omvang heeft, er per definitie een interne dienst moet zijn. Hij stelt voor een beleidsregel te formuleren die niet alleen de bedrijfsgrootte als criterium hanteert, maar ook een bepaalde risicoklasse. Die beleidsregel zou er volgens de staatssecretaris als volgt uit kunnen zien:

- a 'onvoldoende mogelijkheden' worden aanwezig geacht indien de voorgescreven deskundige bijstand bij de ri&e in het bedrijf, gelet op omvang en risicoklasse, zodanig van omvang is, dat het instellen van een interne dienst de bedrijfsbelangen onevenredig zou belasten.
- b Bij bedrijfsgrootte x en risicoklasse y worden de mogelijkheden in het bedrijf voldoende geacht.

Een dergelijke formulering heeft volgens de staatssecretaris tot gevolg dat de werkgever (groter dan x , die toch geen interne dienst wil instellen) bijzondere bedrijfsomstandigheden die leiden tot een geringere omvang van het werk aan de ri&e, voor zijn beslissing kan aanvoeren.

Voor wat betreft de andere preventietaken, welke naar mijn mening alleen maar die kunnen zijn zoals beschreven in artikel 14 lid 3 sub d Arbowet, wil de staatssecretaris gebruikmaken van de mogelijkheid die de richtlijn in artikel 7 lid 7 biedt om categorieën van bedrijven te bepalen waarin de werkgever zelf bedoelde taken op zich kan nemen. Men zou voor Nederland dan kunnen denken aan bedrijven met minder dan 15 werknemers. Gezien het feit dat de staatssecretaris in deze verwijst naar het voorbeeld van artikel 15 lid 4 Arbowet,²⁰ maak ik hieruit op dat hij voorstelt dat voor dergelijke bedrijven überhaupt geen dienst nodig is, noch een interne, noch een externe. De werkgever zal dan echter wel zelf de nodige deskundigheid in huis moeten hebben.

20 Art. 15 lid 4 Arbowet schrijft voor dat de werkgever die een natuurlijk persoon is met niet meer dan 15 werknemers zich voor de deskundige bijstand op het gebied van de bedrijfshulpverlening niet hoeft te laten bijstaan door een of meer werknemers die zijn aangewezen als bedrijfshulpverleners, mits hij beschikt over voldoende deskundigheid, ervaring en uitrusting om deze taken naar behoren te vervullen en zorg draagt voor een goede vervangingsregeling.

4.4 Gevolgen van het arrest voor de Nederlandse wetgeving

Indien het Hof van Justitie vaststelt dat een lidstaat een krachtens het EG-verdrag rustende verplichting niet is nagekomen, is deze staat gehouden die maatregelen te nemen, welke nodig zijn ter uitvoering van het arrest van het Hof.²¹ Het Hof heeft niet de bevoegdheid om specifieke maatregelen te eisen welke de lidstaat zou moeten nemen ter uitvoering van het arrest.²² Het mag ook geen tijdslimiet stellen aan de periode waarbinnen de lidstaat aan het arrest gevolg moet geven.²³ Wel moet de aanpassing van de wetgeving meteen beginnen en zo spoedig mogelijk worden afgerond.²⁴ Voorts mag het Hof geen wetgeving van een lidstaat onwettig, niet toepasbaar of nietig verklaren, dat mag alleen de nationale rechter. Het Hof mag alleen bepalen dat de betreffende wetgeving in strijd is met het Gemeenschapsrecht.²⁵ De wetgevende en uitvoerende macht van de lidstaat moeten ervoor zorgen dat de 'aangevallen' wet in conformiteit wordt gebracht met het Gemeenschapsrecht. Mocht een lidstaat ondanks de uitspraak van het Hof geen actie ondernemen, dan geldt artikel 228 lid 2 EG-verdrag en kan de Commissie onder druk van een dwangsom voor het Hof eisen dat de lidstaat alsnog zijn verplichtingen nakomt.

De Nederlandse staat is dus verplicht om zijn wetgeving binnen een bepaalde tijd aan te passen, zodat die conform de richtlijn zal zijn, op (eventueel) straffe van een dwangsom. Maar hoe is de situatie zolang die wetgeving (nog) niet is aangepast? Op grond van artikel 24 lid 2 Arbowet is de Arbeidsinspectie belast met het toezicht op het bepaalde in de Arbowet. Op grond van artikel 33 lid 1 Arbowet is een handelen in strijd met het bepaalde in de laatste volzin van artikel 14 lid 3 Arbowet een beboetbaar feit. Dit is een bestuurlijke boete, waartegen bezwaar en eventueel beroep bij de bestuursrechter openstaan. Kan de werkgever nu zeggen: 'Ik hoef geen door een externe Arbo-dienst getoetst ri&e te hebben, want artikel 14 lid 3 is in strijd met de richtlijn'? Feit blijft dat er een getoetst ri&e moet zijn. Alleen zou het in de eerste plaats een interne dienst moeten zijn die dit zou moeten toetsen en pas in tweede instantie, indien een interne dienst niet vereist is, de externe Arbo-dienst. De vraag die rijst is of een werkgever die een door een inter-

21 Art. 228 lid 1 EG-verdrag.

22 H.G. Schermers & D.F. Waelbroeck, *Judicial protection in the European Union*, Den Haag/London/New York: Kluwer Law International 2001, p. 637. Het Hof van Justitie heeft overigens wel gezegd dat een lidstaat wiens wetgeving in strijd is met Gemeenschapsrecht verplicht is om deze wetgeving te amenderen of in te trekken (Zaak 169/87, Commissie v. Frankrijk, Jur. 1988, p. 4093).

23 Zaak C-473/93, Commissie v. Luxemburg, Jur. 1996, p. I-3207. Zie ook K. Lenaerts & D. Arts, *Procedural law of the European Union*, London: Sweet & Maxwell 1999, p. 110.

24 Onder meer Zaak C-334/94, Commissie v. Frankrijk, Jur. 1996, p. I-1307.

25 Lenaerts & Arts, *Procedural law of the European Union*, p. 111.

ne dienst getoetst ri&e heeft, zich kan beroepen op de richtlijn en kan stellen dat hij voldoet aan de richtlijn, zodat de Arbeidsinspectie hem niet kan sanctioneren.

Richtlijnen hebben bindende werking voor de lidstaten (art. 249 EG-verdrag). Volgens het Hof van Justitie zou het strijdig zijn met de bindende kracht van richtlijnen als degenen voor wie deze richtlijnen bepaalde rechten creëren, zich er niet op zouden kunnen beroepen in geval de lidstaat de richtlijn niet of niet correct implementeert.²⁶ Derhalve heeft het Hof gezegd dat het recht van een individuele burger van de EG om zich te beroepen op een onvoorwaardelijke en voldoende nauwkeurige bepaling van een richtlijn ten opzichte van de lidstaat die de richtlijn niet of niet correct heeft geïmplementeerd, gebaseerd is op de combinatie van artikel 249 lid 3 EG-verdrag en artikel 10 EG-verdrag.²⁷ Het rechtsgevolg van een met het Europees recht strijdige regeling is dus niet nationaalrechtelijk bepaald, maar Europeesrechtelijk.

De Arbeidsinspectie kan een werkgever die geen door de (externe) Arbeidsdienst getoetst ri&e heeft, maar wel een door een interne dienst getoetst plan, dus niet meer sanctioneren. Immers, de werkgever houdt zich dan aan het bepaalde in artikel 7 van de richtlijn. De nationale rechter zal in een eventuele procedure die de werkgever heeft aangespannen tegen de oplegging van een boete door de Arbeidsinspectie, de bevindingen van de Arbeidsinspectie dat de werkgever zich niet heeft laten bijstaan door een (externe) Arbeidsdienst dus moeten negeren als de werkgever voor de preventietaken een interne dienst heeft.²⁸ Ook kan de Arbeidsinspectie naar mijn mening nu nog niet zeggen dat een interne dienst die een bepaalde werkgever heeft, niet goed genoeg is en dat de werkgever met een (externe) Arbeidsdienst in zee moet gaan. Immers, er moeten nog criteria worden ontwikkeld die bepalen wanneer er onvoldoende mogelijkheden zijn binnen het bedrijf voor een interne dienst. Dat heeft de staatssecretaris kenbaar gemaakt in zijn aanvullende brief op zijn eerdere adviesaanvraag.

26 Zaak 41/74, Van Duyn v. Home Office, Jur. 1974, p. 1337.

27 Zaak 190/87, Oberkreisdirektor des Kreises Borken et al. v. Handelsonderneming Moorman B.V., Jur. 1988, p. 4689.

28 In zaak 314-316/81 en 83/82 (Procureur de la Republique et al. v. Waterkeyn et al., Jur. 1982, p. 4337) heeft het Hof van Justitie gezegd dat nationale rechters de met het Gemeenschapsrecht strijdige bepalingen moeten negeren.

4.5 Aansprakelijkheid van de Nederlandse staat jegens werkgevers of werknemers?

Kunnen werkgevers de Nederlandse staat aanspreken voor niet-naleving van de richtlijn? Immers zij hebben altijd in de veronderstelling verkeerd dat ze voor de taken genoemd in artikel 14 lid 3 sub a t/m d Arbowet de keuze hadden tussen een externe of een interne dienst. In de praktijk zijn ze vrijwel allemaal in zee gegaan met een externe Arbo-dienst. Nu blijkt dat in strijd te zijn met de richtlijn, want er had eerst bekeken moeten worden of een interne dienst de preventietaken kon verrichten. Dit betekent dat een aantal werkgevers hun contracten met de (externe) Arbo-diensten moet opzeggen, waar ongetwijfeld de nodige kosten mee gemoeid zijn. Bovendien hebben zij al die tijd gebruik moeten maken van een, wellicht, duurder externe dienst dan wanneer zij een interne dienst hadden gehad. Het lijkt wel of de staatssecretaris al een beetje rekening houdt met mogelijke schadevergoedingsacties aangezien hij in zijn aanvullende brief zegt te denken dat het wel zal meevallen met de extra kosten die bedrijven moeten maken voor het overstappen van een externe naar een interne dienst. Immers de kosten voor de externe dienst vallen weg en veel bedrijven hebben al werknemers die met preventie en ri&e toetsing bezig zijn. Voorts zegt hij dat de bestaande wetgeving al verplicht tot het aanwijzen van werknemers voor andere preventietaken dan de ri&e toetsing, dus hiervoor is de lastentoename in ieder geval al bescheiden te achten.

In de zaak *Francovich*²⁹ heeft het Hof van Justitie voor het eerst gezegd dat het principe dat een lidstaat aansprakelijk is voor schade aan individuen ten gevolge van inbreuken op het Gemeenschapsrecht waar die lidstaat voor verantwoordelijk is, inherent is aan het systeem van het EG-verdrag. In *Brasserie du Pecheur*³⁰ heeft het Hof voorts gezegd dat de voorwaarden met betrekking tot de aansprakelijkheid van de Gemeenschap ook gelden voor de aansprakelijkheid van de lidstaten. De eigen beginselen van de communautaire rechtsorde dienen als grondslag voor de aansprakelijkheid van de staat. Het kan niet zo zijn dat individuen die schadevergoeding eisen van een lidstaat met andere voorwaarden te maken krijgen dan wanneer zij schadevergoeding van de Gemeenschap zouden eisen in vergelijkbare situaties. Verder heeft het Hof gedetailleerd de voorwaarden uiteengezet waaronder individuen schadevergoeding kunnen eisen. De voor deze kwestie relevante voorwaarden zijn:

29 Zaak C-6/90 en C-9/90, *Francovich et al. v. Italië*, Jur. 1991, p. I-5357.

30 Zaak C-46/93 en C-48/93, *Brasserie du Pecheur SA v. Duitsland*, Jur. 1996, p. I-1029.

- De nationale wetgever moet verantwoordelijk zijn voor de schending van het gemeenschapsrecht, ongeacht het orgaan van de lidstaat waarvan de handeling of het verzuim de schending uitmaakt.
- De regel van gemeenschapsrecht moet aan het individu bepaalde rechten toekennen.
- Er moet sprake zijn van een voldoende gekwalificeerde schending door de lidstaat. Dit is het geval als de lidstaat kennelijk en ernstig de grenzen waarbinnen diens discretionaire bevoegdheid dient te blijven, heeft miskend. Om die kennelijke en ernstige miskening te bepalen worden de volgende elementen in de beschouwing getrokken:
 - de mate van duidelijkheid en nauwkeurigheid van de geschonden regel;
 - de omvang van de beoordelingsmarge die de geschonden regel de nationale instantie laat;
 - of de schending al dan niet opzettelijk gebeurde;
 - of een eventuele rechtsdwaling verschoonbaar was;
 - de omstandigheid dat een Gemeenschapsinstelling heeft kunnen bijgedragen tot het verzuim of de instandhouding van de met het Gemeenschapsrecht strijdige regel.
- Er moet een direct causaal verband bestaan tussen de schending en de ontstane schade.

De schadevergoedingsactie tegen de lidstaat moet voor een nationale rechter gebracht worden.³¹ Het is voorts aan de lidstaat om in het kader van het nationale aansprakelijkheidsrecht de gevolgen ongedaan te maken van de schade veroorzaakt door de schending van het Gemeenschapsrecht. De voorwaarden die in het nationale aansprakelijkheidsrecht zijn vastgesteld mogen echter niet minder gunstig zijn dan de voorwaarden welke voor gelijksoortige nationale vorderingen gelden. De schadevergoeding moet in redelijke verhouding staan tot de geleden schade. De lidstaat moet hiervoor zelf de criteria aanleggen. Voldoende is dat vaststaat dat er een gekwalificeerde schending van Gemeenschapsrecht heeft plaatsgevonden. Er hoeft dus geen schuld, opzet of onzorgvuldigheid van de lidstaat bewezen te worden door het individu. Voorts kan de schade niet beperkt worden tot schade die ontstaan is na de uitspraak van het Hof.

Als we de casus toetsen aan de voorwaarden zoals door het Hof van Justitie geformuleerd in de zaak *Brasserie du Pêcheur*, wat is dan de conclusie? De nationale wetgever is verantwoordelijk voor de bewoordingen van artikel 14 lid 3 *Arbowet*, dus de eerste voorwaarde is vervuld.

31 Zaak C-72/90, *Asia Motor France v. Commissie*, Jur. 1990, p. I-2181.

Kent artikel 7 van de richtlijn bepaalde rechten toe aan individuen? Ik zou zeggen dat artikel 7 lid 1 en 3, die hier het meest relevant zijn, juist een plicht aan het individu (de werkgever) oplegt. Namelijk de plicht om werknemers aan te wijzen die zich bezighouden met preventieactiviteiten en als dat niet mogelijk is een beroep te doen op externe deskundigen. In die zin is de tweede voorwaarde dus niet vervuld.

Is er sprake van een voldoende gekwalificeerde schending van Gemeenschapsrecht? Hiervoor moeten we de criteria die het Hof heeft geformuleerd afgaan. De geschonden regel, artikel 7 van de richtlijn, laat mijns inziens niets aan duidelijkheid te wensen over. De nationale wetgever heeft een beoordelingsmarge om te bepalen wanneer een bedrijf geen interne dienst hoeft te hebben. Die beoordelingsmarge staat in feite beschreven in de leden 5 en 8 van artikel 7. Maar dat doet niet af aan het feit dat de richtlijn duidelijk stelt dat een bepaalde volgorde gehanteerd moet worden. Daar heeft de lidstaat geen beoordelingsmarge in. De schending gebeurde bewust aangezien de Europese Commissie reeds in 1997 een aanmaningsbrief aan de Nederlandse regering stuurde en in 1998 een met redenen omkleed advies uitbracht over de schending. De regering was dus in elk geval op de hoogte van het standpunt van de Commissie, maar bleef kennelijk van mening dat ze de richtlijn correct had geïmplementeerd. Zoals gezegd vind ik dat onbegrijpelijk aangezien de richtlijn zeer duidelijk is. Verder kan ik niet zeggen dat er sprake is van een rechtsdwaling, gezien het voorgaande, laat staan dat die verschoonbaar zou zijn. Ook de Gemeenschapsinstelling, i.c. de Commissie heeft er nooit misverstand over laten bestaan dat Nederland in strijd handelde met de richtlijn. Ik denk dan ook dat er sprake is van een voldoende gekwalificeerde schending van Gemeenschapsrecht.

Dan de laatste voorwaarde: het causaal verband tussen schending en schade. Men zou kunnen beargumenteren dat de werkgever schade heeft geleden door de verkeerde omzetting van de richtlijn in nationaal recht. Immers, de werkgever heeft al die tijd verondersteld dat hij een keuzemogelijkheid had tussen een interne of een externe dienst. Die keuzemogelijkheid blijkt er nu niet te zijn. Door de verkeerde omzetting van de richtlijn in nationaal recht kan er schade zijn ontstaan. Werkgevers zullen lopende contracten met externe diensten moeten opzeggen, waarmee de nodige kosten kunnen zijn gemoeid. Uiteraard zal een werkgever in een procedure aannemelijk dienen te maken waar die schade precies uit bestaat. Indien dat lukt, zal de laatste voorwaarde vervuld zijn.

Aangezien niet alle voorwaarden voor het krijgen van schadevergoeding vervuld zijn, zullen werkgevers niet op basis van de jurisprudentie van het Hof

van Justitie schadevergoeding kunnen vorderen van de Nederlandse overheid. En hoe zit het dan met werknemers? Kunnen die wellicht schadevergoeding eisen? Als we de voorwaarden zoals hierboven besproken opnieuw aflopen, kunnen we zeggen dat in elk geval de eerste en de derde voorwaarde zijn vervuld. Voor deze voorwaarden maakt het niet uit of de werkgever of werknemer een actie begint. Voor wat betreft de tweede voorwaarde, het toekennen van bepaalde rechten aan individuen, kan men beargumenteren dat die is vervuld. Immers, de werknemer heeft het recht om in eerste instantie bijgestaan te worden door een interne dienst. Pas als dat niet mogelijk is, komt een externe dienst om de hoek kijken. De vraag is of voldaan is aan de vierde voorwaarde: het causaal verband tussen schending en schade. Dit lijkt mij niet eenvoudig vast te stellen. De werknemer zal moeten aantonen dat hij schade heeft geleden vanwege het feit dat hij door een externe dienst is bijgestaan in plaats van door een interne dienst. Het lijkt mij praktisch onmogelijk om dit aan te tonen. Met name omdat niet zeker is dat die schade niet zou zijn ontstaan als hij was bijgestaan door een interne dienst.

5 Conclusie

De uitspraak van het Hof van Justitie betekent dat Nederland artikel 7 van de richtlijn niet goed heeft omgezet in nationale wetgeving. Het gaat dan in het bijzonder om artikel 14 lid 3 sub a en d in samenhang met de laatste volzin van lid 3 van de Arbowet. Het feit dat de werkgever de keuzevrijheid heeft voor wat betreft de inschakeling van interne of externe deskundigen is in strijd met de richtlijn die een verplicht te hanteren volgorde voorschrijft. De staatssecretaris heeft aangegeven dat artikel 14 Arbowet aangepast zal worden. Door de uitspraak van het Hof zal de nationale rechter in een door de werkgever aangespannen procedure het argument van de Arbeidsinspectie dat de werkgever geen externe dienst heeft ingeschakeld voor de preventietaken, moeten negeren. Dit betekent echter wel dat de werkgever moet kunnen aantonen dat hij hiervoor interne deskundigen heeft ingeschakeld. Werkgevers kunnen de Nederlandse staat niet aansprakelijk stellen voor het feit dat deze de richtlijn niet correct heeft geïmplementeerd. Er is niet aan alle voorwaarden voor aansprakelijkheidsstelling zoals door het Hof van Justitie geformuleerd, voldaan. Werknemers zouden de Nederlandse staat alleen aansprakelijk kunnen stellen als zij kunnen aantonen dat er een causaal verband is tussen de niet-correcte implementatie en de door hen geleden schade. Mijns inziens is dit praktisch onmogelijk.

*E. Fransen**

* Advocaat te Heerlen en universitair docent sociaal recht UM.