

Notitie van: Prof. mr. Leonard G. Verburg

Betreft: Oplossingsrichtingen tot het behouden van de brandweerveiligheid (de huidige inrichting en werkwijze ten aanzien van vrijwilligheid bij de brandweer) binnen de bestaande juridische kaders

Datum: 15 mei 2019

Inleiding

1. In november 2018 heeft Pels Rijcken & Droogleever Fortuijn ('Pels Rijcken') in opdracht van het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, het Ministerie van Justitie en Veiligheid (JenV) en de Brandweerkamer VNG (Brandweerkamer) een rapport uitgebracht over de rechtspositie van de brandweervrijwilligers in het kader van Europees- en internationaalrechtelijke regels (het 'Pels Rijcken rapport'). Het Pels Rijcken rapport doet verslag van een onderzoek naar het antwoord op de vraag of er elementen in de rechtspositie van de brandweervrijwilliger (de 'vrijwilliger') zijn die strijdig zijn met Europese en internationale regelgeving. De conclusie luidt dat er een reëel risico bestaat dat inderdaad elementen in de rechtspositie van de vrijwilligers in strijd zijn met de normen uit Europese en internationale regelgeving. Dit risico concentreert zich op het thema van de gelijke behandeling van de vrijwilliger en de beroepsbrandweer (de 'beroeps'). Pels Rijcken meent dat de werkzaamheden van de vrijwilliger over het algemeen vergelijkbaar zijn met die van de beroeps en ziet een reëel risico dat de vrijwilliger als deeltijdwerker valt aan te merken. Pels Rijcken merkt in dat kader op dat betwijfeld kan worden of de keus die een vrijwilliger heeft om werk te aanvaarden of te weigeren (de '*opt out*'), in het licht van de overige betrokken elementen, de conclusie kan dragen dat de positie van de vrijwilliger niet kan worden vergeleken met die van de beroeps. Pels Rijcken betwijfelt of, uitgaande van vergelijkbaarheid, een verschil in behandeling objectief gerechtvaardigd is.
2. In reactie hierop hebben JenV en de Brandweerkamer drie onderzoekstrajecten uitgezet:
 - (I) Een onderzoek naar mogelijkheden om binnen het bestaande juridische kader de huidige inrichting en werkwijze ten aanzien van vrijwilligheid bij de brandweer te behouden.
 - (II) Een onderzoek naar de mogelijkheid van het afwijken van de Deeltijdrichtlijn (97/81 EG) middels een objectieve rechtvaardiging. Dit betreft de gedachte dat een verschil in behandeling tussen beroeps en vrijwilliger, voor zover deze laatste valt aan te merken als deeltijdwerker, een legitiem doel dient, een geschikt middel is en het middel noodzakelijk is om het doel te bereiken.
 - (III) Een onderzoek naar, dat wil zeggen het in beeld brengen van, de mogelijkheden om vrijwilligheid bij de brandweer zo te differentiëren en vorm te geven dat geen sprake is van spanning met vigerende regelgeving.

Deze notitie bespreekt de eerste twee onderzoekstrajecten en sluit af met een enkele opmerking over de mogelijkheden vrijwilligheid bij de brandweer zo te differentiëren en vorm te geven dat geen sprake is van spanning met vigerende regelgeving.

I Mogelijkheden om binnen het bestaande juridische kader de huidige inrichting en werkwijze ten aanzien van vrijwilligheid bij de brandweer te behouden

Enige overwegingen ten aanzien van de (on)mogelijkheden via juridische 'constructies' de huidige inrichting en werkwijze ten aanzien van vrijwilligheid bij de brandweer te behouden

3. Bij het nadenken over oplossingen moet men geen heil verwachten van constructies die een vergelijking tussen vrijwilligers en beroeps trachten te ontgaan. Er zit geen muziek in de gedachte dat het bij een vrijwilliger gaat om een opdrachtovereenkomst en niet, zoals bij de beroeps, om een aanstelling/arbeidsovereenkomst en dat dit zou maken dat geen sprake is van ongelijke behandeling. De personele reikwijdte van EU-richtlijnen kan per richtlijn qua methodiek enigszins verschillen, maar het Hof van Justitie EU (HvJ) kiest steeds voor een qua resultaat soortgelijk ruim bereik.¹ Het hiernavolgende adstrueert dit punt.
4. In *O'Brien* overwoog het HvJ dat de deeltijdrichtlijn (97/81) geen definitie bevat van werker, arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding en dat de Uniewetgever had aangegeven dat deze begrippen moeten worden uitgelegd in de zin van het nationale recht. Daarbij diende in de visie van het HvJ wel het nuttig effect van de richtlijn in acht te worden genomen. Lidstaten mogen niet naar eigen goeddunken bepaalde categorieën personen uitsluiten. Een uitsluiting (in *O'Brien* ging het om rechters) kon slechts worden aanvaard als de verhouding van de betrokken werkers naar de aard ervan wezenlijk anders was dan die van andere werkers die naar nationaal recht als werknemer worden aangemerkt.² In *Ruhrlandklinik* was de personele reikwijdte van de uitzendrichtlijn (2008/104) aan de orde. Ook deze richtlijn laat de definitie van het werknemersbegrip over aan het nationale recht van de lidstaten ('werknemer is iedere persoon die in de betrokken lidstaat krachtens de nationale arbeidswetgeving bescherming geniet als werknemer'). Niettemin oordeelde het HvJ, mede via de band van het naast de arbeidsovereenkomst gehanteerde begrip 'arbeidsverhouding', dat dit niet betekent dat de Uniewetgever ervan heeft afgezien de reikwijdte van het werknemersbegrip in de zin van richtlijn 2008/104 zelf vast te leggen.³ In zijn arrest van 21 februari 2018 ging het HvJ in op de positie van de Belgische brandweervrijwilliger Matzak in het kader van de reikwijdte van richtlijn 2003/88 (bescherming van de veiligheid en de gezondheid van 'werknemers' op het gebied van de organisatie van de arbeidstijd). Het HvJ herbevestigde zijn rechtspraak omtrent het communautaire werknemersbegrip. Het HvJ overwoog dat het betreffende werknemersbegrip niet naargelang van het nationale recht verschillend mag worden uitgelegd. Als werknemer valt volgens vaste rechtspraak van het HvJ aan te merken iedereen die reële en daadwerkelijke arbeid verricht, met uitsluiting van werkzaamheden van zo geringe omvang dat zij louter marginaal en bijkomstig zijn. Kenmerkend voor een arbeidsverhouding is in de woorden van het HvJ dat iemand

¹ Vergelijk daarover tevens de oratie van Prof. Mr. Femke Laagland, Voorbij grenzen van het Nederlandse werknemersbegrip, Een Europese analyse van de zzp-plannen van het Nederlandse kabinet, 27 september 2018, Radboud Universiteit Nijmegen.

² HvJ 1 maart 2012, C-393/10, ECLI:EU:C:2012:110, JAR 2012/116 (*O'Brien/Ministry of Justice*).

³ HvJ 17 november 2016, C-216/15, ECLI:EU:C:2016:883 (*Ruhrlandklinik*). De Hoge Raad volgt het HvJ nauwkeurig in HR 14 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:689, JAR 2017/136 m.nt. Laagland (*Focus on Human*).

gedurende een bepaalde tijd voor een ander en onder diens gezag prestaties levert en als tegenprestatie een vergoeding ontvangt.⁴ Het lokale rechtskarakter van een arbeidsverhouding naar nationaal recht mag geen gevolgen hebben voor de hoedanigheid van werknemer in de zin van het Unierecht.⁵ Matzak werkte als brandweervrijwilliger, maar was voor de toepassing van richtlijn 2003/88 werknemer. Het HvJ nam daarbij in aanmerking dat Matzak onder leiding van een andere persoon bepaalde reële activiteiten verrichtte waarvoor hij werd betaald. Dit speelt op soortgelijke wijze in Nederland. De vrijwilligers zijn voor de toepassing van richtlijn 2003/88 aldus werknemer. Zij zijn dat duidelijk ook voor de toepassing van andere op gelijke behandeling gerichte EU-regelgeving.

5. Er zit evenmin (voldoende) muziek in de gedachte dat in het kader van een uitzend/inleen constructie een andere werkgever de vrijwilligers in dienst neemt dan de werkgever van de beroeps. Deze constructie zou dan tot doel hebben door het optreden van twee verschillende werkgevers het argument te kunnen hanteren dat er niet één gemeenschappelijke bron is die verantwoordelijk is voor het onderscheid in beloning en die de gelijke behandeling zou kunnen bewerkstelligen. Een belangrijke spelregel bij het vergelijken van twee groepen werknemers is dat sprake is van één bron.⁶ Rechters zullen naar mijn overtuiging door dergelijke 'gekunstelde' (uitzend/inleen)-constructies heen kijken indien er (i) overigens geen noemenswaardige verandering optreedt in de manier van werken van de brandweer, en (ii) geen andere reden voor de gekozen opzet bestond dan de bedoeling een barrière op te werpen tegen een vergelijking van vrijwilligers en beroeps. Ik doel bij de verwijzing naar rechters hier niet op het HvJ, maar op nationale rechtspraak. Ik ga er van uit dat de brandweertaak in ons land wordt beschouwd als een typische overheidstaak. Het ligt dan in beginsel voor de hand dat ook het werkgeverschap en de bijbehorende verantwoordelijkheid voor de arbeidsvoorwaarden bij de overheid berusten. De rechter kan in voorkomend geval op verschillende manieren een als gekunsteld beschouwde uitzend/inleenconstructie torpederen. Hij kan de constructie voor de toepassing van de spelregels omtrent gelijke behandeling terzijde leggen c.q. relativeren met het standpunt dat in de gekozen opzet toch sprake is van één bron van beloning.⁷ Hij kan

⁴ HvJ EU 21 februari 2018, C-518/15, ECLI:EU:C:2018:82, JAR 2018/75 (*Stad Nijvel/Matzak*).

⁵ In *Ruhrlandklinik* stelde het HvJ het zo: de juridische kwalificatie naar nationaal recht en de vorm van deze verhouding, evenals de aard van deze rechtsbetrekking tussen deze twee personen, zijn in dit opzicht niet doorslaggevend. Zie eerder in een gelijke beloningskwestie HvJ 13 januari 2004, C-256/01, ECLI:EU:C:2004:18 (*Allonby/Accrington & Rossendale College*): het begrip werknemer heeft een communautaire draagwijdte en kan niet strikt worden uitgelegd. Iemand die naar nationaal recht als zelfstandige wordt beschouwd, kan toch als werknemer in de zin van artikel 141 lid 1 EG (thans art. 157 VWEU, LV) worden aangemerkt, indien zijn zelfstandigheid fictief is en dus een arbeidsverhouding in de zin van voormelde bepaling verhult. In die kwestie moest worden onderzocht in hoeverre voor de docenten als Allonby vrijheid bestond om zelf hun tijdschema, plaats en inhoud van hun werk te bepalen. Het ontbreken van een verplichting tot aanvaarding van een leeropdracht was irrelevant.

⁶ Het vereiste van één bron komt aan de orde in HvJ 17 september 2002, C-320/00, ECLI:EU:C:2002:498, JAR 2002/262 (*Lawrence*) en HvJ EG 13 januari 2004, ECLI:EU:C:2004:18, JAR 2004/70 (*Allonby/Accrington & Rossendale College*). Zie voorts CGB 27 september 2007, JAR 2007/253.

⁷ Een voorbeeld van deze aanpak is te vinden in Hof Arnhem-Leeuwarden 7 augustus 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:7135, JAR 2018/237 m.nt. Hoogeveen (*Taxi Dorenbos Drenthe BV*).

oordelen dat voor de toepassing van de spelregels omtrent gelijke behandeling de vrijwilligers geacht worden toch in dienst te zijn van de werkgever van de beroeps.⁸ Hij kan voorts oordelen dat een beroep op de contractuele driehoeksrelatie in de situatie van de vrijwilligers naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.⁹ Ik merk nog op dat het wetsvoorstel Wet Arbeidsmarkt in Balans (WAB, *Kamerstukken II*, 2018/2019, 35 074) de arbeidsvoorwaarden van gepayrolde werknemers gelijk wil laten zijn aan die van de werknemers van de inlener.¹⁰ Het zou bovendien naar buiten toe geen goed vertelbaar verhaal opleveren als men de vrijwilligers in een aparte rechtspersoon onderbrengt om het risico dat Pels Rijcken op tafel heeft gelegd te adresseren. Uit de rechtspraak over payrolling blijkt daarbij dat men de zittende vrijwilligers bij een overgang naar een uitlenende rechtspersoon volledig moet inlichten over de reden en de gevolgen. De medezeggenschap heeft adviesrecht. De vrijwilligers hoeven niet met de werkgeverswissel in te stemmen. Deze weg acht ik aldus zonder dat het business model (veel) verder op de schop gaat, onbegaanbaar.

6. De vrijwilligers maken ongeveer 80% uit van het totale aantal brandweerlieden. De beroeps zijn met hun 20% veruit in de minderheid. Deze percentages geven evenwel slechts een globaal beeld. Op regionaal/lokaal niveau liggen de percentages zeer verschillend. In een aantal gevallen, vooral in stedelijke regio's, ligt het percentage beroeps nagenoeg op 100%. In andere gevallen, vooral in het buitengebied/buiten de grote steden, maken de vrijwilligers vrijwel 100% van het totaal uit. Men kan naar mijn overtuiging de brandweer niet regionaal of anderszins compartimenteren met de bedoeling daarmee een argument in handen te hebben dat gelijke behandeling slechts aan de orde behoort te zijn per veiligheidsregio of per enige andere gekozen geografische eenheid. De gedachte zou zijn dat er geen vergelijkbare werkers zijn: er zijn slechts vrijwilligers of slechts beroeps. Deze redenering strookt echter niet met een landelijk gecentraliseerde opzet en ik meen ook dat een dergelijke manier van 'figuurzagen' bij de rechter betrekkelijk kansloos is indien het er slechts of vooral om gaat te bereiken dat gelijke behandeling slechts speelt binnen door de werkgever gefiguurzaagde compartimenten. Ik laat in het midden dat per compartiment/regio zelden sprake zal zijn van vrijwilligheid of beroepsmatigheid op basis van 100%. Dit laatste punt bedoelt te zeggen dat

⁸ In die zin HvJ 21 oktober 2010, *JAR* 2010/298, *NJ* 2010/576 m.nt. Mok (*Albron/Roest*). De overwegingen van het HvJ kwamen er feitelijk op neer dat Roest voor de toepassing van richtlijn 2001/23 inzake de positie van werknemers bij een overgang van onderneming in dienst werd geachte te zijn bij de als materiële werkgever te beschouwen inlenende werkmaatschappij. Een voorbeeld zonder EU-invloed is te vinden in Rb. Noord-Nederland 19 december 2017, *ECLI:NL:RBNNE:2017:4888* (*FNV/Alescon*). De toegepaste inleenconstructie betreffende SW-geïndiceerde werknemers werd in strijd met doel en strekking van de WSW bevonden.

⁹ Vergelijk HR 4 november 2016, *ECLI:NL:HR:2016:2356*, *JAR* 2016/286 m.nt. Knipschild met annotatie van Verburg in *ArA* 2017/1 (*C4C/StiPP*).

¹⁰ Het ligt voorts in de bedoeling dat payrollwerknemers op grond van de WAB naast de gelijkschakeling van de overige arbeidsvoorwaarden recht krijgen op een adequate pensioenregeling als voor vergelijkbare werknemers van de inlener of in de betreffende sector een pensioenregeling geldt. Indien de payrollwerknemer niet deelneemt aan de regeling van de inlener, moet de pensioenregeling voldoen aan de voorwaarden die worden gesteld in een ministerieel besluit. Het ontwerpbesluit voorwaarden adequate pensioenregeling payrollkrachten heeft inmiddels de fase van de internetconsultatie achter de rug.

zonder 100% vrijwilligers of 100% beroeps gelijke behandeling toch steeds een relevant thema zou zijn.

7. Men kan overwegen om over te gaan op alleen vrijwilligers of alleen beroeps. Zolang de vlag de lading voldoende dekt, heeft men als aanduiding van de overblijvende functie de keuze tussen het spreken over vrijwilligers of beroeps. De functiebenaming van de overblijvende functie kan die van vrijwilliger zijn ook als er zekere elementen in de relatie sluipen die voorheen typisch bij een beroeps hoorden. Andersom kan de functiebenaming die van beroeps zijn ook als er zekere elementen in de relatie sluipen die voorheen typisch waren voor de vrijwilliger. Ook de beroepsvrijwilliger is als etiket mogelijk. Het ligt gezien de percentages van dit moment voor de hand dat men in eerste instantie zou kijken of iedereen vrijwilliger kan zijn. Zo was het ook in het wat verder weg gelegen verleden (vergelijk Berenschot 2011, p. 10). De bestaande populatie beroeps hoeft in dit scenario niet actief te worden ingekrompen. Het volstaat deze categorie vanaf een zekere datum niet meer aan te vullen ('een hek erom heen'). Dat moet dan wel strak, zonder uitzonderingen, gebeuren. Een dergelijke aanpak levert geen ongelijke behandeling naar leeftijd op. In een recent arrest van het HvJ ging het om de houdbaarheid van een maatregel bij Ierse scholen waarbij na een bepaalde datum aangestelde leerkrachten minder gingen verdienen dan hun collega's die op die datum al aangesteld waren. Het HvJ oordeelde dat het daardoor ontstane verschil in behandeling het gevolg was van de aanstellingsdatum van de respectieve leerkrachten, aangezien het van deze datum afhing of de oude of nieuwe regels inzake de salarisschaal en indeling in de salaristrappen van toepassing waren. Het enige relevante criterium was het vanaf de betreffende datum nieuw aangesteld zijn. Het HvJ overwoog: "Dit criterium waarbij de toepassing van nieuwe regels afhankelijk wordt gemaakt van niets anders dan de aanstellingsdatum als objectief en neutraal gegeven, houdt derhalve kennelijk geen verband met de inaanmerkingneming van de leeftijd van de aangestelde personen".¹¹ Een dergelijke aanpak doet overigens niet af aan het in het Pels Rijcken rapport geschetste risico van ongelijke behandeling over de periode tot aan de datum van plaatsing van het hek, maar beperkt dit risico tot de periode tot het moment van het plaatsen van het hek. Mogelijk biedt deze oplossing wel enige steun in eventuele disputen over het verleden. Ik doel op het argument dat de brandweer inderdaad onder ogen heeft gezien dat de vrijwilligers en beroeps naar elkaar toe groeiden en heeft ingegrepen (uiteraard met de gedachte: voordat er ongelukken zouden gebeuren). De rechter zou zeer wel, zeker bij de vrije instroom,

¹¹ HvJ 14 februari 2019, C-154/18, ECLI:EU:C:2019:113, JAR 2019/77 (*Horgan en Keegan/Ireland*). Vergelijk ook HvJ EU 8 september 2011, JAR 2011/278 m.nt. Bruyninckx (*Hennigs/Eisenbahn-Bundesamt*). Het oude salarissstelsel maakte onderscheid naar leeftijd, de leeftijd was bepalend met gevolg dat het kon voorkomen dat twee op dezelfde dag in dezelfde salarisgroep aangestelde contractanten een verschillend salaris kregen vanwege een verschil in leeftijd. Geen rechtvaardiging op grond dat het een cao betrof. Wil men rekening houden met beroepservaring, dan is een criterium zonder leeftijd als wegingsfactor beter geschikt. Met betrekking tot de overgangsregeling naar een ander stelsel (met weging van de uitgeoefende activiteit, de beroepservaring en de prestatie) overweegt het hof dat doordat daarbij als uitgangspunt voor het referentiesalaris de voordien ontvangen beloning is genomen, de regeling het onderscheid bestendigt, de overgangsregeling geldt echter alleen voor reeds in dienst zijnde contractanten. Doel is dat zij hun vroegere beloning behouden. Het hof acht dit gerechtvaardigd, temeer nu het om een tijdelijke regeling gaat.

gevoelig kunnen zijn voor dit argument en bereid kunnen zijn voor het verleden geen zaken overhoop te halen. Ik laat dit thema hier verder rusten. De oplossingsrichting hoort verder meer thuis in onderzoekstraject III.

Overwegingen rond de vergelijkbaarheid van de vrijwilliger en de beroeps: het Wippel-arrest, het O'Brien-arrest en andere rechtspraak van het HvJ

8. Het Pels Rijcken rapport vermeldt het *Wippel*-arrest van het HvJ. De zaak betrof het thema van de gelijke behandeling ten aanzien van de arbeidstijden van een oproepcontractant (mevrouw Wippel) in vergelijking met voltijders. Het ging om de toepassing van de deeltijdrichtlijn en de richtlijn betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van onder meer de arbeidsvoorwaarden. Het HvJ overwoog dat het discriminatieverbod dat in deze richtlijnen is neergelegd een specifieke uitdrukking is van het algemene gelijkheidsbeginsel dat deel uitmaakt van de fundamentele beginselen van gemeenschapsrecht, ingevolge hetwelk vergelijkbare situaties niet verschillend mogen worden behandeld tenzij een verschil in behandeling objectief gerechtvaardigd is.¹² Het oproepcontract bepaalde dat Wippel een werkaanbod kon weigeren zonder dat zij dit behoefde te rechtvaardigen (de 'opt out'). Meer precies ging het om een contract volgens welke de wekelijkse arbeidsduur en de organisatie van de arbeidstijd niet vastlagen, maar afhankelijk waren van de van geval tot geval te bepalen behoeften van de werkgever en waarbij de betrokken werknemers de keuze hadden om het werk te aanvaarden of te weigeren. Wippel viel met haar contract binnen het bereik van beide richtlijnen. Het HvJ toetste de vergelijkbaarheid van Wippel met voltijders. Artikel 3 van de raamovereenkomst bij de deeltijdrichtlijn geeft als definitie van de 'vergelijkbare voltijdwerker' de volgende omschrijving: een voltijdwerker in dezelfde vestiging die werkzaam is uit hoofde van dezelfde soort arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding en hetzelfde of soortgelijk werk verricht of dezelfde of een soortgelijke functie uitoefent, waarbij rekening wordt gehouden met andere overwegingen, die betrekking kunnen hebben op anciënniteit en kwalificaties/bekwaamheden'. Het HvJ constateerde dat de voltijdwerkers anders dan Wippel niet het recht hadden werk te weigeren. Het HvJ stelde (punt 61): "Onder deze omstandigheden heeft de in het vorige punt van dit arrest bedoelde arbeidsverhouding een voorwerp en een oorzaak die verschillen van die van de arbeidsverhouding van een werknemer als Wippel". Er was aldus in de niet erg ruim gemotiveerde visie van het HvJ geen sprake van een vergelijkbare voltijdwerker. Men dient zich hierbij te realiseren dat de kwestie betrekking had op de arbeidstijd. Wippel stelde niet dat als ze werkte, zij ten onrechte minder verdiende dan andere deel- of voltijdwerkers.¹³
9. Het Pels Rijcken rapport merkt kort en goed op dat het HvJ inmiddels niet meer zozeer op de lijn van *Wippel* zit, maar meer werk voor werk vergelijkt. Dit zou blijken uit het *O'Brien*-arrest

¹² HvJ 12 oktober 2004, C-313/02, ECLI:EU:C:2004:607, JAR 2004/279 (*Wippel/Peek & Cloppenburg GmbH & Ko. KG*), punt 56.

¹³ Vergelijk hierover P.C. Vas Nunes, *Gelijke behandeling in arbeid*, Boomjuridisch, Den Haag: 2018, p. 213/214 met verwijzing naar een oordeel van de Commissie Gelijke Behandeling (CGB 2002-93 t/m 100) waarin het CGB meent dat oproep-anesthesisten niet vergelijkbaar zijn met vaste anesthesisten, gelet op hun meer routinematige werk, het feit dat zij niet volgens roosters maar al naar gelang de behoefte werken en het ontbreken van opleidings- en carrièreperspectief.

van het HvJ uit 2012.¹⁴ Het HvJ zou in de visie van het rapport minder dan in 2004 (het jaar waarin *Wippel* werd gewezen) oog hebben voor de overige modaliteiten van de contractuele band. Men kan twisten over de vraag of de eis van een 'zelfde soort arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding' betrekking heeft op de 'inhoud van de werkzaamheden' zoals het HvJ in punt 61 van *O'Brien* stelt. Het is duidelijk dat het HvJ in *O'Brien* het meer van belang acht dat de vergeleken groepen van personen 'in wezen dezelfde werkzaamheden verrichten', zoals het HvJ onder punt 62 van *O'Brien* verwoordt. Het HvJ voegt er aan toe dat de partijen in de procedure hebben uiteengezet dat het werk van de vergeleken groepen personen 'identiek' was. Als het werk identiek is, zal de rechter inderdaad natuurlijk minder oog hebben voor andere modaliteiten. Dat is echter omkeerbaar: als het werk niet identiek is, zal de rechter meer oog hebben voor andere modaliteiten. De overigens voorzichtig geformuleerde stelling van Pels Rijcken is dus niet zonder enige grond, maar evenmin zonder nadere nuancering helemaal juist. Als het vergeleken werk identiek is, overschaduwde dat gezichtspunt andere concrete omstandigheden van het geval. Als het vergeleken werk niet identiek is, krijgen andere concrete omstandigheden weer meer ruimte onder de zon. Het lijkt mij niet juist aan de overwegingen van het HvJ in *O'Brien* de gedachte te ontleenen dat in het algemeen gesproken de redenering uit *Wippel* (ik doel op de relevantie van het onderscheid tussen het al of niet mogen weigeren van werk) min of meer achterhaald is. Het HvJ overweegt ook niet dat *Wippel* zou zijn achterhaald. Dat ligt ook niet voor de hand. Wel hoort hierbij de kanttekening dat het door het HvJ aan de *opt out* in *Wippel* in die concrete situatie toegekende belang niet zomaar en zonder meer generiek kan worden uitgerold naar andere situaties. Oordelen van rechters zijn nu eenmaal gekleurd door de feiten in de zaak die op tafel ligt en door de opstelling en argumenten van de procespartijen. In *O'Brien* heeft onmiskenbaar meegespeeld dat werd erkend dat exact hetzelfde werk werd gedaan.

10. Ik plaats een paar meer abstracte opmerkingen over de rechtspraak van het HvJ over vergelijkingskwesties. Vergelijken is een heikel gebeuren. Vergelijken met wie en met wat en welke factoren spelen een rol? Men loopt steeds het risico appels met peren te vergelijken met als extra moeilijkheidsgraad dat er geen heldere definities zijn van wat een appel is en wat een peer. Ik meen dat de rechtspraak van het HvJ in kwesties rond de materie van gelijke behandeling ten aanzien van de vergelijkingscriteria, hoe casuïstisch ook, kiest voor een holistische benadering. Ik bedoel hiermee dat vergelijken een concrete aangelegenheid is waarbij alle omstandigheden van het betrokken geval gezichtspunten opleveren voor het oordeel of sprake is van gelijke of gelijkwaardige arbeid door vergelijkbare groepen. Het ligt lang niet altijd eenvoudig: welke groepen vergelijkt men en welke kenmerken maken dat een groep samenhang vertoont (en dus inderdaad een groep is), welke rol mogen individuele verschillen spelen, om welke soort regeling gaat het en met welk doel is deze in het leven geroepen, welk doel streeft de betreffende richtlijn na en welke richtsnoeren heeft de Uniewetgever daarin al opgeschreven, op welke punten en/of werkzaamheden zijn er overeenkomsten of juist verschillen en wat is de relevantie daarvan, hoe identiek zijn de opleidingsvereisten en arbeidsomstandigheden? Vergelijken is geen kwestie van *one size fits all*.
11. *Wippel* en *O'Brien* betroffen beide de deeltijdrichtlijn. Deze richtlijn geeft zelf als richtsnoer dat men moet vergelijken met de vergelijkbare voltijdwerker. Dat is de persoon die

¹⁴ HvJ 1 maart 2012, C-393/10, ECLI:EU:C:2012:110, JAR 2012/116 (*O'Brien/Ministry of Justice*).

werkzaam is uit hoofde van dezelfde soort arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding en hetzelfde of soortgelijk werk verricht of dezelfde of een soortgelijke functie uitoefent, waarbij rekening wordt gehouden met andere overwegingen, die betrekking kunnen hebben op anciënniteit en kwalificaties/bekwaamheden. Dit leest als: hou rekening met alle omstandigheden van het geval. Veel rechtspraak van het HvJ over vergelijken ziet op de gelijke beloning m/v (artikel 157 VWEU en desbetreffende richtlijnen). Op die regelgeving geënte voorbeelden van de holistische benadering van het vergelijken van gelijke arbeid of arbeid waaraan gelijke waarde kan worden toegekend, treft men in *Royal Copenhagen* uit 1995 (punt 38)¹⁵, *Brunnhofer* uit 2001 (punt 48)¹⁶ en *Kenny/Ierland* uit 2013 (punt 27)¹⁷. Steeds overweegt het HvJ: “om uit te maken of werknemers gelijke arbeid verrichten of arbeid waaraan gelijke waarde kan worden toegekend, moet worden nagegaan of deze werknemers, gelet op een reeks van factoren zoals de aard van het werk, de opleidingsvereisten en de arbeidsomstandigheden, kunnen worden geacht zich in een vergelijkbare situatie te bevinden”. In *Royal Copenhagen* speelde onder meer verder dat het niet eenvoudig was de te vergelijken groepen werknemers goed samen te stellen. Dit bracht het HvJ tot de aanvullende overweging dat de te bepalen groepen werknemers uit een relatief groot aantal werknemers moesten bestaan, dit om te voorkomen dat de geconstateerde verschillen het gevolg zouden zijn van zuiver toevallige of conjuncturele factoren, of voortvloeien uit verschillen die aan het individuele arbeidsresultaat van de betrokken werknemers zouden zijn toe te schrijven. Met toevallige en conjuncturele factoren dient men bij het vergelijken dus ook rekening te houden. In *Brunnhofer* voegde het HvJ er (in punt 78 in het kader van het betoog over objectieve rechtvaardiging) aan toe dat de beroepsopleiding een bruikbaar criterium is om uit te maken of werknemers gelijke arbeid verrichten en tevens, in voorkomend geval een objectieve rechtvaardigingsgrond is voor een verschil in beloning voor werknemers die vergelijkbare werkzaamheden verrichten. Deze stellingname vloeit voort uit de gedachte dat de opleiding op het moment van de aanstelling van de werknemer objectief bekend is, terwijl de arbeidsprestaties eerst naderhand kunnen worden beoordeeld en dus geen geldige reden kunnen zijn om werknemers reeds vanaf hun indiensttreding ongelijk te behandelen. Men ziet steeds een fijnmazige wijze van redeneren die erop gericht is daadwerkelijk concreet en precies tot een goede afweging te komen.

12. In *Montero Mateas* uit 2018 boog het HvJ zich over de richtlijn met raamovereenkomst inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd (richtlijn 1999/70). Het HvJ herinnerde eraan dat het non-discriminatiebeginsel (clausule 4 lid 1 raamovereenkomst is daar een uitdrukking van) verlangt dat vergelijkbare situaties niet verschillend en verschillende situaties niet gelijk worden behandeld, tenzij een dergelijke behandeling objectief is gerechtvaardigd.¹⁸ Vervolgens overwoog het HvJ dat volgens vaste rechtspraak om te beoordelen of sprake is van hetzelfde of soortgelijk werk in de zin van de raamovereenkomst, moet worden onderzocht of de betreffende personen, gelet op een reeks van factoren, zoals de aard van het werk, de opleidingsvereisten en de arbeidsomstandigheden, kunnen worden geacht zich in een vergelijkbare situatie te

¹⁵ HvJ EG 31 mei 1995, C-400/93, JAR 1995/198 (*Royal Copenhagen*).

¹⁶ HvJ 26 juni 2001, C-381/99, ECLI:EU:C:2001:358, JAR 2001/159, NJ 2002/10 (*Brunnhofer*).

¹⁷ HvJ EU 28 februari 2013, JAR 2013/91, C-427/11, NJ 2013/349 m.nt. Mok (*Kenny e.a./Ierland*).

¹⁸ Dit is vaste rechtspraak. Vergelijk HvJ 18 december 2007, C-341/05, ECLI:EU:C:2007:809, NJ 2008/150 m.nt. Mok (*Laval*), punt 115.

bevinden (*Montero Mateas*, punt 51). Men ziet steeds de passage: 'gelet op een reeks van factoren, zoals...' gevolgd door een verwijzing naar de aard van het werk, de opleidingsvereisten en de arbeidsomstandigheden. Dit getuigt van een holistische benadering, dat wil zeggen: concreet en rekening houdend met alle relevante omstandigheden van het geval.

13. Bij het lezen van de rechtspraak van het HvJ dient men zich tot slot te realiseren dat het HvJ de nationale rechter handvatten verschaft, criteria aanreikt, maatstaven formuleert, maar dat het steeds aan de nationale rechter is om met inachtneming van wat het HvJ aan handvatten/criteria/maatstaven heeft gegeven de feiten te beoordelen. De nationale rechter is als enige bevoegd over de feiten te oordelen (*Royal Copenhagen*, punt 13, *Kenny/Ierland*, punt 26, *Brunnhofner*, punt 49, *Montero Mateas*, punt 52).¹⁹ De nationale rechter is als enige bevoegd te beoordelen of de nationale normen verenigbaar zijn met het Unierecht.²⁰

De toepassing van de rechtspraak van het HvJ rond de vergelijkbaarheid op het onderscheid vrijwilliger/beroeps

14. Tot nu toe heb ik steeds gesproken over de (brandweer)vrijwilliger. Er zijn echter verschillende groepen vrijwilligers. Het Pels Rijcken rapport houdt een driedeling aan. Voor de helderheid houd ik dezelfde verdeling aan. Kort gezegd gaat het om (i) de vrije instroom, (ii) de vrijwilliger met consignatie profiel (COP), en (iii) de vrijwilliger met een kazerneringsprofiel (KAP). Ik laat subvarianten buiten beschouwing. Mogelijk zijn er aan de zijde van de beroeps overigens ook subvarianten (al was het maar deeltijders naast voltijders).
15. De driedeling belast de zuiverheid van de vergelijking met de beroeps en verhoogt het risico dat de rechter concludeert dat men groepen over één kam moet scheren. Ik zie dit als volgt. Vergelijkt men de KAP-vrijwilliger met de beroeps, dan zou de conclusie kunnen luiden dat er vrij veel gelijkenis is. De KAP-vrijwilliger kan aangeven niet beschikbaar te zijn. Maar als hij heeft doorgegeven beschikbaar te zijn, is deze vrijheid weggegeven en eenmaal aan de slag doet hij gelijksoortig werk als het werk van de beroeps. Hij is ook op de kazerne aanwezig. Met gelijksoortig werk doel ik niet slechts op het uitrukken naar een incident, maar ook op andere taken die op de kazerne zijn te verrichten. Zou de conclusie luiden dat de KAP-vrijwilliger vergelijkbaar is met de beroeps, dan heeft men qua vergelijkbaar zijn al de oversteek gemaakt naar de vrijwilligers. Dat is (gezien de functiebenaming) in psychologische zin een niet onbelangrijke constatering. De volgende vraag is of de vergelijkbaarheid ook geldt voor de COP-vrijwilliger. Deze laatste vraag is, als in rechte zou komen vast te staan dat de KAP-vrijwilligers vergelijkbaar zijn met de beroeps, niet meer zomaar een kwestie tussen de groep COP-vrijwilligers en de groep beroeps. Het zou dan zeer wel kunnen gaan om een

¹⁹ Vas Nunes geeft in zijn beschouwingen over de gelijke behandeling uit 2018 met de nodige slagen om de arm en wijzend op de in zijn ogen vaak onzuivere en inconsistente redeneringen van het HvJ als vuistregels voor het vergelijken: (i) situaties hoeven niet identiek te zijn om met elkaar te worden vergeleken, (ii) vergelijkbaarheid moet concreet voor de betrokken prestatie worden onderzocht, (iii) vergelijkbaarheid wordt in belangrijke mate bepaald door het doel van de betrokken regeling, (iv) hierbij kunnen de heersende opvattingen een rol spelen, (v) situaties zijn eerder vergelijkbaar naarmate het verschil ertussen moeilijker is te kwantificeren. Vas Nunes t.a.p., p. 242.

²⁰ HvJ EU 25 oktober 2018, C-331/17, ECLI:EU:C:2018:859, JAR 2018/300 (*Sciotto*).

vergelijking tussen de groep COP-vrijwilligers en de groep die zowel bestaat uit beroeps als KAP-vrijwilligers. Misschien zou het zelfs gaan om een vergelijking tussen de KAP-vrijwilligers en de COP-vrijwilligers. Als ook deze horde wordt genomen (in de zin dat de COP-vrijwilliger vergelijkbaar is met de KAP-vrijwilliger die vergelijkbaar is met de beroeps), is men de vrije instroom vrijwilligersgroep al een eind genaderd. Ik vermoed dat een vergelijking tussen de vrije instroom vrijwilligers en de beroeps eerder onvergelijkbaarheid oplevert, dan een vergelijking tussen de vrije instromers met de groep COP-vrijwilligers. Mijn betoog is dat elk 'tussenstation' de kans verhoogt dat het in het Pels Rijcken Rapport geschetste risico bewaarheid wordt. Het heeft iets van het dominospel: als men steeds de volgende steen (te) dichtbij neerzet, dan vallen alle stenen bij het omduwen van de eerste na elkaar om.

16. Een volgend punt is dat in enige relevante documenten van de laatste jaren de KAP-vrijwilliger en de COP-vrijwilliger zijn aangeduid als parttimer. Ik doel op Berenschot (2011, p. 5) en op de bundel Brandweer uit de Serie Handboeken Veiligheid uit 2017 onder redactie van Helsloot, Muller en Weewer (2^{de} druk, Wolters Kluwer). Hoofdstuk 5 (auteur: Helsloot) concludeert op p. 200 dat de vrijwilliger een parttimer is geworden. Hoofdstuk 12 (auteurs: Wijkhuijs en Van Duin) stelt dat net als in Nederland de vrijwilligers beter kunnen worden aangeduid als parttime beroeps (p. 318, p. 343). Op p. 343 leest men ook dat er in opleidingsniveau vrijwel geen verschillen meer zijn met de beroeps en dat de vrijwilligers in feite dezelfde werkzaamheden verrichten. Deze signalen kan men slechts met feiten te lijf gaan en niet met juridische argumenten. Ik beschouw de verwijzing naar parttimer als de verwoording van het oordeel dat men ervaart dat het onderscheid tussen de vrijwilliger, en dan vooral de COP-vrijwilliger en de KAP-vrijwilliger, en de beroeps gaandeweg is vervaagd. Een concrete vergelijking ontbreekt in de genoemde literatuur en er is bepaald nog ruimte om op basis van feiten tegen te spreken. Ik verwijs er toch naar met de gedachte dat de onderzoekers potentieel relevante gevoelens vertolken.
17. Wil men aan het onderscheid tussen de vrijwilliger en de beroeps naar de toekomst bezien vasthouden, dan is in mijn visie evident geen plaats meer voor de COP-vrijwilliger en de KAP-vrijwilliger.
18. Ik teken aan dat het enkele feit dat een deel van het werk gelijksoortig is, op zich niet beslissend kan zijn. Men kan gezien de holistische benadering van de materie door het HvJ takenpakketten niet in parten opdelen met de stelling dat het gelijksoortige part gelijksoortig moet worden behandeld.
19. Het casuïstische karakter van de rechtspraak van het HvJ omtrent de reikwijdte van het debiet van de (on)gelijke behandeling maakt dat bij handhaving van een tweedeling tussen vrije instroom vrijwilligers en beroeps als hier aan de orde de onzekerheid nooit helemaal kan worden weggenomen. Mede gelet op de uitkomsten van het Pels Rijcken rapport, acht ik zonder aanscherping van het onderscheid tussen vrijwilligers en beroeps voortgaan op de bestaande weg (te) risicovol.

(II) De mogelijkheid van het afwijken van de Deeltijdrichtlijn (97/81 EG) middels een objectieve rechtvaardiging.

20. Het gaat bij onderzoekstraject II om de gedachte dat een verschil in behandeling tussen beroeps en vrijwilliger, voor zover deze laatste valt aan te merken als deeltijdwerker (in dit

traject ga ik van deze premisse uit), een legitiem doel dient, een geschikt middel is en het middel noodzakelijk is om het doel te bereiken. Ik herneem enige rechtspraak van het HvJ. Een verschil in behandeling kan alleen door objectieve redenen (in de zin van clause 4 lid 1 van de raamovereenkomst inzake deeltijdarbeid) worden gerechtvaardigd. Het feit dat het verschil is vastgelegd in een algemene abstracte regeling vormt geen objectieve reden. Het begrip 'objectieve reden' verlangt dat de ongelijke behandeling beantwoordt aan een werkelijke behoefte, dat de nagestreefde doelstelling daarmee kan worden verwezenlijkt en dat zij daartoe noodzakelijk is (*O'Brien*, punt 64). De geconstateerde ongelijke behandeling moet worden gerechtvaardigd door precieze en concrete gegevens, die kenmerkend zijn voor de betreffende arbeidsvoorwaarde, in de bijzondere context waarin deze voorwaarde is gesteld en op grond van objectieve en transparante criteria, zodat kan worden nagegaan of deze ongelijkheid voorziet in een werkelijke behoefte, geschikt is om de nagestreefde doelstelling te bereiken en daartoe noodzakelijk is (vaste rechtspraak, *Montero Mateas*, punt 57). Budgettaire overwegingen kunnen een discriminatie niet rechtvaardigen (vaste rechtspraak, *O'Brien*, punt 66). Bij de 'nagestreefde doelstelling' gaat het om de doelstelling van de regeling die voor de ongelijke behandeling zorgt.

21. Het Pels Rijcken rapport geeft aan welke onderbouwing is gegeven van het standpunt dat er sprake is van een objectieve rechtvaardiging. Het rapport heeft op deze onderbouwing al commentaar gegeven. Ik voeg daar het volgende aan toe. Een eerste argument betreft het risico dat het zijn van deeltijdwerker tot gevolg heeft dat het moeilijker zal zijn om aan vrijwilligers te komen. In mijn visie gaat dit argument nu al niet op voor de COP-vrijwilligers en de KAP-vrijwilligers. In die situaties is in de literatuur al sprake van parttimerschap. Het gaat daarbij niet om de vraag of dit juridisch klopt, maar om het feit dat de verwijzing naar parttimerschap al opgeld doet. Dit vond plaats zonder dat er bij mijn weten ophef over is ontstaan bij hoofdwerkgevers of elders.
22. Even belangrijk is dat niemand de brandweer verplicht om een deeltijdwerker ook deeltijdwerker te noemen. Er is geen beletsel om een deeltijdwerker vrijwilliger te blijven noemen. Een oproepcontractant kan men immers vrijwilliger noemen. Wat daar aan contractuele werkelijkheid onder ligt, is in de communicatie naar derden niet relevant zolang de communicatie maar niet strijdig is met de feitelijke werkelijkheid. De aanduiding vrije instroom zegt het al: men is vrij en willig. En zo is het. Als het in deeltijd werken tot een hogere beloning zou voeren, zal de vrijwilliger geen bezwaar hebben. De hoofdwerkgever krijgt te horen dat het vrijwilligerschap wordt gegoten in de mal van een oproepcontract. Een oproepcontract geeft de nodige flexibiliteit, zeker als op dit vlak de WAB buiten beeld zou blijven. Ik begrijp het aan Pels Rijcken doorgegeven argument wel, maar zie er in dit kader niets in. Het lijkt een kwestie van goed communiceren. Het feit dat er van consignatie en kazernering geen sprake meer zal zijn, zou voorts per vrijwilliger bezien enige verlichting moeten geven van de werkdruk die uitgaat van het zijn van vrijwilliger.
23. Het argument van de eis van verzekering, te stellen door de hoofdwerkgever, is een budgettair argument en legt derhalve om die reden geen gewicht in de schaal.
24. Het argument dat het deeltijdwerker zijn zich niet verhoudt met de aard van de betrekking is omkeerbaar: zorg dat de aard van de betrekking dat predicaat niet verdient. Daar komt bij dat wij hier niet zelf kunnen beslissen over de vraag of men voor de toepassing van de EU-regelgeving op het terrein van de gelijke behandeling deeltijder is of niet. Dat is een EU-kwestie. Het HvJ bepaalt de criteria voor het antwoord op de vraag of de vrijwilliger voor de

toepassing van deze of gene richtlijn als werknemer moet worden beschouwd. De nationale rechter dient deze criteria getrouw toe te passen.

25. Het argument dat het zijn van deeltijdwerker afbreuk doet aan de gemeenschapszin en de gedachte van hulpverlening, op zich uiteraard legitieme doelen, is betrekkelijk eenvoudig op te lossen door de voor de toepassing van de regelgeving op het gebied van de gelijke behandeling als deeltijder te beschouwen vrijwilliger als vrijwilliger te blijven aanduiden. Zou het om geld gaan, dan is dit een budgettaire argument en om die reden niet valabel. Dit laatste geldt ook voor het leggen van financiële risico's bij gemeenten. En als het argument echt key is, dan is niet duidelijk waarom de huidige vrijwilliger betaling ontvangt voor zijn werkzaamheden ten behoeve van de brandweer. De oplossing ligt dan voor de hand (hoogstens een kostenvergoeding), maar deze oplossing ligt op het terrein van onderzoekstraject III.
26. Er zit derhalve niets bij wat op het punt van de noodzakelijkheid als objectieve rechtvaardiging aanspreekt. De aan Pels Rijcken aangereikte argumenten lijken grotendeels een verband te hebben met kosten/financiering. Dat vormt een budgettaire overweging en een dergelijke overweging krijgt in de hier besproken context geen voet aan de grond.
27. Het is natuurlijk denkbaar dat er nog andere tot nu toe niet genoemde argumenten zouden bestaan. Dergelijke argumenten lopen dan wel op tegen de argwaan die men bij rechters stevast proeft als op een laat moment nog nieuwe verweren op tafel komen. Het kan, maar het argument moet dan wel van goeden huize komen en voorzien zijn van een uitleg waarom men er niet eerder mee kon komen.
28. Onderzoekstraject II lijkt me al met al een doodlopende weg. Wil men het onderscheid tussen vrijwilliger en beroeps handhaven, dan moeten beide groepen onvergelykbaar zijn en blijven.

III Een enkele opmerking ten behoeve van verder onderzoek omtrent de mogelijkheden om vrijwilligheid bij de brandweer zo te differentiëren en vorm te geven dat geen sprake is van spanning met vigerende regelgeving

29. Ik merk allereerst op dat het, om recht te doen aan het bovenstaande, in een nieuwe constellatie moet gaan om substantieel andere vormen van vrijwilligheid dan de hierboven besproken wel als deeltijd getypeerde vormen van vrijwilligheid in de huidige brandweerorganisatie. Wil men zowel met vrijwilligers als met beroeps werken dan is het noodzakelijk zorg te dragen voor een nadrukkelijk en fundamenteel onderscheid tussen de twee groepen. Het is dan zaak de contractuele verhouding, maar vooral ook de aard van het werk, de opleidingsvereisten en de arbeidsomstandigheden van de vrijwilligers goed te onderscheiden van die van de beroeps.
30. Bij het nadenken over de aard van het werk gaat het om het afbakenen van de te verrichten taken en de keuze wie - beroeps of vrijwilligers - deze taken uitvoeren. Steeds dient daarbij in kaart te worden gebracht wat te maken keuzes betekenen ten aanzien van de opleidingsvereisten en arbeidsomstandigheden.
31. Het ligt voor de hand bij het nadenken over een nieuwe vormgeving rekening te houden met de mogelijkheid dat door technologische ontwikkelingen gedreven nieuwe hulpmiddelen de

komende jaren van belang zijn voor de aard van het werk, de opleidingsvereisten en de arbeidsomstandigheden.

Afsluitend

De kwestie vraagt om een gepast gevoel voor urgentie. Juridische procedures vormen niet slechts een risico voor de toekomst, maar hebben potentieel ook effect voor het verleden. Dergelijke procedures kunnen niet alleen in ons land op gang komen, maar kunnen ook elders in de EU starten en resultaten opleveren die ook hier stof doen opwaaien. Er is nog tijd voor nadenken en weloverwogen besluitvorming, maar er is geen tijd meer voor alleen maar nadenken. Het is steeds beter zelf de keuzes te (kunnen) maken. In deze zin is de materie urgent.

