

De juridische kaders voor maximaal behoud van brandweervrijwilligheid in Nederland

Executive summary

Op verzoek van de minister geeft deze notitie een gezamenlijk juridisch oordeel over de vraag of het Nederlandse systeem inzake de vrijwillige brandweer in strijd is met Europees recht of niet, en zo ja, welke wijzigingen afdoende zijn om deze strijdigheid op te lossen met behoud van maximale ruimte voor vrijwilligheid.

De conclusie van dit advies is dat het Nederlandse stelsel van vrijwillige brandweer grotendeels kan worden gehandhaafd en dat goed verdedigbaar is dat *taakdifferentiatie niet vereist wordt door Europees recht*. Dit geldt onder de voorwaarden dat 1) de rechtspositie van brandweervrijwilligers expliciet gebaseerd wordt op het concept van vrijwilligheid en 2) het contrast tussen vrijwillige brandweer en beroeps wordt verscherpt. Daarmee is het naar ons oordeel juridisch aangewezen om de door de denktank geformuleerde bouwsteen 1 te implementeren. Dit betekent concreet dat de huidige categorieën van geconsigneerde en gekazerneerde vrijwilligers, die vrijwilligheid en beroeps vermengen, in beginsel dienen te verdwijnen. Als dat niet gebeurt, zullen 1) geconsigneerde en gekazerneerde brandweelieden toch kwalificeren als werknemers onder EU recht en als gevolg recht hebben op gelijke behandeling, 2) wordt het risico aanzienlijk vergroot dat ook vrije instroomvrijwilligers als werknemer kwalificeren, en dat dus 3) taakdifferentiatie alsnog noodzakelijk wordt. Het in beginsel afschaffen van consignatie en kazernering is daarmee de juridisch meest verkieslijke optie om strijdigheid met Europees recht te voorkomen en vrijwilligheid te behouden als een van de kernwaarden van de Nederlandse brandweer. Bovendien zouden consignatie en kazernering ook bij een keuze voor taakdifferentiatie geheel moeten verdwijnen. De verdere consequenties en operationele vormgeving van het afschaffen van consignatie en kazernering dienen derhalve met de nodige voortvarendheid nader te worden onderzocht in de volgende fase, dit in nauwe samenwerking met het veld.

Dit advies is als gevolg in lijn met zowel het eerdere advies van prof. L.G. Verburg als het latere advies van prof. G. Boogaard en Prof. A. Cuyvers, maar verbindt de conclusies van beide adviezen in een coherent geheel en vult deze aan op basis van de inmiddels beschikbare conclusies van de denktank taakdifferentiatie. De conclusie van Verburg was dat er een risico bestaat dat het huidige Nederlandse stelsel inzake de brandweer in strijd is met Europees recht en dat taakdifferentiatie een mogelijkheid zou zijn om deze strijdigheid weg te nemen. Boogaard en Cuyvers delen deze conclusie, maar hebben aangevuld dat deze strijdigheid ook zonder taakdifferentiatie kan worden opgelost door het Nederlandse systeem expliciet te baseren op vrijwilligheid en aan te sluiten bij het arrest *Wippel*. Op basis van nader gezamenlijk onderzoek en overleg hebben de auteurs geconcludeerd dat het concept van vrijwilligheid inderdaad een afdoende rechtvaardiging kan vormen onder Europees recht om de vrijwillige brandweer te behouden zonder taakdifferentiatie, maar dat hiertoe wel vereist is dat consignering en kazernering in beginsel beëindigd worden. Voor het bereiken van deze conclusie is het systematische onderzoek van de denktank taakdifferentiatie essentieel geweest. Inmiddels staat vast dat taakdifferentiatie weliswaar voor de meerderheid van de veiligheidsregio's technisch bezien 'praktisch uitvoerbaar' is, maar door betrokken partijen als onwenselijk, slecht werkbaar en schadelijk voor de toekomstbestendigheid en essentie van de Nederlandse brandweercultuur wordt gezien. Deze bevindingen leveren cruciaal nader bewijs voor het centrale belang van vrijwilligheid voor de Nederlandse brandweer alsmede voor de noodzaak om consignering en kazernering uit te faseren. De bevindingen van het onderzoek van de denktank zullen verder ook van groot belang zijn voor de nadere uitwerking in fase 2. Hoewel taakdifferentiatie zelf niet nodig is, blijven deze bevindingen van belang bij het effectief vormgeven van de aanpassingen die wel nodig zullen zijn, waaronder de implementatie van bouwsteen I.

1. Inleiding en achtergrond advies

In november 2018 concludeerde het advocatenkantoor Pels Rijcken & Droogleever Fortuijn (Pels Rijcken) dat er een risico bestaat dat de huidige rechtspositie van brandweervrijwilligers in Nederland in strijd is met Europees recht.¹ In essentie berust deze conclusie op de vrees dat brandweervrijwilligers wellicht kwalificeren als deeltijdwerkers onder EU recht en daarom recht hebben op gelijke behandeling als 'beroeps'.² Het bestaan van dit risico werd vervolgens bevestigd in een nader advies van Prof. mr. L.G. Verburg.³ In zijn advies gaf Verburg verder aan dat, mede gezien de vele gradaties van vrijwilligerschap zoals consignering en kazernering, die steeds dichter tegen werknemerschap aanliggen, er inderdaad een risico is dat brandweervrijwilligers kwalificeren als deeltijdwerkers.⁴ Ook gaf hij aan dat, hoewel het Europees recht en met name het arrest *Wippel* meer ruimte laten dan werd aangenomen door Pels Rijcken, de tot dan toe door partijen aangevoerde legitieme doelen geen afdoende basis vormden om een afwijking van het EU recht op gelijke behandeling te kunnen rechtvaardigen.⁵

Gezien het risico op strijdigheid met Europees recht is vervolgens een zoektocht gestart naar oplossingen. De oplossingsrichting die hierbij is onderzocht is de zogeheten taakdifferentiatie. Het idee achter taakdifferentiatie is om weer zoveel verschil aan te brengen in de taken van vrijwilligers en beroeps dat vrijwilligers niet meer als deeltijd brandweeredwerkers kwalificeren. Op het moment dat vrijwilligers niet meer kwalificeren als deeltijdwerkers mogen zij immers anders behandeld worden dan beroeps, en is de strijdigheid met Europees recht opgelost. Deze oplossingsrichting is met name nader uitgewerkt door de denktank taakdifferentiatie.⁶

De bevindingen van de denktank hebben inmiddels aangetoond dat taakdifferentiatie zowel onwenselijk als zeer lastig uitvoerbaar is, ook al is taakdifferentiatie *theoretisch* gezien 'praktisch uitvoerbaar'.⁷ Taakdifferentiatie leidt tot grote organisatorische problemen, hoge kosten, en reorganiseert de brandweer op een manier die niet aansluit bij haar kerntaak maar juist in de weg kan staan aan het toekomstbestendig maken van de brandweer. Bovendien bedreigt taakdifferentiatie de essentie van de huidige brandweercultuur. Deze cultuur is voor een belangrijk deel gebaseerd op vrijwilligheid, en die vrijwilligheid is weer mede gegrond op de volwaardige en gelijkwaardige rol van brandweervrijwilligers. Het (zeker in hun eigen ogen) 'degraderen' van vrijwilligers en het verplicht specialiseren van beroeps, ook waar dit op basis van het risicoprofiel niet eens nodig is, tast daarmee het hart van het systeem aan. Kort gezegd: op basis van nader onderzoek wordt taakdifferentiatie door de meeste betrokken partijen gezien als een onwenselijke, onnodige en onlogische stap die alleen overwogen wordt omdat dit schijnbaar vereist wordt door Europees recht. Het feit dat er geen

¹ 'Rechtspositie brandweervrijwilligers in het kader van Europees- en internationaalrechtelijke regels' (November 2018), bijlage bij kamerbrief van 10 december 2019.

² Richtlijn 97/81/EG van de Raad van 15 december 1997 betreffende de door de Unice, het CEEP en het EVV gesloten raamovereenkomst inzake deeltijdarbeid PB [1998] L 14, p. 9–14.

³ Prof. mr. dr. L.G. Verburg, 'Oplossingsrichtingen ter behoud van de brandveiligheid (de huidige inrichting en werkwijze ten aanzien van vrijwilligheid bij de brandweer) binnen de bestaande juridische kaders (15 mei 2019).

⁴ Verburg, p. 9, par. 15.

⁵ Verburg, p. 12, par. 26. Daarbij wordt in par. 27 aangegeven dat andere argumenten wellicht mogelijk zijn, al moeten die wel aan een hoge drempel voldoen.

⁶ 'Inzicht in consequentie denkrichting' Notitie van de denktank taakdifferentiatie van 22 februari 2021, Beschikbaar via: <<https://www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2021/03/18/bijlage-inzicht-in-consequenties-denkriching/>>.

⁷ Zie notitie denktank p. 10.

inhoudelijke drijfveer is voor taakdifferentiatie, maar enkel een gepercipieerde juridische noodzaak, draagt ook niet bepaald bij aan het draagvlak.

Zoals aangegeven was de conclusie van Pels Rijcken en Verburg echter niet dat taakdifferentiatie verplicht was onder Europees recht. De conclusie was enkel dat er onder het huidige systeem een risico op strijd met Europees recht bestaat, en dat deze strijdigheid niet gerechtvaardigd kon worden op basis van de eerder aangevoerde legitieme doelen. Omdat het onderzoek van de denktank inmiddels de ongeschiktheid van taakdifferentiatie had aangetoond, is vervolgens aan Prof. G. Boogaard en Prof. A. Cuyvers gevraagd of er andere oplossingsrichtingen denkbaar waren om het risico op strijdigheid met Europees recht weg te nemen zonder over te hoeven gaan tot taakdifferentiatie.⁸

In hun notitie van 2 juni 2021 kwamen Boogaard en Cuyvers tot de conclusie dat binnen het EU-recht ruimte gevonden kan worden voor de echte (vrije instroom) brandweervrijwilligers zonder dat hiervoor taakdifferentiatie nodig is.⁹ In het bijzonder wijzen zij op twee juridische argumenten op basis waarvan verdedigd kan worden dat vrije instroomvrijwilligers niet gelijk behandeld te hoeven worden als beroeps, en taakdifferentiatie derhalve niet nodig is om strijdigheid met het Europese recht te voorkomen: vrijwilligheid en *Wippel*.

Het eerste argument is gebaseerd op het fundamentele *belang van vrijwilligheid zelf* en de ruimte die Europees recht biedt om dit belang te beschermen.¹⁰ Hoewel aan Pels Rijcken en Verburg verschillende legitieme doelen waren voorgelegd, was het behoud van vrijwilligerschap als zodanig niet voorgelegd als mogelijke rechtvaardiging voor het huidige Nederlandse systeem. Juist door vrijwilligheid te expliciteren als één van de fundamentele van het Nederlandse brandweerstelsel kan echter cruciale ruimte in het Europese recht gevonden worden. Zoals Verburg ook reeds had opgemerkt, wordt deze benadering echter gecompliceerd door de situatie van geconsigneerde en gekazerneerde 'vrijwilligers'. Vanwege de vaste verplichtingen die deze brandweerlieden aangaan, kwalificeren zij al snel als werknemer en is een beroep op vrijwilligheid voor deze groepen minder snel verdedigbaar. Vanwege de verschillende gradaties in vrijwilligerschap, van vrije instroom tot kazernering, is het bovendien moeilijker om afdoende scherp onderscheid te maken tussen 'echte' vrijwilligers en 'schijnvrijwilligers' die *de iure* werknemers zijn. Mét Verburg betogen Boogaard en Cuyvers derhalve om in beginsel geconsigneerde en gekazerneerde brandweerlieden niet onder de noemer van vrijwilliger te scharen. Vervolgens kan het verschil in behandeling tussen echte vrijwilligers en beroeps gerechtvaardigd worden op basis van het inherente belang van vrijwilligheid.

Het tweede argument is gebaseerd op het arrest *Wippel*. Dit arrest bepaalt kort gezegd dat, waar het een persoon met een oproepcontract vrij staat om *geen* gehoor te geven aan een oproep, er geen sprake is van deeltijdarbeid. Pels Rijcken was van mening dat dit arrest in grote mate was ingehaald door *O'Brien*. Verburg had reeds aangegeven dat deze lezing niet overtuigt. Boogaard en Cuyvers beamen dit, en geven aan dat waar een brandweervrijwilliger afdoende vrij is om geen gehoor te geven

⁸ Dit ook in lijn met de conclusie van Verburg, p. 12, par. 27 dat andere gronden voor rechtvaardiging wellicht gevonden kunnen worden en de conclusie van Pels Rijcken dat alternatieve oplossingen en rechtvaardigingen nog onderzocht konden worden. Zie bijv. Pels Rijcken paras. 2.2.14, 2.2.16 en 5.8.7.

⁹ Prof. dr. G. Boogaard en Prof. dr. A. Cuyvers, 'De Europeesrechtelijke ruimte voor Brandweervrijwilligers. De verenigbaarheid van het Nederlandse stelsel van vrijwillige brandweer met het EU recht.' Notitie van 2 juni 2021 ten behoeve van de Vaste Kamer Commissie Justitie en Veiligheid van de Tweede Kamer. Een verkorte versie van deze notitie is gepubliceerd in het NJB. Armin Cuyvers en Geerten Boogaard, 'De professionele vrijwilliger in het Huis van Thorbecke. Waarom de vrijwillige brandweer niet op de schop hoeft van het EU-recht', *Nederlands Juristenblad* 2021/26, p. 2115-2122.

¹⁰ Zie voor de optie om een scherper onderscheid te maken tussen beroeps en vrijwilligers ook reeds Verburg, p. 5, punt 7.

aan een oproep, alleen om deze reden al verdedigd kan worden dat geen sprake is van deeltijdwerk. Daar waar een vrijwilliger niet als deeltijdwerker kwalificeert, bestaat vervolgens ook geen noodzaak tot gelijke behandeling, en dus geen noodzaak tot taakdifferentiatie.

Op basis van deze twee argumenten zien Boogaard en Cuyvers goede kansen om de verschillende behandeling van vrijwilligers en beroeps te rechtvaardigen onder EU recht, mits het systeem van consignering en kazernering wordt aangepast.¹¹ Daarbij blijft een zeker juridisch risico bestaan, mede omdat er geen directe precedents bestaan. Dit risico is evenwel volgens hen acceptabel, mede omdat de maatschappelijke, professionele en financiële schade van taakdifferentiatie vele malen groter is, zoals mede vast is komen te staan met de notitie van de denktank taakdifferentiatie.

Na de notitie van Boogaard en Cuyvers rees begrijpelijkerwijs bij meerdere partijen de vraag wat het Europees recht nu precies zegt. Er leek immers een tegenstelling te zijn tussen de conclusies van Verburg enerzijds en Boogaard en Cuyvers anderzijds. Vaak werd gedacht dat volgens Verburg taakdifferentiatie juridisch noodzakelijk was, terwijl dit volgens Boogaard en Cuyvers niet zo was. Zoals hierboven aangegeven, berust deze schijnbare tegenstelling echter op een misverstand. Verburg heeft immers niet geconcludeerd dat Europees recht verplicht tot taakdifferentiatie. Zijn conclusie was enkel dat er een risico is dat het huidige systeem in strijd komt met Europees recht, en dat taakdifferentiatie een robuuste manier is om dit risico weg te nemen. Op basis van deze conclusie is vervolgens de werkgroep taakdifferentiatie van start gegaan, waardoor wij nu weten dat taakdifferentiatie geen geschikte oplossing is en zelfs een wezenlijke bedreiging vormt voor het vrijwillige karakter van de Nederlandse brandweer.

Gezien 1) de gepercipieerde tegenstelling tussen Verburg enerzijds en Boogaard en Cuyvers anderzijds, 2) de noodzaak om een helder juridisch kader te hebben voor de te maken keuzes inzake de organisatie van de brandweer, 3) de nieuwe inzichten vanuit de denktank taakdifferentiatie en 4) het grote belang dat wordt gehecht aan vrijwilligheid, is vervolgens aan Verburg, Boogaard en Cuyvers gevraagd of zij, in samenwerking met het veld, tot een gezamenlijke juridische opinie konden komen inzake de Europeesrechtelijke ruimte voor het behoud van vrijwilligheid bij de brandweer. Dit heeft geleid tot de volgende concrete opdracht:

‘Onderzoek, gegeven het grote belang dat aan behoud van vrijwilligheid bij de brandweer wordt gehecht, op welke wijze, binnen de geldende Europeesrechtelijke en internationaalrechtelijke kaders, (in brede zin, inclusief ILO verdragen en ESH) de huidige rechtspositie van brandweervrijwilligers maximaal behouden kan blijven.’

Deze opdracht valt uiteen in twee fasen. In de eerste fase wordt een gezamenlijk juridisch oordeel gegeven over of, en zo ja in welke mate, de huidige organisatie van de brandweer in Nederland in strijd komt met Europees recht. Voor zover er een risico op strijdigheid is, wordt bovendien, in samenspraak met het veld, gekeken hoe dit risico kan worden vermeden terwijl vrijwilligheid zo veel mogelijk wordt behouden. Daarbij wordt mede gekeken naar invoering van een of meerdere van de bouwstenen zoals omschreven in de denkrichting van de denktank.

In de tweede fase wordt breder, en in verdere samenspraak met het veld, gekeken naar op welke wijze de juridische ruimte voor het behoud en de stimulering van brandweervrijwilligers optimaal kan worden vormgegeven en benut. Dit omvat mede 1) een analyse van verdere juridische obstakels,

¹¹ Cf. ook reeds Verburg, p. 10, par. 17.

belemmeringen of juridische lacunes voor het optimaal vormgeven en benutten van vrijwilligheid bij de brandweer, en 2) de operationele knelpunten die kunnen ontstaan bij het wijzigen van het huidige systeem op basis van de eerdere juridische bevindingen, alsmede mogelijk oplossingen voor deze knelpunten.

Deze gezamenlijke opinie ziet op fase 1, en geeft derhalve een gezamenlijk standpunt van de Europeesrechtelijke ruimte voor behoud van vrijwilligheid bij de Nederlandse brandweer. De kernconclusies van deze opinie zijn dat:

1. Europees recht afdoende ruimte laat voor vergaand behoud van vrijwilligheid maar dat daartoe wel;
2. Het van belang is om vrijwilligheid zelf centraal te stellen als een van de fundamenten van de Nederlandse Brandweer en als gevolg;
3. Consignatie en kazernering in beginsel niet juridisch houdbaar zijn en doorvoering van bouwsteen I (verplicht en niet verplicht als onderscheid) juridisch verkieslijk is.

Als gevolg concludeert deze opinie dat het *wel* juridisch aangewezen is om bouwsteen 1 uit te voeren, maar dat het *niet* juridisch noodzakelijk is om de bouwstenen 2, 3, en 4 uit te voeren. Indien dit gebeurt, is *taakdifferentiatie niet noodzakelijk onder Europees recht*. Wel zal het centraal stellen van vrijwilligheid en het doorvoeren van bouwsteen 1 op zichzelf al significante consequenties hebben, wat vraagt om een zorgvuldige juridische en organisatorische vormgeving. Als gevolg is het van groot belang om in fase 2 de concrete implementatie en consequenties van deze aanbevelingen nader te onderzoeken, dit in nauwe samenwerking tussen juristen en experts in het veld.¹² Ook op andere terreinen zal de verhouding tussen vrijwilligheid en EU recht een rol gaan spelen. Daarvoor is het van groot belang om goede, constructieve en juridisch houdbare spelregels op te stellen die vrijwilligerschap en maatschappelijke betrokkenheid belonen en motiveren, en niet frustreren, .

Om deze conclusies te staven is deze gezamenlijk opinie als volgt vormgegeven. Paragraaf 2 geeft kort weer waarom er een risico bestaat dat het huidige systeem in strijd is met Europees recht en waarom taakdifferentiatie ongeschikt is om dit risico weg te nemen. Paragraaf 3 beschrijft vervolgens hoe het centraal stellen van vrijwilligheid zelf meer Europeesrechtelijke ruimte geeft voor het behoud van vrijwilligheid in de Nederlandse brandweer en welke voorwaarden hieraan verbonden zijn. Paragraaf 4 gaat vervolgens in op het *Wippel* arrest en de aanvullende ruimte en zekerheid die deze uitspraak biedt. Paragraaf 5 eindigt met de juridische conclusies die uit deze gezamenlijk opinie voortvloeien. Daarbij wordt concreet aangegeven welke stappen, zoals implementatie van bouwsteen 1, juridisch aangewezen zijn, en welke stappen, zoals de implementatie van de verdere bouwstenen en taakdifferentiatie, juridisch niet noodzakelijk zijn en zelfs al op juridische gronden ontraden worden.

¹² Deze nadere analyse in fase 2 is extra belangrijk omdat de problematiek rondom vrijwilligheid niet beperkt zal blijven tot de brandweer.

2. Het huidige juridische risico en de functie van taakdifferentiatie

De eerdere notities van Pels Rijcken, Verburg en Boogaard en Cuyvers bespreken reeds uitgebreid waarom er een risico bestaat dat het huidige systeem van brandweervrijwilligers in strijd komt met Europees recht. Deze sectie geeft derhalve enkel een zakelijke samenvatting van dit risico. Vervolgens wordt kort verduidelijkt wat de relatie is tussen dit risico en taakdifferentiatie. In de volgende sectie wordt vervolgens aangegeven waarom, in de gezamenlijke analyse van de auteurs, er ook andere juridische oplossingen zijn dan taakdifferentiatie om het risico op strijdigheid met Europees recht op te heffen.

Het risico op strijdigheid met Europees recht

Brandweervrijwilligers verrichten reële en daadwerkelijke arbeid onder gezag van anderen.¹³ Ook ontvangen zij een vergoeding die deels is gebaseerd op het aantal gewerkte uren.¹⁴ Gezien de vaste rechtspraak van het HvJEU omtrent het autonome Europeesrechtelijke begrip werknemer, is de kans derhalve groot dat brandweervrijwilligers onder Europees recht kwalificeren als werknemers.¹⁵

Omdat brandweervrijwilligers werknemers zijn, kan ook de Deeltijdrichtlijn van toepassing zijn.¹⁶ Deze richtlijn bestrijdt onder andere discriminatie van deeltijdwerkers. Zo stelt clause 4 van de Deeltijdrichtlijn:

‘Met betrekking tot de arbeidsvoorwaarden worden deeltijdwerkers niet minder gunstig behandeld dan vergelijkbare voltijdwerkers louter op grond van het feit dat zij in deeltijd werkzaam zijn, tenzij het verschil in behandeling om objectieve redenen gerechtvaardigd is.’

Een ‘vergelijkbare voltijdwerker’ is gedefinieerd als ‘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 (...)’.¹⁷ De kwalificatie als deeltijdwerker hangt als gevolg met name af van de vraag of deeltijdwerkers *hetzelfde of soortgelijk werk* verrichten als de voltijdmedewerkers.¹⁷

Nu verrichten vrijwilligers en beroeps van dezelfde repressieve functie grotendeels hetzelfde werk.¹⁸ Het grootste verschil tussen vrijwilligers en beroeps, en tussen vrijwilligers onderling, is daarbij de mate waarin zij verplicht zijn gehoor te geven aan een oproep. Beroeps zijn natuurlijk altijd verplicht om te komen. *Vrije instroom* vrijwilligers hebben daarentegen geen enkele verplichting om te komen opdagen bij een oproep. *Gebonden instroom* vrijwilligers (ook wel bekend als geconsigneerde vrijwilligers) geven daarentegen zelf hun beschikbaarheid op en zijn vervolgens op deze tijden verplicht

¹³ HvJEU Zaak C-518/15 *Matzak* ECLI:EU:C:2018:82, par. 30.

¹⁴ Zie artikel 19:13 tot en met 19:20 CAR-UWO.

¹⁵ Zie bijv. reeds HvJEU Zaak 196/87 *Steymann* ECLI:EU:C:1988:475, par. 14. Voor de lage drempel bij deeltijdwerk, zie bijv. HvJEU Zaak 53/81 *Levin* ECLI:EU:C:1982:105, par. 17, HvJEU Zaak 139/85 *Kempf* ECLI:EU:C:1986:223 en HvJEU Gevoegde Zaken C-22/08 en 23/08 *Vatsouras* ECLI:EU:C:2009:344 alsmede Verburg, o.a. par. 4 en Boogaard en Cuyvers, p. 4-6.

¹⁶ Richtlijn 97/81/EG van de Raad van 15 december 1997 betreffende de door de Unice, het CEEP en het EVV gesloten raamovereenkomst inzake deeltijdarbeid PB [1998] L 14, p. 9-14.

¹⁷ Zie analoog HvJEU Zaak C-309/97, *Angestelltenbetriebsrat der Wiener Gebietskrankenkasse* ECLI:EU:C:1999:241 en HvJEU Zaak C-574/16, *Grupo Norte Facility* ECLI:EU:C:2018:390

¹⁸ Zie ook Pels Rijcken par. 5.6.6. en de conclusie van de Rotterdam School of Management (RSM) en de Erasmus Universiteit dat er bij de Brandweer ‘in principe één soort vrijwilliger [is] die hetzelfde werk doet als de beroepskracht’, rapport, p. 22.

om te komen bij een oproep. *Gekazerneerde* brandweervrijwilligers geven ook zelf hun beschikbaarheid op, maar moeten op de tijden die zij opgeven op de kazerne zijn.

Omdat vrijwilligers bij oproepen in essentie hetzelfde of vergelijkbaar werk verrichten als beroeps, bestaat er een aannemelijk risico dat zij onder Europees recht kwalificeren als deeltijdwerkers. De juridische consequentie hiervan is weer dat vrijwilligers in beginsel gelijk behandeld moeten worden als beroeps, tenzij er een objectieve rechtvaardiging is om dit niet te doen. Een dergelijke objectieve rechtvaardiging vereist echter dat de ongelijke behandeling een legitiem doel dient op een geschikte en noodzakelijke wijze.

Op basis van de hen aangegeven legitieme doelen kwamen zowel Pels Rijcken als Verburg tot de conclusie dat deze legitieme doelen geen afdoende basis boden voor een objectieve rechtvaardiging. Als gevolg kwamen zij tot de conclusie dat er een reëel risico is dat brandweervrijwilligers onder Europees recht kwalificeren als deeltijdwerker, en in beginsel dus recht zouden hebben op gelijke behandeling aan beroeps. Hiermee zou het huidige Nederlandse systeem, waarin er geen gelijke behandeling is, in strijd komen met Europees recht.

Opkomst en ondergang van taakdifferentiatie

Taakdifferentiatie is een manier om te ontkomen aan het risico op strijdigheid met Europees recht. Het recht op gelijke behandeling onder de Deeltijdrichtlijn bestaat namelijk alleen waar beroeps en vrijwilligers 'hetzelfde of soortgelijk werk' verrichten. Door de taken van beroeps en vrijwilligers afdoende verschillend te maken, vervalt derhalve het recht op gelijke behandeling en het risico op strijdigheid met Europees recht. Daarbij is van belang om te beseffen dat bij niet-handelen het risico bestaat dat *alle* brandweervrijwilligers als deeltijdwerknemers kwalificeren, en daarmee vrijwilligheid geheel verdwijnt. Vanuit dit perspectief kon taakdifferentiatie gezien worden als het minste van twee kwaden.

Inmiddels is echter gebleken uit de notitie van de denktank taakdifferentiatie dat taakdifferentiatie geen geschikte oplossing is. Kort gezegd lijkt het middel erger dan de kwaal omdat taakdifferentiatie op gespannen voet staat met de essentie van vrijwilligheid en ook nog eens andere negatieve effecten heeft op de organisatie en toekomstbestendigheid van de brandweer. In de woorden van de denktank taakdifferentiatie:

'Het beeld is dat op basis van een technische interpretatie de denkrichting volgens het overgrote deel van de veiligheidsregio's praktisch uitvoerbaar is, maar wel met omvangrijke organisatorische, personele en financiële consequenties. Tegelijkertijd stelt het overgrote deel van de regio's dat de denkrichting geen oplossing biedt voor andere (toekomstige) vraagstukken en de denkrichting niet in lijn is met de huidige brandweercultuur.'¹⁹

Daarmee staat vast dat taakdifferentiatie geen uitweg biedt. Gelukkig verplicht Europees recht ook niet tot taakdifferentiatie. Als Nederland op een andere manier kan voldoen aan de eisen van de Deeltijdrichtlijn of een afdoende rechtvaardiging kan vinden voor de ongelijke behandeling van beroeps en vrijwilligers vervalt de noodzaak tot taakdifferentiatie. Naar het gezamenlijke oordeel van de auteurs kan een dergelijke oplossing gevonden worden in het doel van vrijwilligheid zelf alsmede in het arrest *Wippel*.

¹⁹ Notitie denktank taakdifferentiatie p. 10, par. 1.3.

3. Behoud van echte vrijwilligheid als fundament van de Nederlandse brandweer

Voor wat betreft de mogelijke rechtvaardiging van een onderscheid tussen beroeps en vrijwilligers hebben zowel Pels Rijcken als Verburg enkel gekeken naar de mogelijke rechtvaardigingsgronden die door de verschillende partijen waren aangedragen. Terecht werden geen van deze gronden kansrijk geacht. Wat nog niet op tafel lag bij het opstellen van deze adviezen was echter de notitie van de denktank taakdifferentiatie en de optie om, zoals voorgesteld door Boogaard en Cuyvers, het behoud van echte vrijwilligheid als primaire doel en rechtvaardiging voor het verschil in behandeling tussen vrijwilliger en beroeps centraal te stellen.

Mede op basis van de notitie van de denktank taakdifferentiatie, de eerdere notities van Verburg en Boogaard en Cuyvers, en nader onderzoek zijn de auteurs gezamenlijk van mening dat de beste juridische optie om het risico op strijdigheid met EU recht te adresseren is om 1) de essentiële rol van echte vrijwilligheid meer centraal te stellen in de motivering van de organisatie van de Nederlandse brandweer, 2) deze rol expliciet te koppelen aan de constitutionele traditie in Nederland, en 3) vervolgens het onderscheid tussen vrijwilligers en beroeps te rechtvaardigen op deze basis. Zoals ook de denktank taakdifferentiatie heeft geconstateerd is vrijwilligerschap immers diep geworteld in de Nederlandse brandweercultuur en hechten vrijwilligers juist aan hun professionele en gelijkwaardige bijdrage.

Zoals reeds beschreven in de notitie van Boogaard en Cuyvers vormt vrijwilligerschap een fundamenteel maatschappelijk belang, zowel voor de EU als voor Nederland.²⁰ Er bestaat echter een inherente spanning tussen echt vrijwilligerschap en de Europeesrechtelijke verplichting om bepaalde vrijwilligers gelijk te behandelen als werknemers. Het vormt immers de essentie van vrijwilligheid dat arbeid wordt verricht *zonder of in ieder geval niet vanwege* een tegenprestatie als loon, pensioen of vakantiedagen. Zodra men de vrijwilliger verplicht om loon en andere vormen van beloning te accepteren, tast men daarmee de essentie van de vrijwilligheid aan.²¹ Onverkorte toepassing van de Deeltijdrichtlijn kan daarmee het maatschappelijke doel van echt vrijwilligerschap ondermijnen. Omgekeerd betekent dit dat de noodzaak om echt vrijwilligerschap te waarborgen een objectieve rechtvaardiging kan bieden voor ongelijke behandeling van vrijwilligers en werknemers, ten minste voor zover dit verschil in behandeling geschikt en noodzakelijk is om echte vrijwilligheid te borgen.

Vrijwilligerschap als inherente exceptie

Meer precies zien wij twee juridische routes voor deze rechtvaardiging op basis van vrijwilligerschap. Primair kan, analoog aan arresten als *Walrave en Koch*, *Albany* en *Wouters* vrijwilligheid aangevoerd worden als een *inherente exceptie* op (een deel van) de Europeesrechtelijke plicht om vrijwilligers gelijk te behandelen als beroeps.²² Deze exceptie gaat dan op zolang het eigenlijke doel is om burgers in staat te stellen als vrijwilliger bij te dragen aan de maatschappij en de uitzondering niet verder gaat dan nodig is om de inherente kern van vrijwilligheid intact te laten. Deze benadering sluit aan bij andere inherente excepties die het HvJEU heeft geaccepteerd om belangrijke maatschappelijke doelen te beschermen tegen onnodige en/of excessieve beknelling door het EU recht. Het aanvullende

²⁰ Zie ook de European Charter on the Rights and Responsibilities of Volunteers van 2012, dat mede tot stand is gekomen met steun van de Europese Commissie, beschikbaar via:

<https://ec.europa.eu/citizenship/pdf/volunteering_charter_en.pdf>

²¹ Daarbij is van belang dat het enkele ontvangen van een zekere financiële verplichting niet inherent in de weg staat aan de kwalificatie als vrijwilliger.

²² HvJEU Zaak C-36/74, *Walrave en Koch* ECLI:EU:C:1974:140, HvJEU Zaak C-67/96 *Albany* ECLI:EU:C:1999:430, HvJEU Zaak C-309/99, *Wouters* ECLI:EU:C:2002:98.

voordeel van deze benadering is bovendien dat deze een meer structurele juridische ruimte creëert voor vrijwilligerschap, ook in andere sectoren dan de brandweer.

Vrijwilligerschap als objectieve rechtvaardiging

Subsidiar kan vrijwilligerschap niet worden aangevoerd als inherente exceptie maar als objectieve rechtvaardiging onder de Deeltijdrichtlijn zelf. Onder de Deeltijdrichtlijn kan een ongelijke behandeling van deeltijdwerkers immers toegestaan zijn als deze behandeling objectief gerechtvaardigd is. Hiervoor is weer vereist dat de ongelijke behandeling een legitiem doel op een geschikte en noodzakelijke wijze dient.

Ook bij deze toets kan het *waarborgen van echte vrijwilligheid* zelf als legitiem doel worden aangevoerd. De proportionaliteitstoets wordt dan ook toegespitst op dit specifieke legitieme doel waardoor de vraag wordt of het onderscheid in arbeidsvoorwaarden tussen vrijwilligers en beroeps geschikt en noodzakelijk om echte vrijwilligheid in stand te houden. Om dezelfde redenen als hierboven aangegeven, lijkt ons dit goed verdedigbaar. Zodra men vrijwilligers gelijk gaat behandelen aan werknemers zijn zij immers geen echte vrijwilliger meer. Als gevolg is het noodzakelijk voor echt vrijwilligerschap dat de werkzaamheden niet tegen dezelfde arbeidsvoorwaarden als werknemers geschieden. Hier komt bij dat taakdifferentiatie de enige andere robuuste oplossing lijkt te zijn die voorhanden is om de strijdigheid met Europees recht te voorkomen. Zoals de denktank taakdifferentiatie echter heeft laten zien, komt ook taakdifferentiatie in strijd met het doel van echte vrijwilligheid. Linksom of rechtsom leidt een Europeesrechtelijke plicht tot gelijke behandeling dus tot het ondermijnen van vrijwilligerschap, waardoor een uitzondering op deze plicht objectief noodzakelijk is om echt vrijwilligerschap te behouden.

Grenzen en consequenties rechtvaardiging middels vrijwilligheid

Op basis van deze overwegingen komen wij tot de conclusie dat de juridisch meest aangewezen wijze om het risico op strijdigheid met Europees recht op te lossen is om beter aan te geven hoe centraal vrijwilligheid is voor de Nederlandse brandweer, en waarom deze echte vrijwilligheid niet verenigbaar is met volledige gelijke behandeling van echte vrijwilligers en beroeps. Tegelijkertijd merken wij op dat deze uitzondering haar grenzen kent, en niet afdoende is om het huidige systeem zonder enige aanpassing in stand te laten. Ook onder deze uitzondering dienen er daarom verschillende aanpassingen plaats te vinden. Hoewel de precieze gevolgen en de beste operationele vormgeving daarvan in fase 2 worden geanalyseerd, zetten wij de belangrijkste juridische consequenties hier kort op een rij.

Implementatie bouwsteen I noodzakelijk: scherper onderscheid beroeps en vrijwilliger

Zoals aangegeven in de notities van Verburg en Boogaard en Cuyvers gaat het beroep op echte vrijwilligheid met name op voor de vrije instroom vrijwilligers.²³ Geconsigneerde en gekazerneerde 'vrijwilligers' zijn vaak dermate gebonden dat zij kwalificeren als werknemer en in beginsel gelijk behandeld moeten worden als beroeps. Daar komt bij dat het bestaan van deze verschillende gradaties van vrijwilligheid het onderscheid tussen pure vrijwilligheid en beroeps vertroebeld. Hierdoor ontstaat er soort continuüm waarin vrijwilligheid geleidelijk overgaat in beroeps en het verschil tussen de diverse vormen van vrijwilligheid te klein wordt om een verschil in behandeling nog te rechtvaardigen.

De juridische consequentie is dat geconsigneerde en gekazerneerde brandweerlieden Europeesrechtelijk kunnen kwalificeren als deeltijdwerkers, waardoor een verschillende behandeling

²³ Cf. ook Verburg p. 10, par. 19, waar geteld wordt dat het risico met name bestaat waar doorgedaan wordt zonder aanscherping van het onderscheid tussen vrijwilligers en beroeps.

met beroeps niet gerechtvaardigd kan worden op basis van het doel van echte vrijwilligheid. Geconsigneerde en gekazerneerde brandweerlieden kunnen derhalve niet snel als vrijwilliger kwalificeren en daarom moeten deze categorieën van vrijwilligerschap worden afgeschaft of verregaand worden aangepast. In essentie komt dit neer op de conclusie dat de implementatie van bouwsteen I ons inziens juridisch aangewezen is. Daarbij is van belang op te merken dat ook bij een keuze voor taakdifferentiatie consignatie en kazernering afgeschaft moeten worden. Linksom of rechtsom zullen consignatie en kazernering in de huidige vorm dus moeten verdwijnen, waarbij het voordeel van de voorgestelde lijn is dat vrije instroomvrijwilligers wel behouden kunnen blijven. Bovendien kan in fase 2 nader bekeken worden welke mate van planning en verplichting nog wel juridisch verenigbaar is met echt vrijwilligerschap.

Ongelijke behandeling enkel waar echte vrijwilligheid op het spel staat

Zowel onder de primaire benadering van een inherente exceptie als onder de subsidiaire benadering van een objectieve rechtvaardiging mag de ongelijke behandeling niet verder gaan dan noodzakelijk is voor het behoud van echt vrijwilligerschap. Met andere woorden, alleen voor die arbeidsvoorwaarden die niet verenigbaar zijn met vrijwilligerschap, zoals gelijke betaling, hoeven vrijwilligers niet gelijk behandeld te worden als beroeps. Voor al die voorwaarden die *niet* in de weg staan aan vrijwilligheid, zoals het recht op opleiding, goed materiaal of het verbod op discriminatie op basis van geslacht, hebben vrijwilliger wel een recht op gelijke behandeling. Dit is een wezenlijk verschil met taakdifferentiatie. Tegelijkertijd lijkt het ons ook een wenselijke uitkomst: Niet valt in te zien waarom vrijwilligers op deze punten anders behandeld zouden moeten worden, juist ook gezien hun hoge professionele niveau. Ook op dit punt dient dus echter nader in fase 2 gekeken te worden op welke punten vrijwilligers wel en op welke punten zij niet gelijk behandeld hoeven te worden.

Gevolgen wegvallen consignatie en kazernering

Zoals ook geconstateerd door de denktank taakdifferentiatie gaat het in beginsel wegvallen van kazernering en vooral consignatie voor bepaalde posten grote effecten hebben. Deze effecten zijn deels onvermijdelijk. Verder is het van belang om in fase 2 nader onderzoek te doen naar zowel de precieze effecten hiervan als naar de precieze juridische ruimte om vervangende constructen voor consigneringsvorm te geven.

Expliciete erkenning belang vrijwilligheid in regelgeving

Om de slagingskans van een beroep op deze excepties te vergroten is het van groot belang dat het centrale belang van vrijwilligerschap duidelijk en expliciet verankerd wordt in de Nederlandse regelgeving. Indien voor deze lijn gekozen wordt, is het derhalve aan te bevelen om de centrale rol van vrijwilligheid breder te benoemen en terug te laten keren in de vormgeving en regelgeving van de brandweer in Nederland. Hierbij dient ook gekeken te worden naar de arbeidstijden wetgeving. Verdere erkenning van en ruimte voor vrijwilligheid in deze regelgeving zou bijvoorbeeld ook van groot belang kunnen zijn bij het oplossen van het hierboven gesignaleerde probleem bij het wegvallen van consignatie in de huidige vorm.

Resterende onzekerheid

Als laatste moet worden benadrukt dat de bovenstaande juridische oplossing niet ieder risico wegneemt. Deze benadering berust op analoge toepassing van rechtspraak, en er bestaan geen directe precedents waarop een beroep kan worden gedaan. Naar onze overtuiging is deze benadering juist onder Europees recht en is het waarschijnlijk dat zowel de Europese als de Nederlandse rechter Nederland zal volgen in deze lijn, waarmee ook direct belangrijke juridische ruimte voor andere

vrijwilligers zal zijn veiliggesteld. Tegelijkertijd blijft er een zeker risico bestaan dat op een bepaald punt of een bepaalde arbeidsvoorwaarden een rechter op enig moment tot het oordeel komt dat ook vrije instroomvrijwilligers gelijk behandeld moeten worden als beroeps. Mede om die reden kan ook, en parallel, de politieke route in Europa overwogen worden om langs die weg te garanderen dat er afdoende juridische ruimte blijft voor echte vrijwilligheid, mede in de brandweer. Daarnaast worden de juridische risico's, bij een keuze voor bouwsteen I, nog nader beperkt door de *Wippel* exceptie.

4. *Wippel* als tweede anker

In *Wippel* oordeelde het HvJEU dat de oproepkracht *Wippel*, die een oproep om te komen werken mocht weigeren, niet vergelijkbaar was met een voltijdwerker, en dus geen recht had op dezelfde arbeidsvoorwaarden. Volkrachtwerkers mochten een oproep immers niet weigeren en dit recht om te weigeren was genoeg om niet meer te spreken van gelijke werkzaamheden in de zin van de Deeltijdrichtlijn. De vrijheid om geen gehoor te geven aan een oproep is ook een van de essentiële kenmerken van vrije instroom vrijwilligers. Daarom zijn wij van oordeel dat, als aanvullend argument, *Wippel* een verdere grond biedt om vrije instroom vrijwilligers en beroeps niet gelijk te hoeven behandelen.

Ook op dit punt zaten de eerdere adviezen van Verburg en Boogaard en Cuyvers al op een lijn. Het was vooral Pels Rijcken die sterk twijfelde aan de huidige rechtskracht en toepasselijkheid van *Wippel*, met name omdat dit arrest achterhaald zou zijn door *O'Brien*. Vanwege de reeds in de eerdere notities aangegeven overwegingen van Verburg en Boogaard en Cuyvers overtuigen de argumenten van Pels Rijcken op dit punt echter niet en vormt naar onze mening *Wippel* nog steeds goed recht.²⁴

Zoals aangegeven geldt voor vrije instroom vrijwilligers een volstrekt recht om oproepen te weigeren (de opt-out). Ook op deze grond, en naar analogie met *Wippel*, is het derhalve in rechte verdedigbaar dat vrijwilligers niet gelijk behandeld hoeven te worden als beroeps. Dit is des te meer het geval omdat het HvJEU op dit punt de door Verburg reeds beschreven holistische benadering volgt.²⁵ Daarbij zal het HvJEU dus ook de bijzondere maatschappelijke aard en geschiedenis van de vrijwillige brandweer in Nederland meenemen.²⁶

Vanzelfsprekend is ook dit argument niet geheel zeker, maar het is zeker een sterk argument. Daarnaast wijst het in exact dezelfde richting als het eerder benoemde argument op basis van vrijwilligheid. Als gevolg versterken de argumenten op basis van vrijwilligheid en *Wippel* elkaar. Hiermee volgt *Wippel* een tweede anker voor een wijziging van de brandeer die inzet op bouwsteen I, en daarmee een scherper onderscheid aanbrengt tussen vrijwilligers en beroepszonder te kiezen voor volledige taakdifferentiatie.

²⁴ Zie in deze context ook reeds HvJEU Zaak C-357/89 *Raulin* ECLI:EU:C:1992:87.

²⁵ Verburg, p. 7, par. 10 e.v..

²⁶ Vergelijk in deze context ook de nadruk die het HvJEU in par. 42 van *O'Brien* legt op 'de aard' van de werkzaamheden.

5. Conclusies en aanbevelingen

Op basis van bovenstaande analyse is onze gezamenlijke conclusie dat het Nederlandse stelsel van vrijwillige brandweer grotendeels kan worden gehandhaafd en dat goed verdedigbaar is dat taakdifferentiatie niet vereist wordt door Europees recht. Dit geldt onder de voorwaarden dat 1) de rechtspositie van brandweervrijwilligers expliciet gebaseerd wordt op het concept van vrijwilligheid en 2) het contrast tussen vrijwillige brandweer en beroeps wordt verscherpt. Daarmee is het naar ons oordeel juridisch aangewezen om de door de denktank geformuleerde bouwsteen I te implementeren.²⁷

Dit betekent concreet dat de huidige categorieën van geconsigneerde en gekazerneerde vrijwilligers, die vrijwilligheid en beroeps vermengen, in beginsel dienen te verdwijnen. Als dat niet gebeurt is er een risico dat 1) geconsigneerde en gekazerneerde brandweerlieden kwalificeren als werknemers onder EU recht en als gevolg recht hebben op gelijke behandeling, 2) wordt het risico aanzienlijk vergroot dat ook vrije instroomvrijwilligers als werknemer kwalificeren, en dat dus 3) taakdifferentiatie alsnog noodzakelijk wordt. Het in beginsel afschaffen van consignatie en kazernering is daarmee de juridisch meest verkieslijke optie om strijdigheid met Europees recht te voorkomen en vrijwilligheid te behouden als een van de kernwaarden van de Nederlandse brandweer. Bovendien zouden consignatie en kazernering ook bij een keuze voor taakdifferentiatie geheel moeten verdwijnen. De verdere consequenties en operationele vormgeving van het afschaffen van consignatie en kazernering dienen nader te worden onderzocht in een volgende fase, dit in nauwe samenwerking met het veld. In deze fase is het van belang om in bredere zin goede, constructieve en juridisch houdbare spelregels op te stellen die vrijwilligerschap en maatschappelijke betrokkenheid belonen en motiveren, en niet frustreren. Daarbij moet mede bekeken worden welke mate van binding en gebondenheid nog juridisch verenigbaar zijn met vrijwilligerschap, en omgekeerd, welke mate van binding gezien moet worden als inherent aan gecommiteerd en professioneel vrijwilligerschap.

Prof. mr. dr. G. Boogaard, Prof. mr. dr. A. Cuyvers, Prof. mr. dr. L.G. Verburg

7 oktober 2021

²⁷ Zie op dit punt ook reeds de door Verburg en Pels Rijcken genoemde mogelijkheid dat er wellicht nog juridische alternatieven zijn voor taakdifferentiatie maar dat deze nader onderzoek vergen. Zie bijv. Verburg, p. 12, par. 27 en Pels Rijcken paras. 2.2.14, 2.2.16 en 5.8.7, alsmede Boogaard en Cuyvers p. 5.