

Datum 25 april 2014  
Betreft betreffende juridische mogelijkheden om overeenkomsten te  
beëindigen of niet aan te gaan in geval van uitsluiting

Geachte,

### **Aanleiding**

De minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid heeft aangegeven discriminatie op de arbeidsmarkt niet te willen tolereren en uit te willen bannen. De minister van SZW is van oordeel dat het Rijk het goede voorbeeld moet geven en geen zaken (meer) moet doen met bedrijven die discrimineren op de arbeidsmarkt.

### **Vraag**

De minister van SZW heeft de CBA gevraagd welke mogelijkheden de Rijksoverheid heeft om bestaande overeenkomsten met bedrijven die zich schuldig hebben gemaakt aan discriminatie te beëindigen, onderscheidenlijk te voorkomen dat de Rijksoverheid overeenkomsten met dergelijke bedrijven aangaat. Het ministerie van SZW heeft hiertoe drie mogelijke oplossingsrichtingen voorgesteld:

1. Kan een non-discriminatiebepaling als algemene voorwaarde in de Algemene Rijksvoorwaarden of in de modelovereenkomsten worden opgenomen?
2. Kan discriminatie op de arbeidsmarkt bij wijze van 'ernstige beroepsfout' in zin van artikel 2.87 Aanbestedingswet 2012 gelden?
3. Zou extra aandacht voor non-discriminatie op de arbeidsmarkt bij de uitvoering van de voor de Rijksoverheid voorgeschreven toe te passen (internationale) sociale voorwaarden haalbaar zijn?

De vraag die het ministerie van SZW de CBA stelt komt – kort gezegd – neer op de vraag of één of meer van deze opties juridisch mogelijk zijn.

### **Advies**

1. Het opnemen van een algemene non-discriminatiebepaling (in feite beëindigingsbepaling) als algemene voorwaarde in de Algemene Rijksvoorwaarden of in modelovereenkomsten acht de CBA niet in overeenstemming met het in de Aanbestedingswet 2012 neergelegde proportionaliteitsbeginsel. In daarvoor in aanmerking komende individuele overeenkomsten (als bijvoorbeeld

uitzendovereenkomsten, andere overeenkomsten voor het beschikbaar stellen van personeel of overeenkomsten op het terrein van de facilitaire dienstverlening) zou een beëindigingsbepaling kunnen worden opgenomen voor die gevallen waarin op grond van een onherroepelijk vonnis vaststaat dat een marktpartij of de leiding daarvan zich aantoonbaar schuldig heeft gemaakt aan discriminatie op de arbeidsmarkt als bedoeld in artikel 137d van het Wetboek van Strafrecht, waarbij voor een geslaagd beroep op het ontbinden van de overeenkomst sprake moet zijn van discriminatie op de arbeidsmarkt. De beslissing tot het invoeren van de bepaling ter beëindiging van de overeenkomst moet steeds worden getoetst aan het vereiste van proportionaliteit en subsidiariteit.

**Datum**  
00 april 2014  
**Kenmerk**  
CBA-64

2. Uitsluiting van een marktpartij op basis van het uitsluitingscriterium 'ernstige beroepsfout' bij een Europese aanbesteding waarvan vaststaat dat die marktpartij of de leiding (handelend in functie) daarvan zich schuldig heeft gemaakt aan discriminatie op de arbeidsmarkt als bedoeld in artikel 137d van het Wetboek van Strafrecht, waaronder mede wordt gerekend discriminatie op de arbeidsmarkt, wordt door de CBA in beginsel mogelijk geacht, mits een dergelijke beslissing steeds van geval tot geval wordt beoordeeld op proportionaliteit, waarbij de periode van uitsluiting in ieder geval niet meer dan vier jaar bedraagt en de marktpartij geen blijk heeft gegeven te beschikken over een voldoende 'zelfreinigend vermogen'.

Een generale uitsluiting wordt mede in het licht van het arrest Forposta van het Hof van Justitie niet mogelijk geacht.

Voor opdrachten onder de aanbestedingsdrempel geldt uitsluitend deel 1 van de Aanbestedingswet 2012. De regels met betrekking tot uitsluiting als bedoeld in de artikelen 2.86 en 2.87 van de Aanbestedingswet 2012 zijn op opdrachten onder de drempel niet zonder meer van toepassing.

Bij opdrachten onder de aanbestedingsdrempel zal - in gevallen dat er sprake is van een meervoudig onderhandse procedure of een één-op-één-gunning - de aanbestedende dienst zelf uitmaken welke marktpartijen hij uitnodigt. Bij gebleken discriminatoir gedrag op de arbeidsmarkt van een marktpartij staat het de aanbestedende dienst alsdan vrij die marktpartij niet mee te laten dingen. De algemene beginselen van behoorlijk bestuur blijven evenwel onverkort van toepassing.

3. Juridisch zijn geen bezwaren tegen het extra aandacht geven aan discriminatie bij uitvoering van de sociale voorwaarden. Een dergelijke intentie-uitspraak zal in de uitvoeringspraktijk niet meer zijn dan een niet-afdwingbaar statement.

### **Analyse en nadere toelichting**

1. Kan een non-discriminatiebepaling als algemene voorwaarde in de Algemene Rijksvoorwaarden of in de modelovereenkomsten worden opgenomen?

#### **Verbod op discriminatie**

'Allen die zich in Nederland bevinden, worden in gelijke gevallen gelijk behandeld. Discriminatie wegens godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht of op welke grond dan ook, is niet toegestaan', luidt artikel 1 van de Grondwet. Discriminatie is op grond van artikel 137d van het Wetboek van Strafrecht strafbaar gesteld. Het in dit artikel beschreven delict gaat uit van opzet dan wel ten minste de wens om aan te zetten tot haat of discriminatie.

De minister van SZW vraagt nu van de CBA een uitspraak of een overeenkomst met een marktpartij die zich schuldig heeft gemaakt aan discriminatie op de arbeidsmarkt op basis van een non-discriminatiebepaling kan worden beëindigd. Een dergelijke maatregel zou alleen kunnen plaatsvinden als de betreffende marktpartij onherroepelijk is veroordeeld en kan niet plaatsvinden op basis van vermoedens, bijvoorbeeld naar aanleiding van een aan de Staat gerichte getuigenverklaring. Dat zou immers kunnen leiden tot vormen van willekeur. Een bewezen schuldig zijn aan discriminatie op de arbeidsmarkt in de uitoefening van een beroep wordt in beginsel alleen aanwezig geacht op basis van een onherroepelijke rechterlijke uitspraak. Een uitspraak van het College voor de Rechten van de Mens is niet bindend en volstaat daarmee in dit kader niet. Voorts zou discriminatie op de arbeidsmarkt – naar oordeel van de opdrachtgever – geacht aanwezig te kunnen zijn op basis van een ander hard en duidelijk bewijs. Daarbij valt onder meer te denken aan evident discriminatoir gedrag als bijvoorbeeld het reeds bij voorbaat expliciet uitsluiten van niet-autochtoon personeel, zoals dit recent de media heeft gehaald. Het laatste woord blijft evenwel steeds aan de rechter.

**Datum**  
00 april 2014  
**Kenmerk**  
CBA-64

#### ***Beëindiging van een overeenkomst***

Beëindiging van een overeenkomst wegens discriminatie op de arbeidsmarkt kan verbintenissenrechtelijk alleen plaatsvinden op basis van een bepaling in de overeenkomst dat de overeenkomst kan worden ontbonden indien uit een onherroepelijk vonnis of op basis van ander hard en duidelijk bewijs blijkt dat de rechtspersoon zich schuldig heeft gemaakt aan een vorm van discriminatie op de arbeidsmarkt.

Het niet opnemen van een dergelijke beëindigingsmogelijkheid maakt een eenzijdig ontbinden van een overeenkomst wegens discriminatie verbintenissenrechtelijk – zonder schadeplichtigheid – behoudens uitzonderlijke gevallen niet mogelijk.

#### ***Aanbestedingswet 2012***

Met de overheid gesloten (raam)overeenkomsten zijn in beginsel steeds het resultaat van op grond van een Europese aanbestedingsprocedure gegunde overheidsopdrachten. Op overheidsopdrachten is de Aanbestedingswet 2012 van toepassing. Zowel voor opdrachten boven als onder de Europese aanbestedingsdrempel is deel 1 van de wet van toepassing. Een van de centrale thema's van deel 1 van de wet is het proportionaliteitsbeginsel. Artikel 1.10 (evenals de artikelen 1.13 en 1.16) van de Aanbestedingswet 2012 schrijft voor dat een aanbestedende dienst uitsluitend eisen, voorwaarden en criteria hanteert die in redelijke verhouding tot de opdracht staan. Daarbij moet in ieder geval ook acht worden geslagen op de contractvoorwaarden.

De Gids Proportionaliteit vult de in de Aanbestedingswet 2012 genoemde proportionaliteitseisen aan met het uitgangspunt dat ook contractuele voorwaarden proportioneel moeten zijn. Zij moeten in een reële verhouding staan tot de te verstrekken opdracht. De Gids vraagt voor de toets op proportionaliteit aandacht voor de vraag of individuele contractuele bepalingen gebruikelijk zijn in de desbetreffende markt. *'Hierbij dient eveneens gekeken te worden of de bepalingen gebruikelijk zijn in contracten tussen bedrijven onderling'*. Voorts dient de aanbestedende dienst bij bepalingen die een last, een verplichting, verbintenis of beperking op de marktpartij leggen waarbij ten nadele van die marktpartij wordt afgeweken van het verbintenissenrecht, deze steeds te toetsen aan het proportionaliteitsbeginsel (Gids Proportionaliteit, p. 52).

### **Algemene beëindigingsgrond**

Het opnemen van een algemene 'beëindigingsgrond in geval van discriminatie' in algemene voorwaarden of een modelovereenkomst acht de CBA niet proportioneel. Er dient namelijk steeds van geval tot geval te worden overwogen of een dergelijke bepaling in een redelijke verhouding staat tot en voldoende verband houdt met het voorwerp van de opdracht. Een vergelijking met wat gebruikelijk is tussen bedrijven onderling, lijkt de CBA hier niet aan de orde. Steeds zal van opdracht tot opdracht moeten worden beoordeeld of toepassing van een dergelijke 'contractbeëindigingsclausule' proportioneel is.

**Datum**  
00 april 2014  
**Kenmerk**  
CBA-64

### **Individuele beëindigingsgrond**

In veel dienstverleningsovereenkomsten waarbij arbeidsrelaties aan de orde zijn (als bijvoorbeeld uitzendovereenkomsten, andere overeenkomsten voor het beschikbaar stellen van personeel of overeenkomsten op het terrein van facilitaire dienstverlening), is een dergelijke clause niet op voorhand disproportioneel, mits voldoende duidelijk is wanneer er sprake is van discriminatie op de arbeidsmarkt. Het kan daarbij in eerste instantie slechts gaan om een onherroepelijke rechterlijke uitspraak of op basis van een ander onweerlegbaar feit, waarbij te denken valt aan evident discriminatoir gedrag als bijvoorbeeld het reeds bij voorbaat uitsluiten van niet-autochtoon personeel, zoals hierboven reeds genoemd. Het laatste woord of al dan niet sprake is van discriminatie op de arbeidsmarkt blijft evenwel aan de rechter.

### **Integriteit**

In het eindrapport van 12 december 2002 van de Parlementaire Enquêtecommissie Bouwnijverheid oordeelde de enquêtecommissie, dat er een nieuwe zakelijkheid moest komen waarbij de overheid voortaan geen zaken meer zou doen met niet-integere marktpartijen. Daar moest de overheid voortaan verre van blijven. Discriminatie is een verschijningsvorm van niet-integer handelen.

De CBA is van oordeel dat een contractbeëindigingsbepaling in een overeenkomst in geval van discriminatie op de arbeidsmarkt onder omstandigheden bruikbaar is. Het moet dan wel gaan om gevallen waarbij de opdrachtnemer zelf verantwoordelijk gesteld kan worden voor de gedragingen.

### **Subsidiariteit**

Daarnaast zou, analoog aan het strafrecht, nog de subsidiariteit een rol moeten spelen. Beëindiging van een overeenkomst is immers een zwaar middel. De subsidiariteit brengt met zich dat de opdrachtgever in voorkomend geval moet beoordelen of er ook minder vergaande maatregelen dan beëindiging van de overeenkomst mogelijk zijn om een verder discriminerend gedrag te voorkomen. Hierbij zou te denken zijn aan door de marktpartij te nemen zodanige maatregelen binnen zijn organisatie waardoor een herhaling van de discriminerende gedragingen voor de toekomst wordt voorkomen.

Als deze beoordeling aan bovengenoemde uitgangspunten een beëindiging van de overeenkomst indiceren, zou een beëindiging van de overeenkomst proportioneel en gerechtvaardigd kunnen zijn.

2. Kan discriminatie op de arbeidsmarkt bij wijze van 'ernstige beroepsfout' in zin van artikel 2.87 Aanbestedingswet 2012 gelden?

### **'Ernstige beroepsfout'**

Artikel 2.87, eerste lid, aanhef en onder c, van de Aanbestedingswet 2012 stelt dat de aanbestedende dienst een inschrijver of gegadigde van de deelneming aan een overheidsopdracht kan uitsluiten indien deze *'... in de uitoefening van zijn beroep een ernstige beroepsfout heeft begaan die door de aanbestedende dienst aannemelijk kan worden gemaakt'*. Anders dan bij de uitsluitingsgrond als bedoeld in het eerste lid, onder b, van dit artikel behoeft de beroepsfout niet door middel van een onherroepelijk geworden rechterlijke uitspraak te zijn vastgesteld. De aanbestedende dienst moet de beroepsfout aannemelijk kunnen maken. Daar mag de aanbestedende dienst – mede gegeven de vergaande consequenties voor die marktpartij – echter niet te licht mee omgaan.

De Gids Proportionaliteit stelt dat aanbestedende diensten deze uitsluitingsgrond alleen mogen toepassen onder zeer restrictieve omstandigheden, omdat het begrip nog onvoldoende is ingevuld (Gids Proportionaliteit, p. 31). Wel is duidelijk dat de 'ernstige beroepsfout' gerelateerd moet zijn aan het beroep. Het begrip 'beroepsfout' is dus ruimer dan bijvoorbeeld bouwfouten of andere technische fouten. De memorie van Toelichting stelt dat in het algemeen als ernstige beroepsfout kunnen *'... worden aangemerkt overtredingen van voorschriften betreffende de gezondheid, arbeidsomstandigheden, milieudelicten en overtredingen van de Rijtijdenwet. Ook overtredingen van de Mededingingswet en het hebben begaan van een onrechtmatige daad in het kader van de uitvoering van een opdracht waaruit ernstige schade is voortgevloeid kunnen als ernstige beroepsfout [worden] aangemerkt. Aangenomen mag worden dat hiermee de meest in aanmerking komende gedragingen voor de toepassing van het criterium ernstige beroepsfout zijn genoemd'* (Kamerstukken II, 2009-2010, 32 440, nr. 3, p. 80). De ernstige beroepsfout is daarmee feitelijk een open norm.

Het Europese Hof van Justitie komt in dit kader tot het oordeel, dat aangenomen moet worden dat *'... het begrip "ernstige beroepsfout" gewoonlijk ziet op gedrag van de betrokken marktdeelnemer dat wijst op kwaad opzet of nalatigheid van een zekere ernst van deze marktdeelnemer. Elke onjuiste, onnauwkeurige of gebrekkige uitvoering van een overeenkomst of een deel ervan kan derhalve eventueel wijzen op een beperkte vakbekwaamheid van de betrokken marktdeelnemer, maar staat niet automatisch gelijk met een ernstige fout'* (HvJ EU van 13 december 2012, zaak C-465/11, Forposta, n.n.g., r.o. 30). Het Hof geeft hier een inkleuring aan het begrip 'ernstige beroepsfout'. Een beroepsfout kan dus meer zijn dan alleen kwaad opzet of ernstige nalatigheid. Het kan ook een nalatigheid van een zekere ernst zijn.

Het vaststellen dat er sprake is van een beroepsfout dient steeds van geval tot geval te worden vastgesteld en steeds te worden getoetst op proportionaliteit.

De in de Gids Proportionaliteit beschreven aan te houden 'zeer restrictieve' toepassing van deze uitsluitingsgrond is geschreven toen deze uitspraak van het Hof in de zaak Forposta er nog niet was. Het Hof heeft in dit arrest een duidelijke aanzet tot een verdere invulling aan het begrip 'ernstige beroepsfout' gegeven. Dit neemt niet weg dat de toepassing niet minder restrictief moet worden toegepast, maar inmiddels heeft het Hof wel een aan te nemen koers aangegeven. Het Hof overwoog in het hiervoor genoemde arrest Forposta: *'Dienaangaande zij opgemerkt dat, zoals de Poolse regering terecht betoogt, het begrip „fout bij de beroepsuitoefening” elk onrechtmatig gedrag omvat dat invloed heeft op de professionele geloofwaardigheid van de betrokken marktdeelnemer, en niet alleen schendingen van de tuchtrechtelijke normen in enge zin van de beroepsgroep van deze marktdeelnemer die worden vastgesteld door het voor deze beroepsgroep*

**Datum**  
00 april 2014  
**Kenmerk**  
CBA-64

*ingestelde tuchtorgaan of een in kracht van gewijsde gegane rechterlijke beslissing' (r.o. 27).*

**Datum**  
00 april 2014

**Kenmerk**  
CBA-64

#### ***Discriminatie als 'ernstige beroepsfout'***

Vormen van discriminatie op de arbeidsmarkt moeten als ernstig worden aangemerkt. Dit geldt te meer waar dit in de uitoefening van een beroep plaatsvindt. Hierboven was reeds beschreven dat als dit in een aanbesteding (of bij het beëindigen van een overeenkomst) een rol speelt, vastgesteld moet kunnen worden dat die discriminatie ook daadwerkelijk heeft plaatsgevonden. Discriminatie op de arbeidsmarkt past goed in het oordeel van het Hof van Justitie dat het moet gaan om gedragingen die wijzen op (kwaad) opzet of nalatigheid van een zekere ernst. In zoverre zou 'discriminatie op de arbeidsmarkt' kunnen worden geschaard onder de uitsluitingsgrond 'ernstige beroepsfout'.

Volstaan zou daarbij kunnen worden in de aanbestedingsdocumenten voor opdrachten – die zich daarvoor lenen – een clause op te nemen waarin de aanbestedende dienst stelt dat in gevallen dat uit een onherroepelijk vonnis blijkt dat de inschrijver zich schuldig maakt aan vormen van discriminatie op de arbeidsmarkt als bedoeld in artikel 137d van het Wetboek van Strafrecht in het kader van de uitvoering van zijn beroep, dit door de aanbestedende dienst kan worden aangemerkt als een 'ernstige beroepsfout'.

Of uitsluiten in een concreet geval gerechtvaardigd is, dient te worden beoordeeld in het kader van iedere specifieke aanbesteding. Een eventuele uitsluiting dient onder meer proportioneel en niet discriminatoir te zijn. Het straffen met uitsluiting van een heel aannemingsconcern voor de fouten van een uitvoerder bij een relatief onbelangrijk werk van een van de dochters, gaat in deze wat ver. Ook een veroordeling van een directeur wegens omkoping in een ander land, die later de rest van het concern in Nederland voor een reeks van jaren nog blijft achtervolgen, lijkt niet proportioneel (*Kamerstukken II 2002-2003, 28 244, nr. 11, p. 53*). Dit volgt ook uit een vonnis van de voorzieningenrechter (Vzr. Rotterdam van 15 augustus 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:7381, r.o. 4.12), waarbij de rechter oordeelde dat *'... dit individuele gedrag van een medewerker van IBS niet kwalificeert als ernstige fout in de zin van artikel 45, lid 3 Bao'* (thans artikel 2.87 Aanbestedingswet 2012).

Kort gezegd uitsluiting –ook bij discriminatie op de arbeidsmarkt – dient proportioneel te worden toegepast. De discriminatie moet in beginsel – en behoudens extreme gevallen – kunnen worden toegeschreven aan de rechtspersoon zelf of de leiding daarvan.

#### ***Zelfreinigend vermogen***

Anders dan bij het kunnen beëindigen van een overeenkomst in gevallen van discriminatie op de arbeidsmarkt, kan bij het uitsluitingsbeleid van een aanbestedende dienst het – uit het strafrecht afkomstige – subsidiariteitsbeginsel geen rol spelen. Dat zou anders strijdig zijn met het gelijkheidsbeginsel, omdat het hier een meerpartijensituatie betreft en niet een één-op-éénsituatie. Op een uitsluiting van een marktpartij op grond van een 'ernstige beroepsfout' kan geen beroep worden gedaan als de gewraakte gedragingen zich meer dan vier jaar terug hebben voorgedaan (artikel 2.87, tweede lid, Aanbestedingswet 2012), dan wel de marktpartij blijkt heeft gegeven zodanige (interne en organisatorische) maatregelen te hebben genomen dat een herhaling van die discriminatoire gedragingen niet meer kan voorkomen. Hierdoor geeft die marktpartij er blijk van dat hij over een voldoende zelfreinigend vermogen beschikt.

**Onder de aanbestedingsdrempel**

Voor opdrachten onder de aanbestedingsdrempel geldt uitsluitend deel 1 van de Aanbestedingswet 2012. De regels met betrekking tot uitsluiting als bedoeld in de artikelen 2.86 en 2.87 van de Aanbestedingswet 2012 zijn op opdrachten onder de drempel niet zonder meer van toepassing.

**Datum**  
00 april 2014  
**Kenmerk**  
CBA-64

Bij opdrachten onder de aanbestedingsdrempel zal - in gevallen dat er sprake is van een meervoudig onderhandse procedure of een één-op-één-gunning - de aanbestedende dienst zelf uitmaken welke marktpartijen hij uitnodigt. Bij gebleken discriminatoir gedrag op de arbeidsmarkt van een marktpartij staat het de aanbestedende dienst alsdan vrij die marktpartij niet mee te laten dingen. Dat zal hij evenwel goed moeten kunnen motiveren. De algemene beginselen van behoorlijk bestuur blijven ook in dergelijke gevallen onverkort van kracht.

In de - op 28 maart 2014 in het Publicatieblad gepubliceerde - nieuwe aanbestedingsrichtlijnen lijken meer mogelijkheden voor uitsluiting op dit terrein mogelijk te zijn. Dit advies wordt evenwel gegeven met het oog op de huidige toepassingsmogelijkheden.

3. Zou extra aandacht voor non-discriminatie op de arbeidsmarkt bij de toepassing van de voor de Rijksoverheid voorgeschreven toepassing van sociale voorwaarden haalbaar zijn?

Juridisch zijn er geen bezwaren tegen een dergelijke intentie-uitspraak, maar het zal in de uitvoeringspraktijk geen aantoonbare meerwaarde hebben en niet meer zijn dat een politiek statement.

Commissie Bedrijfsjuridisch Advies