

## Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties

> Retouradres Postbus 20011 2500 EA Den Haag

Commissie  
Bedrijfsjuridisch Advies

Datum 9 juni 2015  
Betreft Nadere Adviesaanvraag CBA 64-b om advies CBA-64 inzake juridische mogelijkheid om overeenkomsten te beëindigen of niet aan te gaan in geval van discriminatie op de arbeidsmarkt nader uit te werken.

Geachte,

### **Aanleiding nadere adviesaanvraag**

Naar aanleiding van uw verzoek om een vervolgadvisie bericht ik u als volgt. Begin 2014 heeft u, namens de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, aan de Commissie Bedrijfsjuridisch Advies (CBA) verzocht aan te geven welke mogelijkheden de Rijksoverheid heeft om bestaande overeenkomsten met bedrijven die zich schuldig hebben gemaakt, onderscheidenlijk maken aan discriminatie te beëindigen, dan wel te voorkomen dat de Rijksoverheid overeenkomsten met dergelijke bedrijven aangaat. Dit omdat het Rijk het goede voorbeeld wil en moet geven en geen zaken (meer) wil doen met bedrijven die discrimineren op de arbeidsmarkt.

Op 25 april 2014 heeft de CBA hierover geadviseerd, welk advies als bijlage 1 bij dit nader advies opgenomen. De CBA heeft – samenvattend weergegeven – het volgende geadviseerd:

1. Het opnemen van een algemene anti-discriminatiebepaling in de Rijksvoorwaarden of modelovereenkomsten acht de CBA niet in overeenstemming met het in de Aanbestedingswet 2012 neergelegde proportionaliteitsbeginsel. Daarentegen kan in specifieke individuele overeenkomsten, zoals bijvoorbeeld uitzendovereenkomsten of overeenkomsten op het gebied van de facilitaire dienstverlening volgens CBA wel een beëindigingsbepaling worden opgenomen voor die gevallen waarin op grond van een onherroepelijk vonnis vaststaat dat een marktpartij of de leiding daarvan zich schuldig heeft gemaakt aan discriminatie op de arbeidsmarkt als bedoeld in artikel 137d van Wetboek van Strafrecht. De beslissing tot het invoeren van de bepaling ter beëindiging van de overeenkomst moet steeds worden getoetst aan het vereiste van proportionaliteit en subsidiariteit.
2. Een algemene uitsluiting wordt mede in het licht van jurisprudentie van het Hof van Justitie niet mogelijk geacht. 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'.

Voor opdrachten onder de aanbestedingsdrempel gelden de regels met betrekking tot uitsluiting als bedoeld in de artikelen 2.86 en 2.87 van de Aanbestedingswet 2012 niet. 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. Uiteraard met een goede onderbouwing en motivering.

**Datum**  
9 juni 2015

**Kenmerk**  
CBA-64 b

Tot zover een beknopte weergave van het advies. Voor de volledige inhoud van het advies met analyse en nadere toelichting wordt verwezen naar bijlage 1.

### **Adviesaanvraag**

Naar aanleiding van en in het vervolg op dit CBA-advies 64 inzake discriminatie heeft u verzocht de uit dat advies voortvloeiende suggesties nader uit te werken met als uiteindelijk doel dit binnen de Rijksoverheid<sup>1</sup> te implementeren. Dit als één van de maatregelen die voortvloeien uit het "Actieplan arbeidsmarktdiscriminatie"<sup>2</sup>.

Concreet heeft u aan de CBA verzocht standaardbepalingen te ontwikkelen, die in modelovereenkomsten van het Rijk kunnen worden opgenomen om - indien sprake is van discriminatie op de arbeidsmarkt - de met deze bedrijven afgesloten contracten voortijdig te kunnen beëindigen.

Daarnaast heeft u gevraagd standaard tekstblokken te ontwerpen voor de - binnen het Rijk gehanteerde - aanbestedingsdocumenten zodat een inschrijver kan worden uitgesloten van verdere deelneming aan de inkoopprocedures indien sprake is (geweest) van discriminatoir gedrag op de arbeidsmarkt.

### **Adviesaanvraag modelovereenkomst inhuur Flexibele Arbeidskrachten**

Vrijwel parallel aan uw verzoek om een nader advies was een andere CBA-werkgroep bezig met het opstellen van een nieuw model raamovereenkomst voor het ter beschikking stellen van flexibele arbeidskrachten, die onder leiding en toezicht van de opdrachtgever werkzaamheden verrichten.

Gelet op de in het CBA-64 advies genoemde mogelijkheid, dat een dergelijke beëindigingsbepaling opgenomen kan worden, in specifieke individuele overeenkomsten, zoals bijvoorbeeld uitzendovereenkomsten of overeenkomsten op het gebied van de facilitaire dienstverlening, is voorgesteld hierin alvast een antidiscriminatie clause op te nemen.

De concept raamovereenkomst - met daarin dus een non-discriminatiebepaling - is vervolgens getoetst bij vertegenwoordigers van de brancheorganisaties Algemene Bond Uitzendondernemingen (ABU) en de Nederlandse Bond voor bemiddelings- en uitzendondernemingen (NBBU). De brancheorganisaties hebben hierbij een adviserende rol gespeeld. In deze zogenaamde "Raamovereenkomst ARVODI-2014 inzake inhuur Flexibele Arbeidskrachten op basis van een Uitzendovereenkomst" is in aanvulling op ARVODI 2014 in artikel 16 een specifieke beëindigingsbepaling opgenomen indien sprake is van discriminatie op de arbeidsmarkt.

---

<sup>1</sup> Hierbij wordt bedoeld op de inkooppraktijk bij departementen en IUC's.

<sup>2</sup> Zie brief van 16 mei 2014 SZW, mede namens BZK, V&J en OCW aan de Tweede Kamer inzake Actieplan arbeidsmarktdiscriminatie en kabinetsreactie SER Advies "Discriminatie werkt niet".

Op grond van deze bepaling kan de Rijksoverheid een - op basis van voornoemde Raamovereenkomst inhuur Flexibele Arbeidskrachten - afgesloten overeenkomst onmiddellijk beëindigen met een bedrijf, indien deze onherroepelijk strafrechtelijk is veroordeeld voor discriminatie op de arbeidsmarkt, dan wel als personeel van dit bedrijf hiervoor is veroordeeld. Het moet dan wel gaan om een personeelslid met een leidinggevende- en beslissingsbevoegde positie binnen de onderneming. Bovengenoemde Raamovereenkomst is inmiddels als model op Rijksportaal beschikbaar<sup>3</sup> en kan binnen het Rijk worden toegepast

**Datum**  
9 juni 2015

**Kenmerk**  
CBA-64 b

### **Advies**

1. In antwoord op uw eerste vraag adviseert de CBA aan te sluiten bij de voor de Raamovereenkomst inhuur Flexibele Arbeidskrachten ontwikkelde tekst en deze in de verschillende ARVODI-modelovereenkomsten als optionele bepaling op te nemen. Optioneel omdat een anti-discriminatiebepaling alleen kan worden opgenomen in de 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). De inhoud van de in de modelovereenkomsten op te nemen tekst<sup>4</sup> zou dan als volgt kunnen luiden.

[optioneel]

#### **XX. Ontbinding**

Onverminderd het bepaalde in artikel 22 ARVODI-2014 kan Opdrachtgever, indien:

- a. Opdrachtnemer onherroepelijk strafrechtelijk is veroordeeld voor discriminatie in de zin van de artikelen 137c tot en met 137g en art. 429 quater van het Wetboek van Strafrecht dan wel;
- b. Personeel van Opdrachtnemer onherroepelijk strafrechtelijk is veroordeeld voor discriminatie in de zin van de artikelen 137c tot en met g en artikel 429 quater van het Wetboek van Strafrecht wanneer de desbetreffende persoon lid is van een bestuurs-, leidinggevend of toezichhoudend orgaan van Opdrachtnemer of daarin vertegenwoordigings-, beslissings-, of controlebevoegdheid heeft,

binnen drie<sup>5</sup> jaar nadat de desbetreffende veroordeling onherroepelijk is geworden, deze Overeenkomst zonder enige aanmaning of ingebrekestelling, met onmiddellijke ingang buiten rechte door middel van een aangetekend schrijven, ontbinden.

Zoals eerder aangegeven zal de beslissing tot het invoeren van deze bepaling om een overeenkomst te ontbinden altijd moeten worden getoetst aan de vereisten van proportionaliteit en subsidiariteit. De CBA hecht er belang aan - onder verwijzing naar het eerder aan u verstrekte advies - dit te benadrukken.

2. In antwoord op uw tweede vraag om standaard tekstblokken te ontwerpen voor de - binnen het Rijk gehanteerde - aanbestedingsdocumenten met het doel inschrijvers uit te kunnen sluiten van verdere deelneming aan de inkoopprocedures ingeval van discriminatoir gedrag merkt de CBA allereerst het volgende op.

In de Aanbestedingswet 2012 is het gebruik van de zogenaamde Eigen verklaring sinds 1 april 2013 voorgeschreven<sup>6</sup>. Deze Eigen verklaring (zie bijlage 2) is verplicht bij Europese aanbestedingen. Bij nationale aanbestedingen en bij

<sup>3</sup> Sinds april 2015 is dit model voor alle departementen en IUC's beschikbaar op Rijksportaal via CBA-site

<sup>4</sup> Afhankelijk van de modelovereenkomst als aparte artikel of subbepaling (maatwerk).

<sup>5</sup> Met de termijn van 3 jaar is aangesloten bij de in de - op 28 maart 2014 in het Publicatieblad gepubliceerde richtlijnen - genoemde termijn. Evenals voor de definitie met betrekking tot Personeel van de Opdrachtnemer is hierbij aangesloten.

<sup>6</sup> Er bestaan 2 soorten 1. een Eigen verklaring voor aanbestedingsprocedures voor aanbestedende diensten en 2. voor aanbestedingsprocedures van speciale-sectorbedrijven.

meervoudig onderhandse procedures is de Eigen verklaring alleen verplicht als uitsluitingsgronden en geschiktheidseisen worden gesteld.

**Datum**  
9 juni 2015

**Kenmerk**  
CBA-64 b

Dit betekent dat de te ontwerpen standaard tekstblokken – voor wat betreft uitsluitingsgronden – in aanvulling op de Eigen verklaring als onderdeel van de aanbestedingsdocumenten – moeten worden opgesteld. Concreet betekent dit dus dat de door aanbestedende dienst – als uitsluitingsgronden aan de orde zijn - op de zogenaamde Eigen verklaring een toepasselijke uitsluitingsgrond moet worden aangekruist en/of deze in de aanbestedingsdocumenten nader moet worden ingevuld. Waarbij voorts in de Eigen verklaring voor wat betreft de door de aanbestedende dienst toepasselijke verklaarde facultatieve uitsluitingsgronden een onderscheid wordt gemaakt tussen opdrachten boven en onder de Europese aanbestedingsdrempel<sup>7</sup>.

In het advies CBA-64 wordt voor het kunnen uitsluiten van een marktpartij eveneens een onderscheid gemaakt tussen opdrachten met een waarde gelijk of boven de Europese drempel en opdrachten onder de aanbestedingsdrempel. Voor opdrachten met een waarde gelijk aan of boven de aanbestedingsdrempel zijn de artikelen 2.86 (verplichte uitsluitingsgronden) en 2.87 (facultatieve uitsluitingsgronden) van de Aanbestedingswet 2012 en jurisprudentie van HvJ<sup>8</sup> direct van toepassing. Dit in tegenstelling tot opdrachten met een waarde onder de drempel waarbij deze regels niet zonder meer van toepassing zijn<sup>9</sup>.

Het is bij opdrachten met een geraamde waarde onder de Europese aanbestedingsdrempel evenwel mogelijk de artikelen 2.86 en 2.87 van analoge toepassing op die opdracht te verklaren. Eén van de in artikel 2.87 opgenomen uitsluitingsgronden betreft de 'ernstige beroepsfout'. Bij de ernstige beroepsfout gaat het om een handelen of nalaten van de marktpartij, waardoor de opdrachtgever geen vertrouwen meer heeft in een goede uitvoering van een opdracht door die marktpartij. Een belangrijk aspect daarbij is de 'integriteit' van die marktpartij. Hetgeen ook expliciet is opgenomen in de op 28 maart 2014 in het Publicatieblad gepubliceerde nieuwe aanbestedingsrichtlijnen. De Europese wetgever<sup>10</sup> spreekt daar over een 'ernstige fout, 'waardoor zijn integriteit in twijfel kan worden getrokken' .

Bij aantoonbaar discriminatoir gedrag op de arbeidsmarkt kan zonder meer worden gesproken over maatschappelijk deviant en niet-integer gedrag. De aanbestedende dienst deelt in een dergelijk geval aan de marktpartij mee dat hij het handelen van de marktpartij van een zodanige aard acht, dat hij dit aanmerkt als een 'ernstige beroepsfout'.

Het Europese Hof van Justitie heeft in het arrest Forposta geoordeeld dat het begrip "ernstige beroepsfout" gewoonlijk ziet op een gedrag dat wijst op kwaad opzet of nalatigheid van een zekere ernst van de 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.'*<sup>11</sup> Het vaststellen van een dergelijke fout kan volgens het Hof alleen plaatsvinden op basis van een individuele beoordeling.

---

<sup>7</sup> Zie voor wat betreft facultatieve uitsluitingsgronden onderdeel 3 voor boven de drempel en onderdeel 4 onder de drempel.

<sup>8</sup> In het bijzonder artikel 2.87, eerste lid aanhef en onder c over het begrip "ernstige beroepsfout en de inkleuring hiervan door het HvJ in zijn arrest van 13 december 2012, zaak C-465/11, Forposta)

<sup>9</sup> Voor dergelijke opdrachten geldt uitsluitend deel 1 van de Aanbestedingswet (beginselen)

<sup>10</sup> Zie o.a. richtlijn 2014/24/EU inzake overheidsopdrachten artikel 56, vierde lid onder c

<sup>11</sup> HvJ 13 december 2012, zaak C-465/11, Forposta, n.n.g., r.o. 30

De eerder genoemde richtlijn 2014/24/EU stelt dat de 'ernstige beroepsfout' op elke passende aannemelijk gemaakte wijze kan worden aangetoond. Een rechterlijk oordeel is strikt genomen derhalve niet noodzakelijk, maar zal in de praktijk veel geschillen over wat wel en wat niet passend is kunnen voorkomen.

**Datum**  
9 juni 2015

**Kenmerk**  
CBA-64 b

Mede onder verwijzing naar het bovenstaande overwegingen en die in het advies CBA-64<sup>12</sup> is de vraag "kan discriminatie op de arbeidsmarkt bij wijze van "ernstige beroepsfout" in de zin van artikel 2.87<sup>13</sup> Aanbestedingswet gelden?" in beginsel positief beantwoord. Daar immers vormen van discriminatie (in de beroepsuitoefening) als 'ernstig' moeten worden aangemerkt. Uiteraard met de veronderstelling dat – net als bij het beëindigen van een overeenkomst – ook bij een aanbesteding moet worden vastgesteld of dit discriminatoir gedrag in de uitoefening van beroep en bedrijf<sup>14</sup> daadwerkelijk heeft plaatsgevonden. Zoals reeds eerder aangegeven blijkt dit in ieder geval uit een onherroepelijk vonnis, waarbij de inschrijver dan wel personeel met leidinggevende bevoegdheden hiervoor is veroordeeld.

De aanbestedende dienst zal steeds van geval tot geval moeten beoordelen of het discriminatoire gedrag van een zodanige aard is dat een aannemen van een 'ernstige beroepsfout' (en daarmee een uitsluiten van die marktpartij voor een periode van maximaal drie jaar) gerechtvaardigd is.

Gelet op bovenstaande betekent dit dat bij opdrachten – boven de EA drempel - die zich daarvoor lenen zou bijvoorbeeld de volgende clausule in de aanbestedingsdocumenten/aankondiging kunnen worden opgenomen.

Discriminatie op de arbeidsmarkt wordt als ernstige fout in de uitoefening van het beroep (zie 3.3. Eigen verklaring) beschouwd. Hiervan is sprake indien:

Inschrijver/gedagigde in de drie jaar voorafgaand aan het tijdstip van het indienen van het verzoek tot indienen van het verzoek tot deelneming of de inschrijving onherroepelijk strafrechtelijk is veroordeeld voor discriminatie in de zin van de artikelen 137c tot en met 137g en art. 429 quater van het Wetboek van Strafrecht dan wel;

Personeel van inschrijver/gedagigde in de drie jaar voorafgaand aan het tijdstip van het indienen van het verzoek tot indienen van het verzoek tot deelneming of de inschrijving onherroepelijk strafrechtelijk is veroordeeld voor discriminatie in de zin van de artikelen 137c tot en met g en artikel 429 quater van het Wetboek van Strafrecht wanneer de desbetreffende persoon lid is van een bestuurs-, leidinggevend of toezichhoudend orgaan van zijn onderneming of daarin vertegenwoordigings-, beslissings-, of controlebevoegdheid heeft.

Voor opdrachten onder de drempel zijn de regels met betrekking tot uitsluiting als bedoeld de artikelen 2:86 en 2:87 niet zonder meer van toepassing maar de aanbestedende dienst heeft uiteraard wel de mogelijkheid deze uitsluitingsgronden – naar analogie - op te nemen dan wel als een nader te bepalen uitsluitingsgrond op te nemen.

Van belang hierbij te vermelden is dat bij nationale aanbestedingen en bij meervoudig onderhandse procedures (onder de drempel) de Eigen verklaring verplicht als uitsluitingsgronden en geschiktheidseisen worden gesteld. Zie in dit verband ook onderdeel 4 van het formulier Eigen verklaring waar dit expliciet voor

<sup>12</sup> Zie met name de teksten op pagina's 5 en 6 van het advies CBA-64

<sup>13</sup> Artikel 2.87, eerste lid, aanhef en onder c., 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 fout heeft begaan die door de aanbestedende dienst aannemelijk kan worden gemaakt.

<sup>14</sup> in de zin van de artikelen 137c tot en met 137g en art. 429 quater van het Wetboek van Strafrecht

opdrachten onder de drempel is opgenomen<sup>15</sup>.

Bij nationale aanbestedingen en bij meervoudig onderhandse procedures onder de drempel zou naast het aankruisen van onderdeel 4.7. in aanvulling hierop de volgende clausule in de aanbestedingsdocumenten/aankondiging kunnen worden opgenomen. Voor de overige opdrachten zou dezelfde tekst kunnen worden opgenomen onder 4.10 van de zogenaamde Eigen verklaring.

**Datum**  
9 juni 2015

**Kenmerk**  
CBA-64 b

Discriminatie op de arbeidsmarkt wordt als ernstige fout in de uitoefening van het beroep (zie 4.7 Eigen verklaring) beschouwd. Hiervan is sprake indien:

Inschrijver/gedagigde in de drie jaar voorafgaand aan het tijdstip van het indienen van het verzoek tot deelneming of de inschrijving onherroepelijk strafrechtelijk is veroordeeld voor discriminatie in de zin van de artikelen 137c tot en met 137g en art. 429 quater van het Wetboek van Strafrecht dan wel;

Personeel van Inschrijver/gedagigde in de drie jaar voorafgaand aan het tijdstip van het indienen van het verzoek tot deelneming of de inschrijving onherroepelijk strafrechtelijk is veroordeeld voor discriminatie in de zin van de artikelen 137c tot en met g en artikel 429 quater van het Wetboek van Strafrecht wanneer de desbetreffende persoon lid is van een bestuurs-, leidinggevend of toezichthoudend orgaan van zijn onderneming of daarin vertegenwoordigings-, beslissings-, of controlebevoegdheid heeft.

Met bovenstaande uitwerking van advies CBA-64 hoop ik meer duidelijkheid te hebben gegeven, waarbij net als bij de beslissing om een overeenkomst voortijdig te beëindigen, een besluit om een marktpartij niet deel te laten nemen, moet worden genomen met inachtneming van de beginselen van proportionaliteit, subsidiariteit en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

In de hoop u voldoende te hebben geadviseerd,

De Commissie Bedrijfsjuridisch Advies

---

<sup>15</sup> Zie in het bijzonder Eigen verklaring onderdelen 4.7 en 4.10