

Naar een universele uitleg van een militair doel

DOOR MARVIN R. AARON¹

De definitie van een militair doel vormt een van de kernbegrippen van het humanitair oorlogsrecht. Toch bestaat er nog steeds onduidelijkheid over het begrip vanwege een aantal verschillen in zienswijzen. Dit artikel gaat nader in op deze verschillen voor zover het gaat om objecten. De verschillende zienswijzen zijn nog steeds relevant, maar zijn te overzien.

Inleiding

De uitleg van het begrip militair doel in de zin van het humanitair oorlogsrecht is van groot belang. Het geeft antwoord op de essentiële vraag wat of wie gedurende een gewapend conflict al dan niet mag worden aangevallen. Aanvullend Protocol I (AP I) geeft de alom bekende definitie van een militair doel in artikel 52(2).² Naast combattanten en personen die rechtstreeks deelnemen aan vijandelijkheden, mogen alleen objecten die naar hun aard, ligging, bestemming of gebruik een daadwerkelijke bijdrage tot de krijgsv verrichtingen leveren en waarvan de gehele of gedeeltelijke vernietiging, verovering of onbruikbaarmaking onder de omstandigheden van dat moment een duidelijk militair voordeel oplevert, worden aangevallen. Hoewel AP I alleen van toepassing is tijdens internationaal gewapende conflicten en geen verdragsrechtelijke verplichtingen oplegt aan staten die geen partij zijn bij dat protocol, zijn veel bepalingen -waaronder artikel 52(2)- gewoonterecht in zowel internationale als niet-internationale gewapende conflicten.³ Op het eerste gezicht zou in deze context de definitie van een militair doel uit AP I daarom geen probleem moeten opleveren met betrekking tot multinationale operaties waaraan staten deelnemen die geen partij zijn bij AP I. Dat is helaas niet het geval. De Verenigde Staten (VS) hangen een interpretatie aan die anders is dan de algemeen aanvaarde uitleg van een militair doel. Dit artikel gaat nader in op de vraag hoe deze interpretatie zich verhoudt tot de algemene uitleg van het begrip militair doel. Daarbij komt de vraag aan bod in hoeverre tijdens multinationale operaties waarbij de VS zijn betrokken, AP I-staten het risico lopen dat zij doelen aanvallen die niet voldoen aan de definitie van een militair doel uit AP I. Tot slot wordt ingegaan op de vraag hoe een dergelijk risico het beste kan worden beperkt. De scope van dit artikel

¹ Jurist Operationeel Recht van de Koninklijke Luchtmacht. De auteur dankt Ronald Gilissen en David Nauta voor hun commentaar op een eerdere versie van dit artikel. Eventuele fouten blijven de verantwoordelijkheid van de auteur.

² Aanvullend Protocol bij de Verdragen van Genève van 12 augustus 1949, betreffende de bescherming van slachtoffers van internationale gewapende conflicten uit 1977 (Protocol I).

³ Zie bijvoorbeeld M. Schmitt, C. Garraway & Y. Dinstein, *Manual on the Law of Non-international Armed Conflict with Commentary* (International Institute of Humanitarian Law), 2006, p. 5-7. (en M. Henckaerts & Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law* (Volume I & II), New York: Cambridge University Press 2009, p. 29-32 (Volume I) en p. 181-190 (Volume II)).

omvat alleen de problematiek rondom de vraag welke objecten als militair doel kunnen worden gekwalificeerd. De vraag welke personen al dan niet als militair doel kunnen worden aangemerkt wordt in dit artikel buiten beschouwing gelaten.

I. De oorsprong en status van de definitie van een militair doel

De eerste aanzet voor het codificeren van de definitie van een militair doel werd gegeven door de Juristenconferentie van 1922/23.⁴ Die ontwierp de zogenaamde “Haagse regels omtrent den luchtoorlog” waarin een aantal specifiek voor luchtoorlogen bedoelde regels aan bod kwamen.⁵ Zo kwam ook de vraag aan de orde wat nu precies als militair doel mocht worden beschouwd. Het antwoord luidde: die objecten waarvan de vernietiging of beschadiging een duidelijk militair voordeel oplevert voor de aanvallende partij.⁶ Bovendien werd dat antwoord nader gedefinieerd door een limitatieve opsomming van objecten die onder deze definitie vielen.⁷ Genoemd werden onder meer militaire werken en depots, maar ook communicatie en transportverbindingen die voor militaire doeleinden werden gebruikt en belangrijke en bekende concentraties van fabrieken die bezig zijn met het produceren van wapens of munitie.⁸ In de verdragen die daarna volgden, zoals de Verdragen van Genève uit 1949, wordt het begrip militair doel wel gebruikt maar niet nader omschreven.⁹ De eerste gelijkenissen met de definitie die nu in AP I wordt gehanteerd, zijn zichtbaar vanaf het moment dat het *International Committee of the Red Cross* (ICRC) een poging waagde om een militair doel te definiëren in de *ICRC Draft Rules* van 1956.¹⁰ Ook bij dit document is een lijst gegeven waarin een groot aantal objecten wordt opgesomd die onder de in de *Draft Rules* gegeven definitie vallen. Het was uiteindelijk de Diplomatieke Conferentie in Genève van 1974-1977 die leidde tot de totstandkoming van AP I, waaronder de tekst uit artikel 52(2).

De tekst uit artikel 52(2) AP I wordt vandaag de dag wereldwijd gebruikt als het gaat om de kwalificering van een object als rechtmatig militair doel. Primair is het een verdragsrechtelijke verplichting voor veruit de meeste staten (maar liefst 173 staten zijn partij bij dit verdrag).¹¹ Daarnaast is het een bepaling uit het gewoonterecht. Dat laatste wil zeggen dat diezelfde definitie ook bindend is voor die staten die geen partij zijn bij AP I. Uit bijvoorbeeld de studie van het ICRC over het internationaal humanitair gewoonterecht blijkt dat de tekst uit artikel 52(2)

⁴ Zie voor een uitgebreide behandeling van de totstandkoming van de codificatie van artikel 52(2) AP I A. Boivin, *The Legal Regime Applicable to Targeting Military Objectives in the Context of Contemporary Warfare* (Research Paper Series No 2/2006, University Centre for International Humanitarian Law), 2006.

⁵ ‘Rules Concerning the Control of Wireless Telegraphy in Time of War and Air Warfare’, opgesteld door de Juristenconferentie van 1922-1923 te Den Haag [hierna: HAW]. De regels zijn nooit opgenomen in een verdrag.

⁶ Zie art. 24, lid 1 HAW.

⁷ Thans is bij de definitie van een militair doel geen sprake meer van een limitatieve opsomming van objecten.

⁸ Zie art. 24, lid 2 HAW.

⁹ Zie bijvoorbeeld art. 19 van het Eerste Verdrag van Genève.

¹⁰ Zie art. 7 ‘Draft Rules for the Limitation of Danger Incurred by the Civilian Population in Time of War’. (<http://www.icrc.org/ihl.nsf/INTRO/420?OpenDocument>): ‘Only objectives belonging to the categories of objective which, in view of their essential characteristics, are generally acknowledged to be of military importance, may be considered as military objectives. Those categories are listed in an annex to the present rules. However, even if they belong to one of those categories, they cannot be considered as a military objective where their total or partial destruction, in the circumstances ruling at the time, offers no military advantage.’

¹¹ http://www.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/States.xsp?xp_viewStates=XPages_NORMStatesParties&xp_treatySelect.ed=D9E6B6264D7723C3C12563CD002D6CE4.

wereldwijd vrijwel zonder controverse wordt geaccepteerd als een correcte weergave van het gewoonterecht.¹² In het bijzonder blijkt dat tevens uit het feit dat staten die geen partij zijn bij AP I, de tekst uit artikel 52(2) soms expliciet onderschrijven. Zo zijn Israël, India, Pakistan, Sri Lanka en de VS partij bij Protocol II of III (of beide) bij het Conventionele Wapensverdrag 1980.¹³ De definitie van een militair doel is in beide Protocollen exact gelijk aan die van AP I.¹⁴

Verder gebruikt de krijgsmacht van de VS in meerdere documenten c.q. handleidingen, dezelfde bewoordingen voor het beschrijven van een rechtmatig militair doel. Deze documenten hebben strikt genomen geen juridische relevante status; wel geven zij een inzicht in de gedachtesgang en praktijk. In bijvoorbeeld het *Operational Law Handbook* verwijzen de Amerikanen veelvuldig naar de definitie uit artikel 52.¹⁵ Er wordt in dat document onder meer onomwonden gesteld dat “*the current definition of a military objective is found in Additional Protocol I*”. Daarnaast wordt in het *Air Force Doctrine Document 2-1.9*¹⁶ vermeld:

“*Though the US is not a signatory to the Additional Protocol it views this definition as an accurate restatement of customary international law that we recognize and with which we comply.*”¹⁷

Tot slot geeft ook Israël in officiële documenten aan dat het geen moeite heeft met het feit dat de AP I-definitie een codificatie van het gewoonterecht is. In een rapport over de militaire operaties in de Gazastrook, schrijft het bijvoorbeeld dat AP I:

“*reflects customary international law in defining military objectives.*”¹⁸

Uit de literatuur en de praktijk van staten kan derhalve voldoende steun worden gevonden voor de gewoonterechtelijke status van de definitie uit AP I.

2. Waar de schoen wringt: de interpretatieverschillen ten aanzien van de definitie

Toch bestaan er verschillen als het gaat om de vraag wat nu precies onder een militair doel mag worden verstaan. Een belangrijk verschil is de lezing van de VS met betrekking tot de interpretatie ervan. Die interpretatie is mogelijk breder dan AP I en het gewoonterecht toestaan. In dit hoofdstuk wordt nader ingegaan op dit verschil.

¹² Zie Henckaerts & Doswald-Beck 2009, p. 29-32 (Volume I) en p. 181-190 (Volume II).

¹³ Verdrag inzake het verbod of de beperking van het gebruik van bepaalde conventionele wapens die geacht kunnen worden buitensporig leed te veroorzaken of een niet-onderscheidende werking te hebben uit 1980 getekend te Genève.

¹⁴ Zie art. 2 van het Protocol inzake het verbod of de beperking van het gebruik van mijnen, valstrikmijnen en andere mechanismen (Protocol II) en art. I van het Protocol inzake het verbod of de beperking van het gebruik van brandwapens (Protocol III).

¹⁵ *Operational Law Handbook* (Judge Advocate General's Legal Center and School), 2012, p. 134

¹⁶ *Air Force Doctrine Document 2-1.9*. (United States Air Force), 2006, p. 89 (<http://www.dtic.mil/cgi-bin/GetTRDoc?AD=ADA454614>).

¹⁷ *Idem*, p. 89.

¹⁸ ‘The Operation in Gaza 27 december 2008 – 18 januari 2009: Factual and Legal Aspects’ (State of Israel), 2009, p. 38. (<http://www.mfa.gov.il/NR/rdonlyres/E89E699D-A435-491B-B2D0-017675DAFEF7/0/GazaOperation.pdf>).

2.1 'War-sustaining' en 'war-fighting'

De essentie van de discussie lijkt de uitleg te zijn die wordt gegeven in de *Commander's Handbook on the Law of Naval Operations*.¹⁹ Om het verschil tussen AP I en dit handboek inzichtelijk te maken volgt hieronder eerst de letterlijke weergave van de Engelse tekst van artikel 52(2) uit AP I (ad a) en vervolgens de relevante tekst uit het handboek (ad b).

a. *[M]ilitary objectives are limited to those objects which by their nature, location, purpose or use make an effective contribution to military action and whose partial or total destruction, capture or neutralisation, in the circumstances ruling at the time, offers a definite military advantage.*

b. *Military objectives are (...) those objects which, by their nature, location, purpose, or use, effectively contribute to the enemy's war-fighting or war-sustaining capability and whose total or partial destruction, capture, or neutralization would constitute a definite military advantage to the attacker under the circumstances at the time of the attack.*

Het gaat ten aanzien van het verschil tussen de Amerikaanse uitleg en AP I met name om de bewoording 'war-sustaining' in plaats van de door AP I gehanteerde 'military action'. Dit opmerkelijke verschil is bovendien ook terug te zien in de federale wetgeving van de VS waarin min of meer dezelfde bewoordingen worden gebruikt.²⁰ Verwarrend genoeg wordt in andere Amerikaanse publicaties daarnaast een definitie gehanteerd waarvan de tekst vrijwel gelijk is aan die van artikel 52(2), maar toch verschillen toont.²¹

Deze verscheidenheid aan interpretaties doet vermoeden dat de VS niet een uniforme interpretatie van een militair doel hanteren.²² Wel kan de conclusie worden getrokken dat de VS telkens 'war-sustaining' terug laten komen. Hetzij in de tekst van een definitie waarbij *military action* wordt vervangen door 'war-sustaining'; hetzij in een uitleg bij een definitie die vrijwel gelijk is aan artikel 52(2) AP I. Veel commentatoren zijn echter van mening dat juist het element 'war-sustaining' ervoor zorgt dat de reikwijdte van de interpretatie van een militair doel in het perspectief van de VS mogelijk breder is dan AP I of het gewoonrecht toestaat.²³

¹⁹ US Department of Navy & Department of Homeland Security, NWP I-14M, *The Commander's Handbook on the Law of Naval Operations 5.3.1*, 2007 [hierna: *Commander's Handbook*].

²⁰ 10 USC (United States Code) § 950p.

²¹ U.S. Army Law of War Deskbook (The Judge Advocate General's Legal Center & School), 2011, p. 141 [hierna: *Law of War Deskbook*] en Joint Publication 3-60 (Joint Chiefs of Staff), 2007.

²² Zie E.C. Linneweber, 'To Target or Not to Target: Why t'is Nobler to Thwart the Narcotics Trade with Nonlethal Means', *Military Law Review* 207 (2011), p. 181 & Targeting Military Objectives (Report Expert Meeting) organized by the University Centre for International Humanitarian Law Geneva, 2005, p. 4.

²³ Zie Boivin 2006, p. 30; M.N. Schmitt, 'Targeting in Operational Law in', in: T.D. Gill en D. Fleck, 'The Handbook of the International Law of Military Operations', New York: Oxford University Press 2010, p. 254; Commentary on the HCPR Manual on International Law Applicable to Air and Missile Warfare (Program on Humanitarian Policy and Conflict Research, 2010, Section E para. 24. [hierna: *Commentary HCPR Manual*]; C. Bryon, 'International Humanitarian Law and Bombing Campaigns: Legitimate Military Objectives and Excessive Collateral Damage', *YIHL* 13, 2010, p. 187; en Y. Dinstein, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, New York: Cambridge University Press 2010, p. 95-96.

2.2 Wat wordt onder 'war-sustaining' verstaan?

Door de afwijkende interpretatie van de definitie van een militair doel, bestaat de mogelijkheid dat de VS objecten als doel kunnen beschouwen die volgens staten die partij zijn bij AP I, mogelijk niet stroken met artikel 52(2). Het gaat dan om de objecten die bijdragen aan de instandhouding (*sustaining*) van het vijandelijk vermogen (*capability*) of volgens een andere Amerikaanse lezing, een indirecte doch daadwerkelijke bijdrage leveren aan het in stand houden (*sustaining*) van het oorlogvoerende vermogen (*war-fighting capability*).²⁴ Het commentaar bij het *Commander's Handbook* gaat nader in op de vraag wat 'war-sustaining' inhoudt.²⁵ Het geeft daarbij een aantal voorbeelden zoals opslagplaatsen voor olie en economische objecten waaronder spoorwegen, industrie die middelen voor oorlogvoering produceert en elektriciteitscentrales.²⁶ Het geeft tevens een opmerkelijk voorbeeld van de katoenproductie tijdens de burgeroorlog waarvan eind 19^e eeuw werd gezegd dat de vernietiging daarvan was gerechtvaardigd omdat de opbrengsten van katoen werden gebruikt voor wapens en munitie. Een ander voorbeeld dat in het commentaar wordt genoemd, is zogenaamde "war-sustaining cargo" tijdens de Iran-Irak oorlog, bestaande uit tankers met door Iran geëxporteerde olie. Of een dergelijke vracht per definitie een rechtmatig militair doel is dat mag worden aangevallen, laat het commentaar in het midden.

Het Amerikaanse *Law of War Deskbook* gaat in op het verschil tussen het Amerikaanse standpunt en AP I door een voorbeeld van een verlaten tank te beschrijven, waarbij vervolgens wordt beargumenteerd dat de tank volgens AP I niet een militair doel is omdat het geen daadwerkelijke bijdrage levert aan de krijgsv verrichtingen.²⁷ Volgens dit document laat het Amerikaanse standpunt daarentegen meer ruimte voor bestrijding van potentiële bedreigingen en vijandelijk militair vermogen (*military adversary capability*) en verwijst daarbij naar Joint Publication 3-60.²⁸ Joint Publication 3-60 geeft verder voorbeelden van economische objecten zoals fabrieken, werkplaatsen en installaties die daadwerkelijk bijdragen aan het vijandelijk militaire vermogen en daarom rechtmatige militaire doelen zijn.²⁹ Militaire doelen zoals *dual-use* objecten kunnen volgens Joint Publication 3-60 ook objecten zijn die indirect doch daadwerkelijk bijdragen aan de instandhouding van *adversary war-fighting capability*.³⁰ Welke *dual-use* objecten daaronder moeten worden verstaan, wordt echter niet uitgelegd.

Een interessante blik op 'war-sustaining' ontstaat wanneer dat wordt betrokken op een meer eigentijds voorbeeld: de Afghaanse opiumhandel in de context van het gewapende conflict in

²⁴ Er zou kunnen worden beargumenteerd dat de laatste lezing dichter in de buurt komt van de API-definitie, maar aangezien de VS niet eenduidig zijn in hun visie over de officiële uitleg met betrekking tot de precieze reikwijdte van een militair doel, wordt de meest risicovolle uitleg beschouwd ten opzichte van API en het gewoonterechte.

²⁵ Annotated Supplement to the Commander's Handbook on the Law of Naval Operations, International Law Studies 73 (US Naval War College), p. 402-404 [hierna: annotated supplement] (<http://www.usnwc.edu/Research--Gaming/International-Law/New-International-Law-Studies-%28Blue-Book%29-Series/International-Law-Blue-Book-Articles.aspx?Volume=73>).

²⁶ Idem.

²⁷ Law of War Deskbook, p. 142.

²⁸ De vraag is of het klopt dat artikel 52(2) AP I niet toelaat dat een verlaten tank geen militair doel (meer) is. Hier kan namelijk tegen in worden gebracht dat een tank, verlaten of niet, vanwege zijn aard daadwerkelijk bijdraagt aan krijgsv verrichtingen en de vernietiging daarvan een militair voordeel oplevert.

²⁹ Joint Publication 3-60, E-3.

³⁰ Idem.

Afghanistan. Een Amerikaanse auteur komt tot de conclusie dat het twijfelachtig is of Afghaanse opium met een beroep op ‘war-sustaining’ een rechtmatig militair doel zou zijn. Enerzijds levert de opiumhandel de Taliban financiële opbrengsten op die zij kunnen aanwenden in hun strijd tegen onder meer de VS, anderzijds kan worden betoogd dat deze opbrengsten geen daadwerkelijke bijdrage leveren aan het militair vermogen van de Taliban omdat deze niet essentieel zijn voor de instandhouding van hun militair vermogen.³¹ In ieder geval komt dezelfde auteur tot de conclusie dat Afghaanse opium met inachtneming van de AP I-definitie geen rechtmatig doel zou zijn geweest, terwijl daar blijkbaar nog wel over kan worden getwijfeld als ‘war sustaining’ als uitgangspunt wordt genomen.³²

Een ander voorbeeld van een ruime interpretatie van het begrip militair doel, is het bestrijden van de vijandelijke wil om te vechten. Een militair voordeel hoeft daarbij niet perse te worden behaald zolang het object dat wordt aangevallen, bijdraagt aan het vijandelijke oorlogvoerende vermogen of de instandhouding daarvan. Controversiële voorbeelden van zulke doelen zijn onder meer bankrekeningen, financiële instituten, winkels en entertainmentgelegenheden.³³ De meeste doelen in deze categorie zullen zich in beginsel niet verdragen met AP I of het gewoonterecht en staan bovendien ook op gespannen voet met de toch al ruime interpretaties van de VS.³⁴

2.3 ‘war-sustaining’ versus AP I

Met doelen die volgens de VS ‘war-sustaining’ zijn lijkt, gezien de genoemde voorbeelden, met name te worden bedoeld op objecten die voor de vijand op een of andere manier economische meerwaarde hebben en waarbij de financiële winst die daaruit voortvloeit wordt gebruikt om vijandelijke activiteiten te ontplooiën. Deze zogenaamde economische objecten kunnen mogelijk buiten de reikwijdte van AP I vallen. Er zijn ook economische objecten die zonder twijfel conform AP I kunnen worden bestreden. De gewoonterechtstudie van het ICRC laat bijvoorbeeld zien dat er voldoende statenpraktijk bestaat onder AP I-staten om aan te nemen dat economische objecten die daadwerkelijk bijdragen aan militaire operaties een militair doel kunnen zijn mits een aanval daarop een concreet militair voordeel oplevert.³⁵ Voorbeelden die worden genoemd zijn industrieën, elektriciteitscentrales en opslagplaatsen voor brandstof. Een directe link met militaire operaties wordt gezien het voorgaande zeker noodzakelijk geacht. Objecten die indirect bijdragen aan militaire operaties of geen concreet militair voordeel opleveren verdragen zich niet met AP I of hetgeen algemeen wordt aanvaard als het gewoonterecht, maar mogelijk wel met het afwijkende perspectief van de VS. Afhankelijk van de specifieke omstandigheden van het geval, valt hierbij te denken aan doelen met een economische waarde voor de tegenstander zoals

³¹ Linneweber 2011, p. 187-191.

³² *Idem.*

³³ Zie J.M. Meyer, ‘Tearing Down the Facade: A Critical Look at the Current Law on Targeting the Will of the Enemy and Air Force Doctrine’, *Air Force Law Review* 51 (2001), p. 163-182.

³⁴ Zie Linneweber 2011 p. 191-194. De 9/11 verdachten worden bijvoorbeeld ten laste gelegd dat zij onder meer civiele objecten hebben aangevallen (waaronder het WTC). Het WTC is een centrum van financiële activiteiten dat onder de ruime uitleg van “war-sustaining” als militair doel had kunnen worden aangemerkt. Zover lijken de Amerikanen in dit geval niet te (willen) gaan.

³⁵ Henckaerts & Doswald-Beck 2009, p. 32 (Volume I) en p. 216-222 (Volume II).

exportgoederen, drugsproductie, financiële instellingen en handelsmaatschappijen. Het lijkt erop dat met name deze beperkte categorie doelen het verschil maakt tussen de AP I-benadering enerzijds en de Amerikaanse benadering anderzijds.

3. Wanneer zijn de risico's het grootst?

Aangezien de VS kennelijk het begrip militair doel ruimer interpreteren dan AP I toestaat, kan dat risico's opleveren voor AP I-staten die meedoen aan multinationale operaties waaraan ook de VS deelnemen. Dat risico valt in de praktijk echter mee omdat er in grote mate consensus bestaat over het feit dat de strekking van artikel 52(2) kan worden gekwalificeerd als gewoonterecht. Het risico is bij nader inzien nog beperkter omdat zelfs bij een ruime interpretatie zoals die van de VS, het vooral gaat om een beperkte categorie doelen die buiten de reikwijdte van AP I kunnen vallen. Het bestrijden van een doel in strijd met AP I, kan echter vergaande gevolgen hebben voor de verantwoordelijke staat of zelfs voor de individuele militairen die betrokken zijn bij een dergelijke aanval. Om toch ervoor te zorgen dat een AP I-staat of zijn onderdanen in een dergelijke operatie niet een verdragsverplichting schenden door mee te werken aan het bestrijden van doelen die strijdig zijn met artikel 52(2) AP I, kan een AP I-staat bijvoorbeeld voorbehouden (*caveats*) maken. Dat voorbehoud zou kunnen inhouden dat een militair afkomstig van een AP I-staat geen wapens mag inzetten als dat alleen op aanwijzing gebeurt van een militair die afkomstig is van een land dat geen partij bij AP I is.³⁶ Een voorbeeld hiervan is een jachtvlieger (afkomstig uit een AP I-staat) die door een *Joint Tactical Air Controller* (JTAC) van een staat die geen partij is bij AP I, een doel krijgt aangewezen. De jachtvlieger mag wel wapens inzetten, maar alleen als hij zelf zeker kan stellen dat het doel dat hij krijgt aangewezen voldoet aan de eisen van AP I. Het voordeel is dat op deze manier kan worden gewaarborgd dat de jachtvlieger geen doelen aangrijpt die strijdig zijn met AP I. Het nadeel is dat een dergelijk voorbehoud belemmeringen met zich mee kan brengen onder hectische operationele omstandigheden waarbij snelheid en effectiviteit van levensbelang kunnen zijn (bijvoorbeeld bij geweldgebruik als reactie op een vijandige intentie of daad). Een dergelijk voorbehoud geldt immers ook in die situaties waar het niet voor de hand ligt dat het gaat om doelen die in strijd zijn met AP I en vormt daarom een extra obstakel bij het optreden in coalitieverband.

3.1 Targeting processen

Een benadering die tegemoet komt aan de operationele behoeften om zonder belemmeringen met coalitiegenoten samen te kunnen werken, is na te gaan in welke gevallen zo een voorbehoud al dan niet een rol speelt. Wat zijn bijvoorbeeld de situaties waarin de reële kans aanwezig is dat een doel wordt geselecteerd dat niet voldoet aan de eisen van AP I? Om op deze vraag een antwoord te formuleren, is het raadzaam om nader in te gaan op de processen achter het bestrijden van een doel.

³⁶ Zie bijvoorbeeld J.F.R. Boddens Hosang, 'Aandachtspunten in de ISAF ROE vanuit het strategisch-juridisch niveau', *MRT* 2009, p. 223-226.

Volgens Nederlandse, Amerikaanse en NAVO doctrine³⁷, kan het aangrijpen van doelen worden onderscheiden in:

1) *Deliberate targeting*

2) *Dynamic en time-sensitive targeting*

1) *Deliberate targeting*

Bij *deliberate targeting* zijn de aan te vallen doelen altijd vooraf bekend. Deze doelen worden bijvoorbeeld vastgesteld op een lijst. In de planningsfase is dan ook tijd om de rechtmatigheid van een aanval op het doel te toetsen. AP I-staten kunnen daarom relatief gemakkelijk zekerstellen dat hun eenheden louter worden ingezet om doelen uit te schakelen die de grenzen van AP I niet overschrijden. Middels een *red card holder* systeem³⁸ kan een staat namelijk waarborgen dat bij de opdrachtverdeling doelen die een AP I-staat niet wil aanvallen, niet worden opgedragen aan zijn eenheden.

2) *Dynamic en time-sensitive targeting*

In het geval van *dynamic targeting* gaat het om doelen die (bijvoorbeeld door een locatie die constant verandert) niet via het *deliberate targeting* proces kunnen worden aangegrepen. Dat kunnen doelen zijn die vooraf bekend zijn, maar bijvoorbeeld nog niet zijn gedetecteerd of doelen waarvan het bestaan onbekend is maar bij ontdekking aan bepaalde criteria voldoen waardoor in het kader van de operatie het opportuun is om hen uit te schakelen. *Time-sensitive targets* zijn doelen die meteen moeten worden aangegrepen omdat zij anders een gevaar voor de operatie vormen of van zulke waarde zijn dat het opportuun is om deze direct uit te schakelen.

Dynamic targeting is in tegenstelling tot *deliberate targeting* gericht op flexibiliteit. Als een mogelijk doel wordt gedetecteerd, dan moet het vervolgens niet te lang duren voordat het doel ook daadwerkelijk kan worden uitgeschakeld. Dat is nu juist de kracht van *dynamic targeting*. Ook bij deze soort *targeting* kan een *red card holder* systeem echter uitkomst bieden. *Dynamic targeting* kan namelijk op zijn beurt worden onderscheiden in geanticipeerde en niet geanticipeerde doelen. Bij doelen die in deze context vooraf bekend zijn (geanticipeerde doelen), kan -net als bij *deliberate targeting*- al een juridische toetsing aan AP I en nationale voorbehouden plaatsvinden ruim voordat wapeninzet plaatsvindt. Het wordt meer controversieel als het gaat om dynamische doelen waarvan het bestaan onbekend is (niet geanticipeerde doelen), maar die zich wel plotseling presenteren of worden gedetecteerd als een mogelijk doel. In dat geval is er wellicht niet genoeg tijd voor het gebruik van het *red card holder* systeem. Het is dan maar de vraag of er een wezenlijk (verhoogd) risico bestaat dat een eenheid van een AP I-staat opdracht krijgt om een doel uit te schakelen dat mogelijk niet in lijn is met AP I, maar bijvoorbeeld wel binnen de Amerikaanse interpretatie valt. Zoals in het vorige hoofdstuk is aangegeven ligt het interpretatieverschil in het feit dat de Amerikaanse interpretatie ook doelen omvat die weliswaar indirect, maar tevens daadwerkelijk een bijdrage leveren aan de vijandelijkheden. Hierbij moet worden gedacht aan doelen met een economische waarde voor de tegenstander. Deze

³⁷ Zie respectievelijk Joint Doctrine Publicatie 5, Commandovoering (Ministerie van Defensie), p. 130-132; Joint Publication 3-60 en Allied Joint Doctrine for Joint Targeting, AJP-3.9 (2008), para. 0103-0108.

³⁸ Zie P.J.J. van der Kruit, *Handboek Militair Recht*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2009, p. 292.

doelen zijn echter naar hun aard niet zodanig dat zij zich plotseling presenteren als een mogelijk doel of waarvan de gelegenheid om ze uit te nemen aan een heel beperkte tijd is gebonden. Exportgoederen, drugslaboratoria, fabrieken of financiële instellingen zijn bijvoorbeeld doelen die eerder via het *deliberate targeting* proces worden aangegrepen. Die objecten zijn immers doelen waarvan men meestal voorafgaande aan een missie weet dat zij bestaan en waarvoor genoeg tijd is om het *deliberate targeting* proces te doorlopen. Deze categorie objecten bestaat ook niet uit doelen waarvan uitschakeling zo snel mogelijk is geboden omdat zij anders een gevaar vormen voor lopende operaties (zgn. *time-sensitive targets*). De kans is daarom klein dat dit soort omstreden doelen als *time-sensitive target* of niet-geanticipeerd doel via het *dynamic targeting* proces worden opgedragen aan een eenheid.

Daarnaast bestaan er situaties waarin eenheden doelen uitschakelen omdat zij op basis van waarnemingen (van henzelf of andere bronnen) kunnen concluderen dat een doel (binnenkort of daadwerkelijk) een directe bedreiging vormt. Hierbij kan worden gedacht aan het uitoefenen van het zelfverdedigingsrecht (voor henzelf maar ook voor anderen) of het tegengaan van een vijandige daad (*hostile act*) of vijandige intentie (*hostile intent*). Doelen in deze context zijn per definitie militaire doelen in de zin van AP I en het gewoonterecht. Over de rechtmatigheid van deze doelen zal onderling (dat wil zeggen: tussen AP I-staten en andere staten) weinig tot geen twijfel bestaan.

Als de hierboven weergegeven processen worden toegepast, lijkt het risico dat een eenheid van een AP I-staat door samenwerking met de VS een object aangrijpt dat buiten de reikwijdte van AP I valt vanwege het interpretatieverschil, nogal klein (ook zonder het maken van een voorbehoud). Zowel bij *deliberate* als *dynamic targeting* en in situaties waarbij eenheden zelf bedreigingen waarnemen, kunnen individuele eenheden in beginsel (zie paragraaf 3.2) ervan uitgaan dat doelen die worden aangewezen en/of opgedragen, binnen de algemeen aanvaarde interpretatie van een militair doel vallen.

3.2 Nadere overwegingen

Uiteraard spelen ook de geldende *rules of engagement* (ROE) tijdens een operatie in coalitieverband een grote rol. Het zou kunnen voorkomen dat vanwege de ROE die voor de operatie zijn vastgesteld, duidelijk is dat nooit of vrijwel geen wapeninzet kan plaatsvinden die niet voldoet aan de eisen van AP I. In dat geval zou dit interpretatieprobleem niet meer aan de orde zijn en kan worden gesteld dat probleemloos doelen kunnen worden bestreden in samenwerking met landen die geen partij zijn bij AP I. Maar zelfs in deze situatie of in een operatie waarbij alleen AP I-staten zijn betrokken, heeft de militair die uiteindelijk zijn wapens inzet individuele verplichtingen bij het aanvallen van een doel. Als een militair bijvoorbeeld weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat het doel waartegen hij zijn wapens inzet de toets van een rechtmatig militair doel niet doorstaat (bijvoorbeeld door proportionaliteitsoverwegingen), moet hij zich onthouden van het uitvoeren van de aanval. Dat geldt dus ook in het geval dat gebeurt op aanwijzing van een militair die afkomstig is uit een staat die wel partij is bij AP I. Deze individuele verantwoordelijkheid blijft intact en staat los van de gebondenheid aan AP I of nationaliteit van de militair die het doel aanwijst.

Bij het bestrijden van doelen zijn er overigens meer punten van zorg te bedenken met betrekking tot verdragsverplichtingen die voortvloeien uit AP I en het gewoonterecht. Zo legt AP I de lidstaten een striktere verplichting op ten aanzien van het aanvallen van werken of installaties die gevaarlijke krachten bevatten (stuwdammen, dijken en elektriciteitscentrales) dan het ge-

BESCHOUWING

woonterecht.³⁹ Datzelfde geldt voor de bepalingen met betrekking tot aanvallen die het milieu raken.⁴⁰ De VS en Israël hebben in het verleden ook de gewoonterechtelijke status betwijfeld van de regel die stelt dat in eerste instantie bij twijfel ervan uit moet worden gegaan dat een object geen militair doel is.⁴¹ Zij lijken hiermee te suggereren dat AP I met deze regel absolute zekerheid eist, terwijl in werkelijkheid de algemeen aanvaarde uitleg van de regel is dat het gaat om een redelijke zekerheid.⁴²

Conclusie

De interpretatie van de VS met betrekking tot een militair doel is op bepaalde punten ruimer dan de algemeen aanvaarde interpretatie uit AP I en het gewoonterecht. Een complicerende factor hierbij is dat binnen de VS een verscheiden aantal interpretaties circuleren. Ondanks het feit dat er een verschil bestaat tussen de lezing van AP I-staten enerzijds en de VS anderzijds, is in coalitieverband het risico op het aanvallen van doelen die zich niet verdragen met de algemeen aanvaarde definitie uit AP I-staten, gering. Dat is te danken aan de relevante *targeting* processen die tijdens militaire operaties worden doorlopen en waarborgen (zoals het hebben van een *red card holder*) die door AP I-staten kunnen worden toegepast. Bij aanvallen op doelen die een directe bedreiging vormen, is er sprake van doelen die gezien hun aard binnen de algemeen aanvaarde interpretatie van AP I en het gewoonterecht vallen. Hoewel het interpretatieverschil te overzien is, kan dit verschil voor sommige staten een reden zijn om middels een voorbehoud alle risico's uit te sluiten. Het optreden in coalitieverband is daardoor moeilijker. De ideale oplossing is één universele uitleg van het begrip militair doel.

³⁹ Zie art. 56 AP I en Henckaerts & Doswald-Beck 2009, p. 139-141.

⁴⁰ Art. 35 en 55 AP I. Zie ook Commentary on HCPR Manual, p. 204-205.

⁴¹ Zie art. 52(3) AP I en Boivin 2006, p. 20.

⁴² *Idem* & Ian Henderson, *The Contemporary Law of Targeting*, Boston: Martinus Nijhoff Publishers 2009, p. 164-165.

Het Flexibel Personeelssysteem en de dienverplichting: te bijzonder voor het arbeidsrecht?

DOOR MR. N. HUMMEL¹

Eind 2010 is het initiatiefwetsvoorstel ‘Wet normalisering rechtspositie ambtenaren’ aanhangig gemaakt. De militaire ambtenaar is evenwel uitgezonderd van de beoogde normalisering. Een veel gebruikt argument hiervoor is dat de bijzondere rechtspositie van de militair onvoldoende te integreren is in het arbeidsrecht. Volgens de auteur rechtvaardigt een bijzondere rechtspositie niet noodzakelijkerwijs een uitzonderingspositie. In deze bijdrage onderzoekt zij in hoeverre twee bijzondere kenmerken van de militaire rechtspositie, het Flexibel Personeelssysteem en de dienverplichting, te verwezenlijken zijn in het arbeidsrecht.

Inleiding

Bezien we de arbeidsverhouding tussen de vrijwillig dienende militair en de minister van Defensie in het licht van de elementen van de arbeidsovereenkomst van art. 7:610 BW – arbeid, loon en een gezagsverhouding –, dan is zij mogelijk als zodanig te kwalificeren.² Toch heeft de militair geen arbeidsovereenkomst, maar net als andere ambtenaren een publiekrechtelijke aanstelling. Hoewel voor overige ambtenaren de tijd rijp lijkt voor een arbeidsovereenkomst, is dit voor militairen voor velen nog steeds ondenkbaar. Zo is militairen – samen met onder meer rechters en bestuurders – een uitzonderingspositie toebedeeld in het initiatiefwetsvoorstel ‘Wet normalisering rechtspositie ambtenaren’ (hierna: het wetsvoorstel), dat eind 2010 aanhangig is gemaakt.³ Het wetsvoorstel beoogt de rechtspositie van ambtenaren te ‘normaliseren’, dus gelijk te trekken met die van werknemers in de marktsector.⁴ Ook het huidige regeerakkoord lijkt zich uit te spreken voor normalisering, hoewel niet met zoveel woorden.⁵ Het wetsvoorstel is inspiratiebron geweest voor een reeks artikelen over normalisering, maar de gemaakte uitzonderingen

¹ Mr. N. (Natascha) Hummel is als docent/onderzoeker sociaal recht verbonden aan de Vrije Universiteit Amsterdam.

² Dit geldt niet voor dienstplichtigen, aangezien in dit geval (meestal) geen sprake is van wilsovereenstemming en dus geen overeenkomst tot stand kan komen (aldus ook L.C.J. Sprengers, *De wet op de ondernemingsraden bij de overheid. Op weg naar één arbeidsrecht voor ambtenaren en werknemers?* (diss. Amsterdam), 1998, p. 701). De dienstplicht bestaat formeel nog steeds, maar met de Kaderwet dienstplicht (*Stb.* 1997, 139) die op 1 mei 1997 in werking is getreden (*Stb.* 1997, 163), is de opkomstplicht opgeschort. Met militair wordt in het vervolg bedoeld: de beroepsmilitair.

³ Kamerstukken II 2010/11, 32 550, nr. 2; kamerstukken II 2011/12, 32 550, nrs. 9, 11 en 17 (nota's van wijziging). Het wetsvoorstel is aanhangig gemaakt door de Tweede Kamerleden Koşer Kaya (D66) en Van Hijum (CDA) (de initiatiefnemers).

⁴ Zie voor de betekenis van normalisering, marktconformiteit en de doelstellingen ook B.B.B. Lanting, *Sociale zekerheid van ambtenaren en overheidswerknemers* (diss. Tilburg), Apeldoorn/Antwerpen: Maklu 2009, p. 23-36.

⁵ *Bruggen slaan*, Regeerakkoord VVD-PvdA 29 oktober 2012, p. 16 en 42.

blijven hierin vrijwel onbesproken.⁶ Dit is opmerkelijk, aangezien de wens tot normalisering vooral voortkomt uit het ideaal van eenvormigheid van arbeidsverhoudingen.⁷ Het maken van uitzonderingen ondermijnt feitelijk dit ideaal.⁸ Daarom vraagt dit een kritische blik richting de uitzonderingscategorieën.

Deze bijdrage concentreert zich op de uitzonderingspositie van militairen. Paragraaf twee bespreekt de argumenten die gebruikt worden om de uitzonderingspositie voor militairen te rechtvaardigen. Vooral de bijzondere kenmerken van de militaire rechtspositie lijken normalisering in de weg te staan. Enerzijds gaat het daarbij om de veronderstelling dat de bijzondere eisen en verplichtingen niet te borgen zijn in het arbeidsrecht⁹, anderzijds om de gedachte dat een publiekrechtelijke aanstelling beter past bij de militaire arbeidsverhouding. In deze bijdrage wordt een eerste aanzet gegeven de waarde van het eerste – praktische – argument te onderzoeken. Twee kenmerken van de bijzondere rechtspositie worden uitgelicht: het Flexibel Personeelssysteem (FPS) en de dienverplichting. Zowel het FPS als de dienverplichting moet waarborgen dat de krijgsmacht kan beschikken over voldoende gekwalificeerd en inzetbaar personeel teneinde de grondwettelijke taken goed te kunnen uitvoeren.¹⁰ Hoewel zij niet expliciet worden aangehaald ter onderbouwing van de uitzonderingspositie, geldt dat zij in min of meerdere mate uniek zijn voor de militaire rechtspositie en dus op het eerste gezicht wezensvreemd zijn voor het arbeidsrecht. De vraag is dan ook in hoeverre zij realiseerbaar zijn in het arbeidsrecht zonder het arbeidsrecht te ‘herbouwen’¹¹. In paragraaf drie (FPS) en vier (dienverplichting) wordt ingegaan op deze vraag, waarna in paragraaf vijf wordt afgesloten met een conclusie.

I. Uitzonderingspositie

1.1 Wetsvoorstel

Als een gelijke rechtspositie voor werknemers in de private en publieke sector het uitgangspunt is, wat rechtvaardigt dan een ongelijke behandeling van de militaire ambtenaar? In de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel wordt de uitzonderingspositie van militairen alleen onderbouwd met een verwijzing naar de vergaande eisen aan inzetbaarheid en de bijzondere beperkingen van de grondrechten van militairen gericht op behoud van de operationele gereedheid, zoals op het gebied van het stakingsrecht en het bijzondere

⁶ O.a. R.J.M.C.I. Janischka, ‘Normalisering rechtspositie ambtenaren: een goed idee?’, *TAR* 2011, p. 386 e.v.; M.Th. van Wel, ‘Het wetsvoorstel Wet normalisering rechtspositie ambtenaren. Een kennismaking met de inhoud van het wetsvoorstel’, *TAR* 2011-3, p. 127 e.v. en het vervolg in *TAR* 2011-7/8, p. 381 e.v.; S.F.H. Jellinghaus en B.B.B. Lanting, ‘Ambtenarenbonden buitenspel bij het initiatiefwetsvoorstel Wet normalisering rechtspositie ambtenaren?’, *TAR* 2012-4, p. 195-204.

⁷ Kamerstukken II 2010/11, 32 550, nr. 6, p. 11.

⁸ Aldus ook L.C.J. Sprengers, ‘Wet normalisering rechtspositie ambtenaren: ambtenaar krijgt een overeenkomst, maar blijft ambtenaar’, *TRA* 2011, 35.

⁹ Onder arbeidsrecht wordt hier het private arbeidsrecht verstaan.

¹⁰ Kamerstukken II 2005/06, 30 674, nr. 3, p. 5, 21.

¹¹ De term ‘herbouwen’ is in 2005 gebruikt door J.P.Arts (ACOM, CNV-bond) om een uitzonderingspositie te bepleiten (L. Sprengers (red.), *Heeft de ambtelijke status nog toekomst? (verslag van congres 26 oktober 2005 van de Albeda Leerstoel)*, Den Haag, CAOP, 2006, p. 57).

tucht recht.¹² Opmerkelijk genoeg wordt ook nog verwezen naar het 'IBO-rapport'¹³ van 2005, terwijl in dit rapport een arbeidsovereenkomst voor militairen juridisch gezien goed mogelijk wordt geacht. Daarbij wordt de voorwaarde gesteld dat de bijzondere kenmerken van het dienstverband van de militair (opnieuw) in afzonderlijke wetgeving worden vastgelegd.¹⁴ Ook de Raad voor het Overheidspersoneel (ROP) kwam in 2006 tot een soortgelijke conclusie.¹⁵ Van belang is dat het wetsvoorstel uitgaat van het voortbestaan van de (uitgeklede) Ambtenarenwet, waarin de kern van het ambtenaarschap zoals ambtelijke integriteit, vertrouwensfuncties en de beperking van grondrechten, is vastgelegd.¹⁶ Parallel daaraan zou de Militaire Ambtenarenwet 1931 (MAW 1931), geredigeerd in termen van het BW, deze rol op zich kunnen nemen voor militairen. Een uitzonderingspositie voor militairen vanwege de bijzondere rechtspositie is dus niet zo vanzelfsprekend als de memorie van toelichting doet voorkomen.

In de nota naar aanleiding van het verslag geven de initiatiefnemers van het wetsvoorstel een nadere motivering voor de uitzonderingspositie van militairen. Het gaat daarbij om de vraag waarom militairen uitgezonderd zijn en politieagenten niet. Uitdrukkelijk wordt gesteld dat de bepalende factor niet is dat zij een wapen dragen en mogen gebruiken. Wederom wordt verwezen naar de vergaande eisen die gesteld worden in verband met de inzetbaarheid, waarna nader wordt ingegaan op het stakingsverbod en het gevolg daarvan voor de onderhandelingen over arbeidsvoorwaarden. De initiatiefnemers achten het mogelijk dat dit niet een blijvend obstakel is voor een arbeidsovereenkomst voor militairen. Wel moet volgens hen bekeken worden in hoeverre het BW van toepassing kan zijn op de militaire rechtspositie en welke bepalingen neergelegd in de Militaire Ambtenarenwet 1931 moeten blijven. Voorts blijkt dat de overstap vooral om praktische redenen buiten het wetsvoorstel is gehouden.¹⁷ Overigens is in de Tweede Kamer een beweging op gang gekomen om steeds meer groepen uit te zonderen.¹⁸ Inmiddels mogen ook politieagenten zich bij de uitzonderingen in het wetsvoorstel voegen. Het (enige) argument daarvoor is dat zij uitvoering geven aan het geweldsmonopolie.¹⁹ Het burgerlijk Defensiepersoneel heeft voorlopig nog geen uitzonderingspositie. Mocht het wetsvoorstel wet worden, dan betekent dit dat Defensie voor haar werknemers te maken krijgt met twee aanzienlijk verschillende rechtsposities. De vraag leeft of dit praktisch en haalbaar is bin-

¹² Kamerstukken II 2010/11, 32 550, nr. 6, p. 9.

¹³ *Buitengewoon normaal. Rapport van de werkgroep 'Normalisatie rechtspositie overheidspersoneel'. Interdepartementaal Beleidsonderzoek 2004-2005, nr. 6*, Den Haag: 2005.

¹⁴ Kamerstukken II 2010/11, 33 550, nr. 6, p. 10; *Buitengewoon normaal. Rapport van de werkgroep 'Normalisatie rechtspositie overheidspersoneel'. Interdepartementaal Beleidsonderzoek 2004-2005, nr. 6*, Den Haag: 2005, p. 8.

¹⁵ *Normalisatie Rechtspositie Overheidspersoneel. Advies van de Raad voor het Overheidspersoneelsbeleid* (adviesnummer 27), Den Haag: 2006, p. 10.

¹⁶ Kamerstukken II 2010/11, 32 550, nr. 6, p. 9.

¹⁷ Kamerstukken II, 2010/11, nr. 8, p. 30; de initiatiefnemers geven niet aan om welke praktische redenen het gaat, vermoedelijk wordt bedoeld op mogelijke vertraging van het wetsvoorstel door nader onderzoek naar de positie van militairen.

¹⁸ Kamerstukken II 2011/12, 32 550, nrs. 16, 19, 20, 21 en 23.

¹⁹ Kamerstukken II 2011/12, 32 550, nr. 11; wijziging naar aanleiding van de motie Slob/Kuiken (Kamerstukken II 2011/12, 30 880, nr. 43).

nen één ministerie.²⁰ Om deze reden, en omdat burgers bij Defensie ook beperkt zijn in het stakingsrecht, proberen Tweede Kamerleden het burgerpersoneel via amendementen alsnog uit te zonderen van de werking van het wetsvoorstel.²¹ Het voorlaatste kabinet heeft op zijn beurt sympathie uitgesproken voor een uitzonderingspositie voor de gehele Defensieorganisatie, bij welke uitspraak trouwens ook de huidige bezuinigingsoperatie bij Defensie een rol speelt.²² Het standpunt van de huidige regering laat vooralsnog op zich wachten.

1.2 Standpunt werknemersorganisaties

Werknemersorganisaties zijn fel tegen normalisering van de militaire rechtspositie. Hun voornaamste argument is dat militairen tot de zwaarmacht van de overheid horen, wat resulteert in een bijzondere positie.²³ Deze blijkt al uit het bestaan van een aparte Militaire Ambtenarenwet 1931 naast de Ambtenarenwet.²⁴ Net als de initiatiefnemers verwijzen zij naar de bijzondere kenmerken van de rechtspositie, met name de beperking van het recht op staking, die onlosmakelijk verbonden zijn met een publiekrechtelijke aanstelling. De bijzondere beperkingen en verplichtingen zijn volgens hen niet voldoende te borgen in het arbeidsrecht. Daarnaast wijzen werknemersorganisaties op de risico's die militairen lopen in de uitoefening van hun taken.²⁵ Hier kan tegenin gebracht worden dat de militair niet de enige is die in de uitoefening van zijn werkzaamheden risico's loopt. Te denken valt aan werknemers van organisaties die ontwikkelingshulp bieden in gebieden waar de rechtsorde ontwricht is, zoals Artsen zonder Grenzen.²⁶ Deze vergelijking gaat evenwel mank door het geweldsaspect dat verbonden is aan de militaire taakstelling. Tevens wordt door werknemersorganisaties genoemd dat de publiekrechtelijke aanstelling militairen beschermt tegen persoonlijke aansprakelijkheidsrisico's als gevolg van de uitoefening van staatsgeweld.²⁷ De risico's die militairen lopen bij de uitoefening van hun taak, brengen op het eerste gezicht een bijzondere behoefte aan bescherming met zich mee, maar niet uitgesloten is dat het arbeidsrecht dit eveneens kan bieden. Grote vrees van de werknemersorganisaties is verder dat de rechtspositiereglementen rücksichtslos worden afgeschaft, zelfs zonder dat er nieuwe cao's zijn, en dat alle in het verleden bedongen rechten vervallen en opnieuw moeten worden 'bevochten'.²⁸ De initiatiefnemers hebben op dit kritiekpunt in-

²⁰ Handelingen II 2011/12, nr. 11, p. 59.

²¹ Kamerstukken II, 2011/12, 32 550, nrs. 23 en 27.

²² Handelingen II 2011/12, 89, p. 26.

²³ O.a. C.R. Niessen in: L. Sprengers (red.), *Heeft de ambtelijke status nog toekomst? (verslag van congres 26 oktober 2005 van de Albeda Leerstoel)*, Den Haag, CAOP, 2006, p. 34 resp. 42.

²⁴ X.J. den Uyl in: L. Sprengers (red.), *Heeft de ambtelijke status nog toekomst? (verslag van congres 26 oktober 2005 van de Albeda Leerstoel)*, Den Haag, CAOP, 2006, p. 42; zie ook M.E.M. de Natris, 'Normalisatie militair nog ver te zoeken', *Marineblad* 2007-7, p. 9-11 die stelt dat de wijziging van de Militaire Ambtenarenwet 1931 in 2008 nog een verdere verbijzondering ten opzichte van de werknemer met zich mee heeft gebracht.

²⁵ O.a. Debie (AC) en Arts (ACOM) in L. Sprengers (red.), *Heeft de ambtelijke status nog toekomst? (verslag van congres 26 oktober 2005 van de Albeda Leerstoel)*, Den Haag, CAOP, 2006, p. 53 en 55; R. Hunnegro (KVMO), 'De (militaire) ambtenarenstatus', *Prodef Bulletin* 2011-8, p. 4.

²⁶ Aldus E. Verhulp in L. Sprengers (red.), *Heeft de ambtelijke status nog toekomst? (verslag van congres 26 oktober 2005 van de Albeda Leerstoel)*, Den Haag, CAOP, 2006, p. 53.

²⁷ O.a. D. Debie, 'Onverantwoord gedrag. Behoud ambtelijke rechtspositie', *Trivizier* 2012-1/2, p. 2.

²⁸ Idem.

gespeeld door in het wetsvoorstel op te nemen dat bestaande rechtspositiereglementen verbindend blijven als waren het cao's, tot echte cao's zijn afgesloten. De normalisering betreft alleen wijziging van de juridische structuur, niet de inhoudelijke arbeidsvoorwaarden.²⁹ Voorts wantrouwen de werknemersorganisaties normalisering omdat zij – net als overigens de regering³⁰ – geloven dat het private ontslagrecht soepeler is dan ambtenarenontslagrecht. Zo'n versoepeling ligt zeker in een tijd dat duizenden militairen wegens bezuinigingen hun baan dreigen te verliezen, gevoelig.³¹ Daargelaten of dit wantrouwen terecht is, geldt dat het huidige ontslagrecht voor militairen niet wezenlijk verschilt van het ontslagrecht voor overige ambtenaren. Dat de timing van het wetsvoorstel gezien de huidige bezuinigingen ongelukkig is voor militairen, kan alleen uitstel van normalisering meebrengen, geen afstel. Ten slotte kan niet voorbijgegaan worden aan rol van de emotie die hoort bij het begrip ambtelijke status.³² Toch valt niet in te zien waarom ambtelijke, maar vooral militaire trots niet gepaard kan gaan met een arbeidsovereenkomst.³³ Bovendien is het de vraag hoeveel militairen werkelijk hechten aan hun bijzondere positie als ambtenaar, wat uiteindelijk slechts een juridische kwalificatie betreft. De militair zelf voelt zich in de eerste plaats militair en als zodanig bijzonder. Van belang is dus dat ook in het arbeidsrecht het bijzondere aan de militaire arbeidsverhouding zichtbaar blijft.

1.3 Bijzondere rechtspositie

Het argument dat militairen een bijzondere rechtspositie hebben die niet te integreren is in het arbeidsrecht, is blijkens het voorgaande zowel voor de initiatiefnemers van het normaliseringsvoorstel als voor de werknemersorganisaties een belangrijk argument waarom normalisering nu juist van militairen niet te vergen valt. De initiatiefnemers werken niet uit wat de rechtspositie zo bijzonder maakt. De wetgever heeft zich wel uitgelaten over het bijzondere aan de rechtspositie van de militair, ter gelegenheid van de wijziging van de Militaire Ambtenarenwet 1931 in verband met de invoering van het FPS, welke in werking is getreden op 1 januari 2008. Omdat de krijgsmacht onder alle omstandigheden moet kunnen optreden als ultiem instrument van de overheid, brengt dit volgens de wetgever met zich mee dat de militaire ambtenaar 'kan worden ingezet onder omstandigheden en met een diversiteit van taken, die bij geen enkele andere werkgever/werknemer in deze mate aanwezig zijn'. Overweging is dat militaire ambtenaren te allen tijde beschikbaar dienen te zijn om – desnoods gewapenderhand – ingezet te worden waar ook ter wereld en onder gevaarlijke omstandigheden, met het risico te sneuvelen of gewond te raken.³⁴ Ter waarborging van de gereedheid en inzetbaarheid van de krijgs-

²⁹ Kamerstukken II, 2011/12, 32 550, nr. 11, p. 7; bepalingen die in strijd zijn met dwingendrechtelijke bepalingen van burgerlijk recht, bijvoorbeeld op het gebied van het ontslagrecht, dienen evenwel uitgesloten te worden.

³⁰ Het regeerakkoord gaat ervan uit dat met normalisering de mogelijkheden om slecht functionerende docenten 'aan te pakken', toenemen (*Bruggen slaan*, Regeerakkoord VVD-PvdA 29 oktober 2012, p. 16).

³¹ R. Hunnago, 'De (militaire) ambtenarenstatus', *Prodef Bulletin* 2011-8, p. 4.

³² O.a. C.R. Niessen en W.M. Schwab (Defensie) in L. Sprengers (red.), *Heeft de ambtelijke status nog toekomst? (verslag van congres 26 oktober 2005 van de Albeda Leerstoel)*, Den Haag, CAOP, 2006, p. 34 en 57-58.

³³ Zie ook C.M. Sjerps, 'De ambtelijke status', *SR* 2005, p. 393-394.

³⁴ Kamerstukken II 2005/06, 30 674, nr. 3, p. 1-2; zie ook kamerstukken II 2009/10, 32 414, nr. 3, p. 2-3.

macht, worden aan de militair dus bijzondere eisen gesteld. Dit rechtvaardigt volgens de wetgever een bijzondere rechtspositie. Kenmerken van de bijzondere rechtspositie zijn onder meer verplichtingen tot het verrichten van uiteenlopende werkzaamheden, de vergaande beperking op grondrechten waaronder het recht op collectieve acties, de verplichting gebruik te maken van militaire gezondheidszorg, het eigen straf- en tuchtrecht, de uitzonderingspositie in bepaalde wetten zoals de Arbeidstijdenwet en de Wet op de ondernemingsraden, leeftijdsgrenzen bij aanstelling, het functioneel leeftijdsontslag en de bijzondere zorgplicht van Defensie voor veteranen.³⁵

Een bijzondere rechtspositie brengt echter niet per definitie een uitzonderingspositie mee. Het gaat erom of de militaire rechtspositie te bijzonder is voor het arbeidsrecht. Hiervoor is opgemerkt dat de bijzondere rechtspositie mogelijk te realiseren is in het arbeidsrecht, zeker in combinatie met de Militaire Ambtenarenwet 1931. Sprengers concludeerde bijvoorbeeld al dat de uitzonderingspositie voor Defensiepersoneel in de Wet op de ondernemingsraden normalisering niet de weg hoeft te staan.³⁶ Naast de hiervoor aangehaalde kenmerken van de militaire rechtspositie, maken ook het personeelsbeleid, het FPS en de dienverplichtingen deze bijzonder. Gezien hun unieke karakter is het opmerkelijk dat deze twee kenmerken niet met zoveel woorden zijn aangehaald door de initiatiefnemers en de werknemersorganisaties. Wel komen zij impliciet naar voren wanneer wordt gesproken over vergaande beperkingen van de grondrechten en van de eis van voortdurende inzetbaarheid van militairen. Juist ten aanzien van het FPS en de dienverplichtingen kan de vraag gesteld worden in hoeverre zij realiseerbaar zijn in het arbeidsrecht, dat op het eerste gezicht soortgelijke figuren niet kent. Deze vraag zal in de volgende paragrafen achtereenvolgens voor het FPS en de dienverplichting behandeld worden.

2. Flexibel Personeelssysteem

2.1 Het systeem

Defensie hanteert sinds 1 januari 2008 het Flexibel Personeelssysteem. Doelstelling is te komen tot een evenwichtiger personeelsopbouw en een groter aandeel van jongeren in de organisatie, zodat de operationele taken goed kunnen worden uitgevoerd.³⁷ De wettelijke basis voor het FPS vormt art. 12quinquies MAW 1931, nader uitgewerkt in hoofdstuk 4 van het Algemeen Militair Ambtenarenreglement (AMAR) en de voorlopige voorziening Uitvoeringsregeling AMAR (URAMAR). In het FPS kan de loopbaan van de militair worden ingedeeld in drie loopbaanfasen.³⁸ Fase één behelst de periode waarin de

³⁵ Zie uitgebreid over de bijzondere rechtspositie G.F. Walgemoed, 'De Militaire Ambtenarenwet 1931 tachtig jaar. Een bijzondere rechtspositie voor militairen?', *MRT* 2012, p. 161-173; *TAR* 2013-3.

³⁶ L.C.J. Sprengers, *De wet op de ondernemingsraden bij de overheid. Op weg naar één arbeidsrecht voor ambtenaren en werknemers?* (diss. Amsterdam), 1998, p. 701-702.

³⁷ Kamerstukken II 2005/06, 30 674, nr. 3, p. 5.

³⁸ Zie voor het FPS ook G.J. Tummers, 'Ontwikkelingen in de militaire rechtspositie: het Flexibel Personeelssysteem in vogelvlucht', *MRT* 2012, p. 7-27.

initiële dienverplichting van toepassing is. Na het verstrijken van deze dienverplichting loopt loopbaanfase één zonder nadere selectie over in loopbaanfase twee. Loopbaanfase twee wordt gedefinieerd als de periode tussen het einde van de dienverplichting en de doorstroom naar fase drie dan wel de uitstroom. Loopbaanfase drie is vergelijkbaar met een aanstelling voor onbepaalde tijd en is slechts voor een klein deel van de militairen weggelegd. Ijkkpunt voor de overgang van fase twee naar drie is het doorstroombesluit, een afweging op basis van de beschikbare functies, het aantal militairen dat een bepaalde rang mag bekleden en de geschiktheid van de militair voor functievervulling in de hogere rang. Het moment waarop het doorstroombesluit wordt genomen, is afhankelijk van de maximale looptijd in rang. Soldaten en korporaa's - en overeenkomstige rangen³⁹ - kunnen niet doorstromen naar fase drie, tenzij zij zich kwalificeren voor onderofficiers- of officiersfuncties. Dit komt tot uitdrukking in een positief bevorderingsbesluit, waarna een nieuwe looptijd in rang aanvangt. Met invoering van het FPS heeft een nieuwe ontslaggrond zijn intrede gedaan in de militaire rechtspositie: het FPS-ontslag, dat een rol speelt in loopbaanfase twee. Bijzonder daaraan is dat een militair die zijn functie naar behoren vervult, op een bepaald moment in zijn loopbaan – meestal op een leeftijd van 30 tot 35 jaar – toch ontslagen kan worden als gevolg van een negatief bevorderingsbesluit dan wel negatief doorstroombesluit (art. 39 lid 2 onder i AMAR).

2.2 Het FPS in het arbeidsrecht

Mocht ervoor worden gekozen de militaire rechtspositie te normaliseren, dan is de vraag hoe we het FPS arbeidsrechtelijk moeten zien. Bijzonder aan het FPS is onder meer dat via de maximale looptijd in rang indirect onderscheid naar leeftijd wordt gemaakt, wat evenwel – ook in het arbeidsrecht – objectief te rechtvaardigen valt met het belang van de krijgsmacht bij een evenwichtige personeelsopbouw.⁴⁰ Met name het systeem van de drie loopbaanfasen valt echter op. De eerste ingeving zal dan ook zijn om het FPS in het arbeidsrecht op te vatten als een keten van drie opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd. Het einde van de loopbaanfasen correspondeert evenwel niet altijd met het einde van zo'n arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, waardoor een dergelijke constructie ongewild complex wordt, nog afgezien van de wettelijke grenzen aan de keten qua aantal en duur, waarvan alleen bij cao kan worden afgeweken (art. 7:668a lid 5 BW). Het FPS is misschien uniek in zijn vorm, maar valt bij nader inzien goed te vergelijken met up-or-outsysteem die ook worden gehanteerd in het bedrijfsleven, vooral bij werkgevers in de dienstverlenende sector, bijvoorbeeld bij advocatenkantoren.⁴¹ Uit-

³⁹ Onder soldaten worden soldaten der 1^e, 2^e en 3^e klasse bij de Koninklijke Landmacht en Luchtmacht verstaan (art. 29a AMAR). Onder korporaa's en overeenkomstige rangen worden bij de Koninklijke Marine matrozen der 1^e klasse en mariniers der 1^e klasse verstaan, bij de Koninklijke Landmacht en Luchtmacht korporaa's en korporaa's der 1^e klasse en bij de Koninklijke marechaussee Marechaussees der 1^e en 2^e klasse (art. 29b lid 1 AMAR).

⁴⁰ Zie voor het FPS ook G.J. Tummers, 'Ontwikkelingen in de militaire rechtspositie: het Flexibel Personeelssysteem in vogelvlucht', *MRT* 2012, p. 21-22.

⁴¹ Siegers, 'Up or out in strijd met het Nederlands ontslagrecht', *AR* 2004, 63.

gangspunt is daarom de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.⁴² Waar het daarbij om gaat, is in hoeverre het mogelijk is ontslag te verlenen wegens een up-or-outsysteem zoals het FPS. Anders dan het ambtenarenrecht, kent het arbeidsrecht een preventieve ontslagtoets. Een werkgever die de arbeidsovereenkomst eenzijdig wil beëindigen, heeft twee mogelijkheden. Ten eerste kan hij de kantonrechter verzoeken de arbeidsovereenkomst te ontbinden (art. 7:685 BW); ten tweede kan hij de arbeidsovereenkomst opzeggen, maar als regel slechts indien hij daartoe op zijn aanvraag een ontslagvergunning heeft verkregen van het UWV (art. 6 BBA). De mogelijkheid FPS-ontslag te verlenen na eventuele normalisering, verschilt naar gelang gebruik wordt gemaakt van de ontbindingsroute of de ontslagvergunningsroute.

2.2.1 Toetsing ontbindingsverzoek

In geval van een ontbindingsverzoek toetst de kantonrechter of er gewichtige redenen zijn die ontbinding van de arbeidsovereenkomst rechtvaardigen (art. 7:685 BW). Als gewichtige redenen gelden omstandigheden die een dringende reden als bedoeld in art. 7:677 lid 1 BW zouden hebben opgeleverd indien de arbeidsovereenkomst deswege onverwijld opgezegd zou zijn, alsook veranderingen in de omstandigheden, die van dien aard zijn, dat de arbeidsovereenkomst billijkheidshalve dadelijk of na korte tijd behoort te eindigen (art. 7:685 lid 2 BW). Verandering van omstandigheden is een ruim begrip en omvat onder meer disfunctioneren, een verstoorde arbeidsverhouding en bedrijfseconomische redenen.⁴³ Of een ontslag wegens een up-or-outsysteem zoals het FPS, te zien is als een ontslag wegens verandering van omstandigheden, is maar de vraag. De term verandering van omstandigheden impliceert dat de omstandigheden ten tijde van het ontbindingsverzoek anders zijn dan bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst of in ieder geval een eerdere situatie.⁴⁴ Bij een ontslag wegens een up-or-outsysteem is dit twijfelachtig. Betoogd kan worden dat de stagnatie in de ontwikkeling van de werknemer een mogelijke verandering van omstandigheden kan opleveren, zeker indien het bedrijfsbeleid is gericht op de groei van de werknemer en de daarmee gepaard gaande doorstroom naar bepaalde functies. Maar daarmee is nog niet gezegd dat deze verandering van omstandigheden zodanig van aard is, dat deze ontbinding van de arbeidsovereenkomst rechtvaardigt.⁴⁵ Uit de (schaarse) jurisprudentie valt af te leiden dat kantonrechters meestal weinig waardering hebben voor werkgevers die een up-or-outsysteem toepassen. De kantonrechter Delft vindt up-or-out evenwel 'een wellicht hard, maar algemeen bekend en in beginsel ook in rechte te respecteren bedrijfsbeleid'. Niettemin speelde in deze zaak ook de beperkte inzetbaarheid van de werknemer en het geboden extern re-integratietraject een rol bij

⁴² Vervanging van de aanstelling door een arbeidsovereenkomst onder ontbindende voorwaarde is geen optie, aangezien het bevorderings-/doorstroombesluit ter beoordeling van de minister van Defensie staat. Dit betekent dat de werkgever invloed kan uitoefenen op de vervulling van de ontbindende voorwaarde. Een dergelijke voorwaarde is volgens de Hoge Raad niet toegestaan (HR 6 maart 1992, NJ 1992, 509 m.nt. Stein (*Mungra/Van Meir*); HR 24 mei 1996, NJ 1996, 685, JAR 1996/141).

⁴³ C.C. Oberman en K.J. Hillebrandt, 'De afwijzing van het ontbindingsverzoek nader bestudeerd', TRA 2013, 25.

⁴⁴ F.W.G. Ambagtsheer, 'Up or out', AR 1999, 49.

⁴⁵ D.J.L. Siegers, 'Up or out in strijd met het Nederlands ontslagrecht', AR 2004, 63.

de toekenning van het ontbindingsverzoek.⁴⁶ In de overige zaken werd eveneens overgegaan tot ontbinding, maar dan vanwege inmiddels verstoorde arbeidsrelaties die door de kantonrechter toegerekend werden aan de werkgever, wat tot uitdrukking kwam in een hogere ontslagvergoeding.⁴⁷

Toegepast op het FPS-ontslag betekent dit dat een daaraan gerelateerde verandering van omstandigheden mogelijk verdedigbaar is, maar dat het succes van de ontbindingsroute op zijn minst onzeker is. Dit komt mede omdat de mogelijkheid om in hoger beroep en cassatie te gaan tegen de beschikking van de kantonrechter is uitgesloten (art. 7:685 lid 1 BW). De Hoge Raad kan niet oordelen over de opvattingen van de verschillende kantonrechters over wat verstaan moet worden onder een verandering van omstandigheden en in het bijzonder of het FPS daaronder gerekend kan worden. Een verschil in opvatting tussen de verschillende kantonrechters is dus niet ondenkbaar. Gezien het belang van het FPS voor de goede uitvoering van de operationele taken, mag er geen enkele twijfel bestaan over de mogelijkheid FPS-ontslag te verlenen. De ontbindingsroute is dus geen goede optie voor een succesvol FPS-ontslag. Ontbinding is voor Defensie trouwens nog om een andere reden onaantrekkelijk: bij ontbinding wegens verandering van omstandigheden kan de kantonrechter een vergoeding toekennen indien hij dit billijk acht, terwijl het huidige FPS-ontslag zelf niet gepaard gaat met een ontslagvergoeding.⁴⁸

2.2.2 Toetsing aanvraag ontslagvergunning

Leidraad voor de ontslagvergunningprocedure vormt het op art. 6 BBA 1945 gebaseerde Ontslagbesluit, nader uitgewerkt in de beleidsregels ontslagtaak UWV 2012. Het UWV toetst naar aanleiding van de aanvraag van de werkgever of het voorgenomen ontslag redelijk is in het licht van de belangen van werknemer en de werkgever (art. 3:1 Ontslagbesluit). Bij de uitwerking van deze algemene toetsingsmaatstaf wordt in het Ontslagbesluit onderscheid gemaakt tussen bedrijfseconomische en persoonlijke redenen. Deze laatste zien op de werknemer zelf en omvatten onder andere disfunctioneren, verwijtbaar handelen of nalaten en een verstoorde arbeidsrelatie. Bij bedrijfseconomische redenen gaat het om een slechte financiële situatie, reorganisatie of bedrijfsverhuizing van de onderneming. Het gaat om ondernemersbeslissingen die ontslag met zich meebrengen.⁴⁹ Bij de toetsing van de bedrijfseconomische reden staat de continuïteit van het bedrijf op de lange termijn

⁴⁶ Ktr. Delft 24 april 2013, AR Updates 2013-0406.

⁴⁷ Ktr. Amsterdam 18 december 1992, JAR 1993/52; Ktr. Enschede 9 mei 1994, JAR 1994/170; Ktr. Amsterdam 31 mei 1999, JAR 1999/137; Ktr. Amsterdam 5 april 2001, JAR 2001/100. Ktr. Roermond 28 november 2003, JAR 2004/8; Ktr. Haarlem 5 augustus 2011, LJN: BT2207. Het valt op dat er zeer weinig uitspraken over up-or-outsysteem zijn gepubliceerd. Siegers geeft hiervoor als verklaring dat het merendeel van dergelijke zaken buiten rechte wordt opgelost (D.J.L. Siegers, 'Up or out in strijd met het Nederlands ontslagrecht', AR 2004, 63).

⁴⁸ W.H.A.C.M. Bouwens en R.A.A. Duk, *Arbeidsovereenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 473; wel wordt de militair bij een negatief bevorderings- of doorstroombesluit uiterlijk een jaar voor het einde van het dienstverband aangemeld bij het Dienstencentrum Externe Bemiddeling Defensiepersoneel (DC EBD) voor bemiddeling naar een baan buiten de krijgsmacht (art. 31a AMAR).

⁴⁹ Beleidsregels Ontslagtaak UWV 2012, p. 7-1.

voorop. Toestemming voor opzegging wordt verleend indien de werkgever aannemelijk maakt dat op grond van bedrijfseconomische redenen een of meer arbeidsplaatsen – structureel – dienen te vervallen.⁵⁰

Het is de vraag of FPS-ontslag gezien kan worden als een ontslag om bedrijfseconomische of persoonlijke redenen. Zoals gebleken is het FPS gericht op verjonging van de krijgsmacht, waarmee de inzetbaarheid van krijgsmacht op de lange termijn blijft gewaarborgd. Daarmee is het FPS-ontslag dus gericht op de continuïteit van de krijgsmacht. Op grond hiervan kan betoogd worden dat het gaat om een ontslag om bedrijfseconomische redenen. De vraag is echter of de aan het FPS-ontslag ten grondslag liggende redenen wel kunnen leiden tot toewijzing van de vergunningaanvraag. Er is immers geen sprake van een slechte financiële situatie, reorganisatie of bedrijfsverhuizing van de onderneming. Bovendien verdwijnen geen functieplaatsen ten tijde van het verlenen van het FPS-ontslag. Dat het FPS-ontslag op termijn intreedt voor een bepaald aantal militairen, is namelijk al verdisconteerd in de piramidale opbouw van de organisatie.

Is er dan wellicht sprake van een ontslag om persoonlijke redenen, zoals functionele ongeschiktheid? Mogelijk weegt bij het FPS-ontslag mee dat de militair onvoldoende groei heeft getoond en daardoor minder geschikt wordt geacht voor functies op een hoger niveau, maar daarmee is niet gezegd dat hij zijn huidige functie niet naar behoren vervult. De keuze om de militair te ontslaan is zuiver beleidsmatig. Een vergunningaanvraag om persoonsgebonden redenen zal dus ook niet worden toegewezen, omdat er geen sprake is van disfunctioneren, wangedrag of ziekte. Daarmee is de ontslagvergunningsroute net als de ontbindingsroute geblokkeerd. Het private ontslagrecht biedt Defensie op dit moment dus geen uitgesproken mogelijkheid FPS-ontslag te verlenen. Dit betekent overigens niet dat geheel uitgesloten is dat het FPS in het arbeidsrecht gerealiseerd kan worden. Het FPS is immers relatief eenvoudig – dus zonder het arbeidsrecht te verbouwen – in te passen door toevoeging van een bepaling in het Ontslagbesluit, die het UWV onder bepaalde voorwaarden de ruimte biedt Defensie een vergunning te verlenen om de arbeidsovereenkomst op te zeggen wegens het FPS. Dit betekent dat het FPS door een kleine wijziging realiseerbaar is in het arbeidsrecht, waarbij de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd geldt als uitgangspunt.

2.2.3 Gevolgen Defensie en militair

Implementatie van het FPS in het arbeidsrecht met als uitgangspunt de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, heeft gevolgen voor zowel Defensie als voor de militair. Voor Defensie betekent een preventieve en in beginsel volle toetsing van het FPS-ontslag door het UWV in plaats van een repressieve marginale toetsing door de bestuursrechter zoals nu het geval is, verlies aan beleidsvrijheid. Het huidige art. 2 BBA 1945 zondert arbeidsverhoudingen met een publiekrechtelijk lichaam uit van de werkingssfeer van het BBA 1945. In ongewijzigde vorm

⁵⁰ Beleidsregels Ontslagtaak UWV 2012, p. 7-3.

betekent dit dat na normalisering de overheidswerkgever de arbeidsovereenkomst kan opzeggen zonder ontslagvergunning van het UWV. In het wetsvoorstel wordt het BBA 1945 echter expliciet van toepassing verklaard op de overheidswerkgever zonder nadere toelichting. Uitgangspunt is immers een gelijke rechtspositie voor werknemer en ambtenaar.⁵¹ Op deze keuze valt wel wat af te dingen. Volgens de Hoge Raad is de ratio achter de uitzondering dat geen behoefte is aan een preventieve ontslagtoets door een ander overheidsorgaan, het UWV, wanneer het overheidslichaam volledige verantwoording schuldig is aan de betrokken minister, die het personeelsbeleid, waaronder het ontslagbeleid, volledig kan toetsen en hiervoor zijn verantwoording moet nemen.⁵² Aan de andere kant komt het vaker voor dat het ene bestuursorgaan het handelen van een ander bestuursorgaan toetst, te denken valt aan de inspectie SZW ten aanzien van arbeidsomstandigheden, ook bij Defensie. Daarbij komt dat ook het UWV rekening kan houden met de bijzondere belangen van de overheidswerkgever. Toch is het juist voor Defensie van groot belang onder verantwoordelijkheid van de minister een personeelsbeleid te kunnen voeren dat de kaders schept voor een inzetbare krijgsmacht. Het is daarom het overwegen waard om voor Defensie het BBA 1945 buiten toepassing te laten, zoals nu bijvoorbeeld het geval is voor onderwijspersoneel.⁵³ Wellicht biedt het Sociaal Akkoord van 11 april 2013 uitkomst. In dat akkoord wordt de ontslagroute afhankelijk gemaakt van de reden voor ontslag. Bedrijfseconomisch ontslag en ontslag wegens langdurige arbeidsongeschiktheid kan worden verleend na het doorlopen van een procedure bij het UWV; ontslag om persoonlijke redenen via ontbinding door de kantonrechter. Van belang is dat in de cao kan worden voorzien in een toetsing van het ontslag door een zelf in te stellen sectorcommissie.⁵⁴

Voor de militair heeft opzegging wegens het FPS in het arbeidsrecht in plaats van het ontslagbesluit in het ambtenarenrecht gevolgen voor zijn rechtsbescherming. De preventieve toetsing van het ontslag is toe te juichen, maar is de arbeidsovereenkomst eenmaal opgezegd met inachtneming van art. 6 BBA 1945, dan loopt de militair tegen een muur op. In het ambtenarenrecht staat voor hem na ontslag de mogelijkheid open in bezwaar, beroep en hoger beroep te gaan; in het arbeidsrecht rest de militair na opzegging alleen nog maar een vordering wegens een kennelijk onredelijk ontslag (art. 7:681 BW). In het meest gunstige geval levert hem dit een schadevergoeding op, maar zijn baan zal de militair er niet mee terugkrijgen. In zoverre is de vrees van de bonden voor het private ontslagrecht dus gegrond. Aan de andere kant is het huidige private ontslagrecht blijkbaar niet 'soepel' – en open – genoeg om FPS-ontslag te verlenen. Daarenboven geldt het verlies aan rechtsbescherming eveneens voor overige ambtenaren en kan dus geen uitzonderingspositie voor militairen rechtvaardigen.

3. Dienverplichting

Kenmerkend voor loopbaanfase één van het FPS is dat het de militair direct na aanstelling niet vrijstaat Defensie te verlaten, behalve tijdens de proeftijd van zes maanden. Dit wordt wel de initiële dienverplichting genoemd. Ook in een aantal andere gevallen

⁵¹ Kamerstukken II 2010/11, 32 550, nr. 3, p. 31.

⁵² HR 15 januari 1971, NJ 1971, 305; HR 24 mei 1985, NJ 1985, 701.

⁵³ Zie ook J.P. Dikker, 'Het woud van het onderwijsrecht (2)', TRA 2012/45.

⁵⁴ Bijlage bij Kamerstukken II 2012/13, 33 400XV, nr. 1, p. 9.

kan een dienverplichting opgelegd worden, bijvoorbeeld in verband met het volgen van een opleiding of omdat de militair uitgezonden gaat worden (operationele dienverplichting). Een specifieke wettelijke grondslag hiervoor is op 1 januari 2008 opgenomen in de Militaire Ambtenarenwet 1931 (artt. 12k, 12l en 12m MAW 1931). Daarvóór vond de dienverplichting haar basis in het AMAR.⁵⁵ Doel van de dienverplichting is ten eerste om te waarborgen dat de krijgsmacht ter uitoefening van haar grondwettelijke taken over voldoende personeel kan beschikken en ten tweede om voldoende rendement te behalen uit de opleiding die na aanstelling wordt geboden.⁵⁶ Een aanvraag voor ontslag dat ingaat voor afloop van de dienverplichting wordt in beginsel afgewezen. Dit betekent een beperking op het grondrecht van vrijheid van arbeidskeuze zoals dat is neergelegd in diverse internationale verdragen en sinds 1983 is opgenomen in art. 19 lid 3 Gw.⁵⁷ Het opleggen van een dienverplichting zou geen zin hebben als er geen dwangmiddelen voorhanden zijn om deze te handhaven. Onttrekt de militair zich aan de dienverplichting door bewust weg te blijven van zijn werkplek, dan maakt hij zich naar huidig recht mogelijk schuldig aan een tuchtvergrijp of zelfs een strafbaar feit op grond van respectievelijk de Wet militair tuchtrecht en het Wetboek van Militair Strafrecht (art. 15 WMT en art. 96 e.v. MSr). Langdurige (meer dan 30 dagen) of voorgoed bedoelde afwezigheid van de werkplek geldt als desertie en kan zelfs leiden tot een gevangenisstraf van maximaal twee jaar, in tijd van oorlog zeven jaar en zes maanden (art. 100 MSr). Ook het niet opvolgen van een dienstbevel om zich te melden op de werkplek en dienst te verrichten kan onder omstandigheden leiden tot gevangenisstraf (art. 126-128 MSr).⁵⁸

De dienverplichting is in termen van het arbeidsrecht te zien als een bijzonder opzegverbod gericht tot de militaire werknemer, volgend uit art. 12m MAW 1931 dan wel een vergelijkbare bepaling in het BW. De beperking moet in ieder geval zijn neergelegd in een wet in formele zin, aangezien het gaat om een beperking op een grondrecht. Het invoeren van dit opzegverbod staat ogenschijnlijk op gespannen voet met art. 7:659 lid 2 BW, dat bepaalt dat het afdwingen van persoonlijke arbeid middels het opleggen van een dwangsom of gijzeling (art. 585 en 61 Ia Rv) niet is toegelaten. Deze bepaling is ingevoerd, omdat de mogelijkheid om de werknemer tot werkherwinning te dwingen door middel van dwangsommen of gijzeling volkomen in strijd wordt geacht met zowel de letter als de geest van het Europees Sociaal Handvest.⁵⁹ In het bijzonder gaat het om het daarin opgenomen recht van vrijheid van arbeidskeuze.⁶⁰ Art. 7:659 lid 2 BW staat er overigens niet aan in de weg dat nakoming van de arbeidsovereenkomst wordt gevorderd. De praktische betekenis van deze nakomingsvordering is gering, aangezien er geen dwangmiddel meer is

⁵⁵ Als wettelijke basis hiervoor diende de kapstokbepaling van art. 12 MAW 1931, dat bepaalt dat bij algemene maatregelen van bestuur regels worden gesteld, onder meer betreffende opleidingen en ontslag. De Centrale Raad van Beroep vindt deze bepaling aanvankelijk niet specifiek genoeg (CRvB 10 december 1992, MRT 1993, p. 108-112, m.nt. G.L.C.) maar in een later stadium wel (CRvB 10 oktober 1996, MRT 1996, p. 413-415, m.nt. G.L.C.).

⁵⁶ Kamerstukken II 2005/06, 30 674, nr. 3, p. 22.

⁵⁷ Bijv. art. 1 ESH, art. 6 IVESCR en art. 29-31 Handvest EU.

⁵⁸ Bijv. Rb. Arnhem 23 oktober 1991, MRT 1992, p. 208.

⁵⁹ Kamerstukken II 1966/67, 8606, nr. 5, p. 1.

⁶⁰ Kamerstukken II 1966/67, 8606, nr. 5, p. 1.

om de werknemer te dwingen arbeid te verrichten.⁶¹ In het geval van de militaire dienverplichting ligt dit anders. Indien de militaire rechtspositie zou worden genormaliseerd, dan geschiedt het afdwingen om persoonlijke arbeid te verrichten tijdens de dienverplichting niet met een burgerlijke rechtsvordering (art. 585 en 611a Rv), maar met de mogelijkheid tot strafrechtelijke vervolging, niet door Defensie zelf, maar door de officier van justitie.⁶² De wetgever heeft bovendien expliciet een inbreuk op het recht van vrijheid van arbeidskeuze gerechtvaardigd geacht voor militairen ter waarborging van de beschikbaarheid en inzetbaarheid van de krijgsmacht.⁶³ Om ervoor te zorgen dat de mogelijkheid de dienverplichting te handhaven in het arbeidsrecht boven iedere twijfel is verheven, kan in een extra lid aan art. 7:659 BW worden toegevoegd dat het tweede lid niets afdoet aan de toepasselijkheid van het Wetboek van Militair Strafrecht (en de Wet militair tuchtrecht) ten aanzien van de dienverplichting van militairen.

Als de dienverplichting in het arbeidsrecht zou gelden als een bijzonder opzegverbod, betekent dit dat een opzegging door de militaire werknemer in strijd met dit verbod vernietigbaar wordt.⁶⁴ Maar wat gebeurt er als de militaire werknemer de kantonrechter verzoekt om ontbinding van de arbeidsovereenkomst (art. 7:685 BW)? De bijzondere opzegverboden werken niet direct door in de ontbindingsprocedure, maar hebben slechts reflexwerking. Het opzegverbod tijdens de (initiële) dienverplichting betreft een *tijdens* opzegverbod, net zoals bijvoorbeeld het tot de werkgever gerichte opzegverbod tijdens ziekte (art. 7:670 lid 1 BW). Dit kan worden onderscheiden van een *wegens* opzegverbod, bijvoorbeeld het tot de werkgever gerichte opzegverbod wegens overgang van onderneming (art. 7:670 lid 8 BW). In geval van een *tijdens* opzegverbod, kunnen zich andere gewichtige redenen voordoen die een ontbinding rechtvaardigen. Hierbij moet het gaan om bijzondere omstandigheden die zodanig zwaar van aard zijn, dat het opzegverbod daarvoor billijkheidshalve moet wijken.⁶⁵ Op zich past het bij het huidige beleid van Defensie dat de militair zeer bijzondere omstandigheden moet aandragen om onder de dienverplichting uit te kunnen komen.⁶⁶ Het verschil zou zijn dat niet Defensie hierover oordeelt, maar de kantonrechter. Daarmee wordt bij een overgang naar het arbeidsrecht de regie over de dienverplichting uit handen gegeven. Net als bij het FPS is dus sprake van verlies aan beleidsvrijheid. Niet uitgesloten is dat de kantonrechter het beleid ten volle zal toetsen, tegenover de terughoudende toets van de bestuursrechter. Wel is het mogelijk om in de arbeidsovereenkomst of cao op te nemen dat alle geschillen die hieruit voortvloeien voorbehouden zijn aan arbitrage of bindend advies. Deze vorm van alternatieve geschillenbeslechting kan ook zien op ontbinding, maar niet op de ontslagvergunning

⁶¹ Kamerstukken II, 1970/71, II 001, nr. 5, p. 2.

⁶² Ambtenarengerecht (vz.) 's-Gravenhage 20 maart 1991, TAR 1991, 138, m.nt. G.L.C.

⁶³ Kamerstukken II 2005/06, 30 674, nr. 3, p. 21-22.

⁶⁴ Strikt genomen is de sanctie nietigheid indien bij het opzegverbod niet expliciet vermeld staat dat een daarmee strijdige opzegging vernietigbaar is binnen een bepaalde termijn, bijvoorbeeld twee maanden (vgl. art. 7:670 en 670a BW) (V. Snijders, 'Titel 3.2 BW en de nulliteiten in het arbeidsrecht', SR 2002, p. 137-147). Deze sanctie zou dus moeten worden toegevoegd aan het opzegverbod.

⁶⁵ Kamerstukken I 1997/98, 25 263, nr. 132d, p. 15.

⁶⁶ Nota van toelichting, Stb. 2011, 21, p. 7.

van het UWV.⁶⁷ In plaats van de rechter, zou dan in beginsel een specifiek op Defensie toegesneden college de geschillen beslechten.⁶⁸ Wil men deze omweg voorkomen, dan zal de ontbindingsbevoegdheid van de kantonrechter in art. 7:685 BW moeten worden uitgesloten tijdens de dienverplichting.

Afsluiting

Niet voor niets merken de initiatiefnemers op dat zij een overgang naar het arbeidsrecht niet blijvend uitsluiten, maar dat eerst onderzocht moet worden in hoeverre de bepalingen uit het BW zich met de militaire rechtspositie verdragen. De in deze bijdrage aangehaalde voorbeelden – het FPS en de dienverplichting – laten zien dat de bijzondere kenmerken van de militaire rechtspositie normalisering niet in de weg hoeven te staan. De daarbij noodzakelijke aanpassingen van het Ontslagbesluit en BW zijn niet zo fundamenteel van aard, dat strijd ontstaat met de normaliseringsgedachte. Bedacht moet worden dat het arbeidsrecht ook nu al afwijkende regelingen kent voor bijzondere arbeidsverhoudingen, zoals die van de statutair bestuurder, zeevarenden, onderwijspersoneel en huishoudelijk werkers.⁶⁹ Elke van de ‘norm’ afwijkende bepaling vraagt evenwel een gedegen onderbouwing, waarbij het er vooral om gaat wat Defensie op dit punt anders maakt dan een ‘gewone’ werkgever. Bij een strikt doorgevoerde normalisering valt vooral het verlies aan beleidsvrijheid van de Minister van Defensie op, hoewel dit niet alleen geldt voor Defensie. Dit verlies is echter gemakkelijk te voorkomen door enkele uitzonderingen voor de militair op te nemen hetzij in de MAW 1931 hetzij in het BW, mits deze te rechtvaardigen zijn. Het argument dat de bijzondere rechtspositie niet voldoende te borgen is in het arbeidsrecht biedt derhalve in onuitgewerkte vorm onvoldoende rechtvaardiging voor de uitzonderingspositie van militairen. Een welwillende pragmaticus vindt altijd wel een manier.

Het argument dat een publiekrechtelijke aanstelling beter aansluit bij de bijzondere militaire rechtspositie, is gezien de reikwijdte van deze bijdrage vooralsnog onbesproken gelaten. Normalisering betekent ook doorbreking van de eenzijdigheid van de arbeidsverhouding van de militair. De militaire arbeidsverhouding kenmerkt zich door verregaande eenzijdigheid, onder meer tot uitdrukking komend in het stakingsverbod, het eigen straffen tuchtrecht, maar vooral in de mogelijkheid voor de minister om in buitengewone omstandigheden af te wijken van al hetgeen bij of krachtens de Militaire Ambtenarenwet 1931 is bepaald (art. 12b MAW 1931). Niet de bijzondere rechtspositie op zich, maar juist het verregaande eenzijdige karakter van de arbeidsverhouding zou wel eens de sleutel tot de verklaring van de uitzonderingspositie kunnen betekenen.

⁶⁷ W.H.A.C.M. Bouwens en R.A.A. Duk, *Arbeidsovereenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 342.

⁶⁸ Zie over geschillenregelingen in cao's C.J. Loonstra en G.W. van der Voet, 'De kwaliteit en wenselijkheid van alternatieve geschillenprocedures in cao's', *Arbeid Integraal* 2007-2, p. 65-79.

⁶⁹ Zie ook R.A. Houweling en G.W. van der Voet, *Bijzondere arbeidsverhoudingen*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2012.

BESCHOUWING

Het is alweer even stil rond het wetsvoorstel, dat voorlopig op de langetermijnagenda van de Tweede Kamer staat. De laatste ontwikkelingen wezen in plaats van op een kritische blik richting de gemaakte uitzonderingen, juist richting uitbreiding van het aantal uitzonderingscategorieën. Bovendien is het lot van het wetsvoorstel allerm minst zeker. Of de militair nu wel of niet te bijzonder is voor het arbeidsrecht, een arbeidsovereenkomst lijkt daarom voorlopig een brug te ver.
