

## ARTIKELEN

# Noodzakelijke en proportionele bezuinigingsmaatregelen door regering Sint Maarten vanwege Covid-19?

## Beschouwingen bij de derde uitspraak van het Constitutioneel Hof van Sint Maarten van 1 november 2021

*Mr. R.R. Ismail\**

### 1. Inleiding

Op 1 november 2021 heeft het Constitutioneel Hof Sint Maarten uitspraak gedaan over de Tijdelijke Landsverordening Covid-19 bezuinigingen arbeidsvoorwaarden overheidsdienaren (Tijdelijke Landsverordening overheidsdienaren), de Tijdelijke Landsverordening normering topinkomens en aanpassing arbeidsvoorwaarden bij (semi) publieke sector entiteiten en de Tijdelijke Landsverordening aanpassing arbeidsvoorwaarden politieke gezagsdragers in Sint Maarten.<sup>1</sup> De bezuinigingen voor de overheidsdienaren en het personeel in de (semi)publieke sector zien voornamelijk op de inhouding van de vakantiegeld, een vermindering van vakantiedagen en het niet toepassen van salarisindexeringen, welke maatregelen met terugwerkende kracht vanaf 1 juli 2020 in werking treden.

Deze uitspraak is vermeldenswaardig, omdat het sporadisch voorkomt dat er een verzoek wordt gedaan aan het Constitutioneel Hof Sint Maarten om nog niet in werking getreden landsverordeningen te toetsen aan de Staatsregeling van Sint Maarten.<sup>2</sup> Er zal in dit artikel worden ingegaan op de wijziging van een aantal van de arbeidsvoorwaarden van de overheidsdienaren en van het personeel in de (semi) publieke sector, omdat die voornamelijk worden getroffen door de maatregelen van de tijdelijke landsverordeningen. Alvorens daarop in te gaan, vermeld ik de uitgangspunten die het Constitutioneel Hof bij zijn toetsing in acht neemt.<sup>3</sup>

\* Mr. R.R. Ismail is werkzaam als juridisch bestuursadviseur bij de afdeling Juridische Zaken & Wetgeving van het Ministerie van Algemene Zaken/overheid Sint Maarten. Tevens is zij redacteur van dit tijdschrift.

1 Constitutioneel Hof 1 november 2021, ECLI:NL:OCHM:2021:2.

2 Op 8 november 2013 heeft het Constitutioneel Hof Sint Maarten voor het eerst een uitspraak gedaan: ECLI:NL:OCHM:2013:2. Zie G.A.H. Bakhuis e.a., 'Zorgvuldig en bedachtzaam', *CJB* 2014, afl. 2, p. 85-95 (hierna: Bakhuis e.a. 2014). Op 7 juli 2016 heeft het Constitutioneel Hof Sint Maarten voor de tweede keer een uitspraak gedaan: ECLI:NL:OCHM:2016:1. Zie E.M. Linthorst, S. Philippen & J.C. de Wit, 'Over de toetsing van formele gebreken', *CJB* 2017, afl. 3, p. 207-214.

3 Constitutioneel Hof 8 november 2013, ECLI:NL:OCHM:2013:2, r.o. 2.3.

Mr. R.R. Ismail

## 2. Uitgangspunten bij toetsing door het Constitutioneel Hof

- De toetsing door het Hof dient beperkt te blijven tot hetgeen de Ombudsman in het verzoekschrift aan het Hof ter beoordeling heeft voorgelegd. Gelet op dit uitgangspunt mag het Hof niet uit eigen beweging (ambtshalve) oordelen over de vraag of en in hoeverre ook bepalingen die betrekking hebben op andere onderdelen in die verordening en die niet door de Ombudsman aan de orde zijn gesteld (in)constitutioneel zijn.
- Voorts dient het Constitutioneel Hof terughoudend te toetsen, meer in het bijzonder als het gaat om open en multi-interpretabele normen in de Staatsregeling.
- Zo gaat het Constitutioneel Hof uit van het vermoeden van grondwettigheid, ook wel *presumption of constitutionality* genoemd. Landsverordeningen hebben de uitdrukkelijke instemming van de regering én van de Staten, het parlement van Sint Maarten, waardoor ze een rechtstreekse democratische legitimatie hebben. Het Hof gaat uit van het vermoeden dat de regering en het parlement de Staatsregeling in acht nemen bij het vaststellen van wetgeving.
- Voorts dient het Hof middels een abstracte toetsing *ex ante* binnen de grenzen van zijn bevoegdheid op praktische en effectieve wijze overeenstemming van wetgeving met de Staatsregeling te waarborgen.
- Tot slot legt het Constitutioneel Hof grondrechtenbepalingen in de Staatsregeling in het licht van de Nederlandse Grondwet en het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) uit, omdat de meeste grondrechtenbepalingen zijn ontleend aan de Nederlandse Grondwet en het EVRM.

## 3. Artikel 15 Staatsregeling, recht op eigendom

### 3.1 Toetsingskader artikel 1 Eerste Protocol EVRM

De Ombudsman heeft in deze kwestie op grond van artikel 127 lid 3 Staatsregeling een verzoekschrift ingediend bij het Constitutioneel Hof en aangekaart dat desbetreffende landsverordeningen in strijd zijn met artikel 15 (eigendomsrecht), artikel 16 (gelijkheidsbeginsel), artikel 19 lid 1 (bestaanszekerheid en spreiding van welvaart) en artikel 61 lid 3 jo. artikel 44 (stemmen zonder last) van de Staatsregeling van Sint Maarten.<sup>4</sup> Aangezien artikel 15 lid 1 en artikel 16 van de Staatsregeling uitvoerig worden besproken in de uitspraak, zullen deze hierna als eerst aan de orde worden gesteld.

In artikel 15 lid 1 Staatsregeling is het volgende bepaald: ‘Een ieder heeft recht op het ongestoord genot van zijn eigendom, behoudens bij of krachtens landsverordening in het algemeen belang te stellen beperkingen.’

<sup>4</sup> Ook in art. 17 lid 1 Landsverordening Constitutioneel Hof valt te lezen dat uitsluitend de Ombudsman van Sint Maarten bevoegd is om procedures bij het Hof aanhangig te maken.

Noodzakelijke en proportionele bezuinigingsmaatregelen door regering Sint Maarten vanwege Covid-19?

Het Constitutioneel Hof haakt voor de uitleg van dit artikel aan bij artikel 1 Eerste Protocol EVRM.<sup>5</sup> In voornoemd artikel is bepaald dat

‘[i]edere natuurlijke of rechtspersoon (...) recht [heeft] op het ongestoord genot van zijn eigendom. Aan niemand zal zijn eigendom worden ontnomen behalve in het algemeen belang en onder de voorwaarden voorzien in de wet en in de algemene beginselen van internationaal recht. De voorgaande bepalingen tasten echter op geen enkele wijze het recht aan, dat een Staat heeft om die wetten toe te passen, die hij noodzakelijk oordeelt om het gebruik van eigendom te reguleren in overeenstemming met het algemeen belang of om de betaling van belastingen of andere heffingen of boeten te verzekeren.’

Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) hanteert het volgende toetsingskader bij de vraag of artikel 1 Eerste Protocol EVRM al dan niet wordt geschonden:<sup>6</sup>

- 1 Is sprake van eigendom?
- 2 Zo ja, wordt er een inbreuk gemaakt op die eigendom, die het gevolg is van:
  - ontneming van eigendom;
  - regulering van eigendom;
  - of overige verstoringen?
- 3 Zo ja, is die inbreuk gerechtvaardigd? Dat is het geval als de inbreuk:
  - is voorzien bij wet (voorzienbaarheid) – *lawfulness*-toets;
  - een legitieme doelstelling heeft die in het algemeen belang is – *legitimate aim*-toets; en
  - proportioneel is ten opzichte van dat nagestreefde legitieme doel – *fair balance*-toets.

In de uitspraak van het EHRM van 23 februari 1995 is voor het eerst geoordeeld dat ook andere rechten dan rechten op fysieke zaken onder het eigendomsrecht kunnen vallen.<sup>7</sup> Zo oordeelt het Constitutioneel Hof in onderhavige uitspraak dat kortingen op salarissen een inmenging vormen in het recht op ongestoord genot van het eigendom, zoals is verwoord in de eerste volzin van artikel 1 Eerste Protocol EVRM. Ook verwijst het Constitutioneel Hof naar artikel 31 lid 1 Staatsregeling waarin een deel van het toetsingskader van het EHRM is vastgelegd en waarin is bepaald dat een beperking van grondrechten, zoals in artikel 15 Staatsregeling, noodzakelijk en proportioneel moet zijn en zo specifiek mogelijk moet worden omschreven.<sup>8</sup>

5 Constitutioneel Hof 1 november 2021, ECLI:NL:OCHM:2021:2, r.o. 5.1.

6 T.C. Gerverdinck, *Eigendomsgrondrecht en belastingen* (Fiscale Monografieën, deel 161), Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 19 (hierna: Gerverdinck 2020).

7 EHRM 23 februari 1995, 15375/89, ECLI:CE:ECHR:1995:0223JUD001537589 (*Gasus Dosier- und Fördertechnik GmbH/Nederland*).

8 Constitutioneel Hof 1 november 2021, ECLI:NL:OCHM:2021:2, r.o. 5.1.

Mr. R.R. Ismail

### 3.2 Uitspraak EHRM d.d. 7 mei 2013 (*Koufaki/Griekenland*)

Voorts betreft het Constitutioneel Hof de uitspraak van het EHRM van 7 mei 2013 (*Koufaki/Griekenland*) in zijn overwegingen om te beoordelen in hoeverre artikel 15 Staatsregeling respectievelijk artikel 1 Eerste Protocol EVRM al dan niet wordt geschonden.<sup>9</sup>

De regering van Griekenland had op 15 maart 2010 wetgeving afgekondigd om de financiële crisis in Griekenland in de hand te houden en om een betere financiële positie in de toekomst te waarborgen. In verband daarmee had de regering afspraken gemaakt met de Europese Commissie, de Europese Centrale Bank en het Internationaal Monetair Fonds in een Memorandum of Economic and Financial Policies.<sup>10</sup> Daarin was het volgende opgenomen:<sup>11</sup>

‘De overheid is gebonden aan een eerlijke verdeling van de lasten. Bij de wijziging van het beleid is rekening gehouden om de meest kwetsbaren in de samenleving te beschermen tegen de gevolgen van de economische neergang. In het consolideren van de overheidsfinanciën, zullen grotere bijdragen worden opgehaald bij degenen die traditioneel niet billijk hun aandeel in de belastingdruk hebben gedragen. Met betrekking tot de verlaging van de lonen van ambtenaren en van de pensioenen, zijn de verdiemers met een minimumloon beschermd: [wat betreft] pensioenkortingen: De afschaffing van de 13e en 14e pensioenbetalingen is gecompenseerd, voor degenen die minder dan € 2500 per maand ontvangen, door een bonus te introduceren van € 800 per jaar. (...) De 13e en de 14e loonbetalingen zijn geëlimineerd voor alle medewerkers. Om de werknemers met lagere inkomens te beschermen, zal een vaste bonusbetaling van € 1000 per jaar per werknemer worden geïntroduceerd voor hen die minder dan € 3000 per maand ontvangen, hetgeen zal worden gefinancierd door te snijden in de toeslagen van de hogere inkomens.’

Aan de hand van voornoemde uitspraak van het EHRM oordeelt het Constitutioneel Hof dat de desbetreffende landsverordeningen niet in strijd zijn met artikel 15 Staatsregeling. Het Hof verwijst daarvoor naar de volgende argumenten in de uitspraak *Koufaki*:<sup>12</sup>

- Artikel 1 Eerste Protocol EVRM moet niet zodanig worden geïnterpreteerd dat het een recht verleent op pensioen of salaris voor een bepaald bedrag.
- Korting op salarissen en pensioenen zijn geen ontneming van het eigendomsrecht, maar een beperking van het eigendomsrecht.
- Voorts moet elke inmenging van een overheidsinstantie in het vreedzaam genot van eigendommen rechtmatig zijn en een legitiem doel nastreven ‘in het

9 EHRM 7 mei 2013, 57665/12 en 57657/12, ECLI:CE:ECHR:2013:0507DEC005766512 (*Koufaki en ADEDY/Griekenland*).

10 [https://ec.europa.eu/economy\\_finance/publications/occasional\\_paper/2010/pdf/ocp61\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/economy_finance/publications/occasional_paper/2010/pdf/ocp61_en.pdf), bijlage I nr. 8

11 EHRM 7 mei 2013, 57665/12 en 57657/12, ECLI:CE:ECHR:2013:0507DEC005766512, r.o. 6 (*Koufaki en ADEDY/Griekenland*) - Eigen vertaling auteur.

12 Constitutioneel Hof 1 november 2021, ECLI:NL:OCHM:2021:2, r.o. 5.1.

Noodzakelijke en proportionele bezuinigingsmaatregelen door regering Sint Maarten vanwege Covid-19?

algemeen belang'. Elke inmenging moet ook evenredig zijn aan het nagestreefde doel. Met andere woorden, er moet een eerlijk evenwicht zijn tussen de eisen van het algemeen belang van de gemeenschap en de vereisten van de bescherming van de grondrechten van het individu. Het benodigde evenwicht wordt niet gevonden als de betrokken persoon of personen een individuele en buitensporige last dragen.

- Het begrip 'algemeen belang' is breed. De wetgever heeft een (zeer) ruime beoordelingsvrijheid bij het uitvaardigen van wetten en de uitvoering van sociaal en economisch beleid om de staatsuitgaven en -inkomsten in evenwicht te brengen. Het Hof respecteert het oordeel van de wetgever wat 'in het algemeen belang' is, tenzij dat oordeel duidelijk zonder redelijke grond is.
- De verzoekers hadden niet aangevoerd dat hun situatie dermate was verslechterd dat zij onder het bestaansminimum zouden komen.
- Tot slot is het niet aan het EHRM om te beoordelen of de voorgestelde maatregelen de beste oplossing zijn en andere alternatieven beter zouden zijn, zolang de regering binnen de grenzen van haar beoordelingsmarge heeft gehandeld.

### 3.3 Proportionele maatregelen?

Opvallend is dat in de uitspraak *Koufaki* de ambtenaren een korting op hun toelagen krijgen en sommige ambtenaren in ruil daarvoor een bonus ontvangen. Het EHRM acht deze korting proportioneel rekening houdend met de bonus die sommige ambtenaren, die minder dan € 3.000 per maand verdienden, ervoor terugkrijgen.<sup>13</sup> In de tijdelijke landsverordeningen krijgen de overheidsdienaren van Sint Maarten en mogelijk de werknemers uit de (semi)publieke sector met de laagste inkomens geen bonus in ruil voor de inhouding van de vakantie-uitkering en vakantiedagen.

In artikel 15 lid 4 Staatsregeling is echter het volgende geregeld:

'In de gevallen bij landsverordening bepaald bestaat recht op schadeloosstelling of tegemoetkoming in de schade, indien in het algemeen belang eigendom door het bevoegd gezag wordt vernietigd of onbruikbaar gemaakt of de uitoefening van het eigendomsrecht wordt beperkt.'

Sint Maarten kent helaas geen landsverordening waarin wordt bepaald in welke situaties recht bestaat op schadeloosstelling of tegemoetkoming in de schade wanneer het eigendomsrecht door het bevoegd gezag wordt beperkt in het algemeen belang. In de onderhavige situatie was een tegemoetkoming, in ieder geval voor de laagste inkomens, op zijn plaats geweest.

Het Constitutioneel Hof stelt namelijk dat het laagste salaris van een ambtenaar schaal 1, trede 10 is en Naf 1.844 per maand bedraagt en het salaris niet onder het minimumloon van Naf 1.532,24 per maand komt. Het Hof oordeelt vervolgens in rechtsoverweging 5.6.3 van de uitspraak dat het bestaansminimum of de armoede-

13 EHRM 7 mei 2013, 57665/12 en 57657/12, ECLI:CE:ECHR:2013:0507DEC005766512, r.o. 47 (*Koufaki en ADEDY/Griekenland*).

Mr. R.R. Ismail

grens niet is bepaald in Sint Maarten, maar gaat er toch van uit dat het minimumloon van NAF 1.532,24 boven het bestaansminimum/de armoedegrens ligt. Gelet op de hoge prijzen voor woonruimte en de hoge kosten van elektra, gas, water, boodschappen, verzekeringen et cetera op Sint Maarten, valt te betwijfelen of het minimumloon van NAF 1.532,24 per maand boven de armoedegrens ligt.<sup>14</sup> Het valt niet uit te sluiten dat bepaalde individuele personen/overheidsdienaren met een laag salaris een excessieve zware last dragen ten gevolge van de maatregelen in de landsverordeningen.

Voorts vermeldt het Hof in paragraaf 5.6.3 dat ‘Nederland er geen rekening mee gehouden heeft dat Sint Maarten nog leed onder de gevolgen van de orkanen Irma en Maria en dat het leven in Sint Maarten duurder is dan in Aruba en Curaçao’. Het Hof merkt in zijn ‘afsluitende observaties’ op dat het zich realiseert dat de maatregelen in de landsverordeningen vergaande en voor velen onverwachte en ernstige gevolgen zullen hebben en dat hun leefsituatie van de ene op de andere dag verslechterd zal zijn op een wijze die normaliter niet aanvaardbaar zou zijn.

Gelet op deze overwegingen van het Hof, kan men zich afvragen of de maatregelen en de korting van 12,5% op de arbeidsvoorwaarden van de overheidsdienaren van Sint Maarten proportioneel zijn in vergelijking met die van de overheidsdienaren in de landen Curaçao en Aruba. Sint Maarten heeft nog steeds te maken met een wederopbouw na de orkanen in 2017 en de overheidsdienaren van Sint Maarten kennen hogere kosten van levensonderhoud dan de overheidsdienaren van Curaçao. Bovendien schijnen de arbeidsvoorwaarden van de overheidsdienaren op Aruba gunstiger te zijn dan de arbeidsvoorwaarden van de overheidsdienaren van Sint Maarten, waardoor de overheidsdienaren van Aruba meer salaris en vakantiedagen overhouden na de korting van 12,5%.

Het voorgaande in ogenschouw genomen, kan men zich afvragen in hoeverre het EHRM de maatregelen in de Tijdelijke Landsverordening overheidsdienaren en van het personeel van de (semi)publieke sector proportioneel zal achten. De overheidsdienaren met de laagste inkomens in Sint Maarten worden namelijk op geen enkele wijze beschermd door bijvoorbeeld een tegemoetkoming zoals dat wel het geval was in de zaak *Koufaki*.<sup>15</sup> Weliswaar wordt door het Hof gesteld dat de lijnen in *Koufaki* zijn bevestigd in andere relevante niet-ontvankelijkheidsbeslissingen, zoals die van 8 oktober 2013 in de gevoegde zaken van António Augusto Da Conceicao Mateus en Lino Jesus Santos Januário tegen Portugal<sup>16</sup> en die van 1 september 2015 in de zaak van Maria Alfredina Da Silva Carvalho Rico tegen Portugal.<sup>17</sup>

14 <https://www.721news.com/2021/12/minimum-earners-sxm-last-place-in-the-dutch-caribbean-salary-levels> en <https://smn-news.com/index.php/st-maarten-st-martin-news/39552-government-working-on-minimum-wage-increase-and-livable-wage-increase.html>.

15 EHRM 7 mei 2013, 57665/12 en 57657/12, ECLI:CE:ECHR:2013:0507DEC005766512, r.o. 47 (*Koufaki en ADEDY/Griekenland*).

16 EHRM 8 oktober 2013, 62235/12 en nr. 57725/12, ECLI:CE:ECHR:2013:1008DEC006223512 (*António Augusto Da Conceicao Mateus en Lino Jesus Santos Januário/Portugal*).

17 EHRM 1 september 2015, 13341/14, ECLI:CE:ECHR:2015:0901DEC001334114 (*Maria Alfredina Da Silva Carvalho Rico/Portugal*).

Noodzakelijke en proportionele bezuinigingsmaatregelen door regering Sint Maarten vanwege Covid-19?

Maar in deze uitspraken gingen de bezuinigingsmaatregelen minder ver dan de maatregelen in de onderhavige landsverordeningen. Zo was er in de uitspraak *António Augusto Da Conceicao Mateus en Lino Jesus Santos Januário/Portugal* slechts sprake van verlaging van het pensioen (en waren er geen andere aanvullende bezuinigingsmaatregelen) voor de duur van drie jaar.

De landsverordeningen zijn weliswaar tijdelijk, maar het is geenszins duidelijk voor welke termijn de bezuinigingsmaatregelen zullen duren, nu daar niets over is opgenomen in de landsverordeningen. De bezuinigingsmaatregelen kunnen twee jaar, drie jaar maar ook vijf jaar of langer van kracht blijven. Weliswaar kunnen volgens de uitspraak in de zaak *Koufaki* de maatregelen een permanent karakter hebben, maar het is maar de vraag of zij nog proportioneel zijn als de bezuinigingsmaatregelen vijf jaar of langer gaan duren.

#### 4. Terugwerkende kracht van de maatregelen

##### 4.1 Gerechtvaardigde verwachtingen

Een aspect van de *rule of law* dat ook ten grondslag ligt aan artikel 1 Eerste Protocol EVRM, is dat de overheid legitieme/gerechtvaardigde verwachtingen moet eerbiedigen.<sup>18</sup> Het begrip 'legitieme verwachting' in de context van artikel 1 Eerste Protocol EVRM werd voor het eerst ontwikkeld door het EHRM in de zaak *Pine Valley Developments Ltd en anderen/Ierland*.<sup>19</sup> In de uitspraak van het EHRM van 20 november 1995 (*Pressos Compania Naviera S.A. e.a./België*)<sup>20</sup> sloot de overheid van België met terugwerkende kracht haar aansprakelijkheid uit voor schade veroorzaakt door fouten van havenloodsen in overheidsdienst, zoals in de nationale wet was vastgelegd. Daardoor hadden schippers geen vordering meer op de overheid van België. Het EHRM oordeelde dat de vorderingen van de schippers, die voortvloeiden uit de wet, als 'eigendom' in de zin van artikel 1 Eerste Protocol EVRM konden worden aangemerkt en dat de schippers de gerechtvaardigde verwachting hadden dat hun vorderingen wegens aansprakelijkheid zouden worden afgehandeld volgens het recht dat bestond ten tijde van het ontstaan van de vordering.<sup>21</sup> Ook in de uitspraak van 28 september 2004 (*Kopecný/Slowakije*)<sup>22</sup> heeft het EHRM bevestigd dat onder 'eigendom' in de zin van artikel 1 Eerste Protocol EVRM wordt verstaan bestaande bezittingen en activa, met inbegrip van vorderingen, ten aanzien waarvan de aanvrager kan stellen dat hij of zij op zijn minst een 'legitieme verwachting' heeft van het verkrijgen van het effectief genot van een eigendomsrecht.<sup>23</sup> Maakt de wetgever ná het ontstaan van het vorderingsrecht dat recht met terugwerkende

18 Gerverdinck 2020, p. 127.

19 EHRM 29 november 1991, 12742/87, ECLI:CE:ECHR:1991:1129JUD001274287 (*Pine Valley Developments Ltd e.a./Ierland*).

20 EHRM 20 november 1995, 17849/91, ECLI:CE:ECHR:1995:1120JUD001784991 (*Pressos Compania Naviera S.A. e.a./België*).

21 Gerverdinck 2020, p. 38.

22 EHRM 28 september 2004, 44912/98, ECLI:CE:ECHR:2004:0928JUD004491298 (*Kopecný/Slowakije*).

23 Volgens de uitspraak *Kopecný/Slowakije* bestaat de gerechtvaardigde verwachting uit twee typen.

Mr. R.R. Ismail

kracht ongedaan, dan is dat een ontneming (en niet slechts regulering) van eigendom.

#### 4.2 Oordeel Constitutioneel Hof met betrekking tot de terugwerkende kracht van maatregelen

Het Constitutioneel Hof merkt in de uitspraak niet zoveel op over de ‘terugwerkende kracht’ van de tijdelijke landsverordeningen, behalve dat de Staatsregeling geen absoluut verbod kent van terugwerkende kracht en dat er voldoende grond is voor de terugwerkende kracht (mede vanwege het besluit van de Rijksministerraad van 15 mei 2020, waarbij implementatie van de maatregelen per 1 juli 2020 werd voorgeschreven om de tweede en volgende tranches van liquiditeitssteun te verkrijgen). Hierna zal worden bekeken of deze toets van het Hof al dan niet juist is.

Uit verschillende uitspraken van het EHRM inzake belastingwetgeving blijkt dat het vereiste van *voorzienbaarheid*<sup>24</sup> niet principieel in de weg staat aan terugwerkende kracht van wetgeving. Desondanks kan bij de beoordeling van de vraag of er een *fair balance* bestaat tussen het algemeen belang en het particulier belang, terugwerkende kracht van wetgeving in strijd zijn met artikel 1 Eerste Protocol EVRM.<sup>25</sup> Redenen om fiscale wetgeving met terugwerkende kracht in werking te laten treden zijn:<sup>26</sup>

- het voorkomen van anticiperend gedrag na aankondiging van een wetswijziging;
- het voorkomen van een ongerechtvaardigde *windfall profit* voor bepaalde belastingplichtigen door een technisch gebrek in de wet;
- bestrijding van belastingontwijking of;
- budgettaire doeleinden.

In de zaak van het EHRM van 14 november 2017 (*P. Plaisier B.V. e.a.*) werd geoordeeld dat de terugwerkende kracht van crisisheffing gerechtvaardigd was wegens dringende politieke noodzaak voor de staat om aan EU-budgettaire doelstellingen te voldoen.<sup>27</sup> Het EHRM verwees in dat kader naar zijn hiervoor genoemde uitspraken *Koufaki*<sup>28</sup> en *António Augusto Da Conceicao Mateus en Lino Jesus Santos Januário/Portugal*,<sup>29</sup> waarin het ging om bezuinigingsmaatregelen.<sup>30</sup> Het EHRM was van oordeel dat artikel 1 Eerste Protocol EVRM niet was geschonden in deze zaken, omdat de belangen van de staat om de overheidsfinanciën op orde te brengen zwaarder wogen dan de belangen van de burgers die door de maatregelen getroffen werden. Het EHRM gaf aan dat er wel specifieke en dwingende redenen moeten zijn om de

24 Dat de inbreuk moet zijn voorzien bij wet – *lawfulness*-toets.

25 Gerverdinc 2020, p. 128-129.

26 Gerverdinc 2020, p. 129-150.

27 EHRM 14 november 2017, 46184/16, ECLI:CE:ECHR:2017:1114DEC004618416 (*P. Plaisier B.V. e.a./Nederland*).

28 EHRM 7 mei 2013, 57665/12 en 57657/12, ECLI:CE:ECHR:2013:0507DEC005766512 (*Koufaki en ADEDY/Griekenland*).

29 EHRM 8 oktober 2013, 62235/12 en nr. 57725/12, ECLI:CE:ECHR:2013:1008DEC006223512 (*António Augusto Da Conceicao Mateus en Lino Jesus Santos Januário/Portugal*).

30 De crisisheffing werd op één lijn gesteld met de bezuinigingsmaatregelen.



Noodzakelijke en proportionele bezuinigingsmaatregelen door regering Sint Maarten vanwege Covid-19?

bezuinigingsmaatregelen met terugwerkende kracht in werking te laten treden. Welke specifieke en dwingende redenen dit moeten zijn, wordt echter niet toegelicht in de uitspraak van het EHRM.<sup>31</sup>

De vraag kan worden gesteld in hoeverre er specifieke en dwingende redenen waren om de maatregelen in de tijdelijke landsverordeningen met terugwerkende kracht in werking te laten treden. In de conclusie van advocaat-generaal (A-G) Wattel ging het om belanghebbenden die vanaf 2013 in de premiesectorindeling 10 respectievelijk 11 vielen en die volgens A-G Wattel tot 29 juni 2018 van rechtswege een tot 1 januari 2013 teruggaande claim hadden op premierestitutie.<sup>32</sup> Bovendien hadden zij op basis van de tot 29 juni 2018 geldende wet en rechtspraak de gerechtvaardigde verwachting dat die claim op hun verzoek volgens het tot die datum vigerende recht zou worden geformaliseerd en afgewikkeld. Dat gebeurde echter niet. Wat de wetgever in wezen deed op 29 juni 2018, is de verjaringstermijn van vijf jaar van een geldvordering opeens op nul stellen.<sup>33</sup> De premierestitutieclaims worden door A-G Wattel aangemerkt als eigendom in de zin van artikel 1 Eerste Protocol EVRM. De terugwerkende kracht ontnam hen de gerechtvaardigde verwachting van honorering en hen is dus eigendom ontnomen. De vraag of terugwerkende kracht dan mogelijk is, wordt niet bepaald door de ruime beoordelingsmarge van de overheid, maar of er specifieke en dwingende redenen waren voor de terugwerkende kracht. Dat was volgens A-G Wattel niet het geval, omdat:

- de staat zelf verantwoordelijk was voor de veroudering en de bewerkelijkheid van het premiesectorstelsel;
- de vrees voor ambtelijke capaciteitsproblemen en sectorshopping door anderen dan de belanghebbenden geen specifieke en dwingende reden is voor ontname van eigendom;
- en er minder eigendomaantastende middelen bestonden.<sup>34</sup>

In de onderhavige kwestie kan worden gesteld dat de overheidsdienaren een gerechtvaardigde verwachting hadden op grond van de wet dat zij halverwege juni 2020 en halverwege juni 2021 hun vakantie-uitkering zouden ontvangen.<sup>35</sup> Door de Tijdelijke Landsverordening overheidsdienaren werd dit met terugwerkende kracht ongedaan gemaakt. Het valt te betwijfelen of er een dringende politieke noodzaak en een specifieke en dwingende reden was om de toekenning van de vakantie-uitkering met terugwerkende kracht ongedaan te maken.

Het Constitutioneel Hof had de vraag of de maatregelen met terugwerkende kracht in werking konden treden dan ook anders moeten motiveren dan met het oordeel dat 'de Staatsregeling geen verbod kent van terugwerkende kracht en dat er vol-

31 Gerverdinc 2020, p. 148.

32 Concl. A-G P.J. Wattel, ECLI:NL:PHR:2021:352, r.o. 8.2, bij HR 24 september 2021, ECLI:NL:HR:2021:1239 en ECLI:NL:HR:2021:1354.

33 Concl. A-G P.J. Wattel, ECLI:NL:PHR:2021:352, r.o. 1.23, bij HR 24 september 2021, ECLI:NL:HR:2021:1239 en ECLI:NL:HR:2021:1354.

34 Concl. A-G P.J. Wattel, ECLI:NL:PHR:2021:352, r.o. 1.18, bij HR 24 september 2021, ECLI:NL:HR:2021:1239 en ECLI:NL:HR:2021:1354.

35 Art. 24 Regeling vakantie, vakantie-uitkering en vrijstelling van dienst Sint Maarten.

Mr. R.R. Ismail

doende grond was voor de terugwerkende kracht',<sup>36</sup> omdat dit niet de maatstaf is om te beoordelen of terugwerkende kracht van de bezuinigingsmaatregelen was toegestaan.

Voorts is de terugwerkende kracht van artikel 4 Tijdelijke Landsverordening overheidsdienaren opmerkelijk te noemen. Dit zal hierna worden besproken.

#### 4.3 *Terugwerkende kracht van inhouding vakantie-uitkering 2019-2020*

In artikel 4 Tijdelijke Landsverordening overheidsdienaren is bepaald dat de vakantie-uitkering over het jaar 2019-2020 met 2,08% wordt verminderd. Het is opmerkelijk dat het Constitutioneel Hof niet heeft geoordeeld dat dit in strijd is met artikel 15 Staatsregeling respectievelijk artikel 1 Eerste Protocol EVRM.

In artikel 9 Tijdelijke Landsverordening overheidsdienaren is namelijk bepaald dat de landsverordening terugwerkende kracht heeft tot en met 1 juli 2020. Volgens artikel 24 Regeling vakantie, vakantie-uitkering en vrijstelling van dienst ambtenaren Sint Maarten<sup>37</sup> wordt de vakantie-uitkering eenmaal per kalenderjaar, in de tweede helft van de maand juni, uitbetaald over de periode van twaalf maanden aangevangen met de maand juni van het voorafgaande kalenderjaar. De vakantie-uitkering over het jaar 2019-2020 was dus halverwege juni 2020 reeds opeisbaar.<sup>38</sup> Dit betekent dat de vakantie-uitkering over het jaar 2019-2020 niet met terugwerkende kracht tot en met 1 juli 2020 ingehouden kon worden,<sup>39</sup> want op 1 juli 2020 had de vakantie-uitkering al door de overheid van Sint Maarten uitbetaald moeten zijn aan de overheidsdienaren.

Weliswaar heeft de overheid van Sint Maarten het resterende bedrag van de vakantie-uitkering over het jaar 2019-2020 aan de overheidsdienaren uitbetaald, maar dit is pas na een jaar gebeurd. Het Hof heeft in de uitspraak opgemerkt dat artikel 6 lid 1 Tijdelijke Landsverordening overheidsdienaren (inzake het achterwege laten van een verhoging van het salaris bij een reële bevordering) in strijd is met de Staatsregeling.<sup>40</sup> Weliswaar had de regering van Sint Maarten dit standpunt losgelaten, maar toch heeft het Constitutioneel Hof er een opmerking over gemaakt. Het had voor de hand gelegen dat het Constitutioneel Hof ook iets had opgemerkt over artikel 4 Tijdelijke Landsverordening overheidsdienaren, ondanks het feit dat dit later door de regering van Sint Maarten is losgelaten.

#### 4.4 *Wettelijke rente*

Met betrekking tot de late uitbetaling van de vakantie-uitkering 2019-2020 wordt nog het volgende opgemerkt. Op grond van artikel 7A:1614q van het Burgerlijk Wetboek van Sint Maarten (BW) kan een werknemer aanspraak maken op de vertragingsrente en volgens artikel 6:119 BW op de wettelijke rente als het salaris,

36 Constitutioneel Hof 1 november 2021, ECLI:NL:OCHM:2021:2, r.o. 5.4

37 AB 2013, GT nr. 641.

38 Want de vakantie-uitkering wordt elk jaar halverwege de maand juni uitbetaald.

39 In de praktijk is overigens 3% van de vakantie-uitkering ingehouden.

40 Constitutioneel Hof 1 november 2021, ECLI:NL:OCHM:2021:2, r.o. 6.4.

Noodzakelijke en proportionele bezuinigingsmaatregelen door regering Sint Maarten vanwege Covid-19?

waaronder de vakantie-uitkering, te laat is uitbetaald. Het BW is niet van toepassing op de ambtenaren van Sint Maarten,<sup>41</sup> maar de Raad van Beroep heeft in zijn uitspraak van 18 januari 2019 geoordeeld dat artikel 6:119 BW overeenkomstig van toepassing is en dat de schadevergoeding, verschuldigd wegens vertraging in de voldoening van een geldsom, bestaat in de wettelijke rente van die som over de tijd dat de schuldenaar met de voldoening daarvan in verzuim is geweest.<sup>42</sup>

In artikel 7A:1614q BW is bepaald dat een werknemer, voor zover deze niet-betaling aan de werkgever is toe te schrijven, aanspraak heeft op een verhoging wegens de vertraging wanneer niet wordt uitbetaald uiterlijk de achtste werkdag na de dag waarop de betaling had moeten plaatsvinden. De verhoging bedraagt de negende tot en met de twaalfde werkdag 5% per dag en voor elke volgende werkdag 1%, maar zal nooit meer dan de helft van het verschuldigde bedrag te boven gaan. Hierbij wordt nog uitdrukkelijk opgemerkt dat voornoemde bepaling slechts ziet op overheidsdienaren die op basis van een arbeidsovereenkomst in dienst zijn van de overheid. Deze bepaling geldt dus niet voor overheidsdienaren die op basis van een landsbesluit in dienst zijn van de overheid van Sint Maarten, maar mogelijk zal deze bepaling van overeenkomstige toepassing worden verklaard op hen zoals bij artikel 6:119 BW.<sup>43</sup>

## 5. Artikel 16 Staatsregeling – verbod van discriminatie

### 5.1 Vakantie-uitkering onderwijspersoneel

In artikel 16 Staatsregeling van Sint Maarten is het volgende bepaald:

‘Allen die zich in Sint Maarten bevinden, worden in gelijke gevallen gelijk behandeld. Discriminatie wegens godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, huidskleur, geslacht, taal, nationale of maatschappelijke afkomst, het behoren tot een nationale minderheid, vermogen, geboorte, of op welke grond dan ook is niet toegestaan.’

In de beslissing van het Constitutioneel Hof wordt geoordeeld dat werknemers in de (semi)publieke sector ten opzichte van werknemers in de private sector niet zijn aan te merken als ‘gelijke gevallen’, waardoor er geen sprake is van een ongelijke behandeling. Bovendien zijn er geen ontslagen gevallen bij de overheid, terwijl dit wel het geval was in de particuliere sector.<sup>44</sup> In zoverre is dit begrijpelijk en niet onrechtvaardig.

41 Art. 1 lid 1 Landsverordening materieel ambtenarenrecht: ‘Ambtenaar in de zin van deze landsverordening en de uit kracht daarvan gegeven voorschriften is hij die door het bevoegde gezag is benoemd of aangesteld in openbare dienst werkzaam te zijn, met uitzondering van de personen met wie een arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht is gesloten.’

42 RvBAz 18 januari 2019, ECLI:NL:ORBAACM:2019:1, r.o. 4.

43 Want anders zou er sprake kunnen zijn van strijd met art. 16 Staatsregeling – het gelijkheidsbeginsel.

44 Constitutioneel Hof 1 november 2021, ECLI:NL:OCHM:2021:2, r.o. 6.5.

Mr. R.R. Ismail

Er is echter geen rekening gehouden met het feit dat (een deel van) het onderwijspersoneel (bij het van overheidswege gegeven openbaar onderwijs) de vakantie-uitkering over de jaren 2019-2020 en 2020-2021 wel heeft ontvangen. Zij hadden daar volgens de landsverordeningen geen aanspraak op, maar de landsverordeningen waren nog niet in werking getreden op het moment dat de vakantie-uitkering over de jaren 2019-2020 en 2020-2021 opeisbaar werd (halverwege juni 2020 en halverwege juni 2021). De overheidsdienaren van Sint Maarten hebben na een jaar alsnog de resterende helft van de vakantie-uitkering over het jaar 2019-2020 ontvangen, maar over het jaar 2020-2021 hebben zij geen vakantie-uitkering ontvangen. Het is overigens de vraag in hoeverre de Ombudsman dit naar voren heeft gebracht tijdens de procedure opdat het Hof hiermee rekening heeft kunnen houden.

Wanneer (een deel van) het onderwijspersoneel de vakantie-uitkering over het jaar 2020-2021 heeft ontvangen, kan mijns inziens worden gesteld dat 'gelijke gevallen wel degelijk ongelijk zijn behandeld. Zeker wanneer de uitspraak van het EHRM inzake *Fábián*<sup>45</sup> wordt gevolgd, kan worden gesteld dat de overheidsdienaren van Sint Maarten en het onderwijspersoneel (in het openbaar onderwijs) zich in een analoge of relevant soortgelijke situatie bevinden nu beide groepen een beroep doen op de staatskas. Het voorgaande geldt ook voor het personeel van de Integriteitskamer, Sint Maarten Housing Development Foundationen Kamer van Koophandel dat nog niet onder de werking van de landsverordening is gebracht, maar over de jaren 2019-2020 en 2020-2021 volledig vakantie-uitkering heeft ontvangen.<sup>46</sup>

## 6. Artikel 19 Staatsregeling – bestaanszekerheid en spreiding van welvaart

### 6.1 Toetsing aan sociale grondrechten

De Ombudsman heeft ook een beroep gedaan op artikel 19 lid 1 Staatsregeling. In dit artikel is het volgende bepaald: 'De bestaanszekerheid van de bevolking en spreiding van welvaart zijn voorwerp van aanhoudende zorg van de overheid.' Met betrekking tot voornoemd artikel heeft de Ombudsman erop gewezen dat de overheid haar burgers niet zodanig mag behandelen dat zij in armoede vervallen en in hun bestaanszekerheid worden aangetast. De Ombudsman is van mening dat de overheid deze zorgplicht niet is nagekomen.<sup>47</sup>

Het Constitutioneel Hof merkt op dat de inhoud van deze bepaling tot de zogenoemde 'sociale grondrechten' behoort.<sup>48</sup> Uit de memorie van toelichting van de

45 EHRM 5 september 2017, 78117/13, ECLI:CE:ECHR:2017:0905JUD007811713 (*Fábián/Hongarije*).

46 Mogelijk is er onderscheid gemaakt tussen niet meer in dienst zijnde overheidsdienaren, omdat overheidsdienaren die voor de uitspraak van het Hof uit dienst zijn getreden wel de vakantie-uitkering hebben ontvangen en de overheidsdienaren die na 1 november 2021 uit dienst zijn getreden niet. In *The Daily Herald* van Sint Maarten van 18 februari 2022 heeft een Statenlid kritiek geuit over de uitbetaling van de vakantie-uitkering aan niet meer in dienst zijnde overheidsdienaren.

47 Constitutioneel Hof 1 november 2021, ECLI:NL:OCHM:2021:2, r.o. 2.3.

48 Constitutioneel Hof 8 november 2013, ECLI:NL:OCHM:2013:2, r.o. 7.1.

Noodzakelijke en proportionele bezuinigingsmaatregelen door regering Sint Maarten vanwege Covid-19?

Staatsregeling volgt dat toetsing aan sociale grondrechten veel moeilijker is. Sociale grondrechten leggen een zorgplicht op aan de overheid en geven doorgaans een ruime beleidsvrijheid bij het voldoen aan de zorgplicht. Desondanks is toetsing aan sociale grondrechten volgens de memorie van toelichting niet uitgesloten. Ook het Constitutioneel Hof is van mening dat toetsing aan onder meer de sociale grondrechten in de Staatsregeling op zichzelf niet is uitgesloten.<sup>49</sup> In de uitspraak van 8 november 2013 oordeelt het Constitutioneel Hof dat artikel 22 Staatsregeling, dat op een sociaal grondrecht ziet, een in open termen geformuleerde zorgplicht bevat, welke zich primair tot wetgever en overheid richt en deze daarbij een grote mate van beleidsvrijheid laat.<sup>50</sup> Voorts merkt het Hof het volgende op over toetsing aan dit sociale grondrecht:<sup>51</sup>

‘Voor zover een dergelijke bepaling zich er al toe leent om als een in rechte te hanteren norm te fungeren zal de rechter daarbij grote terughoudendheid hebben te betrachten. Dat geldt in het bijzonder waar het gaat om de abstracte, *ex ante* toetsing door het Constitutioneel Hof. De toetsing van de onderhavige, nog niet in werking getreden strafbepalingen als zodanig, buiten de context van de concrete toepassing van die bepalingen, brengt met zich dat het Constitutioneel Hof uitsluitend heeft te beoordelen of de wetgever ter zake een wettelijke belangenafweging heeft gemaakt, resulterend in wetgeving waarin de zorg voor het dierenwelzijn een plaats heeft gekregen. Zoals in r.o. 2.3.2 reeds doorklinkt, kan de vraag in hoeverre de concrete toepassing van de betreffende wetgeving met artikel 22 van de Staatsregeling verenigbaar is door het Constitutioneel Hof in principe niet in zijn abstracte *ex ante* toetsing betrokken worden. Die taak ligt primair bij de – *ex post* en in het specifieke geval toetsende – rechter als bedoeld in artikel 119 van de Staatsregeling.’

## 6.2 Overwegingen met betrekking tot artikel 19 lid 1 Staatsregeling

Het Constitutioneel Hof laat in het midden of artikel 19 lid 1 Staatsregeling zodanig concreet en hanteerbaar is dat het zich voor toetsing leent. Volgens het Hof is er namelijk geen sprake van strijd met voornoemd artikel, omdat:<sup>52</sup>

- het Hof in het kader van het beroep op artikel 15 Staatsregeling (bescherming van eigendom) al heeft onderzocht of door de maatregelen getroffen personen als direct gevolg van die maatregelen mogelijk onder de ‘armoedegrens’ kwamen te verkeren en geconcludeerd dat dat niet het geval is;
- de bestreden verordeningen geen invloed hebben op het bestaande sociale-zekerheidsstelsel van Sint Maarten;
- de bestaanszekerheid van de bevolking en spreiding van welvaart juist zijn geënd door het voldoen aan de voorwaarden voor de verkrijging van liquiditeitssteun en het Hof dit niet zonder meer onredelijk acht.

49 E.G. Klein, ‘De bevoegdheid van de rechter om te toetsen aan de sociale grondrechten van hoofdstuk 1 Grondwet’, egklein.eu 7 juni 2017, <http://egklein.eu/2017/06/de-bevoegdheid-van-de-rechter-om-te-toetsen-aan-de-sociale-grondrechten-van-hoofdstuk-1-grondwet>.

50 Constitutioneel Hof 8 november 2013, ECLI:NL:OCHM:2013:2, r.o. 3.3.6.

51 Constitutioneel Hof 8 november 2013, ECLI:NL:OCHM:2013:2, r.o. 3.3.6.

52 Constitutioneel Hof 1 november 2021, ECLI:NL:OCHM:2021:2, r.o. 7.3.

Mr. R.R. Ismail

Over deze overwegingen van het Hof kan het volgende worden opgemerkt:

- In paragraaf 3.3 van dit artikel is vermeld dat het Hof in rechtsoverweging 5.6.3 van de uitspraak heeft geoordeeld dat het bestaansminimum of de armoedegrens niet is bepaald in Sint Maarten, maar toch gaat het Hof ervan uit dat het minimumloon van NAF 1.532,24 boven het bestaansminimum/de armoedegrens ligt. Het valt dus te betwijfelen of de overheidsdienaren met de laagste salarissen niet onder de armoedegrens verkeren en dat er geen strijd is met artikel 19 lid 1 Staatsregeling.
- Voorts is juist dat de bestreden verordeningen geen invloed hebben op het bestaande socialezekerheidsstelsel van Sint Maarten. Echter, het eerste lid van artikel 19 ziet niet op aanspraken voor sociale zekerheid, zoals het tweede en derde lid van dit artikel. Het eerste lid ziet op de bestaanszekerheid van de gehele bevolking en de spreiding van welvaart. Men kan zich afvragen in hoeverre er sprake is van spreiding van welvaart nu slechts de overheidsdienaren en werknemers in de (semi)publieke sector worden getroffen door de bezuinigingsmaatregelen, maar andere sectoren (zoals het bedrijfsleven, de advocatuur, verzekeringsbedrijven, makelaars, consultancybedrijven et cetera op Sint Maarten) niet worden belast met bezuinigingsmaatregelen. Als je spreekt over spreiding van welvaart, had het voor de hand gelegen om (belasting)maatregelen te treffen waarbij ook andere sectoren bijdragen aan de steunmaatregelen voor de sectoren die in financieel zwaar weer verkeerden. Overigens is het niet aan het Constitutioneel Hof om te bepalen welke bezuinigingsmaatregelen getroffen hadden moeten worden, maar het Hof had wel de vraag kunnen stellen in hoeverre er sprake is van spreiding van welvaart nu de bezuinigingsmaatregelen slechts worden afgewenteld op de overheidsdienaren.
- Gelet op het voorgaande, hadden de maatregelen over meer sectoren verdeeld kunnen worden om te zorgen voor voldoende inkomsten voor de overheid, die dan op haar beurt de financieel in zwaar weer verkerende sectoren kon bijstaan. Inmiddels wordt er door de overheid van Sint Maarten geen liquiditeitssteun meer verleend, maar krijgen de overheidsdienaren nog steeds geen jaarlijkse indexatie op hun salaris (terwijl de salaristabellen voor het laatst in 2012 zijn aangepast) en krijgen zij ook geen vakantie-uitkering, hetgeen de komende jaren mogelijk zo zal blijven. Hoezo spreiding van welvaart?

## **7. Artikel 20 Staatsregeling – bescherming en gezondheid van werknemers**

### *7.1 Toepassingsbereik artikel 20 Staatsregeling*

Hoewel de Ombudsman geen beroep heeft gedaan op artikel 20 Staatsregeling, zal ik hierna ingaan op de vraag in hoeverre de Tijdelijke Landsverordening overheidsdienaren met betrekking tot de inhouding van vakantiedagen zich hiermee verenigt. In artikel 20 lid 2 Staatsregeling is het volgende bepaald: ‘Bij of krachtens landsverordening worden regels gesteld over de rechtspositie van werknemers en over hun bescherming daarbij, alsmede over medezeggenschap.’

Noodzakelijke en proportionele bezuinigingsmaatregelen door regering Sint Maarten vanwege Covid-19?

Artikel 20 lid 2 Staatsregeling ziet op een sociaal grondrecht. Dit artikel komt enigszins overeen met artikel 19 Grondwet van Nederland, met dien verstande dat in artikel 20 Staatsregeling over ‘werknemers’ wordt gesproken. In de memorie van toelichting wordt uitdrukkelijk bepaald dat artikel 20 Staatsregeling niet van toepassing is op ambtenaren. De tijdelijke landsverordeningen zijn niet alleen van toepassing op ambtenaren, maar ook op (andere) werknemers in dienst van de overheid van Sint Maarten en mogelijk op werknemers in de (semi)publieke sector. Voor de werknemers van de (semi)publieke sector is in artikel 5 lid 1 Tijdelijke Landsverordening normering topinkomens en aanpassing arbeidsvoorwaarden bij (semi) publieke sector entiteiten slechts bepaald dat er een korting van 12,5% op de arbeidsvoorwaarden moet worden toegepast, maar is niet concreet aangegeven op welke arbeidsvoorwaarden moet worden bezuinigd.<sup>53</sup>

Zoals het Constitutioneel Hof heeft vermeld in zijn uitspraak, blijft toetsing achterwege indien een bepaling uit de Staatsregeling zich niet voor toetsing leent. Een bepaling moet zodanig concreet en hanteerbaar zijn dat zij door de rechter kan worden toegepast.<sup>54</sup> Mijns inziens is artikel 20 lid 2 Staatsregeling zodanig concreet en hanteerbaar dat daaraan door het Hof had kunnen worden getoetst als de Ombudsman daar een beroep op had gedaan.

### 7.2 Betaald verlof van ten minste vier weken

Het recht op vakantie is niet meer weg te denken uit de samenleving. Het is namelijk van belang dat een werknemer dient te recupereren van zijn werk en de werkgever zal een werknemer de nodige rusttijd moeten gunnen. Zo is in artikel 7 Arbeidstijdenrichtlijn van de Europese Gemeenschappen/Europese Unie (EU) van 23 november 1993 bepaald dat ‘de lidstaten [van de EU] (...) de nodige maatregelen [treffen] opdat alle werknemers jaarlijks een vakantie met behoud van loon van ten minste vier weken wordt toegekend (...)’.

Voorts heeft het Koninkrijk der Nederlanden op 22 april 1980 het Europees Sociaal Handvest (ESH) geratificeerd en is dit vanaf 10 oktober 2010 geldig verklaard voor het autonome land Sint Maarten.<sup>55</sup> Uit het *Tractatenblad* kan worden opgemaakt dat het Koninkrijk zich met betrekking tot Nederland gebonden acht aan de artikelen 1, 2, 3, 4 en 5, artikel 6 leden 1, 2 en 3, artikel 6 lid 4, voor wat betreft de niet in overheidsdienst zijnde werknemers, de artikelen 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18 en artikel 19 leden 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7 en 9 van het ESH. De Nederlandse Antillen (thans Sint Maarten) daarentegen achten zich slechts gebonden aan de artikelen 1 en 5, artikel 6, voor wat betreft de niet in overheidsdienst zijnde werknemers, en artikel 16 van het ESH.<sup>56</sup>

53 Hoewel dit niet in de bepaling staat, vermeldt de memorie van toelichting dat het basissalaris wordt ontzien en de inkorting zich beperkt tot 12,5%.

54 Bakhuis e.a. 2014, p. 90.

55 Adviesraad Internationale Vraagstukken, *Fundamentele rechten in het Koninkrijk: eenheid in bescherming. Theorie en praktijk van territoriale beperkingen bij de ratificatie van mensenrechtenverdragen*, nr. 107, juni 2018.

56 *Trb.* 1980, 65.

Mr. R.R. Ismail

Ook in artikel 2 lid 3 deel II ESH is bepaald dat partijen zich verbinden ‘een jaarlijks verlof van ten minste vier weken met behoud van loon te waarborgen’.

In artikel 2 Tijdelijke Landsverordening overheidsdienaren is bepaald dat werknemers van schaal 1 tot en met 9 nog maar 152 werkuren aan vakantie krijgen. Bij een fulltime dienstverband van 40 uur per week, hebben de overheidsdienaren met salarisschaal 1 tot en met 9 slechts negentien vakantiedagen op jaarbasis. Wanneer artikel 20 Staatsregeling in het licht van artikel 2 lid 3 deel II ESH zou worden uitgelegd, kan worden gesteld dat de overheidsdienaren van Sint Maarten met salarisschalen 1 tot en met 9 elk jaar één vakantiedag tekort komen aangezien het ESH uitgaat van een jaarlijks verlof van ten minste vier weken met behoud van loon. Echter, de voormalige Nederlandse Antillen (thans Sint Maarten) hebben zich niet gebonden aan artikel 2 ESH, zodat artikel 20 Staatsregeling niet in het licht van artikel 2 ESH kan worden uitgelegd.

Ook in de *Schultz-Hoff/Stringer*-uitspraak van het Hof van Justitie van de EU (HvJ EU) uit 2009, is bevestigd dat werknemers aanspraak kunnen maken op een verlof van ten minste vier weken met behoud van loon wanneer zij fulltime (40 uur per week) werken.<sup>57</sup> Vanwege deze uitspraak moest artikel 7:635 lid 4 BW (oud), waaruit voortvloeide dat een arbeidsongeschikte werknemer minder vakantiedagen opbouwde dan een niet-arbeidsongeschikte werknemer, in Nederland worden gewijzigd. Een bepaling dat arbeidsongeschikte werknemers minder vakantiedagen opbouwden, was volgens het HvJ EU in strijd met artikel 7 Arbeidstijdenrichtlijn, waarin is bepaald dat (gezonde en zieke) werknemers jaarlijks aanspraak kunnen maken op ten minste vier weken betaald verlof. Voornoemde Arbeidstijdenrichtlijn is niet van toepassing op Sint Maarten. Maar als de *Schultz-Hoff/Stringer*-uitspraak analoog zou worden toegepast, zou artikel 2 Tijdelijke Landsverordening overheidsdienaren ten aanzien van werknemers met schaal 1 tot en met 9 in strijd zijn met deze uitspraak.<sup>58</sup>

Nu kan men denken dat het slechts om één vakantiedag minder per jaar gaat. Maar wanneer de tijdelijke landsverordeningen vijf jaar of langer van kracht blijven, gaat het om een volledige werkweek aan vakantie dat de overheidsdienaren van Sint Maarten en mogelijk de werknemers in de (semi)publieke sector mislopen.

57 HvJ EU 20 januari 2009, C-350/06 en C-520/06, ECLI:EU:C:2009:18 (*Schultz-Hoff/Stringer*).

58 L.J.J. Rogier & J. Sybesma, *Introductie tot het Curaçaose ambtenarenrecht*, Den Haag: Boom juridisch 2020, p. 58-59, waarin is vermeld dat art. 10 Regeling vakantie, vakantie-uitkering en vrijstelling van dienst ambtenaren Sint Maarten buiten toepassing zou moeten worden gelaten als het *Schultz-Hoff/Stringer*-arrest van het HvJ EU uit 2009 hier te lande analoog zou worden toegepast. Volgens Rogier & Sybesma strekt de rechtsmacht en daarmee de jurisprudentie van het HvJ EU zich niet uit tot de LGO's (behalve waar het gaat om burgerschapsrechten)..



Noodzakelijke en proportionele bezuinigingsmaatregelen door regering Sint Maarten vanwege Covid-19?

## 8. Artikel 61 lid 3 jo. artikel 44 Staatsregeling – stemmen zonder last

Tot slot heeft de Ombudsman een beroep gedaan op artikel 61 lid 3 jo. artikel 44 Staatsregeling.<sup>59</sup> In artikel 61 lid 3 Staatsregeling is het volgende bepaald: 'De leden stemmen zonder last.' En in artikel 44 is bepaald dat de Staten het gehele volk van Sint Maarten vertegenwoordigen. Het Constitutioneel Hof vermeldt in de beslissing dat het aansluit bij de interpretatie van de Nederlandse Grondwet, voor zover de bepalingen zijn ontleend aan de Nederlandse Grondwet. In de memorie van toelichting van het vergelijkbare artikel 67 in de Grondwet valt te lezen dat de leden van het parlement vrij moeten zijn om te stemmen. De Statenleden mogen wel met anderen (binnen en buiten het parlement) overleggen, maar zij mogen niet 'in opdracht van anderen' besluiten nemen.

Het is evident dat de Staten niet in opdracht van Nederland de tijdelijke landsverordeningen hebben aangenomen, al zal dat misschien zo voelen. De Staten hadden immers de 'keus' om al dan niet in te stemmen met de tijdelijke landsverordeningen. Het oordeel van het Hof dat 'er geen hiërarchische relatie is met Nederland op grond waarvan een dergelijk juridisch bindend mandaat zou kunnen bestaan' en de tijdelijke landsverordeningen niet onverenigbaar zijn met artikel 61 lid 3 jo. artikel 44 Staatsregeling is mijns inziens terecht.<sup>60</sup>

## 9. Conclusie

Gelet op het voorgaande is niet zonder meer zeker dat de tijdelijke landsverordeningen niet in strijd zijn met de artikelen 15, 16, 19 lid 1 en 20 van de Staatsregeling. Ook valt te betwijfelen in hoeverre bepaalde artikelen van de Tijdelijke Landsverordening overheidsdienaren met terugwerkende kracht konden worden toepast.

Zoals het Constitutioneel Hof terecht stelt, toetst het de landsverordeningen 'voordat deze mogelijk in werking treden *ex ante*', maar bestaat er voor individuele personen de mogelijkheid om op grond van artikel 119 Staatsregeling de landsverordening *ex post*/na inwerkingtreding te laten toetsen aan de Staatsregeling. Het Constitutioneel Hof heeft immers abstract getoetst en de *ex post* oordelende rechter zal een concrete toetsing verrichten, aan de hand van individuele gevallen.<sup>61</sup>

Wanneer individuele personen aannemelijk kunnen maken dat zij een excessieve zware last dragen als gevolg van de maatregelen in de tijdelijke landsverordeningen, kunnen zij een procedure starten bij het Gerecht in eerste aanleg in Sint Maarten. Ook het EHRM heeft in zijn uitspraken bevestigd dat het afhankelijk is van de persoonlijke omstandigheden van een persoon of de maatregel al dan niet proportioneel is. Zoals het Constitutioneel Hof stelt en in artikel 119 Staatsregeling is bepaald, kan de *ex post* oordelende rechter de tijdelijke landsverordening gedeeltelijk of geheel buiten toepassing laten wanneer deze onverenigbaar is met de Staats-

59 Constitutioneel Hof 1 november 2021, ECLI:NL:OCHM:2021:2, r.o. 8.1.

60 Constitutioneel Hof 1 november 2021, ECLI:NL:OCHM:2021:2, r.o. 8.3.

61 Constitutioneel Hof 1 november 2021, ECLI:NL:OCHM:2021:2, r.o. 9

Mr. R.R. Ismail

regeling. Het Constitutioneel Hof laat met deze woorden een opening om de tijdelijke landsverordeningen nader te laten toetsen. Het zou dan ook kunnen dat nog niet het laatste woord is gezegd over deze landsverordeningen die zien op bezuinigingen van de arbeidsvoorwaarden van overheidsdienaren en werknemers in de (semi)publieke sector.