

Aan:

Het Ministerie van Financiën, Directoraat-Generaal Belastingdienst,
t.a.v. de plaatsvervangende Secretaris-generaal,

en de Samenwerkende Centrales van Overheidspersoneel,
door tussenkomst van

verslag hoorzitting 5 september
2018, pleitnota SCO

bijlage(n)

AAC.104

Zaaknummer

Onderwerp:

Verzoek arbitrage TOD55+.

I. Feiten en procesverloop

Op 5 september 2018 heeft de hoorzitting van de Commissie plaatsgevonden.

II. Inhoud van het geschil

In de zomer van 2017 bleek dat binnen de Belastingdienst medewerkers een vaste toelage onregelmatige dienst op grond van artikel 17, vierde lid, BBRA 1984 (hierna: TOD55+) ontvangen, hoewel zij niet meer werkzaam zijn in een functie met een werktijdregeling op ongebruikelijke tijden. Dit is aan het licht gekomen nadat vragen zijn gesteld door de ondernemingsraad van de Douane en daarna door de SCO in het formele overleg DGO Financiën van 13 juli 2017. Het Ministerie van Financiën/Directoraat-Generaal Belastingdienst (hierna: de werkgever) heeft tijdens dit overleg toegezegd dat zou worden uitgezocht wat de uitvoeringspraktijk binnen de Belastingdienst was.

Vervolgens heeft de werkgever twee memo's opgesteld (beide gedateerd op 26 september 2017), die werden besproken in het technisch overleg DGO Financiën van 4 oktober 2017.

Uit de memo's bleek dat 121 medewerkers (in hoofdzaak werkzaam bij de Douane) een TOD55+ ontvingen terwijl ze werkzaam waren in een niet-OD-functie. Deze uitvoeringspraktijk wijkt af van het Rijksbeleid, dat inhoudt dat bij functieverandering naar een functie waaraan geen onregelmatige diensten zijn verbonden, de vaste TOD55+ eindigt. Verder refereert de werkgever aan een uitspraak die in april 2016 is gedaan in het Interdepartementaal Platform Rechtspositie en Arbeidsvoorwaarden (IPRA), waarin naar aanleiding van casuïstiek bij DJI is vastgesteld dat de vaste toelage onregelmatige dienst moet vervallen bij overgang naar een functie zonder werktijdregeling op onregelmatige tijden – tenzij er sprake is van departementale afwijkende afspraken. Deze uitspraak heeft geleid tot aanpassing op de toelichting op artikel 17 op het Rijksportaal.

De werkgever heeft aan de SCO voorgesteld dat vanaf 1 mei 2018 bij functieverandering van een medewerker met een TOD55+ naar een niet-OD-functie de TOD55+ wordt beëindigd, conform het Rijksbeleid. Voor de groep medewerkers die op 1 mei 2018 een TOD55+ ontvangen maar dan al is geplaatst in een niet-OD-functie stelt de werkgever voor dat men de TOD55+ behoudt voor de duur dat men de functie vervult waarin men op 1 mei 2018 is geplaatst. Bij plaatsing in de andere niet OD-functie nadien geldt alsnog het Rijksbeleid. De SCO gaan niet akkoord met dit voorstel.

Partijen komen niet tot overeenstemming en besluiten op 18 januari 2018 hun geschil voor een arbitrale uitspraak voor te leggen aan de AAC.

Middels hun gezamenlijke brief d.d. 20 maart 2018 vragen partijen de AAC om arbitrage. De SCO lichten hun standpunt toe in de brief van hun raadsman, de heer mr XXX, van 5 april 2018. De werkgever licht zijn standpunt toe middels zijn brief d.d. 7 mei 2018.

Het geschil heeft betrekking op de vraag of de uitspraak over de juiste toepassing van artikel 17 lid 4 BBRA 1984 besproken in de IPRA van april 2016, gevolgen moet hebben voor de bestaande uitvoeringspraktijk bij de Belastingdienst, dan wel dat de bestaande uitvoeringspraktijk kan worden gecontinueerd, zonder dat daarover expliciet een regeling wordt afgesproken.

III. Standpunten van partijen blijkens de voorafgaande aan de hoorzitting uitgewisselde stukken

Standpunt van de Samenwerkende Bonden van Overheidspersoneel zoals verwoord in de brief van 5 april 2018

De SCO menen dat de huidige uitvoeringspraktijk van de Belastingdienst kan worden gecontinueerd zonder dat daarover een expliciete regeling moet worden afgesproken. De uitspraak van de IPRA heeft geen gevolgen voor deze praktijk.

De vaststelling in de IPRA is van generlei waarde, aangezien dit standpunt geen product is van het overleg met de SCO. In de IPRA zijn slechts vertegenwoordigers van departementen en grote uitvoerende diensten e.d. vertegenwoordigd.

Dat geen sprake meer zou zijn van een TOD55+ bij plaatsing in een functie zonder onregelmatigheid is niet in overeenstemming met artikel 17, vierde lid, BBRA 1984.

Allereerst verwijzen de SCO naar de tekst van de artikelen 17 en 18 BBRA 1984, waarin was vastgelegd dat bij werken in onregelmatigheid een toelage onregelmatige dienst (TOD) werd toegekend (artikel 17). Daarnaast is een afbouwregeling getroffen ingeval van vermindering van de TOD (artikel 18, eerste lid). Voorts werd aan de ambtenaar van 60 jaar of ouder, wiens bezoldiging als gevolg van verlaging of beëindiging van de TOD een blijvende verlaging onderging, een blijvende toelage toegekend, mits werd voldaan aan een aantal voorwaarden (artikel 18, lid 2 en lid 3).

In 1990 is in het SOR het verbod op nachtwerk overeengekomen voor de ambtenaar van 55 jaar en ouder. Aan artikel 18 is toen de bepaling toegevoegd inhoudende dat aan deze ambtenaar, die in verband met het verbod op werken in de nacht zijn TOD ziet verminderen of wegvallen, een blijvende toelage wordt toegekend (artikel 18, lid 4).

In 1991 is besloten in het SOR dat vanwege uitvoeringsproblemen de verschillende bepalingen inzake TOD werden gewijzigd. Aan artikel 17 is de bepaling inzake de vaste TOD55+ toegevoegd. De bepalingen inzake de vaste TOD voor ambtenaren van 60 jaar en ouder (artikel 18, tweede en derde lid BBRA 1984) en de blijvende toelage voor ambtenaren van 55 jaar en ouder (ex artikel 18 lid 4) werden geschrapt.

In de toelichting bij de wijziging in 1991 is vermeld dat uit het verbod op nachtarbeid voortvloeiende financiële nadelen werden gecompenseerd middels een vaste toelage in plaats van een toelage die is gebaseerd op feitelijk gewerkte uren in de voorafgaande periode, mits de ambtenaar gedurende vijf jaren zonder wezenlijke onderbreking een toelage voor onregelmatige dienst heeft genoten. 'Of daadwerkelijk nog onregelmatige dienst wordt verricht en in welke mate is daarbij niet van belang.'

Uit de ontstaansgeschiedenis en de toelichting volgt dat de ambtenaar van 55 jaar of ouder zijn TOD55+ behoudt, ook al wordt hij benoemd in een functie waarvoor geen onregelmatigheid geldt.

De in artikel 17 BBRA 1984 opgenomen bevoegdheid van de Minister om een (aanvullende of afwijkende) regeling te treffen is verder beperkt tot bijzondere gevallen, die zich hier niet voordoen.

Standpunt van het Ministerie van Financiën/Directoraat-Generaal Belastingdienst zoals verwoord in de brief van 7 mei 2018

De toelage ex artikel 17, vierde lid, BBRA 1984 is van toepassing op een functie waarbij onregelmatige diensten worden verricht. Zij is functie-gebonden en niet persoonsgebonden. Indien geen sprake (meer) is van een functie waarbij op onregelmatige tijden wordt gewerkt, wordt geen toelage (meer) verstrekt.

Met de invoering van artikel 17, vierde lid, BBRA 1984 - zie het Staatsblad 171, jaargang 1992 - is slechts beoogd de ambtenaar van 55 jaar en ouder voortaan voor het verrichten van onregelmatige

dienst een vaste toelage toe te kennen in plaats van een toelage die wordt berekend op basis van de feitelijk gewerkte onregelmatige uren.

Bij overgang van een functie met een werktijdregeling op ongebruikelijke tijden naar een functie met geen werktijdregeling op ongebruikelijke tijden geldt dat de vaste toelage op grond van artikel 17, vierde lid, BBRA 1984 wordt beëindigd. Dit is Rijksbeleid dat blijkt uit de toelichting op het Rijksportaal, welke toelichting recent is aangescherpt naar aanleiding van de vaststelling in de IPRA dat een vaste TOD-toelage dient te vervallen bij overgang naar een niet-OD-functie, tenzij sprake is van departementale afwijkende afspraken.

Bij de Belastingdienst is geen sprake van departementale afwijkende afspraken; er is slechts sprake van een uitvoeringspraktijk die niet (tijdig) is aangepast aan het Rijksbeleid. De werkgever heeft naar aanleiding van de constatering in de IPRA geen actie ondernomen.

De werkgever wil in overeenstemming met het Rijksbeleid handelen en wil de huidige uitvoering die getuigt van onjuiste toepassing van de regelgeving beëindigen. Hij ziet geen discretionaire bevoegdheid om – zonder een regeling - deze handelwijze te handhaven.

IV. Overwegingen

Tijdens de hoorzitting van de Commissie hebben partijen in aanvulling op de door hen ingediende schriftelijke stukken hun standpunt betreffende het onderhavige geschil nader toegelicht. Van deze hoorzitting is een verslag gemaakt dat als bijlage bij deze uitspraak is gevoegd en hiervan deel uitmaakt.

De Commissie merkt allereerst op dat niet kan worden voldaan aan het verzoek dat tijdens de hoorzitting is gedaan door de werkgever, inhoudende dat de Commissie aan partijen een aanbeveling doet 'hoe verder te handelen'. Aan de Commissie is een verzoek om arbitrage voorgelegd en niet een verzoek om advies. De arbitrage houdt in dat de Commissie een bindende uitspraak doet over de aangelegenheid die is voorgelegd, te weten is sprake van een juiste toepassing van artikel 17, vierde lid, BBRA 1984 dan wel kan de uitvoeringspraktijk van de Belastingdienst worden gecontinueerd zonder dat daarover een expliciete regeling wordt afgesproken?

Ten aanzien van het voorgelegde verzoek om arbitrage oordeelt de Commissie als volgt.

Bij de uitleg van cao-bepalingen die rechten en verplichtingen scheppen voor derden, dus voor werkgevers en werknemers die onder de werking van een cao vallen en niet partij zijn bij die cao, wordt op grond van de jurisprudentie van de Hoge Raad de zogenoemde cao-norm gehanteerd.

Deze houdt in dat aan een bepaling van een cao een uitleg naar objectieve maatstaven moet worden gegeven, waarbij in beginsel de bewoordingen van die bepaling, gelezen in het licht van de gehele tekst van de cao, van doorslaggevende betekenis zijn, zodat het niet aankomt op de bedoelingen van de partijen die de cao tot stand hebben gebracht, voor zover deze niet uit de daarin opgenomen bepalingen kenbaar zijn, maar op de betekenis die naar objectieve maatstaven volgt uit de bewoordingen waarin de cao is gesteld. Bij deze uitleg kan onder meer acht worden geslagen op de elders in de cao gebruikte formuleringen en op de aannemelijkheid van de rechtsgevolgen waartoe de onderscheiden, op zichzelf mogelijke tekstinterpretaties zouden leiden. Ook de bewoordingen van de eventueel bij de cao behorende schriftelijke toelichting moeten bij de uitleg van de cao worden betrokken.

Hoewel de rechtspositieregeling van ambtenaren formeel niet kan worden aangemerkt als een cao, biedt de cao-norm houvast bij het arbitreren in het voorliggende geschil. Dat betekent dat de Commissie uitgaat van de tekst van het huidige artikel 17 BBRA 1984 in de context van het bezoldigingsbesluit. De toelichting op artikel 17 kan een rol spelen, mits deze beschikbaar is voor derden. De tekst van de bepaling wordt uitgelegd naar objectieve maatstaven, de bedoeling van de opsteller ervan wordt niet meegenomen in de uitleg, indien die bedoeling niet blijkt uit de tekst.

De tekst van artikel 17 BBRA 1984 luidt als volgt.

- 1 Aan de ambtenaar, die anders dan bij wijze van overwerk, regelmatig of vrij regelmatig arbeid verricht op andere tijden dan op de dagen maandag tot en met vrijdag tussen 8 en 18 uur, wordt een toelage toegekend.
- 2 De toelage bedraagt per gewerkt uur een percentage van het voor de ambtenaar geldende salaris per uur en wel
 - a. 20% voor de uren op maandag tot en met vrijdag tussen 6 en 8 uur en tussen 18 en 22 uur;
 - b. 40% voor de uren op maandag tot en met vrijdag tussen 0 en 6 uur en tussen 22 en 24 uur;
 - c. 70% voor de uren op zaterdag;
 - d. 70% voor de uren op zondag;
 - e. 100% voor de uren op de feestdagen genoemd in artikel 21, zevende lid, onder a, van het Algemeen Rijksambtenarenreglement, Eerste Paasdag en Eerste Pinksterdag, met dien verstande dat genoemde percentages worden berekend over ten hoogste het salaris per uur, dat is afgeleid van het salaris behorende bij salarisnummer 10 van salarisschaal 7.
- 3 Voor de in het vorige lid onder a genoemde morgen- en avonduren wordt de toelage slechts toegekend, indien de arbeid is aangevangen vóór 7 uur, respectievelijk is beëindigd na 20 uur.
- 4 In afwijking van het bepaalde in het eerste en het tweede lid ontvangt de ambtenaar met ingang van de maand waarin hij de leeftijd van 55 jaar bereikt een vaste toelage, mits hij op dat moment gedurende ten minste 5 jaar zonder wezenlijke onderbreking een toelage als bedoeld in het eerste lid heeft genoten.
- 5 De toelage, bedoeld in het vierde lid, wordt vastgesteld op het bedrag dat de ambtenaar over de zesendertig kalendermaanden voorafgaande aan de maand waarin hij de leeftijd van 55 jaar bereikt gemiddeld per maand aan toelage als bedoeld in het eerste lid heeft genoten. Dit bedrag wordt aangepast aan de algemene salariswijzigingen. De toelage wordt naar rato aangepast bij een vermindering van de arbeidsduurfactor.
- 6 Voor de toepassing van het vierde lid wordt onder wezenlijke onderbreking verstaan een onderbreking van langer dan twee maanden.
- 7 In afwijking van het eerste en tweede lid kan het bevoegd gezag een vaste toelage vaststellen voor een ambtenaar die geen aanspraak heeft op een vaste toelage als bedoeld in het vierde lid.
- 8 De toelage, bedoeld in het zevende lid, wordt vastgesteld aan de hand van het bepaalde in het tweede en derde lid, het voor de ambtenaar geldende arbeidstijdpatroon als bedoeld in artikel 21, eerste lid, van het Algemeen Rijksambtenarenreglement en de mate waarin en de wijze waarop van dat arbeidstijdpatroon pleegt te worden afgeweken. De toelage wordt aangepast indien zich wijzigingen voordoen in de berekeningsgrondslag daarvan.
- 9 In bijzondere gevallen kan een regeling worden getroffen, welke het bepaalde in de vorige leden aanvult of daarvan afwijkt.

Het eerste lid van artikel 17 BBRA 1984 bepaalt wanneer de ambtenaar aanspraak kan maken op de TOD, namelijk indien hij regelmatig of vrij regelmatig arbeid verricht op andere tijden dan op de dagen maandag tot en met vrijdag tussen 8 en 18 uur. Het verrichten van werkzaamheden op andere tijden, dus op tijden gelegen buiten de dagen en tijdvakken genoemd in het eerste lid, is *een voorwaarde voor de aanspraak op de toelage* (de aanspraak).

Uit het eerste lid volgt redelijkerwijze dat indien niet meer is voldaan aan de voorwaarde van het verrichten van werkzaamheden op andere tijden, geen aanspraak meer kan worden gemaakt op de TOD.

Is het recht op de TOD vastgesteld, dan wordt de hoogte daarvan bepaald conform het tweede en derde lid (de berekening).

Het vierde lid bevat een bijzondere bepaling voor de ambtenaar die de leeftijd van 55 jaar bereikt. Die krijgt een vaste toelage, mits hij op dat moment gedurende ten minste 5 jaar zonder wezenlijke onderbreking een toelage als bedoeld in het eerste lid heeft genoten (de aanspraak). De bepaling ex artikel 17, vierde lid, BBRA 1984 vangt aan met: **'In afwijking van** het bepaalde in het eerste en het tweede lid....'. Wie op de dag van het bereiken van het 55^{ste} levensjaar gedurende ten minste vijf jaar de TOD heeft genoten krijgt een vaste toelage, de TOD55+. De leden 1 en 2 van artikel 17 BBRA 1984 zijn op deze ambtenaar niet meer van toepassing. Het gevolg hiervan is dat niet relevant meer is of de ambtenaar van 55 jaar vanaf die leeftijd nog op andere tijden zoals bedoeld in artikel 17, eerste lid, werkt. Ook indien in het geheel niet meer op andere tijden wordt gewerkt, ontvangt hij de vaste toelage. De vaste toelage is gekoppeld aan de voorwaarde dat men op de dag waarop men 55 jaar wordt reeds vijf jaar zonder wezenlijke onderbreking een toelage als bedoeld in het eerste lid heeft genoten. Het nadien wijzigen van het arbeidspatroon is niet van belang. Dit wordt ook bevestigd door de toelichting op het vierde lid. Deze luidt, voor zover van belang voor de voorliggende vraag: 'Of daadwerkelijk nog onregelmatige dienst wordt verricht en in welke mate is daarbij niet van belang'¹.

¹ Zie de artikelsgewijze toelichting bij het besluit van 3 april 1992, inhoudende wijziging van het Bezoldigingsbesluit Burgerlijke Rijksambtenaren 1984, Staatscourant 1992, 171, blz. 4.

Het vijfde lid heeft betrekking op de berekening van de aanspraak op de TOD55+ (de berekening). Door de werkgever wordt gesteld dat de aanspraak op de TOD55+ functie-gebonden is. In artikel 17 wordt echter niet gesproken over de situatie dat de ambtenaar een andere functie gaat bekleden. Maar uit het eerste lid volgt wel dat indien niet meer is voldaan aan de voorwaarde van het verrichten van werkzaamheden op andere tijden, de aanspraak eindigt. Dit kan zowel gebeuren indien men de eigen functie blijft bekleden, maar uitsluitend op reguliere tijden (bijvoorbeeld op grond van een verklaring van de bedrijfsarts), alsook indien men een andere functie gaat vervullen waarbij geen sprake is van werken buiten de reguliere uren.

Voor de ambtenaar van 55 jaar (en ouder) is het voormelde niet van belang; zijn aanspraak is gebaseerd op het vierde lid en niet op het eerste lid.

Door de werkgever wordt ook gesteld dat de vaste TOD55+ slechts betekent dat voor die ambtenaar de berekening anders is. Dat is een onjuiste stelling, aangezien in het vierde lid zowel het eerste lid (de aanspraak) als het tweede lid (de berekening) buiten werking worden gesteld.

De werkgever geeft aan dat hij het Rijksbeleid wenst te volgen. Dit beleid is dat bij functie-wijziging van een OD-functie in een niet OD-functie, de aanspraak op de vaste TOD55+ komt te vervallen. Dit staat vermeld op het Rijksportaal; het betreft een aanscherping van beleid n.a.v. de uitspraak van de IPRA. Dit beleid is niet terug te voeren op de tekst van artikel 17, vierde lid, BBRA 1984; sterker nog het is in strijd met artikel 17, vierde lid, BBRA 1984. Indien de werkgever dit beleid wenst te voeren, dient hij de regelgeving ter zake aan te passen. Aanpassing van arbeidsvoorwaardelijke regelingen vereist voorafgaand overleg en overeenstemming met de vakorganisaties. Een uitspraak van de IPRA, waarin de vakorganisaties niet zijn vertegenwoordigd, is hiervoor niet voldoende.

De bovenstaande overwegingen leiden tot de volgende uitspraak.

V. Uitspraak

De Commissie bepaalt dat de bestaande uitvoeringspraktijk bij de Belastingdienst kan worden gecontinueerd zonder dat daarover expliciet een regeling wordt afgesproken. Deze uitvoeringspraktijk betreft de juiste toepassing van artikel 17, vierde lid, BBRA 1984.