

Uitspraak

Inzake het verschil van mening tussen:

- [REDACTED]
- [REDACTED]
- [REDACTED]
- [REDACTED]
- [REDACTED]
- [REDACTED]

(hierna: verzoekers), in deze zaak vertegenwoordigd door mevrouw mr. M.C.W.C. van Zon, Procesjurist FNV (hierna: gemachtigde verzoeker)

en

het Ministerie van Justitie en Veiligheid, Dienst Justitiële Inrichtingen (hierna: verweerder), in deze zaak vertegenwoordigd door mevrouw mr. [REDACTED] jurist arbeidsrecht Shared Service Center DJI (hierna: gemachtigde verweerder) en de heer [REDACTED] Vestigingsdirecteur PI Vught.

1. Samenstelling commissie

1.1. De Geschillencommissie Rijk (hierna te noemen: 'de commissie') bestaat in deze kwestie uit mevrouw mr. [REDACTED] voorzitter, mevrouw mr. [REDACTED], lid op voordracht van werkgeverszijde en de heer [REDACTED] lid op voordracht van werknemerszijde. De commissie wordt ondersteund door het CAOP te Den Haag. In deze zaak heeft als secretaris opgetreden de heer mr. [REDACTED]

2. Procesverloop

2.1. Verzoekers hebben zich per e-mail/brief van hun gemachtigde van 14 juli 2021 tot de commissie gewend met het verzoek het verschil van mening in behandeling te nemen. Verzoekers zijn kortgezegd van mening dat verweerder, de PI Vught, hen ten onrechte geen toelage ex § 7.7 van de cao heeft toegekend in verband met de bezwarende omstandigheden waaronder zij hun werkzaamheden verrichten.

2.2. Verweerder heeft per e-mail/brief van 3 september 2021 op het verzoek gereageerd.

2.3. Verzoekers hebben per e-mail/brief van hun gemachtigde van 13 september 2021 op het verweer gereageerd.

2.4. Verweerder heeft per e-mail/brief van 20 september 2021 een nadere reactie ingediend.

2.5. Op 27 september 2021 zijn partijen in de gelegenheid gesteld hun standpunten ter (digitale) hoorzitting nader toe te lichten. Een verslag van de hoorzitting is als bijlage aan deze uitspraak gehecht.

2.6. Per e-mail van 29 september 2021 van haar gemachtigde heeft verweerder nadere inlichtingen aan de commissie verschaft. Per e-mail van hun gemachtigde van donderdag 30 september 2021 hebben verzoekers hierop gereageerd. De commissie heeft hierop aangegeven zich voldoende geïnformeerd te achten om tot een uitspraak te komen.

2.7. In het navolgende worden eerst de feiten en omstandigheden zakelijk weergegeven.

3. Feiten en omstandigheden

- 3.1. Verzoekers werken bij de PI Vught als Zorg Behandel Inrichtings Werker (ZBIW'er) op de afdeling Zeer Intensieve Specialistische Zorg (ZISZ). Deze afdeling bevindt zich sinds 2009 bij de PI Vught.
- 3.2. Verzoekers hebben op 5 april 2017 de toenmalige directeur verzocht om een toelage wegens bezwarende omstandigheden aan hen toe te kennen en/of een onderzoek naar de bezwarende omstandigheden in te stellen, vergelijkbaar met een eerder op andere afdelingen van de PI Vught door TNO verricht onderzoek.
- 3.3. Verweerder heeft op 9 oktober 2017 een voorgenomen besluit genomen op dit verzoek, met als strekking dat geen toelage zou worden toegekend en ook geen onderzoek naar de bezwarendheid van de functies van verzoekers zou worden ingesteld.
- 3.4. Verzoekers hebben op 8 november 2017 hun zienswijze ten aanzien van dit voorgenomen besluit kenbaar gemaakt.
- 3.5. Op 29 januari 2018 heeft verweerder een besluit genomen op het verzoek, waarin de strekking van het voorgenomen besluit wordt gehandhaafd.
- 3.6. Op 21 februari 2018 hebben verzoekers een bezwaarschrift ingediend tegen dit besluit.
- 3.7. Op 2 juli 2018 heeft verweerder een beslissing op bezwaar genomen, met als strekking dat het bezwaar gegrond wordt verklaard en een onderzoek door TNO zal worden ingesteld, waarna verweerder een nieuw besluit zal nemen inzake de toelage.
- 3.8. Op 11 februari 2020 heeft TNO het eerste deel van het onderzoek opgeleverd. Bij de beantwoording van de vraag: *'is er bij het werk van de ZBIW'er op de ZISZ-afdeling sprake van extra belasting of andersoortige belasting ten opzichte van het werk van een ZBIW'er op een PPC-afdeling, en zo ja, in welke mate?'* werd hierin geconcludeerd dat inderdaad sommige aspecten van het werk op de ZISZ-afdeling belastender zijn, namelijk de aspecten tillen/dragen, geur, aard materiaal, agressie, menselijk leed, autonomie en concentratie.
- 3.9. In september 2020 heeft TNO het tweede deel van het onderzoek opgeleverd, inzake de aanpak van de belastende omstandigheden.
- 3.10. Op 10 maart 2021 heeft verweerder een nieuw besluit genomen inzake het verzoek tot het toekennen van de toelage. Verweerder brengt hierbij het voornemen naar voren dat de werkzaamheden minder bezwarend worden gemaakt. Daartoe zal uitvoering worden gegeven aan het plan van aanpak dat naar aanleiding van de adviezen van TNO is gemaakt.
- 3.11. Verzoekers hebben bij brief van hun gemachtigde van 30 maart 2021 aan verweerder verzocht om een definitief besluit.
- 3.12. Verweerder heeft verzoekers per brief van 3 mei 2021 laten weten dat de procedure was afgerond met het nieuwe besluit van de directeur van 10 maart 2021.

4. Standpunt verzoekers

4.1. Verzoekers zijn het niet eens met het besluit van 30 maart 2021 en brengen ter onderbouwing van hun standpunt dat zij recht zouden hebben op een toelage een toelage ex § 7.7 van de cao kortgezegd de volgende argumenten naar voren:

- a) Dat sprake is van bezwarende omstandigheden die recht geven op deze toelage, onder meer gelegen in het feit dat wordt gewerkt met patiënten met ernstige psychiatrische gedragsstoornissen, waardoor verzoekers tijdens het werk dagelijks worden geconfronteerd met verbale en/of fysieke agressie, intimidatie en/of bedreiging, met geregeld ernstige incidenten, dat hierbij strikte veiligheidsprotocollen in acht genomen moeten worden en sprake is van een grote emotionele belasting;
- b) Dat in het onderzoek van TNO is bevestigd dat sprake is van dergelijke bezwarende omstandigheden;
- c) Dat deze bezwarende omstandigheden al bestonden op het moment dat zij hun verzoek tot het toekennen van een toelage deden in 2017, dat de werkzaamheden in de tussentijd niet zijn veranderd en dat deze na het rapport van TNO ook niet zijn aangepast;
- d) Dat de voorgestelde maatregelen de bezwarendheid van de werkzaamheden niet weg kunnen nemen;
- e) Dat ook geen maatregelen denkbaar zijn die de bezwarendheid van de werkzaamheden weg zouden kunnen nemen, aangezien op de afdeling ZISZ wordt gewerkt met de zwaarste, gevaarlijkste en psychisch het meest getroebleerde patiënten;
- f) Dat zij bij de besprekingen rondom hun verzoek erop hebben vertrouwd dat het vaststellen van bezwarende omstandigheden tot toekenning van de toelage zou leiden;
- g) Dat § 7.7 van de cao geen ruimte tot aanpassing van de bezwarende omstandigheden laat, enkel tot betaling van de toelage;
- h) Dat bij de Extra Beveiligde Inrichting te Vught, nadat daar ook uit onderzoek van TNO bleek dat sprake was van bezwarende omstandigheden, wél een toelage aan het personeel is toegekend, en geen onderzoek is gedaan naar de mogelijkheden om de bezwarende omstandigheden weg te nemen;
- i) Dat verweerder enige tijd geleden een financiële tegemoetkoming heeft ontvangen om luwteplekken te creëren, dat deze tegemoetkoming nog niet is besteed, of in elk geval niet aan luwteplekken (want TNO heeft vastgesteld dat cameratoezicht geen luwteplek betreft) en dat deze toelage ingezet zou kunnen worden om de toelage ex § 7.7 van de cao van verzoekers te financieren;
- j) Dat het onderzoek naar de bezwarendheid van de werkzaamheden van verzoekers verschillende keren in het Georganiseerd Overleg aan de orde is geweest, waarbij onder meer ter sprake is geweest dat de bestuurder zich kan voorstellen dat de vestigingsdirecteur een financieel gebaar inzake de bezwarende omstandigheden in het verleden maakt, en dat de vakbonden vinden dat dit gebaar vorm zou moeten krijgen door middel van het toekennen van een toelage met terugwerkende kracht;

4.2. Verzoekers stellen zich derhalve op het standpunt dat verweerder in strijd met § 7.7 van de cao handelt door hen geen toelage toe te kennen, en verzoeken de commissie om te bepalen dat deze toelage alsnog uitbetaald moet worden, met terugwerkende kracht vanaf het tijdstip waarop zij hun oorspronkelijke verzoek hadden ingediend, derhalve vanaf 5 april 2017.

4.3. In hun reactie op het verweerschrift brengen verzoekers het volgende naar voren, in aanvulling op de bovengenoemde argumenten:

- k) Dat de grondslag van het verzoek in 2017 artikel 17b BBRA betrof, welk artikel bij de technische omzetting in het kader van de WNRA in de vrijwel gelijklopende § 7.7 van de cao is terechtgekomen, en dat het er niet toe doet dat deze grondslag niet expliciet in het verzoek is genoemd;
- l) Dat er geen aanleiding bestaat om de toelage niet toe te kennen aan verzoekers, terwijl dit bij EBI-medewerkers wél is gebeurd, nadat door TNO bezwarende omstandigheden waren vastgesteld;

- m) Dat het werk op de ZISZ weldegelijk zwaarder is dan dat van andere ZBIW'ers, met name vanwege de lage doorstromingsnelheid van patiënten;
- n) Dat er weldegelijk de laatste jaren medewerkers de afdeling hebben verlaten (zo'n acht tot tien) omdat het werk hen te zwaar viel, dat medewerkers zijn uitgevallen, dat sprake is van openstaande vacatures en dat er nog steeds geen mogelijkheid tot roulatie bestaat;
- o) Dat verweerder op grond van het besluit op bezwaar verplicht is met vakbonden in gesprek te treden over het toekennen van een toelage, en dat als dit niet op grond van artikel 17b BBRA / § 7.7 van de cao gebeurt, zij verweerder verzoeken een toelage op grond van artikel 22a BBRA / § 7.9 van de cao toe te kennen, hetgeen voorheen de basis vormde voor de toelage bij de EBI;
- p) Dat de door TNO vastgestelde bezwarende omstandigheden weldegelijk (voor een groot deel) overeenkomen met de bezwarende omstandigheden als genoemd in § 7.7 van de cao.

4.4. In reactie op de e-mail van verweerder van 29 september 2021 brengen verzoekers bij e-mail van hun gemachtigde d.d. naar voren:

- q) Dat uit het verslag van het Georganiseerd Overleg (GO) van 18 maart 2021 blijkt dat de hoofddirecteur van DJI, de heer ██████ een suggestie aan de vestigingsdirecteur heeft gedaan inzake een financieel gebaar, en dat de hoogte van dit gebaar bij het volgende GO bekend zou worden gemaakt. Dit laatste is echter niet gebeurd;
- r) Dat uit het verslag van het GO van 12 november 2020 naar voren komt dat de vakbonden de werkgever hebben aangespoord om een besluit te nemen inzake het bezwaar van verzoekers, en dat is afgesproken dat de bestuurder hier actie op zou ondernemen;
- s) Dat uit het verslag van het GO van 17 december 2020 naar voren komt dat de vakbonden toen hun irritatie hebben geuit over het uitblijven van een actie door de bestuurder, en dat de bestuurder hierop heeft aangegeven het gebrek aan voortgang in deze kwestie te betreuren en zijn voornemen om snel tot besluitvorming te komen heeft herbevestigd.

5. Standpunt verweerder

- 5.1. Verweerder stelt zich op het standpunt verzoekers geen recht hebben op een toelage als bedoeld in § 7.7 van de cao. Daartoe brengt verweerder de navolgende argumenten naar voren.
- 5.2. Verweerder wijst erop dat de grondslag van het oorspronkelijke verzoek in 2017 de vergelijking met PIW'ers werkzaam bij de EBI betrof, en dat het verzoek thans op § 7.7 van de cao is gebaseerd. Vanwege de wijziging van de grondslag van het verzoek zouden de in eerste instantie tussen partijen uitgewisselde standpunten niet relevant meer zijn voor de beoordeling van het huidige verzoek. Voor het geval de commissie hier anders over zou denken, gaat verweerder hier toch op in.
- 5.3. Wat betreft de aard van de ZISZ afdeling brengt verweerder naar voren dat hier zes tbs-patiënten met een LPFZ-status worden opgevangen in opdracht van de Pompestichting. De afdeling heeft een relatief hoge ratio tussen het aantal personeelsleden en het aantal patiënten en bestaat uit compartimenten waardoor de individuele begeleiding van patiënten goed en veilig valt uit te voeren. De patiënten zijn weliswaar moeilijk behandelbaar, maar niet onbehandelbaar.
- 5.4. Verweerder stelt zich op het standpunt dat de functie niet bezwarender is dan die van andere ZBIW'ers. Andere afdelingen worden meer gekenmerkt door patiënten met chronische problemen en een langer verblijf. Op de afdeling van verzoekers is niet dagelijks sprake van verbale en/of fysieke agressie, intimidatie en/of bedreiging. Ook zijn er niet dagelijks incidentmeldingen of is met grote regelmaat sprake van separereplaatsing. Er zijn weliswaar periodes met een specifieke patiënt waarbij separatie meer nodig was, maar dat geldt in een PI voor alle afdelingen.

- 5.5. De strikte veiligheidsprotocollen zorgen volgens verweerder juist voor een lagere emotionele belasting. Vanwege het zorg- en behandelklimaat dat op de afdeling heerst kan de afdeling niet worden vergeleken met de omstandigheden binnen EBI. Het is niet juist dat meerdere medewerkers zijn uitgevallen vanwege de psychische belasting op de afdeling.
- 5.6. Verweerder brengt naar voren dat geen recht op toelage zoals bedoeld in § 7.7 van de cao in het personeelsreglement is vastgelegd, hetgeen op grond van de betreffende bepaling als vereiste geldt. Evenmin is een afspraak hieromtrent gemaakt met de vakbonden, zoals eveneens in de bepaling vereist. De functie van verzoekers staat niet op de lijst met bezwarende functies waar jaarlijks overeenstemming met de bonden over moet worden bereikt.
- 5.7. Volgens verweerder benoemen verzoekers in hun verzoek overigens niet om welke bezwarende omstandigheden zoals bedoeld in § 7.7 van de cao het in hun geval zou gaan. De bezwarende omstandigheden zoals in het TNO-rapport besproken betreffen bovendien niet de bezwarende omstandigheden zoals in het cao-artikel bedoeld, zodat het rapport niet kan worden gehanteerd als basis voor de toekenning van de toeslag. Daarbij is mede van belang dat de zwaarte en de frequentie van de door verzoekers gestelde bezwarende omstandigheden niet is vastgesteld.
- 5.8. Verweerder wijst op de verplichting van een werkgever om arbeidsomstandigheden te verbeteren. Aan deze verplichting heeft zij voldaan doordat in samenwerking tussen de afdelingsleiding, gedragsdeskundigen en medewerkers van de Pompestichting een plan van aanpak is gemaakt naar aanleiding van de adviezen van TNO. Het plan is mede tot stand gekomen na een sessie met de medewerkers van de afdeling. De acties die uit het plan volgen zullen medio tot eind 2021 gereed zijn. Verweerder ziet niet goed in wat verzoekers tegen deze aanpassingen hebben en is het niet eens met de stelling van verzoekers dat geen aanpassingen aan de werkomstandigheden denkbaar zijn waardoor deze minder bezwarend worden. Daarmee geven zij er ten onrechte blijk van het eerste rapport van TNO wél serieus te nemen, en het tweede niet.
- 5.9. De functie ZBIW'er komt terug op diverse afdelingen. Uit de functieomschrijving volgt dat een ZBIW'er weleens met bezwarende omstandigheden te maken krijgt. Die omstandigheden zijn verdisconteerd in de huidige beloning.
- 5.10. Op grond van de bovenstaande argumenten meent verweerder dat het verzoek van verzoekers zou moeten worden afgewezen.
- 5.11. In reactie op het schrijven van verzoekers van 13 september 2021 brengt verweerder kort samengevat het volgende naar voren:
- I. Dat de grondslag van het verzoek uit 2017 niet artikel 17b BBRA / § 7.7 van de cao kon betreffen maar dit op artikel 22a BBRA / § 7.9 van de cao zag, nu het om een vergelijking met de toelage voor medewerkers van de EBI ging, en hun toelage op laatstgenoemde grondslag gebaseerd was;
 - II. Dat gezien deze wisseling van de rechtsgrondslag door verzoekers al hetgeen voor 14 juli 2021 met elkaar hebben gewisseld, buiten het geschil moet vallen, en het rapport van TNO niet ter ondersteuning van de nieuwe rechtsgrondslag kan dienen, nu dit onderzoek niet de bezwarendheid in de zin van 17b BBRA / § 7.7 van de cao en de in dat artikel genoemde omstandigheden betrof;
 - III. Dat de arbeidsomstandigheden binnen ZISZ niet kunnen worden vergeleken met de arbeidsomstandigheden bij EBI omdat het klimaat op de ZISZ zorg en behandeling vooropstaat, terwijl in de EBI sprake is van veiligheid en beheersbaarheid;
 - IV. Dat de toelage bij EBI 26 jaar geleden is vastgesteld als arbeidsmarkttoeslag omdat het toen moeilijk was personeel te vinden;

- V. Dat een lage doorstroomsnelheid van de patiënten niet zorgt voor extra bezwarendheid van de functie;
- VI. Dat er voor verzoekers voldoende mogelijkheden zijn om door te stromen naar banen als ZBIW'er op andere afdelingen, maar dat de uitstroom laag is, waaruit blijkt dat ZBIW'ers kennelijk graag op de afdeling ZISZ werken;
- VII. Dat patiënten die doodsbedreigingen richting de medewerkers uiten dit niet daadwerkelijk menen, maar dit slechts vanuit hun zwakbegaafdheid doen, en dat de ZBIW'ers dit zouden moeten weten;
- VIII. Dat de formatie van de afdeling onlangs met 2 FTE is verhoogd;
- IX. Dat 7 van de 17 medewerkers om uitbreiding van hun uren van 36 naar 40 uur hebben verzocht, waaruit blijkt dat zij geen extra hersteltijd nodig hebben;
- X. Dat uit de verzuimcijfers blijkt dat geen sprake is van extra hoge uitval;
- XI. Dat er weldegelijk de mogelijkheid tot roulatie bestaat, maar dat het personeel van de afdeling dit zelf niet wenst;
- XII. Dat de twee extra FTE die beschikbaar waren ter roulatie en opvang bij ziekte in overleg en samenspraak met het team niet zijn ingevuld en dat een uitwisseling met de Pompestichting door verzoekers niet wenselijk werd geacht;
- XIII. Dat het feit dat nog niet alle aangekondigde maatregelen zijn doorgevoerd te maken heeft met Corona en een overspannen situatie bij bouwondernemingen die te veel werk of niet alle materialen beschikbaar hebben;
- XIV. Dat alle veiligheidsmaatregelen zijn doorgevoerd en ook veel faciliteiten zijn gerealiseerd;
- XV. Dat de intentie tot het meewerken aan mogelijke aanpassingen bij verzoekers ontbreekt en zij zelfs de werkgroepen die in dit kader waren samengesteld hebben gefrustreerd;
- XVI. Dat uit de wetsgeschiedenis blijkt dat het niet de bedoeling van de toelageregeling is geweest om de bezwarende omstandigheden af te kopen, maar dat in de eerste plaats aan het scheppen van optimale arbeidsomstandigheden moet worden gewerkt;
- XVII. Dat de bezwarende omstandigheden niet altijd verbonden zijn aan het werk, maar samenhangen met de patiëntenpopulatie.

5.12. In navolging op hetgeen ter hoorzitting is besproken brengt verweerder per e-mail van haar gemachtigde van 29 september 2021 naar voren:

- XVIII. Dat de partijen in het GO niet jaarlijks overleg voeren over bezwarende functies in de zin van § 7.7 van de cao en dat de EBI-toelage een vaste toelage betreft;
- XIX. Dat de hoofddirecteur van DJI, de heer ████████ niet heeft toegezegd dat medewerkers van de ZISZ- afdeling recht hebben op compensatie over het verleden. Hij heeft slechts aangegeven dat hij zich kon voorstellen dat een geste naar de medewerkers van de ZISZ afdeling voor wat betreft het verleden zou worden gemaakt, maar dat hij er niet over ging omdat de beslissing daarover bij de lokale directeur van de PI Vught ligt.

6. Ontvankelijkheid van het verzoek en bevoegdheid van de commissie

- 6.1. De commissie stelt vast dat het in deze kwestie gaat om de verdere afhandeling van een procedure die verzoekers reeds in 2018 hebben geëntameerd door bezwaar te maken tegen de afwijzing van het in 2017 door hen ingediende verzoek. Nadat het bezwaar gegrond is verklaard is uiteindelijk op 21 maart 2021 een nieuw besluit genomen, waarbij het verzoek tot het toekennen van de toelage opnieuw is afgewezen. Deze datum ligt na de datum per welke de commissie is ingesteld (1 januari 2020).
- 6.2. De commissie stelt voorts vast dat verzoekers alvorens zich tot de commissie te wenden het geschil hebben voorgelegd bij het Rijksloket advies en bemiddeling arbeidszaken (RABA). Aldus is aan het op grond van § 16.2 van de cao geldende vereiste van tussenkomst door het RABA voldaan.

- 6.3. De commissie verklaart het verzoek derhalve ontvankelijk en acht zich bevoegd om het geschil te behandelen en om in het navolgende tot een inhoudelijke beoordeling over te gaan.

7. Inhoudelijke beoordeling

Inleiding: beoordelingskader

- 7.1. Naar het oordeel van de commissie dient het verzoek te worden beoordeeld naar maatstaven van § 7.7 van de cao, de bepaling die per 1 januari 2020 artikel 17b van het Bezoldigingsbesluit Burgerlijke Rijksambtenaren 1984 (BBRA) heeft vervangen. Dit nu het verzoek van verzoekers van 5 april 2017 en het bezwaarschrift van 21 februari 2018 duidelijk reeds zagen op de aanvraag van een toelage wegens bezwarende arbeidsomstandigheden waar deze bepaling op ziet, ook al werd de rechtsgrondslag toen niet expliciet vermeld.
- 7.2. De commissie is het niet met verweerder eens dat de verwijzing van verzoekers naar de EBI-toelage tot een andere conclusie zou moeten leiden. Dit nu verzoekers de vergelijking met de omstandigheden in het verzoek van 5 april 2017 niet als grondslag of als voorwaarde voor hun verzoek hebben aangedragen, maar als ondersteunende argumentatie bij hun aanvraag. De toelage die EBI-medewerkers ontvangen is overigens eveneens toegekend wegens bezwarende omstandigheden, zo blijkt onder meer uit de circulaire 'Beleid voor medewerkers werkzaam op EBI/TA/BPG-afdelingen', vastgesteld op 31 januari 2019 (een opvolger van een eerdere circulaire, aangezien de toeslag eerst in 2015 is vastgesteld). In de beslissing op bezwaar van 2 juli 2018 kwam bovendien evenmin naar voren dat de vergelijking met de EBI-toelage onterecht zou zijn omdat dit om een arbeidsmarkttoelage zou gaan.
- 7.3. Bij de beoordeling van het verzoek naar maatstaven van § 7.7 van de cao moet de voorgeschiedenis van deze bepaling worden meegewogen, gezien het beginsel dat de cao is bedoeld als technische omzetting van de rechtspositie van vóór 1 januari 2020. Dit beginsel is onder meer vastgelegd in § 27.1 van de cao.

Overlegvereiste

- 7.4. § 7.7 van de cao bepaalt dat de werkgever jaarlijks met vakbonden afspreekt bij welke functies sprake is van bezwarende omstandigheden. Dit betreft de technische omzetting van het per 1 januari 2020 vervallen artikel 17b lid 3 BBRA. Daarin was bepaald dat het bevoegd gezag jaarlijks een lijst vaststelt waarop voor elke voorkomende functie werd aangegeven of er nu en dan, regelmatig of voortdurend onder één dan wel gelijktijdig onder meer typen bezwarende omstandigheden arbeid werd verricht. Op grond van grond van artikel 105 lid 3 c.q. artikel 113 van het (eveneens per 1 januari 2020 vervallen) Algemeen Rijksambtenarenreglement (ARAR) gold hierbij dat deze vaststelling niet kon plaatsvinden dan nadat door het bevoegd gezag overleg was gevoerd met de centrales van verenigingen van ambtenaren.
- 7.5. De commissie stelt vast dat in de periode waar het verzoek op ziet (vanaf 2017) niet jaarlijks overleg heeft plaatsgevonden over de bezwarendheid van de functie van verzoekers, en dat de functie van verzoekers niet op de lijst met functies met bezwarende functies is geplaatst. Om die reden is naar het oordeel van de commissie in de onderhavige procedure geen ruimte voor het oordeel dat verzoekers op grond van 17b lid 3 BBRA of § 7.7 recht hebben op de toelage waar zij om hebben verzocht. Recht op een toelage op deze rechtsgrond bestaat pas nadat overleg tussen de werkgever en de vakbonden is gevoerd en indien de functie vervolgens op de lijst wordt geplaatst. Als de functie op de lijst staat is geen ruimte meer voor een individuele afweging door de vestigingsdirecteur, maar heeft degene die de functie uitvoert recht op de toelage.
- 7.6. De commissie acht zich, los van het gegeven dat haar uitspraken niet bindend zijn, niet bevoegd tot het oordeel dat de functie op de lijst moet worden geplaatst.

- 7.7. De commissie acht in de onderhavige procedure ook geen ruimte aanwezig voor het oordeel dat verzoekers een toelage als bedoeld in 17b lid 3 BBRA/ de derde alinea van § 7.7 zouden moeten krijgen. Verzoekers hebben immers niet gesteld, noch is op een andere manier gebleken, dat het hen om een toelage wegens het op incidentele basis verrichten van werk onder bezwarende omstandigheden gaat.
- 7.8. Naar het oordeel van de commissie bestaat in het onderhavige geval echter wel aanleiding om aan verzoekers een financiële tegemoetkoming naar redelijkheid toe te kennen, hetgeen in het navolgende wordt toegelicht.

Tegemoetkoming naar redelijkheid

- 7.9. Naar het oordeel van de commissie had het op de weg van verweerder gelegen om, toen verzoekers hun verzoek tot het toekennen van een toelage indienden, verzoekers erop te wijzen dat het vaststellen van de functie als functie met bezwarende werkomstandigheden in overleg met de vakbonden diende plaats te vinden. Dit heeft zij echter niet gedaan, maar zij heeft het verzoek en de bezwaarprocedure in behandeling genomen zonder met een woord jegens verzoekers over het overlegvereiste te reppen. Daarbij komt dat de vakbonden, zoals naar voren komt uit de verschillende verslagen van het GO, en zoals verweerder niet heeft weersproken, weldegelijk betrokken zijn geweest bij de totstandkoming van het onderzoek van TNO. Uit de beslissing op bezwaar van 2 juli 2018 die aan het instellen van dit onderzoek ten grondslag ligt komt bovendien naar voren dat het onderzoek is bedoeld om duidelijkheid te scheppen over de vraag of de bezwarendheid van de functie van verzoekers een toelage rechtvaardigt. De commissie acht het op grond van het TNO-onderzoek en hetgeen verzoekers in de onderhavige procedure hebben aangevoerd in voldoende mate vaststaan dat in de functie van verzoekers sprake is van bezwarende omstandigheden (zie hierover nader het onderstaande 'gezichtspunt: bezwarendheid'). Tijdens het GO van 18 maart 2021 heeft de hoofddirecteur van DJI bovendien de verwachting gewekt dat verzoekers een financiële tegemoetkoming zouden ontvangen. Deze verschillende omstandigheden gezamenlijk in acht genomen vindt de commissie dat verweerder een financiële tegemoetkoming naar redelijkheid aan verzoekers toe zou moeten kennen.
- 7.10. In het navolgende worden verschillende gezichtspunten (a. t/m e.) besproken die verweerder bij het toekennen van de financiële tegemoetkoming in acht zou moeten nemen.

a. Gezichtspunt: bezwarendheid

- 7.11. De commissie is het met verweerder eens dat het onderzoek van TNO dat heeft geresulteerd in het rapport van 11 februari 2020 strikt genomen geen onderzoek betreft naar de bezwarendheid van de functie van verzoekers als zodanig, maar een vergelijkend onderzoek. Verweerder heeft in de beslissing op bezwaar van 2 juli 2018 die aan het instellen van dit onderzoek ten grondslag echter zelf vastgesteld dat het onderzoek is bedoeld was om duidelijkheid te scheppen over de vraag of de bezwarendheid van de functie van verzoekers een toelage rechtvaardigt. De commissie vindt dit ook niet onlogisch, nu aan de medewerkers op de EBI een toelage wegens bezwarende omstandigheden is toegekend, en het niet onredelijk zou zijn om aan verzoekers een toelage toe te kennen als uit de vergelijking vast zou komen te staan dat aan hun functie extra bezwarende aspecten kleven, namelijk op zeven van de elf onderzochte aspecten. De rapportages bevatten naar het oordeel van de commissie voorts dusdanig uitgebreide informatie over de mate van belasting in de functie van verzoekers dat dit de werkgever en de vakbonden voldoende grondslag zou moeten bieden voor een zelfstandige beoordeling van de bezwarendheid in de zin van artikel 17b BBRA / § 7.7 van de cao. Verweerder heeft bovendien haar voorgenomen beleid inzake het wegnemen van de bezwarende aspecten van de functie ook hierop gebaseerd. Naar het oordeel van de commissie moet de uitkomst van het TNO-onderzoek dan ook bij het toekennen van de financiële tegemoetkoming naar redelijkheid worden meegewogen.

7.12. De commissie vindt dat het op grond van het TNO-onderzoek in voldoende mate vaststaat dat in de functie van verzoekers sprake is van bezwarende omstandigheden in de zin van artikel 17b BBRA / § 7.7 van de cao. Zoals reeds vermeld acht de commissie zich echter niet bevoegd om zelfstandig te oordelen dat de functie op de lijst zoals genoemd in § 7.7 van de cao moet worden geplaatst, of over de hoogte van de toelage die hierbij hoort.

b. Gezichtspunt: aanpassing van de arbeidsomstandigheden

7.13. De commissie is het met verweerder eens dat van haar als goed werkgever verwacht kan worden dat zij zich zoveel mogelijk inspant om bezwarende arbeidsomstandigheden aan te passen. Dit ontslaat haar evenwel niet van de verplichting om een toelage toe te kennen zolang sprake is van bezwarende omstandigheden in de zin van § 7.7 van de cao. Nu naar het oordeel van de commissie sprake is van dergelijke bezwarende omstandigheden, nu pas in het jaar 2020 een plan van aanpak is opgesteld om de bezwarende omstandigheden weg te nemen, en nu tot op heden slechts een gedeelte van de maatregelen uit het plan van aanpak is doorgevoerd, staat de eventuele mogelijkheid om de bezwarende omstandigheden weg te nemen niet aan het toekennen van een financiële tegemoetkoming naar redelijkheid in de weg.

c. Gezichtspunt: mobiliteit en bezwarendheid van andere functies

7.14. Verweerder heeft gesteld dat het toekennen van een toelage wegens bezwarende omstandigheden een negatieve invloed heeft op de arbeidsmobiliteit van medewerkers in de betreffende functie. De commissie acht zich niet in staat om de juistheid van deze stelling te beoordelen, maar vindt dit ook niet ter zake doen. De toelage wegens bezwarende arbeidsomstandigheden is op grond van § 7.7 van de cao is namelijk niet afhankelijk gesteld van het optreden van een dergelijk ongewenst neveneffect. Het feit dat er mogelijk nog tal van andere medewerkers zijn in functies die ook recht zouden (kunnen) hebben op een toelage wegens bezwarende arbeidsomstandigheden, is evenmin van belang bij de beoordeling van het recht op een toelage. Het staat de betreffende medewerkers immers vrij om de werkgever te vragen toepassing te geven aan § 7.7, evenals verzoekers hebben gedaan. Dat zij dit niet hebben gedaan behoort ook niet aan het toekennen van een financiële tegemoetkoming naar redelijkheid in de weg te staan.

d. Gezichtspunt: tijdsverloop sinds het eerste verzoek van verzoekers

7.15. De commissie wijst erop dat het gebruikelijk is dat een eventuele toelage wegens bezwarende omstandigheden met terugwerkende kracht wordt toegekend (zie bijvoorbeeld de uitspraak van de Rechtbank Breda van 26 juni 2010, ECLI:NL:RBBRE:2010:BM9326, r.o. 2.8). De commissie acht het aannemelijk dat de bezwarende omstandigheden die uit het rapport van TNO van 11 februari 2020 naar voren komen ook ten tijde van het oorspronkelijke verzoek van verzoekers, derhalve op 5 april 2017, al aanwezig waren. Bij het toekennen van een financiële tegemoetkoming naar redelijkheid moet naar het oordeel van de commissie derhalve rekening worden gehouden met het bestaan van bezwarende omstandigheden vanaf deze datum tot de toekomstige datum waarop alle bezwarende omstandigheden zullen zijn weggenomen of tot de datum per welke (eventueel) alsnog een toelage wegens bezwarende omstandigheden in de zin van § 7.7 van de cao wordt toegekend doordat de functie van verzoekers op de in die bepaling bedoelde lijst is geplaatst.

e. Gezichtspunt: rechtsgrond

7.16. Naar het oordeel van de commissie biedt het goed werkgeverschap (artikel 7:611 van het Burgerlijk Wetboek), waar verweerder tijdens de onderhavige procedure ook verschillende malen naar heeft verwezen, een deugdelijke rechtsgrond voor het toekennen van een financiële tegemoetkoming aan verzoekers. De redelijke vergoeding zou eventueel vormgegeven kunnen worden door middel van een toelage op grond § 7.9 van de cao (voorheen: artikel 22a BBRA), hetgeen de commissie hierboven over terugwerkende kracht heeft overwogen daarbij in acht genomen.

8. Conclusie en advies

Op grond van het voorgaande komt de commissie, in deze kwestie samengesteld uit mevrouw mr. [REDACTED] voorzitter, mevrouw mr. [REDACTED] lid op voordracht van werkgeverszijde en de heer [REDACTED] lid op voordracht van werknemerszijde, tot de volgende uitspraak.

- I. De commissie verklaart het verzoek ontvankelijk en acht zich bevoegd om het verzoek in behandeling te nemen;
- II. De commissie ziet in de onderhavige procedure geen ruimte voor het oordeel dat verzoekers op grond van 17b lid 3 BBRA of § 7.7 recht hebben op de toelage waar zij om hebben verzocht, nu hun functie niet op de in deze bepaling bedoelde lijst is geplaatst en evenmin overeenstemming hierover met de vakbonden is bereikt.
- III. Naar het oordeel van de commissie bestaat in het onderhavige geval echter wel aanleiding om aan verzoekers een financiële tegemoetkoming naar redelijkheid toe te kennen, de hierboven genoemde gezichtspunten a. t/m e. daarbij in acht genomen.
- IV. De commissie adviseert verweerder om naar aanleiding van deze uitspraak met de vakbonden in overleg te treden over hoe de financiële tegemoetkoming naar redelijkheid moet worden vastgesteld en over de vraag of de functie van verzoekers eventueel alsnog op de lijst met functies met bezwarende omstandigheden moet worden geplaatst.

Aldus vastgesteld op 13 oktober 2021



mr. [REDACTED] voorzitter