

1 Verzoek

Verzoekster vraagt het College om te beoordelen of verweerder jegens haar verboden onderscheid maakt op grond van arbeidsduur door haar geen toeslag onregelmatige dienst toe te kennen vanwege het feit dat zij haar functie in deeltijd vervult.

2 Verloop van de procedure

- 2.1 Het College heeft kennis genomen van de volgende stukken:
- verzoekschrift van 8 maart 2021, ontvangen op 16 maart 2021;
 - e-mail van verzoekster van 8 juni 2021;
 - verweerschrift van 15 oktober 2021.
- 2.2 Het College heeft de zaak ter zitting behandeld op 2 december 2021. Partijen zijn verschenen. Verzoekster werd bijgestaan door mr. T.A. van Helvoort, procesjurist bij FNV Veiligheid. Verweerder werd vertegenwoordigd door mr. A.F. Sterk, senior adviseur bijzondere rechtspositie, die werd vergezeld door mr. M.L. Beukhof, adviseur bijzondere rechtspositie.

3 Feiten

- 3.1 Verzoekster werkt vanaf september 2013 als militair bij de Koninklijke Marechaussee. Zij is voltijds (38 uur per week) als militair aangesteld. In de periode september 2013 tot 1 februari 2021 kent verweerder verzoekster structureel buitengewoon verlof toe van 14 uur per week. Op 1 februari 2021 trekt verweerder het buitengewoon verlof in en geniet verzoekster 14 uur per week ouderschapsverlof. Zij werkt derhalve feitelijk altijd 24 uur per week.
- 3.2 Vanaf 2019 werkt verzoekster op de Intelligence Infodesk van het Landelijk Tactisch Commando. Op deze Infodesk wordt gewerkt in vroege diensten (06:30 uur tot 16:00 uur), dagdiensten (08:00 uur tot 16:30 uur) en in late diensten (13:00 uur tot 22:30 uur) op de maandagen tot en met de vrijdagen.

- 3.3 Militairen, die op ongebruikelijke uren werken, kunnen aanspraak maken op de toelage onregelmatige dienst (TOD). Ongebruikelijke uren zijn de gewerkte uren tussen 00.00 en 07.00 uur en tussen 18.00 en 24.00 uur. Aan ieder ongebruikelijk uur wordt een bepaald aantal punten toegekend. Om voor de TOD in aanmerking te komen moet de drempelwaarde van 600 punten per maand worden behaald. De militair die in voltijd werkt op de Intelligence Infodesk haalt deze drempelwaarde. Verzoekster haalt de drempelwaarde niet en komt niet in aanmerking voor de TOD.

4 Standpunt verzoekster

Verweerder maakt jegens verzoekster verboden onderscheid op grond van arbeidsduur door één en dezelfde ondergrens van 600 punten te hanteren voor voltijders en deeltijders om voor de TOD in aanmerking te komen. Verzoekster kan de ondergrens niet halen, terwijl zij net als haar voltijds werkende collega's op ongebruikelijke uren werkt - zij het naar rato van haar feitelijke werkurenomvang. Verweerder heeft voor het onderscheid geen objectieve rechtvaardiging aangedragen.

5 Standpunt verweerder

Verweerder betwist dat hij onderscheid maakt op grond van arbeidsduur omdat het aantal punten wordt bepaald op basis van het dienstrooster en niet op basis van de arbeidsduur. Als het College oordeelt dat sprake is van onderscheid op grond van arbeidsduur, dan geldt dat dit niet is verboden omdat het onderscheid objectief is gerechtvaardigd.

6 Beoordeling

Juridisch kader

- 6.1 Verzoekster is militair ambtenaar in de zin van de Wet ambtenaren defensie (Wad; artikel 1, eerste lid, onderdeel a, aanhef, en onder 1, Wad). In deze wet is bepaald dat het bevoegd gezag geen onderscheid mag maken tussen ambtenaren op grond van een verschil in arbeidsduur in de voorwaarden waaronder een aanstelling wordt verleend, verlengd dan wel beëindigd, tenzij dat onderscheid objectief gerechtvaardigd is (artikel 12p, eerste lid, Wad).
- 6.2 De TOD is een vaste maandelijks toelage. De TOD wordt toegekend aan de militair voor het verrichten van werkzaamheden, ingeval de militair dit regelmatig of vrij regelmatig volgens een rooster op ongebruikelijke uren doet, en anders dan bij wijze van overschrijding van het vastgestelde rooster en anders dan meerdaagse activiteiten (artikel 5 Regeling vergoeding voor overwerk, onregelmatigheid, beschikbaarheid en bereikbaarheid (VROB)). De TOD is te kwalificeren als een beloningscomponent en is zodoende een arbeidsvoorwaarde zoals bedoeld in artikel 12p, eerste lid, Wad.

- 6.3 Verzoekster vergelijkt zich met haar voltijds werkende collega. Omdat verzoekster een voltijds aanstelling heeft dient het College eerst te beoordelen of sprake is van een verschil in arbeidsduur zoals bedoeld in artikel 12p, eerste lid, Wad.
- 6.4 Het College is van oordeel dat verzoekster, in de situatie dat zij 14 uur per week buitengewoon verlof heeft, een beroep kan doen op artikel 12p, eerste lid, Wad. Van belang is dat de militair, vanwege het operationele karakter van het ambt, te allen tijde een voltijdsaanstelling behoudt. Zodoende kan verzoekster niet in deeltijd worden aangesteld. Om toch in deeltijd werkzaam te kunnen zijn kan de militair aan verweerder vragen om aanpassing van de arbeidsduur, zonder dat verweerder de omvang van de aanstelling aanpast (artikel 2 Besluit aanpassing arbeidsduur militairen). Op basis van deze constructie heeft verweerder aan verzoekster structureel 14 uur per week buitengewoon verlof toegekend zonder behoud van bezoldiging. Het College is van oordeel dat deze situatie niet anders kan worden gezien dan dat sprake is van een verschil in contractuele arbeidsduur tussen verzoekster en haar voltijdswerkende collega's, zoals bedoeld in artikel 12p, eerste lid, Wad.
- Is sprake van benadeling op grond van arbeidsduur?*
- 6.5 Bij de beantwoording van de vraag of er onderscheid op grond van arbeidsduur wordt gemaakt dient de volgende systematiek te worden toegepast. Eerst wordt onderzocht of sprake is van benadeling op grond van arbeidsduur. Als dat zo is, dan dient te worden beoordeeld of het onderscheid objectief is gerechtvaardigd (*Kamerstukken II 1995/96, 24 498, nr. 3 (MvT), p. 9; vergelijk ook College voor de Rechten van de Mens, 1 november 2021, [...] 2021-130, overweging 6.2).*
- 6.6 Het College stelt vast dat het hanteren van een vaste ondergrens van 600 punten om voor de TOD in aanmerking te komen, voor een deeltijder een relatief hogere drempel betekent dan voor een voltijder. Weliswaar wordt het aantal punten, zoals verweerder aanvoert, berekend op basis van het dienstrooster en niet op basis van de arbeidsduur, zodat ook voltijders als gevolg van hun inroostering niet altijd de drempel van de 600 punten halen. Echter, in ieder geval voor de militairen die werken op de Intelligence Infodesk is de praktijk: hoe hoger de arbeidsduur, hoe vaker de militair op ongebruikelijke uren wordt ingeroosterd. In die zin hangt het aantal te behalen punten dan ook direct samen met de arbeidsduur van de militair. Als onbetwist staat vast dat de voltijds werkende collega van verzoekster op de Intelligence Infodesk de 600 punten behaalt en dat verzoekster dit aantal niet haalt. De voltijd werkende militair op de Infodesk ontvang op basis hiervan de TOD en verzoekster niet. Het College is van oordeel dat het toepassen van een vaste ondergrens van 600 punten benadelend is voor verzoekster in verband met haar arbeidsduur. Daarom is sprake van onderscheid op grond van een verschil in arbeidsduur.

Is het onderscheid objectief gerechtvaardigd?

- 6.7 Het maken van onderscheid op grond van arbeidsduur is niet verboden als het onderscheid objectief is gerechtvaardigd. Of in een concreet geval sprake is van een objectieve rechtvaardiging moet worden nagegaan aan de hand van een beoordeling van het doel van het onderscheid en het middel dat ter bereiking van dit doel is ingezet. Het doel dient legitiem te zijn en het middel dat wordt ingezet om het doel te bereiken moet passend en noodzakelijk zijn.
- 6.8 Het College stelt bij de beoordeling het volgende voorop. Omdat artikel 5 VROB tot stand is gekomen in samenspraak met sociale partners dient het College eerst te bepalen of het terughoudend moet toetsen. Het recht op collectieve onderhandelingen is een grondrecht wat meebrengt dat sociale partners een ruime beoordelingsmarge moet worden gegund om regelingen vast te stellen (zie onder meer HvJ EU 26 september 2013, nr. C-546/11, JAR 2013/266, m.nt. M. Vegter (*Dansk Jurist-ogØkonomforbund/Indenrigs-ogSundhedsministeriet*) en HvJ EU 6 december 2012, nr. C-152/11, JAR 2013/19, m.nt. M. Koster (*Odar/Baxter Deutschland GmbH*); vergelijk ook Gerechtshof 's-Hertogenbosch 7 juni 2016, overweging 3.11, JAR 2016/164; en zie College voor de Rechten van de Mens 22 januari 2021, [...] 2021-5, overweging 6.12).
- 6.9 Verweerder heeft toegelicht dat artikel 5 VROB eind jaren tachtig van de vorige eeuw is ingevoerd en sindsdien ongewijzigd is gebleven. Verweerder verklaart dat uit de toelichting op dit artikel niet blijkt dat men zich er rekenschap van heeft gegeven dat het hanteren van een vaste ondergrens van 600 punten kan leiden tot onderscheid op grond van arbeidsduur. Verweerder vermoedt dat dit komt omdat het destijds niet voorkwam dat militairen in deeltijd werkten. Het College stelt vast dat artikel 5 VROB ook later niet in dit verband tegen het licht is gehouden. Ook niet in de periode dat het wettelijk verbod van onderscheid op grond van arbeidsduur is gaan gelden. Nu geen sprake is van de situatie dat een gedegen afweging is gemaakt ten aanzien van mogelijke strijdigheid met de gelijke behandelingswetgeving, bestaat geen aanleiding voor het College om terughoudend te toetsen.

Doel van het onderscheid

- 6.10 Verweerder voert in dit verband het volgende aan. Het militair ambt is geen 'negen tot vijf baan' en brengt met zich mee dat op ongebruikelijke uren wordt gewerkt. Dit gegeven is reeds in de normale bezoldiging verdisconteerd. De TOD is alleen bedoeld voor die militair bij wie sprake is van een zodanige extra beslaglegging, dat dit niet geacht wordt te zijn vergoed in de basisbezoldiging. Door het hanteren van de ondergrens van 600 punten wordt voorkomen dat tegenover ieder ongebruikelijk gewerkt uur een extra beloning staat. Het doel van het onderscheid is dan ook om alleen aan die militair de TOD te verstrekken voor wie het werken op ongebruikelijke uren een zodanige beslaglegging legt op de privésfeer dat er een extra vergoeding tegenover moet staan. Het College acht dit doel legitiem. Het doel voldoet aan een wekelijks behoefte van verweerder en heeft geen discriminerend oogmerk.

Middel dat wordt ingezet om het doel te bereiken

- 6.11 Het middel dat verweerder inzet om het doel te bereiken, is het hanteren van een ondergrens van 600 punten om voor de TOD in aanmerking te komen. Een middel is geschikt als daarmee het beoogde doel wordt bereikt, en noodzakelijk als het doel niet kan worden bereikt met een ander middel dat minder onderscheid makend is en het middel in evenredige verhouding staat tot het doel. Het College overweegt dat, wat ook zij van de geschiktheid van het middel, het middel niet noodzakelijk is.
- 6.12 Uitgangspunt is dat een werkgever aan werknemers aanspraken toekent gerelateerd aan de contractuele arbeidsduur (zie *Kamerstukken II 1995/96*, 24 498 nr. 3, p. 9). Met het ingezette middel wordt aan dit uitgangspunt voorbijgegaan. Verzoekster kan in verband met haar arbeidsduur de ondergrens om in aanmerking te komen voor de TOD niet behalen, wat betekent dat zij volledig wordt uitgesloten van de TOD, terwijl zij wel naar rato van haar arbeidsduur op ongebruikelijke uren dient te werken. Hier staat tegenover dat de voltijds werkende militairen op de Infodesk de ondergrens wel halen en de TOD ontvangen. Het hanteren van een vaste ondergrens levert zo een verschil in beloning op ten nadele van de deeltijder voor hetzelfde werk. Dit middel staat naar het oordeel van het College niet in evenredige verhouding tot het doel. Met het hanteren van een vaste ondergrens stelt verweerder zich klaarblijkelijk op het standpunt dat bij functievervulling in deeltijd de belasting van het werken op ongebruikelijke uren makkelijker in te passen valt in het privéleven dan bij voltijdse functievervulling. Hiermee miskent verweerder dat een deeltijder naast het werk andere activiteiten kan verrichten (in de privé- dan wel in de maatschappelijke sfeer) die maken dat de last vergelijkbaar is. Niet is gezegd dat de totaal ervaren beslaglegging voor een deeltijder, mede door het -naar rato- werken op ongebruikelijke uren verschilt van die van de voltijder (vergelijk College voor de Rechten van de Mens, [...] 2013-128, overweging 3.12).

- 6.13 Het middel voldoet evenmin aan het vereiste van subsidiariteit. Er is een alternatief middel waarmee geen onderscheid wordt gemaakt. Verweerder kan de drempelwaarde van 600 punten voor een deeltijder naar rato van de arbeidsduur naar beneden bijstellen. Het standpunt van verweerder, dat één vaste ondergrens nodig is om te voorkomen een geringe extra beslaglegging beloond moet worden door de TOD, wordt niet gevolgd. Ook bij een berekening van de drempelwaarde naar rato van de aanstellingsomvang zal nog steeds sprake zijn van een drempel die gehaald moet worden. Uit hetgeen verweerder ter zitting naar voren heeft gebracht leidt het College af dat de 600 punten-grens ook door voltijders niet heel makkelijk gehaald wordt, zodat een omrekening daarvan naar rato van de aanstellingsomvang niet zal betekenen dat deeltijders bij een zeer geringe extra belasting reeds een TOD ontvangen. Verweerder stelt door het hanteren van de vaste drempelwaarde van 600 punten naar het oordeel van het College onterecht de positie van de deeltijder gelijk aan de positie van de voltijder, terwijl in deze situatie het uitgangspunt dat ongelijke gevallen ongelijk moeten worden behandeld naar mate van hun ongelijkheid veel meer recht doet aan het uitgangspunt van artikel 12p, eerste lid, Wad en geenszins op voorhand onuitvoerbaar lijkt. Voor zover verweerder aanvoert dat het alternatieve middel zal leiden tot extra administratieve kosten geldt dat het enkele argument van kostenbesparing volgens de wetsgeschiedenis en vaste jurisprudentie van de Hoge Raad op zichzelf geen voldoende rechtvaardiging vormt voor het maken van onderscheid tussen deeltijders en voltijders (*Kamerstukken II 1995/96, 24 498, nr. 3, p. 13; Hoge Raad 24 april 1992, NJ 1992, nr. 689, RvdW 1992, nr. 123 (Bouma/KLM)*).
- 6.14 Daarmee komt het College tot de conclusie dat het onderscheid naar arbeidsduur niet objectief is gerechtvaardigd. Het College is daarom van oordeel dat verweerder jegens verzoekster verboden onderscheid maakt op grond van arbeidsduur door haar niet (naar rato) de TOD toe te kennen.

7 Oordeel

De Minister van Defensie maakt jegens verboden onderscheid op grond van een verschil in arbeidsduur.

Aldus gegeven te Utrecht op 13 januari 2022, door mr. dr. J.P. Loof, voorzitter, in tegenwoordigheid van mr. S.B. Hester, secretaris.



mr. dr. J.P. Loof



mr. S.B. Hester