

RECHTBANK NOORD-NEDERLAND

Afdeling Privaatrecht

Locatie Leeuwarden

zaak-/rolnummer: 5517830 \ CV EXPL 16-13059

vonnis van de kantonrechter d.d. 15 augustus 2017

inzake

[REDACTED]
wonende te [REDACTED]
eiseres in conventie,
verweerster in reconventie,
gemachtigde: mr. S. Scheltinga, DAS Ned. Rechtsbijstand Verz.mij NV,

tegen

de besloten vennootschap
[REDACTED]
gevestigd te [REDACTED]
gedaagde in conventie,
eiseres in reconventie,
gemachtigde: mr. W.M. Veldjesgraaf.

Partijen zullen hierna [REDACTED] worden genoemd.

Procesverloop

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding,
- de conclusie van antwoord in conventie tevens eis in reconventie,
- de conclusie van repliek in conventie tevens antwoord in reconventie,
- de conclusie van dupliek in conventie tevens repliek in reconventie,
- de conclusie van dupliek in reconventie.

1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

Motivering

De feiten

in conventie en in reconventie

2.1. In deze procedure kan van de volgende vaststaande feiten worden uitgegaan.

2.2. [REDACTED] is op 4 oktober 1976 in dienst getreden bij de rechtsvoorgangster van [REDACTED] te weten [REDACTED]. In 1998 is laatstgenoemde organisatie gefuseerd met [REDACTED] en vanaf dat jaar is [REDACTED] in dienst bij [REDACTED] en is zij aldaar laatstelijk - in ieder geval vanaf 1 mei 1998 - werkzaam in de functie van



bejaardenverzorgende. Vanaf 1 mei 1998 is [REDACTED] met een kleine onderbreking, voornamelijk werkzaam in de nachtdienst.

2.3. Op de arbeidsovereenkomst tussen partijen is de cao Ziekenhuizen 2014-2016 (hierna: de cao) van toepassing. In de preambule van deze cao is - voor zover van belang - het volgende bepaald:

"(...) Onregelmatigheidstoelage (per 1 januari 2015) Partijen spreken af om het recht op financiële compensatie van de werknemer die werkt op inconveniënte uren te verbreden. De werknemer krijg hiermee vanaf 1 januari 2015 recht op betaling van een onregelmatigheidstoelage (ort) gedurende de periode van vakantie.

Vanwege de noodzakelijke aanpassingen van de salarissystemen wordt deze ort voor het jaar 2015 als volgt bepaald: iedere werknemer die recht heeft op een compensatie voor onregelmatig werken tijdens vakantie ontvangt bij het salaris van januari 2016 een eenmalige uitkering. Deze uitkering wordt gebaseerd op het gemiddelde ort-percentagte gemeten over de laatste zes maanden van 2015. De toeslag wordt betaald over de in 2015 opgenomen vakantie-uren met een maximum van 144 uur op basis van een voltijd dienstverband. Voor de werknemer met een van de voltijd afwijkende arbeidsduur wordt het naar rato beginsel toegepast.

Met ingang van 1 januari 2016 wordt over opgenomen vakantie-uren het uurloon verhoogd met het gemiddelde ort-percentagte over de afgelopen zes maanden. De verhoging geldt over maximaal 144 uur op basis van een voltijd dienstverband. Voor de werknemer met een van de voltijd afwijkende arbeidsduur wordt het naar rato beginsel toegepast. (...)"

2.4. In de voorgaande cao's, te weten de CAO Ziekenhuizen 2009-2011 en 2011-2014 is in artikel 10.4 bepaald dat de geldelijke beloning bij onregelmatige dienst wordt berekend uitgaande van het geldende uurloon.

In artikel 1.1.1. sub e van die cao's is bepaald dat "onder uurloon wordt verstaan 1/156 deel van het salaris dat gebaseerd is op een voltijd dienstverband".

In artikel 1.1.1. sub d is bepaald dat: "onder salaris moet worden verstaan het voor de werknemer geldende bruto maandsalaris exclusief de vergoedingen (waaronder overwerk, onregelmatige dienst (...)), voor zover in de bepalingen van de CAO niet anders is vermeld".

2.5. In de huidige cao zijn voorts bepalingen opgenomen met betrekking tot persoonlijk levensfasebudget (hierna: PLB). Artikelen 12.2.2., 12.2.3. en 12.2.4. (hoewel niet in het geheel overgelegd door partijen maar partijen en de kantonrechter genoegzaam bekend) van de cao luiden - voor zover van belang - als volgt:

"Artikel 12.2.2. Uitgangspunten Persoonlijk levensfasebudget
(...)

2. Het PLB wordt in beginsel aangewend voor bestedingsdoelen in tijd. De personeelsformatie dient zodanig te zijn dat elke werknemer in de gelegenheid is zijn PLB-uren op te nemen. Het doel van de regeling is de werknemer de mogelijkheid te geven een gespaard budget te gebruiken als zijn levensfase daartoe aanleiding geeft. Met de invoering van PLB-uren is beoogd de duurzame inzetbaarheid van de werknemer te bevorderen.

3. Voor iedere werknemer geldt dat er een *Werknemersplan PLB* wordt opgesteld. Dit *werknemersplan* wordt in overleg tussen werkgever en werknemer vastgesteld en bevat afspraken over de inzet van het *PLB-tegoed*.

Om te komen tot een *Werknemersplan PLB* dient de werknemer een gemotiveerd voorstel in voor de inzet van zijn *PLB-uren*. In dit voorstel wordt nader uitgewerkt op welke wijze zijn duurzame inzetbaarheid met de inzet van *PLB-uren* wordt vergroot passend bij zijn persoonlijke behoeften. Het *werknemersplan* kan op verzoek van de werknemer de volgende elementen bevatten:

- Uitbetaling van de jaarlijkse opbouw van *PLB-uren*. Van een verplichting tot uitbetaling kan geen sprake zijn.
- De inzet van *PLB-uren* ten behoeve van employabilitygerichte scholing en scholing die bijdraagt aan 'van werk naar werk-trajecten'.

(...)

4. Opname van het verlof kan naar eigen inzicht en wensen van de werknemer, met inachtneming van de volgende bepalingen:

(...)

- de werkgever willigt het verzoek om verlof in tenzij een zodanig bedrijfs- of dienstbelang zich tegen het opnemen van verlof verzet dat het belang van de werknemer daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken.

(...)

(...)

6. Het *PLB* kent geen verjaringstermijn.

7. Jaarlijks kan op verzoek van de werknemer het *PLB* worden ingezet in het *Meerkeuzesysteem arbeidsvoorwaarden* (artikel 3.2.10).

8. Bij uitbetaling van opgebouwde *PLB-uren* bedraagt de waarde het dan geldende uurloon van de werknemer.

(...)

Artikel 12.2.3. Overgangsregeling artikel 6.13 Cao Ziekenhuizen 2008-2009 (55-plusregeling)

In afwijking van artikel 12.2.1 lid 1 ontvangt de werknemer die op 31 december 2009 gebruik maakt van artikel 6.13 (55-plusregeling) Cao Ziekenhuizen 2008-2009, afhankelijk van het contractpercentage, jaarlijks een *PLB* van:

- 36 uur (100 %) = 208 uur;
- 35 uur (97,2%) = 172 uur;
- 34 uur (94,4%) = 136 uur;
- 33 uur (91,7%) = 100 uur.

Artikel 12.2.4. Overgangsregeling 45 jaar en ouder

1. De overgangsregeling is uitsluitend van toepassing op de werknemer die op 1 januari 2009 in dienst was bij een werkgever die de CAO Ziekenhuizen toepaste.

2. In aanvulling op artikel 12.2.1. lid 1 ontvangt de werknemer die op 31 december 2009 45 jaar is, maar nog geen 50 jaar, en 10 jaar in dienst is binnen de zorgsector (werkingsfeer PfZW), in de maand waarin hij 55 jaar wordt, een eenmalige storting in het PLB van 200 uur.

3. In afwijking van artikel 12.2.1. lid 11 ontvangt de werknemer die op 31 december 2009:

- 60 jaar is, of ouder, jaarlijks een PLB van 202 uur.
- 55 jaar of ouder, maar nog geen 60 jaar is, jaarlijks een PLB van 187 uur.
- 54 jaar is, vanaf de eerste van maand waarin hij 55 jaar wordt jaarlijks een PLB van 172 uur;
- 53 jaar is, vanaf de eerste van de maand waarin hij 55 jaar wordt jaarlijks een PLB van 157 uur;
- 52 jaar is, vanaf de eerste van de maand waarin hij 55 jaar wordt jaarlijks een PLB van 142 uur;
- 51 jaar is, vanaf de eerste van de maand waarin hij 55 jaar wordt jaarlijks een PLB van 122 uur;
- 50 jaar is, vanaf de eerste van de maand waarin hij 55 jaar wordt jaarlijks een PLB van 102 uur.

4. In afwijking van artikel 12.2.1. lid 1 en in afwijking van lid 3 van dit artikel ontvangt de werknemer van 55 jaar en ouder die recht heeft op 184 uur vakantie (artikel 12.1.2 lid 4) en die op 31 december 2009:

- 60 jaar of ouder is, jaarlijks een PLB van 180 uur;
- 55 jaar of ouder is, maar nog geen 60, jaarlijks een PLB 165 uur."

2.6. Bij de invoering van het levensfasebudget is in de preambule bij de cao 2009-2011 - voor zover van belang - het volgende opgenomen:

"(...)

Invoering Levensfasebudget

Partijen komen overeen om per 1 januari 2010 een persoonlijk levensfasebudget (PLB) in tijd te realiseren voor alle werknemers vallend onder de CAO Ziekenhuizen. Dit PLB kan aangewend worden voor bestedingsdoelen in tijd. Het PLB wordt als reëel alternatief voor het huidige systeem van leeftijdsgebonden rechten gezien en komt tegemoet aan de uitgangspunten van een gelijke behandeling van werknemers, ongeacht hun leeftijd. Om de implementatielast bij het invoeren van een PLB zoveel mogelijk te beperken, wordt een eenmalige invoering en overgangsregeling gerealiseerd (...) Met de invoering van het PLB komen de huidige leeftijdsafhankelijke verlofregelingen en de ontzie-bepalingen te vervallen. Het gaat daarbij om de jeugduren, vergrijzingsuren, 55+/lgb-uren en de

vrijwillige keuze van de huidige 55-plussers om af te zien van de avond-, weekend- en nachtdiensten, bereikbaarheidsdiensten en overwerk.

(...)

Opname van levensfasebudget kan naar eigen inzicht en wensen van de werknemer. De werkgever stemt in met de keuze voor opname tenzij zwaarwegend bedrijfsbelang (...) zich daar tegen verzet(...)

Bestedingsdoelen zijn bijvoorbeeld (niet limitatief):

- Tijdelijk minder werken*
- Verlenging bevallingsverlof*
- Gebruik ouderschapsverlof*
- Extra studietijd*
- Regelmatig langere vakantie*
- Structureel minder werken aan het einde van de carrière.*

(...)"

2.7. Bij brief van 29 juni 2016 heeft [REDACTED] - voor zover van belang - het volgende aan [REDACTED] geschreven:

"(...)

*In januari is de ORT over de vakantie van 2015 betaald. Het gehanteerde rekenmodel is:
a. Met activiteitcode 25 (vakantie/verlofuren) is middels een rapportage het totaal aantal (wettelijke) verlofuren van het hele jaar 2015 met een max van 144 uren berekend.*

(...)

Met betrekking tot de ORT over voorgaande jaren is de situatie als volgt. Bij de Rechtbank Leeuwarden loopt een inhoudelijke procedure over een soortgelijke vraag. De uitspraak op dit vonnis was aangekondigd voor 15 juni, maar helaas hebben wij deze nog niet ontvangen. Als ook uit die uitspraak blijkt, dat de werkgever de verplichting heeft om de ORT tijdens vakantie ook over de afgelopen jaren te betalen, dan zullen wij dat ook voor andere medewerkers honoreren.

In afwachting daarvan stel ik u in de gelegenheid om de aanspraak nader te specificeren. Op welk bedrag wordt concreet aanspraak gemaakt?

(...)"

2.8. Bij e-mailbericht van 11 augustus 2016 heeft [REDACTED] een uitspraak van deze rechtbank van 11 augustus 2016 aan de gemachtigde van [REDACTED] gezonden. In de betreffende uitspraak is [REDACTED] veroordeeld tot betaling van onregelmatigheidstoeslag (hierna: ORT) over de opgenomen vakantie-uren.

2.9. [REDACTED] heeft bij brief van 19 augustus 2016 [REDACTED] verzocht over te gaan tot uitbetaling van de onregelmatigheidstoeslag over de opgenomen vakantie-uren over de afgelopen jaren.

2.10. [REDACTED] heeft bij brief van 2 september 2016 - voor zover van belang - het volgende aan (de gemachtigde van) [REDACTED] bericht:

"(...)

De directie zich gebogen over het vonnis dat is gewezen in de zaak van mevrouw [REDACTED]. Daaruit is niet de conclusie getrokken, dat de werkgever de verplichting heeft om alle

werknemers de ORT te betalen. In deze casus was bovengemiddeld veel ORT. Daarnaast zijn we het niet eens met het feit dat de ORT ook over ander verlof (PLB-uren) zou moeten worden betaald en al helemaal niet dat er ook vakantietoeslag over betaald zou moeten worden. Op grond van de cao wordt over de ORT geen vakantietoeslag betaald. De directie heeft daarom besloten om in hoger beroep te gaan.

*Dat betekent, dat wij voorsnog niet zullen overgaan tot honorering van de door u gestelde eisen.
(...)"*

Het standpunt van [REDACTED]

in conventie

- 3.1. [REDACTED] vordert bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad, [REDACTED] te veroordelen binnen twee dagen na betekening van het vonnis aan [REDACTED] te betalen:
- I. een bedrag van € 7.146,65 bruto ter zake achterstallige onregelmatigheidstoeslag over de periode 2011 tot en met 2015;
 - II. de maximale wettelijke verhoging ex artikel 7:625 BW ad 50% over het in sub I gevorderde bedrag vanaf de datum van opeisbaarheid, althans vanaf de dag van dagvaarding;
 - III. een bedrag van € 886,12 aan buitengerechtelijke incassokosten;
 - IV. een bedrag van € 1.040,60 ter zake gemaakte kosten voor het laten opstellen van een berekening door een derde;
 - V. de kosten van de procedure.

3.2. [REDACTED] heeft - samengevat - het volgende aan haar vordering ten grondslag gelegd. [REDACTED] heeft [REDACTED] bij brief van 29 juni 2016 toegezegd over te gaan tot uitbetaling van de ORT over de vakantie-uren indien de rechtbank Noord-Nederland locatie Leeuwarden haar daartoe in een vergelijkbare zaak zal veroordelen. Omdat [REDACTED] bij vonnis van 10 augustus 2016 in die zaak is veroordeeld tot betaling van ORT over de vakantie-uren, maakt [REDACTED] op basis van die toezegging aanspraak op betaling van ORT over de door haar opgenomen vakantie-uren over de jaren 2011 tot en met 2015. [REDACTED] is van mening dat [REDACTED] zich ten onrechte beroept op de bepalingen uit de cao. De bepalingen uit het Burgerlijk Wetboek omtrent het loon zijn op grond van artikel 7:645 BW dwingendrechtelijk van aard. Tijdens vakantie behoudt [REDACTED] recht op haar loon. In jurisprudentie van het Europees Hof van Justitie en in de Nederlandse lagere rechtspraak is bepaald dat het loonbegrip ruim moet worden uitgelegd. Uitgangspunt is dat ook tijdens vakantie als loon moet worden beschouwd datgene wat de werknemer zou hebben verdiend wanneer hij zou hebben gewerkt. In de zaak Williams heeft het Hof van Justitie overwogen dat elke last die intrinsiek samenhangt met de uitvoering van de taken uit de arbeidsovereenkomsten en waarvoor de werknemer een financiële vergoeding ontvangt, wordt gerekend tot zijn globale beloning en maakt van het vakantieloon deel uit. Slechts occasionele kosten dienen buiten beschouwing te blijven. [REDACTED] in strijd met het recht door niet overeenkomstig deze jurisprudentie te handelen. Er is sprake van een intrinsieke samenhang tussen de functie van [REDACTED] van bejaardenverzorgende en de ORT.

in reconventie

- 3.3. [REDACTED] heeft betwist dat de overgangsregeling in de cao met betrekking tot PLB-

uren in strijd is met de Wet Gelijke Behandeling Leeftijd bij de arbeid (hierna: WGBL) en heeft daartoe - samengevat - het volgende aangevoerd. Met de invoering van PLB-uren is beoogd de duurzame inzetbaarheid van de werknemer te bevorderen. Omdat [REDACTED] een zogenoemde gebonden werkgever is, dient zij met het oog hierop de bepalingen voortvloeiende uit de cao stipt toe te passen, één en ander ex artikel 9 Wet op de collectieve arbeidsovereenkomsten. Primair stelt [REDACTED] zich op het standpunt dat deze uren haar overeenkomstig de cao toekomen en dat [REDACTED] hieraan gebonden is, zeker nu de cao lange tijd algemeen verbindend is/was verklaard. Subsidiair stelt [REDACTED] zich op het standpunt dat er sprake is van een objectieve rechtvaardigingsgrond voor het in de overgangsregeling gemaakte leeftijdsonderscheid. De PLB uren zijn in het leven geroepen om oudere werknemers voldoende in de gelegenheid te stellen om het werk fysiek en geestelijk te kunnen blijven verrichten, waarbij jongerenwerkloosheid wordt teruggedrongen. Het is een alternatief voor de tot 2010 geldende leeftijdsgebonden rechten zoals vergrijzingsuren, 55-plus/lgpb-uren en vrijwillige keuzen van de 55plussers om af te zien van avond- weekend- en nachtdiensten, bereikbaarheidsdiensten en overwerk. Dit is dan ook het legitieme doel. De rechtvaardiging is ook te vinden in het feit dat de PLB uren passen in een leeftijdsbewust personeelsbeleid. [REDACTED] treft zowel preventieve als curatieve maatregelen om mogelijke problemen als gevolg van afnemende inzetbaarheid op hogere leeftijd te voorkomen respectievelijk op te lossen. De overgangsregeling is tijdelijk van aard en daarom is het maken van onderscheid wel mogelijk zonder dat het in strijd is met de WGBL. [REDACTED] heeft haar recht een beroep te doen op de strijdigheid van de overgangsregeling met de WGBL verwerkt, doordat zij kennelijk al vóór 1 januari 2010 wist dat de overgangsregeling mogelijk in strijd zou zijn met de WGBL, maar deze toch heeft doorgevoerd en uren aan [REDACTED] toegekend. Ook brengt goed werkgeverschap met zich mee dat het niet redelijk is dat [REDACTED] nu nog geconfronteerd wordt met een terugvordering van reeds toegekende PLB uren.

Het standpunt van [REDACTED]

in conventie

4.1. [REDACTED] heeft de vordering van [REDACTED] betwist. Zij heeft daartoe - samengevat - het volgende aangevoerd. [REDACTED] heeft hoger beroep ingesteld tegen het vonnis van de Rechtbank Noord-Nederland, locatie Leeuwarden van 10 augustus 2016. Nu er geen sprake is van een onherroepelijke uitspraak kan [REDACTED] aan deze uitspraak en aan de inhoud van de brief van [REDACTED] van 29 juni 2016 geen rechten ontleen. In de cao is bepaald dat de vergoeding voor onregelmatige dienst wordt berekend uitgaande van het geldende uurloon. Verder is bepaald dat onder salaris moet worden verstaan het voor de werknemer geldende bruto maandsalaris exclusief de vergoedingen waaronder onregelmatige dienst. De ORT hoort daarom niet tot het uurloon/salaris. Voorts blijkt uit de toelichting bij de cao Ziekenhuiswezen 1982/1984 dat de cao partijen expliciet zijn overeengekomen dat er over vakantie- of verlofdagen geen onregelmatigheidstoelage wordt opgebouwd. Het karakter van de ORT brengt ook niet de verplichting mee om de ORT door te betalen tijdens vakantie. De ORT is namelijk een vergoeding voor het werken op onregelmatige tijden en is bedoeld als compensatie voor de ongemakken en extra kosten die het werken op niet normale arbeidstijden met zich brengt. De ORT kan door de werknemer ook in de vorm van vrije tijd worden genoten zoals in artikel 10.3. lid 1 van de cao is bepaald. [REDACTED] probeert [REDACTED] te dwingen af te wijken van de cao, terwijl [REDACTED] daartoe niet verplicht kan worden, omdat zij dan in strijd handelt met het standaardkarakter van de cao. Daarbij dient ook in ogenschouw te worden genomen dat [REDACTED] wettelijk niet verplicht is om een toeslag voor onregelmatige diensten te

betalen. [REDACTED] heeft bovendien niet gesteld dat zij, als zij niet op vakantie was gegaan, gedurende deze dagen ook onregelmatig zou hebben gewerkt.

[REDACTED] heeft haar recht verwerkt om thans nog betaling te vorderen van ORT over de vakantiedagen. Als de redenering van [REDACTED] dat de cao in strijd is met dwingend recht opgaat, mag er van uit worden gegaan dat de vakbond van [REDACTED] dit al in het jaar 2010 wist, althans had kunnen weten en dat [REDACTED] vanaf dat moment al had kunnen en moeten klagen bij [REDACTED]. [REDACTED] heeft ook niet de gelegenheid gehad om op het betalen van ORT aan [REDACTED] (en haar collega's die eenzelfde aanspraak menen te hebben) te anticiperen en daarvoor gelden te reserveren. De vordering van [REDACTED] is in ieder geval verjaard voor zover deze betrekking heeft op de periode vóór mei 2011, nu [REDACTED] voor het eerst in mei 2016 heeft gesteld dat zij recht heeft op betaling van ORT over vakantiedagen. Indien en voor zover de ORT al over de vakantiedagen moet worden berekend geldt dat alleen voor wettelijke vakantiedagen en niet voor bovenwettelijke vakantiedagen. De ORT is daarnaast niet verschuldigd over feestdagen en PLB uren.

in reconventie

- 4.2. [REDACTED] vordert in reconventie, bij vonnis uitvoerbaar bij voorraad:
- voor recht te verklaren dat de overgangsregelingen van de artikelen 12.3.3 en 12.2.4 van de cao nietig zijn wegens strijd met de WGBL bij de arbeid en dat [REDACTED] niet gehouden is om de PLB uren die op basis van deze overgangsregelingen zijn opgebouwd, aan [REDACTED] te vergoeden;
 - te bepalen dat op het PLB verlofuren tegoed van [REDACTED] 385 uren in mindering mogen worden gebracht;
 - [REDACTED] te veroordelen in de proceskosten.

4.3. [REDACTED] heeft - samengevat - het volgende aan haar vorderingen ten grondslag gelegd. De overgangsregeling voor oudere werknemers in artikel 12.2.3 is in strijd met artikel 3 aanhef en onder 3 WGBL. Op grond van de WGBL is het verboden om op grond van leeftijd onderscheid te maken bij de arbeidsvoorwaarden. Nu de overgangsregelingen van de artikelen 12.2.3 en 12.2.4 van de cao alleen gelden voor oudere werknemers, gaat [REDACTED] ervan uit dat er sprake is van een verboden onderscheid. Het toekennen van extra verlofuren op grond van leeftijd, levert immers een direct onderscheid op. Geen van de uitzonderingen van artikel 7 WGBL is aan de orde. Er is geen objectieve rechtvaardigingsgrond voor het leeftijdsonderscheid, omdat van leeftijdsbewust personeelsbeleid geen sprake is. De overgangsregeling geldt voor alle oudere werknemers en ziet dus niet op de zwaarte van de werkzaamheden. Er is geen sprake van bij of krachtens wet vastgesteld werkgelegenheids- of arbeidsmarktbeleid. [REDACTED] kan en mag daarom op grond van de WGBL niet overgaan tot uitbetaling (of het laten opnemen) van de PLB-uren welke zijn gebaseerd op de artikel 12.2.3 en 12.2.4 van de cao. Door de overgangsregeling van artikel 12.2.3 en 12.2.4 van de cao heeft [REDACTED] vanaf 1 januari 2010 tot 77 uur per jaar meer aan PLB uren opgebouwd dan haar jongere collega's. Nergens uit de cao blijkt dat de overgangsregeling zelf onderdeel uitmaakt van een levensfase bewust personeelsbeleid. [REDACTED] verwijst ten aanzien van de strijdigheid van de artikelen 12.2.3 en 12.2.4 van de cao met de WGBL naar diverse uitspraken, waaronder een uitspraak van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 22 oktober 2013. [REDACTED] betwist dat zij al vanaf 1 januari 2010 weet dat de overgangsregeling mogelijk in strijd is met de WGBL.

- 4.4. Op de stellingen en verweren van partijen zal hierna - voor zover van belang - worden ingegaan.

De beoordeling van het geschil

in reconventie

5.1. De kantonrechter ziet aanleiding om de vordering in reconventie eerst te behandelen. De in reconventie in geschil zijnde PLB-uren zijn namelijk ook (deels) onderwerp van geschil in conventie. In conventie kan de vordering ten aanzien van de PLB-uren niet worden beoordeeld zonder dat op de vordering in reconventie is beslist.

5.2. In reconventie is tussen partijen in geschil of de overgangsregeling met betrekking tot PLB-uren in strijd is met artikel 3 aanhef en onder 3 van de WGBL en of de op grond van deze overgangsregeling aan [REDACTED] toegekende PLB-uren daarom in mindering gebracht dienen te worden op de PLB-uren van [REDACTED].

5.3. In artikel 1 lid 1 van de WGBL wordt onder het begrip 'onderscheid' verstaan: onderscheid op grond van leeftijd of op grond van andere hoedanigheden of gedragingen dat onderscheid op grond van leeftijd tot gevolg heeft. Artikel 3 WGBL bepaalt dat onderscheid in de arbeidsvoorwaarden op grond van leeftijd verboden is. Door de regeling van de PLB-uren, waarbij extra verlofuren worden toegekend aan oudere werknemers, wordt naar het oordeel van de kantonrechter onderscheid gemaakt naar leeftijd in de zin van artikel 1 lid 1 WGBL.

5.4. Het verbod van onderscheid op grond van leeftijd is niet absoluut. Ingevolge artikel 7 lid 1 aanhef en onder a en c WGBL geldt het verbod van onderscheid niet indien het onderscheid is gebaseerd op werkgelegenheids- of arbeidsmarktbeleid ter bevordering van arbeidsparticipatie van bepaalde leeftijdscategorieën, voor zover dit beleid is vastgesteld bij of krachtens wet (sub a) dan wel indien het onderscheid anderszins objectief gerechtvaardigd is door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn (sub c). Van een objectieve rechtvaardiging in voornoemde zin kan sprake zijn indien de overgangsregeling is ingebed in een levensfasebewust personeelsbeleid. (Zie ook gerechtshof Arnhem-Leeuwarden d.d. 22 oktober 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:7881).

5.5. De kantonrechter is van oordeel dat, gelijk [REDACTED] heeft aangevoerd, het PLB geen op zichzelf staande seniorenregeling is, maar gezien moet worden in de bredere context als onderdeel van een levensfasebewust personeelsbeleid. De in het geding zijnde overgangsregeling kent weliswaar aan bepaalde leeftijdscategorieën een afwijkend aantal PLB-uren toe, maar deze toegekende PLB-uren kunnen, zo volgt uit de artikel 12.2.2. lid 2 cao 2014-2016, worden aangewend voor bestedingsdoelen in tijd en geven de werknemer de mogelijkheid een gespaard budget te gebruiken als zijn levensfase daartoe aanleiding geeft. Met de invoering van PLB-uren is beoogd de duurzame inzetbaarheid van de werknemer te bevorderen (aldus nog steeds lid 2 van voormeld artikel). Naar het oordeel van de kantonrechter is daarmee de overgangsregeling ingebed in een levensfasebewust personeelsbeleid en is het gemaakte onderscheid naar leeftijd objectief gerechtvaardigd. Dat, zoals [REDACTED] heeft betoogd, de overgangsregeling is gerealiseerd om de implementatielast bij het invoeren van een PLB te beperken (zoals vermeld in de preambule bij de cao 2009-2011) maakt dit naar het oordeel van de kantonrechter niet anders. Een en ander laat immers onverlet dat de overgangsregeling is ingebed in een levensfasebewust personeelsbeleid. De op basis van de leeftijd toegekende PLB-uren kunnen immers worden aangewend voor de voormelde bestedingsdoelen en de regeling speelt in op de behoeften van de werknemers behorend bij hun levensfase. De overgangsregeling is derhalve niet slechts

een leeftijdsafhankelijke seniorenregeling, waarbij uitsluitend extra verlof wordt toegekend.

5.6. De kantonrechter acht de regeling voorts passend en noodzakelijk. Het betreft een tijdelijke regeling. Vanaf de invoering van de PLB regeling krijgen alle medewerkers jaarlijks PLB-uren waarop geen verjaringstermijn van toepassing is en kunnen zij gespaard budget gebruiken als hun levensfase daartoe aanleiding geeft. Geoordeeld kan worden dat oudere werknemers die langer in dienst zijn, zouden worden benadeeld door het feit dat zij, anders dan hun jongere collega's, niet vanaf het begin van hun dienstverband PLB-uren hebben ontvangen en deze niet hebben kunnen opsparen, terwijl de voorheen geldende leeftijdsafhankelijke verlofregelingen en de ontzie-bepalingen zijn vervallen. Door de overgangsregeling wordt de benadeling die door de invoering van de PLB-uren voor oudere werknemers ontstaat opgeheven.

5.7. De conclusie is dat de vorderingen van [REDACTED] zullen worden afgewezen.

5.8. [REDACTED] zal als de in reconventie in het ongelijk te stellen partij worden veroordeeld in de proceskosten.

De proceskosten aan de zijde van [REDACTED] worden vastgesteld op:

- salaris gemachtigde € 450,00 (2 punten x tarief € 225,00)
totaal € 450,00.

in conventie

- de brief van 29 juni 2016

6.1. In conventie ziet de kantonrechter zich eerst voor de vraag gesteld of [REDACTED] op grond van haar brief van 29 juni 2016 (zoals onder 2.7. geciteerd) gehouden is aan [REDACTED] de ORT over de door haar in het verleden opgenomen vakantie-uren dient te betalen. Deze vraag wordt bevestigend beantwoord. De kantonrechter overweegt daartoe dat in deze brief expliciet wordt verwezen naar de procedure bij de Rechtbank in Leeuwarden over een soortgelijke vraag. Vervolgens staat in deze brief "Als ook uit die uitspraak blijkt, dat de werkgever de verplichting heeft om de ORT tijdens vakantie ook over de afgelopen jaren te betalen, dan zullen wij dat ook voor de andere medewerkers honoreren". De woorden "die uitspraak" verwijzen naar de uitspraak van de Rechtbank in Leeuwarden. Vast staat dat deze rechtbank op 10 augustus 2016 een uitspraak in een vergelijkbare zaak heeft gedaan waarin is geoordeeld dat [REDACTED] de ORT tijdens de vakantie ook over de afgelopen jaren dient te betalen. Er is daarom voldaan aan de in de brief van 29 juni 2016 gestelde voorwaarden. Dat de uitspraak in kwestie niet onherroepelijk is, is niet van belang. Dat is in de brief van 29 juni 2016 niet als voorwaarde gesteld. Het feit dat [REDACTED] van die uitspraak in hoger beroep is gegaan is evenmin van belang. [REDACTED] heeft in haar brief van 29 juni 2016 specifiek gerefereerd aan de uitspraak van de rechtbank in Leeuwarden, zodat ook in geval het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden in hoger beroep tot een ander oordeel komt, dat geen afbreuk doet aan de in die brief gedane toezegging.

6.2. Daarnaast is [REDACTED] naar het oordeel van de kantonrechter de ORT over de vakantie-uren van [REDACTED] verschuldigd omdat de ORT intrinsiek deel uitmaakt van de aan haar toegekende taken waarvoor zij de toeslag ontvangt. Vast staat namelijk dat [REDACTED] alleen nachtdiensten draait en zij daarvoor de onregelmatigheidstoeslag ontvangt. Het vakantieloon dient in beginsel gelijk te zijn aan het loon dat de werknemer verdient zou hebben als hij geen vakantie had genoten. Uitgangspunt van de wetgever is namelijk dat

opgebouwde (wettelijke) vakantiedagen genoten dienen te worden en de werknemer er niet door financiële overwegingen van weerhouden mag worden daadwerkelijk vakantie op te nemen. Dit zou het geval kunnen zijn als het loon dat gedurende de vakantie wordt doorbetaald substantieel lager is dan het gebruikelijke loon, zoals in deze zaak. De ORT valt daarom onder het loonbegrip als bedoeld in artikel 7:639 BW.

- rechtsverwerking/ verjaring

6.3. Het door [REDACTED] gedane beroep op rechtsverwerking en de redelijkheid en billijkheid wordt, gelet op de hiervoor besproken toezegging door [REDACTED] in haar brief van 29 juni 2016, gepasseerd.

Het beroep op verjaring wordt als onvoldoende onderbouwd gepasseerd. [REDACTED] heeft weliswaar gesteld dat de vordering van [REDACTED] voor zover deze betrekking heeft op de periode vóór mei 2011 op grond van artikel 3:307 BW is verjaard, nu [REDACTED] voor het eerst in mei 2016 heeft gesteld dat zij recht heeft op betaling van ORT over de vakantiedagen. [REDACTED] heeft deze stelling echter gemotiveerd betwist. Zij heeft daartoe aangevoerd dat zij in het begin van het jaar 2016 [REDACTED] duidelijk heeft aangezegd dat zij aanspraak maakt op ORT over de verlofuren van afgelopen jaren. Op dat moment was er volgens [REDACTED] tussen partijen al een meningsverschil over de uitvoering van de werkzaamheden op de overeengekomen tijden en is de onderhavige kwestie ook aangekaart. [REDACTED] heeft hier volgens [REDACTED] niets mee gedaan. Daarnaast heeft [REDACTED] aangevoerd dat zij in de loop van het kalenderjaar van 2011 vakantiedagen heeft opgenomen. [REDACTED] heeft deze betwisting vervolgens niet weerlegd.

- bovenwettelijke vakantie-uren

6.4. De wetgever heeft voor wat betreft het loonbegrip uit artikel 7:639 BW geen verschil gemaakt tussen wettelijke en bovenwettelijke vakantiedagen. Aangezien dit een dwingendrechtelijke bepaling is (zoals is bepaald in artikel 7:645 BW) mag niet bij collectieve arbeidsovereenkomst worden afgesproken dat over de opgenomen bovenwettelijke vakantiedagen geen ORT verschuldigd is (vgl. Hof Den Haag 13 september 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:2589). Dat betekent dat de ORT ook verschuldigd is over de opgenomen bovenwettelijke vakantie-uren.

- feestdagen

6.5. [REDACTED] heeft onvoldoende onderbouwd gesteld waarom [REDACTED] de ORT ook verschuldigd is over feestdagen. Wettelijk is niet vastgelegd dat een werknemer recht heeft op verlof en doorbetaling van het salaris tijdens feestdagen. De stelling dat dit uit de jurisprudentie blijkt, is niet door [REDACTED] onderbouwd. Indien [REDACTED] (vakantie)verlof heeft opgenomen om vrij te zijn met de feestdagen heeft zij op grond van de genoten vakantiedagen al recht op ORT.

- PLB-uren

6.6. Uit de hiervoor onder 6.2. genomen beslissing dat ORT onder het loonbegrip valt, vloeit voort dat de ORT ook over de "extra verlofuren in de vorm van Persoonlijk Budget Levensfase (PBL)" moet worden betaald. Deze verlofuren kunnen ook ter gebruik worden aangewend (ook al heeft een werknemer de keuze de opgebouwde PBL-uren voor een ander doel in te zetten). De bedoeling van het PLB is door de cao-afsluitende partijen weergegeven in de hiervoor onder 2.6. aangehaalde passage uit de preambule van de cao. Uit artikel 12.2.2 van de cao blijkt dat het PLB in beginsel ziet op opname van verlof. In lid 2 staat namelijk "Het PLB wordt in beginsel aangewend voor bestedingsdoelen in tijd. (...)" en in lid 4 "Opname van het verlof kan naar eigen inzichten en wensen van de werknemer (...)" Gelet

op de aldus kenbaar gemaakte bedoeling van het PLB en de wijze waarop dit in beginsel moet worden opgenomen, is de kantonrechter van oordeel dat het PLB een vorm van betaald vrijaf betreft naast het wettelijk minimum aantal uren vakantie en dat uit de gegeven toelichting volgt dat de (opgenomen) PLB uren moeten worden gelijkgesteld met (opgenomen) bovenwettelijke vakantie-uren.

Het niet in het (vakantie)loon verdisconteren van de ORT kan voor de werknemer een prikkel zijn om niet of minder gebruik te maken van extra verlofuren in de vorm van PLB, zodat de ORT tot de componenten behoort waaruit het vakantieloon is opgebouwd.

- hoogte van de vordering

6.7. Uit het overzicht van [REDACTED] in de dagvaarding blijkt dat haar vordering als volgt is opgebouwd:

ORT over het jaar 2011 (7,5 uren x € 7,24)	€ 53,55
ORT over het jaar 2012 ((173,23 + 153,12 uren) x € 7,09)	€ 2.313,82
ORT over het jaar 2013 ((90 + 124,12 uren) x € 7,17)	€ 1.535,24
ORT over het jaar 2014 ((95,42 + 106,73 uren) x € 7,16)	€ 1.447,39
ORT over het jaar 2015 ((88 + 100,80 uren) x € 7,03 - € 555,13 bruto)	€ 772,13
Totaal	€ 6.122,14.

6.8. [REDACTED] heeft de juistheid van deze berekening onvoldoende gemotiveerd betwist. Zij heeft slechts aangevoerd dat de ORT niet over de bovenwettelijke vakantie-uren en PLB uren verschuldigd is. Deze verweren zijn hier hiervoor reeds verworpen. Het gevorderde bedrag van € 6.122,14 is daarom toewijsbaar.

6.9. Zoals onder 6.5. al is overwogen is de ORT over de feestdagen niet van toewijsbaar. Het daaromtrent gevorderde bedrag van € 1.024,51 zal dan ook worden afgewezen.

6.10. De kantonrechter ziet in de omstandigheden van het geval aanleiding om de wettelijke verhoging te matigen tot nihil.

6.11. De gevorderde wettelijke rente zal worden toegewezen vanaf de dag van dagvaarding, nu [REDACTED] niet heeft gesteld vanaf welk eerder moment haar vordering opeisbaar is.

6.12. [REDACTED] heeft voldoende gesteld en onderbouwd dat buitengerechtelijke incassowerkzaamheden zijn verricht. Haar gemachtigde heeft [REDACTED] meerdere malen inhoudelijk aangeschreven ten aanzien van deze kwestie. Aan buitengerechtelijke incassokosten zal, gelet op de toewijsbare hoofdsom, een bedrag van € 824,14 worden toegewezen, gerelateerd aan de wettelijke staffel zoals vermeld in artikel 2 van het Besluit vergoeding voor buitengerechtelijke incassokosten niet overstijgt.

6.13. Het bedrag van € 1.040,60 voor het opstellen van de berekening van de ORT door een derde is eveneens toewijsbaar. [REDACTED] heeft niet betwist dat zij meermaals in de gelegenheid is gesteld om zelf een berekening over te leggen en dat zij daartoe niet is overgegaan.

6.14. De conclusie is dat een bedrag van € 7.986,88 (€ 6.122,14 + € 824,14 + € 1.040,60) zal worden toegewezen. De kantonrechter ziet geen aanleiding om een termijn aan de betaling te verbinden, omdat de veroordeling in dit vonnis impliceert dat betaald moet worden.

6.15. [REDACTED] zal als de (grotendeels) in conventie in het ongelijk te stellen partij worden veroordeeld in de proceskosten.

De proceskosten aan de zijde van [REDACTED] worden vastgesteld op:

- exploitkosten	€ 96,57
- overige kosten	€ 5,80
- griffierecht	€ 223,00
- salaris gemachtigde	€ 500,00 (2 punten x tarief € 250,00)
totaal	€ 825,37.

Beslissing

De kantonrechter:

in conventie

veroordeelt [REDACTED] tot betaling aan [REDACTED] van een bedrag groot € 7.986,88 (zegge: zevenduizendnegenhonderdzesentachtig euro en achtentachtig cent), te vermeerderen met de wettelijke rente over € 6.122,14 vanaf 11 november 2016, zijnde de dag van dagvaarding, tot aan de dag der algehele voldoening;

veroordeelt [REDACTED] in de kosten van deze procedure, tot op heden aan de zijde van [REDACTED] vastgesteld op € 825,37.

verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad;

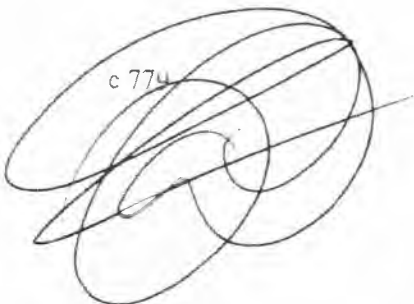
wijst het meer of anders gevorderde af;

in reconventie

wijst de vorderingen van [REDACTED] af;

veroordeelt [REDACTED] in de kosten van deze procedure, tot op heden aan de zijde van [REDACTED] vastgesteld op € 450,00.

Aldus gewezen door mr. R. Giltay, kantonrechter, en uitgesproken ter openbare terechtzitting van 15 augustus 2017 in tegenwoordigheid van de griffier.

c 774




Voor grosse/afschr. conform

15 AUG. 2017

De griffier