

RECHTSPRAAK

Nakoming cao Particuliere Beveiliging: verschuivingstoelage, onregelmatigheidstoelage en extra vakantiedagen. “Forfaitaire schadevergoeding” wegens schending van een informatieplicht heeft het karakter van een boetebeding en is voor matiging vatbaar.*Feiten*

Security B.V. (hierna: geïntimeerde) is een particulier beveiligingsbedrijf dat onder de cao Particuliere Beveiliging (verder: cao PB) valt, voor zover die algemeen verbindend is verklaard. Op grond van artikel 97 cao PB voert Stichting Sociaal Fonds Particuliere Beveiliging (hierna: SFPB), in 2000 opgericht door werkgevers- en werknemersorganisaties, controles uit in de beveiligingsbranche. Het gaat in deze zaak om de vraag of geïntimeerde een (forfaitaire) schadevergoeding verschuldigd is geworden aan SFPB, omdat zij na ingebrekestelling (laatstelijk bij e-mailbericht van 19 mei 2020) heeft nagelaten door SFPB verlangde informatie te verstrekken. Met betrekking tot de vraag of dat zo is, houdt een drietal geschilpunten partijen verdeeld. SFPB verlangt in de aangehaalde ingebrekestelling op de eerste plaats informatie om te kunnen controleren of geïntimeerde aan haar medewerkers de verschuivingstoelage van artikel 47 cao PB verschuldigd is geworden en, zo ja, ook heeft betaald. Op de tweede plaats verlangt zij stukken op grond waarvan zij kan controleren of geïntimeerde in voorkomend geval aan medewerkers extra vakantiedagen heeft toegekend op voet van artikel 64 lid 5 van de cao PB. Op de derde plaats verlangt SFPB stukken om te kunnen beoordelen of bij de vaststelling van de vakantietoelage rekening is gehouden met de ORT als onderdeel van het loonbedrag waarover deze toeslag verschuldigd was geworden. In het in dit hoger beroep bestreden vonnis van 31 maart 2021 heeft de kantonrechter in conventie geïntimeerde veroordeeld tot betaling van € 1.772,25 met veroordeling in de kosten van het geding. In reconventie heeft de kantonrechter de vorderingen van geïntimeerde afgewezen en ook in dat deel van het geding haar veroordeeld tot betaling van de proceskosten. SFPB heeft in principaal hoger beroep drie grieven aangevoerd en haar eis gewijzigd. In incidenteel hoger beroep heeft geïntimeerde zes grieven aangevoerd.

*Oordeel**De verschuivingstoelage*

Een werkgever dient wekelijks een rooster op te stellen voor een periode van vier weken.

Wordt in de periode van vier weken tussen de vaststelling van dit rooster en de daadwerkelijke inzet geschoven met de uren waarop een medewerker wordt ingezet, dan is de werkgever aan de desbetreffende medewerker een vergoeding verschuldigd: de verschuivingstoelage. Om te kunnen controleren of geïntimeerde de op grond van artikel 47 van de cao PB verschuldigde toeslag ook heeft verloond, dient SFPB enerzijds te kunnen beschikken over de roosters, zoals die op grond van artikel 21 lid 1 en lid 3 cao BP wekelijks opgesteld moeten worden en anderzijds over een urenverantwoording waaruit blijkt op welke uren een medewerker daadwerkelijk is ingezet. Het hof stelt vast dat een controle op de verschuldigdheid en uitbetaling van de verschuivingstoelage pas mogelijk is wanneer SFPB kan beschikken over de wekelijks vast te stellen roosters, zoals bepaald in artikel 21 lid 1 cao PB. Het hof stelt vast dat geïntimeerde gegevens die SFPB redelijkerwijs in het kader van haar controletaak nodig had na ingebrekestelling niet heeft aangeleverd. Dat zij dit niet kan, is het gevolg van de omstandigheid dat zij de inzet van haar personeel niet administreert op de door de cao PB voorgeschreven wijze. Die omstandigheid komt voor rekening en risico van geïntimeerde. SFPB kan aanspraak maken op de forfaitaire schadevergoeding.

De extra vakantiedagen

SFPB verlangt stukken op grond waarvan zij kan controleren of geïntimeerde in voorkomend geval aan medewerkers extra vakantiedagen heeft toegekend op voet van artikel 64 lid 5 van de cao PB. Het hof is van oordeel dat uit de verlobbepalingen in de cao PB, meer in het bijzonder artikel 64, niet blijkt dat een werkgever stukken moet opvragen of moet bewaren waaruit het arbeidsverleden van een medewerker blijkt. Uit de in artikel 65 lid 9 van de cao PB opgenomen registratieplicht volgt dit ook niet. De cao bevat ook geen bepaling die een werknemer verplicht om bij indiensttreding aan de werkgever een overzicht te geven van zijn arbeidsverleden in de beveiligingsbranche. Nu de cao in de voor dit geding relevante periode de mogelijkheid laat bestaan dat voor de vaststelling van aanspraken als bedoeld in artikel 64 lid 5 van de cao PB geen bescheiden worden ingediend of opgemaakt, levert enkel en alleen een verwijzing naar artikel 2:10 BW onvoldoende grond op om te oordelen dat geïntimeerde in strijd met een registratie- en verantwoordingsverplichting stukken als bedoeld in de ingebrekestelling niet heeft afgegeven. Naar het oordeel van het hof slaagt grief 3 in het principaal appèl niet, maar grief II in het incidenteel hoger beroep daarentegen wel.

De waarde van vakantiedagen

In de ingebrekestelling van 19 mei 2020 heeft SFPB als laatste punt gevraagd om de berekening, loonspecificaties en betalingsbewijzen van de correctie van de vakantiedagen (percentage) over de verschuldigde ORT vanaf 4 mei 2019. Het hof volgt de kantonrechter. De tekst van de artikelen 44 en 45 cao PB laat geen ruimte voor een andere uitleg dan door de kantonrechter gegeven: slechts in het geval waarin een afroepkracht op een feestdag wordt ingezet, bestaat voor wat betreft het werken op die feestdag geen aanspraak op de toeslag voor het werken op bijzondere uren als bedoeld in artikel 44. Voor andere dagen dan feestdagen bestaat die aanspraak dus wel. Onder verwijzing naar drie arresten van het Hof van Justitie van de Europese Unie gaat het er volgens het hof om dat de werknemers tijdens hun vakantie

economische voorwaarden genieten die vergelijkbaar zijn met die welke zij tijdens de uitoefening van hun werk genieten. Daarvan is naar het oordeel van het hof alleen sprake als de vergoeding voor het verrichten van werkzaamheden tijdens bijzondere uren wordt meegeteld voor het loon tijdens genoten vakantie. Geïntimeerde is gehouden om bij de bepaling van de loonwaarde van een verlofdag tevens de gemiddeld uitbetaalde ORT te betrekken.

Aard en omvang van de forfaitaire schadevergoeding

Het hof is van oordeel dat, in verhouding tot de loonsom voor 2019 en de ernst van de verweten tekortkoming, een boete van € 46.500 buitensporig hoog is. Wel is onmiskenbaar dat het niet nakomen van een inlichtingenplicht afbreuk doet aan de reputatie van SFPB als controleorgaan. SFPB heeft er belang bij dat voor de branche duidelijk is dat het niet voldoen aan de cao en een daaruit voortvloeiende inlichtingenplicht tot het verbeuren van een boete leidt die voldoende prikkelt tot nakoming van de cao en die verplichting. Het hof is in dat verband van oordeel dat een boete van om en nabij 15% van de loonsom over de onderzochte periode onder de gegeven omstandigheden een aanvaardbaar boetebedrag is. De door SFPB gevorderde vergoeding zal daarom worden gematigd tot het toe te wijzen bedrag van € 26.250.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 20-12-2022

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2022:4544

Zaaknummer: 200.296.855_01

Rechters: C.E.L.M. Smeenk-van der Weijden, R.J.M. Cremers en D.J.B. de Wolff

Advocaten: M.W.M. Heijlaerts en D.M.F. Snelder

Wetsartikelen: 21, 28, 29, 44, 45, 47, 64, 97 en 100 cao PB, statuten SFPB, 6:94 BW