

arrest

GERECHTSHOF 's-HERTOGENBOSCH

Team Handelsrecht

zaaknummer 200.296.855/01

arrest van 20 december 2022

in de zaak van

Stichting Sociaal Fonds Particuliere Beveiliging.

gevestigd te Gorinchem,
appellante in principaal hoger beroep,
geïntimeerde in incidenteel hoger beroep,
hierna aan te duiden als SFPB,
advocaat: mr. M.W.M. Heijlaerts te Amsterdam,

tegen

Mastermind Security B.V.,

gevestigd te Breda,
geïntimeerde in principaal hoger beroep,
appellante in incidenteel hoger beroep,
hierna aan te duiden als Mastermind,
advocaat: mr. D.M.F. Snelder te Breda,

op het bij exploit van dagvaarding van 17 juni 2021 ingeleide hoger beroep van het vonnis van 31 maart 2021, door de kantonrechter van de rechtbank Zeeland-West-Brabant, zittingsplaats Breda, gewezen tussen SFPB als eiseres in conventie, verweerster in reconventie en Mastermind als gedaagde in conventie, eiseres in reconventie.

1. Het geding in eerste aanleg (zaak-/rolnummer 8613519 CV EXPL 20-2275)

Voor het geding in eerste aanleg verwijst het hof naar voormeld vonnis.

2. Het geding in hoger beroep

Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding in hoger beroep;
- de memorie van grieven van 27 juli 2021 met producties 15 tot en met 20, tevens houdende een wijziging van eis;
- de memorie van antwoord, tevens memorie van grieven in incidenteel hoger beroep van 5 oktober 2021 met producties 6 tot en met 9, tevens houdende een wijziging van eis;

- de memorie van antwoord in incidenteel hoger beroep van 16 november 2021;
- de mondelinge behandeling van 19 oktober 2022, waarbij partijen pleitnotities hebben overgelegd;
- de bij brief van 17 oktober 2022 door SFPB toegezonden productie, die SFPB bij het pleidooi bij akte in het geding heeft gebracht.

Het hof heeft daarna een datum voor arrest bepaald. Het hof doet recht op bovenvermelde stukken en de stukken van de eerste aanleg.

3. De beoordeling

in principaal en incidenteel hoger beroep

- 3.1. In dit hoger beroep kan worden uitgegaan van de volgende feiten.
- a. Mastermind is een particulier beveiligingsbedrijf en valt onder de cao Particuliere Beveiliging (verder: cao PB), voor zover die algemeen verbindend is verklaard. Dat gold in elk geval voor de periode van 4 mei 2019 tot en met oktober 2019.
 - b. Op grond van artikel 97 cao PB voert SFPB, in 2000 opgericht door werkgevers- en werknemersorganisaties, controles uit in de beveiligingsbranche. Met betrekking tot dat onderzoek is een reglement opgesteld dat bij de cao is opgenomen als bijlage en dat op grond van artikel 97, lid 2 cao PB onderdeel uitmaakt van de 'Fondsen cao Particuliere Beveiliging' (verder: cao Fondsen).
 - c. De statuten van SFPB zijn als bijlage 1 opgenomen bij de cao Fondsen, algemeen verbindend verklaard bij besluit van 30 juni 2015. Als doel van SFPB staat daarin onder meer in artikel 3 onder h, vermeld "*Het via het door cao-partijen ingestelde controleorgaan uitvoering geven aan controle op de naleving van de cao's*". Op de werkzaamheden van SFPB is het 'Reglement Stichting Sociaal Fonds Particuliere Beveiliging' van toepassing, bijlage 2 bij de cao Fondsen.
 - d. SFPB heeft de werkzaamheden in het kader van de controle op de naleving van de cao PB gedelegeerd aan een controleorgaan. Op dit controleorgaan is van toepassing het 'Reglement Controleorgaan', bijlage 5 bij de cao Fondsen. Voor de in het geding van belang zijnde periode betreft het de versie onder de naam 'Controlereglement' (verder: CR), zoals die was gewijzigd bij besluit van 8 september 2017.
 - e. Artikel 2, lid 2 CR luidt als volgt:
"De werkgever is verplicht te allen tijde medewerking te verlenen aan de controles. De werkgever is verplicht zijn volledige en voortvarende medewerking te verlenen aan onderzoek door SFPB gericht op naleving van de cao's. Binnen een door SFPB gestelde termijn dient de gevraagde informatie door de werkgever aan SFPB ter beschikking te worden gesteld."
 - f. Met betrekking tot de gegevensverstrekking bepaalt artikel 4 CR het navolgende:
"1. Het aantonen dat de cao's getrouwelijk worden nageleefd moet ondermeer blijken uit de door of namens werkgever gevoerde inzichtelijke en deugdelijke loon- en arbeidstijdenadministratie. Bij aanvang van de controle moeten onderstaande stukken volledig en sluitend klaarliggen:
(...)
h. de registratie gewerkte diensten en diensttijden per loonperiode (roosters) inclusief (alle) wijzigingen op de roosters;
i. de registratie gewerkte uren per loonperiode;
(...)

- k. overzicht van werknemers die gewerkt hebben op een feestdag:
(...)*
- m. registratie compensatieoverwerk o.b.v. artikel 46 cao (...):
n. verlofdagenregistratie o.b.v. artikel 65.9 cao (...):
(...)"*
- g. Artikel 100 cao BP bepaalt dat de werkgever die opzettelijk de cao niet, niet juist of niet volledig naleeft aan de vakbonden de kosten moet vergoeden die deze redelijkerwijs maken om de juiste en volledige naleving van de cao te bewerkstelligen, voor zover de reden daarvan niet is gelegen in interpretatieverschillen van de cao. Bij artikel 7, lid 1 CR is het instellen van vorderingen als bedoeld in de Wet op de collectieve arbeidsovereenkomst met inachtneming van artikel 8 CR opgedragen aan SFPB, voor zover het betreft de vorderingen te zake van de schade die zij zelf lijdt.
- h. Op het niet verstrekken van gegevens waar SFPB om heeft verzocht of op het verstrekken van onjuiste gegevens is in het CR een sanctie gesteld. De artikelen 7 en 9 CR, voor zover relevant, bepalen het navolgende:
- "Artikel 7 Ingebrekestelling en schadevergoeding***
- 1. (...)*
- 2. Indien een werkgever na ingebrekestelling door of namens SFPB gedurende ten minste 14 dagen nalatig blijft de vanwege SFPB verzochte gegevens met betrekking tot de wijze waarop hij de cao naleeft te verstrekken, dan wel onjuiste gegevens verstrekt, is hij verplicht door dat enkele feit aan SFPB een forfaitaire schadevergoeding te betalen.
(...)
(...)*
- 4. De ingebrekestelling overeenkomstig de leden 2 en 3 gebeurt schriftelijk, waarbij zowel de gronden als de omvang van de forfaitaire schadevergoeding worden vermeld.*
- 5. SFPB handelt bij de toepassing van de leden 2 en 3, de vaststelling van de schadevergoeding daaronder begrepen, overeenkomstig het in artikel 9 gestelde.
(...)*
- Artikel 9 Forfaitaire schadevergoeding***
- 1. De forfaitaire schadevergoeding genoemd in artikel 7 lid 2 bedraagt 1% van de loonsom van het premiejaar met een minimum van € 1.500.*
- 2. Elke week dat de onderneming in gebreke blijft, loopt de schadevergoeding op met het bepaalde in lid 1.*
- 3. (...)*
- 4. De schadevergoeding dient ter dekking van de kosten die SFPB maakt en de te dezer zake verkregen middelen worden toegevoegd aan de geldmiddelen van SFPB (...) tot dekking van de kosten die SFPB moet maken als gevolg van haar toezichhoudende taak ten aanzien van de wijze waarop de cao wordt nageleefd. SFPB hoeft niet aan te tonen dat zij de schade in de omvang als door haar gevorderd ook daadwerkelijk heeft geleden."*
- i. Bij e-mail van 19 mei 2020 14:56 uur schrijft mr. Heijlaerts namens SFPB aan mr. Snelder onder meer het navolgende:
- "Uit het cao onderzoek is gebleken dat de maximale diensttijd van 10 uur is overschreden wat alleen is toegestaan bij overwerk in onvoorziene omstandigheden, waarmee vaststaat dat de verschuivingstoeslag van toepassing is.*

Aangezien partijen het daarnaast niet eens worden over de interpretatie van artikel 64, lid 5 cao en de waarde van een vakantiedag is een procedure onvermijdelijk geworden in het kader waarvan een concept dagvuarding is ingevoegd.

In mijn laatste brief abusievelijk gevraagd om de gepubliceerde roosters en wijzigingen daarop over de gehele controleperiode in plaats van de periode na 4 mei 2019 zodat uw cliënte nogmaals wordt gesommeerd, onder gelijktijdige in gebreke stelling om binnen 14 dagen de volgende stukken aan te leveren op straffe van verbeurte van een forfaitaire schadevergoeding overeenkomstig artikel 7 van het controlereglement:

- *Gepubliceerde roosters en de wijzigingen daarop in de periode van 4 mei 2019 tot en met periode 10 van 2019, vergezeld van een berekening, loonspecificaties en betalingsbewijzen van de nabetaling voor zover de verschuivingstoelage (na 4 mei 2019) niet is toegekend;*
 - *Stukken waarmee ervaringsjaren in de beveiligingsbranche van de werknemers inzichtelijk worden gemaakt en bewijsstukken waaruit blijkt dat het extra verlof vanaf 4 mei 2019 alsnog is toegekend;*
 - *Berekening, loonspecificaties en betalingsbewijzen van de correctie van de vakantiedagen (percentage) over de verschuldigde 'ORT vanaf 4 mei 2019'*
- j. SFPB heeft op haar website een verwijzing gepubliceerd naar een tussen haar en Mastermind gewezen vonnis van de kantonrechter van 17 mei 2017, waarbij het dictum van dit vonnis is aangehaald. Via een link wordt op de site toegang verschaft tot de integrale tekst van het vonnis.

3.2.1. In de onderhavige procedure vordert SFPB in conventie als staat te lezen in het petitum onder de akte vermeerdering van eis van 11 januari 2021. Gelet op de wijziging van eis in hoger beroep volstaat het hof met een verwijzing naar dat petitum. Aan deze vordering heeft SFPB, kort samengevat, ten grondslag gelegd dat Mastermind gehouden is om SFPB op grond van haar controletaak de door haar gewenste gegevens te verstrekken. Ondanks ingebrekestelling heeft Mastermind dat niet, althans niet in voldoende mate, gedaan. Om die reden is Mastermind een forfaitaire schadevergoeding verschuldigd geworden.

3.2.2. Mastermind heeft in conventie gemotiveerd verweer gevoerd. Dat verweer zal, voor zover in hoger beroep van belang, in het navolgende aan de orde komen. Mastermind heeft in reconventie gevorderd dat SFPB zal worden veroordeeld om een vonnis van 17 mei 2017 alsmede de samenvatting daarvan, althans de samenvatting, binnen drie dagen na betekening van het te wijzen vonnis van de website van SFPB te verwijderen en verwijderd te houden op straffe van een dwangsom van € 1.000.= voor elke dag dat SFPB hieraan niet voldoet.

3.2.3. SFPB heeft in reconventie gemotiveerd verweer gevoerd. Ook daar zal het hof zo nodig bij de beoordeling nader op terugkomen.

3.2.4. In het in dit hoger beroep bestreden vonnis van 31 maart 2021 heeft de kantonrechter in conventie Mastermind veroordeeld tot betaling van € 1.772,25 met veroordeling van Mastermind in de kosten van het geding.

Aan deze beslissingen heeft de kantonrechter – zakelijk samengevat – ten grondslag gelegd dat vaststaat dat Mastermind de cao PB op het punt van de verschuivingstoelage overtreedt en dat zij SFPB onvoldoende in staat stelt om de cao-controle uit te voeren (r.o. 3.5.4). Ook blijft Mastermind volgens de kantonrechter in gebreke voor wat betreft het inzichtelijk maken van de ervaringsjaren van haar medewerkers (r.o. 3.5.5). Ten aanzien van de

onregelmatigheidstoeslag (ORT) heeft de kantonrechter geoordeeld dat voldoende vaststaat dat Mastermind de regeling voor ORT op andere dagen dan feestdagen overtreedt (r.o. 3.5.10). Na ingebrekestelling is Mastermind aan SFPB volgens de kantonrechter de forfaitaire schadevergoeding verschuldigd geworden. De kantonrechter stelt die vast op € 1.500.= en verwerpt het standpunt van SFPB dat dit een vergoeding per week betreft (r.o. 3.5.11). De kantonrechter wijst voorts een bedrag toe van € 272.25 inclusief btw als vergoeding voor buitengerechtelijke incassokosten (3.5.13). De vordering om Mastermind te veroordelen tot nakoming van de cao PB en de cao Fondsen heeft de kantonrechter afgewezen, omdat Mastermind de gevraagde stukken met betrekking tot het verleden volgens eigen zeggen niet meer kan overleggen, en omdat SFPB geen belang meer heeft bij nakoming in de toekomst, want Mastermind heeft onweersproken aangevoerd dat zij niet meer onder de cao PB valt (r.o. 3.5.12).

3.2.5. In reconventie heeft de kantonrechter de vorderingen van Mastermind afgewezen en ook in dat deel van het geding Mastermind veroordeeld tot betaling van de proceskosten. Publicatie van het vonnis is volgens de kantonrechter niet onrechtmatig, net zo min als de publicatie van de samenvatting daarvan (r.o. 3.10).

3.3.1. SFPB heeft in principaal hoger beroep drie grieven aangevoerd en haar eis gewijzigd. De grieven hebben betrekking op de omvang van de gevorderde forfaitaire schadevergoeding (grief 1), de omvang van de buitengerechtelijke kosten (grief 2) en de vordering tot nakoming van de cao's PB en Fondsen (grief 3). SFPB heeft onder I. geconcludeerd tot vernietiging van het beroepen vonnis en vordert na wijziging van eis verder in hoger beroep dat het hof bij arrest, uitvoerbaar bij voorraad:

- II. Mastermind zal veroordelen tot naleving van de cao Particuliere Beveiliging en de cao SFPB indien en voor zover deze algemeen verbindend zijn verklaard, en meer precies tot het uitvoeren van de opgelegde looncorrecties in de periode 4 mei 2019 tot loonperiode 10-2019, tegen behoorlijke onderbouwing met een berekening, loonspecificaties en betalingsbewijzen als volgt:
 - de verschuivingstoeslag: te bepalen op 20% van de uren die de diensttijd van 10 uur overschrijden, vermeerderd met 5% van hetgeen is verloond in de periode vanaf 4 mei 2019;
 - vakantiedagen: bij de bepaling van het extra verlof gekoppeld aan de opgebouwde ervaring dient te worden uitgegaan van de data van de behaalde diploma's overeenkomstig het overzicht van SFPB dat als productie 18 is overgelegd;
 - waarde vakantiedag: het toegekende verlof zijnde het vakantiedagenpercentage (9.24%, 9.62% of 10% corresponderend met respectievelijk 24, 25 of 26 vakantiedagen) x aantal verloonde uren x uurloon vermeerderd met de gemiddelde ORT per uur in 2019;alles op straffe van en dwangsom van € 500.= voor elke dag dat zij daarmee vanaf twee weken na betekening van dit arrest in gebreke is;
- III. Mastermind zal veroordelen om tegen behoorlijk bewijs van kwijting aan SFPB te voldoen de somma van € 46.500.= (zegge: zesenvertigduizend vijfhonderd euro) als schadevergoeding, te vermeerderen met de wettelijke rente over dit bedrag vanaf de dag van deze dagvaarding tot aan de dag der algehele voldoening;
- IV. Mastermind zal veroordelen in de buitengerechtelijke kosten ten bedrage van € 695.75 inclusief btw, te vermeerderen met de wettelijke rente over dit bedrag vanaf de dag van deze dagvaarding tot aan de dag der algehele voldoening;
- V. Mastermind zal veroordelen in de kosten van de procedure in beide instanties.

3.3.2. In incidenteel hoger beroep heeft Mastermind zes grieven aangevoerd. Grief I heeft betrekking op de kwestie van de verschuivingstoeslag. Grief II ziet op de kwestie van de extra vakantiedagen. Met grief III vecht Mastermind het oordeel van de kantonrechter over de ORT op andere dagen dan feestdagen aan. Grief IV is gericht tegen de beslissing om een forfaitaire schadevergoeding toe te wijzen. Grief V heeft betrekking op de beslissingen ten aanzien van de buitengerechtelijke kosten en de proceskosten. Grief VI, ten slotte, is gericht tegen de beslissing in reconventie en de daaraan ten grondslag gelegde motivering. Mastermind concludeert tot vernietiging van het in hoger beroep bestreden vonnis, afwijzing van de vorderingen van SFPB in conventie en toewijzing van haar vordering in reconventie, met veroordeling van SFPB in de kosten van beide instanties. Bij wijze van wijziging/aanvulling van eis heeft Mastermind subsidiair gevorderd dat SFPB het vonnis van 17 mei 2017 en de samenvatting daarvan binnen drie dagen na betekening van dit arrest zal anonimiseren, op verbeurte van een dwangsom van € 1.000,- voor elke dag dat SFPB hier niet aan voldoet.

3.3.3. Partijen hebben over en weer geen bezwaar gemaakt tegen de eiswijzigingen in hoger beroep. Het hof ziet ook geen aanleiding de eiswijzigingen ambtshalve buiten beschouwing te laten wegens strijd met de goede procesorde. Recht zal worden gedaan op de gewijzigde eis.

3.4. Het gaat in deze zaak in hoofdzaak om de vraag of Mastermind 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 Mastermind aan haar medewerkers de verschuivingstoeslag 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 Mastermind 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 vakantietoeslag rekening heeft gehouden met de ORT als onderdeel van het loonbedrag waarover deze toeslag verschuldigd was geworden.

Dat Mastermind na ingebrekestelling de door SFPB bij e-mailbericht van 19 mei 2020 verlangde informatie en/of bescheiden alsnog heeft verstrekt is niet gesteld of gebleken. Het verweer van Mastermind komt erop neer dat zij deze informatie niet hoeft te verstrekken en/of niet kan verstrekken. Het hof zal verder oordelen aan de hand van deze drie thema's, waarbij het de grieven in het principaal en incidenteel hoger beroep waar nodig per thema zal behandelen. Tot slot zal het hof dan nog ingaan op de aard en omvang van de gevorderde forfaitaire schadevergoeding en overige (bijkomende) posten.

De verschuivingstoeslag

3.5. De systematiek van de cao PB met betrekking tot de inzet van medewerkers komt in grote lijnen neer op het navolgende. 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 verschuivingstoeslag. Meer in het bijzonder luiden de desbetreffende artikelen in de cao PB - voor zover in dit verband relevant - als volgt:

Artikel 21 Inroosteren

1. Iedere donderdag deelt de werkgever aan de werknemer het rooster mede voor een periode van 28 dagen (voortschrijdend systeem). In het rooster zijn per loonperiode maximaal 20 tijdvakken en/of arbeidstijd opgenomen. Het rooster bevat per loonperiode minimaal 8 vrije dagen waarvan minimaal 2 periodes van twee aaneengesloten vrije dagen waarvan minimaal 1 een weekend betreft waar geen arbeid wordt verricht (per bedrijf kunnen met instemming van cao-partijen andere afspraken worden gemaakt). De werknemer heeft het recht om zijn voorkeur voor deze acht vrije dagen kenbaar te maken. Hij moet daarvoor uiterlijk 35 dagen voorafgaande aan de loonperiode een schriftelijk verzoek indienen. Indien de werkgever niet uiterlijk 28 dagen voor aanvang loonperiode het verzoek afwijst, dan gelden de aangevraagde dagen voor de werknemer als vrije dagen.
2. (...)
3. Iedere donderdag deelt de werkgever de diensten van de daaropvolgende week mede aan de werknemer. Indien de dienst is aangezegd, vervalt het tijdvak.

(...)

Artikel 28 Maximum arbeidstijd

De maximaal te werken uren voor de werknemer bedragen:

- 10 uren per dienst (...);
- 60 uren per week;
- gemiddeld 55 uur per week in elke periode van 4 achtereenvolgende weken;
- gemiddeld 48 uur per week in elke periode van 16 achtereenvolgende weken.

Artikel 29 Maximum arbeidstijd bij overwerk

1. Van de artikelen 28 en 33 kan worden afgeweken. Dit is alleen toegestaan in geval dat overwerk door een onvoorziene wijziging van omstandigheden die incidenteel en niet-periodiek is, of als de aard van de arbeid, incidenteel en voor korte tijd, dit noodzakelijk maakt.
2. Indien van deze afwijking gebruik gemaakt moet worden dan bedragen de maximaal te werken uren voor de werknemer:
 - 12 uur per dienst,
 - 60 uur per week en
 - in elke periode van 13 achtereenvolgende weken gemiddeld 48 uren per week.

(...)

Artikel 47 Verschuivingstoeslag

De verschuivingstoeslag over de tijd buiten het tijdvak en/of gepubliceerde dienst, zoals bedoeld in artikel 21 lid 1 of lid 3 bedraagt ingeval de mededeling van de verschuiving wordt gedaan:

- 28 tot en met 8 dagen van tevoren: 5%;
- 7 tot en met 2 dagen van tevoren: 10%;
- 1 dag van tevoren of op de dag zelf: 20%.

De verschuivingstoeslag is ook van toepassing over de uren in een dienst die de arbeidstijd van 10 uur overschrijden."

3.6. Om te kunnen controleren of Mastermind 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. Bij gelegenheid van de mondelinge behandeling heeft

de directeur van Mastermind verklaard dat de inroosting van medewerkers plaatsvond in een dynamisch Excel-bestand waarin van week tot week de indeling van medewerkers werd vastgelegd. Omdat met de week de gegevens konden wijzigen, zijn achteraf geen roosters meer beschikbaar, althans geen andere dan de urenoverzichten die zij wel aan SFPB heeft verstrekt.

3.7. 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. Immers: slechts aan de hand van die roosters kan worden bepaald of een dienst na vaststelling in de periode tussen de vaststelling en de uitvoering is verschoven (in een nieuw weekrooster) en, zo ja, binnen welke termijn als bedoeld in artikel 47 cao PB. Mastermind beschikt naar eigen zeggen niet over die roosters, omdat zij de inzet van medewerkers in een dynamisch document in Excel vastlegde. Door de inzet van medewerkers aldus vast te leggen heeft Mastermind zichzelf in een positie gebracht waarin zij de door SFPB op dit punt benodigde informatie niet kan geven. Op grond van de cao PB en de cao Fondsen is het aan de werkgever om desgevraagd aan te tonen dat zij de cao's naleeft. Voor wat de dienstroosters betreft bepaalt artikel 21, lid 6 cao PB dat de werkgever de op grond van dit artikel op te stellen roosters gedurende vijf jaar na publicatie in de administratie dient te bewaren. Wanneer Mastermind niet in staat is om de bedoelde roosters over te leggen, omdat de door haar gehanteerde wijze van administreren niet voldoet aan de eisen die artikel 21 cao PB en zij de benodigde roosters kennelijk in strijd met artikel 21, lid 6 cao PB niet bewaart, komt de omstandigheid dat zij de door SFPB voor haar controletaak benodigde gegevens niet kan verstrekken voor rekening en risico van de werkgever, in dit geval Mastermind.

3.8. Het hof stelt vast dat Mastermind 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 Mastermind. Omdat zij na ingebrekestelling de benodigde informatie op dit punt niet heeft aangeleverd, kan SFPB aanspraak maken op de forfaitaire schadevergoeding als bepaald in de artikelen 7 en 9 CR.

3.9. Met grief 1 in het principaal hoger beroep betoogt SFPB dat de forfaitaire schadevergoeding, anders dan in eerste aanleg is geoordeeld, bestaat uit een bedrag dat verschuldigd is voor elke maand gedurende welke de verlangde informatie niet wordt verstrekt. Deze grief slaagt, gelet op de tekst van artikel 9, lid 2 van het actuele CR. Op de omvang van het toewijsbare bedrag komt het hof overigens hieronder nader terug.

3.10.1. SFPB vordert, toegelicht bij grief 3 in het principaal hoger beroep, de nakoming van de cao PB op het punt van de verschuivingstoelage. Grief 1 van Mastermind in het incidenteel hoger beroep ziet ook op de kwestie van de verschuivingstoelage. Mastermind betoogt in de toelichting op haar grief dat zij ten aanzien van de verschuivingstoelage niet handelt in strijd met de cao.

In de toelichting op grief 3 in het principaal hoger beroep wordt dit door SFPB betwist. De discussie spitst zich toe op de omstandigheid dat Mastermind (een aantal) medewerkers structureel heeft ingezet in diensten van 12 uur, terwijl volgens artikel 28 van de cao PB het maximaal te werken aantal uren 10 uur per dienst bedraagt en daar op grond van artikel 29 cao PB alleen van afgeweken mag worden in het geval van overwerk, een onvoorziene wijziging van omstandigheden die incidenteel is of als de aard van het werk dit gedurende

korte tijd en incidenteel noodzakelijk maakt.

3.10.2. SFPB onderbouwt haar vordering met een stellingname die erop neerkomt dat bij inzet in een dienst van 12 uur sprake moet zijn van een incidenteel gerezen noodzaak, dat die noodzaak altijd pas blijkt nadat het rooster voor vier weken is vastgesteld, dat in dat geval altijd sprake is van een verschuiving in het rooster en dus de verschuivingstoelage verschuldigd is, waarbij dat tenminste de toeslag is van artikel 47, eerste gedachtestreepje van de cao PB: 5%. Volgens SFPB bestaat de overschrijding bij diensten van 12 uur 20% van de diensttijd van 10 uur en is over die overschrijding de verschuivingstoelage verschuldigd.

3.10.3. Mastermind heeft erop gewezen dat de inroostering in diensten van 12 uur plaatsvindt in overleg met de desbetreffende medewerkers, omdat zowel opdrachtgevers als de medewerkers dit vragen. Volgens Mastermind vindt er in dat geval geen verschuiving van uren plaats.

3.10.4. Voor zover Mastermind medewerkers structureel indeelt in diensten van 12 uur stelt het hof vast dat dit in beginsel strijdig is met het bepaalde in artikel 28 en artikel 29, lid 1 cao PB, dat een overschrijding van de diensttijd van 10 uur per dienst slechts incidenteel door een onvoorziene wijziging van omstandigheden toelaat. Dat Mastermind na overleg met de vakbonden toestemming heeft gekregen om van de 10-uursdienst af te wijken, zoals bedoeld in artikel 28 cao PB, is niet gesteld of gebleken.

3.10.5. Wanneer inroostering voor 12 uursdiensten plaatsvindt, kan daarvoor geen rechtvaardiging worden gevonden in een "onvoorziene wijziging van omstandigheden". Als de omstandigheden op het moment van inroostering al een dienst van 12 uur vergen, zijn die omstandigheden immers niet "onvoorzien". In dat geval moet dan sprake zijn van overwerk. Het hof verwijst naar de bepalingen omtrent overwerk in artikel 25 van de cao PB. Lid 2 van dit artikel luidt als volgt:

"2. Werknemer hoeft alleen op basis van vrijwilligheid langer dan 10 uur per dienst te werken. De verschuivingstoelage is in dit geval ook van toepassing."

Wanneer Mastermind bij de vaststelling van het dienstrooster een medewerker inroostert in een dienst van meer dan 10 uur, is sprake van overwerk. Op grond van artikel 25, lid 2 cao PB is in dat geval de verschuivingstoelage verschuldigd.

3.11. Het voorgaande betekent dat grief 1 van Mastermind in het incidenteel hoger beroep, voor zover zij daarmee betoogt geen verschuivingstoelage verschuldigd te zijn bij (ingeroosterde) diensten van meer dan 10 uur niet slaagt.

3.12. Omdat uit het verweer van Mastermind volgt dat zij in het verleden bij diensten van meer dan 10 uur geen verschuivingstoelage heeft uitgekeerd, staat voldoende vast dat SFPB belang heeft bij een vordering tot nakoming van de cao PB op dit punt voor wat betreft de periode 4 mei 2019 tot oktober 2019. Dat SFPB dienaangaande een eigen vorderingsrecht heeft volgt onder meer uit HR 6 januari 2017 (ECLI:NL:HR:2017:19) inzake SFT/Blue Taxi en is overigens door Mastermind ook niet betwist.

Dat Mastermind op dit moment geen werknemers meer in dienst heeft, betekent niet dat SFPB geen belang heeft bij een vordering tot nakoming van de cao PB in de toekomst, voor zover die algemeen verbindend zal worden verklaard. Dat Mastermind op dit moment geen medewerkers in dienst heeft sluit immers niet uit dat dat in de toekomst wel weer het geval zal zijn. Los daarvan heeft SFPB nog aangevoerd (en Mastermind uitdrukkelijk betwist) dat

mogelijk sprake is van het gebruik van schijnzelfstandigen. Of dat zo is, vormt geen onderwerp van deze procedure, maar bij een dergelijke discussie heeft SFPB wel een voldoende belang bij een vaststelling in rechte dat Mastermind de cao PB dient na te leven, indien en voor zover die algemeen verbindend wordt verklaard. In zoverre slaagt grief 3 in het principaal hoger beroep ook.

3.13. Voor wat betreft de door SFPB in hoger beroep gevorderde specifieke vorm van nakoming op dit punt (petitum II, eerste bullet) is het hof van oordeel dat die niet toewijsbaar is. De omvang van de verschuldigde verschuivingstoelage wordt (individueel, per werknemer) bepaald aan de hand van zijn of haar inroostering, waarbij de omvang van de vergoeding afhankelijk is van het moment waarop de afwijking van de 10-uursdienst kenbaar wordt gemaakt. Deze laat zich niet in het algemeen vaststellen op 5% en al helemaal niet op een min of meer forfaitair bepaald bedrag door 5% te nemen van de hele loonsom. Immers: niet gebleken is dat alle medewerkers van Mastermind aanspraak zouden kunnen hebben op de verschuivingstoelage. Het hof zal daarom volstaan met een veroordeling tot nakoming aldus dat Mastermind gehouden is om de verschuivingstoelage te betalen in het geval van diensten van meer dan 10 uur, als nader vast te stellen met inachtneming van artikel 47 cao PB.

De extra vakantiedagen

3.14. Artikel 64, lid 5 van de cao PB, zoals die in de relevante periode van 4 mei 2019 tot en met oktober 2019 algemeen verbindend was verklaard, luidt als volgt:

“Artikel 64 Vakantierecht

(...)

5. Voor iedere periode van 5 onafgebroken dienstjaren bij dezelfde werkgever heeft de werknemer recht op 1 extra vakantiedag. Alle onafgebroken dienstjaren in de beveiligingsbranche gerekend vanaf 1 januari 2007 tellen mee voor de bepaling van het recht op extra vakantiedagen. (...) Het aantal dagen wordt gedurende het jaar opgebouwd volgens onderstaande tabel:

(...)”

Op grond van artikel 65, lid 9 cao PB is de werkgever verplicht een registratie bij te houden van de door een werknemer opgebouwde en opgenomen vakantiedagen.

3.15.1. Mastermind heeft in de toelichting op grief II in het incidenteel appel aangevoerd dat bij haar in de controleperiode geen werknemers in dienst waren die langer dan vijf jaar bij haar in dienst waren. Evenmin heeft zij naar eigen zeggen medewerkers in dienst gehad die voorafgaand aan het dienstverband met Mastermind gedurende een periode van vijf jaar of langer bij dezelfde (andere) werkgever werkzaam waren geweest in de beveiligingsbranche.

3.15.2. In reactie hierop heeft SFPB in haar memorie van antwoord in incidenteel appel aangevoerd dat Mastermind op grond van artikel 2:10 BW verplicht is om een administratie op zodanige wijze te voeren en gegevensdragers te bewaren, dat daaruit te allen tijde de rechten en verplichtingen van de rechtspersoon kunnen worden afgeleid.

3.16. In de ingebrekestelling van 19 mei 2020 heeft SFPB op dit punt van Mastermind het navolgende verlangd:

“Stukken waarmee ervaringsjaren in de beveiligingsbranche van de werknemers inzichtelijk worden gemaakt en bewijsstukken waaruit blijkt dat het extra verlof vanaf 4 mei 2019 alsnog is toegekend.”

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. Het is dus zeer wel mogelijk – en de cao laat dat toe – dat een werkgever voor de vaststelling van eventuele aanspraken op extra verlof als bedoeld in artikel 64, lid 5 cao dient af te gaan op hetgeen een werknemer bij indiensttreding mondeling meedeelt, zodat bewijsstukken met betrekking tot het arbeidsverleden van medewerkers ontbreken.

3.17. 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 Mastermind in strijd met een registratie- en verantwoordingsverplichting stukken als bedoeld in de ingebrekestelling niet heeft afgegeven. Dat zij die stukken niet heeft afgegeven levert dan ook naar het oordeel van het hof geen tekortkoming op in de nakoming van de cao Fondsen of het CR. Daarbij merkt het hof op dat blijkens het overzicht van de werknemers die het betreft (productie 18 van SFPB) van de 13 medewerkers 11 medewerkers in dienst zijn getreden voordat de cao PB algemeen verbindend werd verklaard, zodat Mastermind bij hun indiensttreding ook geen rekening hoefde te houden met artikel 64, lid 5 van die cao. Het hof gaat er daarbij vanuit dat kolom vier van het overzicht de datum van indiensttreding vermeldt en de vijfde kolom de datum waarop de medewerker uit dienst is getreden.

3.18. Tussen partijen speelt ook een discussie over de reikwijdte van artikel 64, lid 5. Deze bepaling kan op meerderlei manieren uitgelegd worden. De vraag is dan of extra dagen worden opgebouwd wanneer een medewerker tenminste vijf jaar werkzaam is geweest bij één en dezelfde werkgever, of dat een medewerker al een aanspraak heeft op extra dagen wanneer hij of zij in totaliteit vijf aaneengesloten jaren werkzaam is geweest in de beveiligingsbranche. Het hof stelt vast dat de tekst van artikel 64, lid 5 op dit punt niet helder is. Hoe deze bepaling uitgelegd moet worden, ligt echter – gelet op de formulering van de gewijzigde eis van SFPB - in de onderhavige procedure niet ter beslissing voor, zodat het hof daar verder niet op in zal gaan.

3.19. Binnen het kader van grief 3 in het principaal appel heeft SFPB bij haar vordering tot nakoming van de cao PB gevorderd dat Mastermind op dit punt de cao aldus dient na te komen dat bij de bepaling van de aanspraak op extra verlofdagen als bedoeld in artikel 64, lid 5 cao PB wordt uitgegaan van de data van de behaalde diploma's overeenkomstig een door SFPB overgelegd overzicht. Noch uit de wet, noch uit de cao PB volgt echter dat de aanspraak op extra verlof op deze grondslag berekend kan worden. Op welke juridische grondslag, anders dan de redelijkheid, deze wijze van vaststelling is gebaseerd, is door SFPB niet aangevoerd. Redelijkheid en billijkheid vormen daarvoor geen grond, nu de tekst van artikel 64, lid 5 cao PB in de voor dit geding relevante periode voor meerderlei uitleg vatbaar was en verder niets bepaalt over de wijze waarop het arbeidsverleden moet worden vastgesteld.

3.20. De slotsom luidt dat grief 3 in het principaal appel op dit onderdeel niet slaagt, maar grief II in het incidenteel hoger beroep daarentegen wel.

De waarde van vakantiedagen

3.21. 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 e-mailbericht vermeldt verder geen specifieke toelichting op dit verzoek. Het verwijst naar "mijn laatste brief", kennelijk de brief van 28 april 2020. Deze brief bevat op pagina 4 de navolgende tekst:

“ORT

Clïente heeft vastgesteld dat bij de uitbetaling van verlof geen rekening is gehouden met de gemiddeld uitbetaalde onregelmatigheidstoeslag gerekend over de voorgaande 52 weken. Deze verplichting volgt uit artikel 7:639 BW waarin is bepaald dat de werknemer recht heeft op loon tijdens vakantie. Daarbij wordt een ruim loonbegrip gehanteerd waarbij niet alleen het vaste loon maar bijvoorbeeld ook een zaterdagstoeslag wordt inbegrepen. Dit voor zover de werknemer vrij neemt op een zaterdag. Het vakantieloon heeft immers tot doel om tijdens verlof hetzelfde loon te betalen als wat de werknemer zou hebben verdiend als hij wel zou hebben gewerkt. De werknemer mag dus aldus geen financieel nadeel ondervonden van het feit dat hij vakantiedagen heeft opgenomen, wat wel het geval zou zijn als er bij de uitbetaling van verlof geen rekening wordt gehouden met het gemiddelde ORT in de voorliggende periode.

Uw cliënte stelt zich ten onrechte op het standpunt dat de ORT niet verschuldigd is voor afroepkrachten. Artikel 45 lid 2 bepaalt dat een afroepkracht op een feestdag recht heeft op een toeslag van 100% waarbij de ORT van artikel 44 niet van toepassing is. In weerswil van het standpunt van uw cliënte volgt hier niet uit dat een afroepkracht ook buiten de feestdagen om geen recht heeft op een ORT.

Clïente houdt daarom vast aan haar verzoek om de ORT voor de betreffende werknemers met terugwerkende kracht vanaf 4 mei 2019 – zijnde de datum dat de cao algemeen verbindend is verklaard – te corrigeren, ter onderbouwing waarvan een berekening loonspecificatie en betalingsbewijs is opgevraagd.”

3.22. Uit de formulering van het standpunt van SFPB volgt niet duidelijk wat SFPB nu hier ter beoordeling voor willen leggen. Wanneer in de brief wordt gesproken over de uitbetaling van vakantieverlof, gaat het kennelijk om de vergoeding die bij het eind van het dienstverband nog moet worden betaald voor niet genoten verlofuren. Immers: pas bij het einde van het dienstverband vindt een uitbetaling van vakantieverlof plaats. Uit de verwijzing naar artikel 7:639 BW leidt het hof echter af dat het gaat over de vraag of gedurende een genoten verlofperiode het voor die periode verschuldigde loon verhoogd moet worden met een bedrag wegens ORT. Het gaat dus niet om de uitbetaling van verlof, maar om de uitbetaling van loon tijdens genoten verlof. Overigens volgt dit ook met zoveel woorden uit de brief van SFPB aan Mastermind van 24 februari 2020.

3.23. De cao PB bevat met betrekking tot het werken op bijzondere uren en dagen bepalingen in de artikelen 44 en 45. Deze luiden als volgt:

“Artikel 44 Beloning bijzondere uren

Voor het verrichten van arbeid tijdens bijzondere uren moet op het basisuurloon over de gewerkte uren een toeslag worden betaald overeenkomstig het volgende overzicht:

- 35%: tussen zaterdag 00:00 uur en zondag 24:00 uur;
- 20%: maandag tot en met vrijdag tussen 00:00 en 07:00 uur;
- 10%: maandag tot en met vrijdag tussen 18:00 en 24:00 uur;

- 100%: op oudejaarsdag na 16:00 uur.

Artikel 45 Beloning feestdagen

1. De werknemer die arbeid verricht op een feestdag heeft recht op een toeslag op het basisuurloon van 50%. Naast deze toeslag blijft het eventuele recht op de toeslag van artikel 44 bestaan.
2. De werknemer die arbeid verricht op een feestdag op basis van een afroepovereenkomst heeft recht op een toeslag van 100% op het basisuurloon. De werknemer heeft in dat geval geen recht op de toeslag van artikel 44."

3.24. In haar e-mail van 24 maart 2020 schrijft Mastermind over dit onderwerp:

"Bij Mastermind wordt aan oproepkrachten een toeslag betaald conform artikel 44 cao indien een oproepkracht op bijzondere uren werkt. (volgt verwijzing naar de artikelen 44 en 45 cao PB, hof). Bij Mastermind zijn geen medewerkers in dienst met een arbeidsovereenkomst met een vaste arbeidsduur per week, louter oproepkrachten (oftewel afroepkrachten).

Gezien de tekst van artikel 45 kan Mastermind het standpunt innemen dat Mastermind geen toeslagen op grond van artikel 44 hoeft te betalen, omdat Mastermind alleen oproepkrachten/afroepkrachten in dienst heeft. Als er geen toeslagen betaald hoeven te worden op grond van artikel 44 hoeft daarover ook geen 9,24% vakantierechten betaald te worden."

3.25. Het hof neemt over hetgeen de kantonrechter heeft overwogen in r.o. 3.5.9 van het bestreden vonnis en maakt dat oordeel tot het zijne. 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. Overigens volgt uit de reactie van Mastermind in haar e-mail van 24 maart 2020 dat zij aan medewerkers die op afroepbasis werken ook feitelijk de toeslag van artikel 44 uitbetaalt. Anders dan zij daarin vervolgens aanvoert volgt uit artikel 45, anders dan met betrekking tot feestdagen, niet dat Mastermind aan werknemers die op afroepbasis werken de toelage voor bijzondere uren van artikel 44 niet verschuldigd is.

3.26. Voor wat betreft het voldoen aan een informatieverplichting stelt het hof vast dat SFPB in de toelichting op grief 3 in het principaal appel aanvoert dat de verschuldigde ORT op andere dagen dan feestdagen vastgesteld kan worden op basis van de beschikbare roosters. In dat geval beschikt SFPB over voldoende informatie om te kunnen controleren of Mastermind haar verplichtingen uit artikel 44 cao PB is nagekomen voor wat betreft het uitbetalen van die toeslag. In haar memorie van grieven stelt SFPB dat Mastermind bij de uitbetaling van het verlof [het hof leest: het loon tijdens genoten verlof] geen rekening heeft gehouden met de gemiddelde ORT in de voorgaande 13 perioden. Mastermind heeft dit niet betwist, maar gesteld dat zij de ORT over vakantiedagen niet hoeft te corrigeren. Dat verweer faalt, zoals hierna nader zal worden toegelicht. In dat geval heeft SFPB belang bij de verstrekking van inlichtingen waaruit blijkt dat Mastermind tijdens genoten verlof het juiste loon aan de desbetreffende medewerkers heeft uitbetaald, derhalve inclusief de gemiddeld over de aan het verlof voorafgaande periode van 13 maanden uitbetaalde ORT.

3.27. Artikel 7:639 BW en artikel 66 van de cao PB bepalen dat de werknemer tijdens zijn vakantie of bij het opnemen van een vrije dag recht heeft op doorbetaling van zijn loon. In

dit verband dient het begrip "loon" ruim opgevat te worden. Het hof verwijst naar de uitspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie van 13 september 2018, C-385/17, ECLI:EU:C:2018:1018 (inzake Hein/Holzmann). In dit arrest overweegt het Hof in de rechtsoverwegingen 32 tot en met 34 als volgt:

"Wat in de tweede plaats de vergoeding betreft die de werknemer voor de in het Unierecht gewaarborgde jaarlijkse minimumvakantie dient te ontvangen, heeft het Hof reeds de gelegenheid gehad te preciseren dat de woorden „jaarlijkse vakantie met behoud van loon” in artikel 7, lid 1, van richtlijn 2003/88 betekenen dat gedurende de „jaarlijkse vakantie” in de zin van deze richtlijn, het loon moet worden doorbetaald en dat, met andere woorden, de werknemer voor deze rustperiode zijn normale loon dient te ontvangen (arresten van 16 maart 2006, Robinson-Steele e.a., C-131/04 en C-257/04, EU:C:2006:177, punt 50, en 15 september 2011, Williams e.a., C-155/10, EU:C:2011:588, punt 19).

Het vereiste van betaling van vakantievergoeding heeft immers tot doel, de werknemer tijdens de jaarlijkse vakantie in een situatie te plaatsen die qua beloning vergelijkbaar is met de situatie tijdens gewerkte perioden (arresten van 16 maart 2006, Robinson-Steele e.a., C-131/04 en C-257/04, EU:C:2006:177, punt 58, en 15 september 2011, Williams e.a., C-155/10, EU:C:2011:588, punt 20).

Ofschoon de structuur van het gebruikelijke loon van een werknemer als zodanig onder de bepalingen en gebruiken van het recht van de lidstaten valt, mag zij geen weerslag hebben op het recht van de werknemer om gedurende zijn periode van rust en ontspanning economische voorwaarden te genieten die vergelijkbaar zijn met die rond de verrichting van zijn arbeid (arrest van 15 september 2011, Williams e.a., C-155/10, EU:C:2011:588, punt 23)."

3.28. Uit dit arrest en de daarin aangehaalde jurisprudentie volgt dat het er om gaat 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. Voor zover SFPB met grief 3 in principaal appel beoogt dat dit in rechte vastgesteld wordt slaagt grief 3. Het door SFPB op dit punt ingenomen standpunt is dus juist en het daartegen gevoerde verweer van Mastermind slaagt niet, wat betekent dat grief III in het incidenteel appel faalt.

3.29. SFPB vordert na wijziging van eis in hoger beroep een specifieke vorm van nakoming door Mastermind ten aanzien van de verrekening van de ORT (petitum II 3^e bullet). Het hof is van oordeel dat de vaststelling van het over een verlofperiode verschuldigde loon individueel, per werknemer, vastgesteld dient te worden. Volgens Mastermind betreft de kwestie werknemers die in de voor dit geding relevante periode op afroepbasis werkzaamheden voor haar verrichtten. In dat geval is niet zonder meer vast te stellen in welke mate of op welke basis zij een verlofaanspraak hebben opgebouwd. Het hof zal dan ook volstaan met de beslissing dat bij de bepaling van het loon over genoten verlof de gemiddeld genoten ORT gedurende een tijdperk van 13 perioden voorafgaand aan het verlof meegenomen moet worden. Dat die periode 13 perioden moet bedragen, zoals door SFPB aangevoerd, is door Mastermind niet betwist.

Aard en omvang van de forfaitaire schadevergoeding

3.30. Het hof heeft hiervoor in r.o. 3.8 al geoordeeld dat Mastermind de forfaitaire

schadevergoeding verschuldigd is geworden op grond van artikel 7 en artikel 9 CR. Voorts heeft het hof geoordeeld (r.o. 3.9) dat op grond van deze bepalingen de vergoeding verschuldigd is voor elke maand gedurende welke Mastermind nalaat de verlangde informatie te verstrekken. SFPB heeft haar vordering op dit punt beperkt tot de minimaal maandelijks verschuldigde vergoeding van € 1.500.= per maand en heeft in eerste aanleg haar eis willen vermeerderen met de vergoeding over de periode van 22 juni 2020 tot 4 januari 2021, tot in totaal € 46.500.=. Zij heeft haar eis in elk geval in hoger beroep vermeerderd tot dit bedrag, waarbij zij heeft afgezien van het meerdere, voor zover dat na 4 januari 2021 verschuldigd zou zijn geworden.

3.31. Voor zover Mastermind de verschuldigdheid van de gevorderde vergoeding heeft betwist, volgt uit hetgeen hiervoor is overwogen dat het verweer op dat punt niet slaagt. Grief IV in het incidenteel appel, waarmee Mastermind betoogt dat zij de forfaitaire schadevergoeding niet verschuldigd is geworden, kan daarom niet slagen. Mastermind heeft voorts gevraagd om het gevorderde bedrag te matigen. Dat roept de vraag op wat het karakter van het gevorderde bedrag is, een vergoeding voor (daadwerkelijk) geleden schade of een boete. Dat vraagt om een uitleg van de artikelen 7 en 9 CR. Als uitgangspunt voor de uitleg van bepalingen in een cao, met inbegrip van daarbij vastgestelde reglementen, geldt dat in beginsel de bewoordingen daarvan en eventueel van de daarbij behorende schriftelijke toelichting, gelezen in het licht van de gehele tekst van de overeenkomst, van doorslaggevende betekenis zijn. Daarbij komt het niet aan op de bedoelingen van de partijen bij de cao, voor zover deze niet uit de cao-bepalingen en de toelichting kenbaar zijn, maar op de betekenis die naar objectieve maatstaven volgt uit de bewoordingen waarin de cao en de toelichting zijn gesteld. Bij deze uitleg kan onder meer acht worden geslagen op de elders in de cao gebruikte formuleringen en op de aannemelijkheid van de rechtsgevolgen waartoe de onderscheiden, op zichzelf mogelijke tekstinterpretaties zouden leiden (zie HR 1 december 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR1049).

3.32. Het hof stelt vast dat de omvang van de gevorderde vergoeding niet is gerelateerd aan een daadwerkelijk door SFPB te lijden schade. In beginsel neemt de vergoeding immers maandelijks toe met 1% van de loonsom van de werkgever, met een minimum van € 1.500.= per maand. Doordat de hoogte van de schadevergoeding is gekoppeld aan de loonsom van de onderzochte werkgever en de duur van het verzuim, bestaat in beginsel geen direct verband tussen door SFPB in het kader van haar controletaak te maken (materiële) onkosten en de omvang van het te vergoeden bedrag en kan de vergoeding in beginsel *ad infinitum* oplopen en in elk geval tot een omvang die in verhouding tot daadwerkelijk geleden of te lijden schade de grenzen van het redelijke verre overschrijdt. De verschuldigdheid van de vergoeding heeft verder onmiskenbaar tot doel om de werkgever te prikkelen tot nakoming van haar verplichtingen tegenover SFPB. Gelet op deze omstandigheden is het hof van oordeel dat de forfaitaire schadevergoeding in overwegende mate het karakter draagt van een boete, die voor matiging vatbaar is.

3.33. SFPB heeft bij gelegenheid van de mondelinge behandeling aangevoerd dat in een uitspraak van het gerechtshof Arnhem/Leeuwarden van 17 maart 2020 (ECLI:NL:GHARL:2020:2341) is beslist dat de wijze waarop de werkgever aan het 'boetebeding' gebonden is geen reden vormt om het boetebeding te matigen. Dat laatste neemt niet weg dat ook in deze uitspraak (en in een eerder door dat hof gewezen arrest) de forfaitaire schadevergoeding is gekwalificeerd als een boete.

3.34. Mastermind heeft in haar reactie op grief I in het principaal hoger beroep verzocht

om de gevorderde vergoeding te matigen. Bij memorie van grieven heeft SFPB - onweersproken – aangevoerd dat de loonsom van Mastermind over 2019 € 174.916,= bedraagt. Het hof stelt vast dat het door SFPB gevorderde bedrag om en nabij 25% van de loonsom van Mastermind over 2019 bedraagt. Voorts is het hof van oordeel dat is gebleken dat de vergoeding heeft kunnen oplopen tot het gevorderde bedrag doordat Mastermind in elk geval met betrekking tot de kwestie van de verschuivingstoelage niet in staat is om de verlangde informatie te verstrekken, omdat zij daar vanwege de door haar gehanteerde wijze van inroosting niet over beschikt. Er is dus op dat punt geen sprake van onwil, maar van onmacht. Dat dat voor rekening en risico van Mastermind komt rechtvaardigt een boete, als prikkel om de inroosting anders te organiseren, maar niet dat deze tot in het oneindige kan oplopen. Met betrekking tot de kwestie van de extra vakantiedagen is niet vastgesteld dat Mastermind met betrekking tot informatievoorziening tekort is geschoten. Ten aanzien van de ORT is evenmin gebleken dat Mastermind is tekortgeschoten in de nakoming van een informatieplicht. SFPB vordert dienaangaande immers geen gegevens over het verleden, maar gegevens waaruit kan blijken dat de loonbetalingen deugdelijk zijn gecorrigeerd. Of Mastermind die correctie moest toepassen was onderwerp van discussie tussen partijen, een discussie die uiteindelijk in deze procedure is beslecht. Voor zover met de gevorderde vergoeding de naleving van de cao PB werd beoogd, was de ernst van het verweten tekortschieten naar het oordeel van het hof relatief beperkt.

3.35. De in art. 6:94 BW opgenomen maatstaf dat voor matiging slechts grond kan zijn indien de billijkheid dit klaarblijkelijk eist, brengt mee dat de rechter pas van zijn bevoegdheid tot matiging gebruik mag maken als de toepassing van een boetebeding in de gegeven omstandigheden tot een buitensporig en daarom onaanvaardbaar resultaat leidt. Daarbij zal de rechter niet alleen moeten letten op de verhouding tussen de werkelijke schade en de hoogte van de boete, maar ook op de aard van de overeenkomst, de inhoud en de strekking van het beding en de omstandigheden waaronder het is ingeroepen. (HR 27 april 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ6638, NJ 2007/262, rov. 5.3).

3.36. 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,=.

Buitengerechtelijke kosten

3.37. Grief 2 in het principaal appel is gericht tegen de matiging van de gevorderde buitengerechtelijke incassokosten. Mastermind heeft met grief V in het incidenteel appel betoogd dat dit onderdeel van het in conventie gevorderde afgewezen moet worden, omdat ook de (hoofd-)vorderingen van SFPB afgewezen moeten worden.

3.38. Nu, anders dan Mastermind aan haar verweer ten grondslag legt, de hoofdvorderingen in conventie wel (ten dele) toewijsbaar zijn, waaronder de gevorderde veroordeling tot betaling, faalt het verweer van Mastermind op dit punt. Nu zij verder niet inhoudelijk weerspreekt dat buitengerechtelijke incassokosten zijn gemaakt die voor

vergoeding in aanmerking komen, kan haar verweer niet leiden tot een afwijzing van het gevorderde.

3.39. In de toelichting op grief 2 in principaal appel heeft SFPB betoogd dat de toegewezen vergoeding te laag is, omdat de kantonrechter ten onrechte slechts € 1.500,= van de gevorderde vergoeding heeft toegewezen. De beslissing om de omvang van de vergoeding vast te stellen op basis van de omvang van het toewijsbaar geoordeelde bedrag wordt door SFPB niet aangevochten. Evenmin voert SFPB tot verweer dat het Besluit vergoeding voor buitengerechtelijke incassokosten, dat de kantonrechter als uitgangspunt hanteert, slechts van toepassing is op verbintenissen tot betaling van een geldsom die voortvloeien uit een overeenkomst. Zij betoogt slechts dat de vergoeding voor buitengerechtelijke kosten hoger moet zijn, omdat het door haar gevorderde bedrag ten onrechte slechts tot € 1.500,= is toegewezen. Omdat in hoger beroep een hoger bedrag wordt toegewezen, slaagt grief 2 in het principaal hoger beroep.

3.40. SFPB maakt in hoger beroep geen bezwaar tegen de door de kantonrechter aangehouden maatstaf voor de berekening van de omvang van een vergoeding voor buitengerechtelijke kosten. Zou deze worden aangehouden bij een bedrag als toewijsbaar wordt geoordeeld, dan komt de vergoeding voor buitengerechtelijke incassokosten uit op een bedrag van € 1.037,50. Nu SFPB hiervoor een bedrag van € 695,75 vordert, is het hof van oordeel dat dat toewijsbaar is.

Reconventie: publicaties door SFPB

3.41. Grief VI in het incidenteel hoger beroep heeft betrekking op de reconventionele vordering van Mastermind om SFPB te veroordelen (de verwijzing naar) een tussen haar en SFPB gewezen vonnis van de kantonrechter van 17 mei 2017 van haar website te verwijderen. Deze vorderingen zijn afgewezen, omdat de kantonrechter de publicatie niet onrechtmatig heeft geoordeeld.

3.42. Het hof volgt de kantonrechter in zijn oordeel en beslissing. Dat SFPB meer of andere informatie op haar website heeft gepubliceerd dan in het bestreden vonnis is genoemd is niet gesteld of gebleken. Ook in hoger beroep moet er daarom vanuit worden gegaan dat de site niet meer vermeldt dan een vrijwel letterlijke weergave van het dictum van dit vonnis en een link naar de integrale inhoud daarvan. Dat de uitspraak door SFPB van een (eigen) commentaar is voorzien, is niet gesteld of gebleken, net zo min als is gesteld of gebleken dat het gepubliceerde vonnis door een later vonnis of arrest is achterhaald. SFPB heeft voldoende belang bij publicatie, al was het alleen maar omdat zij daardoor aan haar achterban het resultaat van haar controle-inspanningen kan tonen. Dat zij hiernaast nog in publicaties of publiekelijke uitlatingen expliciet aandacht voor deze publicatie heeft gevraagd is niet gesteld of gebleken.

3.43. Mastermind heeft aangevoerd dat ten onrechte sprake is van 'naming and shaming', omdat SFPB bij de samenvatting onvermeld laat dat van de vijf vermeende overtredingen die ter beoordeling aan de kantonrechter waren voorgelegd twee overtredingen door Mastermind zelf al waren hersteld en SFPB zelf twee andere vermeende overtredingen heeft laten vallen. Dit doet echter niet af aan het belang van SFPB bij publicatie van voor haar gunstige rechterlijke beslissingen. Bovendien laat dit onverlet dat de kantonrechter Mastermind wel heeft veroordeeld. Van de aard, omvang en ernst van de overtreding(en) kunnen belangstellenden kennis nemen door het vonnis te downloaden. Uit de vermelding op de site dat een schadevergoeding van € 1.500,= is toegewezen, een relatief laag bedrag, volgt

genoegzaam dat de geconstateerde overtreding beperkt van omvang moet zijn geweest. Het staat Mastermind bovendien vrij om op haar eigen website een commentaar op deze uitspraak te publiceren.

Resumé en conclusie

3.44. Grief I in het principaal hoger beroep slaagt, voor zover deze is gericht tegen het oordeel van de kantonrechter dat de forfaitaire vergoeding niet meer bedraagt dan een bedrag van € 1.500.=. Dat Mastermind deze vergoeding verschuldigd is, heeft het hof vastgesteld in r.o. 3.8. Gebleken is immers dat de verlangde vergoeding verschuldigd is per maand die Mastermind in verzuim is. Grief IV in het incidenteel appel slaagt dus niet. Het hof volgt Mastermind in haar verweer voor zover zij een beroep doet op matiging van de gevraagde vergoeding en matigt deze tot een bedrag van € 26.250.= (r.o. 3.36).

Het (deels) slagen van grief I betekent dat ook grief 2 in het principaal hoger beroep doel treft (zie r.o. 3.39-3.40). Toewijsbaar is een bedrag van € 695.75. Grief V in het incidenteel hoger beroep, waarmee Mastermind de verschuldigdheid van deze kosten aanvecht, kan niet slagen.

3.45. Dat Mastermind bij een algemeen verbindendverklaring daarvan de cao's PB en Fondsen moet nakomen, heeft Mastermind op zich niet betwist. Voor zover SFPB in het algemeen vordert dat Mastermind deze cao's naleeft, is die vordering toewijsbaar (r.o. 3.12) en slaagt ook grief 3 in het principaal hoger beroep.

3.46. Ten aanzien van de meer specifiek gevorderde vormen van nakoming gaat het over drie geschilpunten. Ten aanzien van de verschuivingstoelage komt het hof tot de slotsom dat het standpunt van Mastermind ter zake de verschuldigdheid daarvan onjuist is (zie r.o. 3.10.5). Omdat vaststaat dat zij op dit punt niet conform de cao PB heeft gehandeld, faalt grief I in het incidenteel hoger beroep. De door SFPB in haar petitum op dit punt verlangde concrete wijze van nakoming is echter niet toewijsbaar (r.o. 3.13), althans niet anders dan dat Mastermind gehouden is om de verschuivingstoelage te betalen in het geval van diensten van meer dan 10 uur, als nader vast te stellen met inachtneming van artikel 47 cao PB.

3.47. Ten aanzien van de kwestie van de extra vakantiedagen is het hof ook van oordeel dat de door SFPB gevorderde specifieke wijze van nakoming niet toewijsbaar is (r.o. 3.19), zodat grief 3 in het principaal hoger beroep op dit punt niet slaagt. Ten aanzien van de gestelde tekortkoming van Mastermind heeft het hof vastgesteld dat op basis van de tekst van de cao PB zoals die ten tijde van de gecontroleerde periode algemeen verbindend was verklaard ruimte laat voor meerderlei uitleg en in elk geval Mastermind niet verplichtte tot het verzamelen van bescheiden waarvan SFPB de afgifte verlangde. Van een tekortkoming door Mastermind op dit punt is niet gebleken (r.o. 3.16.2) en grief II in het incidenteel hoger beroep slaagt.

3.48. Ten aanzien van de verschuldigdheid van ORT in het geval van afroepkrachten heeft het hof SFPB in het gelijk gesteld en vastgesteld dat grief 3 in het principaal hoger beroep, voor zover SFPB dit daarbij betoogt, slaagt. Grief III in het incidenteel hoger beroep faalt. Ten aanzien van de wijze waarop de ORT meegenomen moet worden bij de bepaling van de omvang van het verschuldigde loonsom tijdens een verlofdag heeft het hof in r.o. 3.28 geoordeeld dat daarbij de ORT in acht moet worden genomen. Ook op dit punt komt echter de specifieke voor van nakoming, zoals die door SFPB in hoger beroep wordt gevorderd, niet voor toewijzing in aanmerking (r.o. 3.29).

3.49. Grief VI in het incidenteel appel, gericht tegen de afwijzing van de vorderingen van Mastermind in reconventie, faalt.

3.50. Om verwarring te voorkomen zal het hof het bestreden vonnis in zijn geheel vernietigen en opnieuw rechtdoen. Daarbij zal het hof beslissen als na te melden. Gelet op de aard van de onder 4.2 te geven beslissing is het hof van oordeel dat het opleggen van een dwangsom niet aan de orde is. De te treffen voorzieningen zijn daarvoor te algemeen van aard en (deels en voorwaardelijk) ook bedoeld voor de toekomst, waarbij nu nog niet vaststaat of Mastermind dan ook gehouden zal zijn tot nakoming van de cao PB.

3.51. Met betrekking tot de proceskosten is het hof van oordeel dat partijen als over en weer deels in het (on)gelijk gesteld kunnen worden beschouwd. Om die reden zal het hof de kosten van de conventie in eerste aanleg en de kosten in het principaal hoger beroep compenseren. In de reconventie heeft Mastermind zowel in eerste aanleg als in hoger beroep als de in het ongelijk gestelde partij te gelden. Voor wat het incidenteel hoger beroep betreft is het hof van oordeel dat Mastermind als de in overwegende mate in het ongelijk gestelde partij heeft te gelden. Om die reden zal het hof Mastermind veroordelen in de proceskosten in reconventie in de eerste aanleg en in de kosten van het incidenteel hoger beroep. Daarbij geldt dat volgens vaste rechtspraak een kostenveroordeling ook voor de nakosten een executoriale titel oplevert (zie HR 10 juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:853). Een veroordeling tot betaling van de proceskosten en de wettelijke rente daarover omvat dus een veroordeling tot betaling van de nakosten en de wettelijke rente daarover, met dien verstande dat de wettelijke rente over de nakosten die zijn verbonden aan noodzakelijke betekening van de uitspraak, is verschuldigd vanaf veertien dagen na die betekening. Het hof zal de nakosten en de wettelijke rente daarover niet afzonderlijk in de proceskostenveroordeling vermelden.

4. De uitspraak

Het hof:

op het principaal en incidenteel hoger beroep

4.1 vernietigt het bestreden vonnis van 31 maart 2021 en, opnieuw rechtdoende:

4.2 veroordeelt Mastermind tot nakoming van de cao Particuliere Beveiliging en de cao SFPB indien en voor zover deze algemeen verbindend zijn verklaard, waarbij Mastermind meer in het bijzonder:

- a. gehouden is om vanaf 4 mei 2019 de verschuivingstoelage van artikel 47 cao PB te betalen in het geval van diensten van meer dan 10 uur, als nader vast te stellen met inachtneming van dat artikel;
- b. gehouden is om, behoudens in het geval van feestdagen in de zin van artikel 45 cao PB, aan afroepkrachten de vergoeding voor het verrichten van werkzaamheden tijdens bijzondere uren (artikel 44 cao PB) uit te keren;
- c. gehouden is om bij de bepaling van de loonwaarde van een verlofdag tevens de gemiddeld uitbetaalde ORT te betrekken (vergoedingen ex artikel 44 en 45 cao PB) over de 13 perioden voorafgaand aan het verlof;

4.3 veroordeelt Mastermind om tegen behoorlijk bewijs van kwijting aan SFPB wegens forfaitaire schadevergoeding te betalen een bedrag van € 26.250,= (zegge:

zesentwintigduizend tweehonderdvijftig euro), vermeerderd met de wettelijke rente over dit bedrag vanaf de dag van dagvaarding in eerste aanleg (17 juni 2020) tot aan de dag van voldoening:

4.4 veroordeelt Mastermind om tegen behoorlijk bewijs van kwijting aan SFPB wegens buitengerechtelijke incassokosten te betalen een bedrag van € 697,75 (zegge: zeshonderdzevenennegentig euro, vijfenzeventig eurocent), vermeerderd met de wettelijke rente over dit bedrag vanaf de dag van dagvaarding in eerste aanleg (17 juni 2020) tot aan de dag van voldoening:

4.5 veroordeelt Mastermind in de kosten van het geding in eerste aanleg in reconventie en in het incidenteel hoger beroep, en begroot die kosten tot op heden aan de zijde van SFPB op € 120,- aan salaris advocaat in eerste aanleg en op € 721,- aan salaris advocaat voor het hoger beroep, en bepaalt dat deze bedragen binnen veertien dagen na de dag van deze uitspraak moeten zijn voldaan, bij gebreke waarvan deze bedragen worden vermeerderd met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW daarover vanaf het einde van voormelde termijn tot aan de dag der voldoening:

4.6 compenseert voor het overige de proceskosten in eerste aanleg en in het principaal appel zo dat elk der partijen de eigen kosten zal dragen:

4.7 verklaart dit arrest tot zover uitvoerbaar bij voorraad:

4.8 wijst af het door partijen meer of anders gevorderde.

Dit arrest is gewezen door mrs. C.E.L.M. Smeenk-van der Weijden, R.J.M. Cremers en D.J.B. de Wolff en is in het openbaar uitgesproken door de rolraadsheer op 20 december 2022.

griffier

rolraadsheer



w.g. de griffier

w.g. de rolraadsheer

VOOR GROSSE / AFSCHRIJF

Afgegeven aan: adv. app. / geintim.

Griffier gerechtshof 's-Hertogenbosch d.d.

me. m.w.m. Heijlaerts

20-12-2022