

# ECLI:NL:GHARL:2017:9641

Instantie	Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden
Datum uitspraak	24-10-2017
Datum publicatie	18-01-2018
Zaaknummer	200.181.808
Formele relaties	Eerste aanleg: ECLI:NL:RBOVE:2015:4195, Overig
Rechtsgebieden	Civil recht
Bijzondere kenmerken	Hoger beroep
Inhoudsindicatie	Hoger beroep van ECLI:NL:RBOVE:2015:4195; opdracht Arbodiensten; beëindiging overeenkomst; klachten tegen facturen; reclame-uitsluiting slechts voor normale facturen; loonsancties niet zomaar terug te voeren op tekortkomingen van Arbodienst; schending van exclusiviteitsbeding; geen matiging van boete;
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl AR 2018/372

## Uitspraak

### GERECHTSHOF ARNHEM-LEEWARDEN

locatie Arnhem

afdeling civil recht, handel

zaaknummer gerechtshof 200.181.808  
(zaaknummer rechtbank Overijssel, zittingsplaats Almelo, 133745)

### arrest van 24 oktober 2017

in de zaak van

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

**Arbo Extra B.V.**,

thans genaamd: **ENET B.V.**,

gevestigd te Drachten,

appellante in het principaal hoger beroep,

geïntimeerde in het incidenteel hoger beroep,  
eiseres,  
hierna: Arbo Extra,  
advocaat: mr. A.C. van der Bent,

tegen:

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid  
**VerzuimReductie B.V.**,  
thans genaamd: **Precent B.V.**,  
gevestigd te Hengelo (O),  
geïntimeerde in het principaal hoger beroep,  
appellante in het incidenteel hoger beroep,  
gedaagde,  
hierna: VerzuimReductie,  
advocaat: mr. S.W. Claassen.

## **1 Het geding in eerste aanleg**

Voor het geding in eerste aanleg verwijst het hof naar de inhoud van de vonnissen van 26 februari 2014, 28 mei 2014 (tussenvonnissen) en 12 augustus 2015 (eindvonnis) die de rechtbank Overijssel, zittingsplaats Almelo, tussen partijen heeft gewezen. Het eindvonnis is gepubliceerd onder ECLI:NL:RBOVE:2015:4195.

## **2 Het geding in hoger beroep**

2.1 Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding in hoger beroep d.d. 11 november 2015,
- de memorie van grieven met gewijzigde eis (met producties),
- de memorie van antwoord in principaal appel tevens memorie van grieven in incidenteel appel,
- de memorie van antwoord in incidenteel appel.

2.2 Vervolgens heeft Arbo Extra de stukken voor het wijzen van arrest aan het hof overgelegd en heeft het hof arrest bepaald.

## **3 De vaststaande feiten**

3.1 VerzuimReductie levert aan werkgevers ziekteverzuim- en Arbobeleidsdiensten, waaronder de Arbozorg ten behoeve van hun werknemers. Daarvoor schakelt zij Arbodienstverleners in, onder wie destijds Arbo Extra, die daartoe was gecertificeerd. Bij schriftelijke overeenkomst van 1 januari

2005 (productie 1 bij inleidende dagvaarding; verder: de overeenkomst) zijn partijen met elkaar (in artikel 1) overeengekomen dat Arbo Extra ten behoeve van de werkgevers Arbozorg zou verlenen, waaronder volgens artikel 1.1 in ieder geval was begrepen:

*"- spreekuur bedrijfsarts op indicatie verzuimmanager, Werkgever of werknemer, onder andere in het kader van de Wet Verbetering Poortwachter;*

*- arbeidsomstandigheden spreekuur bij de bedrijfsarts op indicatie van de verzuimmanager, Werkgever of werknemer;*

*- risico inventarisatie en evaluatie;*

*- periodiek arbeidsgezondheidskundig onderzoek;*

*- aanstellingskeuringen".*

Artikel 5.3 houdt in:

*"Naast de activiteiten gespecificeerd in artikel 1 verleent Arbo Extra B.V. op verzoek aanvullende adviesdiensten. (...)"*

De overeenkomst regelt verder (in artikel 2) de verplichtingen van VerzuimReductie, (in artikel 3) de gebruikmaking van een HumanNet-applicatie, (in artikel 4) exclusiviteit, (in artikel 5 en bijlage 3) vergoedingen, (in artikel 8) een boeteclausule en (in artikel 9) de looptijd; tenslotte bevat de overeenkomst vier bijlagen. Ter uitvoering daarvan hebben partijen met een aantal werkgevers driepartijen overeenkomsten gesloten, waarbij VerzuimReductie optrad als hoofdcontractor en Arbo Extra als subcontractor.

3.2 Arbo Extra heeft dergelijke werkzaamheden verricht en aan VerzuimReductie in rekening gebracht. Haar volgende facturen (productie 2 bij in leidende dagvaarding) heeft VerzuimReductie echter niet betaald:

nr. E28687 van 29 april 2011 van € 776,88 wegens 5,5 uur storing Humannet/FML 26-4-2011,

nr. E30633 van 15 november 2011 van € 672,35 wegens 4 uur overleg 15-11-2011 V&D Amsterdam; aanwezige arts namens Arbo Extra: [arts] ; kosten zijn inclusief reistijd,

nr. E30997 van 3 januari 2012 van € 3.025,58 wegens 7 en 11 uur behandeling bezwaarzaken,

nr. E31902 van 29 maart 2012 van € 2.324,67 wegens 6,5, 0,33, 2,5 en 4,5 uur behandeling bezwaarzaken,

nr. E32337 van 8 mei 2012 van € 32.699,38 wegens 231,5 uur extra kosten in verband met problemen Humannet Starter; zie bijlage voor begeleidende brief en specificatie consulten.

Alle relevante aan VerzuimReductie verzonden facturen, inclusief deze, bevatten onder meer de tekst:

*"Reclamaties dienen binnen 10 werkdagen na dagtekening factuur o.v.v. factuurnummer via [e-mailadres] te worden ingediend. Na deze termijn worden reclamaties niet meer in behandeling genomen."*

3.3 Bij brief van 24 mei 2011 (productie 6 bij conclusie van repliek) heeft VerzuimReductie aan Arbo Extra de overeenkomst opgezegd *"rekening houdende met een opzegtermijn van drie maanden (...)* De opzegging van de huidige overeenkomst (...) is vooruitlopend op de nieuw af te sluiten overeenkomst. Wij zien het nieuwe contractvoorstel graag zo spoedig mogelijk tegemoet."

Partijen hebben hun samenwerking ook na 24 augustus 2011 feitelijk voortgezet.

3.4 Arbo Extra heeft VerzuimReductie wegens het thans gevorderde schriftelijk tot betaling aangemaand op 25 juni 2012 en op 15 augustus 2012 en vervolgens tot betaling gesommeerd op 14 september 2012 (productie 7 bij conclusie van repliek), waaraan VerzuimReductie geen gevolg heeft gegeven.

3.5 Bij brief van 8 augustus 2012 (productie 13 bij conclusie van antwoord) heeft (de advocaat van) VerzuimReductie de overeenkomst opgezegd tegen de beëindigingsdatum van 31 december 2012.

#### **4 Het geschil en de beslissing in eerste aanleg**

4.1 Onder het leggen van diverse conservatoire beslagen heeft Arbo Extra in eerste aanleg, samengevat, veroordeling van VerzuimReductie gevorderd tot betaling van € 58.985,11 wegens voormelde facturen, € 47.600 wegens jaarlijkse vergoedingen in verband met aansluitkosten, € 550.000 wegens boeten en € 5.160 wegens buitengerechtelijke incassokosten, alles met de wettelijke rente en proceskosten.

4.2 In haar na dupliek gewezen tussenvonnissen van 26 februari 2014 heeft de rechtbank in rov. 5.1 en 5.2 de bezwaren tegen de facturen als te laat verworpen, in rov. 5.4 en 5.6 enkele kennelijk voorlopige overwegingen opgenomen, in rov. 5.9 het op het ontbreken van ingebrekestelling gebaseerde verweer tegen de gevorderde boetes van de hand gewezen en ten slotte een comparitie van partijen gelast.

Na deze comparitie heeft de rechtbank in haar tussenvonnis van 28 mei 2014 Arbo Extra opgedragen om te bewijzen dat VerzuimReductie de boetes heeft verbeurd doordat zij tijdens de looptijd van de overeenkomst tussen partijen en in strijd met artikel 4 van die overeenkomst, herhaaldelijk bedrijfsartsen van andere Arbodiensten heeft ingeschakeld, telkens:

- zonder dat de klant van VerzuimReductie dit wenste,
- zonder bijzondere reden, en
- zonder dit ooit van tevoren schriftelijk aan Arbo Extra te melden,

zulks telkens met betrekking tot de volgende bij Arbo Extra aangesloten werkgevers:

[werkgever 1] , [werkgever 2] , [werkgever 3] [werkgever 4] , [werkgever 5] , [werkgever 6] , Action, Bijenkorf Zuid, [werkgever 7] en/of FC Twente.

In dat tussenvonnis heeft de rechtbank verder aan VerzuimReductie opgedragen om te bewijzen dat de indertijd tussen partijen overeengekomen vergoeding (door VerzuimReductie aan Arbo Extra) van aansluitkosten is vervallen krachtens een latere afspraak tussen partijen op grond, dat die vergoedingen niet langer gerechtvaardigd waren, omdat VerzuimReductie grote aantallen klanten bij Arbo Extra aanbracht en Arbo Extra daar profijt van had, zodat de eerder afgesproken vergoeding geen recht (meer) deed aan de prestaties van VerzuimReductie.

Na getuigenverhoren en conclusiewisseling heeft de rechtbank in haar eindvonnis in rov. 2.1 tot en met 2.10 Arbo Extra niet in haar bewijsopdracht geslaagd geoordeeld, in rov. 2.11 tot en met 2.19 VerzuimReductie evenmin in haar bewijsopdracht geslaagd geoordeeld, in rov. 2.22 een beroep van VerzuimReductie op verrekening buiten beschouwing gelaten en ten slotte VerzuimReductie veroordeeld tot betaling aan Arbo Extra van € 39.498,86 wegens de facturen, € 47.600 wegens jaarlijkse vergoedingen in verband met aansluitkosten en € 1.785 wegens buitengerechtelijke incassokosten, alles met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW, met afwijzing van het meer of anders gevorderde en met veroordeling van Arbo Extra in de proceskosten.

#### **5 De beoordeling van het principaal en incidenteel hoger beroep**

*wanneer is de overeenkomst geëindigd?*

5.1 Volgens VerzuimReductie is de overeenkomst geëindigd op 24 augustus 2011, maar volgens Arbo Extra pas op 31 december 2012.

Hierover oordeelt het hof als volgt.

De brief van 24 mei 2011 van VerzuimReductie aan Arbo Extra (productie 6 bij conclusie van

repliek) bevatte slechts een opzegging: "*rekening houdende met een opzegtermijn van drie maanden (...) De opzegging van de huidige overeenkomst (...) is vooruitlopend op de nieuw af te sluiten overeenkomst. Wij zien het nieuwe contractvoorstel graag zo spoedig mogelijk tegemoet.*" Hieruit behoorde VerzuimReductie redelijkerwijs te begrijpen dat Arbo Extra de contractuele relatie niet wilde beëindigen maar wenste voort te zetten, zij het onder een nieuwe overeenkomst. Na 24 augustus 2011 hebben partijen de samenwerking ook daadwerkelijk voortgezet totdat (de advocaat van) VerzuimReductie deze bij brief van 8 augustus 2012 (productie 13 bij conclusie van antwoord) heeft opgezegd tegen 31 december 2012. Hieruit vloeit voort dat VerzuimReductie ook zelf er van uitging dat de overeenkomst was doorgelopen. De overeenkomst is derhalve pas geëindigd op 31 december 2012.

Grief I in het principaal appel is terecht voorgesteld.

*verschuldigheid van de factuurbedragen?*

- 5.2 Van de standaard uitsluiting van behandeling van reclamaties na 10 werkdagen vanaf de factuurdatum heeft Arbo Extra in het principaal appel niet gesteld dat partijen dit met zoveel woorden zijn overeengekomen. Daarom moet deze kwestie worden beoordeeld naar artikel 6:89 BW en de daarop ontwikkelde rechtspraak. Aan HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600, ontleent het hof het volgende.

*Bij beantwoording van de vraag of is voldaan aan de in artikel 6:89 BW besloten liggende onderzoeks- en klachtplicht, dient acht te worden geslagen op alle omstandigheden van het geval, waaronder de aard en inhoud van de rechtsverhouding, de aard en inhoud van de prestatie en de aard van het gestelde gebrek in de prestatie. Bij de beantwoording van de vraag of tijdig is geklaagd op de voet van artikel 6:89 BW is ook van belang of de schuldenaar nadeel lijdt door het late tijdstip waarop de schuldeiser heeft geklaagd. In dit verband dient de rechter rekening te houden met enerzijds het voor de schuldeiser ingrijpende rechtsgevolg van het te laat protesteren zoals in artikel 6:89 BW vermeld - te weten verval van al zijn rechten ter zake van de tekortkoming - en anderzijds de concrete belangen waarin de schuldenaar is geschaad door het late tijdstip waarop dat protest is gedaan, zoals een benadeling in zijn bewijspositie of een aantasting van zijn mogelijkheden de gevolgen van de gestelde tekortkoming te beperken. De tijd die is verstreken tussen het tijdstip dat bekendheid met het gebrek bestaat of redelijkerwijs diende te bestaan, en dat van het protest, vormt in die beoordeling weliswaar een belangrijke factor, maar is niet doorslaggevend.*

- 5.3 Ook indien juist is dat VerzuimReductie, zoals Arbo Extra aanvoert, voor het eerst bij conclusie van antwoord tegen de facturen zou hebben geprotesteerd, dan nog is dit onvoldoende om bij haar het gerechtvaardigde vertrouwen te wekken dat VerzuimReductie haar bevoegdheden daartegen niet meer zou uitoefenen. Enkel tijdsverloop rechtvaardigt geen verval van klachtrecht. Arbo Extra heeft niet aangevoerd in welke concrete belangen zij is geschaad. Zij heeft slechts aangevoerd dat zij vanwege het tijdsverloop niet langer in staat is de verschuldigheid van de facturen te bewijzen en dat de data uit bijvoorbeeld de verzuimapplicatie van Humannet en de artsenagenda's niet meer beschikbaar zijn. Dit laatste heeft Arbo Extra in het licht van de facturen, hun onderwerpen en de geschilpunten onvoldoende concreet toegelicht, zodat de betekenis daarvan onvoldoende uit de verf is gekomen. Op grond hiervan kan het protest van VerzuimReductie tegen de facturen niet worden gepasseerd.

Grief II in het incidenteel appel slaagt.

- 5.4 Onder de devolutieve werking van het hoger beroep komt dan de stelling van Arbo Extra aan de orde dat de reclame-uitsluiting na 10 werkdagen zonder uitzondering stelselmatig van toepassing is verklaard, dat daartegen nooit is geprotesteerd en dat de betreffende conditie, feitelijk een algemene voorwaarde als bedoeld in artikel 6:231 BW, in ieder geval stilzwijgend is geaccepteerd, althans dat Arbo Extra daarop gerechtvaardigd mocht vertrouwen, en daarmee een onderdeel is geworden van de contractuele relatie. VerzuimReductie heeft dit gemotiveerd bestreden en er op gewezen dat het hier niet de gebruikelijke maar incidentele facturen betreft met bijkomende kosten die typisch afwijken van de maandelijks door Arbo Extra gedeclareerde uren of handelingen van artsen.

Naar het oordeel van het hof mocht Arbo Extra op grond van de door haar stelselmatig in haar facturen herhaalde reclame-uitsluiting, waartegen niet met zoveel woorden werd geprotesteerd, er op vertrouwen dat VerzuimReductie deze aanvaardde voor de normale facturen wegens maandelijks gedeclareerde uren of handelingen van artsen. De facturen waar het hier om gaat (zie rov. 3.2), betroffen echter geen facturen wegens normale of gebruikelijke werkzaamheden maar activiteiten van een bijzonder karakter die VerzuimReductie onweersproken onmogelijk binnen 10 werkdagen kon beoordelen. Daarom mocht Arbo Extra er niet zonder meer gerechtvaardigd op vertrouwen dat VerzuimReductie accepteerde dat de reclame-uitsluiting ook voor meer bijzondere facturen zoals deze zou gelden. De verschuldigdheid van de facturen zal daarom hierna inhoudelijk worden beoordeeld.

factuur nr. E28687 van 29 april 2011 van € 776,88 wegens 5,5 uur storting Humannet/FML 26-4-2011 (productie 8 bij conclusie van repliek met bijgevoegde urenspecificatie wegens benodigde extra tijd)

5.5 Primair legt Arbo Extra aan deze factuur ten grondslag dat het gebruikelijk was dat zij in een dergelijke situatie meerkosten, gerelateerd aan de tijd die met de extra inspanningen van de bedrijfsarts ten gevolge van een storting van Humannet/FML was gemoeid, separaat aan VerzuimReductie factureerde. VerzuimReductie heeft het bestaan van een dergelijk gebruik of overeenkomst gemotiveerd betwist. Vervolgens heeft Arbo Extra haar standpunt niet nader concreet onderbouwd. Daarom moet de contractuele grondslag naar het oordeel van het hof worden verworpen.

5.6 Subsidiair vordert Arbo Extra dit bedrag als vergoeding van schade die zij heeft geleden doordat VerzuimReductie niet aan haar verplichtingen tot het ter beschikking stellen en houden van de Humannet applicatie voldeed, waarbij verzuim is gegeven omdat nakoming in de vorm van tijdige terbeschikkingstelling van de applicatie in dit geval niet meer mogelijk was. Hiertegenover beroept VerzuimReductie zich op het ontbreken van een contractuele verplichting en van een ingebrekestelling alsmede op overmacht, dit laatste wegens een niet aan haar maar aan de fout van een derde, VCD, te wijten beveiligingslek.

Het beroep op overmacht heeft Arbo Extra vervolgens niet meer in eerste aanleg of in hoger beroep bestreden, zodat dit beroep slaagt en het factuurbedrag derhalve niet toewijsbaar is.

factuur nr. E30633 van 15 november 2011 van € 672,35 wegens 4 uur overleg 15-11-2011 V&D Amsterdam; aanwezige arts namens Arbo Extra: [arts] ; kosten inclusief reistijd (zie ook de e-mail van 10 november 2011 van VerzuimReductie aan [arts] , productie 9 bij conclusie van repliek)

5.7 Hiertegen heeft VerzuimReductie onweersproken aangevoerd dat de daarbij gedeclareerde werkzaamheden wel waren gepland, maar niet daadwerkelijk zijn uitgevoerd en dat zij, VerzuimReductie, slechts uit coulanace heeft aangeboden een vergoeding ter grootte van anderhalf uur te betalen. Op grond hiervan oordeelt het hof het factuurbedrag niet toewijsbaar.

factuur nr. E30997 van 3 januari 2012 van € 3.025,58 wegens 7 en 11 uur behandeling bezwaarzaken (zie ook productie 25 bij conclusie van repliek) en factuur nr. E31902 van 29 maart 2012 van € 2.324,67 wegens 6,5, 0,33, 2,5 en 4,5 uur behandeling bezwaarzaken (zie ook productie 26 bij conclusie van repliek)

5.8 In het licht van de e-mail correspondentie uit productie 25 en 26, die betrekking heeft op activiteiten van Arbo Extra in diverse dossiers, volgt dat VerzuimReductie, anders dan zij stelt, Arbo Extra wel degelijk heeft opgedragen werkzaamheden te verrichten in het kader van de bezwaarschriftprocedure. Het gaat daarbij om meer dan enkel het ter beschikking stellen van dossierstukken. Daaruit blijkt ook onmiskenbaar dat VerzuimReductie nauw betrokken was bij de bezwaarprocedures waarvoor Arbo Extra werkzaamheden heeft verricht. Daarom heeft VerzuimReductie haar betwisting van haar opdrachtverlening onvoldoende gemotiveerd, zodat van

die opdrachten moet worden uitgegaan.

5.9 Tegen beide facturen heeft VerzuimReductie het verweer gevoerd dat de bezwaarprocedures tegen de door het UWV opgelegde loonsancties zijn veroorzaakt door tekortschieten van Arbo Extra en strekten tot herstel van door haar zelf gemaakte fouten. VerzuimReductie heeft dit als volgt toegelicht: dergelijke loonsancties worden opgelegd wanneer een werkgever op advies van zijn bedrijfsarts een onjuiste inschatting heeft gemaakt van de arbeidsmogelijkheden van een werknemer; in dat geval oordeelt het UWV dat er te weinig is gedaan aan re-integratie; omdat de werkgever eindverantwoordelijk is, komt het onjuiste oordeel of advies van de bedrijfsarts voor rekening van de werkgever; juist het geven van correcte oordelen en adviezen door de bedrijfsarts was de aard van de dienstverlening waarop de overeenkomst ziet; als er een loonsanctie wordt opgelegd, is dat in elk geval een teken dat er iets niet goed is gegaan bij de uitvoering van de overeenkomst, dus een tekortkoming van Arbo Extra. Deze heeft dit verweer gemotiveerd van de hand gewezen.

5.10 Naar het oordeel van het hof kan niet zonder meer worden volgehouden dat iedere loonsanctie moet worden teruggevoerd op een tekortschieten van de Arbodienst. Het gedrag van werkgevers en werknemers speelt daarin immers ook een rol. Bovendien kan bezwaar nodig zijn na een onjuiste, niet aan Arbo Extra te wijten, inschatting van het UWV. Dit betekent dat VerzuimReductie haar betwisting per dossier had moeten concretiseren, hetgeen zij echter heeft nagelaten. Daarom zijn beide facturen wegens verzochte aanvullende adviesdiensten onder artikel 5.3 van de overeenkomst voor toewijzing vatbaar.

factuur nr. E32337 van 8 mei 2012 van € 32.699,38 wegens 231,5 uur extra kosten in verband met problemen Humannet Starter; zie bijlage begeleidende brief en specificatie consulten (alsmede producties 11 en 12 bij conclusie van repliek)

5.11 Hiervoor geldt hetzelfde als hiervoor overwogen in rov. 5.5. Tegenover de door Arbo Extra bij conclusie van repliek aangevoerde subsidiaire grondslag van schadevergoeding heeft VerzuimReductie echter geen (afzonderlijk) verweer meer gevoerd, zodat de factuurbedragen uit dien hoofde toewijsbaar zijn.

*nadere overeenkomst tot het verval van aansluitkosten (van € 2 per geregistreeerde werknemer tot maximaal € 20.000 plus btw per jaar)?*

5.12 Anders dan VerzuimReductie meent, bevat rov. 5.4 van het tussenvonnis van 26 februari 2014, inhoudend dat het voor de hand zou hebben gelegen om een overeengekomen beëindiging schriftelijk vast te stellen, geen definitief en zonder voorbehoud gegeven oordeel. Het heeft hooguit gefungeerd als een voorlopig gezichtspunt.

In zoverre wordt grief IV in het incidenteel appel verworpen.

5.13 Naar tussen partijen vaststaat, heeft Arbo Extra wegens de aansluitkosten van maximaal € 20.000 plus btw per jaar bij maandelijkse facturen van 26 november 2008 tot en met 14 augustus 2009 VerzuimReductie gecrediteerd voor € 15.000 vermeerderd met btw (producties 16 bij conclusie van antwoord), hetgeen VerzuimReductie, niet onlogisch, heeft aanvaard. VerzuimReductie heeft bij e-mail van 8 juni 2010 aan Arbo Extra een overzicht gestuurd van de door Arbo Extra in rekening gebrachte aansluitkosten inclusief de crediteringen, waarop Arbo Extra heeft geantwoord dat dit overzicht klopte als een bus (producties 17 en 18 bij conclusie van antwoord). Arbo Extra heeft geen aansluitkosten (over 2010 en 2011 ad in totaal € 47.600 inclusief btw) meer gefactureerd, ook niet volgens haar nieuwe systeem per jaar, volgens haar door een vergissing bij de overgang van de maandelijkse naar de jaarlijkse facturering per begin 2010, totdat zij deze in de onderhavige procedure heeft gevorderd.

Arbo Extra heeft deze crediteringen over een aantal maanden in 2008 en 2009 verklaard uit coulanace zonder gevolgen voor de toekomst, maar volgens VerzuimReductie en de door haar

voorgebrachte partijgetuige [getuige 1] en getuige [getuige 2] is een en ander met terugwerkende kracht overeengekomen in 2010. Toen de crediteringen in 2008 en 2009 plaatsvonden, vormden zij dus nog geen uitvloeisel van enige overeenkomst. Deze beide getuigen hebben ook geen overtuigende antwoorden gegeven op de confrontaties door (de advocaat van) Arbo Extra met:

- een door partijen ondertekend document van 23 juli 2010 met opschrift "Overeengekomen punten" (productie 29 bij conclusie na enquête van Arbo Extra), met daarin een lijst met afspraken, waarin echter niet is vermeld dat de aansluitkosten zijn beëindigd,
- een e-mail van 2 december 2009 (productie 13 bij conclusie van repliek) waarin Arbo Extra aan VerzuimReductie heeft bericht dat partijen hebben afgesproken dat iedere afspraak die wordt gemaakt ter voorkoming van misverstanden in een kort contract zal worden geformaliseerd;
- een bij deze e-mail gevoegde concept overeenkomst, waarvan de als bijlage 1 bij gevoegde tarievenlijst aan het slot vermeldt dat de tarieven inclusief onder meer aansluitkosten zijn.

Op grond van dit alles verenigt het hof zich met het oordeel van de rechtbank dat VerzuimReductie het bewijs niet heeft geleverd, zodat de rechtbank terecht het bedrag van € 47.600 heeft toegewezen.

Grief IV in het incidenteel appel wordt verworpen.

*boeten wegens schending van de exclusiviteit?*

5.14 Op dit punt bevat de overeenkomst de volgende bepalingen:

**" Artikel 4 - Exclusiviteit**

- 4.1 *Tijdens de looptijd van deze overeenkomst zal Hoofdcontractor (VerzuimReductie, hof) ten behoeve van de werkzaamheden als omschreven in artikel 1 geen andere Arbo-dienst dan ArboExtra inschakelen, mits om bijzondere redenen haar klant van Hoofdcontractor dit wenst. Hoofdcontractor dient dit vooraf, schriftelijk, aan ArboExtra te melden. ArboExtra zal, anders dan door tussenkomst en toestemming van de Hoofdcontractor, geen diensten verlenen aan de Werkgevers.*
- 4.2 *Exclusiviteit vervalt op het moment dat de aandelen van ArboExtra B.V. (gedeeltelijk) overgaan in handen van een participatiemaatschappij niet zijnde de participatiemaatschappij van Hoofdcontractor.*
- (...)"

en:

**" Artikel 8 - Boeteclausule**

*In geval van overtreding van het bepaalde in artikel 4 of 7 verbeurt de overtreder jegens de andere partij een direct opeisbare boete van € 50.000,-- voor de enkele overtreding en € 2.500,-- voor iedere dag of gedeelte van een dag dat de overtreding voortduurt, zulks onverlet het recht van de andere partij om vergoeding van de volledige schade te vorderen."*

5.15 Tegen de hierop door de rechtbank gebaseerde bewijsopdracht (zie rov. 4.2 van dit arrest) heeft Arbo Extra terecht aangevoerd dat de bewijslast met betrekking tot de elementen:

*"- zonder dat de klant van VerzuimReductie dit wenste,*

*- zonder bijzondere redenen, en*

*- zonder dit ooit van tevoren schriftelijk aan Arbo Extra te melden"*

niet op Arbo Extra rustte. De hoofdregel van artikel 4.1 luidt immers dat VerzuimReductie ten behoeve van de overeengekomen werkzaamheden geen andere Arbodienst dan Arbo Extra mag inschakelen. Daaraan is echter een bijzin gekoppeld die aanvangt met het woord "mits". Als regel betekent dit woord "op voorwaarde dat", maar het woord "mits" wordt vaak verward met het woord "tenzij". Ook hier blijkt dit onmiskenbaar het geval omdat een verbod om een andere Arbodienst in te schakelen geen zin heeft onder de voorwaarde dat de klant dit om bijzondere redenen wenst. Dit betekent dat in ieder geval de stelplicht en bewijslast van de bijzondere redenen en de wens van de klant als uitzondering op de hoofdregel op VerzuimReductie rusten.



Grief II in het principaal appel slaagt in zoverre.

5.16 Bij conclusie van dupliek (sub 42 tot en met 44) heeft VerzuimReductie aangevoerd dat bij het aangaan van de overeenkomst op 1 januari 2005 Arbo Anders B.V. de enige participant - waarmee kennelijk werd bedoeld: aandeelhouder - in Arbo Extra was, maar dat op 30 maart 2009 Panter Groep B.V. als enige participant in Arbo Extra in de plaats is getreden en alle aandelen in Arbo Extra heeft verkregen, terwijl Panter Groep B.V. niet participeert in VerzuimReductie, zodat sedert 30 maart 2009 de exclusiviteitsverplichting ingevolge artikel 4.2 van de overeenkomst is vervallen en daarmee ook de daaraan verbonden boeteclausule.

Arbo Extra heeft daartegen in het verdere verloop van de eerste aanleg noch in hoger beroep verweer gevoerd, zodat het hof op die grond moet aannemen dat de exclusiviteitsverplichting is geëindigd op 30 maart 2009.

5.17 Van de in hoger beroep nog relevante acht werkgevers (zie de memorie van grieven sub 68) heeft Arbo Extra alleen ten aanzien van [werkgever 5] (in die memorie sub 68 en 102 alsmede in haar conclusie van repliek sub 130 en bijbehorende productie 18) gesteld dat de overtredingsperiode dateert vanaf juli 2008. Wat betreft de overige zeven werkgevers heeft Arbo Extra niet gesteld dat VerzuimReductie de exclusiviteitsclausule heeft overtreden vóór 30 maart 2009 (voor werkgever Bijenkorf Zuid heeft Arbo Extra enkel gesteld dat de periode van overtreding "onduidelijk" is), zodat de desbetreffende boetes terecht zijn afgewezen.

5.18 Tegenover het door Arbo Extra (als productie 18 bij conclusie van repliek) overgelegde overzicht van consulten, waaruit voldoende blijkt dat [werkgever 5] sedert juli 2008 via VerzuimReductie consulten niet meer afnam van Arbo Extra maar van derden, heeft VerzuimReductie onvoldoende gemotiveerd betwist dat zij tijdens de looptijd van deze overeenkomst ten behoeve van de werkzaamheden als omschreven in artikel 1 van de overeenkomst een andere Arbodienst dan Arbo Extra heeft ingeschakeld. Sterker, zij heeft deze overstap bij memorie van antwoord in het principaal appel (sub 31) erkend, zodat bewijslevering op dit punt niet meer nodig is. Haar verweer dat deze overstap niet tijdens de duur van de overeenkomst heeft plaatsgevonden treft geen doel omdat de overeenkomst blijkens rov. 5.1 voortduurde tot 31 december 2012. VerzuimReductie heeft wel met een beroep op een lijst van klachten van [werkgever 5] (productie 28 bij conclusie van antwoord) als rechtvaardiging aangevoerd dat haar klant [werkgever 5] om bijzondere redenen een andere Arbodienst wenste maar heeft niet concreet aan de hand van datum en communicatiewijze onderbouwd dat zij dit vooraf, schriftelijk, aan Arbo Extra heeft gemeld (zodat een en ander voor Arbo Extra moeilijk controleerbaar was en deze ook niet in de gelegenheid werd gesteld om aan de klachten tegemoet te komen).

De door grief III in het incidenteel appel aangevochten overweging rov. 5.6 van het tussenvonniss van 26 februari 2014 dat VerzuimReductie lijkt te erkennen dat zij in enkele gevallen aan werkgevers bedrijfsartsen beschikbaar heeft gesteld van andere Arbodiensten dan Arbo Extra komt op tegen een voorlopig oordeel en behoeft ook overigens geen bespreking meer.

5.19 VerzuimReductie heeft een beroep gedaan op afstand van de exclusiviteitsverplichting op de grond dat Arbo Extra door middel van de planningsagenda en de overgelegde correspondentie ervan op de hoogte was of kon zijn dat een werkgever was overgestapt zonder dat zij op dat moment een beroep op de exclusiviteitsverplichting heeft gedaan. Arbo Extra heeft er echter op gewezen dat zij pas recent door een tip van een derde heeft ontdekt dat [werkgever 5] al langere tijd geen consulten meer afnam en dat een planningsagenda, waarin geen [werkgever 5 consulenten] meer bleken voor te komen, niet méér is dan een digitaal hulpmiddel om werknemer en bedrijfsarts bij elkaar te brengen. Daartegenover had het naar het oordeel van het hof op de weg van VerzuimReductie gelegen om haar verweer aan de hand van meer concrete feiten en/of omstandigheden verder te onderbouwen, hetgeen zij echter heeft nagelaten. Daarom kan geen afstand worden aangenomen en is VerzuimReductie blijkens al het voorgaande hier, toerekenbaar, tekortgeschoten.

5.20 Verder heeft VerzuimReductie aangevoerd dat Arbo Extra niet heeft voldaan aan de in artikel 6:93 BW voor het vorderen van nakoming van het boetebeding gestelde eis van een aanmaning of een andere voorafgaande verklaring in dezelfde gevallen als deze is vereist voor het vorderen van schadevergoeding op grond van de wet.

Naar het oordeel van het hof heeft Arbo Extra er echter terecht op gewezen dat nakoming als gevolg van de schending van de voortdurende exclusiviteitsbepaling wat betreft het verleden reeds blijvend onmogelijk was geworden, zodat het verzuim van VerzuimReductie ingevolge artikel 6:81 BW aanstonds was ingetreden. Voor de vordering tot nakoming van de boete was dan ook geen nadere aanmaning of verklaring nodig.

Grief I in het incidenteel appel treft in zoverre geen doel.

5.21 Ook heeft VerzuimReductie wat betreft de boete(n) een beroep gedaan op matiging en de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid. Daartoe voert VerzuimReductie het volgende aan. De reden voor het boetebeding was voorkoming van een stiekeme overstap zonder dat Arbo Extra daarvan wist. Het was niet de bedoeling om een overstap volledig onmogelijk te maken. Het boetebeding moet ten gunste van de schuldenaar, VerzuimReductie, worden uitgelegd. De verhouding tussen de boete en de mogelijke schade is volledig zoek. Arbo Extra heeft niet gesteld of aannemelijk gemaakt dat er extra schade is geleden. Het beeld bestaat dat werkgevers toch wel zouden overstappen omdat zij ontevreden waren over de dienstverlening door Arbo Extra en het verlies aan omzet dan toch door Arbo Extra zou zijn geleden. Het boetebeding beoogt te voorkomen dat VerzuimReductie actief werkgevers zou aansporen of zou toelaten om een ander dan Arbo Extra te betrekken maar daaraan heeft VerzuimReductie zich niet schuldig gemaakt. Arbo Extra heeft een en ander gemotiveerd betwist.

5.22 Het hof stelt het volgende voorop.

Ingevolge artikel 6:94 lid 1 BW kan de rechter op verlangen van de schuldenaar, indien de billijkheid dit klaarblijkelijk eist, de bedongen boete matigen, met dien verstande dat hij de schuldeiser ter zake van de tekortkoming niet minder kan toekennen dan de schadevergoeding op grond van de wet. *De in deze bepaling opgenomen maatstaf dat voor matiging slechts reden kan zijn indien de billijkheid dit klaarblijkelijk eist, brengt mee dat de rechter pas als de toepassing van een boetebeding in de gegeven omstandigheden tot een buitensporig en daarom onaanvaardbaar resultaat leidt, van zijn bevoegdheid tot matiging gebruik mag maken. 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* (aldus HR 27 april 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ6638).

Op grond van artikel 6:248 lid 2 BW is een tussen partijen als gevolg van de overeenkomst geldende regel niet van toepassing, voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Hier zal de nodige terughoudendheid moeten worden betracht en zal moeten worden gelet op alle omstandigheden van het geval, waarbij overigens de stelplicht en bewijslast in het algemeen rusten op degene die zich op de bepaling beroept.

5.23 Op deze zaak toegespitst oordeelt het hof als volgt.

Het beding is aangegaan door professionele partijen in de zakelijke sfeer. Uit de processtukken blijkt onweersproken dat gedurende de looptijd van de overeenkomst een enorme omzetgroei is opgetreden, tot in miljoenen euro's per jaar. In dat licht verbleekt een boete van € 50.000. Zoals Arbo Extra heeft aangevoerd en aannemelijk is, heeft het inschakelen van een andere Arbodienst inkomensderving voor Arbo Extra tot gevolg (gehad), zodat dit alleen in uitzonderlijke situaties aan de orde mocht zijn. Tegen die achtergrond had van VerzuimReductie mogen worden verwacht dat zij meer cijfermatig zou hebben onderbouwd waarom er een wanverhouding zou bestaan tussen de boete van € 50.000 en de schade. Al met al heeft VerzuimReductie haar beide verweren onvoldoende feitelijk onderbouwd, zodat deze worden verworpen. De boete is dus wat betreft [werkgever 5] toewijsbaar voor € 50.000.

Grief II in het principaal appel slaagt alleen voor [werkgever 5] , verder niet. Grief III in het principaal appel behoeft geen bespreking meer.

- 5.24 VerzuimReductie heeft nog in verband met de loonsanctie bij De Bijenkorf een beroep gedaan op opschorting dan wel verrekening, maar uit het enkele feit dat een loonsanctie aan de werkgever is opgelegd, kan niet zonder meer worden afgeleid dat de Arbodienst is tekortgeschoten (zie rov. 5.10), zodat deze verweren moeten worden verworpen.

*welke soort rente?*

5.25 Of de rechtbank, zoals Arbo Extra stelt, ten onrechte de wettelijke handelsrente als bedoeld in artikel 6:119a BW heeft afgewezen, behoeft geen beoordeling omdat Arbo Extra in ieder geval in hoger beroep voor VerzuimReductie en de appelrechter onmiskenbaar duidelijk primair de handelsrente heeft gevorderd.

- 5.26 Over de factuurbedragen van € 3.025,58 en € 2.324,67 is de wettelijke handelsrente toewijsbaar omdat dit handelstransacties betreffen. Dit geldt echter niet over het factuurbedrag van € 32.699,38 omdat dit een schadevergoedingsvordering betreft. Over dit laatste bedrag is wel de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW toewijsbaar.

De jaarlijkse vergoedingen ad in totaal € 47.600 gaan, zoals ook valt op te maken uit het standpunt van VerzuimReductie bij memorie van antwoord in het principaal appel (sub 92), om een vergoeding voor de aansluiting op de HumanNet-applicatie. Dit maakt evenzeer onderdeel uit van de overeenkomst, die onmiskenbaar een handelsovereenkomst vormt. Daarom is ook hier de wettelijke handelsrente verschuldigd.

Grief IV in het principaal appel treft deels doel.

*buitengerechtigde kosten (in hoger beroep verminderd tot € 4.165)?*

- 5.27 Arbo Extra voert aan dat een hoger bedrag ad € 4.165 moet worden toegewezen omdat haar vordering circa € 500.000 bedraagt. Dat laatste blijkt onjuist want er is slechts een boete van € 50.000 toewijsbaar terwijl daarbij de toewijsbaarheid van de andere bedragen onvoldoende gewicht in de schaal werpt.

Hierop strandt grief V in het principaal appel.

*bewijsaanbiedingen*

- 5.28 Partijen hebben geen feiten en/of omstandigheden te bewijzen aangeboden die, indien bewezen, tot een andere beslissing zouden moeten leiden. Arbo Extra heeft in hoger beroep geen op enige stelling toegespitst bewijs aangeboden. VerzuimReductie heeft bewijs aangeboden, in het bijzonder door het horen van getuigen, meer in het bijzonder [getuige 1] , [getuige 2] en [getuige 3] . Arbo Extra heeft in het incidenteel appelbewijs aangeboden, in het bijzonder door het horen van de getuigen [getuige 4] , [getuige 5] en [getuige 6] . De eerste vijf getuigen zijn echter reeds in eerste aanleg gehoord en partijen hebben, hoewel dat van hen mocht worden verwacht, niet nader aangegeven waarover en in hoeverre deze getuigen meer of anders kunnen verklaren dan zij al hebben gedaan (zie bijv. HR 9 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3009). Arbo Extra heeft evenmin uiteengezet waarover de getuige [getuige 6] zou moeten worden gehoord. Daarom wordt aan deze bewijsaanbiedingen als onvoldoende specifiek voorbijgegaan.

## **6 De slotsom**

- 6.1 Zowel in het principaal als in het incidenteel appel slagen enkele grieven, zodat de beide bestreden tussenvonnissen en het eindvonnis moeten worden vernietigd. Het gevorderde zal beperkt worden toegewezen zoals hieronder vermeld.

6.2 Nu beide partijen voor een deel in het ongelijk worden gesteld, zullen de kosten van de eerste aanleg en het principaal en incidenteel appel worden gecompenseerd zoals hierna vermeld.

## **7 De beslissing**

Het hof, recht doende in het principaal en incidenteel hoger beroep:

vernietigt de tussenvonnissen van 26 februari 2014 en 28 mei 2014 en het eindvonnis van 12 augustus 2015 van de rechtbank Overijssel, zittingsplaats Almelo, en doet opnieuw recht:

veroordeelt VerzuimReductie om tegen behoorlijk bewijs van kwijting aan Arbo Extra de navolgende bedragen te betalen:

- € 3.025,58 en € 2.324,67, telkens vermeerderd met de wettelijke handelsrente als bedoeld in artikel 6:119a BW vanaf 30 dagen na de factuurdata tot de dag der voldoening;
- € 32.699,38, vermeerderd met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW vanaf de inleidende dagvaarding van 19 november 2012 tot de dag der voldoening;
- € 47.600, vermeerderd met de wettelijke handelsrente als bedoeld in artikel 6:119a BW vanaf 25 september 2012 tot de dag der voldoening;
- € 50.000, vermeerderd met de wettelijke handelsrente als bedoeld in artikel 6:119a BW vanaf 25 september 2012 tot de dag der voldoening;
- € 1.785 inclusief btw, vermeerderd met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW vanaf 18 september 2012 tot de dag der voldoening;

verklaart dit arrest tot zover uitvoerbaar bij voorraad;

bepaalt dat iedere partij haar eigen kosten van de eerste aanleg en het principaal en incidenteel appel draagt;

wijst het meer of anders gevorderde af.

Dit arrest is gewezen door mrs. A.W. Steeg, R.A. Dozy en J.A.M. van den Berk, en is in tegenwoordigheid van de griffier in het openbaar uitgesproken op 24 oktober 2017.