

11 september 2007
derde civiele kamer
rolnummer 2005/771

GERECHTSHOF TE ARNHEM

Arrest

in de zaak van:

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
Keytech Personeelsdiensten B.V.,
gevestigd te Almelo,
appellante in het principaal appel,
geïntimeerde in het incidenteel appel,
procureur: mr. P.M. Wilmink,

tegen:

[geïntimeerde],
handelend onder de naam [handelsnaam],
wonende te [woonplaats],
geïntimeerde in het principaal appel,
appellant in het incidenteel appel,
procureur: mr. J.M. Bosnak.

1 Het verdere verloop van het geding

1.1 Het hof verwijst naar zijn tussenarrest van 16 januari 2007.

1.2 Daarna heeft [geïntimeerde] een akte verzocht en daarbij producties in het geding gebracht.

1.3 Keytech heeft een antwoordakte verzocht.

1.4 Vervolgens zijn de stukken wederom overgelegd voor het wijzen van arrest.

2 De motivering van de beslissing in hoger beroep

2.1 Het hof verwijst naar en volhardt bij zijn tussenarrest van 16 januari 2007. Daarbij heeft het de zaak naar de rol verwezen opdat [geïntimeerde] zich bij akte zou uitlaten naar aanleiding van de rechtsoverwegingen 4.12 en 4.15.

2.2 In zijn tussenarrest van 16 januari 2007 heeft het hof onder 4.12 een rolverwijzing aangekondigd op grond van de overweging:
Tijdens de opzegging van 11 juli 2001 gold tussen partijen dus nog steeds de tekst van de Samenwerkingsovereenkomst. Nadat artikel 1 van de Samenwerkingsovereenkomst in de eerste drie zinnen de regels gedurende de samenwerking heeft uiteengezet, volgen daarop een regel bestemd voor het jaar na de beëindiging van de samenwerking en ten slotte de volzin: "Zonder schriftelijke toestemming van Keytech zal [geïntimeerde] geen activiteiten ontplooiën op Europees grondgebied gelijk, gelijksoortig of aanverwant aan die van Keytech (...)". De strekking van dit laatste, in ieder geval gedurende het eerste jaar na beëindiging van de samenwerking geldende verbod is onmiskenbaar gericht op versterking van de mededinging doordat het [geïntimeerde] verbiedt om Keytech in die periode in geheel

Europa te beconcurreren. Dan rijst de vraag of een mededingingsverstoring valt onder het merkbaarheidsvereiste, zoals hierboven uiteengezet. Blijkens hun eensluidende verklaring ter comparitie van 6 januari 2005 zijn partijen het er over eens dat de gezamenlijke omzet over 2002 meer was dan genoemd in artikel 7 Mw. Het hof stelt partijen in de gelegenheid zich bij akte nader uit te laten over het merkbaarheidsvereiste, eerst [geïntimeerde] en vervolgens Keytech. Datzelfde geldt voor de toepasselijkheid van eventuele vrijstellingsbepalingen. Het hof verlangt dat partijen zich gemotiveerd en gedocumenteerd uitlaten over de vraag of de Samenwerkingsovereenkomst wegens strijd met het communautaire of nationale mededingingsrecht geheel of gedeeltelijk nietig is.

2.3 Blijkens hun nadien verzochte akten zijn partijen het er wel over eens dat de geografische markt Nederland is, maar verschillen zij van mening over de relevante productmarkt. Volgens [geïntimeerde] betreft deze het (op provisiebasis) bemiddelen van Duits technisch personeel voor de Nederlandse bouwsector, volgens Keytech evenwel ruimer: bemiddeling (in de ruimste zin van het woord) van, met name, buitenlands personeel.

2.4 Hierover oordeelt het hof als volgt.

Volgens artikel 1 van de Samenwerkingsovereenkomst bemiddelde [geïntimeerde] in met name buitenlands personeel met als enige zakelijke partner Keytech, zou Keytech dit personeel tegen gangbare uurtarieven verkopen aan derden op basis van detachering- dan wel uitzendformules en was [geïntimeerde] tevens gerechtigd personeel te verkopen echter middels facturatie door Keytech. Op zijn facturen van het begin van 2001 aan Keytech (producties 5 bij conclusie van dupliek in conventie) afficheerde [geïntimeerde] zich als "Technische Projecten Consultant" en vermeldde hij steeds klanten en projecten in de technische sector. Het faxbericht van [geïntimeerde] van 25 maart 2002 (productie 9 bij conclusie van repliek in conventie) vermeldt bedrijven waar zijn Duitse monteurs aan het werk zijn geweest. Zoals haar naam en briefpapier (zie de Samenwerkingsovereenkomst, productie 1 bij de inleidende dagvaarding) al aanduiden, begaf Keytech zich op het terrein van personeelsdiensten in de technische branche. Uit een en ander, in onderling verband en samenhang gezien, concludeert het hof dat de relevante productmarkt betrof: het (op provisiebasis) "bemiddelen" van voornamelijk uit Duitsland afkomstig technisch personeel voor de bouwsector (in Nederland, daarover zijn partijen het eens). Volgens [geïntimeerde] moet zijn "zuivere" bemiddeling (zonder arbeidsovereenkomsten, verloning en facturatie) op een afzonderlijke markt worden onderscheiden van activiteiten van uitzendbureaus, hetgeen Keytech gemotiveerd betwist. Zonder nadere toelichting, die ontbreekt, acht het hof niet aannemelijk dat deze bemiddeling van personeel een andere markt betreft dan de uitzendbranche van personeel. Afnemers op de bemiddelingsmarkt zullen ter verkrijging van deze technische arbeidskrachten immers gemakkelijk uitwijken naar uitzendbureaus.

2.5 De Samenwerkingsovereenkomst dateert van 4 oktober 2000. Over de periode van 26 februari 2001 tot de opzeggingsdatum 11 juli 2001 pretendeert [geïntimeerde] wegens alle, onbetaalde facturen een vordering te hebben op Keytech van f 116.027,69 (een der producties 2 bij conclusie van antwoord in conventie). Er bestaan geen aanwijzingen dat [geïntimeerde] over de voorafgaande periode aanmerkelijk hogere bedragen aan Keytech in rekening heeft gebracht. Tegen die achtergrond heeft het concurrentieverbod voor de periode van één jaar na de opzegging een onbetekenend effect op de hiervoor afgebakende markt en kan zij de concurrentie daarop, in aanmerking genomen de zwakke positie van partijen op de relevante markt, slechts in zeer geringe mate beïnvloeden.

2.6 Uit het mededingingsrecht vloeit dus geen ongeldigheid c.q. nietigheid van het concurrentieverbod voort. Grief I in het principaal appel slaagt.

2.7 Daarmee komt allereerst het verweer van [geïntimeerde] aan de orde dat hij de Samenwerkingsovereenkomst op 11 juli 2001 buitengerechtelijk heeft ontbonden met het verval van het concurrentiebeding als gevolg, hetgeen Keytech gemotiveerd heeft bestreden.

2.8 Dit verweer wordt verworpen. In haar tussenvonnis van 8 oktober 2003 onder 7 heeft de rechtbank terecht geconstateerd dat een schriftelijke ontbindingsverklaring als vereist in artikel 6:267 lid 1 BW ontbreekt. Ook nadien heeft [geïntimeerde] zodanig stuk niet geproduceerd. Evenmin heeft [geïntimeerde] in zijn vordering in reconventie een vordering tot ontbinding opgenomen. Nu [geïntimeerde] in reconventie nakoming van betaling van facturen vordert, bestaat er ook geen aanleiding om zijn beroep op ontbinding in zijn conclusie van antwoord in conventie aan te merken als een later uitgebrachte ontbindingsverklaring. Het hof onderschrijft de argumentatie van de rechtbank dat [geïntimeerde] de Samenwerkingsovereenkomst op 11 juli 2001 met onmiddellijke ingang heeft opgezegd en dat partijen vervolgens daarnaar hebben gehandeld. [geïntimeerde] heeft terecht niet verdedigd dat het concurrentiebeding na deze vorm van beëindiging (opzegging) van de Samenwerkingsovereenkomst is vervallen.

2.9 Volgens Keytech heeft [geïntimeerde] het concurrentiebeding na hun uiteengaan (6 + 8 =) 14 maal overtreden. Daarop baseert zij haar vordering in conventie tot betaling van 14 boeten van f 250.000,00, derhalve f 3.500.000,00 / € 1.588,230,76.

2.10 [geïntimeerde] beroept zich op opschorting van zijn verplichtingen uit het concurrentiebeding omdat, naar het hof begrijpt, Keytech zijn facturen op 4 juli 2001 tot een totaalbedrag van f 116.027,69 (productie 2 bij conclusie van antwoord in conventie) onbetaald had gelaten. Dat laatste heeft Keytech gemotiveerd betwist.

2.11 Het hof zal daarom eerst de facturen van [geïntimeerde] bespreken. In zijn tussenarrest van 16 januari 2007 heeft het hof onder 4.15 een rolverwijzing aangekondigd op grond van de overweging:
Het hof is van oordeel dat in het licht van het gemotiveerde verweer van Keytech met betrekking tot de verschuldigdheid van bepaalde factuurposten en de hoogte van de gefactureerde bedragen, [geïntimeerde] zijn vordering niet op behoorlijke wijze heeft gedocumenteerd. [geïntimeerde] dient aan de hand van de factuurnummers en –bedragen, zoals vermeld op het overzicht dat is overgelegd als productie 3 bij conclusie van antwoord in conventie/eis in reconventie in eerste aanleg een volledig overzicht te verschaffen van alle factuurnummers met daarbij, eveneens genummerd, alle relevante belegstukken (ook die van Keytech) per factuur/post, voorzien van een toelichting. Het hof zal [geïntimeerde] in de gelegenheid stellen dit overzicht met stukken bij akte in het geding te brengen. Keytech kan daarop bij antwoordakte reageren.

2.12 In hoger beroep heeft [geïntimeerde] zijn primaire standpunt gehandhaafd dat Keytech durende vier jaar niet inhoudelijk tegen zijn facturen heeft geprotesteerd en dat zijn verweer daarom ingevolge artikel 6:89 BW te laat is.
Dit standpunt is niet houdbaar. Volgens artikel 6:89 BW kan de schuldeiser op een gebrek in de prestatie geen beroep meer doen, indien hij niet binnen bekwame tijd nadat hij het gebrek heeft ontdekt of redelijkerwijze had moeten ontdekken, bij de schuldenaar terzake heeft geprotesteerd.
Het opstellen en het toezenden van een factuur kunnen niet gelden als een prestatie zoals in dit artikel wordt bedoeld (vergelijk HR 11 mei 2001, LJN: AB1565, NJ 2001, 410. Het gaat dus om (gebreken in) de prestatie en niet om de non-betaling.
Daarnaast moet worden bedacht dat Keytech reeds bij haar conclusie van antwoord in reconventie van 7 mei 2003 heeft geprotesteerd tegen de aan haar in rekening ge-brachte bedragen.

2.13 In de eerste instantie heeft Keytech steeds het verweer gevoerd dat [geïntimeerde] haar dubbel had gefactureerd omdat Keytech's holding Oké Technical Projects B.V. voor dezelfde medewerkers in dezelfde periode rechtstreeks facturen had ontvangen van Pluss Berlin Personal GmbH (zie haar conclusie van antwoord in reconventie 28 tot en met 33 en de bijbehorende producties 11 tot en met 35, haar conclusie van dupliek in reconventie sub 8 tot en met 10 en haar antwoordakte van 30 maart 2005 onder 8 en 9).

Daaraan is [geïntimeerde] met de beide creditnota's van 13 september 2001 (producties 1 en 2 bij akte na tussenarrest) tegemoet gekomen, zodat Keytech niet meer het risico loopt dat twee (beweerde) schuldeisers haar aanspreken wegens één prestatie.

2.14 Het hof zal nu de facturen bespreken in de door [geïntimeerde] bij zijn akte na tussenarrest gekozen volgorde.

2.15 factuur 2001142

Het beroep van Keytech op dubbele facturering door Pluss heeft [geïntimeerde] gemotiveerd weersproken. Keytech heeft dit niet, zoals met eerdere facturen (producties 13 tot en met 35 bij conclusie van antwoord in reconventie) onderbouwd door productie van een daarmee corresponderende factuur van Pluss.

Volgens de antwoordakte van Keytech ontbreken inleenovereenkomsten en bewijsstukken van doorlening. Ten opzichte van haar eerdere standpunt is dit verweer nieuw en, na tussenarrest, in een zo laat stadium aangevoerd dat het in strijd komt met een goede procesorde.

2.16 facturen 2001189 en 2001189b

Voor het nieuwe verweer van Keytech in haar antwoordakte geldt hetzelfde.

2.17 facturen 2001048 en 2001056

[geïntimeerde] heeft uiteengezet dat het aantal uren is gecorrigeerd in de creditnota's. Daarna heeft Keytech hierop in haar antwoordakte niet meer gereageerd.

2.18 factuur 2001057

Volgens Keytech hebben [A.] en [B.] toen niet voor Keytech gewerkt. Uit de factuur van Pluss aan Oké Technical Projects B.V. van 18 april 2001 (productie 9A bij akte na tussenarrest) blijkt voor [B.] het tegendeel. Het verweer van Keytech dat ook zij bij Pluss heeft geprotesteerd tegen declaratie van [B.] komt als te laat gevoerd in strijd met de goede procesorde.

Met betrekking tot [A.] heeft [geïntimeerde] zijn stelling niet bewezen noch te bewijzen aangeboden. Daarom moet f 140,00 plus 19% BTW op zijn rekening in mindering worden gebracht.

Het verweer van Keytech dat het project Cees haar onbekend is, heeft Keytech eveneens in een zo laat stadium aangevoerd dat het in strijd komt met een goede procesorde.

2.19 factuur 2001061

Uit de door [geïntimeerde] (bij akte na tussenarrest onder 10A) overgelegde Arbeitnehmer-überlassungsvertrag vanaf 1 april 2001 en de rekeningen van Pluss van 30 juni en 30 april 2001 blijkt afdoende dat [C.] in de weken 14 tot en met 17 heeft gewerkt voor Oké Technical Projects B.V., de holding van Keytech. Het verweer van Keytech dat [C.] kennelijk in die weken voor een andere opdrachtgever van [geïntimeerde] heeft gewerkt, stuit daarop af en is voor het overige te vaag.

2.20 factuur 2001074

Naar Keytech in haar antwoordakte niet heeft weersproken, is het conservatoir derdenbeslag in de loop van 2001 opgeheven. Sedertdien moet Keytech dus weer aan [geïntimeerde] betalen.

2.21 factuur 2001080

Op het verweer van Keytech dat ook Pluss Arwa en [D.] hadden gefactureerd, heeft [geïntimeerde] bij akte na tussenarrest de creditering uitgelegd. Bij antwoordakte heeft Keytech hierop niet meer gereageerd. Haar verweer wordt verworpen.

2.22 factuur 2001096

Op het verweer van Keytech dat ook Pluss Arwa en [D.] hadden gefactureerd, heeft [geïntimeerde] bij akte na tussenarrest de creditering uitgelegd. Bij antwoordakte heeft Keytech hierop niet meer gereageerd.

Met betrekking tot [C.] heeft [geïntimeerde] bij akte na tussenarrest erkend dat voor hem f 1.110,00 plus 19% BTW (zie de factuur, productie 13 bij akte na tussenarrest) behoorde te worden gecrediteerd. Daarmee moet de factuur dus worden verminderd.

Volgens Keytech heeft [geïntimeerde] voor [E.] en [B.] hooguit recht op 20% van de marge van het verkooptarief ("derden uit Europa" volgens categorie 2 van de marge matrix bij de Samenwerkingsovereenkomst). Daarop heeft [geïntimeerde] bij akte na tussenarrest aangevoerd dat partijen in de praktijk die regel niet hebben nageleefd, maar dat hij, bij gebreke van inzicht in de verkooptarieven van Keytech, de gefactureerde bedragen op aanwijzing van Keytech heeft vastgesteld. Dat heeft Keytech bij haar antwoordakte niet weersproken en daarom faalt haar verweer.

Volgens de antwoordakte van Keytech ontbreken inleenovereenkomsten en bewijsstukken van doorlening. Ten opzichte van haar eerdere standpunt is dit verweer nieuw en, na tussenarrest, in een zo laat stadium aangevoerd dat het in strijd komt met een goede procesorde.

2.23 factuur 2001098

Bij akte na tussenarrest heeft [geïntimeerde] gedocumenteerd uiteengezet dat hij Keytech voor Arwa, [D.] en [B.] heeft gecrediteerd.

[geïntimeerde] heeft daarbij ontdekt dat hij Keytech voor [B.] ten onrechte heeft gecrediteerd omdat hij deze niet van Pluss maar van MGM had "ingekocht". Dat wil [geïntimeerde] corrigeren met een debitering voor f 1.344,00. Tegen die vermeerdering van (de grondslag van) de eis in reconventie verzet Keytech zich terecht. Deze vindt in een zo laat stadium van de procedure (na tussenarrest) plaats dat zij zich daartegen niet goed kan verweren, hetgeen zou leiden tot strijd met de goede procesorde.

Het eerst bij antwoordakte gevoerde verweer van Keytech dat bewijsstukken van daadwerkelijke terbeschikkingstelling en van werkzaamheden ontbreken, vormt ten opzichte van haar eerdere standpunt een uitbreiding en is, na tussenarrest, in een zo laat stadium aangevoerd dat het in strijd komt met een goede procesorde.

2.24 factuur 2001103

De uren van [F.] en [C.] zijn gecrediteerd.

Tegenover het verweer van Keytech dat MGM (voor [B.]) en Verfurth (voor [G.]) rechtstreeks aan haar hadden moeten declareren, heeft [geïntimeerde] bij akte na tussenarrest aangevoerd dat hij deze systematiek steeds heeft gevolgd en de inkoopfacturen ook heeft betaald. Anders dan ten aanzien van MGM ([B.]) in de producties 15A en B) blijkt daarvan ten aanzien van Verfurth ([G.]) niets. In zoverre heeft Keytech daartegen terecht bezwaar gemaakt, zodat de factuur moet worden verminderd met f 1.433,75 plus 19% BTW.

Het eerst bij antwoordakte gevoerde verweer van Keytech dat bewijsstukken van daadwerkelijke terbeschikkingstelling en van werkzaamheden ontbreken, is ten opzichte van haar eerdere standpunt en, na tussenarrest, in een zo laat stadium aangevoerd dat het in strijd komt met een goede procesorde.

2.25 factuur 2001109

Een factuur van Verfurth voor [G.] en een bewijs van betaling daarvan heeft [geïntimeerde] niet overgelegd. Zijn tegenrekening met de toevoeging "Kunde bezahlt nicht wegen zuruck

ziehen vom personal” en een uitdraai uit zijn debiteurenadministratie zeggen niets over “inkoop” van [G.] in die periode van Verfuhr. In zoverre heeft [geïntimeerde] zijn vordering niet voldoende aangetoond. Daarom moet de factuur worden verminderd met f 1.110,00 plus 19% BTW.

Voor [C.] en [B.] verlangt Keytech in haar antwoordakte bewijs van daadwerkelijke inlening. Met haar producties 16C (factuur van MGM voor [B.] en [C.] met bijbehorende urenverantwoordingen) en 16D (bewijs van betaling) heeft [geïntimeerde] echter afdoende bewijs geleverd. In zoverre faalt het verweer van Keytech.

2.26 factuur 2001115

Tegen deze factuur had Keytech ook in haar akte van 30 maart 2005 in reconventie geen afzonderlijk verweer gevoerd (wel in conventie gezocht naar bewijsmateriaal van overtredingen van het concurrentiebeding). Nadat [geïntimeerde] de factuur bij akte na tussenarrest van specificatie en documentatie had voorzien, is Keytech daartegen alsnog verweren gaan voeren die ten opzichte van haar eerdere standpunt nieuw zijn en, na tussenarrest, in een zo laat stadium aangevoerd dat deze in strijd komen met een goede procesorde.

2.27 facturen 2001122, 2001127 en 2001128

Het verweer van Keytech dat Pluss, MGM en PS Ilona Karl rechtstreeks aan haar hadden moeten factureren treft geen doel nu [geïntimeerde] met zijn producties 18 tot en met 20 (met bijlagen) bij akte na tussenarrest afdoende heeft aangetoond dat aan hem werd gedeclareerd en door hem werd betaald. Voor zover Keytech ook hier nadere bewijs verlangt dat het personeel daadwerkelijk aan haar te beschikking is gesteld en voor haar werkzaamheden heeft verricht, gaat die eis in het licht van voormelde documenten te ver. Keytech zelf moet toch bij uitstek kunnen verklaren of zij dat personeel nu wel of niet heeft ingezet. In zoverre is haar verweer onvoldoende gemotiveerd.

2.28 De slotsom van het voorgaande is dat de vordering in reconventie tot betaling van € 14.001,42 toewijsbaar blijft, echter verminderd met de in de rov. 2.18, 2.22, 2.24 en 2.25 vermelde bedragen (f 140,00 + f 1.110,00 + f 1.433,75 + f 1.110,00 =) f 3.793,75 / € 1.721,53, zodat als openstaand resteert € 12.279,89.

Grief II in het principaal slaagt ten dele.

Nu [geïntimeerde] Keytech voor alle facturen van Pluss aan haar heeft gecrediteerd, falen de grieven III en IV in het principaal appel.

2.29 Thans komen de door Keytech gestelde en door [geïntimeerde] gemotiveerd betwiste veertien overtredingen van de Samenwerkingsovereenkomst aan de orde.

Uit de stellingen van Keytech in de inleidende dagvaarding sub 3 en 14 en haar conclusie van repliek sub 23 begrijpt het hof dat het Keytech gaat om overtredingen in de periode van 11 juli 2001 tot 11 juli 2002 (het jaar vanaf de beëindigingsdatum).

Het betreft volgens Keytech overtredingen bij: BST, Ashworth Jonge Poerink, B&S, Panbake, Hertel, Carrier, Bapcock, Chemiestandort Leuna, Alliance Machine Systems, CMK Borculo, Electromach Stahl, Van Heek Scholko, IMS Texas Instruments en Premebo-Bouw BV.

In haar tussenvonnis van 13 oktober 2003 heeft de rechtbank (naast een andere bewijsopdracht aan [geïntimeerde]) aan Keytech opgedragen de gestelde veertien overtredingen te bewijzen en bepaald dat eerst [geïntimeerde] getuigen moest voorbrengen. Daarna heeft de rechtbank getuigen gehoord op 4 december 2003 aan de zijde van [geïntimeerde] en op 19 februari en 25 mei 2004 in de enquête aan de zijde van Keytech. Van zijn recht op contra-enquête heeft [geïntimeerde] in de eerste instantie geen gebruik gemaakt.

2.30 Op grond van de hoofdregel van artikel 150 Rv. rust op Keytech de bewijslast van de door haar ter incassering van de boeten gestelde overtredingen. Het hof zal nu het voorhanden bewijsmateriaal waarderen.

2.31 De getuigenverklaringen van [geïntimeerde] en [H.] van 4 december 2003, van [I.], [J.] en [K.] van 19 februari 2004 en van [L.] van 25 mei 2004 houden niets in over enige overtreding in de periode van 11 juli 2001 tot 11 juli 2002.

2.32 Volgens de getuigenverklaring van [M.] van 25 mei 2004 heeft [geïntimeerde] hem medio 2001 uitgenodigd voor een bespreking bij Van der Valk in Hengelo en hem toen de vraag gesteld of hij bereid was personeel te leveren dat rechtstreeks aan klanten van Keytech zou worden doorgeleend, dus buiten Keytech om. De getuige herinnert zich de namen BST, Jonge Poerink en Panbake, maar is daar niet geheel zeker van.

2.33 Volgens de getuigenverklaring van [N.] van 25 mei 2004 heeft [geïntimeerde] en/of Fact B.V. in 2001, zoals hij heeft nagekeken, maar het kan misschien ook in 2000 zijn geweest, hem verzocht om personeel dat zij wilden doorlenen. Volgens de getuige wilde [geïntimeerde] zelf aan de bedrijven die op deze manier personeel inleenden, factureren, maar heeft hij aan [geïntimeerde] kenbaar gemaakt dat dit naar Duitse regels niet was toegestaan. Vervolgens heeft de getuige zelf rechtstreeks aan de betrokken firma's gefactureerd, voor zover hij zich herinnert: Loohuis, Panbake, Ashworth Jonge Poerink en misschien nog een of twee firma's. Toen zij de rekeningen niet meer betaalden, bleek dat de firma Loohuis reeds een rekening had ontvangen van [geïntimeerde] en deze al had betaald.

2.34 Volgens de getuigenverklaring van [O.] van 25 mei 2004 is hij in de loop van 2001, welk gedeelte van het jaar kan hij zich echt niet herinneren, een aantal malen gebeld door [H.] van EPM (Handelsnaam, hof) met de vraag of hij personeel ter beschikking kon stellen dat EPM wilde doorlenen en hoorde hij toen de namen Carrier en BST. Omdat de getuige wist dat er een geschil was tussen Keytech en [geïntimeerde], heeft hij contact opgenomen met Keytech en gehoord dat die firma's relaties waren van Keytech. In die tijd heeft de getuige uit gesprekken met functionarissen van de firma's Carrier en BST begrepen dat er daadwerkelijk personeel door EPM is doorgeleend.

2.35 Volgens de getuigenverklaring van [P.] van 25 mei 2004 bleek hem in het voorjaar van 2002 zo rond de maand maart dat [geïntimeerde] in het project Hertel aan Keytech verhuurd personeel had weggehaald. Enige tijd later, misschien wel een maand later, heeft [geïntimeerde] met getuige van ICS contact opgenomen om het betrokken personeel rechtstreeks aan te bieden.

2.36 Volgens de getuigenverklaring van [Q.] van 25 mei 2004 heeft hij een gesprek gehad met [geïntimeerde] in, naar hij zijn map raadpleegt, maart 2002 en heeft hij [geïntimeerde] toen verzocht een referentielijst van andere bedrijven te verschaffen zodat de getuige kon zien waartoe [geïntimeerde] in staat zou zijn. Enige tijd later heeft de getuige aan [J.] van Keytech een kopie gegeven van de betrokken referentielijst, die de getuige herkent in het hem na het gesprek in maart 2002 gefaxte bericht van [geïntimeerde] van 25 maart 2002 (productie 9 bij conclusie van repliek in conventie). Volgens de getuige noemde [geïntimeerde] hem ook nog Bapcock, het Duitse moederbedrijf.

2.37 Het faxbericht van [geïntimeerde] van 25 maart 2002 aan [Q.] van NEM (productie 9 bij conclusie van repliek in conventie) houdt onder meer in:

"zoals hedenmiddag tel. besproken volgen hieronder enkele bedrijven waar onze Duitse medewerkers werkzaam zijn geweest:

Duitsland:

Bedrijf: (...) beroep/werkzaamheden

Bapcock in Bitterveld lassers (...)

Chemiestandort Leuna lassers/monteurs (...)

Nederland:

bedrijf: (...)

Carrier Culemborg	koelmonteurs (...)
Alliance Machines Systems	electromonteurs – lassers
CMK Borculo	electro/storingsmonteurs – lassers (...)
Electromach Stahl	electro/besturingsmonteurs (...)
Van Heek Scholko	monteurs (...)
Hertel Services	spiegel lassers (...)
IMS Texas Instruments	fijn mech. monteurs.

Tevens nog enkele Ned. Monteurs reeds in uw bezit gewerkt bij Standard Fasel Lentjes. Daarnaast veel technisch personeel uitgeleend aan uitzendbureaus zoals: InPerson, Willems”.

2.38 Daarnaast heeft Keytech nog een brief overgelegd (productie 10 bij conclusie van repliek in conventie) van Premobo-Bouw B.V. van 8 juni 2001, waarin zij aan EPM ([geïntimeerde]) schrijft:

”betreft: factuur 2001107 (...)

Hierbij zenden wij u bovengenoemde factuur retour.

De reden hiervan is dat BTW verlegd dient te zijn. En dat het G-rekening nummer vermeld moet zijn, zodat wij het gedeelte wat nodig is op de G-rekening kunnen stor-ten.”

2.39 In zijn conclusie van dupliek sub 35 erkent [geïntimeerde] dat hij gedurende twee weken personeel rechtstreeks heeft uitgeleend aan Premobo-Bouw B.V. Hij zou dat hebben gedaan omdat Premobo-Bouw B.V. niet als klant wilde overgaan naar Keytech en personeel nodig had, terwijl [geïntimeerde] geld nodig had omdat Keytech naliet de openstaande facturen te betalen.

2.40 Keytech heeft vier facturen overgelegd (productie 8 bij conclusie van repliek in conventie), waarin [geïntimeerde] aan BST de terbeschikkingstelling van uitzendkrachten in de weken 26 en 27 van 2001 en 23 en 24 van 2000 in rekening heeft gebracht.

Deze facturen hebben dus niet rechtstreeks betrekking op de periode van 11 juli 2001 tot 11 juli 2002.

Datzelfde geldt voor de facturen van [geïntimeerde] aan Carrier (producties 40, 41 en 42 bij conclusie na enquête van Keytech), die betrekking hebben op de weken 18 tot en met 20 van 2001, dus vóór 11 juli 2001.

2.41 De overtreding ten aanzien van Premobo-Bouw B.V. staat dus vast.

2.42 Het hof oordeelt de overtreding ten aanzien van BST bewezen op grond van voormelde getuigenverklaringen van [M.] en [O.] in samenhang met de uit de facturen gebleken omstandigheid dat [geïntimeerde] kort voor 11 juli 2001 arbeidskrachten ter beschikking heeft gesteld aan BST.

2.43 Ook de overtreding ten aanzien van Carrier is bewezen op grond van de getuigenverklaring van [O.], het faxbericht van [geïntimeerde] van 25 maart 2002, een en ander in samenhang met de uit de facturen gebleken omstandigheid dat [geïntimeerde] kort voor 11 juli 2001 rechtstreeks arbeidskrachten ter beschikking heeft gesteld aan Carrier.

2.44 Voor overtreding ten aanzien van de andere ondernemingen bestaan wel zwakke aanwijzingen, maar voldoende hard bewijsmateriaal uit meerdere bronnen ontbreekt. Daarom oordeelt het hof die overtredingen niet bewezen.

2.45 Tegen de (drie) bewezen geoordeelde overtredingen en opgeëiste boetes heeft [geïntimeerde] een beroep gedaan op opschorting, op de derogerende en aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid en verder op matiging. Hierover wil het hof ter gelegenheid van een comparitie van partijen nadere inlichtingen inwinnen.

2.46 Mét [geïntimeerde] leest het hof in grief VI in het principaal appel niet dat Keytech ook haar door de rechtbank afgewezen vordering in conventie tot schadevergoeding (wegens margederving) in hoger beroep opnieuw aan de orde heeft willen stellen.

2.47 De vorderingen in reconventie in verband met het conservatoir beslag zullen ter comparitie wel aan de orde komen.

3 De slotsom

3.1 Er volgt een comparitie ter verkrijging van inlichtingen (zie rov. 2.45 en 2.47) en om te onderzoeken of partijen het op een of meer punten eens kunnen worden.

3.2 Verder wordt iedere beslissing aangehouden.

4 De beslissing

Het hof, recht doende in het principaal en het incidenteel appel:

bepaalt dat partijen ([geïntimeerde] in persoon en Keytech vertegenwoordigd door iemand die van de zaak op de hoogte en tot het geven van de verlangde inlichtingen in staat is en hetzij bevoegd hetzij speciaal schriftelijk gemachtigd is tot het aangaan van een schikking) tezamen met hun raadslieden zullen verschijnen voor het tot raadsheer-commissaris benoemde lid van het hof mr. A.W. Steeg, die daartoe zitting zal houden op 1 november 2007 om 11.30 uur in het paleis van justitie aan de Walburgstraat 2-4 te Arnhem, zulks tot het ge-ven van inlichtingen als onder 2.45 en 2.47 aangegeven en opdat kan worden onderzocht of partijen het op een of meer punten met elkaar eens kunnen worden;

bepaalt dat voor deze zitting in beginsel één dagdeel (van maximaal 2,5 uur) beschikbaar is;

bepaalt dat een procureur alleen in geval van dringende verhindering tot twee weken na heden uitsluitend schriftelijk aanhouding kan verzoeken met vermelding van die dringende reden van verhindering en onder opgave van verhinderdata van beide partijen en dat aanhoudingsverzoeken na die datum in beginsel niet worden toegestaan;

bepaalt dat partijen, indien zij zich willen beroepen op nieuwe bescheiden, deze zullen overleggen door toezending in kopie aan de wederpartij en aan de raadsheer-commissaris uiterlijk één week voor de dag van de comparitie;

houdt verder iedere beslissing aan.

Dit arrest is gewezen door mrs. Steeg, Dozy en Van Acht en in tegenwoordigheid van de griffier uitgesproken ter openbare terechtzitting van dinsdag 11 september 2007.