

ECLI:NL:GHARL:2013:BZ4149

| | |
|----------------------|---|
| Instantie | Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden |
| Datum uitspraak | 12-03-2013 |
| Datum publicatie | 14-03-2013 |
| Zaaknummer | 200.102.187/01 |
| Rechtsgebieden | Civil recht |
| Bijzondere kenmerken | Hoger beroep |
| Inhoudsindicatie | Directeur kan zich niet zelf ontheffing van het concurrentiebeding verlenen. Nietig besluit op grond van 2:14 BW. |
| Wetsverwijzingen | Burgerlijk Wetboek Boek 2 Burgerlijk Wetboek Boek 2 14 Burgerlijk Wetboek Boek 7 Burgerlijk Wetboek Boek 7 653 |
| Vindplaatsen | Rechtspraak.nl JAR 2013/105 AR-Updates.nl 2013-0211 OR-Updates.nl 2013-0102 VAAN-AR-Updates.nl 2013-0211 |

Uitspraak

GERECHTSHOF ARNHEM-LEEWARDEN

Locatie Leeuwarden

afdeling civiel recht

zaaknummer gerechtshof 200.102.187/01
(zaaknummer rechtbank Leeuwarden 112997/HA ZA 11-462)

arrest van de eerste kamer van 12 maart 2013

in de zaak van

Nocado Nederland B.V.,
statutair gevestigd te Leeuwarden,
appellante,
in eerste aanleg: gedaagde,
hierna: Nocado,
advocaat: mr. R.S. van der Spek, kantoorhoudend te Leeuwarden,

tegen

[geïntimeerde],

wonende te [woonplaats],
geïntimeerde,
in eerste aanleg: eiser,
hierna: [geïntimeerde],
advocaat: mr. S.A.G. de Vries, kantoorhoudend te Leeuwarden.

1. Het geding in eerste aanleg

In eerste aanleg is geprocedeerd en beslist zoals weergegeven in de vonnissen van 27 april 2011 en 2 november 2011 van de rechtbank Leeuwarden.

2. Het geding in hoger beroep

2.1 Het verloop van de procedure is als volgt:

- de dagvaarding in hoger beroep d.d. 2 februari 2012;
- het arrest d.d. 3 april 2012 waarbij een comparitie na aanbrengen is bepaald;
- het proces-verbaal van die comparitie d.d. 2 mei 2012;
- de memorie van grieven, tevens voorwaardelijke eis in reconventie (met producties);
- de memorie van antwoord (met producties).

2.2 Vervolgens hebben partijen de stukken voor het wijzen van arrest overgelegd en heeft het hof arrest bepaald.

2.3 De vordering van Nocado in hoger beroep luidt:

"In conventie

dat het Gerechtshof te Leeuwarden behaagt bij arrest, uitvoerbaar bij voorraad, het vonnis in verzet d.d. 2 november 2011 van de Rechtbank Leeuwarden, sector civiel recht 2010 te vernietigen en, opnieuw rechtdoende:

I. [geïntimeerde] alsnog niet ontvankelijk te verklaren in zijn vorderingen, althans deze alsnog af te wijzen;

II. [geïntimeerde] te veroordelen in de proceskosten van beide instanties.

In voorwaardelijke reconventie

Voor het geval uw Hof van oordeel zou zijn dat het vonnis in verzet d.d. 26 oktober 2011 stand houdt:

I. 'het ontheffingsbesluit' van [geïntimeerde] d.d. 10 maart 2011 in hoger beroep te vernietigen op grond van artikel 2:15 lid 3 sub b BW jo artikel 2:256 BW.

II. [geïntimeerde] te veroordelen in de proceskosten."

2.4 Gelet op artikel CIII van de Wet herziening gerechtelijke kaart (Staatsblad 2012, 313) wordt in deze voor 1 januari 2013 aanhangig gemaakte zaken uitspraak gedaan door het hof Arnhem-Leeuwarden, locatie Leeuwarden.

3. De vaststaande feiten

Tegen de weergave van de vaststaande feiten in rechtsoverweging 2 (2.1 tot en met 2.18) van genoemd vonnis van 2 november 2011 is geen grief ontwikkeld en ook anderszins is niet van bezwaren daartegen gebleken, zodat ook in hoger beroep van die feiten zal worden uitgegaan.

Deze feiten, voor zover voor de beoordeling in hoger beroep relevant, aangevuld met feiten die in hoger beroep zijn komen vast te staan, luiden:

3.1 [geïntimeerde] is op 15 november 2007 een arbeidsovereenkomst ("Dienstvertrag") met Nocado - op genoemde datum nog i.o. - aangegaan. Deze arbeidsovereenkomst is grotendeels in het Duits gesteld; enkele bepalingen luiden evenwel in het Engels. De arbeidsovereenkomst is namens Nocado ondertekend door de algemene vergadering van aandeelhouders ("ava", in het contract aangeduid als Gesellschafterversammlung) en draagt de handtekeningen van [vertegenwoordiger van Nocabo 1] en [vertegenwoordiger van Nocabo 2]. Op basis van deze arbeidsovereenkomst was [geïntimeerde] vanaf 1 januari 2008 werkzaam als algemeen directeur. Tevens was hij enig statutair bestuurder van Nocado.

3.2 Enig aandeelhouder van Nocado is GroupInox GmbH (verder te noemen: GroupInox, in rechte vertegenwoordigd door [vertegenwoordiger van Nocabo 1] en [vertegenwoordiger van Nocabo 2] voornoemd), die op haar beurt tevens bestuurder is van de eveneens Duitse vennootschap [FEW] (verder FEW), de producent van de artikelen die onder de naam Nocado op de markt worden gebracht.

3.3 De arbeidsovereenkomst bevat een in het Duits geredigeerd non-concurrentiebeding dat als volgt luidt:

"Dem Geschäftsführer ist untersagt, während der Laufzeit des Vertrages in selbständiger, unselbständiger oder sonstiger Weise für ein Unternehmen tätig zu werden, das mit der Gesellschaft in direktem oder indirektem Wettbewerb steht. Der Geschäftsführer wird sich während der Dauer seines Anstellungsvertrages ferner nicht an einem Unternehmen mittelbar oder unmittelbar beteiligen, das mit der Gesellschaft in Konkurrenz steht oder mit dieser Geschäftsbeziehungen unterhält.

Die gleichen Verpflichtungen bestehen für die Dauer von 1 Jahr nach Beendigung des Anstellungsvertrages. Dieses Wettbewerbsverbot gilt für den Bereich Vertrieb und/oder Handel mit Flowcomponents aus Edelstahl mit Einsatzgebieten wie die Produkte der Gesellschaft.

Verletzt der Geschäftsführer das Wettbewerbsverbot, ist er verpflichtet, der Gesellschaft eine Vertragsstrafe in Höhe von EUR 100.000,-- je Einzelfall zu bezahlen. Das Recht der Gesellschaft auf die Geltendmachung von Schadensersatz bleibt unberührt.

Bis zum Zeitpunkt der Unterzeichnung dieses Vertrages konnte nicht abschließend geklärt werden, ob niederländisch recht die Vereinbarung einer Entschädigungsregelung für die Gültigkeit eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbotes voraussetzt. Für den Fall, dass eine solche Voraussetzung besteht, verpflichten sich die Parteien bereits jetzt ausdrücklich, eine Entschädigungsregelung zu vereinbaren, die die gesetzlichen niederländischen Mindestbedingungen für die Gültigkeit des Wettbewerbsverbotes nach § 8 dieses Vertrages erfüllt.

Die Gesellschaft kann durch schriftliche Erklärung gegenüber dem Geschäftsführer vor Ablauf des Anstellungsvertrages auf die Einhaltung des nachvertraglichen Wettbewerbsverbotes verzichten."

3.4 De statuten van Nocado bevatten ondermeer de navolgende bepalingen

"Bestuur

Artikel 16

1. De vennootschap heeft een bestuur ()

()

5. De bezoldiging en de verdere arbeidsvoorwaarden worden voor iedere bestuurder afzonderlijk vastgesteld door de algemene vergadering.

Vertegenwoordiging

Artikel 17

1. Het bestuur vertegenwoordigt de vennootschap. ()
2. In alle gevallen waarin de vennootschap een tegenstrijdig belang heeft met één of meer bestuurders wordt de vennootschap niettemin op de hiervoor gemelde wijze vertegenwoordigd.

De algemene vergadering is steeds bevoegd een of meer andere personen daartoe aan te wijzen."

3.5 Bij brief van 19 februari 2010 heeft [geïntimeerde] aan GroupInox aangegeven dat hij heeft begrepen dat FEW onder toezicht staat van een curator en dat hij problemen voor Nocado voorziet. In de daarop volgende maanden heeft [geïntimeerde], in steeds indringender bewoordingen, aan GroupInox geschreven dat het slecht ging met Nocado omdat zij haar klanten geen door FEW gefabriceerde producten meer kon leveren.

3.6 [geïntimeerde] heeft bij brief van 6 november 2010 een contract voor onbepaalde tijd voor de functie van vestigingsleider bij [SKS] (verder: SKS) aangeboden gekregen, onder voorwaarde van positieve afwikkeling van zijn concurrentiebeding.

SKS heeft op 10 december 2010 een aanbod gedaan om Nocado over te nemen. Bij aangetekende brief van 1 februari 2011 heeft [geïntimeerde] zich bij GroupInox beklaagd over de slechte situatie bij Nocado en heeft hij gepleit voor aanvaarding van het voorstel van SKS

Hij schrijft daarbij aan het eind:

"The proposal made by SKS also offers the employees of Nocado Nederland B.V. a prospect that cannot be offered by Nocado Nederland BV.

Given the representation of the current situation of Nocado Nederland B.V. and the proposal made by the management of SKS to the shareholders of Nocado Nederland B.V., I, as the management of Nocado Nederland B.V., ask the shareholders exemption from the competition clause in the employment contract of any employee of Nocado Nederland B.V. If in their own right they want to use the proposal made by the management of SKS, in which SKS indicates taking over the employees of Nocado Nederland B.V. to offer them perspective.

Nocado manufactures its own products, sold through trade and installers, in this sense SKS is not a competitor in the sense of a producer.

If you, as shareholders, wish to keep down the competition clause they should, according to the Dutch Law, book number 7, article 653, paragraph 4, compensate the employees for as long as they are required to the competition clause."

3.7 GroupInox heeft niet op deze brief gereageerd.

3.8 Bij brief van 8 maart 2011 heeft [geïntimeerde] aan Nocado (in het Nederlands) en aan GroupInox (in het Engels) medegedeeld:

"()

Door het uitblijven van enige reactie uwerzijds op de brief met de datum 1 februari 2011 die ik per aangetekende post aan u verzonden heb dien ik hierbij, inbegrepen de drie maanden opzegtermijn conform mijn arbeidsovereenkomst, mijn ontslag in als statutair directeur van Nocado Nederland B.V. per 4 juli 2011.

De reden van mijn ontslag is volledig terug te voeren naar het door u gevoerde beleid en dan met name het uitblijven van enige vorm van communicatie en antwoorden op mijn vragen in diverse aan u verzonden e-mails en aangetekende brieven en uw desinteresse in uw eigen bedrijf, Nocado Nederland B.V. "

3.9 Bij brief van 10 maart 2011 heeft [geïntimeerde], op briefpapier van Nocado Nederland B.V., aan zichzelf geschreven:

"Uw opzegging d.d. 8 maart 2011 heb ik in goede orde ontvangen. Deze opzegging wordt als zodanig aanvaard, alsmede ook de hierin genoemde gronden.

Hierbij verklaar ik, in mijn hoedanigheid van directeur van Nocado Nederland B.V. dat u bent ontheven van uw concurrentiebeding zoals dit is opgenomen in uw arbeidsovereenkomst met Nocado Nederland B.V. onder paragraaf 8 en dat het u vrij staat bij derden in dienst te treden.

()"

3.10 De huur van het pand aan de [adres] te [woonplaats] waar Nocado kantoor hield, is door [vertegenwoordiger van Nocado 1] namens Nocado per 1 december 2011 opgezegd welke opzegging door de verhuurder is aanvaard.

3.11 Nocado heeft in de opzegtermijn [geïntimeerde] op staande voet ontslagen

4. De beslissingen in eerste aanleg

4.1 [geïntimeerde] heeft in eerste aanleg het concurrentiebeding in zijn arbeidsovereenkomst aangevochten. Daarbij heeft hij primair betoogd dat hij zichzelf rechtsgeldig van het concurrentiebeding heeft ontheven, dan wel dat dit nimmer geldig is geweest. Subsidiair heeft hij de al dan niet partiële vernietiging van het beding gevorderd, en daarnaast matiging van de boete, danwel het toekennen van een vergoeding. De inleidende dagvaarding is uitsluitend aan het kantooradres van Nocado uitgebracht.

4.2 Bij verstekvonnis van 27 april 2011 heeft de rechtbank de primaire vordering - de verklaring voor recht dat [geïntimeerde] is ontheven van het concurrentiebeding - toegewezen.

Tegen dat vonnis is [geïntimeerde] in verzet gekomen. In verzet heeft de rechtbank geoordeeld dat [geïntimeerde] op grond van artikel 17 van de statuten bevoegd was om zelf het ontheffingsbesluit te nemen en dat de enige aandeelhouder, GroupInox door [geïntimeerde] was geïnformeerd over het voornemen om zichzelf van het concurrentiebeding te ontheffen. Doordat GroupInox na ontvangst van de brief van 1 februari 2011 geen actie heeft ondernomen in de zin dat zij ten aanzien van de ontheffing gebruik heeft gemaakt van haar aanwijsbevoegdheid, is geen sprake van een besluit dat zich er voor leent om in rechte te worden vernietigd.

Voorts heeft de rechtbank overwogen dat zelfs als het besluit zou worden vernietigd, dit niet meebrengt dat het besluit jegens [geïntimeerde] haar werking verliest en dat dit slechts anders zou zijn als de derogerende werking van de redelijkheid en de billijkheid er aan in de weg staan dat de werknemer [geïntimeerde] zich beroept op de nakoming van zijn ontheffing uit het concurrentiebeding. Volgens de rechtbank is daarvan geen sprake.

5. Met betrekking tot grief I en de voorwaardelijke reconventionele vordering

5.1 Deze grief heeft betrekking op het procesverloop in eerste aanleg. Nocado betoogt dat zij ten onrechte ten tijde van het opstellen van de verzetdagvaarding niet over de inleidende dagvaarding beschikte, hetgeen haar heeft belemmerd om tijdig (namelijk bij het uitbrengen van de verzetdagvaarding) een reconventionele vordering in te stellen.

5.2 Het hof oordeelt dat, wat er verder van deze grief ook zij, deze grief niet tot vernietiging van het bestreden vonnis kan leiden. [geïntimeerde] heeft zijn formele werkgever Nocado gedagvaard op haar kantooradres, gelijk de rechtbank met juistheid heeft vastgesteld, op juiste wijze conform het bepaalde in artikel 45 lid 3 sub d Rv in samenhang met artikel 1:10 BW, tweede lid.

Een andere vraag is of [geïntimeerde] in zijn hoedanigheid van bestuurder juist heeft gehandeld door de door hem uitgebrachte én ontvangen dagvaarding vervolgens niet door te leiden naar de enige aandeelhouder, nu het geschil de arbeidsvoorwaarden van de bestuurder betreft, welk onderwerp op grond van artikel 16 van de statuten van Nocado is voorbehouden aan de ava. Het antwoord op die vraag raakt evenwel niet de formele constatering dat de dagvaarding als zodanig juist is uitgebracht. Het hof komt op deze vraag terug onder 8.

5.3 Nocado merkt zelf reeds terecht op dat ingevolge artikel 353 Rv in hoger beroep niet voor het eerst een eis in reconventie kan worden ingesteld.

Nog daargelaten dat uit het dossier niet blijkt dat Nocado - die in ieder geval vóór de comparitie in eerste aanleg over het volledige procesdossier beschikte - tijdens de comparitie in eerste aanleg getracht heeft alsnog een reconventionele vordering in te stellen (hetgeen gelet op het ontvangstmoment van de inleidende dagvaarding door de aandeelhouders naar 's hofs oordeel van haar verlangd had mogen worden), overweegt het hof dat de inhoud van de voorwaardelijke reconventionele vordering niet meer omvat dan een vordering tot vernietiging van het ontheffingsbesluit. Het hof wijst erop dat het beroep op een vernietigingsgrond ter afwering van een rechtsvordering vormvrij is en dat daarvoor niet noodzakelijk is dat een reconventionele vordering wordt ingesteld (HR 25 oktober 1996, NJ 1997/68).

5.4 Grief I treft dan ook geen doel.

6. Met betrekking tot grief II

6.1 Grief II heeft betrekking op de motivering van de rechtbank waarom het ontheffingsbesluit standhoudt. Deze grief omvat een groot aantal subonderdelen, waarvan het eerste subonderdeel inhoudt dat [geïntimeerde] niet bevoegd was om het ontheffingsbesluit te nemen. Het hof deelt deze conclusie. Artikel 16, vijfde lid, van de statuten van Nocado bepaalt dat de arbeidsvoorwaarden van de bestuurder door de ava - in concreto dus door de enig aandeelhouder GroupInox- worden vastgesteld. Het concurrentiebeding is een onderdeel van de arbeidsovereenkomst van [geïntimeerde] als bestuurder, die hij destijds met de aandeelhouder gesloten heeft en is onmiskenbaar een arbeidsvoorwaarde in de zin van artikel 16, vijfde lid, van de statuten. De mogelijkheid om ontheffing te verlenen ("Die Gesellschaft kann durch schriftliche Erklärung des nachvertraglichen Wettbewerbsverbote verzichten") komt dan ook toe aan GroupInox als ava, en niet aan [geïntimeerde] als enig bestuurder. In zijn brief van 1 februari 2011 aan GroupInox geeft [geïntimeerde] ook zelf aan het zo begrepen te hebben. Hij vraagt daar immers vrijstelling aan de aandeelhouder. Het door [geïntimeerde] genomen ontheffingsbesluit van 10 maart 2011 ten aanzien van hemzelf is dan ook in strijd met de statuten genomen en daarmee nietig gelet op het bepaalde in artikel 2:14 BW, eerste lid. Van een wettelijke uitzondering op die nietigheid is niet gebleken. Anders dan [geïntimeerde] heeft gesteld, blijkt uit niets dat de ava de bevoegdheid om [geïntimeerde] uit zijn concurrentiebeding te ontslaan heeft gedelegeerd aan [geïntimeerde] zelf.

6.2 Aangezien dit verweer van Nocado doel treft slaagt grief II. Het hof behoeft niet in te gaan op de overige argumenten waarmee Nocado de redenering van de rechtbank aanvecht wat verder ook van die redenering zij. Het aanvochten vonnis, evenals het daaronderliggende verstekvonnis, kan niet in stand blijven.

6.3 Daarmee is tevens gegeven dat de voorwaarde waaronder de reconventionele vordering is ingesteld niet in vervulling is gegaan.

7. Ten aanzien van de overige grondslagen van de vordering van [geïntimeerde]

7.1 In hoeverre het slagen van de grieven Nocado baat, zal uit het vervolg blijken. Het hof dient immers vervolgens op grond van de devolutive werking van het appel de overige grondslagen van de vordering van [geïntimeerde], die in eerste aanleg verder onbesproken zijn gebleven, te beoordelen.

7.2 Subsidiar heeft [geïntimeerde] betoogd dat het concurrentiebeding nimmer geldig is geweest, omdat feitelijk niet aan de schriftelijkheidseis is voldaan danwel omdat de omschrijving van het beding te ruim is. Volgens [geïntimeerde] is niet aan de schriftelijkheidseis voldaan omdat het concurrentiebeding in het Duits is gesteld en hij die taal onvoldoende beheerst. Het hof volgt hem in dit betoog niet. Het concurrentiebeding is opgenomen in een schriftelijk contract, gesloten geruime tijd voordat [geïntimeerde] met zijn werkzaamheden zou beginnen, zodat aan de formele schriftelijkheidseis van artikel 7:653 BW, eerste lid, is voldaan. Gesteld al dat [geïntimeerde] het Duits in het geheel niet machtig zou zijn - hetgeen gelet op het werk dat hij zou doen als enig bestuurder voor een dochterbedrijf van een in Duitsland gevestigd moederbedrijf niet overtuigt - dan is gesteld noch gebleken dat [geïntimeerde] op enige wijze onder druk is gezet om dit contract te ondertekenen voordat hij in de gelegenheid was geweest om met behulp van een vertaler of een woordenboek de inhoud van het concurrentiebeding te doorvorsen. Het hof gaat er dan ook van uit dat hij de consequenties van dit beding goed heeft overwogen. Uit de correspondentie die [geïntimeerde] in 2010-2011 met GroupInox heeft gevoerd blijkt ook dat hij op dat moment in ieder geval precies wist wat het concurrentiebeding inhield.

7.3 Ook het argument dat het concurrentiebeding onvoldoende concreet is omschreven, snijdt geen hout. Het geldt voor de duur van 1 jaar na einde dienstverband en heeft betrekking op de productie/handel in bepaalde roestvrijstalen ventielen (Flowcomponents aus Edelstahl mit Einsatzgebieten).

7.4 Meer subsidiair heeft [geïntimeerde] betoogd dat Nocado geen rechten aan het beding kan ontleen omdat Nocado schadeplichtig zou zijn wegens de wijze waarop de arbeidsovereenkomst is geëindigd (artikel 7:653 BW, tweede lid). [geïntimeerde] heeft daartoe aangevoerd dat Nocado hem ten onrechte op staande voet op 26 april 2011 zou hebben ontslagen, zonder dat hij tevoren daarover door de ava is gehoord.

Nocado heeft in eerste aanleg aangegeven dat op 26 april 2011 geen ontslag op staande voet is verleend en dat zulks ook schriftelijk aan [geïntimeerde] zou zijn bevestigd. Noch een ontslagbrief noch een brief van de door Nocado gestelde strekking zijn in het geding gebracht. De brief van het pensioenfonds dat de inschrijving per 30 april 2011 is beëindigd kan niet als zodanig worden aangemerkt.

7.5 Nocado heeft daarentegen aangevoerd dat [geïntimeerde] op 6 juni 2011 op staande voet zou zijn ontslagen omdat hij zichzelf en zijn medewerker de heer [medewerker] uit hun concurrentiebeding zou hebben ontslagen en hij zijn echtgenote in dienst van Nocado zou hebben genomen zonder de daarvoor vereiste toestemming van de ava. Volgens Nocado heeft [geïntimeerde] dat ontslag niet in rechte aangevochten. Ter comparitie in eerste aanleg heeft [geïntimeerde] betoogd dat een dubbel ontslag op staande voet niet kan.

Ook omtrent dit tweede ontslag zijn geen stukken overgelegd.

7.6 Het hof verwerpt het betoog van [geïntimeerde] dat Nocado een eventueel op 26 april 2011 gegeven ontslag niet zou hebben kunnen intrekken en [geïntimeerde], op deels andere gronden, op 6 juni 2011 niet opnieuw op staande voet had kunnen ontslaan (vgl. Hof Leeuwarden 6 augustus 2008 LJN: BD9776).

Aangezien Nocado zich op het standpunt stelt dat eerst op 6 juni 2011 ontslag is verleend en dat het loon over de maanden april en mei 2011 is verrekend met een door Nocado gepretendeerde schadeclaim op [geïntimeerde], kan niet worden volgehouden, gelijk [geïntimeerde] stelt, dat Nocado toch vast zou houden aan het beweerdelijk op 26 april 2011 verleende ontslag. Een toereikend bewijsaanbod zijdens [geïntimeerde] op dat punt ontbreekt. Dat [geïntimeerde] het op 6 juni 2011 verleende ontslag tijdig met succes zou hebben aangevochten kan evenmin worden vastgesteld. Het hof is dan ook van oordeel dat [geïntimeerde] niet heeft aangetoond dat sprake is geweest van een schadeplichtig ontslag.

7.7 Vervolgens komt het hof toe aan de nog meer subsidiaire grondslag van de vordering van [geïntimeerde], gestoeld op artikel 7:653 BW, tweede lid, dat bepaalt dat de rechter een concurrentiebeding geheel of gedeeltelijk kan vernietigen op de grond dat, in verhouding tot het te beschermen belang van de werkgever, de werknemer door dat beding onbillijk wordt benadeeld.

7.8 Het betoog van [geïntimeerde] komt er kort en goed op neer dat Nocado bovenal een verkoopkantoor voor de producten, geproduceerd door het Duitse zusterbedrijf was en dat Nocado in moeilijkheden raakte toen dit bedrijf failliet ging. Nocado kreeg daarna onvoldoende hulp en sturing uit Duitsland en was daarmee ten dode opgeschreven; kort na het vertrek van [geïntimeerde] is de huur opgezegd en zijn de bedrijfsactiviteiten in Nederland beëindigd. [geïntimeerde] heeft zijn standpunt toegelicht met brieven die hij aan GroupInox heeft gericht.

7.9 Nocado heeft daartegen aangevoerd dat [geïntimeerde] nimmer goed heeft gefunctioneerd, dat zij wel degelijk op de brieven van [geïntimeerde] heeft gereageerd en dat Nocado ook onderdelen van andere leveranciers mocht verkopen en dat het de taak van [geïntimeerde] was om andere leveranciers te vinden.

7.10 Het hof overweegt dat de stellingen van Nocado op geen enkel punt door stukken worden gestaafd. Uit niets blijkt dat GroupInox voor de ontslagname door [geïntimeerde] kritiek heeft gehad op zijn functioneren dan wel naar aanleiding van zijn brieven en faxen hem instructies heeft gegeven hoe verder te handelen met Nocado. Dat Nocado zou moeten functioneren als algemene groothandel en niet primair als verkoopkantoor voor de producten van GroupInox en haar groepsmaatschappijen, blijkt uit niets. GroupInox heeft niet bestreden dat zij c.q. haar groepsmaatschappijen geen edelstalen producten voor de levensmiddelenindustrie meer aan Nocado leverden en evenmin dat sedert juli 2011 Nocado geen activiteiten meer in Nederland ontplooit. Dat Nocado in het eerste half jaar van 2011 nog steeds een voldoende levensvatbare onderneming was, heeft Nocado niet op enigerlei wijze onderbouwd.

7.11 Het hof acht dan ook door Nocado onvoldoende weersproken dat het begin 2011 als gevolg van de situatie in Duitsland heel slecht ging met het bedrijf van Nocado en acht het niet onbegrijpelijk dat [geïntimeerde] rond die tijd op zoek ging naar een andere functie. Mede gelet op de omstandigheid dat Nocado sedert juli 2011 de deuren feitelijk gesloten heeft, is het hof van oordeel dat het belang van [geïntimeerde] om elders, bij SKS, een nieuw start te maken onbillijk wordt getroffen wanneer Nocado vasthoudt aan het postcontractueel non-concurrentiebeding.

Mitsdien zal het hof dat onderdeel van het beding van paragraaf 8 van het Dienstverdrag voornoemd geheel vernietigen.

7.12 Aan de nog meer subsidiaire grondslagen komt het hof gelet op het vorenstaande niet meer toe.

8. De slotsom

Het hof zal het vonnis waarvan beroep vernietigen en op nieuw rechtdoende, het postcontractueel concurrentiebeding alsnog geheel vernietigen.

Het hof ziet in deze uitkomst aanleiding om de kosten van het geding in hoger beroep geheel te compenseren in die zin dat elke partij de eigen kosten draagt. In eerste aanleg dient Nocado, als materieel in het ongelijk te stellen partij, in de kosten van de verzetprocedure te worden veroordeeld. De kosten van de verstekprocedure dienen voor rekening van [geïntimeerde] te blijven, nu het op zijn weg had gelegen om de inleidende dagvaarding door te geleiden naar Nocado.

De beslissing

Het gerechtshof, rechtdoende in hoger beroep:

vernietigt de vonnissen van de rechtbank te Leeuwarden van 27 april 2011 en 2 november 2011 behoudens voor zover bij het vonnis van 2 november 2011 Nocado in de kosten van de verzetprocedure is veroordeeld en bekrachtigt dat vonnis in zoverre en doet voor het overige opnieuw recht;

vernietigt het postcontractueel concurrentiebeding, als opgenomen in de arbeidsovereenkomst ("Dienstverdrag" van 15 november 2007, paragraaf 8, tweede alinea) tussen partijen;

bepaalt dat de kosten van de procedure in eerste aanleg tot en met de betekening van het verstekvonnis van 27 april 2011 voor rekening van [geïntimeerde] blijven;

compenseert de kosten van de procedure in appel in die zin dat beide partijen de eigen kosten dragen;

wijst af hetgeen meer of anders is gevorderd.

Dit arrest is gewezen door mrs. J.H. Kuiper, voorzitter, R.A van der Pol en A.M. Koene en is door de rolraadsheer in tegenwoordigheid van de griffier in het openbaar uitgesproken op dinsdag 12 maart 2013.