

ECLI:NL:RBOVE:2015:1690

Instantie	Rechtbank Overijssel
Datum uitspraak	08-04-2015
Datum publicatie	09-10-2015
Zaaknummer	C-08-169016 - KG ZA 15-85
Rechtsgebieden	Civiel recht
Bijzondere kenmerken	Eerste aanleg - enkelvoudig
Inhoudsindicatie	(voormalig) werknemer wordt gehouden aan non-concurrentie- en relatiebeding.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl AR 2015/1910 AR-Updates.nl 2015-0980 VAAN-AR-Updates.nl 2015-0980

Uitspraak

—

vonnis

RECHTBANK OVERIJSSSEL

Team kanton en handelsrecht

Zittingsplaats Zwolle

zaaknummer / rolnummer: C/08/169016 / KG ZA 15-85

Vonnis in kort geding van 8 april 2015

in de zaak van

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

O.D.S. B.V.,

statutair gevestigd te Rotterdam en kantoorhoudende te Barendrecht,

eiseres in conventie,

verweerster in reconventie,

advocaat mr. S. Palm te Rotterdam,

tegen

1 [A] ,

wonende te [plaats 1] ,

2. [B],

wonende te [plaats 2] ,

3. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

THYSSENKRUPP MATERIALS NEDERLAND B.V.,

statutair gevestigd te Amsterdam en kantoorhoudende te Veghel,

gedaagden in conventie,

eisers in reconventie,

advocaat mr. J. van Hoeckel te Waalre.

Partijen zullen hierna ODS en [A] c.s. (dan wel [A] , [B] en Thyssenkrupp) genoemd worden.

1 De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding met 12 producties;
- de faxberichten van [A] c.s. van 23 maart 2015;
- de conclusie van antwoord (tevens eis in reconventie) van [A] met 14 producties;
- de conclusie van antwoord (tevens eis in reconventie) van [B] met 13 producties;
- de conclusie van antwoord (tevens eis in reconventie) van Thyssenkrupp met 15 producties;
- de e-mail van ODS van 24 maart 2015 met productie 13;
- de mondelinge behandeling op 25 maart 2015;
- de tijdens de mondelinge behandeling door ODS overgelegde producties met betrekking tot de leaseauto van [A] en [B] .

1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

2 De feiten

2.1. ODS is een groothandel in (non-)ferrometalen en halffabricaten en heeft vestigingen in Almelo, Barendrecht, Ridderkerk en Uitgeest. De organisatie van ODS is in verschillende divisies opgedeeld, waaronder de Divisie Verspaning. Verspaning omvat alle vormen van materiaalbewerking, waarbij door middel van hand- of machinegereedschap materiaaldelen worden weggenomen en spanen ontstaan.

Thyssenkrupp is een groothandel in staal, rvs en aluminium in Nederland en concentreert zich op de multi-metal branche.

2.2. [B] was van 26 augustus 1996 tot 1 augustus 1998 werkzaam bij ODS in de functie van Commercieel Medewerker Binnendienst, waarna hij in dienst is getreden van Smitfort (de rechtsvoorganger van Thyssenkrupp). Met ingang van 22 maart 1999 is [B] opnieuw als Commercieel Medewerker Binnendienst bij ODS in dienst getreden. In dit verband heeft [B] de 'Bijlage bij arbeidsovereenkomst

van [B] d.d. 18 maart 1999', inhoudende een concurrentiebeding, voor akkoord ondertekend. Vanaf 1 januari 2007 is [B] werkzaam als Senior Verkoper. Eind 2009 zijn de arbeidsvoorwaarden van [B] gewijzigd. In dit verband heeft [B] het 'Aanhangsel arbeidsovereenkomst [B] ' d.d. 6 november 2009, inhoudende een non-concurrentiebeding, een relatiebeding en een hieraan gerelateerd boetebeding voor akkoord ondertekend. Met ingang van 1 december 2013 is [B] door ODS benoemd tot Salesmanager Verspaning Almelo. Bij brief van 19 december 2013 heeft ODS deze benoeming bevestigd. Het daarbij gevoegde 'Aanhangsel arbeidsovereenkomst [B] ', inhoudende een non-concurrentiebeding, een relatiebeding en een hieraan gerelateerd boetebeding, heeft [B] niet (voor akkoord) ondertekend. Deze bedingen luiden als volgt:

1 Non-concurrentiebeding

Het is werknemer niet toegestaan, zonder vooraf verkregen schriftelijke toestemming van werkgever, gedurende één jaar na beëindiging van het dienstverband op welke wijze dan ook, direct of indirect, zowel voor eigen rekening als ten behoeve van derden in dienstverband of anderszins in enigerlei vorm, werkzaam of betrokken te zijn in, of bij enige onderneming met activiteiten op een terrein, gelijk aan of anderszins concurrerend met die van de activiteiten van de werkgever en de aan haar gelieerde ondernemingen, voor zover deze betrekking hebben op het marktsegment waarbinnen de werknemer gedurende de laatste twee jaar van het dienstverband werkzaam is.

2 Relatiebeding

Werknemer zal gedurende een periode van één jaar na het eindigen van de dienstbetrekking zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de werkgever geen klanten en/of relaties van de werkgever (daaronder begrepen maar niet gelimiteerd tot de door de werknemer tijdens de dienstbetrekking met de werkgever bediende en/of aangebrachte klanten en/of relaties en derden die in een periode van twee jaar voorafgaande aan de datum van de beëindiging van de arbeidsovereenkomst klant en/of relatie van werkgever of aan haar gelieerde onderneming zijn geweest) benaderen op welke wijze of in welke vorm dan ook met het oogmerk om elders, hetzij op eigen naam, hetzij door middel van en/of in samenwerking met, danwel in dienstbetrekking van, andere natuurlijke of rechtspersonen, diensten en/of zaken aan deze klanten en/of relaties te (gaan) leveren die gelijk of gelijksoortig zijn aan de diensten en/of zaken die werkgever levert en betrekking hebben op het marktsegment waarbinnen de werknemer gedurende de laatste twee jaar van zijn dienstverband werkzaam is.

3 Boetebeding

Bij overtreding van het bovengenoemde concurrentiebeding en/of relatiebeding, zal werknemer, zonder dat enige ingebrekestelling is vereist, per overtreding een boete ten behoeve van werkgever verbeuren ten bedrage van 5.000,- onverminderd het recht van werkgever om volledige schadevergoeding te vorderen. Hiermee wordt uitdrukkelijk afgeweken van het bepaalde in artikel BW 7:650 leden 3 t/m 5. De boete zal worden verhoogd met 1.000,- voor iedere dag dat de overtreding voortduurt.

[A] is op 22 januari 2001 bij ODS in dienst getreden in de functie van Commercieel Medewerker. In dit verband heeft [A] de 'Bijlage bij arbeidsovereenkomst van [A] d.d. 15 december 2000', inhoudende een concurrentiebeding, voor akkoord ondertekend. Vanaf 1 januari 2005 is [A] werkzaam als Verkoper. Begin 2010 zijn de arbeidsvoorwaarden van [A] gewijzigd, hetgeen ODS bij brief van 23 april 2010 heeft bevestigd. Voorts bevat deze brief de 'Voorwaarden mbt ontwikkeling [A] naar functiegroep 7'. Het daarbij gevoegde 'Aanhangsel arbeidsovereenkomst de heer [A] ', inhoudende een non-concurrentiebeding, een relatiebeding en een hieraan gerelateerd boetebeding heeft [A] op 21 mei 2010 voor akkoord ondertekend. Deze bedingen luiden als volgt:

1 Non-concurrentiebeding

Het is werknemer niet toegestaan, zonder vooraf verkregen schriftelijke toestemming van werkgever, gedurende één jaar na beëindiging van het dienstverband op welke wijze dan ook, direct of indirect, zowel voor eigen rekening als ten behoeve van derden in dienstverband of anderszins in enigerlei vorm, werkzaam of betrokken te zijn in, of bij enige onderneming met activiteiten op een terrein, gelijk aan of anderszins concurrerend met die van de activiteiten van ODS B.V. Divisie Verspaning en de aan haar gelieerde ondernemingen, voor zover deze betrekking hebben op het marktsegment waarin ODS B.V. Divisie Verspaning actief is. Op het moment dat deze overeenkomst gestart is geldt dit non-concurrentiebeding voor bedrijven die actief zijn in de Handel (in- en verkoop) en Handel (verwerking en in/verkoop) van stafmateriaal, machinebuis in de kwaliteiten RVS en speciaalstaal (gelegeerd en ongelegeerd) en aluminium.

2 Relatiebeding

Werknemer zal gedurende een periode van één jaar na beëindiging van het dienstverband zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de werkgever geen klanten en/of relaties van ODS B.V. (daaronder begrepen maar niet gelimiteerd tot de door de werknemer tijdens de dienstbetrekking met de werkgever bediende en/of aangebrachte klanten en/of relaties en derden die in een periode van één jaar voorafgaande aan de datum van de beëindiging van de arbeidsovereenkomst klant en/of relatie van ODS B.V. Divisie Verspaning of aan haar gelieerde onderneming zijn geweest) benaderen op welke wijze of in welke vorm dan ook met het oogmerk om elders, hetzij op eigen naam, hetzij door middel van en/of in samenwerking met, danwel in dienstbetrekking van, andere natuurlijke of rechtspersonen, diensten en/of zaken aan deze klanten en/of relaties te (gaan) leveren die gelijk of gelijksoortig zijn aan de diensten en/of zaken die ODS B.V. Divisie Verspaning levert.

3 Boetebeding

Bij overtreding van het bovengenoemde concurrentiebeding en/of relatiebeding, zal werknemer, zonder dat enige ingebrekestelling is vereist, per overtreding een boete ten behoeve van werkgever verbeuren ten bedrage van 5.000,- onverminderd het recht van werkgever om volledige schadevergoeding te vorderen. Hiermee wordt uitdrukkelijk afgeweken van het bepaalde in artikel BW 7:650 leden 3 t/m 5. De boete zal worden verhoogd met

1.000,- voor iedere dag dat de overtreding voortduurt.

- 2.4. Op 30 januari 2015 hebben [B] en [A] hun arbeidsovereenkomst met ODS tegen 1 maart 2015 opgezegd.
- 2.5. Bij brief van 30 januari 2015 heeft ODS het ontslag van [B] en [A] bevestigd. Daarbij heeft ODS voorts meegedeeld dat [B] en [A] zijn vrijgesteld van de verplichting tot het verrichten van werkzaamheden (geschorst), zodat ODS zich kan beraden op de ontstane situatie. Ook heeft ODS gewezen op het concurrentiebeding.
- 2.6. Bij brief van 10 februari 2015 heeft ODS Thyssenkrupp verzocht, en voor zover nodig gesommeerd, om zich te onthouden van het te werk stellen van [B] en [A] , zulks tot het moment dat de geldingsduur van het concurrentiebeding is verstreken (1 maart 2016).
- 2.7. Bij brief van 16 februari 2015 heeft ODS bevestigd dat het dienstverband met [B] en [A] per 1 maart 2015 zal zijn beëindigd. Daarbij heeft ODS voorts een 'specificatie verrekening conform artikel 3.2.1 Fleetplan Autoregeling' gevoegd. Volgens ODS bedraagt het te verrekenen bedrag voor [B] 6.831,62 en voor [A] 3.199,84.
- 2.8. Op 1 maart 2015 zijn [B] en [A] bij Thyssenkrupp in dienst getreden in de functie van Vestigingsmanager Hengelo respectievelijk Accountmanager.

3 Het geschil in conventie

- 3.1. ODS vordert dat de voorzieningenrechter bij vonnis, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:
 - (1) [B] zal veroordelen tot stipte nakoming van het overeengekomen non-concurrentiebeding en relatiebeding, zoals opgenomen in het 'aansluitend arbeidsovereenkomst L (Bert) [B] ' van 19 december 2013, op straffe van verbeurte van een dwangsom van 5.000,00 (zegge: vijfduizend euro) ineens en 1.000,00 (zegge: duizend euro) voor iedere dag of dagdeel dat de overtreding voortduurt, waarbij een gedeelte van de dag als gehele dag wordt gerekend;
 - (2) [A] zal veroordelen tot stipte nakoming van het overeengekomen non-concurrentiebeding en relatiebeding, zoals opgenomen in het 'aansluitend arbeidsovereenkomst de heer [A] ' van 21 mei 2010, op straffe van verbeurte van een dwangsom van 5.000,00 (zegge: vijfduizend euro) ineens en 1.000,00 (zegge: duizend euro) voor iedere dag of dagdeel dat de overtreding voortduurt, waarbij een gedeelte van de dag als gehele dag wordt gerekend;
 - (3) [B] zal verbieden om vóór 1 maart 2016 bij Thyssenkrupp, of een daaraan gelieerde onderneming, in dienst te treden of op andere wijze direct of indirect werkzaamheden voor Thyssenkrupp, of een daaraan gelieerde onderneming, te verrichten, al dan niet tegen betaling van loon of een vergoeding, op straffe van verbeurte van een dwangsom van 10.000,00 (zegge: tienduizend euro) ineens en 5.000,00 (zegge: vijfduizend euro) voor iedere dag of dagdeel dat de overtreding voortduurt;
 - (4) [A] zal verbieden om vóór 1 maart 2016 bij Thyssenkrupp, of een daaraan gelieerde onderneming, in dienst te treden of op andere wijze direct of indirect werkzaamheden voor Thyssenkrupp, of een daaraan gelieerde onderneming, te verrichten, al dan niet tegen betaling van loon of een vergoeding, op straffe van verbeurte van een dwangsom van 10.000,00 (zegge: tienduizend euro) ineens en 5.000,00 (zegge: vijfduizend euro) voor iedere dag of dagdeel dat de overtreding voortduurt;
 - (5) Thyssenkrupp zal verbieden om [B] en/of [A] vóór 1 maart 2016 op enigerlei wijze, direct dan wel indirect, werkzaamheden te laten verrichten, al dan niet tegen betaling van loon of een vergoeding, voor Thyssenkrupp, of een daaraan gelieerde onderneming, op straffe van verbeurte van een dwangsom van 10.000,00 (zegge: tienduizend euro) ineens en 5.000,00 (zegge: vijfduizend euro)

voor iedere dag of dagdeel dat de overtreding voortduurt;

(6) [A] c.s. zal veroordelen in de kosten van deze procedure, onder bepaling dat (i) de proceskosten voldaan dienen te worden binnen veertien dagen na dagtekening van dit vonnis, en voor het geval voldoening binnen deze termijn niet plaatsvindt (ii) te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf bedoelde termijn voor voldoening, alsmede (iii) met veroordeling van [A] c.s. in de nakosten, de somma 131,00 (zegge: honderdeenendertig euro) dan wel indien betekening plaatsvindt, de suma van 199,00 (zegge: honderdnegenennegentig euro).

3.2. [A] c.s. voert gemotiveerd verweer.

3.3. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

4 Het geschil in reconventie

4.1. [A] vordert dat de voorzieningenrechter bij vonnis, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

(1) het non-concurrentie- en relatiebeding uit het addendum van 21 mei 2010, dan wel enig ander non-concurrentie- en relatiebeding tussen [A] en ODS, zal schorsen, met dien verstande dat het [A] vrij staat om per 1 maart 2015 in dienst te treden van Thyssenkrupp;

(2) ODS zal veroordelen om een correcte eindafrekening plaats te laten plaatsvinden en om tegen behoorlijk bewijs van kwijting tot betaling van het ten onrechte verrekende bedrag van 3.199,84 over te gaan, te vermeerderen met de wettelijke verhoging ex artikel 7:625 BW over alle gevorderde loonbedragen, alsmede de wettelijke rente over de som van voornoemde bedragen tot aan de dag van betaling;

(3) ODS zal veroordelen tot betaling van een bedrag van 544,50 op basis van Staffel BIK, vermeerderd met de wettelijke rente ex artikel 6:119 BW, althans een door de voorzieningenrechter in goede justitie te bepalen bedrag;

(4) ODS zal veroordelen om tegen behoorlijk bewijs van kwijting aan [A] c.s. te voldoen de kosten van deze procedure, het salaris van de advocaat daaronder begrepen, vermeerderd met de wettelijke rente ex artikel 6:119 BW over deze proceskosten vanaf de 15e dag na de dag van dit vonnis en tot voldoening van de nakosten.

4.2. [B] vordert dat de voorzieningenrechter bij vonnis, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

(1) het non-concurrentie- en relatiebeding uit het addendum van 19 december 2013, dan wel enig ander non-concurrentie- en relatiebeding tussen [B] en ODS, zal schorsen, met dien verstande dat het [B] vrij staat om per 1 maart 2015 in dienst te treden van Thyssenkrupp;

(2) ODS zal veroordelen om een correcte eindafrekening plaats te laten plaatsvinden en om tegen behoorlijk bewijs van kwijting tot betaling van het ten onrechte verrekende bedrag van 6.831,26 over te gaan, te vermeerderen met de wettelijke verhoging ex artikel 7:625 BW over alle gevorderde loonbedragen, alsmede de wettelijke rente over de som van voornoemde bedragen tot aan de dag van betaling;

(3) ODS zal veroordelen tot betaling van een bedrag van 726,00 op basis van Staffel BIK, vermeerderd met de wettelijke rente ex artikel 6:119 BW, althans een door de voorzieningenrechter in goede justitie te bepalen bedrag;

(4) ODS zal veroordelen om tegen behoorlijk bewijs van kwijting aan [A] c.s. te voldoen de kosten van deze procedure, het salaris van de advocaat daaronder begrepen, vermeerderd met de wettelijke rente ex artikel 6:119 BW over deze proceskosten vanaf de 15e dag na de dag van dit vonnis en tot voldoening van de nakosten.

4.3. Thyssenkrupp vordert dat de voorzieningenrechter bij vonnis, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad, ODS zal veroordelen om tegen behoorlijk bewijs van kwijting aan [A] c.s. te voldoen de

kosten van deze procedure, het salaris van de advocaat daaronder begrepen, vermeerderd met de wettelijke rente ex artikel 6:119 BW over deze proceskosten vanaf de 15e dag na de dag van dit vonnis en tot voldoening van de nakosten.

4.4. ODS voert gemotiveerd verweer.

4.5. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

5 De beoordeling in conventie

- 5.1. Uit de aard van de vorderingen volgt dat ODS daarbij een spoedeisend belang heeft. Anders dan [A] c.s. meent, leidt het enkele gegeven dat ODS eerst op 10 maart 2015 dit kort geding heeft aangevraagd, terwijl [B] en [A] reeds op 30 januari 2015 hebben aangegeven per 1 maart 2015 in dienst te zullen treden bij Thyssenkrupp, er niet toe dat zij thans geen spoedeisend belang bij het gevorderde kan hebben.
- 5.2. Aan haar vorderingen legt ODS, samengevat, ten grondslag dat zij met [B] en [A] een rechtsgeldig concurrentiebeding als bedoeld in artikel 7:653 BW is overeengekomen en dat zij een direct en zwaarwegend belang heeft bij volledige en stipte nakoming daarvan. Daartoe voert ODS aan dat de overstap van [B] en [A] naar Thyssenkrupp, de directe concurrent die bovendien een nieuwe vestiging in Hengelo (en dus nabij haar vestiging in Almelo) opent, een direct gevaar oplevert voor een inbreuk op haar bedrijfsdebiet. ODS stelt dat dit gevaar zich reeds in februari 2015 heeft verwezenlijkt, omdat [B] en/of [A] tijdens hun dienstverband met ODS informatie omtrent prijsafspraken aan Thyssenkrupp hebben doorspeeld. Ter onderbouwing van haar stelling verwijst ODS naar de mailcorrespondentie tussen [C] van Weles Machinefabriek en [D] van ODS (productie 12 bij de dagvaarding).
- 5.3. [B] voert als verweer dat niet aan het schriftelijkheidsvereiste is voldaan en dat dus geen sprake is van een rechtsgeldig non-concurrentiebeding.
- 5.4. Aan artikel 7:653 lid 1 BW, voor zover inhoudende dat een concurrentiebeding schriftelijk moet worden overeengekomen, ligt de gedachte ten grondslag dat in het vereiste van geschrift een bijzondere waarborg is gelegen dat de werknemer de consequenties van dit voor hem bezwarende beding goed heeft overwogen.

Aan het schriftelijkheidsvereiste is in ieder geval voldaan indien de werknemer een arbeidsovereenkomst waarin een concurrentiebeding is opgenomen of enig ander geschrift waarin een concurrentiebeding als onderdeel van de arbeidsovereenkomst voorkomt, heeft ondertekend, omdat de werknemer daarmee tot uitdrukking brengt dat hij heeft kennisgenomen van het concurrentiebeding zoals dat in schriftelijke vorm aan hem ter hand is gesteld en dat hij daarmee instemt.

Wordt in een arbeidsovereenkomst of in een brief verwezen naar bijgevoegde arbeidsvoorwaarden waarin een concurrentiebeding voorkomt en verklaart de werknemer zich door ondertekening van die arbeidsovereenkomst of die brief akkoord met die arbeidsvoorwaarden, dan is aan het genoemde schriftelijkheidsvereiste eveneens voldaan. Ook in een zodanig geval heeft de werknemer door die ondertekening tot uitdrukking gebracht dat hij heeft kennisgenomen van het concurrentiebeding zoals dat in schriftelijke vorm aan hem ter hand is gesteld en dat hij daarmee instemt. Voor de geldigheid van het concurrentiebeding is niet vereist dat de bijgevoegde arbeidsvoorwaarden zelf waarnaar in de begeleidende brief wordt verwezen, door de werknemer zijn ondertekend. Evenmin is vereist dat de akkoordverklaring op de brief uitdrukkelijk naar de aanvaarding van het concurrentiebeding verwijst.

Gelet op de hiervoor vermelde ratio van artikel 7:653 BW is niet aan het schriftelijkheidsvereiste voldaan in gevallen waarin de werknemer zich schriftelijk akkoord verklaart met de inhoud van een niet als bijlage in schriftelijke vorm bijgevoegd document waarin een concurrentiebeding voorkomt, tenzij de werknemer daarbij uitdrukkelijk verklaart dat hij met het concurrentiebeding instemt (Hoge Raad 28 maart 2008, ECLI:NL:HR:BC0384).
- 5.5. Vast staat dat bij brief van 19 december 2013 het document ('Aanhangsel arbeidsovereenkomst [B] ') waarin het concurrentiebeding is opgenomen door ODS aan [B] is verstrekt, dat [B] hiervan kennis heeft genomen en dat [B] dit geschrift niet (voor akkoord) heeft ondertekend. Naar voorshands oordeel van de voorzieningenrechter volgt reeds rechtstreeks uit de wet en het hiervoor genoemde arrest van de Hoge Raad van 28 maart 2008 dat aan het schriftelijkheidsvereiste niet is voldaan, in het geval een op schrift gesteld concurrentiebeding mondeling wordt aanvaard. Daarbij komt dat [B] stellig heeft betwist dat uit de brief van ODS van 20 februari 2014, waarin is bevestigd dat met terugwerkende kracht vanaf 1 januari 2014 het salaris van [B] wordt verhoogd naar 5.000,00 bruto

per maand (functiegroep 9), en de daaraan voorafgaande e-mailcorrespondentie tussen hem en [E] (commercieel directeur van ODS) kan worden afgeleid dat hij heeft ingestemd met voormeld concurrentiebeding. Hieruit volgt dat thans niet geoordeeld kan worden dat tussen ODS en [B] een rechtsgeldig non-concurrentiebeding is overeengekomen. Derhalve dient de gevorderde veroordeling tot nakoming van het non-concurrentie- en relatiebeding en het gevorderde verbod om vóór 1 maart 2016 bij Thyssenkrupp in dienst te treden ten aanzien van [B] te worden afgewezen.

- 5.6. [A] voert als verweer dat het door hem ondertekende non-concurrentiebeding d.d. 21 mei 2010 ziet op de functie Verkoper en dat zijn laatste functie als Senior Verkoper een zwaardere functie is als gevolg waarvan het non-concurrentiebeding zwaarder op hem is gaan drukken en het dus op de weg van ODS had gelegen om opnieuw een non-concurrentiebeding overeen te komen. In dit verband verwijst [A] naar de binnen de organisatie van ODS geldende functieomschrijvingen van de functies Commercieel Medewerker, Verkoper en Senior Verkoper (productie 1 bij de conclusie van antwoord). Nu dat niet het geval is, staat het [A] vrij om bij Thyssenkrupp in dienst te treden.
- 5.7. In het arrest van 9 maart 1979 (ECLI:NL:HR:1979:AC0770) heeft de Hoge Raad overwogen dat, bij beantwoording van de vraag of het concurrentiebeding, dat schriftelijk tussen partijen is overeengekomen, na wijziging van de arbeidsverhouding zijn gelding heeft behouden, van belang is (1) enerzijds de wijziging die de benoeming in het gegeven geval heeft gebracht in de arbeidsverhouding tussen partijen en (2) anderzijds de bijzondere plaats die het concurrentiebeding daarbij inneemt. Wat betreft de onder sub (2) genoemde kwestie, overwoog de Hoge Raad dat *een concurrentiebeding als het onderhavige, vallende onder artikel 1673x BW, beperkt de werknemer in zijn recht om na het einde van zijn dienstbetrekking werkzaam te zijn op de wijze die hem goeddunkt en kan hem dus treffen in een zwaarwegend belang, nl. in de wijze waarop hij in zijn levensonderhoud voorziet. De wet heeft voor het aangaan van zulk een beding strengere voorwaarden gesteld dan voor de arbeidsovereenkomst in het algemeen, en deze strengere voorwaarden dienen ook te gelden indien de wijziging in de arbeidsverhouding van zo ingrijpende aard is, dat het concurrentiebeding aanmerkelijk zwaarder gaat drukken, hetgeen dan meebrengt dat de in het vereiste van geschrift gelegen bijzondere waarborg, dat de werknemer de consequenties van dit voor hem bezwarende beding goed heeft overwogen, hier opnieuw op zijn plaats is.*
- 5.8. Tussen partijen is niet in geschil dat begin 2010 een ontwikkelingstraject voor [A] is opgestart. Uit de brief van ODS van 23 april 2010 blijkt dat aan de salarisverhoging per 1 januari 2011 en per 1 juli 2011 onder andere de voorwaarde is verbonden dat [A] zich uiterlijk per 1 januari 2011 heeft ontwikkeld tot functiegroep 7 (Senior Verkoper) en voorts dat de voortgang met betrekking tot deze ontwikkeling naar functiegroep 7 tijdens evaluatiegesprekken zal worden besproken. Ook is daarin meegedeeld dat voormelde toekenning van salarisverhoging samen gaat met het tekenen van een concurrentiebeding. Dit beding heeft [A] op 21 mei 2010 (voor akkoord) ondertekend. Op 13 september 2010 en 10 november 2010 hebben evaluatiegesprekken plaatsgevonden. Per december 2010 is [A] werkzaam als Senior Verkoper. Gelet op deze feitelijke gang van zaken is de voorzieningenrechter voorshands van oordeel dat het door [A] op 21 mei 2010 ondertekende concurrentiebeding ziet op zijn (toekomstige) functie als Senior Verkoper, waarvan de vervulling door [A], gelet op de in dit verband tussen ODS en [A] gemaakte afspraken, voorzienbaar was. Anders dan [A] betoogt, betekent dit dat vanaf december 2010 (het moment dat [A] de functie van Senior Verkoper feitelijk is gaan uitoefenen) geen sprake is van een wijziging in de arbeidsverhouding van zo ingrijpende aard, dat het concurrentiebeding aanmerkelijk zwaarder gaat drukken, op grond waarvan [A] wederom een nieuw concurrentiebeding had moeten ondertekenen. Het voorgaande betekent dat de gevorderde veroordeling tot nakoming van het non-concurrentie- en relatiebeding en het gevorderde verbod om vóór 1 maart 2016 bij Thyssenkrupp in dienst te treden ten aanzien van [A] wel voor toewijzing in aanmerking komt. De gevorderde dwangsom zal op de hierna te melden wijze worden gemaximeerd.

Profiteren van andermans wanprestatie door Thyssenkrupp?

5.9. ODS stelt dat door het weggapen en in dienst laten treden van [B] en [A] , wetende dat zij zijn gebonden aan een rechtsgeldig concurrentiebeding, sprake is van uitlokking tot het plegen van een wanprestatie door Thyssenkrupp en dat Thyssenkrupp van deze wanprestatie profiteert. Volgens ODS verricht Thyssenkrupp daarmee zelfstandig een onrechtmatige daad.

5.10. In het arrest van 28 maart 2014 (ECLI:NL:HR:2014:740) heeft de Hoge Raad bevestigd dat de enkele betrokkenheid van een derde bij wanprestatie in beginsel niet onrechtmatig is. Voor onrechtmatigheid is, naast wetenschap van de wanprestatie, ook vereist dat bijzondere omstandigheden aanwezig zijn. Een belangenafweging tussen de benadeelde en de profiterende derde is hierbij een aandachtspunt.

5.11. Nu hiervoor voorlopig is geoordeeld dat tussen ODS en [B] geen rechtsgeldig concurrentiebeding is overeengekomen, heeft [B] jegens ODS geen wanprestatie geleverd door bij Thyssenkrupp in dienst te treden. Van profiteren van wanprestatie aan de zijde van [B] door Thyssenkrupp is derhalve geen sprake.

Daarentegen geldt tussen ODS en [A] wel een rechtsgeldig concurrentiebeding, zodat [A] door zijn indiensttreding bij Thyssenkrupp per 1 maart 2015 jegens ODS wanprestatie heeft geleverd. Weliswaar heeft ODS onweersproken gesteld dat Thyssenkrupp ten tijde van het aangaan van de arbeidsovereenkomst met [A] wist dat [A] was gebonden aan een rechtsgeldig concurrentiebeding en Thyssenkrupp dus wetenschap had van zijn wanprestatie, dit maakt echter nog niet dat Thyssenkrupp onrechtmatig jegens ODS heeft gehandeld. Naar het voorshands oordeel van de voorzieningenrechter heeft ODS onvoldoende aannemelijk gemaakt dat sprake is van bijzondere omstandigheden die maken dat Thyssenkrupp onrechtmatig heeft gehandeld door het in dienst nemen van [A] . Zo is gesteld noch gebleken dat [A] via Thyssenkrupp met gebruikmaking van bedrijfsvertrouwelijke informatie van ODS (stelselmatig) relaties van ODS benadert om hen met een voordeliger aanbieding te bewegen van hun zakelijke relatie met ODS over te stappen naar Thyssenkrupp. De door ODS overgelegde mailcorrespondentie (productie 12 bij dagvaarding) is daartoe onvoldoende. Uit het voorgaande volgt dat het gevorderde verbod in rechtsoverweging 3.2 sub (5) ten aanzien van [A] niet toewijsbaar is.

6 De beoordeling in reconventie

6.1. Gelet op hetgeen hiervoor in rechtsoverweging 5.5 is overwogen, bestaat thans geen aanleiding om de gevorderde schorsing van het non-concurrentie- en relatiebeding uit het addendum d.d. 19 december 2013, dan wel enig ander non-concurrentie- en relatiebeding tussen ODS en [B] , toe te wijzen.

6.2. Van een spoedeisend belang van [A] bij zijn vordering tot schorsing van het non-concurrentie- en relatiebeding is in voldoende mate gebleken.

6.3. Op basis van hetgeen hiervoor in conventie is overwogen staat vast dat aan de arbeidsovereenkomst tussen ODS en [A] een einde is gekomen per 1 maart 2015, alsmede dat ingevolge deze overeenkomst op [A] de postcontractuele verplichting rust zich te houden aan het non-concurrentie- en relatiebeding.

6.4. In een aanhangig te maken bodemprocedure kan de kantonrechter een non-concurrentie- en/of relatiebeding geheel of gedeeltelijk vernietigen op grond dat, in verhouding tot het te beschermen belang van de werkgever, de werknemer door dat beding onbillijk wordt benadeeld (artikel 7:653 lid 2 BW). De vraag is aan de orde of voldoende aanleiding bestaat om, vooruitlopend op dat oordeel in de bodemprocedure, het non- concurrentie- en relatiebeding te schorsen.

6.5. Aan zijn vordering tot schorsing van het non-concurrentie- en relatiebeding uit het addendum van 21 mei 2010, dan wel enig ander non-concurrentiebeding- en/of relatiebeding tussen hem en ODS, legt [A] , samengevat, ten grondslag dat het belang van ODS bij oproeping van het concurrentiebeding niet opweegt tegen zijn belang bij indiensttreding bij Thyssenkrupp. Daartoe voert [A] aan dat hij een enorme carrièrestap kan maken, zowel inhoudelijk als financieel, terwijl zijn overstap naar

Thyssenkrupp geenszins een direct gevaar oplevert voor een inbreuk op het bedrijfsdebiet van ODS. Daarbij komt, aldus [A] , dat de vestiging Almelo niet de focus van ODS heeft.

6.6. Hoewel het afwegen van persoonlijke belangen tegen bedrijfsbelangen niet gemakkelijk is, omdat het verschillende grootheden zijn, is de voorzieningenrechter voorsnog van oordeel dat aan het belang van ODS de vrees voor benadeling doordat [A] kennis draagt van bedrijfsgeheimen en persoonlijk contact heeft gehad met klanten of andere relaties van ODS een zwaarder gewicht dient te worden toegekend dan aan het belang van [A] bij verbetering van zijn positie. Het belang van ODS bij de bescherming van haar debiet is voldoende aannemelijk gemaakt. Deze bescherming vereist dat er een zekere periode voorbij moet gaan waarin ODS er zeker van mag zijn dat [A] zijn bij ODS opgedane kennis niet kan inzetten voor een andere werkgever. In die tijd kunnen de klanten van ODS die door [A] werden bediend worden benaderd door zijn opvolger bij ODS en kunnen zo uit de relatie met [A] worden losgeweekt. In dit verband betreft de voorzieningenrechter de omstandigheid dat [A] ontslag heeft genomen en aldus ODS min of meer voor het blok heeft gezet. Hij had ervoor kunnen kiezen eerst de mogelijkheden van verzachting van het non-concurrentie- en relatiebeding te verkennen, eventueel via de rechter, en eerst daarna te beslissen. Daarnaast heeft ODS ter zitting verklaard dat [A] onder dezelfde arbeidsvoorwaarden bij haar kan terugkeren. De door [A] gevorderde schorsing van het non-concurrentie- en relatiebeding dient daarom te worden afgewezen.

Ten aanzien van de eindafrekening

6.7. Met betrekking tot een voorziening in kort geding, bestaande in veroordeling tot betaling van een geldsom, is terughoudendheid op zijn plaats. De rechter zal daarbij niet alleen hebben te onderzoeken of het bestaan van een vordering van de eiser op de gedaagde voldoende aannemelijk is, maar ook of daarnaast sprake is van feiten en omstandigheden die meebrengen dat uit hoofde van onverwijlde spoed een onmiddellijke voorziening is vereist, terwijl de rechter in de afweging van de belangen van partijen mede zal hebben te betrekken de vraag naar - kort gezegd - het risico van onmogelijkheid van terugbetaling, welk risico kan bijdragen tot weigering van de voorziening.

6.8. Ten aanzien van de gevorderde veroordeling van ODS om een correcte eindafrekening plaats te laten vinden en om tegen behoorlijk bewijs van kwijting tot betaling van het ten onrechte verrekende bedrag van 6.831,26 ([B]) respectievelijk 3.199,84 ([A]) over te gaan, stelt de voorzieningenrechter vast dat partijen van mening verschillen over de vraag op welke wijze het compensatiebedrag voor het afkopen van het leasecontract als bedoeld in artikel 3.2.1 van het FleetPlan Autoregeling (Versie 1 2013 juli) moet worden berekend. Ook ten aanzien van deze vordering geldt dat slechts door middel van bewijslevering de benodigde duidelijkheid is te verkrijgen, terwijl daarvoor in een kort geding geen plaats is. Daarbij komt dat [B] en [A] onvoldoende aannemelijk hebben gemaakt dat zij een spoedeisend belang bij deze vordering hebben. Dit geldt ook voor de gevorderde vergoeding van de buitengerechtelijke incassokosten. Hieruit volgt dat het gevorderde in rechtsoverweging 4.1 sub (2) en (3) en 4.2 sub (2) en (3) dient te worden afgewezen.

Proceskosten in conventie en reconventie

6.9. Omdat partijen deels in het gelijk en deels in het ongelijk worden gesteld ziet de voorzieningenrechter aanleiding om de proceskosten te compenseren, in die zin dat iedere partij de eigen kosten draagt.

7 De beslissing

De voorzieningenrechter

in conventie

- 7.1. veroordeelt [A] tot stipte nakoming van het overeengekomen non-concurrentiebeding en relatiebeding, zoals opgenomen in het 'aansluitend arbeidsovereenkomst de heer [A] ' van 21 mei 2010, op straffe van verbeurte van een dwangsom van 5.000,00 (zegge: vijfduizend euro) ineens en 1.000,00 (zegge: duizend euro) voor iedere dag of dagdeel dat de overtreding voortduurt, waarbij een gedeelte van de dag als gehele dag wordt gerekend, met een maximum van 100.000,00;
- 7.2. verbiedt [A] om vóór 1 maart 2016 bij Thyssenkrupp, of een daaraan gelieerde onderneming, in dienst te treden of op andere wijze direct of indirect werkzaamheden voor Thyssenkrupp, of een daaraan gelieerde onderneming, te verrichten, al dan niet tegen betaling van loon of een vergoeding, op straffe van verbeurte van een dwangsom van 10.000,00 (zegge: tienduizend euro) ineens en 5.000,00 (zegge: vijfduizend euro) voor iedere dag of dagdeel dat de overtreding voortduurt, met een maximum van 100.000,00;
- 7.3. verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad;
- 7.4. wijst af het meer of anders gevorderde;
- in reconventie
- 7.5. wijst de vorderingen af;
- in conventie en reconventie
- 7.6. compenseert de proceskosten, in die zin dat iedere partij de eigen kosten draagt.

Dit vonnis is gewezen door mr. J. van der Hulst en in het openbaar uitgesproken op 8 april 2015.