

RECHTSPRAAK

Statutair directeur handelt als ‘bad leaver’ in strijd met het aan het certificaat/aandeelhouderschap (en niet aan het werknemerschap) gebonden concurrentiebeding, opgenomen in de Deed of Sale and Transfer van de desbetreffende aandelen in werkgeefster.

Feiten

Auctio B.V. is de houdstermaatschappij van diverse in Europa gevestigde ondernemingen die onder de naam TBAuctions een online veilinghuis vormen. Bencis Capital Partners (hierna: Bencis) is investeerder van TBAuctions. Werknemer is op 8 oktober 2012 in dienst getreden als projectmanager bij Kamer&Dechow. In 2015 is Kamer&Dechow overgenomen door TBAuctions. Werknemer is toen (per 1 juli 2015) statutair directeur geworden en hem is de mogelijkheid geboden te participeren in TBAuctions via de Stichting Aandelenparticipatie Auctio (hierna: de Stichting) die aandelen houdt in Auctio B.V. (het zogeheten Management Participatieplan, MPP). In een e-mail van 17 juli 2015 heeft Bencis aan werknemer de *Trust Conditions* toegezonden. Werknemer heeft hierop bij e-mail van 25 augustus 2015 akkoord gegeven. Op 25 januari 2016 heeft de Stichting certificaten van aandelen aan werknemer overgedragen. Deze overeenkomst tussen werknemer, de Stichting en Bencis is vastgelegd in de *Deed of Sale and Transfer of Depositary Shares*. Op 31 mei 2016 zijn werknemer, de Stichting en Auctio B.V. de *Deed of Issuance of Depositary Receipts of Shares* overeengekomen, waarbij werknemer een aanvullend aantal certificaten heeft overgenomen en waarin eveneens de (amended) *Trust Conditions* van toepassing zijn verklaard. In de *Deed of Amendment to Trust Conditions* (hierna: de *Trust Conditions*), die in artikel 5 van de *Deed of Sale and Transfer* daarop van toepassing zijn verklaard, staat onder meer een concurrentiebeding en het volgende: ‘(...) Each of the Depositary Receipt Holders shall be obliged to forthwith upon the occurrence of an event as described in Article 5.2 (...) offer all his Depositary Receipts for sale. A Bad Leaver shall be considered a Depositary Receipt Holder: (...) (b) who (...) voluntarily ceases to be employed (...), (d) who is in material breach of the provisions of these Trust Conditions or the noncompete clauses.’ In december 2019 is werknemer benaderd door Surplex Holding GmbH, eveneens een in Europa opererend online veilinghuis, om voor haar te komen werken. Werknemer heeft bij brief van 11 december 2019 zijn arbeidsovereenkomst met Kamer&Dechow per 1 april 2020 opgezegd. In een brief van 16 januari 2020 staat dat de arbeidsovereenkomst tussen Kamer&Dechow en werknemer met wederzijds goedvinden is geëindigd. Op 17 april 2020 heeft werknemer aan de directeur kenbaar gemaakt dat hij overwoog in dienst te treden bij Surplex. Bij brief van 23 april 2020 wijst de statutair directeur van de Stichting werknemer op het concurrentiebeding. Nadien heeft de Stichting geconstateerd dat werknemer per augustus 2020 bij Surplex Austria in dienst is getreden als

statutair directeur. De Stichting vordert – kort gezegd – werknemer te veroordelen tot nakoming van de in de *Trust Conditions* opgenomen aanbiedingsverplichting van de certificaten als *Bad Leaver* en nakoming van het concurrentiebeding. Werknemer vordert in reconventie – kort gezegd – (gedeeltelijke) schorsing dan wel het niet van toepassing verklaren van het concurrentiebeding.

Oordeel

Geldigheid Trust Conditions

In de eerste plaats is de vraag aan de orde of de *Trust Conditions* van toepassing zijn. Werknemer stelt onder meer dat hij bij het aangaan van de *Deed of Sale and Transfer* niet is voorgelicht over de gevolgen van het managementparticipatieplan (MPP) en dat de *Trust Conditions* (althans, de amended versie uit 2016) niet aan hem zijn overhandigd. Aan deze verweren wordt voorbijgegaan. Werknemer heeft tweemaal (bij de uitgifte van de certificaten) getekend voor de toepasselijkheid van de *Trust Conditions*. Ook is in het ondertekende document expliciet het non-concurrentiebeding genoemd. Bovendien heeft hij in de e-mail van 25 augustus 2015 uitdrukkelijk verklaard dat hij akkoord gaat met de *Trust Conditions*. Dat hij zich niet bewust was van het non-concurrentiebeding omdat hij niet is voorgelicht over de implicaties van het MPP is dan ook voorshands niet aannemelijk, althans dit dient voor zijn rekening te komen.

Geldigheid non-concurrentiebeding

Werknemer heeft zich beroepen op artikel 7:653 lid 3 onder b BW, stellende dat het beding moet worden geschorst omdat hij daardoor onbillijk wordt benadeeld. Dit beroep gaat niet op. Het non-concurrentiebeding is immers geen onderdeel van de arbeidsovereenkomst, maar maakt deel uit van de *Trust Conditions* en ziet dus op een andere rechtsverhouding. De certificaten uitgifte is bovendien van een latere datum dan de arbeidsovereenkomst en de *Deed of Sale and Transfer* is een overeenkomst met andere partijen dan de werkgever, namelijk met de Stichting en Bencis. Het non-concurrentiebeding ziet niet op de arbeidsrechtelijke verhouding. Het non-concurrentiebeding is dus gebonden aan het certificaathouderschap, en niet aan het werknemerschap. Het non-concurrentiebeding is dan ook voorshands geldig. Verder heeft werknemer aangevoerd dat gebondenheid van werknemer aan het non-concurrentiebeding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is in verband met onevenredige benadeling in zijn carrière. Dit is onvoldoende aannemelijk geworden. Hij zou in eerste instantie bij een leasemaatschappij gaan werken, maar dat is uiteindelijk niet doorgegaan als gevolg van de COVID-19-situatie. Dat werknemer alleen in de onlineveilingenbranche terecht kan, is dus onvoldoende aannemelijk. Tevens zijn Surplex en TBAuctions concurrenten van elkaar. De kernactiviteit van beide ondernemingen bestaan uit het organiseren van online veilingen, waarbij bedrijfsinventarissen of restvoorraden worden verkocht. Werknemer was bij Kamer&Dechow werkzaam als directeur. Hij was verantwoordelijk voor de dagelijkse operationele gang van zaken en hield hij contact met curatoren van failliete ondernemingen. Dat hij over bedrijfsgevoelige informatie beschikt, is

dan ook voldoende aannemelijk.

Good leaver/bad leaver

Werknemer heeft gesteld dat hij geen *bad leaver* is, omdat de arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden is geëindigd. Deze stelling strookt niet met de verklaring van werknemer dat hij zijn arbeidsovereenkomst heeft beëindigd omdat hem werd gevraagd de veilingen te manipuleren. Los daarvan blijkt uit artikel 5 van de *Trust Conditions* dat iemand reeds als *bad leaver* wordt aangemerkt indien hij of zij vrijwillig vertrekt. Uiteindelijk heeft hij ter zitting verklaard dat hij in september/oktober 2019 in Amsterdam al een gesprek met een bedrijfsleider van Surplex heeft gehad en in december 2019 door Surplex is gebeld. Dat in dit geval sprake is van een vrijwillig vertrek op initiatief van werknemer is niet in geschil. Daarnaast is ook sprake van een *material breach* van de *Trust Conditions* en de *non-compete clause*, zodat werknemer ook op die grond als *bad leaver* kan worden aangemerkt. Voorgaande heeft tot gevolg heeft dat werknemer zijn certificaten moet aanbieden, tegen de laagste van enerzijds de aankoopprijs en anderzijds de Fair Market Value. De conclusie op grond van het voorgaande is dat de vorderingen in conventie zullen worden toegewezen en de vorderingen in reconventie zullen worden afgewezen.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 08-12-2020

Zaaknummer: C/13/691140