

vonnis

RECHTBANK AMSTERDAM

Afdeling privaatrecht

zaaknummer: 6388961 KK EXPL 17-1091
vonnis van: 2 november 2017
func.: 34987

kort geding vonnis van de kantonrechter

In z a k e

████████████████████
wonende te ██████████
eiser
nader te noemen: ██████████
gemachtigden: mr. M.A.M. Lem en mr. S.M.J. Heeren

t e g e n

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

Accenture B.V.

gevestigd te Amsterdam
gedaagde
nader te noemen: Accenture
gemachtigde: mr. P.W.H.M. Willems

VERLOOP VAN DE PROCEDURE

Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding van 18 oktober 2017 (met producties 1 tot en met 10);
- de nagezonden producties 11 en 12 van de zijde van ██████████;
- de op voorhand toegezonden producties van de zijde van Accenture, genummerd 1 tot en met 23.

De zitting heeft plaatsgevonden op 26 oktober 2017. ██████████ is ter zitting verschenen, vergezeld door mrs. Lem en Heeren. Voor Accenture is verschenen mevrouw ██████████, vergezeld door mr. Willems. Partijen hebben de standpunten (nader) toegelicht, mede aan de hand van de door hun gemachtigden overgelegde pleitaantekeningen. De kantonrechter heeft het bezwaar van Accenture tegen de overlegging van confraternele correspondentie tussen mr. Willems en mr. Lem verworpen. Van het verhandelde ter zitting is aantekening gehouden.

Vervolgens is vonnis gevraagd en is een datum voor vonnis bepaald.

GRONDEN VAN DE BESLISSING

1. Uitgangspunten

Als uitgangspunt geldt in dit kort geding het volgende.

1.1. ██████████, geboren op ██████████, is van 1 mei 1997 tot en met 31 oktober 2017 in dienst geweest van Accenture, laatstelijk - sinds 1 december 2009 - als managing director tegen een salaris van € 13.636,50 bruto per maand (inclusief vakantiebijslag en exclusief emolumenten). Van 2013 tot 15 oktober 2016 is ██████████ binnen de afdeling 'Digital' van Accenture werkzaam geweest voor de 'business consultancy task.'

1.2. In de op 23 november 2012 tussen partijen tot stand gekomen arbeidsovereenkomst is in artikel 11 ('Non competition') bepaald: *'Unless the Employer grants prior written permission, the Employee is prohibited from directly or indirectly establishing, running, co-running, or having someone run a business which provides products, services or advice which are or is similar to the products, services or advice provided by the Employer and its Group Companies, or from being directly or indirectly involved with any such business in any manner, whether as a self-employed person or under a contract of employment, whether or not for consideration, for a periode of 12 months after this contract of employment is terminated (howsoever terminated). The businesses referred to shall include, but not be limited to, the entities set forth in Annex A hereto (including any and all of their group companies and affiliates) and such other entities as the Employer may from time to time identify and add to Annex A.'* In deze bijlage A bij de arbeidsovereenkomst staat onder meer Deloitte vermeld.

1.3. Artikel 12 ('Business Relations') van de arbeidsovereenkomst van partijen luidt: *'1. Unless the Employer grants prior written permission, the Employee is prohibited from working for, or on behalf of, the Employer's clients or principals, for or on whose behalf the Employee worked at any time, or to any extent during the duration of his employment with the Employer, in any manner or form whatsoever (except as a direct employee of such client or principal) whether directly or indirectly, and whether or not for consideration, for a periode of 12 months after termination of the contract of employment. The Employee is also prohibited from working for, or on behalf of any prospective client of the Employer or of its Group Companies and Alliance Entities to whom the Employee submitted, or assisted in the submission of, a proposal, during the 12 months period preceding his termination, in any manner or form whatsoever (except as a direct employee of such client or principal) whether directly or indirectly, and whether or not for consideration, for a period of 12 months after termination of the contract of employment.'*

2. The Employee is prohibited from soliciting or enticing away or attempting to solicit or entice away any clients, prospective clients, principals, suppliers, joint ventures partners, or other business relations of the Employer or its Group Companies and Alliance Entities, or accept business from any such person or entity in a business area of the Employer, for a periode of 12 months after the termination of the contract of employment. In general, the Employee is obliged to refrain from any activity that could negatively affect the relationship between the Employer or its Group Companies and Alliance Entities and its clients, prospective clients, principals, joint venture partners and other business relations.'

1.4. De arbeidsovereenkomst van partijen kent verder (in artikel 10) een geheimhoudingsbeding ('Confidentiality'). Artikel 15 ('Penalty clause') stelt een boete op overtreding van onder meer de artikelen 10, 11 en 12 van de arbeidsovereenkomst.

1.5. Omdat [REDACTED] zich wilde bezinnen op de voortzetting van zijn loopbaan binnen of buiten Accenture zijn partijen overeengekomen dat hij van 15 oktober 2016 tot 1 september 2017 met onbetaald verlof ('sabbatical') zou gaan. Overeenkomstig de daarvoor bij Accenture bestaande regeling werd de salarisbetaling, onkostenvergoedingen en vakantieopbouw in die periode gestopt. [REDACTED] bleef tijdens zijn sabbatical verzekerd voor de sociale werknemersverzekeringen en Accenture heeft de pensioenpremies doorbetaald. [REDACTED] heeft zijn mobiele telefoon en laptop, die Accenture hem voor zijn werk ter beschikking had gesteld, behouden. Tijdens zijn sabbatical heeft [REDACTED] veel gereisd. Op 31 maart 2017 heeft hij voor de eerste keer weer ingelogd op het netwerk van Accenture.

1.6. In april 2017 is [REDACTED] benaderd door Deloitte Consulting B.V. (hierna ook te noemen Deloitte) om te praten over een partnership op het gebied van 'Digital' in Nederland en het buitenland. Er is een gesprek gevolgd. Vervolgens heeft [REDACTED] begin juni 2017 enkele gesprekken gehad met de heer [REDACTED], die inmiddels door Accenture was benoemd tot 'Digital lead Nederland.'

1.7. Intussen had [REDACTED] op 7 mei 2017 van het netwerk van Accenture strategische informatie gedownload. In de maanden juli en augustus 2017 heeft hij herhaaldelijk ingelogd op zijn Accenture-account.

1.8. Bij e-mail van 21 juli 2017 heeft [REDACTED] aan Accenture bericht dat hij Accenture wilde verlaten om als partner bij Deloitte in dienst te treden, in welke functie hij zich zal richten op 'advisering op het gebied van Digital in Nederland en in het buitenland.' In deze e-mail verzocht [REDACTED] hem te informeren 'op welke wijze mijn non competition clause zou worden toegepast gezien het feit dat ik sinds oktober 2016 geen consulting werkzaamheden voor Accenture meer heb uitgevoerd, noch intern noch bij klanten.' Accenture heeft hierop bij e-mail van 29 juli 2017 geantwoord dat zij [REDACTED] zal houden aan het concurrentiebeding: '(-) In het bijzonder op Digital beconcurreren Deloitte en Accenture elkaar zeer hard, overlapt de klantportfolio (-) en probeert Deloitte onze mensen te krijgen. Juist op Digital wil jij aan de slag bij Deloitte. Verder beschik jij als Managing Director binnen Digital over gedetailleerde kennis omtrent, onder andere, de strategie van Accenture op het gebied van Digital, onze product offering en andere geheime bedrijfsinformatie. Deze kennis is opgebouwd in de twintig jaar dat jij bij Accenture werkt, en in het bijzonder sinds 1 december 2009 met jouw promotie naar Managing Director. Het concurrentiebeding (-) beoogt onder andere het risico dat dergelijke kennis gebruikt wordt ten behoeve van één van onze voornaamste concurrenten af te dekken (-).' Accenture verklaarde zich bereid om rekening te houden met de sabbatical van [REDACTED], ook al had hij in die periode toegang tot zijn account en het netwerk van Accenture, en wel door de duur van het beding terug te brengen (van 12 maanden) naar zes maanden na einde dienstverband. [REDACTED] heeft dit voorstel niet geaccepteerd. Hij meende dat het concurrentie- en relatiebeding hun werking op 15 oktober 2017, een jaar na aanvang van zijn sabbatical, zouden verliezen.

1.9. Toen de afgesproken einddatum van de sabbatical van [REDACTED] naderde is deze, in afwachting van verder overleg tussen partijen, voor onbepaalde tijd verlengd. Partijen hebben vervolgens geen overeenstemming bereikt. [REDACTED] heeft de arbeidsovereenkomst met Accenture opgezegd tegen 1 november 2017.

2. De vordering en het daartegen gevoerde verweer

2.1. [REDACTED] vordert in dit kort geding primair dat Accenture bij uitvoerbaar bij voorraad te verklaren vonnis wordt veroordeeld om te gehengen en te gedogen dat [REDACTED] met ingang van 1 november 2017 in dienst treedt bij concurrenten van Accenture, daaronder Deloitte Consulting B.V. te Amsterdam, zonder dat hij daarbij gebonden is aan een concurrentie- en relatiebeding. Subsidiair vordert [REDACTED] dat Accenture wordt veroordeeld om afstand te doen van het concurrentiebeding in de arbeidsovereenkomst van partijen althans dat het Accenture wordt verboden dit concurrentiebeding uit te oefenen. [REDACTED] vordert althans dat het concurrentiebeding wordt geschorst, in die zin dat Accenture verplicht is te gehengen en te gedogen dat [REDACTED] na het einde van de arbeidsovereenkomst van partijen in dienst treedt van Deloitte Consulting B.V. te Amsterdam, zonder inachtneming van enig concurrentiebeding, een en ander totdat in rechte onherroepelijk is beslist dat het overeengekomen concurrentiebeding is komen te vervallen dan wel geheel of gedeeltelijk is vernietigd. [REDACTED] vordert dat de gevorderde veroordeling wordt versterkt met een dwangsom van € 10.000,- voor elke dag (een deel van een dag daaronder begrepen) dat Accenture in gebreke is aan het vonnis te voldoen. Ten slotte vordert [REDACTED] dat Accenture wordt veroordeeld in de proceskosten.

2.2. [REDACTED] legt aan zijn vordering ten grondslag dat artikel 11 van de arbeidsovereenkomst niet als een concurrentiebeding in de zin van artikel 7:653 (oud) Burgerlijk Wetboek (BW) kan worden aangemerkt, omdat het hem daarin niet wordt verboden om na het einde van de arbeidsovereenkomst op zekere wijze werkzaam te zijn. Het beding van artikel 11 verbiedt hem uitsluitend het (mede- of doen) drijven van, en betrokkenheid bij een concurrerende onderneming. Accenture hanteert bij werknemers onder het niveau van senior managers een modelarbeidsovereenkomst waarin wél een concurrentiebeding in de zin van artikel 7:653 BW is opgenomen, dat de werknemer verbiedt om binnen 12 maanden na het einde van de arbeidsovereenkomst een concurrerende onderneming te drijven, daarbij betrokken te zijn *'of daarvoor te werken.'* In artikel 11 van de arbeidsovereenkomst van partijen ontbreekt dat het [REDACTED] (ook) verboden is om voor een concurrent van Accenture te werken. Nu dit artikel 11 inhoudt dat [REDACTED] geen concurrerende onderneming mag (doen) starten, gaat het om een anti-mededingingsbeding dat ertoe leidt dat, indien [REDACTED] zich na uitdiensttreding als ondernemer bij Deloitte aansluit, tussen Accenture en Deloitte en/of [REDACTED] een overeenkomst geldt die de mededinging van Deloitte op de Nederlandse consultancymarkt beperkt. Een dergelijk beding is in strijd met artikel 6 lid 1 van de Mededingingswet (Mw) en ingevolge het tweede lid van rechtswege nietig. Ten slotte voert [REDACTED] aan dat artikel 11 zo moet worden uitgelegd dat de werking ervan op 15 oktober 2017, een jaar na aanvang van de sabbatical, eindigt althans dat [REDACTED], in verhouding tot het te beschermen belang van Accenture, door dat beding onbillijk wordt benadeeld, nu hij door de overstap naar Deloitte zijn positie fors kan verbeteren.

2.3. Accenture betwist de vordering. Op hetgeen zij aan haar verweer ten grondslag heeft gelegd, zal hierna worden ingegaan, voor zover dat voor de beoordeling van het geschil van belang is.

3. De beoordeling van het geschil

3.1. Vooropgesteld wordt dat het voor toewijzing van een voorlopige voorziening, zoals [REDACTED] in dit kort geding vordert, waarschijnlijk moet zijn dat een gelijklopende vordering in een nog te voeren bodemprocedure zal worden toegewezen. Alleen in dat geval kan daarop in kort geding worden vooruitgelopen. Voorts wordt vastgesteld dat de beoordeling in dit geding ingevolge artikel XXIIc van het Overgangsrecht bij de Wet werk en zekerheid moet plaatsvinden aan de hand van het bepaalde in artikel 7:653 BW, zoals dit vóór 1 januari 2015 heeft geluid.

3.2. Het gaat in dit kort geding om de vraag of het [REDACTED] jegens Accenture vrij staat om, nu de arbeidsovereenkomst van partijen is geëindigd, in dienst te treden van Deloitte, een concurrent van Accenture op het gebied van 'Digital', op welk terrein [REDACTED] vanaf 1 december 2009 voor Accenture als managing director werkzaam was. Partijen twisten allereerst over de uitleg van het beding van artikel 11 van de arbeidsovereenkomst van partijen. Volgens [REDACTED] is geen concurrentiebeding in de zin van artikel 7:653 (oud) BW gesloten, omdat in dit artikel 11 niet is opgenomen dat het hem (ook) verboden is om na uitdiensttreding voor een concurrent van Accenture op grond van een arbeidsovereenkomst werkzaam te zijn. De kantonrechter volgt [REDACTED] in dit standpunt niet. In artikel 11 van de arbeidsovereenkomst van partijen is het hem, binnen 12 maanden nadat de arbeidsovereenkomst is geëindigd, zowel verboden om een concurrerende onderneming te drijven, als om daarbij op enige wijze, direct of indirect, betrokken te zijn, 'whether as a self-employed person or under a contract of employment.' Ook indiensttreding bij een concurrent van Accenture staat [REDACTED] binnen de genoemde periode daarom niet vrij. Dat in het beding niet de formulering 'werkzaam zijn' of 'werken voor' voorkomt, doet daaraan niet af. [REDACTED] heeft geen feiten of omstandigheden gesteld die kunnen rechtvaardigen dat aan de - op zichzelf duidelijke - tekst van artikel 11 een andere, beperktere, betekenis toekomt. Met name is niet gebleken van uitlatingen over en weer, gedaan bij het sluiten van de arbeidsovereenkomst van 23 november 2012, waaruit [REDACTED] redelijkerwijs heeft mogen afleiden dat het beding hem alleen beperkte om na uitdiensttreding als ondernemer werkzaam te zijn. Integendeel: ook [REDACTED] is er blijkens de overgelegde, in de zomer van 2017 gevoerde, correspondentie vanuit gegaan dat het beding mede ziet op indiensttreding bij een concurrent als Deloitte. Het ging hem er toen juist om de termijn van 12 maanden in verband met zijn sabbatical eerder te doen aanvangen dan bij de beëindiging van het dienstverband. Pas nadat hem in augustus 2017 was gebleken dat er binnen Accenture ook een andere tekst omging, is hij zich op het in dit geding ingenomen primaire standpunt gaan stellen. Nu die andere tekst geen deel uitmaakt van de arbeidsovereenkomst van partijen, kan [REDACTED] daaraan geen steun voor zijn standpunt ontleen. Aan Accenture kan niet worden tegengeworpen dat zij er in de loop der tijd toe is overgegaan om in de contracten met andere werknemers een andere tekst te gebruiken.

3.3. [REDACTED] heeft betoogd dat artikel 11 van de arbeidsovereenkomst ingevolge artikel 6 Mw van rechtswege nietig is. Dit betoog faalt. Het eerste lid van artikel 6 Mw verbiedt 'overeenkomsten tussen ondernemingen, besluiten van ondernemersverenigingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen van ondernemingen, die ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan wordt verhinderd, beperkt of vervalst.' Daarvan is hier geen sprake, óók niet bij een ruime uitleg van het begrip 'ondernemer'. Artikel 11 maakt deel uit van de arbeidsovereenkomst en partijen hebben zich in hun hoedanigheid van werkgever en werknemer jegens elkaar gebonden. [REDACTED] heeft de

arbeidsovereenkomst dus niet als ondernemer gesloten. Anders dan Accenture meent, wordt Deloitte, bij indienstneming van [REDACTED], geen partij bij het beding. Niet alleen de hoedanigheid van partijen staat aldus in de weg aan het beroep op nietigheid in de zin van artikel 6 lid 2 Mw, ook de strekking en het gevolg van bedoeld artikel 11 maken dat dit beroep niet slaagt. Met dit beding is beoogd om het bedrijfsdebiets van Accenture te beschermen, niet om zich ten koste van andere ondernemers op de markt een voordeel te verschaffen. Deloitte wordt door het beding in de arbeidsovereenkomst tussen [REDACTED] en Accenture niet beperkt in haar positie op de Nederlandse 'Digital'-markt. Dat zij mogelijk onrechtmatig jegens Accenture zou handelen indien zij gebruik zou maken van een overtreding door [REDACTED] van het beding in zijn arbeidsovereenkomst met Accenture, kan niet worden aangemerkt als een mededingingsbeperking in de zin van artikel 6 lid 1 Mw. Dat concurrenten geen onrechtmatig gebruik maken van de wanprestatie van een gewezen werknemer behoort immers evenzeer tot de gezonde marktwerking die de mededingingswetgeving bedoelt te waarborgen.

3.4. Resteert het geschil over de vraag welke invloed toekomt aan de omstandigheid dat [REDACTED] voorafgaand aan de beëindiging van de arbeidsovereenkomst van partijen, van 15 oktober 2016 tot en met 31 oktober 2017, met onbetaald verlof is geweest en de bedongen arbeid voor Accenture niet heeft verricht. Vooropgesteld wordt dat, óók waar het gaat om de werkingsduur van het concurrentiebeding, artikel 11 van de arbeidsovereenkomst niets aan duidelijkheid te wensen overlaat. Het beding ziet op een periode van 12 maanden nadat de arbeidsovereenkomst van partijen is geëindigd. [REDACTED] heeft de arbeidsovereenkomst opgezegd tegen 1 november 2017. Het beding houdt daarmee in dat hij tot 1 november 2018 beperkt is in de wijze waarop hij zijn loopbaan voortzet. Anders dan [REDACTED] meent, rustte op Accenture bij het overleg over zijn sabbatical als goed werkgever niet de verplichting om hem erop te wijzen dat hij aan het concurrentiebeding gebonden zou zijn gedurende een jaar nadat hij tijdens of na zijn sabbatical uit dienst zou treden. De arbeidsovereenkomst was daarover duidelijk. Niet in geschil is dat het dienstverband tijdens de sabbatical heeft voortgeduurd. Indien [REDACTED] een afwijkende afspraak had willen maken over de werkingsduur van het beding voor het geval hij niet bij Accenture zou terugkeren, had hij dit destijds ter sprake kunnen brengen. Dat hij dat heeft gedaan, is gesteld noch gebleken.

3.5. Artikel 7:653 lid 2 (oud) BW bepaalt dat de rechter aan een beding (verdere) werking kan ontzeggen, indien de werknemer door dat beding, in verhouding tot het te beschermen belang van de werkgever, onbillijk wordt benadeeld. [REDACTED] heeft gevorderd dat in dit kort geding in die zin wordt vooruitgelopen op een te voeren bodemprocedure over een (gedeeltelijke) vernietiging dat het concurrentiebeding, en - zo begrijpt de kantonrechter - ook het relatiebeding van artikel 12 van de arbeidsovereenkomst, in afwachting van een onherroepelijk uitspraak door de bodemrechter worden geschorst. Hij heeft daartoe aangevoerd dat hij vanaf 15 oktober 2016 geen werk meer voor Accenture heeft verricht en vooral in het buitenland heeft verbleven. Accenture heeft daar tegenin gebracht dat [REDACTED] zijn mobiele telefoon en laptop heeft behouden en in mei 2017 nog strategische documenten van Accenture heeft gedownload. [REDACTED] heeft dit laatste ter zitting niet weersproken.

3.6. Bij de afweging van de wederzijdse belangen, die artikel 7:653 lid 2 (oud) BW voorschrijft, stelt de kantonrechter voorop dat niet in geschil is dat [REDACTED] als managing director bij Accenture concurrentiegevoelige bedrijfsinformatie heeft verworven en dat hij daarvan in dienst van Deloitte of een andere concurrent ten koste van Accenture gebruik kan maken. Het geheimhoudingsbeding in de arbeidsovereenkomst beschermt daartegen onvoldoende. Niet betwist is dat Accenture en Deloitte elkaar op het gebied van

'Digital' sterk beconcurreren. Daarmee is het belang van Accenture bij handhaving van de artikelen 11 en 12 van de arbeidsovereenkomst van partijen gegeven. [REDACTED] heeft er zijnerzijds belang bij dat hij, nu hij bij Accenture geen verdere doorgroeimogelijkheid ervaart, zijn carrière elders ongehinderd kan voortzetten. Daarbij neemt de kantonrechter in aanmerking dat hij in dienst van Deloitte partner kan worden en beduidend meer kan verdienen dan bij Accenture. Daarmee is sprake van een aanzienlijke positieverbetering. De kantonrechter oordeelt het voorshands billijk en gepast om bij de bedoelde belangafweging mede te betrekken dat [REDACTED] vanaf 15 oktober 2016 geen werkzaamheden voor Accenture meer heeft verricht. De strekking van het concurrentie- en relatiebeding is immers om te voorkomen dat hij binnen een jaar na zijn vertrek bij Accenture de in zijn functie van managing director verkregen bedrijfsinformatie en de in zijn contacten met klanten opgedane kennis, aanwendt ten nutte van een concurrent. Dat niet met de gehele periode van het onbetaald verlof rekening wordt gehouden, hangt ermee samen dat [REDACTED] begin mei 2017 nog strategische informatie van Accenture heeft gedownload. Daarmee is als het ware de bedrijfsinformatie waarover hij uit hoofde van zijn functie kan beschikken weer geactualiseerd. Niet gesteld is dat hij ook daarna nog gevoelige bedrijfsinformatie heeft gedownload. Het ligt dan ook voor de hand om de aanvang van de werkingsduur van beide bedingen te stellen op begin mei 2017. Die bedingen verliezen daarmee voorshands hun werking op 1 mei 2018. Deze uitkomst van de belangafweging strookt met het voorstel dat Accenture eerder aan [REDACTED] heeft gedaan, en wel om de bedongen werkingsduur terug te brengen (van twaalf) naar zes maanden na het einde van de arbeidsovereenkomst. Aldus zal worden beslist.

3.7. Nu partijen over en weer in het ongelijk worden gesteld, ziet de kantonrechter reden om de proceskosten te compenseren, in die zin dat partijen de eigen kosten dragen.

BESLISSING

De kantonrechter:

geeft de volgende onmiddellijke voorziening:

- I. schorst het concurrentiebeding van artikel 11 van de arbeidsovereenkomst van partijen en het relatiebeding van artikel 12 van de arbeidsovereenkomst van partijen met ingang van 1 mei 2018;
- II. compenseert de proceskosten in die zin dat elk der partijen de eigen kosten draagt;
- III. verklaart dit vonnis uitvoerbaar bij voorraad;
- IV. wijst het meer of anders gevorderde af.

Aldus gewezen door mr. C.L.J.M. de Waal, kantonrechter, en uitgesproken ter openbare terechtzitting van 2 november 2017 in tegenwoordigheid van de griffier.

Voor afschrift conform
De griffier van de Rechtbank Amsterdam