

tijd en per 19 januari 2010 voor onbepaalde tijd. In artikel 9 van deze arbeidsovereenkomst is het volgende non-concurrentiebeding opgenomen:

“Article 9. Noncompeting clause

During the employment agreement and for one (1) year after it ends, regardless of how and why the employment has ended, unless the employee has obtained the employer’s written consent in advance the employee will not be allowed to:

1. work for any person, institution, company or business which undertakes activities which compete with or are similar to those of the employer and/or the companies and/or business affiliated to the employer, in any way, directly or indirectly, paid or unpaid, or to have any interest in or in relation to them (...).”

2.2. In november 2012 en januari 2016 hebben enkele wijzigingen in de arbeidsvoorwaarden plaatsgevonden die zijn vastgelegd in addenda. Vanaf 1 januari 2016 heeft ██████████ bij Brand de functie van Business Planning en Risk Manager vervuld.

2.3. Partijen hebben op enig moment besproken dat ██████████ per 1 januari 2017 in dienst zou treden bij een interne dochtermaatschappij van Brand, namelijk Brand Loyalty Special Promotions B.V. (hierna: Brand SP). Vanaf 1 januari 2017 heeft Brand SP de loonbetaling overgenomen van Brand. ██████████ heeft geen arbeidsovereenkomst met Brand SP ondertekend.

2.4. Bij brief van 18 december 2017 gericht aan Brand SP heeft ██████████ zijn dienstverband opgezegd tegen 1 februari 2018, omdat hij per die datum is aangenomen bij Boost Collectibles B.V. (hierna: Boost).

2.5. In januari 2018 is Brand een kort geding procedure gestart om ██████████ te houden aan het non-concurrentiebeding en hem te verbieden in dienst te treden bij Boost, dan wel zijn dienstbetrekking met Boost te beëindigen. De kantonrechter heeft Brand bij kort geding vonnis van 16 februari 2018 in het ongelijk gesteld.

2.6. Op 19 februari 2018 is ██████████ bij Boost in dienst getreden.

2.7. Brand heeft hoger beroep aangetekend tegen het kort geding vonnis van 16 februari 2018. Het Gerechtshof 's-Hertogenbosch heeft op 2 oktober 2018 arrest gewezen en het vonnis van de kantonrechter bekrachtigd.

3. Het geschil in conventie en (voorwaardelijke) reconventie

3.1. Brand vordert in conventie dat de kantonrechter bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad:

1. verklaart voor recht dat ██████████ handelt in strijd met het non-concurrentiebeding als vermeld in artikel 9 van de arbeidsovereenkomst met Brand door bij Boost in dienst te treden en daarvoor werkzaam te zijn gedurende de periode van 1 (één) jaar, te rekenen vanaf 1 februari 2018;

2. ██████████ gebiedt om binnen twee dagen na betekening van dit vonnis, zijn dienstbetrekking met Boost te beëindigen onder overlegging van een schriftelijk bewijs hiervan en beëindigd te houden gedurende de looptijd van het sub I bedoelde non-concurrentiebeding, zulks op straffe van een dwangsom van € 5.000,00 althans een door de

kantonrechter in goede justitie te bepalen bedrag voor elke dag, of deel daarvan, dat deze overtreding voortduurt;

3. [REDACTED] veroordeelt tot het betalen aan Brand binnen 14 dagen na dit vonnis van de verbeurde boetes ad € 5.000,00, te vermeerderen met € 450,00 voor iedere dag, te rekenen vanaf 19 februari 2018 en zolang de overtreding voortduurt, althans een door de kantonrechter in goede justitie te bepalen bedrag, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf de dag der dagvaarding tot aan de dag der algehele voldoening;

4. [REDACTED] veroordeeld in de kosten van de procedure.

3.2. Brand legt aan haar vordering – kort weergegeven – het volgende ten grondslag: De met [REDACTED] aangegane arbeidsovereenkomst bevat in artikel 9 een non-concurrentiebeding. Op grond van dit artikel is het [REDACTED] onder meer verboden om gedurende de arbeidsovereenkomst, alsmede een periode van één jaar na beëindiging van de arbeidsovereenkomst in enigerlei vorm activiteiten gelijk of gelijksoortig aan respectievelijk concurrerend met die van Brand te verrichten of te doen verrichten. Op grond van het in artikel 11 van de arbeidsovereenkomst opgenomen boetebeding verbeurt [REDACTED] voor iedere overtreding van het non-concurrentiebeding terstond een opeisbare boete van € 5.000,00 per overtreding, alsmede € 450,00 voor iedere dag dat de overtreding voortduurt. Aan het schriftelijkheidsvereiste van het non-concurrentiebeding is voldaan. Er is geen (mondeline) arbeidsovereenkomst met Brand SP tot stand gekomen. Brand heeft begin 2017 wel een aanbod gedaan (door overhandiging van de overeenkomst met Brand SP aan [REDACTED]), maar nergens blijkt uit dat [REDACTED] het aanbod van Brand SP uitdrukkelijk heeft aanvaard. Er was juist op de essentiële onderdelen van de overeenkomst nog geen overeenstemming tussen Brand SP en [REDACTED] bereikt. [REDACTED] heeft de nieuwe arbeidsovereenkomst dus niet geaccepteerd en de arbeidsovereenkomst met Brand is – vóór december 2018 – ook nooit op rechtsgeldige wijze beëindigd. Als er al een arbeidsovereenkomst tussen [REDACTED] en Brand SP tot stand zou zijn gekomen, wat Brand betwist, dan bestaat deze overeenkomst naast de al bestaande overeenkomst met Brand. Uit het aanvaarden van een baan bij een andere werkgever kan geen ondubbelzinnige op het beëindigen van die oorspronkelijke arbeidsovereenkomst gerichte wilsverklaring worden afgeleid. Nu het non-concurrentiebeding rechtsgeldig is overeengekomen en [REDACTED] per 19 februari 2018 bij een concurrerende onderneming in dienst is getreden, overtreedt hij het non-concurrentiebeding. Brand heeft er belang bij [REDACTED] voor een jaar aan zijn non-concurrentiebeding te houden, omdat [REDACTED] vanuit zijn functie alle inzichten en toegang had tot de meest kritische toolings, documenten, formats, diverse mechanisc etc. Na een jaar zal [REDACTED] nog steeds concurrerend zijn, maar kan hij geen gebruik meer maken van de specifiek bij Brand opgedane kennis.

3.3. [REDACTED] heeft hier – kort weergegeven – het volgende tegen aangevoerd: Hij is op 1 januari 2017 een (mondeline) arbeidsovereenkomst aangegaan met Brand SP voor onbepaalde tijd. Er is voldaan aan alle in artikel 7:610 BW genoemde elementen die de essentiële voorwaarden van de arbeidsovereenkomst vormen (arbeid, loon, gedurende zekere tijd en gezagsverhouding). Ook uit de wijze waarop partijen uitvoering hebben gegeven aan hun afspraken kan dit worden afgeleid. Met de totstandkoming van de arbeidsovereenkomst tussen Brand SP en [REDACTED] op 1 januari 2017 is de arbeidsovereenkomst tussen Brand en [REDACTED] geëindigd. Dit volgt ook in afdoende mate uit de gedragingen van partijen. [REDACTED] heeft de arbeidsovereenkomst met Brand SP niet ondertekend, zodat het daarin opgenomen non-concurrentiebeding gelet op het strikte schriftelijkheidsvereiste van artikel 7:653 BW niet geldig is. Het is vaste rechtspraak

dat als een werknemer binnen een concern van werkgever wisselt, het non-concurrentiebeding opnieuw overeengekomen moet worden, tenzij sprake is van overgang van onderneming. Daar is hier geen sprake van.

Voor zover er sprake zou zijn van een geldig non-concurrentiebeding, kunnen hieraan geen rechten meer worden ontleend, nu de duur van het beding is uitgewerkt. Nu op grond van de arbeidsovereenkomst met Brand het non-concurrentiebeding op 31 december 2017 zijn gelding heeft verloren, stond het [REDACTED] vrij om in februari 2018 bij Boost in dienst te treden.

Voor zover er nog wel sprake zou zijn van een geldig non-concurrentiebeding waaraan door Brand rechten kunnen worden ontleend, is dit vernietigbaar, omdat [REDACTED] hierdoor onbillijk wordt benadeeld.

3.4. Voor het geval de vorderingen van Brand niet allemaal geheel worden afgewezen, vordert [REDACTED] in voorwaardelijke reconventie dat de kantonrechter bij vonnis, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

1. primair de werking van het non-concurrentiebeding vernietigt;
2. subsidiair de looptijd van het non-concurrentiebeding verkort tot uiterlijk 1 juni 2018, althans een door de kantonrechter in goede justitie te bepalen datum, de reeds verbeurde boetes te matigen en Brand te veroordelen om voor iedere kalendermaand na 19 februari 2018 waarin zij [REDACTED] nog niet volledig heeft vrijgesteld van alle beperkingen voortvloeiend uit het non-concurrentiebeding aan [REDACTED] een vergoeding te betalen van € 8.644,25 bruto, althans een door de kantonrechter in goede justitie te bepalen bedrag, alsmede te bepalen dat deze vergoeding steeds aan [REDACTED] dient te zijn uitbetaald binnen 30 dagen na betekening van dit vonnis, althans binnen 30 dagen na de kalendermaand waarop de vergoeding betrekking heeft;
3. in alle gevallen Brand veroordeelt in de kosten.

3.5. Op wat Brand nog als verweer tegen de vordering in reconventie heeft aangevoerd zal – voor zover van belang – bij de beoordeling nader worden ingegaan.

4. De beoordeling in conventie en reconventie

4.1. Vanwege de nauwe samenhang tussen de vorderingen in conventie en reconventie zullen deze gezamenlijk worden besproken.

4.2. Allereerst dient de vraag te worden beantwoord of tussen [REDACTED] en Brand SP een arbeidsovereenkomst tot stand is gekomen. Naar het oordeel van de kantonrechter dient deze vraag bevestigend te worden beantwoord om de hierna volgende redenen.

4.3. [REDACTED] en Brand SP waren het eens over de voorwaarden waaronder [REDACTED] bij Brand SP in dienst zou treden. Met ingang van 1 januari 2017 is door beide partijen uitvoering gegeven aan die arbeidsvoorwaarden. Het staat immers vast dat [REDACTED] per 1 januari 2017 in zijn nieuwe functie is gestart, waarbij hij een andere werkplek heeft gekregen met andere collega's en hij voortaan moest rapporteren aan de directeur van Brand SP, de heer [REDACTED]. [REDACTED] heeft gedurende een heel jaar werkzaamheden verricht voor Brand SP en Brand SP heeft hem daar iedere maand salaris voor betaald en salarisspecificaties voor verstrekt. Ook heeft [REDACTED] visitekaartjes gekregen met de naam van Brand SP erop, een creditcard op naam van Brand SP en een werkgeversverklaring waarmee zij aan derden heeft verklaard de werkgever te zijn van [REDACTED]. Andersom heeft [REDACTED] een jaar lang als werknemer van Brand SP

opgetreden. De werkzaamheden die hij nog voor Brand heeft verricht waren zeer beperkt van omvang en droegen het karakter van waarneming tot een opvolger die werkzaamheden kon overnemen. Daarmee is naar het oordeel van de kantonrechter genoegzaam komen vast te staan, dat er sprake is van aanbod en de aanvaarding daarvan. Aan alle essentialia zoals die zijn genoemd in artikel 7:610 BW is voldaan. Er is dan ook op 1 januari 2017 een arbeidsovereenkomst tussen [REDACTED] en Brand SP tot stand gekomen.

4.4. Nu [REDACTED] de hem door Brand SP aangeboden schriftelijke arbeidsovereenkomst niet heeft ondertekend, geldt er in deze rechtsverhouding geen schriftelijk vastgelegd non-concurrentiebeding. Gelet op het vereiste van artikel 7:653 lid 1 BW, dat voor de geldigheid van een non-concurrentiebeding een vereiste is dat dit beding schriftelijk is overeengekomen, kan hierop geen beroep worden gedaan.

4.5. Vervolgens dient de vraag te worden beantwoord of met de totstandkoming van de arbeidsovereenkomst tussen [REDACTED] en Brand SP zijn (oude) arbeidsovereenkomst met Brand is geëindigd. Er kunnen weliswaar twee arbeidsovereenkomsten naast elkaar bestaan, maar in het onderhavige geval dient naar het oordeel van de kantonrechter aan de omstandigheden van het geval te worden geconcludeerd dat het de bedoeling van partijen was, dat de overeenkomst met Brand zou eindigen en dat Brand SP als de opvolgend werkgever heeft te gelden. Verwezen wordt naar de omstandigheden zoals die hierboven zijn genoemd onder 3.3. Na 1 januari 2017 is door beide partijen enkel uitvoering gegeven aan de arbeidsovereenkomst met Brand SP. De kantonrechter gaat er op grond daarvan dan ook vanuit dat eveneens met wederzijds goedvinden de arbeidsovereenkomst met Brand is geëindigd. De stelling van Brand dat op grond van artikel 7:670b lid 1 BW is vereist is dat de beëindiging van de arbeidsovereenkomst schriftelijk is vastgelegd, staat hier niet aan in de weg. Het Gerechtshof 's-Hertogenbosch heeft in het arrest van 30 december 2014 (ECLI:NL:GHSHE:2014:5660) reeds eerder geoordeeld dat een arbeidsovereenkomst met wederzijdse instemming kan eindigen, ook indien dat laatste niet expliciet tussen partijen zou zijn uitgesproken. Voorts volgt uit de wetsgeschiedenis van artikel 7:670 b lid 1 BW dat het schriftelijkheidsvereiste (enkel) in het belang van de werknemer is opgenomen en daarvoor is aangesloten bij de tekst van artikel 7:653 lid 1 BW (zie Kamerstukken II 2013/14, 33818, 7, p. 56-58 en Kamerstukken II 2013/14, 33818, 8, p. 17-18). Brand kan dit vereiste dan ook niet ten nadele van [REDACTED] invoeren.

4.6. Gelet op het voorgaande heeft het non-concurrentiebeding zoals opgenomen in de overeenkomst tussen Brand en [REDACTED] vanaf 1 januari 2018 geen gelding meer en stond het [REDACTED] vrij per februari 2018 bij Boost in dienst te treden. De vorderingen van Brand zullen om die reden worden afgewezen.

4.7. De voorwaardelijk ingestelde reconventionele vordering behoeft gelet op het voorgaande geen bespreking, nu de voorwaarde waaronder deze is ingesteld niet is vervuld.

4.8. Brand zal als de in het ongelijk gestelde partij in de kosten van de conventie en reconventie worden veroordeeld.

5. De beslissing in conventie en reconventie

De kantonrechter:

In conventie:

5.1. wijst de vorderingen af;

5.2. veroordeelt Brand in de kosten van de procedure, aan de zijde van [REDACTED] tot heden begroot op € 400,00 als bijdrage in het salaris van de gemachtigde;


5.3. verklaart dit vonnis voor wat betreft de proceskostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad;

In voorwaardelijke reconventie:

5.4. verstaat dat de voorwaarde waaronder de reconventionele vordering is ingesteld niet is vervuld;

5.7. veroordeelt Brand in de kosten van de procedure, aan de zijde van [REDACTED] tot heden begroot op € 200,00 als bijdrage in het salaris van de gemachtigde;

Dit vonnis is gewezen te 's-Hertogenbosch door mr. M.H. Kobussen, kantonrechter, en in het openbaar uitgesproken op 15 november 2018



"VOOR GROSSE"
De griffier van de rechtbank Oost-Brabant



15 NOV. 2018

