

in naam van de Koning

vonnis

RECHTBANK GELDERLAND

Team kanton en handelsrecht

Zittingsplaats Arnhem

zaakgegevens 7532529 \ VV EXPL. 19-22 \ 25115 \ 40141
uitspraak van 5 april 2019

vonnis in kort geding

in de zaak van

[REDACTED]
wonende te Purmerend
eisende partij
gemachtigde Klaverblad Rechtsbijstand Stichting

tegen

[REDACTED]
gevestigd te Tiel
gedaagde partij
[REDACTED]

Partijen worden hierna [REDACTED] genoemd.

1. De procedure

Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding van 1 maart 2019 met producties en het herstelexploot van 14 maart 2019
- de aanvullende productie van 15 maart 2019 van de zijde van [REDACTED]
- de producties van 19 maart 2019 van de zijde van [REDACTED]
- de mondelinge behandeling van 22 maart 2019 mede inhoudende de pleitnotitie van de gemachtigde van [REDACTED]

2. De feiten

2.1. [REDACTED] is op 10 februari 2014 in dienst getreden bij [REDACTED] als product ontwikkelaar. [REDACTED] is een bedrijf dat het vervaardigen van functionele mixen voor de verdere voedselverwerking als kernactiviteit heeft. [REDACTED] maakt bindingen, stabilisatoren, coatings en marinades.

2.2. Partijen hebben bij de indiensttreding een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd ondertekend, die op 9 februari 2015 van rechtswege zou eindigen. In de arbeidsovereenkomst is onder meer een geheimhoudingsverplichting (artikel IX), een concurrentiebeding (artikel X), een relatiebeding (artikel XI) en een boetebeding (artikel XIII) opgenomen.

2.3. Bij brief van 6 januari 2015 heeft [REDACTED] als volgt bericht:
“Hiermee bevestigen wij je, dat wij het huidige jaar contract met 12 maanden zullen verlengen tot 9 februari 2016. Wij wensen je veel succes toe. Vertrouwende je hiermee voldoende geïnformeerd te hebben, verblijven wij.”

2.4. Op 6 januari 2016 heeft [REDACTED] aan [REDACTED] een brief met de volgende inhoud gestuurd:
“Met genoegen bevestigen wij met deze brief dat uw tijdelijke dienstverband met ingang van 10 februari 2016 omgezet is in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Alle overige bepalingen in de met u gesloten arbeidsovereenkomst blijven onverminderd van kracht. Wij wensen u veel plezier in uw functie bij ons bedrijf.”

2.5. Bij brief van 20 november 2018 heeft [REDACTED] de arbeidsovereenkomst met [REDACTED] met ingang van 1 januari 2019 opgezegd.

2.6. [REDACTED] zou per 2 januari 2019 in dienst treden bij [REDACTED] een klant van [REDACTED]. Bij brief van 30 november 2018 heeft [REDACTED] de arbeidsovereenkomst met [REDACTED] opgezegd, nadat [REDACTED] had aangekondigd rechtsmaatregelen tegen haar te treffen omdat zij van mening is dat [REDACTED] zijn relatie-en/of concurrentiebeding overtreedt als hij bij [REDACTED] in dienst zou treden.

3. De vordering en het verweer

3.1. [REDACTED] vordert, dat het de kantonrechter moge behagen bij vonnis in kort geding, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

Primair

1. [REDACTED] te bevelen zich met onmiddellijke ingang te onthouden van het verrichten van handelingen – direct of indirect – die ertoe leiden dat [REDACTED] in zijn recht op het fundamentele (grond) recht op een vrije arbeidskeuze wordt beperkt;
2. [REDACTED] te bevelen binnen acht dagen na betekening van het ten deze te wijzen vonnis een rectificatie te zenden aan [REDACTED], zonder enige toevoeging of commentaar met de door [REDACTED] genoemde tekst dan wel subsidiair een door de kantonrechter vast te stellen tekst;
3. [REDACTED] te veroordelen tot het betalen van een voorschot op de in een bodemprocedure te verwachten toe te wijzen vergoeding ex artikel 6:162 BW ter grootte van een op tijd oplopende vergoeding van 100% van het jaarinkomen ($12 \times \text{€ } 4.499,64 = \text{€ } 53.995,60$ bruto + een maandelijkse pensioenregeling conform cao Slagerspersoneel) dat [REDACTED] bij [REDACTED] had kunnen verdienen per 2 januari 2019, met een maximum van een jaarinkomen, minus eventuele andere inkomsten van [REDACTED] in die zin dat steeds een twaalfde deel verschuldigd is per einde van de maand, zolang de situatie voortduurt althans een zodanig bedrag als de kantonrechter in goede justitie zal bepalen;
4. te bepalen voor wat betreft de onder 1 en 2 uit te spreken veroordeling dat bij niet nakoming hiervan [REDACTED] een dwangsom zal verbeuren van € 1.000,00 voor iedere dag of gedeelte hiervan dat [REDACTED] in gebreke mocht blijven aan de veroordelingen te voldoen, althans een zodanig bedrag als de kantonrechter in goede justitie zal bepalen;

Subsidiair

1. het concurrentiebeding in de arbeidsovereenkomst die tussen partijen heeft bestaan met terugwerkende kracht te vernietigen of schorsen, dan wel op een datum die de kantonrechter geraden acht, met veroordeling van gedaagde tot betaling van een vergoeding ex artikel 7:653 lid 5 BW over de periode vanaf datum einde dienstverband, althans vanaf 2 januari 2019 tot het moment dat de werking van het concurrentiebeding is geschorst; dan wel te matigen zodanig dat de duur wordt gematigd naar drie maanden na einde dienstverband en/of

te matigen zodanig dat de geografische reikwijdte wordt vastgesteld, zodanig dat het voor [REDACTED] mogelijk wordt om ook bij ondernemingen en/of relaties te werken die zich bezighouden met activiteiten die liggen op het terrein van de werkzaamheden van [REDACTED] en/of met deze gelieerde ondernemingen of die aan die activiteiten op dat terrein verwant zijn, maar binnen een andere provincie gevestigd zijn dan [REDACTED], althans een zodanige voorziening te treffen als de kantonrechter geraden acht;

2. [REDACTED] te veroordelen tot het betalen van een voorschot op de in de bodemprocedure te verwachten toe te wijzen vergoeding ex artikel 7:653 lid 5 BW ter grootte van een op tijd oplopende vergoeding van 100 % van het genoemde jaarinkomen ($12 \times € 4.499,64 = € 53.995,60$ bruto - een maandelijks pensioenregeling conform cao Slagerspersoneel) dat [REDACTED] bij [REDACTED] had kunnen verdienen per 2 januari 2019, met een maximum van een jaarinkomen, minus eventuele andere inkomsten van [REDACTED] in die zin dat steeds een twaalfde deel verschuldigd is per einde van de maand, zolang de situatie voortduurt althans een zodanig bedrag als de kantonrechter in goede justitie zal bepalen; primair en subsidiair

1. [REDACTED] veroordelen in de kosten van deze procedure, een bedrag aan salaris van de gemachtigde daaronder begrepen.

3.2. Aan zijn primaire vordering legt [REDACTED] ten grondslag dat [REDACTED] het recht heeft op vrije keuze van arbeid. Dit volgt uit artikel 19 van de Grondwet en artikel 7:653 BW. Op het tweede jaarcontract is nieuw recht van toepassing. Nu aan het daarin voorziene nieuwe vereiste van een draagkrachtige motivering van de noodzaak van het relatie- en/of concurrentiebeding niet is voldaan, zijn die bedingen nietig. Bij de omzetting van het tweede jaarcontract in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd kan het relatie- en/of concurrentiebeding daarom niet zijn voortgezet en had dit opnieuw (schriftelijk) overeengekomen moeten worden. [REDACTED] meent daarom niet aan de bedingen gehouden te kunnen worden door [REDACTED].

Doordat [REDACTED] wel aan de bedingen heeft gehouden en zelfs [REDACTED] daarover verkeerd heeft geïnformeerd, heeft [REDACTED] proeftijdontslag gekregen. Deze handelwijze van [REDACTED] levert een onrechtmatige daad op. De onrechtmatige daad is toe te rekenen aan [REDACTED] omdat [REDACTED] heeft aangegeven dat het schrijven van [REDACTED] aanleiding was voor het proeftijdontslag. Het wordt [REDACTED] ten onrechte en zonder goede grond onmogelijk gemaakt om in een geheel andere functie, binnen een onderneming die op een geheel ander segment van de markt opereert aan het werk te gaan. Daardoor leidt [REDACTED] schade. Het verlies aan inkomsten en de proceskosten zijn het gevolg van de onrechtmatige daad. Aan zijn subsidiaire vordering legt [REDACTED] ten grondslag dat hij onbillijk wordt benadeeld in verhouding tot het te beschermen belang van [REDACTED] als [REDACTED] hem aan de bedingen houdt. Het belang van [REDACTED] om bij [REDACTED] in dienst te treden is gelegen in de reisafstand, de financiële vooruitgang en de doorgroeimogelijkheden. Ook zal [REDACTED] compleet andere werkzaamheden voor [REDACTED] gaan verrichten dan hij bij [REDACTED] leed. Het belang van [REDACTED] om wat in het "hart" van de onderneming gebeurt geheim te houden, weegt daar niet tegen op.

3.3. [REDACTED] voert gemotiveerd verweer.

4. De beoordeling

4.1. Het spoedeisend belang van de vordering vloeit voort uit de stellingen van [REDACTED] en de aard van de vordering. [REDACTED] heeft een e-mail van [REDACTED] van 14 maart 2019 overgelegd waaruit blijkt dat [REDACTED] [REDACTED] nog steeds in dienst wil nemen als productontwikkelaar. De uiterlijke startdatum moet wel vóór mei 2019 liggen. Daarom is het

belangrijk dat [REDACTED] voor die tijd duidelijkheid over de geldigheid van de bedingen krijgt.

4.2. Met de inwerkingtreding van de Wet werk en zekerheid (hierna: WWZ) is onder andere artikel 7:653 BW gewijzigd en wel per 1 januari 2015. Voor zover in deze zaak relevant is - naast het bestaande schriftelijkheidsvereiste - een motiveringsvereiste ingevoerd voor relatie- en concurrentiebedingen in arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd. Een dergelijk beding is volgens het gewijzigde artikel 7:653 lid 2 BW slechts rechtsgeldig indien uit de bij dat beding opgenomen schriftelijke motivering van de werkgever blijkt dat het beding noodzakelijk is vanwege zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen.

4.3. Vast staat dat dit vereiste nog niet gold ten tijde van het ondertekenen van de schriftelijke arbeidsovereenkomst op 7 februari 2014 en dat het daarin opgenomen relatie- en concurrentiebeding destijds rechtsgeldig is overeengekomen. De vraag is allereerst of [REDACTED] bij de verlenging van de arbeidsovereenkomst op 9 februari 2015, dus na de wijziging van artikel 7:653 BW, alsnog aan het motiveringsvereiste had moeten voldoen. Voor de beantwoording van die vraag moet worden beoordeeld of de oorspronkelijke arbeidsovereenkomst na ommekomst van de overeengekomen bepaalde tijd op 9 februari 2015 is gewijzigd in die zin dat enkel de duur is aangepast, dan wel dat sprake is van een nieuwe (tweede) arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Immers, ingevolge het overgangsrecht van de WWZ (artikel XXIIc) geldt het motiveringsvereiste alleen voor arbeidsovereenkomsten (voor bepaalde tijd) die ná 1 januari 2015 tot stand zijn gekomen.

4.4. De kantonrechter is voorshands van oordeel dat sprake is van een tweede arbeidsovereenkomst. Ingevolge artikel 7:667 lid 1 BW eindigen arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd immers van rechtswege. In de eerste arbeidsovereenkomst zijn partijen dat bovendien overeengekomen. Nu partijen daar niet uitdrukkelijk van zijn afgeweken, moet de onderhavige verlenging van de arbeidsovereenkomst onder dezelfde arbeidsvoorwaarden naar het oordeel van de kantonrechter worden aangemerkt als een nieuwe arbeidsovereenkomst. Dat geldt ook voor het geval de verlenging moet worden aangemerkt als een stilzwijgende voortzetting van de arbeidsovereenkomst (zie ook ECLI:NL:GHAMS:2016:3930).

4.5. Dit brengt mee dat de noodzaak van het relatie- en concurrentiebeding in de tweede arbeidsovereenkomst gemotiveerd had moeten worden. Nu vast staat dat daaraan niet is voldaan, moet worden geoordeeld dat het relatie- en concurrentiebeding niet rechtsgeldig is overeengekomen. Dat [REDACTED] niet op de hoogte was van de wijziging in de WWZ, kan [REDACTED] niet baten. Het nieuwe art. 7:653 BW was geldig vanaf 1 januari 2015 en vanaf dat moment moesten werkgevers zich aan de (nieuwe) motiveringseis houden. Dat ook [REDACTED] in de veronderstelling verkeerde dat de bedingen bleven gelden, zoals [REDACTED] stelt, maakt dat niet anders.

4.6. De vervolgvraag is dan wat dit betekent voor de verlenging van de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd per 9 februari 2016. Voor relatie- en concurrentiebedingen in dergelijke overeenkomsten geldt immers geen motiveringsvereiste.

4.7. [REDACTED] betoogt dat hoewel in de overeenkomst voor bepaalde tijd uit 2015 geen motivering voor het concurrentiebeding is overeengekomen, dat niet betekent dat in de overeenkomst uit 2016 (de overeenkomst voor onbepaalde tijd) geen rechtsgeldig concurrentiebeding is opgenomen. De kantonrechter moet, zo is het standpunt van [REDACTED] de overeenkomst uit 2016 zien als een verlenging van de eerste arbeidsovereenkomst uit 2014. De overeenkomst uit 2016 verwijst ook naar de arbeidsovereenkomst uit 2014 en niet naar die uit 2015. Dat zou blijken uit de zin: "Alle overige bepalingen in de met u gesloten

arbeidsovereenkomst blijven onverminderd van kracht." Enkel in de eerste arbeidsovereenkomst stonden "overige bepalingen" (namelijk de bedingen), dus de derde arbeidsovereenkomst grijpt terug op de eerste en niet op de tweede.

4.8. De kantonrechter volgt deze stelling van [REDACTED] niet. De opmerking van [REDACTED] bij de verlenging van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd dat alle overige bepalingen in de met [REDACTED] gesloten arbeidsovereenkomst onverminderd van kracht blijven, kan naar het oordeel van de kantonrechter redelijkerwijs niet anders worden begrepen dan dat de arbeidsovereenkomst wordt aangegaan onder dezelfde voorwaarden als de voorwaarden die op dat moment golden. De derde arbeidsovereenkomst kan dus niet teruggrijpen op de eerste arbeidsovereenkomst, omdat de eerste arbeidsovereenkomst rechtsgeldig geëindigd is en omdat er tussen die twee overeenkomsten een andere arbeidsovereenkomst tussen partijen heeft gegolden. In de door [REDACTED] aangehaalde jurisprudentie aangaande het schriftelijkheidsvereiste waaraan bij een ongewijzigde arbeidsverhouding niet opnieuw hoeft te worden voldaan, ziet de kantonrechter geen aanleiding om anders te oordelen. In het onderhavige geval is van een ongewijzigde arbeidsverhouding immers geen sprake. Integendeel. Het relatie- en concurrentiebeding zijn in de tweede arbeidsovereenkomst komen te vervallen.

4.9. Het voorgaande leidt tot de conclusie dat [REDACTED] thans niet gebonden is aan een relatie- of concurrentiebeding.

Rectificatie

4.10. De gevorderde rectificatie is door [REDACTED] tijdens de mondelinge behandeling ingetrokken. Daarop hoeft de kantonrechter in kort geding dus niet meer te beslissen.

Voorschot op schadevergoeding

4.11. [REDACTED] betwist dat sprake is van een onrechtmatige daad in de zin van art. 6:162 BW. Het enkele feit dat [REDACTED] houdt aan zijn concurrentiebeding levert niet automatisch een onrechtmatige daad op, aldus [REDACTED].

4.12. De kantonrechter oordeelt dat [REDACTED] voorshands voldoende onbetwiste feiten en omstandigheden heeft gesteld voor het aannemen van een onrechtmatige daad aan de zijde van [REDACTED]. De onrechtmatigheid zit in het feit dat [REDACTED] ten onrechte wordt belet om bij [REDACTED] in dienst te treden. Hoewel er geen rechtsgeldige bedingen zijn overeengekomen, heeft [REDACTED] contact met [REDACTED] opgenomen en aangegeven dat [REDACTED] in rechte zou betrekken als [REDACTED] in dienst zou houden/nemen. Deze handelwijze van [REDACTED] heeft ertoe geleid dat [REDACTED] nog voordat [REDACTED] op zijn eerste werkdag bij [REDACTED] had kunnen verschijnen, [REDACTED] niet meer in dienst wilde hebben/nemen. Hierdoor wordt [REDACTED] belemmerd in zijn recht op vrije arbeidskeuze. Aannemelijk is dat [REDACTED] daardoor schade heeft geleden.

4.13. De vraag die vervolgens beantwoord moet worden, is wat de verwachting is omtrent de hoogte van de schadevergoeding die in de bodemprocedure toe zal worden gewezen als ook de bodemrechter oordeelt dat de bedingen niet rechtsgeldig zijn overeengekomen. De kantonrechter verwacht dat voor de hoogte van de schadevergoeding aangeknoopt zal worden bij het salaris dat [REDACTED] verdiend zou hebben, wanneer hij bij [REDACTED] in dienst had kunnen treden.

4.14. [REDACTED] heeft onbetwist gesteld en onderbouwd dat hij bij [REDACTED] een bedrag van € 4.499,64 bruto per maand zou gaan verdienen plus een maandelijkse pensioenregeling conform cao Slagerspersoneel. Het bedrag van € 4.499,64 is samengesteld uit een basissalaris van € 4.053,34 bruto per maand, vakantietoeslag van 8% ad. € 324,70 bruto per

maand en de standaard HFI eindejaarsuitkering van het basissalaris ad. € 121,60 bruto per maand. [REDACTED] vordert maximaal een jaarsalaris, minus eventuele andere inkomsten die hij gehad heeft in die periode.

4.15. [REDACTED] heeft aangegeven dat als een voorschot op schadevergoeding wordt toegevoerd, rekening gehouden moet worden met het feit dat [REDACTED] meermaals aan [REDACTED] heeft aangegeven het eerste jaar als zelfstandig kok goed geld te kunnen verdienen. [REDACTED] heeft dus waarschijnlijk vanaf januari 2019 inkomen ontvangen of kunnen ontvangen. [REDACTED] zal hooguit enkele weken, gezien de krappe arbeidsmarkt, zonder werk hebben gezeten, waardoor zijn schade minder zal zijn dan een (jaar)salaris bij [REDACTED]. Ook wijst [REDACTED] erop dat als een (hoog) voorschot op schadevergoeding wordt toegekend, dit voorschot, als in de bodemzaak geen schadevergoeding wordt toegekend, niet met succes bij [REDACTED] kan worden teruggevorderd, gezien de impulsieve levensstijl van [REDACTED].

4.16. Voor toewijzing van een voorschot op schadevergoeding in kort geding is vereist dat eiser spoedeisend belang bij de toekenning van het geldbedrag heeft en daarnaast moet rekening gehouden worden met de vraag of het bedrag dat wordt toegekend, terugbetaald zal kunnen worden als de bodemrechter anders beslist op de vordering (restitutierisico). Zie voor deze maatstaf onder andere HR 15 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA1522.

4.17. De kantonrechter is van oordeel dat [REDACTED] een spoedeisend belang heeft bij een voorschot op schadevergoeding. Niet alleen had [REDACTED] zijn arbeidsovereenkomst bij [REDACTED] opgezegd (en dus geen recht op een uitkering en/of voortzetting van de arbeidsovereenkomst bij [REDACTED]), maar ook heeft hij door toedoen van [REDACTED] geen salaris ontvangen van [REDACTED] (op grond van de beoogde arbeidsovereenkomst). De kantonrechter is wel van oordeel dat gezien het restitutie-risico waarmee in het algemeen rekening moet worden gehouden, toekenning van een maandelijkse vergoeding tot aan een indiensttreding elders niet voor de hand ligt. De kantonrechter ziet aanleiding aan te knopen bij het bruto salaris gedurende de proeftijd die [REDACTED] met [REDACTED] overeen was gekomen. In die maand had [REDACTED] in ieder geval inkomsten kunnen verkrijgen vanuit zijn arbeidsovereenkomst bij [REDACTED].

Dwangsom

De gevorderde dwangsom van € 1.000,00 voor iedere dag of gedeelte hiervan dat [REDACTED] in gebreke mocht blijven aan de veroordeling om zich met onmiddellijke ingang te onthouden van het verrichten van handelingen - direct of indirect - die ertoe leiden dat [REDACTED] in zijn recht op het fundamentele (grond)recht op een vrije arbeidskeuze wordt beperkt, wordt niet toegewezen. De kantonrechter ziet op voorhand geen aanknopingspunten voor de stelling van [REDACTED] dat [REDACTED] aan de veroordeling geen uitvoering zal geven.

Proceskosten

[REDACTED] wordt in het ongelijk gesteld en moet daarom de proceskosten dragen.

5. De beslissing

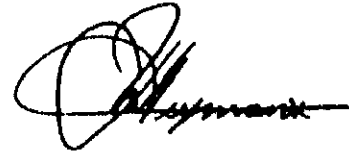
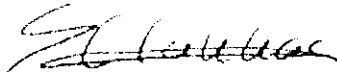
De kantonrechter

rechtdoende als voorzieningenrechter

5.1. beveelt [REDACTED] zich met onmiddellijke ingang te onthouden van het verrichten van handelingen - direct of indirect - die ertoe leiden dat [REDACTED] in zijn recht op een vrije arbeidskeuze wordt beperkt;

-
- 5.2. veroordeelt [REDACTED] tot het betalen van een voorschot op de in de bodemprocedure te verwachten toe te wijzen schadevergoeding ter grootte van € 4.500,00;
- 5.3. veroordeelt [REDACTED] in de proceskosten, tot deze uitspraak aan de kant van [REDACTED] begroot op € 104,54 aan dagvaardingskosten, € 81,00 aan griffierecht en € 720,00 aan salaris voor de gemachtigde;
- 5.4. verklaart deze veroordelingen uitvoerbaar bij voorraad;
- 5.5. wijst het meer of anders gevorderde af.

Dit vonnis is gewezen door de kantonrechter mr. M.J.P. Heijmans en in het openbaar uitgesproken op 5 april 2019.



GROSSE
Uitgegeven voor eerste grosse aan de eisende partij
De griffier van de rechtbank
Datum: 5 april 2019

