

arrest

GERECHTSHOF ARNHEM-LEEWARDEN

locatie Arnhem, afdeling civiel

zaaknummer gerechtshof 200.297.474

zaaknummer rechtbank Gelderland, zittingsplaats Nijmegen: 8633563

arrest van 28 november 2023

in de zaak van

[REDACTED]
die gevestigd is in [REDACTED]
die hoger beroep heeft ingesteld,
en bij de kantonrechter optrad als eiseres in conventie en verweerster in reconventie,
hierna: [REDACTED]
advocaat: mr. M. Bruins,

tegen

[REDACTED]
die woont in [REDACTED]
die ook hoger beroep heeft ingesteld,
en bij de kantonrechter optrad als gedaagde in conventie en eiser in reconventie,
hierna: [REDACTED]
advocaat: mr. C.L.J.A. Spiertz.

1. Het verloop van de procedure in hoger beroep

1.1. Zowel [REDACTED] als [REDACTED] hebben hoger beroep ingesteld tegen de (herstel)vonnissen die de kantonrechter in de rechtbank Gelderland, zittingsplaats Nijmegen, op 11 september 2020, 2 april 2021 en 3 juni 2021 tussen partijen heeft uitgesproken. Het procesverloop in hoger beroep blijkt uit:

- het arrest in incident van 28 december 2021
- de memorie van antwoord tevens memorie van grieven in incidenteel hoger beroep
- de memorie van antwoord in het incidenteel hoger beroep
- de op 27 februari 2023 nagezonden vier producties van [REDACTED]
- het proces-verbaal van de zitting van 7 maart 2023
- de akte van [REDACTED]
- de antwoordakte van [REDACTED]

Hierna hebben partijen het hof gevraagd arrest te wijzen.

2. De kern van de zaak

2.1. [REDACTED] heeft als (psychosomatisch) fysiotherapeut bij [REDACTED] gewerkt op

basis van een arbeidsovereenkomst. Na het einde daarvan heeft [REDACTED] in zijn eigen praktijk in [REDACTED] patiënten behandeld die hij voorheen bij [REDACTED] heeft behandeld. [REDACTED] meent dat [REDACTED] hierdoor het relatiebeding in de arbeidsovereenkomst overtreedt en wil dat [REDACTED] de daardoor verbeurde boetes betaalt. [REDACTED] vindt dat het relatiebeding nietig of vernietigbaar is, althans dat de boetes moeten worden gematigd.

2.2. [REDACTED] heeft bij de kantonrechter onder meer gevorderd de afgifte door [REDACTED] van een lijst met namen van patiënten die hij heeft behandeld na het einde van zijn dienstverband, een verbod voor [REDACTED] tot overtreding van het relatiebeding op straffe van een dwangsom en de betaling door [REDACTED] van boetes in verband met overtreding van dat beding, buitengerechtelijke kosten en proceskosten. Dit is de procedure in conventie. [REDACTED] heeft bij de kantonrechter gevorderd dat voor recht wordt verklaard dat het concurrentie- en relatiebeding in de arbeidsovereenkomst nietig is, dat het hem vrij staat om in [REDACTED] alle patiënten te behandelen die zich bij hem melden en dat [REDACTED] schadeplichtig is voor door hem gederfde inkomsten waarbij die schade nader moet worden bepaald (schadestaat). Voorwaardelijk en subsidiair, namelijk voor het geval de bedingen onverkort in stand blijven, vordert [REDACTED] dat aan hem een vergoeding wordt toegekend vanwege de onbillijke beperking door die bedingen, dit alles met de veroordeling van [REDACTED] in de proceskosten. Dit is de procedure in (voorwaardelijke) reconventie.

2.3. De kantonrechter heeft de vorderingen van [REDACTED] voor een deel toegewezen. Ook de vorderingen van [REDACTED] zijn voor een deel toegewezen. De bedoeling van het hoger beroep van [REDACTED] is dat [REDACTED] wegens overtreding van het relatiebeding een boete van € 150.000,- en de proceskosten betaalt. De bedoeling van het hoger beroep van [REDACTED] is dat bepaald wordt dat het relatiebeding nietig is en dat de boete wordt gematigd tot (maximaal) € 80,- per overtreding.

2.4. Het hof heeft in een arrest in incident van 28 december 2021 beslist dat [REDACTED] niet een lijst van alle patiënten die hij sinds zijn vertrek bij [REDACTED] tot en met heden heeft behandeld in het geding hoeft te brengen, zoals [REDACTED] op grond van artikel 843a Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering had gevorderd.

3. Het oordeel van het hof

Beslissing van het hof

3.1. Het hof oordeelt in dit arrest dat [REDACTED] ontvankelijk is in haar vordering in hoger beroep, verder zal het hof de vonnissen van de kantonrechter deels bekrachtigen en deels vernietigen en de proceskosten in beide instanties compenseren. Voor de leesbaarheid van dit arrest gaat het hof eerst in op de achtergrond van de zaak. Daarna gaat het hof in op de omvang van het hoger beroep en legt het de beslissing uit, waarbij het begint met de ontvankelijkheid van [REDACTED].

De achtergrond van de zaak

3.2. [REDACTED] is een vennootschap onder firma (vof) die zich heeft gespecialiseerd in fysiotherapie. De vennoten zijn [REDACTED]. Tot 1 januari 2020 was de naam van deze vof [REDACTED]. Eén van de handelsnamen van de vof is [REDACTED].

3.3. [REDACTED] en [REDACTED] hebben in 2017 gesproken over de mogelijkheid dat [REDACTED] bedrijfsleider zou worden en/of zich (op termijn) zou inkopen in een door [REDACTED] te vestigen fysiotherapiepraktijk in [REDACTED]. Die vestiging is op het allerlaatste moment niet doorgegaan. [REDACTED] had toen al zijn arbeidsovereenkomst bij een werkgever in [REDACTED] opgezegd en was gebonden aan een daarin opgenomen concurrentiebeding dat hem twee jaar lang belette om in [REDACTED] werkzaam te zijn als (psychosomatisch) fysiotherapeut.

3.4. Partijen zijn toen in overleg gegaan en [REDACTED] is voor onbepaalde tijd in dienst getreden bij [REDACTED] in [REDACTED]. [REDACTED] heeft daartoe op 30 december 2017 een geprinte versie van de definitieve arbeidsovereenkomst aan [REDACTED] overhandigd. [REDACTED] heeft de arbeidsovereenkomst vervolgens ondertekend op de dag waarop hij aan het werk is gegaan. Dat was op 2 januari 2018. De inhoud van de ondertekende versie van de arbeidsovereenkomst is gelijk aan de op 30 december 2017 aan [REDACTED] verstrekte print van de arbeidsovereenkomst.

3.5. In artikel 11 van de arbeidsovereenkomst is een concurrentie- en relatiebeding opgenomen en in artikel 14 is op overtreding van deze bedingen een boete van € 25.000,- gesteld voor elke overtreding, vermeerderd met € 500,- voor elke dag dat de overtreding voortduurt.

Artikel 11 luidt:

*"(...) **Artikel 11***

Concurrentiebeding

*11.1 Behoudens voorafgaande schriftelijke toestemming van werkgever, is het werknemer, zowel tijdens de looptijd van de arbeidsovereenkomst als voor de duur van twee jaar na beëindiging ervan, in welke vorm of hoedanigheid dan ook, niet toegestaan binnen de gemeente waar werkgever is of zal zijn gevestigd (het "**Territorium**"), direct of indirect, voor zichzelf of voor anderen, tegen vergoeding of om niet, in loondienst of als zelfstandige, werkzaam te zijn, of anderszins werkzaamheden of diensten te verrichten, als fysiotherapeut of een door het KNGF erkend gespecialiseerd fysiotherapeut.*

11.2 Behoudens voorafgaande schriftelijke toestemming van werkgever, is het werknemer, gedurende een periode van twee jaar na het einde van de arbeidsovereenkomst, in welke vorm of hoedanigheid dan ook, niet toegestaan, direct of indirect, voor zichzelf of voor anderen, tegen vergoeding of om niet, in enigerlei vorm zaken te doen met, of zakelijke contacten in welke zin dan ook te onderhouden met patiënten, die werknemer in de praktijk van werkgever heeft behandeld in de periode van zes maanden voorafgaand aan de beëindiging van de arbeidsovereenkomst.

11.3 Werkgever zal de in lid 1 en 2 genoemde schriftelijke toestemming niet op onredelijke gronden onthouden. De enkele vrees dat werknemer de in lid 1 en 2 genoemde verplichtingen niet zal nakomen, zal geen grond vormen om toestemming aan werknemer te onthouden. (...)"

3.6. Exact dezelfde formulering van het in artikel 11.2 opgenomen relatiebeding is ook opgenomen in een concept versie van de arbeidsovereenkomst van 29 oktober 2017. Daarin was wel een ander concurrentiebeding in artikel 11.1 opgenomen dat luidde:

"(...) 11.1 Behoudens voorafgaande schriftelijke toestemming van werkgever, is het werknemer, zowel tijdens de looptijd van de arbeidsovereenkomst als voor de duur van twee jaar na beëindiging ervan, in welke vorm of hoedanigheid dan ook, niet toegestaan in een straal van 10 kilometer gemeten vanaf de adressen waar werkgever is of zal zijn gevestigd

(het "Territorium"), direct of indirect, voor zichzelf of voor anderen, tegen vergoeding of om niet, in loondienst of als zelfstandige, werkzaam te zijn, of anderszins werkzaamheden of diensten te verrichten, als fysiotherapeut of een door het KNGF erkend gespecialiseerd fysiotherapeut. Uitzondering op bovenstaande wordt gemaakt voor het dorp [REDACTED] (...)"

3.7. De uitzondering voor het dorp [REDACTED] in het in 3.6. genoemde concurrentiebeding is in dit concept opgenomen op verzoek van [REDACTED]. In een e-mail van 11 oktober 2017 met als onderwerp 'Contract' heeft hij hierover aan [REDACTED] bericht: "(...) Hierbij de punten waar ik nog even samen met je naar wil kijken. Wat voor mij in het hele verhaal belangrijk is (...) wil ik er financieel niet op achteruit gaan. Vandaar dat ik samen met mijn financiële raadgever even alles secuur ben doorgegaan. (...)"

Artikel 11

Graag benoemen dat in het territorium een uitzondering wordt gemaakt voor [REDACTED] (hemelsbreed via Maps 7 km)

Verder geen gekke dingen, contract is duidelijk en helder. (...)"

3.8. [REDACTED] heeft een studie Dry Needling mogen volgen op kosten van [REDACTED] waarbij een terugbetalingsverplichting voor [REDACTED] bestond als hij binnen 48 maanden weer zou vertrekken bij [REDACTED]

3.9. Op 14 augustus 2019 heeft [REDACTED] zich laten inschrijven in het register van de Kamer van Koophandel (hierna KvK).

3.10. Op 22 oktober 2019 heeft [REDACTED] de arbeidsovereenkomst met [REDACTED] opgezegd tegen 1 december 2019.

3.11. Met ingang van 1 januari 2020 is [REDACTED] zijn eigen fysiotherapiepraktijk gestart in [REDACTED]. Hij heeft vanaf die datum patiënten behandeld die hij eerder bij [REDACTED] heeft behandeld.

3.12. Op 1 december 2021 is de looptijd van het relatiebeding verstreken.

3.13. Uit een besluit van de Nederlandse Zorgautoriteit (NZA) met ondertekeningsdatum 25 juli 2022 en publicatiedatum 10 februari 2023 volgt dat de NZA goedkeuring heeft verleend aan het in dat besluit omschreven voornemen: de overname van de activa en passiva van [REDACTED] door [REDACTED] gevolgd door de overname van alle aandelen in [REDACTED] door [REDACTED]. Dit voornemen is volgens het besluit vastgelegd in door partijen ondertekende koopovereenkomsten van 10 juni 2022.

Volgens het besluit zijn de bij de aanvraag tot goedkeuring betrokken partijen [REDACTED] (hierna [REDACTED]), waarvan [REDACTED] een dochteronderneming is, [REDACTED] en [REDACTED]

3.14. Uit een uittreksel van de KvK van 27 februari 2023 volgt dat [REDACTED] op 2 januari 2023 is uitgeschreven uit het handelsregister. In het uittreksel wordt vermeld dat op die datum is geregistreerd dat de onderneming is opgeheven met ingang van 31-12-2022.

3.15. Uit een uittreksel van de KvK van 27 februari 2023 volgt dat per 18 augustus 2022 [REDACTED] als enig aandeelhouder en [REDACTED] als enig bestuurder van [REDACTED] is geregistreerd.

De omvang van het hoger beroep

3.16. Het hof stelt vast dat het hoger beroep alleen nog betrekking heeft op het oordeel van de kantonrechter over het relatiebeding (zie de bezwaren ('grieven') 1 tot en met 4 van [REDACTED] en 1 van [REDACTED]), de boete wegens overtreding van dat beding (zie de bezwaren 5 van [REDACTED] en 2 van [REDACTED] en de compensatie van proceskosten (zie bezwaar 6 van [REDACTED]). Bij de kantonrechter waren ook de onderwerpen overtreding van een geheimhoudingsbeding en een vordering van [REDACTED] tot betaling van een vergoeding op grond van artikel 7:653 lid 5 BW aan de orde, maar tegen de beslissingen van de kantonrechter daarover hebben partijen geen bezwaren geformuleerd in hoger beroep. Het hof zal daarom niet kunnen oordelen over die onderwerpen. Over de door [REDACTED] ook in hoger beroep gevorderde overlegging door [REDACTED] van een lijst met namen van patiënten die hij heeft behandeld in zijn praktijk heeft het hof al beslist (zie overweging 2.4.).

Toelichting op de beslissing van het hof

Ontvankelijkheid [REDACTED]

3.17. De vraag die voorligt is of [REDACTED] nog belang heeft bij haar vordering en ontvankelijk is nu haar activa en passiva zijn verkocht aan [REDACTED].

3.18. Omdat de activa/passiva transactie een nieuwe omstandigheid is die zich heeft voorgedaan nadat de laatste memorie (van antwoord in incidenteel appel) genomen was, aanvaardt het hof een uitzondering op de in beginsel strakke twee-conclusie-regel.¹ Op de zitting bij het hof is het belang van [REDACTED] bij haar vordering besproken. Volgens [REDACTED] is de onderliggende vennootschap beëindigd na de activa/passiva transactie en is [REDACTED] uitgeschreven uit het handelsregister van de KvK. [REDACTED] erkent de uitschrijving uit het handelsregister maar stelt dat de vordering van [REDACTED] op [REDACTED] nadrukkelijk is uitgezonderd van de activa/passiva transactie. Na de zitting heeft [REDACTED] dit punt toegelicht in een akte en ter onderbouwing nadere producties overgelegd. [REDACTED] heeft gereageerd in een antwoordakte. Die akte laat het hof buiten beschouwing voor zover de inhoud daarvan geen reactie is op de door [REDACTED] toegelichte activa/passiva transactie.

3.19. Volgens [REDACTED] heeft [REDACTED] de activa en passiva van [REDACTED] overgenomen per 18 augustus 2022. Ter onderbouwing heeft zij een grotendeels zwart gemaakt vel papier als productie overgelegd waarin wordt vermeld:

"(...) Ten aanzien van [REDACTED] nemen wij de volgende activa en passiva over:

1. Goodwill (betaalde goodwill, patiëntenbestand, leveranciersbestand, handelsnaam, orderportefeuille, website, domeinnaam, emailadressen, vergunningen, registraties, knowhow, etc.).
2. Materiële vaste activa die (...) gerelateerd zijn aan de Onderneming zoals op de activastaat van de jaarrekening is opgenomen. Verkoper levert een definitieve lijst aan van deze activa.
3. Passiva: werknemers (...)"

Hieruit kan het hof niet afleiden wie met 'wij' en 'de Onderneming' worden bedoeld. Of er een relatie is tussen [REDACTED] en [REDACTED] en of het om de activa/passiva van [REDACTED] gaat blijkt niet uit deze productie.

3.20. [REDACTED] heeft geen andere – voor het hof als zodanig kenbare – (schriftelijke) overeenkomst tussen [REDACTED] en (de vennoten van) [REDACTED] overgelegd waaruit volgt dat een vordering van [REDACTED] op haar voormalig werknemer [REDACTED] nadrukkelijk is uitgesloten van de activa/passiva transactie. Wel heeft [REDACTED] een gezamenlijke verklaring namens haarzelf, [REDACTED] en [REDACTED] overgelegd. In die verklaring wordt gerept over een als bijlage bijgevoegde intentieverklaring waarin benoemd is welke activa/passiva overgenomen zouden worden, maar die intentieverklaring is door [REDACTED] niet overgelegd in de procedure. Dat expliciet besproken is dat het nog lopende geschil tussen [REDACTED] en [REDACTED] niet tot de activa/passiva transactie zou behoren en zou achterblijven in [REDACTED] zoals in de gezamenlijke verklaring wordt vermeld, kan het hof dan ook niet nagaan.

3.21. [REDACTED] heeft verder als productie 34 delen uit een 'Koopovereenkomst' betreffende de activa en passiva van [REDACTED] van 9 juni 2022 overgelegd (hierna de Koopovereenkomst). Daarin worden [REDACTED] en [REDACTED] gezamenlijk (al dan niet handelend onder de naam [REDACTED] als verkopers en [REDACTED] als koper aangeduid. In de Koopovereenkomst is een vrijwaringsclausule opgenomen waarvan niet de volledige tekst is overgelegd in de procedure. Slechts wordt weergegeven: *'Verkopers vrijwaren koper voor alle kosten, Schade en overige uitgaven die voortvloeien uit en/of verband houden met het geschil tussen een oud-werknemer van de Onderneming (te weten [REDACTED] in verband met een inbreuk op het'.* Uit de overige tekst van de Koopovereenkomst zoals die is overgelegd volgt dat met 'Onderneming' de door [REDACTED] geëxploiteerde fysiotherapiepraktijk [REDACTED] is bedoeld. Het hof kan uit het overgelegde deel van de vrijwaringsclausule alleen afleiden dat het kennelijk de bedoeling is geweest om [REDACTED] te vrijwaren van kosten in verband met een geschil met [REDACTED] over een inbreuk, maar niet dat de door [REDACTED] gestelde vordering op [REDACTED] expliciet is uitgezonderd van de activa/passiva transactie. Over welke inbreuk dit gaat blijkt er ook niet uit.

3.22. Het hof stelt verder vast dat de vof [REDACTED] wel is uitgeschreven uit het handelsregister (zie 3.14.), dat [REDACTED] erkent dat de vof [REDACTED] de fysiotherapiepraktijk heeft gestaakt en dat in deze procedure niet gebleken is dat de vof [REDACTED] is ontbonden en vereffend.

3.23. Of de activa/passiva transactie waarvan [REDACTED] incomplete stukken heeft overgelegd nu wel of niet betrekking heeft op [REDACTED] kan in het midden blijven. Want anders dan door [REDACTED] aangevoerd is door de eventuele activa/passiva transactie jegens [REDACTED] geen sprake van een overgang van onderneming. Een concurrentie- en relatiebeding in een arbeidsovereenkomst is naar aard en strekking bestemd om duidelijkheid te bieden over de relatie tussen werkgever en werknemer nadat de arbeidsovereenkomst is geëindigd (post-contractueel). Het relatiebeding werkt daarom na als uitvloeisel van de arbeidsovereenkomst. Dat neemt echter niet weg dat voor het invoeren van de gevolgen van overgang van onderneming volgens artikel 7:663 BW vereist is dat [REDACTED] ten tijde van de overgang daadwerkelijk in dienst is van ('werkzaam is bij') de vervreemdende werkgever, in dit geval dus [REDACTED]. Dat is niet het geval want de arbeidsovereenkomst is geëindigd per 1 december 2019 en de voorgenomen transactie is door de NZA goedgekeurd in een besluit van 25 juli 2022. Bovendien is de looptijd van het relatiebeding verstreken op 1 december 2021. Beide data zijn gelegen vóór de uitvoering van de activa/passiva transactie. De arbeidsovereenkomst zoals die heeft bestaan tussen [REDACTED] en [REDACTED] valt dus niet onder het regime van overgang van onderneming en kan niet leiden tot de door [REDACTED] voorgestane conclusie dat [REDACTED] geen vorderingsrecht meer heeft

wegens een vermeende schending van het relatiebeding door [REDACTED]

3.24. Wat in dit geding in hoger beroep dan resteert van het geschil is een door de vof [REDACTED] gestelde geldelijke vordering wegens vermeende overtredingen van het relatiebeding in de arbeidsovereenkomst in een periode gelegen vóór de activa en passiva transactie. Weliswaar is niet gebleken dat de gestelde vordering op [REDACTED] uit hoofde van overtreding van het relatiebeding nadrukkelijk is uitgesloten van deze transactie, maar ook is niet gebleken dat die vordering als onderdeel van activa of passiva is overgegaan op [REDACTED] en/of [REDACTED].

3.25. Partijen procederen in rechte over de vordering vanaf 17 juli 2020. Dat de vof [REDACTED] is gestaakt en uitgeschreven uit het handelsregister betekent op zichzelf niet dat zij geen partij meer kan zijn in de procedure. Niet is gebleken dat de vof [REDACTED] is ontbonden en vereffend. Maar zelfs als er vanuit gegaan moet worden dat de vof [REDACTED] wel is ontbonden, betekent dat nog niet het einde van de vof. Een vof blijft voortbestaan voor zover dit voor de vereffening van het vennootschappelijke vermogen nodig is. Indien een vof eenmaal in het vereffeningproces is geraakt, blijft deze tot de afwikkeling hiervan voortbestaan. De vof kan daarom als zodanig in rechte blijven optreden.

3.26. De tussenconclusie is dat [REDACTED] naar het oordeel van het hof een belang heeft bij de vordering en ontvankelijk is in haar vordering in hoger beroep.

Rechtsgeldigheid van het relatiebeding

3.27. De meest verstrekkende grief betreft het bezwaar van [REDACTED] waarin hij stelt dat de kantonrechter ten onrechte het relatiebeding niet volledig heeft vernietigd. Uit de toelichting op de grief maakt het hof op dat [REDACTED] stelt dat over het relatiebeding nooit overeenstemming is bereikt. Het hof vat dit op als een beroep op het ontbreken van wederzijdse wilsovereenstemming over het relatiebeding. Daarnaast stelt [REDACTED] dat het relatiebeding onder valse voorwendselen in de arbeidsovereenkomst terecht is gekomen. Naar het hof begrijpt doet [REDACTED] een beroep op één van de wilsgebreken en handhaaft [REDACTED] op dat punt zijn stellingen uit eerste aanleg dat sprake is van dwaling, bedrog dan wel misbruik van omstandigheden. In hoger beroep heeft [REDACTED] dit niet uitgewerkt maar volstaan met een algemene verwijzing naar de eerste aanleg.

- Wilsovereenstemming

3.28. Het hof neemt over en maakt tot zijn oordeel wat de kantonrechter in overweging 4.5. van het bestreden vonnis van 2 april 2021 heeft overwogen over de wederzijdse wilsovereenstemming. Voor de leesbaarheid van dit arrest herhaalt het hof hierna die overweging:

"(...) 4.5. Gelet op hetgeen [REDACTED] heeft aangevoerd, met name de omstandigheden dat partijen een contract voor onbepaalde tijd zijn aangegaan en een studiebeding zijn overeengekomen waarbij een terugbetalingsverplichting gold voor [REDACTED] als hij binnen vier jaar zou vertrekken bij [REDACTED] is onvoldoende aannemelijk geworden dat [REDACTED] reeds vóór de indiensttreding van [REDACTED] op de hoogte was van de bedoeling van [REDACTED] om slechts voor twee jaar bij haar werkzaam te zijn. Uit de door [REDACTED] overgelegde verklaringen van huisartsen, andere (para)medici en patiënten blijkt weliswaar dat hij dit voornemen tegenover deze personen kenbaar heeft gemaakt, maar daaruit kan niet worden afgeleid dat deze bedoeling voor [REDACTED] ook duidelijk was. Naar het oordeel van de kantonrechter

kan [REDACTED] zich in dit geval met succes beroepen op het bepaalde in artikel 3:35 BW. Gelet op de omstandigheden dat [REDACTED] zich niet specifiek heeft uitgelaten over een door hem gewenste wijziging van het relatiebeding (een uitzondering voor de patiënten die hij eerder in [REDACTED] had behandeld), maar alleen over het 'territorium' in het concurrentiebeding in artikel 11.1, en dat hij de gewijzigde arbeidsovereenkomst vervolgens heeft ondertekend, heeft [REDACTED] er redelijkerwijze op mogen vertrouwen dat [REDACTED] akkoord ging met de arbeidsvoorwaarden en dus ook met het in de overeenkomst opgenomen relatiebeding. [REDACTED] kan zich daarom niet met succes beroepen op het ontbreken van zijn wil. (...)"

Het hof voegt daar nog het volgende aan toe, deels als omstandigheden die zijn gebleken in hoger beroep en dit oordeel nog verder ondersteunen, deels ter verduidelijking van het vonnis.

3.29. [REDACTED] heeft zich ten tijde van de onderhandelingen over het aangaan van een arbeidsovereenkomst niet specifiek uitgelaten over een door hem gewenste wijziging van het relatiebeding maar alleen over de in de mail van 11 oktober 2017 (zie 3.7.) door hem genoemde gewenste wijziging van het territorium in artikel 11.1 van dat concurrentiebeding. [REDACTED] heeft vervolgens de versie van de arbeidsovereenkomst waarin het concurrentiebeding was gewijzigd en het relatiebeding ongewijzigd was opgenomen ondertekend. Dat [REDACTED] naar zijn zeggen geen acht heeft geslagen op het ongewijzigde relatiebeding en de versie van de arbeidsovereenkomst van 2 januari 2018 ongezien heeft getekend moet voor zijn rekening blijven, nu vaststaat dat hij wel gelegenheid heeft gehad om dit te bestuderen. Het relatiebeding kwam al in de versie van 29 oktober 2017 voor en [REDACTED] heeft dit tussen 30 december 2017 en het moment van ondertekening op 2 januari 2018 kunnen vaststellen. Als zijn wil had ontbroken om dit relatiebeding in de geformuleerde zin aan te gaan, had het op zijn weg gelegen om dit uitdrukkelijk kenbaar te maken, net zoals hij op 11 oktober 2017 heeft gedaan ten aanzien van het in de alinea vóór het relatiebeding opgenomen concurrentiebeding.

3.30. Uit het feit dat [REDACTED] wel een aanpassingsvoorstel voor het concurrentiebeding heeft gedaan maar niet zo'n voorstel heeft gedaan voor het relatiebeding kan niet worden afgeleid dat het zijn bedoeling was om het zo te regelen dat het hem na afloop van het dienstverband bij [REDACTED] niet alleen vrij zou staan om zich in [REDACTED] te vestigen, maar ook dat het hem vrij zou staan om de patiënten te behandelen die hij bij [REDACTED] heeft behandeld, waaronder de patiënten die hij vóór aanvang van zijn dienstverband bij [REDACTED] bij een vorige werkgever heeft behandeld en die hem naar [REDACTED] zijn gevolgd (hierna de [REDACTED] patiënten). Laat staan dat die bedoeling voor [REDACTED] kenbaar is geweest of moet zijn geweest. Dat legt het hof hierna uit en op het onderscheid tussen [REDACTED] patiënten en patiënten die [REDACTED] voor het eerst bij [REDACTED] heeft behandeld komt het hof later in dit arrest terug onder het kopje 'De reikwijdte van het relatiebeding'.

3.31. [REDACTED] had bij zijn vorige werkgever in [REDACTED] een concurrentiebeding. Omdat [REDACTED] niet wilde handelen in strijd met dat concurrentiebeding is hij in dienst getreden bij [REDACTED]. [REDACTED] moet zich dus zeer bewust zijn geweest van de strekking en beperkingen van een concurrentiebeding. Dit blijkt ook wel uit zijn voorgestelde aanpassing van het concept concurrentiebeding. De strekking van het uiteindelijk in de ondertekende versie van de arbeidsovereenkomst opgenomen concurrentiebeding komt erop neer dat het [REDACTED] vrij staat om zich als fysiotherapeut te vestigen in [REDACTED] omdat [REDACTED] daar geen vestiging heeft. Dit is dus conform de in de e-mail van 11 oktober 2017 door [REDACTED] geformuleerde wens, hoewel iets anders geformuleerd dan in die e-mail

voorgesteld.

3.32. Dat het [REDACTED] op grond van het concurrentiebeding in zijn arbeidsovereenkomst met [REDACTED] vrij staat om zich te vestigen in [REDACTED] na afloop van het dienstverband betekent echter nog niet dat het [REDACTED] daarmee ook vrij staat om patiënten te behandelen die hij bij [REDACTED] heeft behandeld. Daarop ziet nu juist het relatiebeding. [REDACTED] had zich dat dienen te realiseren. Immers, ter zitting bij het hof is gebleken dat in ieder geval [REDACTED] zelf ten tijde van het aangaan van de arbeidsovereenkomst de verwachting heeft gehad dat patiënten die hij bij zijn vorige werkgever heeft behandeld hem zouden volgen naar [REDACTED]. Juist die verwachting, ongeacht of dit om een enkele patiënt gaat of om vele patiënten, brengt met zich dat [REDACTED] zich had dienen te realiseren dat het hem gelet op het voorgestelde relatiebeding niet zonder meer vrij stond om die patiënten die hem zouden volgen te behandelen als hij – zoals hij naar eigen zeggen altijd als bedoeling heeft gehad – na afloop van het concurrentiebeding met zijn vorige werkgever zich in [REDACTED] zou vestigen. [REDACTED] had hierover het gesprek met [REDACTED] kunnen en moeten aangaan ten tijde van de totstandkoming van de arbeidsovereenkomst, net zoals hij dat heeft gedaan met betrekking tot het concurrentiebeding, maar dat heeft hij niet gedaan.

3.33. Op de zitting bij het hof is uitdrukkelijk aan [REDACTED] gevraagd het moment te benoemen waarop het naar zijn waarneming voor [REDACTED] of [REDACTED] van [REDACTED] duidelijk moet zijn geweest dat het voornemen van [REDACTED] was om slechts voor twee jaar bij [REDACTED] te blijven werken maar op die vraag kon [REDACTED] geen antwoord geven. Dat [REDACTED] en [REDACTED] uitdrukkelijk over dit voornemen van [REDACTED] hebben gesproken of dat er andere omstandigheden zijn waaruit [REDACTED] dit voornemen heeft kunnen afleiden is niet gebleken. Hetgeen namens [REDACTED] hiervoor is aangevoerd overtuigt het hof niet en is ook tegenstrijdig aan de omstandigheden zoals die blijken uit de eerste zin van de aangehaalde overweging 4.5. van de kantonrechter.

3.34. In al deze omstandigheden heeft [REDACTED] er redelijkerwijze op mogen vertrouwen dat [REDACTED] akkoord ging met het in de arbeidsovereenkomst opgenomen relatiebeding. [REDACTED] kan zich daarom niet met succes beroepen op het ontbreken van zijn wil. Dit wordt ook niet anders door de omstandigheid dat [REDACTED] de definitieve versie van de arbeidsovereenkomst 'blind' heeft getekend. Zoals hiervoor overwogen komt dat voor zijn eigen rekening.

- Wilsgebreken

3.35. Voor zover [REDACTED] bedoeld heeft zich ook in hoger beroep te beroepen op één van de wilsgebreken bedrog, dwaling of misbruik van omstandigheden bij de totstandkoming van het relatiebeding volstaat het hof met verwijzing naar wat de kantonrechter daarover heeft overwogen in overwegingen 4.6. tot en met 4.9. van het vonnis van 2 april 2021. Samengevat heeft de kantonrechter overwogen dat de tekst van het relatiebeding al in de versie van 29 oktober 2017 voorkwam en niet is gewijzigd zodat bedrog van [REDACTED] niet is gebleken. Evenmin is sprake van dwaling omdat niet is gebleken van een mededeling van [REDACTED] waardoor [REDACTED] heeft kunnen dwalen, dat [REDACTED] geen (mededelings)plicht had om [REDACTED] erop te wijzen dat het relatiebeding ook gold voor de [REDACTED] patiënten en gelet op de omstandigheden geen sprake was van wederzijdse dwaling, aldus nog steeds de kantonrechter. Ook oordeelt de kantonrechter dat geen sprake is van misbruik van omstandigheden omdat [REDACTED] de tijd heeft gehad om de door hem ondertekende arbeidsovereenkomst in alle rust te bestuderen en geen andere feiten of

omstandigheden zijn gesteld waaruit misbruik blijkt.

heeft de door hem gestelde wilsgebreken in hoger beroep niet nader concreet uitgewerkt. Met name heeft niet uitgelegd waarom in zijn ogen de overwegingen van de kantonrechter over die afzonderlijke wilsgebreken onjuist zijn. Het hof maakt de genoemde overwegingen in het vonnis tot de zijne en stelt vast dat geen van deze wilsgebreken is gebleken.

3.36. De tussenconclusie is dat het relatiebeding rechtsgeldig tot stand is gekomen.

De reikwijdte van het relatiebeding

3.37. De vraag is vervolgens of alle patiënten die in de zes maanden voor het einde van zijn arbeidsovereenkomst bij heeft behandeld onder het relatiebeding vallen. In overweging 4.12. van het vonnis van 2 april 2021 is onder toepassing van het Haviltexcriterium overwogen dat beide partijen er kennelijk geen rekening mee hebben gehouden dat er zoveel patiënten vanuit naar zouden komen om daar hun behandeling door voort te kunnen zetten. Vervolgens wordt geconcludeerd dat sprake is van een leemte in de arbeidsovereenkomst die de kantonrechter op grond van artikel 6:248 lid 1 BW kan invullen met behulp van de wet, gewoonte of de eisen van redelijkheid en billijkheid.

3.38. komt naar het oordeel van het hof succesvol op tegen deze overweging. Het door de kantonrechter toegepaste Haviltexcriterium acht het hof juist. Dat criterium houdt in dat bij de uitleg van een schriftelijk contract telkens van beslissende betekenis zijn alle omstandigheden van het concrete geval, gewaardeerd naar hetgeen de maatstaven van redelijkheid en billijkheid meebrengen. In de maatstaf van het Haviltex-arrest ligt besloten dat de mate waarin gewicht wordt toegekend aan de taalkundige betekenis van de bepalingen van een contract respectievelijk aan de betekenis die partijen zelf aan de bewoordingen (mogen) toekennen, afhangt van de omstandigheden van het geval.

3.39. Het hof stelt allereerst vast dat de taalkundige betekenis van het relatiebeding duidelijk is. mag na het einde van de arbeidsovereenkomst geen patiënten behandelen die hij in de zes maanden daarvoor in de praktijk van heeft behandeld. Naar het hof begrijpt voert aan dat dit in ieder geval niet geldt voor de patiënten. Het hof leest het onderscheid tussen patiënten en andere patiënten niet in het relatiebeding.

3.40. stelt dat het altijd zijn bedoeling is geweest om na het uitdienen van zijn concurrentiebeding in de arbeidsovereenkomst met zijn vorige werkgever (met een duur van twee jaar) een eigen praktijk in te starten en dat het relatiebeding in de arbeidsovereenkomst met in die context moet worden gelezen. Het was de bedoeling dat het na twee jaar vrij stond om in (ook) de patiënten te kunnen behandelen, aldus . Dat deze bedoeling van ook voor kenbaar is geweest is het hof echter niet gebleken. Verwezen wordt naar wat hiervoor is overwogen in dit arrest onder het kopje 'Rechtsgeldigheid van het relatiebeding'. Verder stelt het hof vast dat in zijn schriftelijke verklaring die hij in het geding heeft gebracht vermeldt dat hij wist dat enkele patiënten in hem zouden opzoeken bij toen hij afscheid van ze nam. En in het proces-verbaal van de zitting bij de kantonrechter wordt vermeld dat op die zitting heeft gezegd dat de verwachting was dat er een enkeling mee zou komen naar vanwege . Vaststaat dus dat partijen mogelijk het aantal patiënten dat naar

zou volgen hebben onderschat, maar wel rekening hebben gehouden met de mogelijkheid dat patiënten naar zouden volgen. Zoals hiervoor is overwogen had dat voor in de eerste plaats aanleiding moeten zijn om het voorgestelde relatiebeding ter discussie te stellen, zo hij die patiënten wilde kunnen behandelen als hij zich na twee jaar in zou vestigen.

3.41. Maar daarnaast biedt artikel 11.2 in combinatie met artikel 11.3 van de arbeidsovereenkomst ook de mogelijkheid om de wens van om na zijn vertrek bij () patiënten te kunnen blijven behandelen aan de orde te stellen op het moment dat de gelegenheid zich voordeed. Artikel 11.3 gebiedt voor dat geval een redelijke opstelling van daarin. In de omstandigheid dat meer van zijn patiënten zijn gevolgd dan hij kennelijk had verwacht, had het overleg over de reikwijdte van het relatiebeding kunnen aangaan. Dat heeft nagelaten.

3.42. voert verder aan dat de patiënten niet tot het bedrijfsdebiets van zijn gaan behoren omdat nooit voor het binnenhalen van deze omzet heeft hoeven investeren en geen goodwill voor deze patiënten heeft betaald. Volgens is sprake van 'bonusomzet' voor die is ontstaan doordat patiënten uit volgen naar . Het hof neemt op dit punt tot uitgangspunt dat de patiënten als werknemer in dienst van zijn vorige werkgever heeft behandeld, zodat niet valt in te zien dat aan goodwill verschuldigd is zoals het hof het verweer van begrijpt. Feit is dat de patiënten heeft behandeld in bij toen hij met haar een arbeidsovereenkomst had. Dat die patiënten dan niet tot het bedrijfsdebiets van zijn gaan behoren ziet het hof zonder toelichting, die ontbreekt, niet in. Dat daarvoor geen investeringen heeft hoeven doen, is daarvoor in ieder geval onvoldoende.

3.43. Dat het relatiebeding een barrière kan vormen voor de vrijheid van om patiënten te blijven behandelen, terwijl tegelijkertijd die patiënten de vrijheid hebben om een behandelaar van hun keuze te kiezen, kan daarin geen verandering brengen. De relatie die een patiënt met een zorgverlener heeft moet namelijk worden onderscheiden van de relatie tussen een ex-werkgever en een ex-werknemer die een relatiebeding zijn overeengekomen. heeft als zorgverlener een professionele verantwoordelijkheid voor de zorg die hij aan patiënten verleent. heeft een verplichting om adequate en voor een patiënt aanvaardbare vervanging te regelen in het geval er een einde aan de arbeidsovereenkomst met de behandelend fysiotherapeut komt. heeft voldoende onderbouwd gesteld dat zij de patiënten van die adequate vervanging kon bieden na opzegging van de arbeidsovereenkomst maar dat zij door het handelen van hiertoe niet in staat is gesteld. Dat deze zorgverplichtingen van respectievelijk jegens de patiënt botsen met wat partijen in de arbeidsovereenkomst hebben afgesproken is wel duidelijk. Als het gaat om de relatie tussen ex-werkgever en ex-werknemer, moeten zij samen hierover echter het overleg aangaan binnen de kaders die de arbeidsovereenkomst daarvoor biedt. Verwezen wordt naar wat hiervoor is overwogen in 3.41 ten aanzien van artikel 11.2 en 11.3 van de arbeidsovereenkomst.

3.44. De conclusie is dat het relatiebeding geldt zowel voor de patiënten als voor de patiënten die voor het eerst bij heeft behandeld.

Boete wegens overtreding relatiebeding

3.45. Vaststaat dat patiënten die hij voorheen bij heeft behandeld

ook in [REDACTED] heeft behandeld na het einde van zijn arbeidsovereenkomst met [REDACTED]. Daardoor heeft [REDACTED] dus het relatiebeding meermalen overtreden. [REDACTED] heeft de door haar gevorderde boete in eerste aanleg berekend op basis van zes overtredingen van het relatiebeding en in overweging 4.22. van het vonnis van 2 april 2021 is vastgesteld dat niet in geschil is dat [REDACTED] deze zes overtredingen heeft begaan. Ook het hof gaat uit van deze zes overtredingen. Dit betekent dat [REDACTED] in beginsel een contractuele boete van $(6 \times € 25.000,-) = € 150.000,-$ is verschuldigd op basis van artikel 14 van de arbeidsovereenkomst. Het hof stelt daarbij vast dat [REDACTED] haar eis op het punt van (de omvang van) de boete niet heeft vermeerderd in hoger beroep, hoewel zij zich dit recht heeft voorbehouden in haar memorie van grieven. Het hof ziet om die reden ook geen aanleiding om op de voet van artikel 162 Rv of artikel 22 Rv [REDACTED] een lijst van alle patiënten die hij sinds zijn vertrek bij [REDACTED] heeft behandeld in het geding te laten brengen, zoals in overweging 3.5 van het arrest in incident van 28 december 2021 is overwogen.

Matiging van de boete

3.46. [REDACTED] doet een beroep op matiging van de boete terwijl [REDACTED] betoogt dat er geen reden is om de boete te matigen. Het hof heeft een matigingsbevoegdheid maar moet die terughoudend toepassen omdat de contractsvrijheid voorop staat. De in artikel 6:94 van het Burgerlijk Wetboek opgenomen maatstaf dat voor matiging slechts reden kan zijn indien de billijkheid dit klaarblijkelijk eist, brengt mee dat de rechter pas als de toepassing van een boetebeding in de gegeven omstandigheden tot een buitensporig en daarom onaanvaardbaar resultaat leidt, van zijn bevoegdheid tot matiging gebruik mag maken. Daarbij zal de rechter niet alleen moeten letten op de verhouding tussen de werkelijke schade en de hoogte van de boete, maar ook op de aard van de overeenkomst, de inhoud en de strekking van het beding en de omstandigheden waaronder het is ingeroepen."

3.47. Het hof ziet aanleiding om de contractuele boete van € 150.000,- te matigen tot € 60.000,- en stelt vast dat [REDACTED] daarvan al € 5.000,- heeft betaald naar aanleiding van het bestreden vonnis. De reden hiervoor is in de eerste plaats dat bij handhaving van de volledige hoogte van de boete een wanverhouding ontstaat tot de daadwerkelijke schade die [REDACTED] heeft geleden doordat het relatiebeding zes keer is overtreden. Dat [REDACTED] schade lijdt door overtreding van het relatiebeding staat wel vast. Het hof gaat ervanuit dat de werkelijke schade van de zes overtredingen lager is dan € 88.509,09 en legt dit hierna uit.

3.48. [REDACTED] heeft in haar conclusie van antwoord in reconventie in eerste aanleg wel een onderbouwing van haar vermoedelijke schade van € 88.509,09 door de enkele overtreding van het relatiebeding gegeven, maar die is gebaseerd op de veronderstelling dat [REDACTED] 40% van de behandelde relaties zou meenemen. De zes patiënten waar het in hoger beroep over gaat vormen daarvan een fractie. De daadwerkelijke schade met betrekking tot de zes patiënten is naar het oordeel van het hof daarom lager dan € 88.509,09. Verder stelt [REDACTED] dat zij minimaal € 262.500,- winst had kunnen genereren met een vestiging in [REDACTED] als [REDACTED] het relatiebeding niet had overtreden. Die veronderstelling is gebaseerd op misgelopen winst tot en met 2029 terwijl het relatiebeding een looptijd heeft van twee jaar na einde arbeidsovereenkomst per 1 december 2019. In ieder geval op die datum had [REDACTED] geen concrete plannen voor het openen van een vestiging in [REDACTED]. Om die reden laat het hof deze veronderstelde winst buiten beschouwing voor het beoordelen van de daadwerkelijke schade van [REDACTED].

3.49. Uit de aard van de (arbeids)overeenkomst geldt verder dat een werknemer in de

verhouding tot de werkgever als zwakkere partij te kenmerken is zodat [REDACTED] enige bescherming verdient tegen de aanmerkelijke financiële gevolgen van het relatiebeding, ook als hij willens en wetens met dat relatiebeding heeft ingestemd bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst. Daarbij weegt voor het hof mee dat partijen in artikel 11.3 van de arbeidsovereenkomst hebben afgesproken dat [REDACTED] zich redelijk dient op te stellen als [REDACTED] na einde arbeidsovereenkomst patiënten wil blijven behandelen.

3.50. Anders dan [REDACTED] voorstelt matigt het hof de boete niet tot de door hem becijferde (geringe) feitelijke schade van [REDACTED]. Had [REDACTED] de weg van artikel 11.3 van de arbeidsovereenkomst bewandeld, dan had hij dit wellicht met [REDACTED] kunnen afspreken. Matiging tot zo'n bedrag spoort echter niet met het karakter van een boete, die bedoeld is als prikkel om te voorkomen dat het relatiebeding wordt overtreden.

Geen bewijslevering

3.51. Wat hiervoor is overwogen leidt ertoe dat aan bewijslevering niet meer wordt toegekomen.

De conclusie

3.52. Het principaal hoger beroep van [REDACTED] slaagt deels. Ook het incidenteel hoger beroep van [REDACTED] slaagt deels. Omdat beide partijen zowel in het hoger beroep van [REDACTED] als in het hoger beroep van [REDACTED] voor een deel in het gelijk worden gesteld en voor een deel in het ongelijk worden gesteld compenseert het hof de kosten van de procedure in die beide hoger beroepen in die zin dat iedere partij de eigen kosten draagt. Het hof wijst partijen er op dat in het arrest in incident van 28 december 2021 [REDACTED] al is veroordeeld in de kosten van het incident. Die kosten maken daarom geen deel meer uit van de hoofdzaak waar in dit arrest op wordt beslist.

Omdat de beslissing in hoger beroep er feitelijk op neerkomt dat [REDACTED] net als in eerste aanleg, een gematigde boete moet betalen voor overtreding van het relatiebeding, ziet het hof aanleiding om de door de kantonrechter uitgesproken compensatie van proceskosten in eerste aanleg in stand te laten.

3.53. De veroordelingen in deze uitspraak kunnen ook ten uitvoer worden gelegd als een van partijen de beslissing van het hof voorlegt aan de Hoge Raad (uitvoerbaarheid bij voorraad).

4. De beslissing

Het hof:

4.1. vernietigt de beslissingen in 6.1. en 6.2. van de (herstel)vonnissen van de kantonrechter in de rechtbank Gelderland van 2 april 2021 en 3 juni 2021, bekrachtigt deze vonnissen voor het overige en beslist:

4.2. veroordeelt [REDACTED] om tegen behoorlijk bewijs van kwijting aan [REDACTED] te voldoen een bedrag van € 60.000,- onder aftrek van een bedrag van € 5.000,- dat [REDACTED] heeft voldaan op basis van het vonnis van de kantonrechter van 2 april 2021;

4.3. bepaalt dat iedere partij de eigen kosten draagt, zowel van het principaal hoger beroep als van het incidenteel hoger beroep als van de procedure bij de kantonrechter;

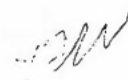
4.4. verklaart de veroordeling uitvoerbaar bij voorraad;

4.5. wijst af wat verder is gevorderd.

Dit arrest is gewezen door mrs. C. Hoogland, W.C. Haasnoot en H.M.J van den Hurk, en is door de rolraadsheer in tegenwoordigheid van de griffier in het openbaar uitgesproken op 28 november 2023.

¹ HR 19 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI8771

² HR 27 april 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ6638 (Intrahof/Bart Smit)



Uitgegeven voor grosse
op 28-11-2023
door de griffier van het Gerechtshof
Amsterdam

