

Hof Amsterdam, 24 juli 2008, YER v USG**RELATIEBEDING - VASTSTELLINGSOVEREENKOMST****Actief werven**

- [Naar het oordeel van het hof is sprake van 'actief werven' als YER het initiatief neemt om mensen in het veld op individuele basis te benaderen, dit in tegenstelling tot bijvoorbeeld het plaatsen van een advertentie voor een vacature in een dag- of vakblad.](#)
- [Anders dan YER stelt is daartoe niet vereist "enig concreet op de desbetreffende persoon gesneden aanbod."](#)

In dat licht bezien moet het verzenden van de litigieuze e-mail (zie rov. 3.4) naar de vijf werknemers van USG worden aangemerkt als 'actief werven'. Mede gezien de aanleiding tot het aangaan van de vaststellingsovereenkomst, zoals hiervoor weergegeven (zie rov. 3.2), moet YER dit ook redelijkerwijs aldus hebben begrepen.

Vindplaatsen: LJN: [BG1032](#)

Hof Amsterdam, 24 juli 2008

(P. Ingelse, M. Coeterier en N. van Lingen)

24 juli 2008 (bij vervroeging)

GERECHTSHOF TE AMSTERDAM

VIERDE MEERVOUDIGE BURGERLIJKE KAMER
ARREST

in de zaak van:

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid YOUNG EXECUTIVE RECRUITMENT B.V.,
gevestigd te Amsterdam,

APPELLANTE in het principaal appel,
GEÏNTIMEERDE in het incidenteel appel,
procureur: mr. M.W. Koole,
t e g e n

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid USG CAPACITY BEHEER B.V.,
gevestigd te Almere,

GEÏNTIMEERDE in het principaal appel,
APPELLANTE in het incidenteel appel,
procureur: mr. F.B.J. Grapperhaus.

1. Het geding in hoger beroep

Partijen worden hierna YER en USG genoemd.

Bij exploit van 5 maart 2008 is YER in hoger beroep gekomen van het vonnis van de voorzieningenrechter in de rechtbank te Amsterdam van 14 februari 2008, in kort geding onder zaaknummer/rolnummer 388045/KG ZA 08-23 AB/RV geweest tussen USG als eiseres en YER als gedaagde.

Bij de bij de appeldagvaarding meebetekende memorie van grieven heeft YER tegen het vonnis waarvan beroep drie grieven aangevoerd en geconcludeerd dat het hof dat vonnis zal vernietigen en, opnieuw rechtdoende, de vordering van USG alsnog zal afwijzen, met veroordeling van USG in de kosten van het geding in beide instanties.

Voorts heeft YER bij akte haar eis in hoger beroep aangevuld met een vordering tot terugbetaling van het door haar ingevolge het bestreden vonnis aan USG betaalde bedrag en heeft zij bij akte een aantal stukken in het geding gebracht.

Bij memorie van antwoord, met producties, heeft USG de grieven bestreden, harerzijds in incidenteel appel één grief aangevoerd, haar eis vermeerderd en geconcludeerd, kort gezegd, in het principaal appel dat het hof het beroep zal verwerpen, met veroordeling van YER in de kosten van, naar het hof begrijpt, het principaal appel, vermeerderd met wettelijke rente, en in het incidenteel appel dat het hof de dwangsom zal verhogen tot €20.000,- per dag en voorts YER zal veroordelen tot betaling van €9.055,60 ter zake van twee verbeurde boetes, alsmede €20.000,- wegens verbeurde dwangsommen, met veroordeling van YER in de kosten van, naar het hof begrijpt, het incidenteel appel, vermeerderd met wettelijke rente.

Bij memorie van antwoord in het incidenteel appel tevens antwoord vermeerdering eis, met producties, heeft YER de incidentele grief bestreden en geconcludeerd deze, evenals de vermeerdering van eis, af te wijzen, met veroordeling van USG in de kosten van, naar het hof begrijpt, het incidenteel appel.

Vervolgens hebben partijen ter terechtzitting van het hof van 2 juli 2008 hun standpunten nader door hun procureurs doen toelichten aan de hand van aan het hof overgelegde pleitnotities. Bij die gelegenheid hebben beide partijen nog stukken in het geding gebracht. Partijen werden elk ter zitting vertegenwoordigd door haar directeur en hebben vragen van het hof beantwoord. Ter terechtzitting is afgesproken dat de door YER nagezonden – door het hof (nog) niet ontvangen - productie 10, evenals de reactie daarop van de zijde van USG (productie 23), door het hof buiten beschouwing zullen worden gelaten.

Ten slotte hebben partijen arrest gevraagd op de stukken van het geding in beide instanties, waarvan de inhoud als hierin-gevoegd geldt.

2. Feiten

De voorzieningenrechter heeft in rov. 2 onder 2.1 tot en met 2.6 een opsomming gegeven van de feiten waarvan in dit geding moet worden uitgegaan. Hieromtrent bestaat geen geschil zodat die feiten ook het hof tot uitgangspunt dienen.

3. Beoordeling

3.1. USG is een dochtermaatschappij van USG Capacity Holding B.V., die op haar beurt onderdeel uitmaakt van USG People N.V. Deze groep is actief in de markt van werving en selectie van hoger opgeleid personeel. USG verleent allerlei diensten aan de andere maatschappijen in de groep en heeft personeel in vast dienstverband.

YER is eveneens actief in de werving en selectie van hoger op-geleid personeel.

3.2. K., werknemer van USG, heeft eind 2006/begin 2007 ontslag genomen bij USG en een arbeidsovereenkomst gesloten met YER. Het concurrentiebeding in de arbeidsovereenkomst van K. met USG verbiedt een dergelijke overstap. Na overleg tussen hem en USG en tussen USG en YER is op 2 februari 2007 een vaststellingsovereenkomst tussen partijen opgesteld. In de vaststellingsovereenkomst is, voor zover van belang, het volgende bepaald:

“De ondergetekenden:

1. USG (...) vertegenwoordigd door haar directeur mevrouw M.;

2. De heer K. (...)

3. (...) YER, (...) vertegenwoordigd door haar directeur N.;

In aanmerking nemende dat: (...)

USG Capacity bereid is (...) het voor de heer K. geldende concurrentiebeding om te zetten in een relatiebeding (...)

komen overeen als volgt: (...)

5. Het is YER niet toegestaan – al dan niet door middel van een intermediair – actief te werven onder medewerkers van USG Capacity.

6. Voor iedere overtreding van enig hierboven geformuleerd verbod, alsook voor iedere dag dat zodanige overtreding voortduurt, verbeurt (...) YER zonder dat enige ingebrekestelling is vereist (...) een direct opeisbare boete van € 4.537,80 aan USG Capacity. (...)

De overeenkomst is ondertekend door USG, K. en YER. Zij hebben ook iedere pagina geparafeerd.

3.3. In augustus 2007 is L., werknemer van USG, overgegaan naar YER. Na overleg tussen USG en YER is het voor die werknemer geldende concurrentiebeding gematigd. Bij brief van 7 augustus 2007 schreef de raadvrouw van USG hierover aan YER:

“(...) Geachte heer N.,

Onder verwijzing naar het gesprek dat u onlangs voerde met mevrouw M., zenden wij u bijgaand (...) drie exemplaren van een vaststellingsovereenkomst terzake de matiging van het tussen de heer L. en USG Capacity geldende concurrentiebeding. (...) Wij wijzen er nadrukkelijk op dat het gegeven dat USG Capacity het onder de in de overeenkomst genoemde voorwaarden toestaat dat de heer L. bij YER in dienst treedt en geen actie jegens YER onderneemt wegens het actief werven van de heer L., een eenmalige uitzondering betreft. Het verbod om werknemers van USG Capacity actief te werven, in de vaststellingsovereenkomst tussen USG Capacity, de heer K. en YER, blijft derhalve (...) onverminderd van kracht. (...)

3.4. Bij e-mail van 6 december 2007 heeft een werknemer van YER, O., aan een werknemer van USG geschreven:

“(...) YER (...) kijkt momenteel uit naar consultants werving en selectie en consultants interim professionals. (...) Net als USG Capacity bemiddelt YER naast vaste dienstverbanden ook interim professionals waarvoor we nog erva- ren ondersteuning zoeken. (...) Graag zouden we eens van gedachten wisselen of YER

een interessante partij kan zijn voor jou om voor te werken. Ik ben benieuwd naar je reactie.(...)”

Dezelfde werknemer van YER heeft op 7 en 8 december 2007 een gelijkkluidende e-mail aan drie andere werknemers van USG verstuurd. Alle e-mails zijn verstuurd vanaf de internetsite LinkedIn, waar de desbetreffende werknemers van USG zijn aange-meld en hebben aangegeven open te staan voor informatie over andere banen.

3.5. Bij brief van 7 december 2007 heeft de raadvrouw van USG aan YER geschreven:

“(...) YER komt de gemaakte afspraken evenwel niet na. Zo is in de zomer van 2007 de heer L. actief benaderd om bij YER in dienst te treden. Bij brief d.d. 7 augustus 2007 hebben wij u bericht dat USG Capacity deze keer geen actie jegens YER zou ondernemen wegens het actief werven van de heer L., doch dat dit een eenmalige uitzondering betrof (...). Tot verbazing van USG Capacity heeft YER evenwel wederom voornoemd verbod overtreden, hetgeen blijkt uit de op 6 december 2007 door uw medewerker O. aan P., medewerker van USG Capacity, gezonden email (...).

Louter vanwege de intercollegiale verhoudingen en in de veronderstelling dat voornoemde wervingsactie buiten uw medeweten is geschied, is USG Capacity bereid deze keer niet over te gaan tot incasso van de verschuldigde boete (...), zulks onder de nadrukkelijke voorwaarde dat u ons binnen 14 dagen na dagtekening schriftelijk bevestigt dat YER het verbod om werknemers van USG Capacity actief (...) te werven, per direct onverkort zal naleven (...).”

YER heeft niet gereageerd op deze brief.

3.6. Op 12 maart 2008 (producties 16 en 17 USG) hebben twee werknemers van USG elk van Q. van YER via Hyves.nl het volgende bericht ontvangen:

“Gezien je achtergrond in het Werving & Selectievak wil ik je graag het volgende functieprofiel van Werving & Selectie Consultant bij YER voorleggen.

Ik ben namelijk op zoek naar nieuwe Consultants die ons team komen versterken. (...) Ik hoor graag van je, ook als je anderen kent (familie, vrienden, collega's enz.) die goed in dit profiel passen.”

3.7. Bij de dit geding inleidende dagvaarding heeft USG gevorderd, kort samengevat, YER op straffe van verbeurte van een dwangsom te bevelen de vaststellingsovereenkomst na te komen, alsmede om YER te veroordelen tot betaling van een bedrag van €22.639,- ter zake van de geconstateerde overtredingen van art. 5 van de vaststellingsovereenkomst, met veroordeling van YER in de proceskosten.

De voorzieningenrechter heeft die vordering toegewezen, zij het dat hij de dwangsom lager heeft vastgesteld dan gevorderd en deze heeft gemaximeerd.

Tegen deze beslissing en de motivering daarvan is YER in principaal appel met drie grieven opgekomen.

USG is in incidenteel appel opgekomen tegen de beperking van de dwangsom. Voorts heeft USG haar vermeerde vordering ter zitting in hoger beroep aldus gespecificeerd dat zij primair €20.000,- vordert ter zake van verbeurde dwangsommen wegens overtreding

door YER van het in het vonnis gegeven gebod tot nakoming van de vaststellingsovereenkomst, subsidiair €9.055,60 wegens de twee hiervoor (rov. 3.6) vermelde overtredingen van art. 5 van de vaststellingsovereenkomst.

3.8. Zoals YER stelt (mvg sub 5) is de centrale vraag in dit hoger beroep wat in de vaststellingsovereenkomst onder het begrip 'actief werven' moet worden verstaan. YER stelt zich op het standpunt dat het verzenden door haar werknemer O. van e-mails aan werknemers van YER niet valt te kwalificeren als 'actief werven' in de zin van de vaststellingsovereenkomst, aangezien alle vijf e-mails zoals bedoeld in het vonnis door dezelfde medewerker van YER binnen een zeer kort tijdsbestek zijn verzonden en zich kenmerken "door een standaard karakter" (mvg sub 15). Deze e-mails maken volgens YER onderdeel uit van een veel grotere hoeveelheid e-mails – circa honderd – die YER in die periode heeft verzonden aan mensen die in de arbeidsbe-middelingsbranche werkzaam zijn. YER voert verder aan dat de desbetreffende werknemers van USG een uitgebreid profiel hebben aangemaakt via LinkedIn en dat alle werknemers in hun profiel hebben aangegeven geïnteresseerd te zijn in "job inquiries" en "career opportunities". Hiermee hebben die werknemers volgens YER te kennen gegeven dat zij openstaan voor een nieuwe baan dan wel nieuwe werkomgeving. Samengevat, YER heeft in het onderhavige geval "niets anders gedaan dan een standaard e-mail verzonden als reactie op de actief kenbaar gemaakte interesse van professionals", terwijl in de bewuste e-mails bovendien niet meer staat dan de wens eens van gedachten te wisselen (mvg sub 27). Deze handelwijze van YER wordt naar haar mening niet door het verbod van art. 5 van de vaststellingsovereenkomst getroffen.

3.9. Dat de e-mails aan de werknemers van USG een "standaard karakter" zouden hebben, zoals YER stelt, is, gelet op de woorden: "Net als USG Capacity bemiddelt YER ..." (zie rov. 3.4), onjuist. YER heeft ter zitting desgevraagd bevestigd dat in de aan anderen gezonden e-mails niet naar USG wordt verwezen. Bedoelde e-mails zijn specifiek gericht tot die werknemers van USG die werkzaamheden verrichten die op hetzelfde vlak liggen als de door YER uitgevoerde werkzaamheden.

3.10. USG voert ter zake aan (mva sub 2.28) dat de werknemers van USG in het kader van de uitoefening van hun werkzaamheden gebruikt maakten van LinkedIn en dat het beleid is van USG om mede via LinkedIn te zoeken naar marketing- en communicatiespecialisten; de bedoeling van de werknemers was uitdrukkelijk niet om voor zichzelf een baan te vinden, aldus USG, hetgeen moge blijken uit het feit dat de werknemers eigener beweging de litigieuze e-mails hebben doorgestuurd naar hun directeur. Voorts merkt USG op (pleitnota hoger beroep sub 1.7) dat het knopje job inquiries "automatisch" wordt aangevinkt door LinkedIn als de gebruiker aangeeft dat hij ergens in dienst is en dat pas op het moment dat de gebruiker zijn contactgegevens wijzigt hij job inquiries kan deactiveren.

3.11. YER stelt dienaangaande slechts in het algemeen (pleit-notities hoger beroep sub 18) dat het mensen vrijstaat om deze functies (job inquiries en/of career opportunities, hof) op hun LinkedIn profiel al dan niet te activeren, doch weer-spreekt de door USG gestelde feitelijke gang van zaken niet. Het hof acht in dat licht voorshands onvoldoende aannemelijk geworden dat de betrokken werknemers door op LinkedIn genoemde functies te activeren, respectievelijk niet te deactiveren daarmee te kennen hebben gegeven op zoek te zijn naar een nieuwe baan. Maar ook los daarvan verenigt het hof zich met hetgeen de algemeen directeur van USG, M., ter zitting in hoger beroep heeft aangevoerd, te weten dat door werknemers individueel te benaderen ze mogelijk op het idee worden ge-bracht om te solliciteren, waartoe ze zonder die uitnodiging niet zouden zijn overgegaan.

3.12. YER betoogt voorts (pleitnotities hoger beroep sub 6) dat er verschil bestaat tussen 'actief werven' en 'werven'. Indien USG "had gewenst dat YER zich zou dienen te onthouden van alle wervende activiteiten, dan had zij die term in de stukken dienen op te nemen", aldus YER. YER wil niet ontkennen dat de door O. verzonden e-mails een "toenadering" zijn maar is van mening dat de term 'attenderen' de lading meer dekt dan het begrip 'werven'.

3.13. YER geeft wel een voorbeeld van wat in haar ogen onder 'actief werven' moet worden verstaan (pleitnotities hoger be-roep sub 9) maar maakt niet duidelijk waar de scheidslijn ligt tussen 'actief werven' en 'werven'. Naar het oordeel van het hof is sprake van 'actief werven' als YER het initiatief neemt om mensen in het veld op individuele basis te benaderen, dit in tegenstelling tot bijvoorbeeld het plaatsen van een advertentie voor een vacature in een dag- of vakblad. Anders dan YER stelt (pleitnotities hoger beroep sub 15) is daartoe niet vereist "enig concreet op de desbetreffende persoon gesneden aanbod." In dat licht bezien moet het verzenden van de litigi-euze e-mail (zie rov. 3.4) naar de vijf werknemers van USG worden aangemerkt als 'actief werven'. Mede gezien de aanleiding tot het aangaan van de vaststellingsovereenkomst, zoals hiervoor weergegeven (zie rov. 3.2), moet YER dit ook redelijk-kerwijs aldus hebben begrepen.

3.14. Een en ander betekent dat het betoog van YER geen doel treft. De eerste grief in het principaal appel moet derhalve worden verworpen.

3.15. De tweede grief in het principaal appel richt zich tegen het toewijzen door de voorzieningenrechter van een bedrag van €22.639,- ter zake van verbeurde boetes. De stelling van YER dat geen boetes verschuldigd zijn gaat, gezien het falen van de eerste grief in het principaal appel, niet op. Met betrekking tot de stelling van YER (mvg sub 31) dat er geen sprake van is dat van USG niet zou kunnen worden geveerd de uitslag van de bodemprocedure af te wachten heeft USG zich op het standpunt gesteld (mva sub 4.19) dat het direct kunnen innen van boetes een "incentive" is voor het staken van het gedrag waarop de boete is gesteld. YER is hierop in haar pleidooi niet teruggekomen. Het hof

kan zich in deze motivering van USG vinden. De tweede grief in het principaal appel faalt.

3.16. Aangezien de derde grief in het principaal appel, mede gezien de toelichting erop, zelfstandige betekenis mist falen de grieven in het principaal appel.

3.17. De grief in het incidenteel appel keert zich tegen het beperken van de dwangsom tot €10.000,- per dag (in plaats van de gevorderde €20.000,- per dag), doch niet tegen de door de voorzieningenrechter toegepaste maximering. Aangezien zich na het vonnis twee nieuwe overtredingen van art. 5 van de vaststellingsovereenkomst hebben voorgedaan, waarop het hof hierna terugkomt, is er aanleiding om de dwangsom thans te verhogen en slaagt de grief in het incidenteel appel in zoverre.

3.18. USG heeft bij wege van vermeerdering van eis, zoals ter zitting in hoger beroep gespecificeerd, primair een bedrag van €20.000,- gevorderd wegens twee na het vonnis geconstateerde overtredingen van art. 5 van de vaststellingsovereenkomst. YER heeft dienaangaande verklaard (mva in het incidenteel appel sub 8) dat de verzender van de desbetreffende e-mails, Q., tijdelijk een stage bij YER loopt en uit dien hoofde niet op de hoogte was van haar op 21 februari 2008 naar alle relevante werknemers verzonden instructie zich te onthouden van het werven van bij USG werkzame personen. Daarnaast voert YER aan dat uit de overzichtsites op Hyves van de desbetreffende werknemers niet blijkt dat zij in dienst zijn bij USG.

3.19. Waar YER de mededeling van USG ter zitting in hoger beroep dat op Hyves in het profiel van de betrokken werknemers bij 'bedrijf' USG staat, niet heeft weersproken moet dit laatste verweer worden verworpen. Dit geldt ook de stelling van YER (mva in het incidenteel appel sub 11) dat "van enige (kwa-de) opzet van Q. laat staan van YER (...) geen sprake (is)." Het had op de weg van YER gelegen alle bij/voor haar werkzame personen op de hoogte te stellen van het verbod in art. 5 van de vaststellingsovereenkomst. Door dit na te laten is zij toerekenbaar tekortgeschoten in de nakoming van die overeenkomst.

3.20. De conclusie is dat de grieven in het principaal appel falen. De grief in het incidenteel appel slaagt. Het vonnis waarvan beroep moet derhalve worden vernietigd voor zover in de beslissing in 5.2 is bepaald dat bij overtreding van het in 5.1 gegeven verbod YER een dwangsom verbeurt van €10.000,- per dag. Het hof bepaalt die dwangsom vanaf de datum van betekening van dit arrest op €20.000,- per dag. Voor het overige moet het vonnis worden bekrachtigd. Het bij wege van vermeerdering van eis primair gevorderde bedrag van €20.000,- ter zake van twee verbeurde dwangsommen zal worden toegewezen. YER zal, als de in het ongelijk gestelde partij worden verwezen in de kosten van zowel het principaal als het incidenteel appel. De gevorderde rente over de kosten is toe-wijsbaar als gevorderd.

4. Beslissing

Het hof:

in het principaal en het incidenteel appel

vernietigt het vonnis waarvan beroep voor zover het betreft de hoogte van de dwangsom en voor zover deze

zal worden verbeurd na betekening van het vonnis, en, in zoverre opnieuw recht-doende,

bepaalt die dwangsom vanaf de datum van betekening van dit arrest op €20.000,- per dag;

bekrachtigt het vonnis voor het overige;

veroordeelt YER tot betaling aan USG van een bedrag van €20.000,- ter zake van verbeurde dwangsommen;

veroordeelt YER in de kosten van het principaal en het incidenteel appel, in het principaal appel tot op deze uitspraak aan de zijde van USG begroot op €680,- aan verschotten en €2.682,- aan salaris procureur, beide bedragen vermeerderd met de wettelijke rente daarover met ingang van acht dagen na de datum van dit arrest, en in het incidenteel appel op nihil;

verklaart dit arrest uitvoerbaar bij voorraad.

Dit arrest is gewezen door mrs. P. Ingelse, M. Coetier en N. van Lingen en is in het openbaar uitgesproken door de rol-raadsheer op 24 juli 2008.