



Jaargang 23 (2018) Mei nr. 299

# Arbeidsrecht Actueel

## In deze uitgave:

JUBILEUMVIERING MET STRIPPER LEIDT TOT ONTBINDING ARBEIDSOVEREENKOMST



ANTI-RONSELBEDING IS EEN CONCURRENTIEBEDING



GERECHTVAARDIGD VERTROUWEN BIJ WERKGEVER DAT PASSENDE ARBEID OOK BEDONGEN ARBEID IS GEWORDEN



---

## Jubileumviering met stripper leidt tot ontbinding arbeidsovereenkomst

---

**De viering van het twaalfeneenhalfjarig jubileum met een uit de hand gelopen striptease-act en een speech waarin de werknemer zich negatief uitlaat over de werkgever gevolgd door het niet geven van openheid van zaken hierover achteraf, leidden tot het ontslag van de werknemer.**

Bij een coöperatie die werkzaam is op het gebied van de sierteelt van bloemen was eind 2015 een werknemer twaalfeneenhalf jaar in dienst. Voor de viering van dat jubileum had de werknemer van de werkgever een budget gekregen. Met zijn leidinggevende had hij besproken dat hij dat zou besteden aan het eten van een broodje kroket en/of een kop soep in de bedrijfskantine. Daarvoor zou de werknemer een aantal collega's uitnodigen. Op 8 december 2017 heeft de werknemer het jubileum in de bedrijfskantine gevierd in aanwezigheid van ongeveer 30 collega's. De werknemer heeft toen met behulp van een door hem meegebrachte muziekinstallatie en microfoon een toespraak

gehouden, waarna hij de kantine kort heeft verlaten om terug te komen met een vrouw die vervolgens een striptease-act heeft uitgevoerd. Collega's werd daarbij onder meer gevraagd om de billen van de vrouw in te smeren met olie, om slagroom van haar lichaam te likken en/of om haar te slaan met een zweepje. Op 11 december 2017 heeft de werkgever de werknemer geschorst om onderzoek te doen naar de gebeurtenissen met de stripper. Na het onderzoek heeft de werkgever de kantonrechter verzocht de arbeidsovereenkomst te ontbinden wegens verwijtbaar gedrag. Hoewel de werknemer dit ontkent, komt de kantonrechter op basis van verklaringen van collega's tot de conclusie dat de werknemer zich in zijn toespraak negatief heeft uitgelaten over de werkgever. Waar de werknemer had gesteld dat de striptease-act was geregeld door een medewerker van een klant, blijkt uit schriftelijke verklaringen van collega's en van een medewerker van de klant, dat de werknemer zelf de striptease-act heeft geregeld en dat de werknemer anderen heeft gevraagd om op vragen van de werkgever te





antwoorden dat de striptease-act een cadeau van de medewerker van de klant zou zijn geweest. De kantonrechter oordeelt dat er onvoldoende aanleiding is om aan te nemen dat de werknemer zich voorafgaand aan de jubileumviering bewust is geweest van het ongepaste van zijn handelen. De werknemer is wel te verwijten dat hij de gevolgen van zijn toespraak en van het inhuren van een seksuele getinte act op de werkvloer onvoldoende heeft doordacht. Volgens de kantonrechter heeft de werknemer daardoor zijn collega's overvallen met een situatie waarvan zij niet allen (!) deel uit

hadden willen maken. Dat de werknemer achteraf daar niet de verantwoordelijkheid voor heeft genomen maar geprobeerd heeft zichzelf te ontzien door anderen te vragen om in strijd met de waarheid te verklaren, valt de werknemer volgens de kantonrechter aan te rekenen. De kantonrechter ontbindt weliswaar de arbeidsovereenkomst, maar wegens een verstoorde arbeidsverhouding en niet op grond van verwijtbaar gedrag. Omdat ook geen sprake is van ernstig verwijtbaar gedrag moet de werkgever wel de transitievergoeding aan de werknemer betalen.

Kantonrechter Den Haag 20 maart 2018, 6613889 RP VERZ 18-50081, AR Updates 2018-0487

*Ook als de arbeidsovereenkomst zou zijn ontbonden wegens verwijtbaar gedrag, zou dat nog niet betekend hebben dat de werkgever niet de transitievergoeding hoefde te betalen. Immers: ontbinding van de arbeidsovereenkomst vindt plaats als het gedrag zodanig verwijtbaar is dat van de werkgever in redelijkheid niet kan worden verlangd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. De verplichting om aan de werknemer de transitievergoeding te betalen vervalt pas als sprake is van ernstig verwijtbaar gedrag.*

## Anti-ronselbeding is een concurrentiebeding

**Een beding dat de werknemer verbiedt om personeel van de werkgever er toe te bewegen bij een andere werkgever in dienst te treden is aan te merken als een concurrentiebeding, omdat het de werkneemster beperkt in haar mogelijkheden om bij een nieuwe werkgever haar werkzaamheden als "recruiter" volledig uit te voeren. Omdat het beding was opgenomen in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd en omdat een schriftelijke motivering ontbreekt waarom het beding noodzakelijk is vanwege zwaarwegende bedrijfsbelangen, is het beding nietig.**

Bij een middelgroot accountantskantoor (700 medewerkers) is op 1 juli 2016 een werkneemster in dienst getreden in de functie van "recruiter". Zij was als zodanig belast met het werven van nieuwe medewerk(st)ers. Met haar was een arbeidsovereenkomst gesloten voor de duur van een jaar. In de arbeidsovereenkomst was een bepaling opgenomen die de werkneemster verbood om zakelijke contacten te onderhouden met opdrachtgevers en relaties van het accountantskantoor en een beding dat de werknemer verbood om personeel van de werkgever er toe te bewegen in dienst te treden bij een andere werkgever. De werkneemster had de arbeidsovereenkomst per 1 maart 2017 opgezegd en was vervolgens in dienst getreden bij een groter accoun-

tantskantoor (2400 medewerkers). In maart 2017 was de werkneemster betrokken geweest bij contacten met een medewerker van haar vorige werkgever die had gereageerd op een vacature. Zij had de medewerker in contact gebracht met de teamleider en was aanwezig geweest bij een sollicitatiegesprek. De medewerker had vervolgens zijn arbeidsovereenkomst per 1 september 2017 opgezegd en was bij het andere accountantskantoor in dienst getreden. Toen het eerstbedoelde accountantskantoor er lucht van kreeg dat de werkneemster bij deze overstap was betrokken, vorderde men dat de werkneemster de boete van € 25.000 zou betalen die was gesteld op overtreding van het zogenaamde "anti-ronselbeding". De werkneemster verdedigde zich daarop met de stelling dat het anti-ronselbeding een concurrentiebeding was en dat dit beding als zodanig nietig was omdat het was opgenomen in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, zonder dat daarbij schriftelijk was gemotiveerd op grond van welke zwaarwegende bedrijfsbelangen het beding noodzakelijk was.

De kantonrechter oordeelt dat de wet onder een concurrentiebeding verstaat een "beding waardoor de werknemer wordt beperkt in zijn bevoegdheid om na het einde van de arbeidsovereenkomst op zekere wijze werkzaam te zijn". In de wetsgeschiedenis had de kantonrechter geen aanwijzingen gevonden op basis waarvan duidelijk was



wat precies moet worden verstaan onder “op zekere wijze werkzaam zijn”, maar de kantonrechter is van mening dat dit ruim moet worden opgevat. Uit een arrest van de Hoge Raad van 2017 blijkt bijvoorbeeld dat ook een relatiebeding daaronder valt. Vervolgens stelt de kantonrechter vast dat het anti-ronselbeding de werkneemster beperkt in haar werkzaamheden bij haar nieuwe werkgever. Immers: zij mag geen personeel van de oude werkgever weglokken terwijl het haar werk is om nieuwe medewerkers te werven. De werkgever had aangevoerd dat deze beperking niet substantieel was, maar de kantonrechter acht niet van belang in welke mate de werkneemster daardoor wordt

beperkt. Ook bij een relatiebeding geldt volgens de kantonrechter dat het een concurrentiebeding is indien het de werknemer maar in relatief geringe mate beperkt in zijn mogelijkheden om op een bepaalde wijze werkzaam te zijn. De vordering tot betaling van de contractuele boete wordt daarom door de kantonrechter afgewezen. Wel toegewezen wordt de tegenvordering van de werkneemster om het relatiebeding en het anti-ronselbeding nietig te verklaren vanwege het ontbreken van een schriftelijke motivering die aangeeft welk zwaarwegende bedrijfsbelang het opnemen van het beding in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd rechtvaardigt.

Kantonrechter Breda 17 januari 2018, [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl), ECLI:NL:RBZWB:2018:1947

*Als een concurrentiebeding wordt opgenomen in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd moet sinds de invoering van de Wet werk en zekerheid per 1 januari 2015 in de arbeidsovereenkomst schriftelijk worden gemotiveerd welk zwaarwegende bedrijfsbelang het noodzakelijk maakt dat een concurrentiebeding wordt overeengekomen, ondanks dat slechts sprake is van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. In het bijzondere geval van deze werkneemster, wiens werk het was om medewerkers te werven, vormde het verbod om personeel van de werkgever weg te lokken ook een concurrentiebeding, aangezien het haar beperkte in de mogelijkheden om als recruiter werkzaam te zijn.*

## Gerechtvaardigd vertrouwen bij werkgever dat passende arbeid ook bedongen arbeid is geworden

**Vanwege het feit dat de gedeeltelijke arbeids(on) geschikte werknemer de passende werkzaamheden gedurende ruim vijf jaar had uitgevoerd en vanwege het feit dat het UWV geoordeeld had dat de medische situatie niet verder zou verbeteren, mocht de werkgever er gerechtvaardigd op vertrouwen dat de passende arbeid nieuwe bedongen arbeid was geworden. De werknemer kon daardoor niet tewerkstelling in zijn oorspronkelijke functie meer vorderen.**

De werknemer was in 2000 in dienst gekomen als koerier gedurende 40 uur per week. In 2006 was hij betrokken geraakt bij een verkeersongeval. Als gevolg daarvan had hij ernstig letsel opgelopen. In 2008 werd aan hem door het UWV een WGA-uitkering toegekend. Het UWV was toen van oordeel dat de werknemer niet in staat was de overeengekomen werkzaamheden uit te voeren, maar dat hij wel in staat was om ander passend werk binnen het bedrijf van de werkgever uit te voeren met een loonwaarde van 50% van het vroegere loon. Vanaf februari 2009 werkte de

werknemer in een aangepaste functie als koerier gedurende vier uur per dag. Bij een herbeoordeling in 2014 oordeelt het UWV dat de werknemer nog steeds niet geschikt is voor zijn oorspronkelijke arbeid, maar hij wordt minder dan 35% arbeidsongeschikt geacht op basis van theoretische functies die de werknemer zou kunnen vervullen en het loon dat hij daarmee zou kunnen verdienen. De verzekeringsarts van het UWV is daarbij van mening dat sprake is van een stabiele toestand waarbij de resterende beperkingen niet meer wezenlijk zullen veranderen. Als gevolg daarvan biedt de werkgever de werknemer een aanvulling op de arbeidsovereenkomst aan waarbij de passende arbeid als nieuwe bedongen arbeid wordt beschreven. De werknemer weigert echter om dit te tekenen. Bij de kantonrechter vordert hij tewerkstelling in zijn eigen functie voor 40 uur per week, stellend dat de arbeidsovereenkomst nooit is gewijzigd en dat hij weer in staat is om fulltime te werken (iets waartoe de werkgever geweigerd had hem toe te laten). De kantonrechter had de vordering van de werknemer afgewezen, stellend dat partijen er gerechtvaardigd op



mocht vertrouwen dat op basis van de ongewijzigde en lang onbestreden duur van de gewijzigde arbeidsovereenkomst en de wijze van uitvoering daarvan sprake was van een gewijzigde arbeidsovereenkomst voor 20 uur per week. In hoger beroep moest het gerechtshof over de zaak oordelen. Het gerechtshof stelt vast dat de werknemer in 2009, toen de werkgever aanbod om 20 uur per week aangepaste werkzaamheden te gaan doen, niet in staat was de overeengekomen arbeid gedurende de volledige werktijd uit te voeren en dat daarin sindsdien geen verandering is gekomen, ook niet nadat de werknemer bezwaar gemaakt had tegen de beslissing van het UWV van 2014. Dat de werknemer zichzelf in staat acht om gedurende de volledige werktijd te werken, doet daaraan volgens het

gerechtshof niet af. Ook het feit dat de mate van arbeidsongeschiktheid op grond van functies die de werknemer theoretisch kan verrichten is vastgesteld op minder dan 35%, betekent niet dat de werknemer geschikt is voor zijn eigen werk in volle omvang. Het feit dat de werknemer de aangepaste werkzaamheden gedurende ruim vijf jaar heeft uitgevoerd en het feit dat er eind 2014 van uitgegaan moest worden dat de medische situatie van de werknemer niet verder zou verbeteren, betekent volgens het gerechtshof dat in de periode tussen 2009 en eind 2014 bij de werkgever het gerechtvaardigde vertrouwen mocht ontstaan dat de passende arbeid nieuwe bedongen arbeid was geworden. Volgens het gerechtshof betekent dit dat de oorspronkelijke arbeidsovereenkomst voor 50% is beëindigd.

Gerechtshof 's-Hertogenbosch 17 april 2018, [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl), ECLI:NL:GHSHE:2018:1597

*Naar onze mening heeft het gerechtshof de vordering van de werknemer om gedurende de volledige werktijd te werk te worden gesteld in zijn oorspronkelijke arbeid terecht afgewezen. Immers: de werknemer was niet in staat om deze arbeid te verrichten, ook al stelde hij dat dat wel het geval was. Het UWV had immers geoordeeld dat hij daartoe niet in staat was en de werknemer had niet bewezen dat dit oordeel onjuist was. Maar waar het gerechtshof stelt dat de passende arbeid nieuwe bedongen arbeid was geworden omdat de werkgever daarop gerechtvaardigd mocht vertrouwen, slaat het gerechtshof volgens ons de plank mis. Dat de werknemer de passende arbeid gedurende lange tijd had verricht is niet voldoende om dit vertrouwen te doen ontstaan. Immers: zowel de werkgever als de werknemer zijn verplicht om deze passende arbeid (ook gedurende langere tijd) aan te bieden respectievelijk te verrichten. En aan het oordeel van het UWV kon de werkgever wel het vertrouwen ontlenen dat de medische situatie van de werknemer niet meer zou veranderen, maar niet dat de werknemer er mee zou hebben ingestemd dat de omvang van de arbeidsovereenkomst als gevolg daarvan zou zijn gewijzigd. Het al dan niet wijzigen van de arbeidsovereenkomst is op verschillende manieren van belang. Voor de werkgever zou het betekenen dat opnieuw loon tijdens ziekte moet worden betaald, indien de werknemer opnieuw ziek uitvalt. Voor de werknemer zou het betekenen dat in geval van ontslag op initiatief van de werkgever de transitievergoeding slechts verschuldigd is over de helft van het oorspronkelijke salaris.*

*De vaststelling dat de arbeidsovereenkomst was gewijzigd, was naar onze mening niet nodig voor het afwijzen van de vordering van de werknemer en kan niet op de vastgestelde feiten worden gebaseerd.*



### “Het arbeidsrecht abonnement<sup>®</sup>”

Arbeidsrecht Actueel bevat actuele informatie op het gebied van het arbeidsrecht, de heffing van premies werknemersverzekeringen en de loonheffing. Arbeidsrecht Actueel is een uitgave van Kantoor Mr. van Zijl B.V. en wordt als onderdeel van het “arbeidsrecht abonnement<sup>®</sup>” toegezonden aan degenen die zich daarvoor hebben aangemeld.

