

RECHTSPRAAK

## Conclusion Xforce B.V./werknemer

***Werkgever vordert zowel boete als schadevergoeding, na (vermeend) toebrengen van schade door het uitbrengen van offertes. Boetebeding in arbeidsovereenkomst nietig. Partijen in de gelegenheid gesteld zich verder uit te laten over onder meer schade werkgever en opzet/bewuste roekeloosheid werknemer.***

Werknemer is in dienst geweest van Conclusion Xforce B.V. (hierna: Unacle). Bij tussenvonnis van 6 april 2016 heeft de kantonrechter geoordeeld dat werknemer in strijd heeft gehandeld met het bepaalde in artikel 11 lid 2 van de tussen partijen gesloten arbeidsovereenkomst, door in de periode van 16 april tot en met 4 juni 2015 bij de uitvoering van zijn arbeidsovereenkomst met Unacle bepaalde offertes uit te brengen. De arbeidsovereenkomst heeft voortgeduurd tot het ontslag op staande voet van 17 juni 2015. In het tussenvonnis is geoordeeld dat werknemer door het uitbrengen van bedoelde offertes tijdens het dienstverband met Unacle betrokken is geweest bij de levering van diensten die concurreren met het bedrijf van Unacle. Unacle vordert thans een verklaring voor recht dat werknemer toerekenbaar is tekortgeschoten in de nakoming van zijn verplichtingen uit hoofde van de arbeidsovereenkomst, subsidiair uit hoofde van artikel 7:611 BW, en dat werknemer jegens Unacle aansprakelijk is voor de dientengevolge veroorzaakte schade, alsmede betaling van € 9.600 aan contractuele boete (met rente). Bij haar akte van 4 mei 2016 heeft Unacle zich op het standpunt gesteld dat het bepaalde in artikel 7:650 BW, en kennelijk bedoelt zij tevens artikel 7:651 BW, hier niet van toepassing is, omdat de gevorderde boete betrekking heeft op overtreding van een concurrentiebeding. Unacle verwijst voor haar standpunt naar het arrest van de Hoge Raad van 4 april 2003 inzake Ghisyawan/LAN-Alyst. Werknemer heeft dit betwist, stellende dat de offertes tijdens het dienstverband zijn uitgebracht.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Ook indien uit voornoemd arrest zou moeten worden afgeleid dat ook het bepaalde in artikel 7:651 BW niet van toepassing is op het concurrentiebeding, voert dit niet tot de conclusie dat artikel 7:651 BW in het onderhavige geding niet van toepassing is. Het omschreven verbod waar Unacle haar vordering tot betaling van de bij overtreding van dat verbod overeengekomen boete op baseert, is namelijk niet een concurrentiebeding in de zin van artikel 7:653 BW. Een dergelijk beding, waarvoor de Hoge Raad dus de toepasselijkheid van de regeling van het boetebeding in Boek 7 BW heeft willen uitsluiten, is immers 'een beding tussen de werkgever en de werknemer waarbij de laatste wordt beperkt in zijn bevoegdheid om na het einde van de overeenkomst op zekere wijze werkzaam te zijn'. Unacle baseert zich evenwel op het beding van artikel 11 lid 2 van de

arbeidsovereenkomst, waarin deze is beperkt om 'gedurende de looptijd van deze overeenkomst' op zekere wijze werkzaam te zijn. Daarom bestaat geen reden om de regeling van het concurrentiebeding in dit geval aan te merken als een *lex specialis* die derogeeft aan de regeling van artikel 7:650 en 7:651 BW. Artikel 12 van de arbeidsovereenkomst luidt (voor zover hier van belang) dat werknemer bij overtreding van artikel 11 voor iedere dag dat hij in overtreding is een dadelijk opvorderbare boete van € 1.200 verbeurt, 'onverminderd de gehoudenheid tot betaling van de volledige schadevergoeding indien de schade van werkgever meer dan genoemd boetebedrag mocht belopen'. Dit beding moet aldus worden verstaan dat Unacle bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst met werknemer heeft bedongen dat zij voor eenzelfde feit zowel boete zou mogen heffen als volledige schadevergoeding (voor het geval de schade een bedrag van € 1.200 te boven gaat). Nu Unacle ook in dit geding zowel boete als schadevergoeding vordert, kan in het midden blijven wat de wetgever heeft bedoeld met het 'opleggen' en 'heffen' van boete en het 'vorderen' van schadevergoeding (zoals P.L.M. Schneider in zijn noot onder ECLI:NL:RBGEL:2013:5791 terecht heeft opgemerkt is de koppeling in art. 7:651 BW met de 'bedingensfeer' 'enigszins misleidend'). Zo Unacle in artikel 11 lid 2 van de arbeidsovereenkomst al mocht hebben bedoeld zich een keuze tussen boete en schadevergoeding te hebben willen voorbehouden, dan heeft zij er in dit geding voor gekozen daadwerkelijk beide (cumulatief) te vorderden. Dat heeft ingevolge artikel 7:651 lid 2 BW zijn weerslag op de rechtsgeldigheid van het beding, in die zin dat sprake is van nietigheid van artikel 12 van de arbeidsovereenkomst. Hierop stuit de vordering tot veroordeling van werknemer tot betaling van boete af.

Ten aanzien van de gevorderde verklaring voor recht omtrent de aansprakelijkheid van werknemer, overweegt de kantonrechter als volgt. Unacle heeft blijkens de woorden 'voor de dientengevolge veroorzaakte schade' dit deel van haar vordering – causaal – gekoppeld aan de gevorderde verklaring voor recht omtrent de tekortkoming van werknemer, terwijl die laatste vordering slechts behelst dat hij jegens haar 'toerekenbaar tekort is geschoten'. Voor het vaststellen van aansprakelijkheid van werknemer voor schade van Unacle (als werkgever), is echter niet een toerekenbare tekortkoming van werknemer vereist als wel dat hij schade aan Unacle heeft toegebracht hetgeen een gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid van werknemer in de zin van artikel 7:661 lid 1 BW. Voorts dient vast te komen staan dat door het handelen van werknemer schade is veroorzaakt én dat werknemer de opzet had om Unacle te schaden of dat hij zich daadwerkelijk bewust is geweest van het roekeloos karakter van zijn gedragingen (vgl. HR 20 september 1996, NJ 1997/198 (Pollemans/Hoondert)). Partijen hebben zich niet uitgelaten over voornoemde juridische maatstaf, als ook niet over de vraag of de tussen partijen vaststaande feiten al dan niet voldoende zijn voor het aannemen van een opzet dan wel bewuste roekeloosheid van werknemer onmiddellijk voorafgaand aan of tijdens het maken en verzenden van de offertes. De kantonrechter zal partijen derhalve in de gelegenheid stellen zich hier nader over uit te laten. De kantonrechter zal partijen voorts in de gelegenheid stellen zich (nogmaals) uit te laten over de schade die Unacle stelt te hebben geleden ten gevolge van het handelen van werknemer.

**Instantie:** Rechtbank Midden-Nederland

**Datum uitspraak:** 14-09-2016

**ECLI:** ECLI:NL:RBMNE:2016:4975

**Zaaknummer:** 4293728

**Rechters:** A. Blanke

**Advocaten:** L.F. Nijenhuis, M.W.J. van der Horst en E.F.M. Schouten

**Wetsartikelen:** 7:650 BW, 7:651 BW, 7:653 BW en 7:661 BW