

RECHTSPRAAK

# Espresso Service Dienst B.V./werknemer

***Doelbewust en heimelijk overtreden non-concurrentiebeding tijdens arbeidsongeschiktheid is ernstig verwijtbaar handelen van werknemer en in strijd met artikel 7:611 BW. Ontbinding arbeidsovereenkomst op e-grond zonder toekenning transitievergoeding.***

## *Feiten*

Espresso Service Dienst B.V. (hierna: ESD) verkoopt koffiemachines en levert service- en onderhoudswerkzaamheden aan koffiemachines. Werknemer is op 1 februari 2011 in dienst getreden bij ESD als servicemonteur. In de arbeidsovereenkomst tussen partijen is een non-concurrentiebeding opgenomen. Werknemer heeft zich op 2 januari 2018 ziek gemeld bij ESD. Op 5 juni 2018 heeft werknemer het vervolgspreekuur van de bedrijfsarts bezocht. De bedrijfsarts heeft geoordeeld dat werknemer niet belastbaar is om eigen dan wel aangepaste werkzaamheden te verrichten en als prognose voor volledige werkhervatting een periode van meer dan drie maanden aangegeven. De bedrijfsarts heeft de volgende beperkingen opgenomen in het verslag: 'werkdruk, werkonderbreking, hoog handelingstempo, vergroot persoonlijk risico, omgaan met eigen en andermans emoties, conflicthantering, autorijden over grote afstanden.' Bij e-mail heeft de directeur bedrijfsvoering van ESD werknemer in het kader van de re-integratie meerdere malen uitgenodigd voor een gesprek op kantoor. Daarbij heeft de directeur op 28 september 2018 aangegeven bereid te zijn werknemer van een trein- of busstation op te halen. Werknemer heeft dezelfde dag per e-mail onder meer aangegeven dat hij op dat moment nog niet in staat is om per trein te reizen. Bij e-mail van 17 mei 2018 heeft een particulier via een contactformulier op de website gevraagd of hij garantie krijgt op een lekkende koffiemachine die werknemer aan hem via Facebook heeft verkocht. Naar aanleiding van deze e-mail heeft ESD Hoffmann Bedrijfsrecherche (hierna: Hoffmann) ingeschakeld om te onderzoeken of werknemer tijdens zijn ziekteperiode werkzaamheden uitvoert en zo ja, om de aard en de omvang hiervan in kaart te brengen. Uit dit onderzoek blijkt kortweg dat werknemer tegen vergoeding koffiemachines verkoopt en repareert vanuit een eigen werkplaats. Op 15 november 2018 heeft ESD telefonisch contact opgenomen met werknemer op het telefoonnummer dat op het visitekaartje stond vermeld dat Hoffmann van werknemer had gekregen. In dit telefoongesprek geeft werknemer aan dat het gebelde telefoonnummer het nummer van zijn vriendin is. Tijdens het telefoongesprek ontkent werknemer dat hij recent koffiemachines heeft verkocht. Tevens ontkent werknemer dat hij

onderhoud pleegt aan koffiemachines en zegt hij in dit verband dat hij wel eens wat gerepareerd heeft maar dat dat alweer een tijdje geleden is en dat het absoluut niet zo is dat hij een bedrijf heeft of dat hij er dag en nacht mee bezig is. ESD verzoekt de arbeidsovereenkomst met de werknemer te ontbinden op grond van (ernstig) verwijtbaar handelen. Door het (via internet) aanbieden, verkopen en repareren van meerdere koffiemachines heeft werknemer in strijd met het concurrentiebeding van zijn arbeidsovereenkomst gehandeld.

### *Oordeel*

De kantonrechter stelt vast dat sprake is van een opzegverbod. Het opzegverbod staat echter niet in de weg aan ontbinding, omdat het verzoek geen verband houdt met de ziekte van de werknemer. Gelet op de constatering van Hoffmann staat in rechte vast dat werknemer over een werkplaats met tien koffiemachines en diverse onderdelen beschikt, dat hij gebruikmaakt van visitekaartjes, dat hij zijn producten en diensten aanbiedt via internet en dat hij tegen betaling koffiemachines heeft verkocht en gerepareerd. Het verweer van werknemer dat zijn werkzaamheden niet concurrerend zijn omdat hij zich enkel richt op de consumentenmarkt terwijl ESD zich alleen zou toeleggen op de zakelijke markt, wordt verworpen. Dat werknemer in de regel dergelijke machines niet buiten zijn reguliere werk bij ESD repareerde maar hiertoe eenmalig door Hoffmann zou zijn bewogen, kan hem niet baten. Ook hetgeen werknemer heeft aangevoerd omtrent de (geringe) omvang van zijn activiteiten, die slechts de verkoop van vier koffiemachines in twee jaar zou omvatten, wordt gezien de constatering van Hoffmann als onvoldoende onderbouwd verworpen. Tevens neemt de kantonrechter in aanmerking voor haar oordeel dat sprake is van verwijtbaar handelen c.q. nalaten door werknemer hetgeen ESD heeft aangevoerd over het verzwijgen en ontkennen van de bewuste activiteiten. De kantonrechter acht het niet onbegrijpelijk of onredelijk dat ESD Hoffmann heeft ingeschakeld. Daartoe wordt van belang geacht hetgeen ESD onweersproken heeft aangevoerd over het gebruik van een schuilnaam door werknemer op het internet en het voor ESD onbekende telefoonnummer op het visitekaartje. Bovendien neemt de kantonrechter in dit verband in aanmerking het ontwijkende, afhoudende gedrag van werknemer in de periode voorafgaand aan de inschakeling van Hoffmann om in overleg te treden met zijn werkgever en zijn mededeling dat hij niet telefonisch maar alleen per e-mail bereikbaar was. Op het op het visitekaartje vermelde 06-nummer was werknemer voor zowel Hoffmann als ESD immers direct bereikbaar. De kantonrechter acht de handelwijze van werknemer ernstig verwijtbaar omdat werknemer – die op de hoogte was van het non-concurrentiebeding in zijn arbeidsovereenkomst – had kunnen en moeten begrijpen dat hij niet (tijdens zijn ziekteperiode) zonder toestemming van zijn werkgever tegen betaling stelselmatig concurrerende werkzaamheden mocht verrichten, terwijl hij hierover bovendien in strijd met de waarheid heeft verklaard tegenover zijn werkgever. Door heimelijk en doelbewust het non-concurrentiebeding te schenden heeft werknemer niet alleen in strijd met dat beding gehandeld, maar heeft hij zich bovendien niet als goed werknemer in de zin van artikel 7:611 BW gedragen. Nu sprake is van ernstig verwijtbaar handelen zijdens werknemer, is ESD de transitievergoeding niet aan werknemer verschuldigd. Tevens is geen aanleiding tot toekenning van een billijke vergoeding aan werknemer. Voorts is de kantonrechter van

oordeel dat de door ESD gemaakte onderzoekskosten van Hoffmann door werknemer moeten worden vergoed.

---

**Instantie:** Rechtbank Noord-Nederland

**Datum uitspraak:** 13-02-2019

**ECLI:** ECLI:NL:RBNNE:2019:558

**Zaaknummer:** 7373534

**Rechters:** E.T.M. Zwart-Sneek

**Advocaten:** L. Bijl en S.W.J. Koenen

**Wetsartikelen:** 7:611 BW, 7:699 lid 3 sub e BW, 7:671b BW en 7:673 BW