

## RECHTSPRAAK

***Ontbinding arbeidsovereenkomst van commercieel directeur op de e-  
grond wegens het onder werktijd onderhouden van een (seksuele)  
affaire met de vrouw van een ondergeschikte. Geen  
transitievergoeding. Terugbetaling loon over de tijd dat werknemer  
hierdoor niet aan het werk was. Gedeeltelijke vernietiging  
concurrentie- en relatiebeding.***

*Feiten*

Werknemer is sinds 1 november 1985 in dienst bij werkgeefster, laatstelijk in de functie van commercieel directeur. Binnen de organisatie geldt de Code of Ethics. Op 1 april 2021 is de heer X in dienst getreden van werkgeefster in de functie van accountmanager en maakt hij deel uit van het team van werknemer. X was getrouwd met mevrouw Y, werkzaam als receptioniste bij een klant van werkgeefster. Y heeft op 13 februari 2022 aan haar man aangekondigd te willen scheiden. X heeft zich op 14 februari 2022 ziek gemeld bij werkgeefster. X heeft op 20 februari 2022 op de gezamenlijke Chromebook van hem en zijn (ex-)vrouw whatsappberichten aangetroffen over de periode van 4 september 2021 tot en met 14 oktober 2021 waaruit blijkt dat Y en werknemer een seksuele relatie hadden. X heeft de betreffende berichten op zondag 20 februari 2022 onder meer laten lezen en overhandigd aan de algemeen directeur en de heer Z, lid van de ondernemingsraad van werkgeefster. De algemeen directeur en Z hebben op 9 respectievelijk 10 mei 2022 een intern verslag opgesteld van de inhoud van het gesprek met X. De beschikbare whatsappberichten tonen aan dat het contact tussen werknemer en Y intensief is geweest. Werknemer en Y hebben vijfmaal op een vrijdagmiddag afgesproken in een huisje of een hotel. De affaire tussen werknemer en Y heeft van juli 2021 tot eind januari, begin februari 2022 geduurd. X heeft op 20 februari 2022 een klacht ingediend over werknemer. Hierbij geeft X ook aan dat sprake is van machtsmisbruik, onder meer doordat de commercieel directeur op 20 februari 2022 heeft gedreigd zijn arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd niet te verlengen als X niet op maandag het werk zou hervatten. Op 21 februari 2022 heeft een gesprek plaatsgevonden tussen werknemer met onder meer de algemeen directeur en de HR-manager namens werkgeefster. Tijdens dit gesprek is aan werknemer medegedeeld dat X een klacht tegen hem heeft ingediend naar aanleiding van het hebben van een affaire met zijn vrouw. Werknemer is op non-actief gesteld hangende het nadere onderzoek dat door werkgeefster zou worden uitgevoerd. Op 25 februari 2022 heeft een vervolgesprek plaatsgevonden. Tijdens dit gesprek is aangekondigd dat werkgeefster tot een beëindiging van het dienstverband met werknemer wilde komen. Partijen hebben onderling overleg gevoerd over een mogelijke minnelijke beëindigingsregeling. Deze gesprekken hebben

niet tot resultaat geleid. Op 29 april 2022 heeft de HR-directeur van werkgeefster werknemer per e-mail bericht dat werkgeefster een verzoekschrift bij de kantonrechter in zou dienen en de verkenning van de alternatieve samenwerking zou staken. Werkgeefster verzoekt de kantonrechter de arbeidsovereenkomst te ontbinden, primair op de e-grond zonder toekenning van een transitievergoeding. Het loon dat werknemer heeft ontvangen over de tijd die gemoeid is geweest met het veelvuldig versturen en ontvangen van privé whatsappberichten onder werktijd wordt door werkgeefster teruggevorderd. Werknemer komt op tegen de verzochte ontbinding en vordert onder meer een gedeeltelijke vernietiging van het concurrentie- en relatiebeding.

### *Oordeel*

### *E-grond*

Vaststaat dat werknemer onder werktijd een seksuele relatie heeft onderhouden met de vrouw van een ondergeschikte. Dit heeft vorm gekregen in meerdere malen tijdens werktijd fysiek afspreken en in de vorm van veelvuldig verzenden van appberichten. Het aantal berichten dat is uitgewisseld in een periode van slechts negen dagen respectievelijk zeven werkdagen, is buitenproportioneel en rechtvaardigt de aanname dat - indien het totale berichtenverkeer tussen werknemer en Y over de gehele duur van de affaire al niet buitensporig is geweest - beduidend minder (effectieve) werktijd resteerde. Ook staat vast dat werknemer zijn positie heeft misbruikt door oneigenlijke druk uit te oefenen op een zieke werknemer, die ook nog eens de echtgenoot van Y was. Werknemer heeft aldus in strijd met de Code of Ethics misbruik gemaakt van zijn positie en gebruikgemaakt van zijn zakelijke telefoon, niet alleen voor het uitwisselen van tekstberichten met een seksuele inhoud, maar ook voor het maken, verzenden, ontvangen en bekijken van foto's en video's met een seksuele inhoud. Die berichten heeft hij - zoals op 14 oktober 2021 - ook bekeken en verzonden in het bijzijn van klanten/derden, waarmee werknemer niet alleen het risico nam dat klanten/derden de berichten zouden kunnen zien, maar ook heeft laten blijken met totaal andere dingen bezig te zijn dan het gesprek met de klant. De kantonrechter acht het gedrag van werknemer verwijtbaar. Werknemer heeft er blijk van gegeven het inzicht te missen dat zijn gedrag niet acceptabel is, door vol te houden dat het een privéaangelegenheid is, door aan te geven dat het appen tijdens een klantbezoek normaal is en door aan te geven dat hij buiten zijn affaire om voldoende uren heeft gewerkt voor zijn werkgever. Dit gebrek aan inzicht onderstreept naar het oordeel van de kantonrechter het standpunt van werkgeefster dat van haar niet gevergd kan worden het dienstverband met werknemer in stand te laten. Een dergelijk gebrek aan inzicht maakt ook de kans van slagen van mediation of een andere interventie, zoals geopperd door werknemer, op voorhand niet realistisch. De kantonrechter is overigens van oordeel dat het ook zonder specifieke bepaling in de Code of Ethics over (het aangaan van) seksuele relaties voor werknemer evident moest zijn dat zijn gedrag zoals hier vastgesteld in het algemeen niet acceptabel is en ook niet acceptabel zou zijn voor werkgeefster en zou kunnen leiden tot het einde van zijn arbeidsovereenkomst. De kantonrechter wijst het verzoek tot toekenning van de transitievergoeding af.

### *Loonvordering*

Vast staat dat werknemer een deel van zijn werktijd heeft besteed aan geheel andere zaken dan aan het uitoefenen van zijn functie. Het (gedeeltelijk) niet werken als gevolg van het onderhouden van de affaire is een omstandigheid die voor rekening van werknemer behoort te komen. Gezien het feit dat de affaire naar eigen zeggen zo'n zes maanden heeft geduurd, de intensiteit van het contact die alleen al spreekt uit het appverkeer van slechts negen dagen en het feit dat werknemer ook zo'n vijf keer een aantal uur per keer onder werktijd heeft afgesproken in een hotel/huisje, is de conclusie gerechtvaardigd dat werknemer geen volledige aanspraak op loon kan maken en dus te veel loon heeft ontvangen. De kantonrechter wijst de vordering tot terugbetaling van loon toe tot een bedrag van € 1.000 bruto.

### *Relatie- en concurrentiebeding*

De kantonrechter vernietigt het relatiebeding zoals opgenomen in de arbeidsovereenkomst gedeeltelijk, in die zin dat de duur wordt teruggebracht van twee jaar naar één jaar na de einddatum van het dienstverband. Hetzelfde geldt voor de duur van het non-concurrentiebeding. Het belang van werkgeefster om werknemer aan de beperkende bedingen te houden is evident, gelet op de duur van het dienstverband van werknemer bij werkgeefster en het feit dat hij daardoor en vanwege zijn positie van de hoed en de rand weet van de bedrijfsvoering en bij klanten het gezicht is van werkgeefster. Hieruit volgt echter meteen onmiskenbaar het belang van werknemer om deels van de beperkende werking van de bedingen bevrijd te worden: hij heeft geen andere werkgever gekend dan werkgeefster en heeft de beste kansen om in zijn inkomen te voorzien in dezelfde branche, ook gelet op zijn leeftijd van inmiddels 61 jaar. De kantonrechter weegt het belang van werknemer zwaarder; daarbij weegt mee dat de bedingen na gedeeltelijke vernietiging zoals hierna vermeld de belangen van werkgeefster ook nog voldoende beschermen.

---

**Instantie:** Rechtbank Zeeland-West-Brabant

**Datum uitspraak:** 09-11-2022

**ECLI:** ECLI:NL:RBZWB:2022:6636

**Zaaknummer:** 9883752 AZ VERZ 22-41

**Rechters:** J.C.M. Nuijten

**Advocaten:** A. Birkhoff en S.S. Wahab

**Wetsartikelen:** 7:628 BW, 7:653 BW, 7:669 lid 3 sub e BW en 7:671b BW