

RECHTSPRAAK

Werkgeefster mocht remplaçant in loondienst verbieden bij een ander orkest te blijven werken bij een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Ontbinding arbeidsovereenkomst op de e-grond.*Feiten*

Werknemer heeft in de periode van begin september 2014 tot en met maart 2019 als remplaçant werkzaamheden verricht voor werkgeefster. Een remplaçant is een musicus die op basis van een arbeidsovereenkomst tijdelijk als vervanger of als aanvulling in het orkest speelt. Per 1 oktober 2019 zou werknemer in dienst treden bij werkgeefster. Hierbij heeft werkgeefster aangegeven dat de nevenfunctie bij orkest X alleen is toegestaan gedurende een dienstverband voor bepaalde tijd bij werkgeefster. Per 1 augustus 2021 hebben partijen een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd gesloten. In de e-mail bij de arbeidsovereenkomst is onder meer opgenomen dat het dienstverband voor onbepaalde tijd bij werkgeefster niet verenigbaar is met een arbeidsovereenkomst bij orkest X. In de uiteindelijke arbeidsovereenkomst is een bepaling opgenomen over het tijdstip van het verbod op de nevenactiviteiten: *Partijen komen overeen dat dit verbod ten aanzien van het orkest X geldt vanaf een nader te bepalen tijdstip, te weten het volgende tijdstip: - na het verstrijken van een termijn van 6 maanden, te rekenen van de datum van het (nu in verband met Covid-19 gerelateerde maatregelen uitgestelde) aanvoerder hobo proefspel, - doch niet eerder dan na het verstrijken van het seizoen 2021-2022, derhalve eerst vanaf 1 augustus 2022.* Eind 2021 heeft werknemer het proefspel "Aanvoerder Hobo" gewonnen. Bij brief van 1 januari 2022 heeft werkgeefster aan werknemer medegedeeld dat zijn functie na het winnen van het proefspel per 1 januari 2022 is gewijzigd en werknemer gewezen op de termijn van zes maanden waarbinnen hij een keuze dient te maken over het al dan niet voortzetten van zijn dienstverband bij orkest X. Partijen hebben daarna gecorrespondeerd, waarbij werknemer zich op het standpunt heeft gesteld dat hij niet gebonden is aan eerdere afspraken omtrent het (al dan niet) voortzetten van zijn dienstverband bij orkest X. In eerste aanleg is de arbeidsovereenkomst op verzoek van werkgeefster ontbonden op de e-grond. Hier komt werknemer in hoger beroep tegen op. In de grieven betoogt werknemer onder meer dat de kantonrechter ten onrechte heeft overwogen dat er geen objectieve reden is op grond waarvan het bepaalde in artikel 8 van de arbeidsovereenkomst van 1 augustus 2021 gerechtvaardigd is. Werknemer stelt dat er geen sprake is van overtreding van de Arbeidstijdenwet en handhaaft zijn beroep op het bepaalde in artikel 7:653a BW.

Oordeel

Het hof stelt vast dat tussen partijen in geschil is of hier sprake is van een gerechtvaardigd

beding op grond van een objectieve reden. Tussen partijen staat vast dat werknemer bij werkgeefster een dienstverband had met een omvang van 75% van een fulltime dienstverband en bij het orkest X van 65%. De kantonrechter heeft op basis daarvan een berekening gemaakt van het aantal uren dat werknemer op jaarbasis moet werken en constateert strijd met artikel 6 van de Arbeidstijdenwet. Het betoog van werknemer dat hij feitelijk minder uren voor orkest X werkt dan de kantonrechter heeft berekend, is naar het oordeel van het hof niet relevant. Het gaat om de vraag of werkgeefster voldoende belang heeft bij het bepaalde in artikel 8 van de arbeidsovereenkomst. Het voorkomen van strijdigheid met de Arbeidstijdenwet is een zodanig belang en het enkele feit dat werknemer 65% van een fulltime dienstverband bij het orkest X werkt, onderbouwt dit belang in voldoende mate. Op grond van artikel 5.16:2 Arbeidstijdenbesluit en artikel 7 CAO dient werkgeefster als werkgever de arbeid zodanig te organiseren dat een werknemer “c. ten hoogste gemiddeld 40 uren per week in elke periode van 52 aaneengesloten weken arbeid verricht, (...)”. Het enkele feit dat werknemer feitelijk minder uren werkt dan het 65%-dienstverband voor orkest X doet vermoeden, maakt dit belang niet anders. In de berekening van werknemer zou het aantal uren in beide dienstverbanden net onder het maximum toelaatbare aantal in de hiervoor gememoreerde regeling vallen maar gesteld noch gebleken is dat het maximum van 40 uren arbeid niet in enige week zal worden overtreden. Voorts ziet de hiervoor aangehaalde regelgeving onder d. ook op rusttijden, zijnde minimaal 11 uur in elke aaneengesloten periode van 24 uren (met een enkele uitzondering) en ten minste één weekend per 4 weken. Waar het op neerkomt is, zoals werkgeefster dit in juni 2021 met werknemer heeft besproken en dit ook aan hem bij e-mail van 29 juni 2021 heeft bevestigd, dat het hebben en houden van de twee dienstverbanden met de vaststaande omvang een té zware wissel trekt op de musicus en het orkest. Zoals werkgeefster dit ook heeft verwoord in haar verzoek in eerste aanleg, wil zij de verantwoordelijkheid niet dragen als bij overtreding van de Arbeidswet werknemer iets overkomt. Dit is, naar het oordeel van het hof, een gerechtvaardigd belang.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 20-07-2023

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2023:2397

Zaaknummer: 200.322.791/01

Rechters: J.M.H. Schoenmakers, J.W. van Rijkom en M. van der Schoor

Advocaten: S.H.O. Aben en D.I.M.E. Hermans

Wetsartikelen: 7:653a BW, 7:669 lid 3 sub e BW, 7:671b BW en 7:683 BW