

de proefplaatsing) zou moeten plaatsvinden. Immers, ook in de situatie waarin het UWV de ontslaanvraag heeft afgewezen en de werkgever (binnen twee maanden) een ontbindingsverzoek indient ex art. 7:671 lid 1 sub b BW, beoordeelt de kantonrechter het verzoek ex nunc.

#### Conclusie

Een proefplaatsing is een goed middel om te testen of een werknemer geschikt is voor herplaatsing in een bepaalde functie. De proefplaatsing is een onzekere periode voor de werknemer die niet langer moet duren dan nodig is. De werkgever dient hierbij als goed werkgever ex art. 7:611 BW dan ook zeer zorgvuldig te werk te gaan en duidelijk te communiceren (dus op schrift) met de werknemer.

Er is duidelijk overeenstemming tussen hetgeen de werkgever moet doen tijdens een proefplaatsing en tijdens een verbetertraject in het kader van disfunctioneren. Zaak is om vooraf duidelijk de verwachtingen vast te leggen, regelmatig te evalueren, te begeleiden, duidelijk te communiceren, alles goed vast te leggen en voortvarend te werk te gaan. Doet een werkgever dit niet, dan komt dit voor rekening van de werkgever en zal de kantonrechter het ontbindingsverzoek afwijzen, met alle gevolgen van dien.

E.M.Y. Sørensen en K.G. Kapel  
Sørensen Advocaten

179
<p>Rechtbank Rotterdam (Kantonrechter) 19 juli 2018, nr. 6911942\ VZ VERZ 18-11005 ECLI:NL:RBROT:2018:5901 (mr. Kruisdijk) Noot A. Briejer, tevens behorend bij «JIN» 2018/177</p>
<p><b>Drugs. Casino. Tegenbewijs. Ernstig verwijtbaar. Verstoorde arbeidsverhouding.</b></p>
<p><b>Casinomedewerker krijgt mysterieus, klein plastic zakje overhandigd door een klant. Volgens werknemer betreft het een 'sample' rozemarijn voor zijn webwinkel. Werkgeefster verzoekt ontbinding zowel ingeval sprake is van drugs als ingeval sprake is van rozemarijn (want verbod verrichten nevenwerkzaamheden geschonden).</b></p>
[BW art. 7:669, 7:671b, 7:673]

1266

Werknemer is werkzaam als zaalmedewerker bij werkgeefster, een casino. In de arbeidsovereenkomst is een verbod op het uitvoeren van nevenwerkzaamheden (zonder instemming van werkgeefster) opgenomen. Nadat werknemer een klein, plastic zakje krijgt overhandigd door een klant, wordt hij op non-actief gesteld. Werkgeefster meent dat er drugs in het zakje zaten, maar volgens werknemer betreft het een 'sample' rozemarijn voor de door hem gedreven webshop. Werkgeefster verzoekt ontbinding van de arbeidsovereenkomst op de e-, g- dan wel h-grond.

De kantonrechter acht de door werknemer gegeven verklaring ongeloofwaardig. De camerabeelden van werkgeefster roepen het beeld op van het willen verbloemen van een illegale transactie. Daarbij wordt mede in aanmerking genomen dat de stelling van werknemer dat hij rozemarijn verkoopt in zijn online groente- en

fruitwinkel niet blijkt uit de uitdraaien van de Facebookpagina van die winkel. De kantonrechter acht het voorshands bewezen dat de inhoud van het plastic zakje drugs betrof. Werknemer wordt in de gelegenheid gesteld tegenbewijs te leveren.

Als werknemer er niet in slaagt tegenbewijs te leveren, dan geldt het volgende. Werkgeefster heeft onbetwist gesteld dat op de werkvloer een hoge mate van integriteit en betrouwbaarheid onmisbaar en evident is. Werknemer heeft erop gewezen dat het enkel voorhanden hebben van een geringe hoeveelheid legale softdrugs in Nederland niet strafbaar is gesteld in de wet. Daarmee miskent hij dat in een arbeidsrechtelijke relatie ook andere normen en waarden (kunnen) gelden dan in strafrechtelijk perspectief. Een invulling daaraan is door werkgeefster expliciet gegeven in haar personeels-handboek (te weten: een overtreding zal onherroepelijk leiden tot beëindiging van het dienstverband). Werknemer was ook met dit handboek bekend, hoewel hij betwist met de inhoud daarvan bekend te zijn geweest. Dit komt volgens de kantonrechter echter voor zijn eigen rekening. Als geen tegenbewijs wordt geleverd, wordt de arbeidsovereenkomst ontbonden op een in de eindbeschikking bepaalde datum. Daarbij zal, wegens ernstig verwijtbaar handelen, geen transitievergoeding verschuldigd zijn. Bovendien zal de arbeidsovereenkomst met onmiddellijke ingang worden ontbonden. Als werknemer erin slaagt tegenbewijs te leveren, dan geldt het volgende. Door het in ontvangst nemen van de rozemarijn tijdens zijn werkzaamheden is vast komen te staan dat werknemer zijn nevenwerkzaamheden (ook) in 'de baas z'n tijd' verricht. Dat is weliswaar niet heel netjes te noemen, maar rechtvaardigt gezien de geringe hoeveelheid tijd en overlast die met de overhandiging is gemoeid op zich geen ontbinding van de arbeidsovereenkomst. In samenhang gezien met de starre houding van werknemer naar aanleiding van het verzoek van werkgeefster om met zijn nevenwerkzaamheden te stoppen, echter wél. Werkgeefster heeft werknemer namelijk meermaals verzocht te stoppen met het verrichten van zijn nevenwerkzaamheden, wat hij heeft geweigerd. Vervolgens heeft werkgeefster haar instemming voor het verrichten van de nevenwerkzaamheden schriftelijk ingetrokken. Dit heeft vervolgens geleid tot een escalatie tussen werkgeefster en werknemer. Bovendien heeft werkgeefster slechts instemming verleend tot het exploiteren van een fysieke winkel. De online winkel die werknemer momenteel exploiteert, verschilt wezenlijk van een fysieke winkel. Een online winkel draait immers 24 uur per dag door, waarbij ook verzendservices worden aangeboden. Het had op de weg gelegen van werknemer om voor het drijven van deze online winkel (additionele) instemming te vragen. Werknemer heeft zich in dit proces niet als goed werknemer gedragen. Alles overwegende komt de kantonrechter tot het oordeel dat de arbeidsovereenkomst bij het slagen van het leveren van tegenbewijs wordt ontbonden wegens een verstoorte arbeidsverhouding, waarbij rekening zal worden gehouden met de opzegtermijn en een transitievergoeding verschuldigd is.

de vennootschap onder firma V.O.F. Amusementcenter Marienersweg, gevestigd te Rotterdam, verzoekster, gemachtigde: mr. R.G.M. Michels, tegen [verweerder], woonplaats: [plaatsnaam], verweerder, gemachtigde: mr. D.W.E. Urbanus.

Partijen worden hierna aangeduid als 'Be One' en '[verweerder]'.

## Kantonrechter:

### 1. Het verloop van de procedure

1.1. Het verloop van de procedure volgt uit de volgende processtukken, waarvan de kantonrechter kennis heeft genomen:

- het verzoekschrift met producties, ter griffie ontvangen op 17 mei 2018;
- het verweerschrift met producties, ter griffie ontvangen op 28 juni 2018;
- het faxbericht van [verweerder] van 5 juli 2018 met één productie;
- de pleitaantekeningen van Be One, en
- de pleitaantekeningen van [verweerder].

1.2. De mondelinge behandeling heeft plaatsgevonden op 10 juli 2018. Be One werd vertegenwoordigd door de heer [R.], bijgestaan door mr. Michels. [verweerder] is in persoon verschenen, bijgestaan door mr. Urbanus. Van het verhandelde ter zitting heeft de griffier aantekening gehouden.

1.3. De datum voor de uitspraak van deze beschikking is bepaald op heden.

### 2. De vaststaande feiten

Als enerzijds gesteld en anderzijds erkend, dan wel niet of onvoldoende gemotiveerd weersproken, staat tussen partijen het volgende vast.

2.1. [verweerder], geboren op [geboortedatum] 1985, is per 28 januari 2014 in dienst getreden bij Be One als zaalmedewerker voor 40 uur per week tegen een bruto salaris van € 2361,= per maand op basis van 174 uur per maand, vermeerderd met emolumenten. V.O.F. Amusementcenter Mariniersweg exploiteert een casino genaamd Be One. Daar is [verweerder] werkzaam; sinds 28 juli 2015 op grond van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.

2.2. Artikel 13 van de arbeidsovereenkomst luidt als volgt: “Het is de werknemer verboden bij derden betaalde of niet betaalde arbeid te verrichten en/of zaken te doen voor eigen rekening, tenzij werkgever hiermee uitdrukkelijk schriftelijk heeft ingestemd.”

2.3. Met ingang van 1 december 2017 zijn partijen een arbeidstijdwijziging overeengekomen. Vanaf die datum geldt voor [verweerder] een arbeidstijd van 32 uur per week tegen een maandloon van € 1981,02 bruto, exclusief emolumenten.

2.4. Op 13 maart 2018 heeft er een gesprek plaatsgevonden tussen partijen naar aanleiding van camerabeelden van 28 januari 2018, waarop is te zien dat [verweerder] een klein, doorzichtig plastic zakje over de toonbank aangereikt krijgt en aanneemt van een klant. [verweerder] is na het gesprek op non-actief gesteld met behoud van loon.

2.5. Bij schrijven van 20 maart 2018 heeft [verweerder] bezwaar gemaakt tegen zijn non-actiefstelling en heeft hij zich bereid gehouden voor het verrichten van zijn werkzaamheden.

### 3. Het verzoek

3.1. Be One verzoekt de arbeidsovereenkomst tussen partijen te ontbinden, primair op grond van ernstig verwijtbaar handelen als bedoeld in artikel 7:669 lid 3 sub e BW, subsidiair op grond van een ernstig verstoorde arbeidsverhouding als bedoeld in artikel 7:669 lid 3 sub g BW en meer subsidiair op grond van andere omstandigheden als bedoeld in artikel 7:669 lid 3 sub h BW, een en ander zodanig dat van Be One in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst met [verweerder] te laten voortduren, alsmede te bepalen dat de arbeidsovereenkomst op grond van artikel 7:671b lid 8 BW zal eindigen op 30 juni 2018 of een zo spoedig mogelijk tijdstip en dat aan [ver-

weerder] generlei vergoeding toekomt, met veroordeling van [verweerder] in de proceskosten.

3.2. Aan haar verzoek legt Be One allereerst ten grondslag dat [verweerder] tijdens zijn werkzaamheden in het casino op 28 januari 2018 op de werkvloer een plastic zakje gevuld met drugs van een klant in ontvangst heeft genomen. Daarnaast voert Be One aan dat [verweerder] in strijd met artikel 13 van de arbeidsovereenkomst en zonder toestemming van Be One nevenwerkzaamheden verricht die een nadelige invloed hebben op zijn functioneren in loondienst bij Be One. Ten slotte wordt [verweerder] verweten dat hij niet heeft voldaan aan een redelijke opdracht tot beëindigen van die nevenwerkzaamheden.

3.3. [verweerder] betwist het verzoek. Daartoe voert hij aan dat hij weliswaar een doorzichtig plastic zakje van een klant heeft aangenomen tijdens werktijd, maar dat het zakje het keukenkruid rozemarijn bevatte (en geen drugs). Be One heeft toestemming gegeven voor zijn nevenwerkzaamheden en aan die toestemming mag Be One niet zomaar voorwaarden verbinden, of de toestemming intrekken. [verweerder] concludeert tot afwijzing van het verzoek.

### 4. Het tegenverzoek

4.1. [verweerder] verzoekt de kantonrechter, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad,

#### primair

I. te bepalen dat Be One wordt opgedragen om [verweerder] binnen 2 dagen na de datum van de beschikking weer op te roepen voor zijn gebruikelijke werkzaamheden en weer toe te laten tot zijn werkplek;

subsidiair, voor zover het ontbindingsverzoek van Be One wordt toegewezen;

II. aan [verweerder] een transitievergoeding van € 3139,50 bruto toe te kennen, althans een door de kantonrechter te bepalen transitievergoeding;

III. aan [verweerder] een billijke vergoeding van € 25.000,= toe te kennen, althans een door de kantonrechter te bepalen billijke vergoeding;

IV. Be One te veroordelen in de kosten van de procedure.

4.2. [verweerder] verwijst ter onderbouwing van zijn zelfstandig tegenverzoek naar de door hem ingenomen standpunten ter verweer op het verzoek van Be One.

### 5. De beoordeling

5.1. Het gaat in deze zaak om de vraag of en zo ja, op welke grond, de arbeidsovereenkomst tussen partijen moet worden ontbonden. In geval van ontbinding moet ook worden beoordeeld of aan de werknemer een vergoeding dient te worden toegekend.

5.2. Van opzegverboden zoals bedoeld in artikel 7:671b lid 2 BW is ten aanzien van het onderhavige verzoek niet gebleken.

5.3. De kantonrechter stelt voorop dat uit artikel 7:669 lid 1 BW volgt dat de arbeidsovereenkomst alleen kan worden ontbonden indien daar een redelijke grond voor is en herplaatsing van de werknemer binnen een redelijke termijn niet mogelijk is of niet in de rede ligt. In artikel 7:669 lid 3 BW is nader omschreven wat onder een redelijke grond moet worden verstaan. Be One voert primair aan dat de redelijke grond voor ontbinding is gelegen in het verwijtbaar handelen van [verweerder] zoals bedoeld onder e van voornoemd artikellid. Uit artikel 7:671b lid 8, aanhef en onder b BW blijkt dat indien het verzoek om ontbinding een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd betreft, zoals in het onderhavige geval, en de kantonrechter het verzoek inwilligt, hij het einde van de arbeidsovereenkomst kan bepalen op een eerder tijdstip dan zoals onder a van dat lid is voorgeschreven, indien de ontbinding van de arbeidsovereenkomst

het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer. Ook voor de vraag of Be One aan [verweerder] een transitievergoeding verschuldigd is, is het – gelet op het bepaalde in artikel 7:673 lid 7, aanhef en onder c BW – van belang of het handelen van [verweerder] als ernstig verwijtbaar kan worden aangemerkt. Derhalve wordt allereerst beoordeeld of sprake is van ernstig verwijtbaar handelen aan de zijde van [verweerder].

5.4. Be One voert primair aan dat [verweerder] onder werktijd tijdens zijn kassawerkzaamheden een klein, doorzichtig, plastic zakje zonder opdruk met drugs van een klant in ontvangst heeft genomen. Ter onderbouwing van haar stelling op dit punt heeft Be One tijdens de mondelinge behandeling camerabeelden getoond van deze gebeurtenis op 28 januari 2018. [verweerder] erkent dat hij een klein, doorzichtig, plastic zakje zonder opdruk van een klant in ontvangst heeft genomen onder werktijd, tijdens zijn kassawerkzaamheden, maar betwist dat er drugs in dat zakje zat. [verweerder] stelt zich op het standpunt dat het zakje een ‘sample’ rozemarijn betrof. Hij geeft te kennen dat hij voor zijn online groente- en fruitwinkel ‘[handelsnaam verweerder]’ op zoek was naar de goedkoopste ‘handel’ (in rozemarijn) en in dat kader de betreffende sample van de klant heeft gekregen. Het betrof een vaste klant in het casino die in de horeca werkzaam was en op een bepaald moment is ter sprake gekomen dat [verweerder] kruiden nodig had voor zijn bedrijf (de online groente- en fruitwinkel). Dat kon de betreffende klant aan hem leveren. [verweerder] en de klant hebben afgesproken dat de klant in het casino een sample van de eventueel in de toekomst af te nemen rozemarijn aan [verweerder] zou overhandigen. Die locatie is gekozen omdat ze daar allebei (vrijwel) dagelijks aanwezig waren. Aldus de lezing van [verweerder].

5.5. De kantonrechter acht de door [verweerder] gegeven verklaring ongelofwaardig. Op de camerabeelden is goed te zien dat de klant alvorens het zakje aan [verweerder] te overhandigen eerst om zich heen kijkt (naar het lijkt om zich ervan te vergewissen dat niemand naar hem kijkt). Vervolgens haalt hij zeer voorzichtig het zakje uit zijn broekzak en schuift het vlug, met zijn hand het zakje bedekkend, op de ‘toonbank’ richting [verweerder]. [verweerder] pakt het zakje aan, ook weer met zijn hand op/om het zakje, en stopt het zakje meteen in zijn broekzak, zonder het zakje en/of de inhoud ervan een blik waardig te gunnen (dan wel, bijvoorbeeld er aan te ruiken, wat geen onlogische reactie zou zijn als het een zakje verse kruiden betreft). Tijdens de overhandiging maakt [verweerder] een zenuwachtige indruk. Prompt nadat hij het zakje in zijn broekzak heeft gestopt, staat [verweerder] op, slaat met zijn linkerhand enkele keren boven zijn hoofd op een rand boven de camera en loopt vervolgens onrustig rond richting de andere camera (aan de rechterzijde, schuin achter hem), waar hij inkijkt en weer ijsberend terug loopt naar de plek waar de overhandiging heeft plaatsgevonden (bij het loket). De camerabeelden roepen het beeld op van het willen verbloemen van een illegale transactie. Dat sprake is van het ‘overhandigen van drugs’ is een stelling die dan ook niet slechts suggestief te noemen is, zoals door [verweerder] is aangedragen. De uitleg die door [verweerder] is gegeven maakt dat, nu zijn uitleg is betwist en er (nog) geen bewijs voorhanden is, op dit moment in de procedure, (nog) niet anders. Daarbij wordt mede in aanmerking genomen dat de stelling van [verweerder] dat hij rozemarijn verkoopt in zijn online groente- en fruitwinkel, anders dan door hem is bepleit, niet blijkt uit de door Be One in het geding gebrachte uitdraaien van de facebook pagina van die winkel. [verweerder] biedt weliswaar Roseval aardappelen aan en geeft daarbij een tip hoe die te bereiden, te weten – kort gezegd – in de oven met kruiden,

maar daaruit blijkt niet dat dat kruid rozemarijn betreft, laat staan dat je dat ook in de online winkel kunt aanschaffen. Verder valt niet in te zien waarom [verweerder] een sample van de rozemarijn nodig had om zich ervan te vergewissen of hij bij deze leverancier de goedkoopste deal kon krijgen. [verweerder] geeft te kennen dat hij uiteindelijk geen zaken heeft gedaan met deze leverancier, omdat ‘hij te duur was’. Om te komen tot die constatering is, zondert nadere toelichting die ontbreekt, geen sample nodig van het product.

5.6. Gelet op het voorgaande acht de kantonrechter het voorschands bewezen dat de inhoud van het plastic zakje drugs betrof. [verweerder] wordt in de gelegenheid gesteld om tegenbewijs te leveren. Als [verweerder] slaagt in het leveren van dat tegenbewijs, dan heeft het oordeel dat hierna volgt in het kader van de nevenwerkzaamheden te gelden. Als [verweerder] niet slaagt in het leveren van dat tegenbewijs, dan geldt het eerstvolgende (de overwegingen 5.7 tot en met 5.10).

5.7. Be One heeft onbetwist gesteld dat – gelet op de aard van de werkzaamheden van [verweerder] – op de werkvloer een hoge mate van integriteit en betrouwbaarheid onmisbaar en evident is. Dat wordt door [verweerder] ook niet betwist. Wel wijst [verweerder] erop dat het enkele voorhanden hebben van een geringe hoeveelheid legale softdrugs in Nederland niet strafbaar is gesteld in de wet. Daarmee miskent hij dat in een arbeidsrechtelijke relatie ook andere normen en waarden (kunnen) gelden dan in strafrechtelijk perspectief. Een invulling daaraan is door Be One expliciet gegeven in haar personeelshandboek. Daarin staat dat het bezit en/of gebruik van alcohol en drugs tijdens werkzaamheden in het casino een ernstige overtreding vormt en dat als sprake is van zo’n ernstige overtreding dit onherroepelijk zal leiden tot beëindiging van het dienstverband met de betreffende werknemer. [verweerder] heeft eerst aangevoerd dat hij niet met enig handboek bekend is, maar tijdens de mondelinge behandeling heeft hij erkend dat hij in ieder geval eind 2017 een vernieuwde versie daarvan overhandigd heeft gekregen. Hij is dus wel degelijk bekend met het bestaan van het handboek. Hij bedoelt blijkbaar dat hij geen kennis heeft genomen van de inhoud ervan. Hij heeft naar eigen zeggen alleen de eerste pagina’s bekeken en het handboek toen aan Be One terug gegeven met de mededeling “dat het handboek 65 spelfouten bevat”. Die opmerking was volgens [verweerder] “meer bij wijze van spreken”. Wat er ook van zij, het komt voor risico van [verweerder] als hij niet daadwerkelijk kennis heeft genomen van de inhoud van het draaiboek, terwijl hij daartoe door Be One wel deugdelijk in de gelegenheid is gesteld.

5.8. Een en ander leidt tot het oordeel dat het handelen van [verweerder] wordt gekwalificeerd als ernstig verwijtbaar. Gelet op de ernst van de gedraging kan van Be One naar het oordeel van de kantonrechter, onder de gegeven omstandigheden, niet worden verlangd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. Dat leidt tot de conclusie dat de door Be One aangevoerde feiten en omstandigheden een voldragen ‘e-grond’ opleveren. Daaruit vloeit voort dat herplaatsing niet in de rede ligt. Gelet op de ernstige verwijtbaarheid is een beëindiging op kortere termijn dan die in artikel 7:671b lid 8 onder a BW bedoeld gerechtvaardigd. De arbeidsovereenkomst tussen partijen wordt ontbonden op een in de eindbeschikking bepaalde datum.

5.9. Uit het voorgaande vloeit voort dat het eindigen van de onderhavige arbeidsovereenkomst het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen van [verweerder]. Dat betekent dat op grond van artikel 7:673 lid 7, aanhef en onder c BW de transitievergoeding (op grond het eerste lid van dat artikel) door de werkgever niet verschuldigd is. [verweerder] maakt weliswaar aanspraak op een transitievergoeding, maar hij heeft geen gemotiveerd beroep gedaan op de uitzondering op voornoemd regel, zoals

is opgenomen in artikel 7:673 lid 8 BW. De door Be One gevraagde verklaring voor recht dat zij geen transitievergoeding aan [verweerder] is verschuldigd, zal dan ook in de eindbeschikking worden verleend.

5.10. Uit het voorgaande vloeit eveneens voort dat ook voor toewijzing van een billijke vergoeding aan [verweerder] geen aanleiding bestaat.

5.11. Als [verweerder] zou slagen in het leveren van het aan hem opgedragen tegenbewijs, dan heeft het volgende te gelden. Vast zou dan staan dat de inhoud van het plastic zakje geen drugs maar rozemarijn betreft. Thans houdt [verweerder] zich naar eigen zeggen in zijn vrije tijd bezig met het drijven van zijn eigen onderneming onder de naam '[handelsnaam verweerder]'. Door het in ontvangst nemen van de rozemarijn tijdens zijn werkzaamheden voor Be One is echter vast komen te staan dat hij zijn nevenwerkzaamheden (ook) in 'de baas z'n tijd' verricht. Dat is weliswaar niet heel netjes te noemen, maar rechtvaardigt gezien de geringe hoeveelheid tijd en overlast die met de overhandiging is gemoeid op zich geen ontbinding van de arbeidsovereenkomst. In samenhang bezien met de starre houding van [verweerder] naar aanleiding van het verzoek van Be One om met zijn nevenwerkzaamheden te stoppen wel.

5.12. Vast staat dat [verweerder] een fysieke groente- en fruitwinkel heeft geëxploiteerd. Voor die werkzaamheden had hij toestemming van Be One. Die toestemming staat niet op schrift, maar dat doet naar het oordeel van de kantonrechter, en van [verweerder], aan de betekenis ervan niet af. Be One stelt zich op het standpunt dat de toestemming altijd onder de voorwaarde is gegeven dat het werk van [verweerder] bij Be One niet onder de nevenwerkzaamheden zou lijden. [verweerder] betwist dat en voert daartoe aan dat die voorwaarde niet vooraf contractueel is afgesproken zodat deze voorwaarde niet rechtsgeldig is overeen gekomen. Net als de toestemming aan sich, behoeft een daar aan gestelde voorwaarde echter niet per se schriftelijk te zijn overeengekomen om werking te hebben. De door Be One gestelde voorwaarde betreft bovendien niet een bijzondere voorwaarde, maar een algemene voorwaarde die een uitvloeisel is van het beginsel van goed werknemerschap. Het is evident dat een werkgever, die immers het loon van de werknemer betaalt, haar toestemming om nevenwerkzaamheden te verrichten niet zal verlenen/continueren indien die werkzaamheden ten koste gaan van het werk dat de betreffende werknemer in dienst van de 'primaire' werkgever verricht, althans zou moeten verrichten. Dat zou [verweerder] ook moeten begrijpen.

5.13. Het klopt dat de branche waarin [verweerder] zijn nevenwerkzaamheden verricht in beginsel niet concurrerend is met de branche waarin Be One opereert, maar als [verweerder] niet meer optimaal presteert in het casino, dan zijn de nevenwerkzaamheden toch in zekere zin concurrerend te noemen. In het functioneringsverslag van 12 februari 2018 – notabene nog voor de 'ontdekking' van het overhandigen van het plastic zakje – wordt onder werk- of privé omstandigheden welke de functie-ervulling hebben beïnvloed expliciet het volgende vermeld: "Ik denk dat je winkel die je gehad heb je houding niet ten goede is gekomen. Wat je zelf ook weleens aangaf: 'ik kom hier om te rusten'". Onder 'opmerkingen' is geen commentaar op dit punt van [verweerder] opgenomen, terwijl dat ten aanzien van andere zaken die volgens hem onjuist in het verslag zijn opgenomen wel het geval is. Weliswaar heeft [verweerder] het verslag niet ondertekend, maar het had op zijn weg gelegen om in deze procedure gemotiveerd verweer te voeren tegen de juistheid van de inhoud van het verslag, althans om op z'n mist aan te geven op welke onderdelen het verslag volgens hem niet overeenkomt met de waarheid. De weigering om het verslag te ondertekenen doet niet de algehele geloofwaardigheid van de

inhoud van het verslag teniet. In ieder geval komt uit het verslag een beeld naar voren van een werknemer die niet lekker in zijn vel zit en van een verhouding tussen werkgever en werknemer die niet erg soepel verloopt. Dat volgt bijvoorbeeld ook uit de algehele beoordeling: "[verweerder] zou een goede medewerker kunnen zijn maar kan ook zeker dwarsliggen als het niet gaat zoals hij het wil. In het begin ging het een stuk beter en zal hij nu de rust weer moeten vinden om 'door te gaan'". Ook worden benoemd 'zijn strubbelingen binnen het bedrijf' en klachten van klanten over de wijze van aanspreken bij sluitingstijd. Het verslag vermeldt dat [verweerder] een rechtszaak zou aanspannen als dit laatste punt in het verslag blijft staan. Het is opmerkelijk dat [verweerder] over dit alles in het geheel geen toelichting heeft gegeven.

5.14. Bovendien stelt Be One zich op het standpunt dat de nevenwerkzaamheden waarvoor zij de toestemming – onder voorbehoud – aan [verweerder] heeft gegeven ziet op zijn fysieke winkel en niet op de online werkzaamheden die hij thans verricht. [verweerder] betwist niet dat de oorspronkelijke toestemming inderdaad zag op de fysieke winkel. Uit het procesdossier blijkt dat [verweerder] op enig moment met die winkel is gestopt. Wat daar ook de reden van is geweest, nergens uit blijkt dat er voor de online winkel opnieuw toestemming is gevraagd en/of verkregen. Volgens [verweerder] is de online winkel een voortvloeisel uit de fysieke winkel, zodat het niet als nieuwe nevenwerkzaamheden heeft te gelden en de door Be One eerder gegeven toestemming is blijven gelden. Nog los van de vraag óf de toestemming voor de fysieke winkel wel is blijven voortduren (zie hierboven), is het exploiteren van een fysieke winkel geenszins gelijk te stellen met het drijven van een online onderneming. Een fysieke winkel heeft vastgestelde openingstijden, een online winkel draait 24 uur per dag door zoals ook blijkt uit de door Be One in het geding gebrachte uitdraaien van de facebookpagina van [handelsnaam verweerder]. De online winkel voorziet tevens in de bezorging van de producten, hetgeen uiteraard ook een aanzienlijke tijdsinvestering met zich brengt. Het kan zijn dat er ten behoeve van de fysieke winkel ook wel eens iets op facebook werd geplaatst, maar de online winkel heeft een andere naam dan de fysieke winkel, zodat er wel degelijk sprake is van een nieuwe onderneming en niet slechts van een geringe verandering van het concept van de eerste onderneming, zoals door [verweerder] is aangedragen. [verweerder] had moeten begrijpen dat voor een dergelijke, ingrijpende, wijziging van het soort nevenwerkzaamheden, een nieuwe (schriftelijke) toestemming van Be One – op grond van de arbeidsovereenkomst – vereist was. Het had in ieder geval op de weg van [verweerder] gelegen om, na de intrekking van de toestemming door Be One bij schrijven van 23 november 2017, het gesprek met Be One daarover aan te gaan. Door zijn nevenwerkzaamheden ondanks dit schrijven onverminderd voort te zetten, althans gewijzigd uit te voeren, zonder enige vorm van overleg, heeft [verweerder] zich niet als goed werknemer gedragen. Be One heeft in dat verband nog aangevoerd dat [verweerder] tijdens het gesprek op 13 maart 2018 heeft aangegeven dat hij een loods heeft gehuurd in verband met zijn online werkzaamheden en ten aanzien daarvan vast zit aan een huurcontract als gevolg waarvan hij helemaal niet kan stoppen met zijn nevenwerkzaamheden. Dat klemt te meer omdat Be One onbetwist heeft gesteld dat de huurovereenkomst van de betreffende loods eerst na november 2017, en dus na het verzoek om te stoppen met de nevenwerkzaamheden, door [verweerder] is aangegaan. Bovendien heeft in zijn algemeenheid te gelden dat toestemming van een werkgever voor het verrichten van nevenwerkzaamheden nimmer oneindig is in tijd en omvang.

5.15. Het voorgaande leidt tot het oordeel dat er, in ieder geval,



sprake is van een redelijke grond voor ontbinding als bedoeld in artikel 7:671b lid 1 onder a BW, in verbinding met artikel 7:669 lid 3 onder g BW, een zogenaamde verstoorde arbeidsverhouding. Onder de gegeven omstandigheden kan van Be One – mede gelet op de aard van de werkzaamheden van [verweerder] – niet worden verlangd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. Diezelfde omstandigheden leiden tot het oordeel dat herplaatsing niet in de rede ligt en dat het handelen van [verweerder] niet als ernstig verwijtbaar wordt gekwalificeerd. Dat betekent dat de arbeidsovereenkomst in de eindbeschikking wordt ontbonden met inachtneming van de (opzeg)termijn zoals bedoeld in artikel 7:671b lid 8 onder a BW en dat Be One aan [verweerder] een transitievergoeding is verschuldigd. Voor toewijzing van een billijke vergoeding aan [verweerder] bestaat ook in dit geval geen aanleiding.

5.16. Kortom, in beide gevallen wordt de arbeidsovereenkomst tussen partijen ontbonden, zij het per een andere datum en in het eerste geval (ernstig verwijtbaar handelen) zonder enige vergoeding en in het tweede geval (verstoorde arbeidsverhouding) onder toekenning van de transitievergoeding. Indien dit oordeel partijen aanleiding geeft om alsnog in onderhandeling te treden over een schikking en partijen in dat kader een aanhouding van de procedure verlangen, kunnen zij de kantonrechter dat schriftelijk berichten. De zaak zal in dat geval tot nader bericht van partijen worden aangehouden.

#### 6. De beslissing

De kantonrechter:

draagt [verweerder] op door alle middelen rechtens tegenbewijs te leveren van het voorshands bewezen geachte feit dat [verweerder] op 28 januari 2018 onder werktijd tijdens zijn kassawerkzaamheden een klein, doorzichtig, plastic zakje zonder opdruk met drugs van een klant in ontvangst heeft genomen; bepaalt dat [verweerder] zich uiterlijk op dinsdag 14 augustus 2018 bij akte dient uit te laten of, en zo ja op welke wijze, hij voornoemd bewijs wenst te leveren;

bepaalt dat indien hij dat wil doen door schriftelijke bewijsstukken, hij die dan dadelijk bij die akte in het geding moet brengen;

bepaalt dat indien hij getuigen wenst voor te brengen, hij in die akte opgave moet doen van de naam en woonplaats van de door hem voor te brengen getuigen alsook van de verhinderdata van beide partijen voor de maanden september en oktober 2018;

bepaalt dat het getuigenverhoor zal worden gehouden in een van de lokalen van het Gerechtsgebouw te Rotterdam, Wilhelminaplein 100, gebouw B (het rode gebouw);

houdt verder iedere beslissing aan.

#### NOOT

Eerder dit jaar heeft de Sociaal-Economische Raad (SER) in een analyse de stand van zaken rond combinatiebanen opgemaakt.<sup>1</sup> In Nederland zijn ongeveer 600.000 mensen die banen combineren (bijvoorbeeld in loondienst, als zelfstandige of in de combinatie van loondienst-zelfstandige). De SER benoemt in zijn rapport onder andere de rol van goed werknemerschap en de gerechtvaardigde werkgeversbelangen die om de hoek komen kijken bij dit onderwerp. Een werknemer dient immers rekening te houden met de gerechtvaardigde belangen van de ene werkgever bij het verrichten van zijn arbeid voor de andere. Dit maakt het arbeidsrechtelijk gezien een interessant vraagstuk. In de praktijk komt het veelvuldig voor dat een

nevenactiviteitenbeding (inclusief boetebeding) onderdeel uitmaakt van de arbeidsovereenkomst. Daarnaast kunnen in cao's en andere beleidsmatige documenten bepalingen zijn opgenomen die betrekking hebben op het combineren van (onbetaalde) werkzaamheden. In tegenstelling tot een relatie- en concurrentiebeding gelden geen vormvereisten bij de totstandkoming van een nevenactiviteitenbeding. Art. 7:653 BW is niet van toepassing nu dit wetsartikel ziet op de beperking van de vrije arbeidskeuze na beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Bij nevenactiviteiten gaat het om activiteiten tijdens het dienstverband.

De formulering van het nevenactiviteitenbeding bepaalt in beginsel de mate waarin de werknemer wordt belemmerd. Veelal wordt overeengekomen dat een werknemer vooraf schriftelijk toestemming dient te vragen en te verkrijgen alvorens hij werkzaamheden kan combineren. Daarnaast spelen de feiten en omstandigheden bij het aangaan van het nevenactiviteitenbeding, als onderdeel van de arbeidsovereenkomst, en de wijze waarop partijen daaraan uitvoering hebben gegeven, een rol van betekenis bij beantwoording van de vraag wat partijen zijn overeengekomen. In dit kader is het oordeel van het Hof 's-Hertogenbosch noemenswaardig.<sup>2</sup> In de casus waarover dat hof oordeelt, is een verbod op het verrichten van nevenactiviteiten in de arbeidsovereenkomst opgenomen, inclusief boetebeding. Tijdens het sollicitatiegesprek voor de functie van chauffeur, waarvan de inhoud is vastgelegd in een gespreksverslag, hebben partijen gesproken over het feit dat de werknemer op zaterdagen ter ontspanning op de markt staat. Dat de werkgever verwacht dat hij af en toe een dag in het weekend werkt, is voor de werknemer geen probleem gebleken. Na circa vijf jaar wijst de werkgever de werknemer, ondanks afspraken over een gedoogbeleid, op het contractueel overeengekomen verbod van het verrichten van nevenactiviteiten en gaat uiteindelijk over tot het verrekenen van de boete met het salaris van de werknemer. Voor de vraag wat partijen zijn overeengekomen, is naar het oordeel van het hof niet alleen van betekenis wat er in de arbeidsovereenkomst staat, maar zijn ook de feiten en omstandigheden bij het aangaan van de overeenkomst, en de wijze waarop partijen uitvoering hebben gegeven aan de overeenkomst van belang. Naar het oordeel van het hof mocht de werknemer, nu hij ruim vijf jaar lang op zaterdag op de markt werkzaamheden heeft verricht, erop vertrouwen dat er sprake was van toestemming om structureel op zaterdag op de markt werkzaamheden te verrichten. Partijen hebben daarmee uitvoering gegeven aan de afspraak omtrent het gedoogbeleid. De Hoge Raad oordeelt in het *Pontmeyer*-arrest dat de vraag wanneer uit een door de werkgever jegens de werknemer gedurende een bepaalde tijd gevolgd gedragslijn voortvloeit dat sprake is van een tussen partijen geldende arbeidsvoorwaarde, zich niet in algemene zin laat beantwoorden. Het komt aan op de zin die partijen aan elkaars gedragingen hebben toegekend en in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs mochten toekennen. De Hoge Raad heeft in dit kader de volgende gezichtspunten geformuleerd: 1) de inhoud van de gedragslijn, 2) de aard van de arbeidsovereenkomst en de positie die de werkgever en de werknemer jegens elkaar innemen, 3) de lengte van de periode gedurende welke de werkgever de desbetreffende gedragslijn heeft gevolgd, 4) hetgeen de werkgever en de werknemer in verband met deze gedragslijn jegens elkaar hebben verklaard of juist niet hebben verklaard, 5) de aard van de voor- en nadelen die voor de werkgever en de werknemer uit de gedragslijn

1270

1 'De vele kanten van banen combineren', maart 2018. Advies 2018/02.

2 Gerechtshof 's-Hertogenbosch 5 juni 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:2377.

voortvloeiend en 6) de aard en omvang van de kring van werknemers jegens wie de gedragslijn is gevolgd.<sup>3</sup> Het oordeel van het Hof 's-Hertogenbosch, dat de werknemer erop mocht vertrouwen dat hij toestemming had om op de zaterdag op de markt te werken, acht ik met name aan de hand van gezichtspunt nummer drie en vier correct. Voorts overweegt het hof dat geen sprake is van een wijziging van omstandigheden op grond waarvan de werkgever de toestemming redelijkerwijs kon intrekken. De werkgever dient de opgelegde boete terug te betalen. Een werkgever die een situatie in het leven roept waarin het verrichten van nevenactiviteiten onder omstandigheden toch wordt toegestaan, moet derhalve rekening houden met de gevolgen van een dergelijk beleid.<sup>4</sup>

Naast beantwoording van de vraag of een bewuste gedraging van een werknemer valt onder de reikwijdte van een overeengekomen nevenactiviteitenbeding, wordt in de rechtspraak getoetst of het betreffende beding voor de werknemer een te grote beperking betreft van het recht op vrije arbeidskeuze en of de werkgever in dat verband een beroep op het beding toekomt. Hetgeen neerkomt op een belangenafweging.<sup>5</sup> Wanneer geen nevenactiviteitenbeding is overeengekomen wordt de toelaatbaarheid op nevenactiviteiten op soortgelijke wijze getoetst.

Het uitgangspunt is dat het verrichten van nevenactiviteiten, met een beperkte omvang, gedurende de arbeidstijd onder omstandigheden toelaatbaar is.<sup>6</sup> De Kantonrechter Rotterdam oordeelt dat aan het verlenen van toestemming voor het verrichten van nevenactiviteiten op basis van het beginsel van goed werknemerschap de voorwaarde kan worden verbonden dat het werk niet onder de nevenactiviteiten mag lijden.<sup>7</sup> De omstandigheden van het geval zullen uiteindelijk bepalen of dat aan de orde is. Het spreekt voor zich dat het functioneren van de werknemer niet mag lijden onder de nevenactiviteiten en dat geen sprake is van concurrerende activiteiten.

De Kantonrechter Rotterdam rekt het begrip 'concurrerende nevenwerkzaamheden' enigszins op door te overwegen dat wanneer de werknemer niet meer optimaal presteert, de nevenactiviteiten daardoor in zekere zin concurrerend zijn. De kantonrechter oordeelt verder, in mijn optiek terecht, dat de werknemer voor de gewijzigde nevenactiviteiten toestemming had moeten vragen. Interessant is de vraag of de werknemer opnieuw toestemming moet vragen wanneer de werkgever de toestemming intrekt zonder dat daarbij sprake is van een wijziging van de nevenactiviteiten. Het (al dan niet geclausuleerd) toestaan van nevenactiviteiten kan naar de mening van De Wolff gezien worden als een aan de werknemer toegekend recht en daarmee als een onderdeel van de arbeidsovereenkomst dat niet zonder meer eenzijdig kan worden beperkt.<sup>8</sup> Wanneer sprake is van een geclausuleerd recht ben ik dezelfde mening toegedaan. Bij gebreke daarvan zal mijns inziens aan de hand van de door de Hoge Raad geformuleerde gezichtspunten moeten worden bezien in hoeverre de werknemer zich met succes kan beroepen op het standpunt dat aan hem een recht op het uitoefenen van nevenactiviteiten is toegekend.

De Kantonrechter Leeuwarden beziet of de nevenactiviteiten van de werknemer op gespannen voet staan met zijn werkzaamheden

bij de werkgever dan wel de belangen van de werkgever anderszins schaden.<sup>9</sup> Wanneer dat niet het geval is, en de activiteiten evenmin ten koste gaan van de vervulling van zijn taken voor de werkgever, kunnen de nevenactiviteiten (waarvoor geen toestemming is verleend) niet bijdragen aan de grond voor de ontbinding van de arbeidsovereenkomst.

Uit beide beschikkingen kan de conclusie worden getrokken dat het feitelijk niet uitmaakt of partijen een nevenactiviteitenbeding zijn overeengekomen bij de beoordeling of de nevenactiviteiten toelaatbaar zijn en een grond voor ontbinding oplevert. Kort gezegd gaat het om de vraag of, en zo ja in hoeverre, de werknemer met zijn nevenactiviteiten de belangen van de werkgever (mogelijk) schaadt. Desalniettemin is het raadzaam een nevenactiviteitenbeding in de arbeidsovereenkomst op te nemen zodat partijen weten waar ze aan toe zijn. Overigens, een nevenactiviteitenbeding gaat in de praktijk veeleer gepaard met een boetebeding waardoor de werknemer bij overtreding in beginsel een boete is verschuldigd jegens de werkgever. Ook dit is een argument om een clause in relatie tot het verrichten van nevenactiviteiten schriftelijk (in de arbeidsovereenkomst) overeen te komen.

Een overtreding van een nevenactiviteitenbeding dan wel het verrichten van ontoelaatbare nevenactiviteiten levert niet per definitie een grond voor ontbinding van de arbeidsovereenkomst op. Een ontbindingsverzoek lijkt de meeste kans van slagen te hebben wanneer sprake is van overige omstandigheden. Een geschil tussen partijen over de toelaatbaarheid van de nevenactiviteiten gepaard met schriftelijke waarschuwingen aan het adres van de werknemer kan uiteindelijk een situatie creëren waardoor een ontbinding (op de g-grond of zelfs de e-grond) gerechtvaardigd is. De nevenactiviteit *an sich* speelt dan een rol van beperkte betekenis.

Kort en goed: een werkgever doet er verstandig aan een nevenactiviteitenbeding in de arbeidsovereenkomst op te nemen. Dit geldt niet in de laatste plaats om duidelijkheid te bieden voor beide partijen. Immers, de formulering van het beding bepaalt de mate waarin de werknemer wordt belemmerd en dankzij een boetebeding staat de sanctie op overtreding op voorhand vast. Tot slot, bij de uitoefening van de nevenactiviteiten is de werknemer niet vogelvrij. Hij dient er te allen tijde rekening mee te houden dat, wanneer het bedrijfsdebet in gevaar (dreigt) te komen, hij aan de hand van art. 7:611 BW kan worden gedwongen tot het staken van zijn nevenactiviteiten.

A. Briejer  
Florent

1271

3 Hoge Raad 22 juni 2018, «JAR» 2018/183, m.nt. J.P. Quist.

4 Kantonrechter Zaanstad 14 mei 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:4066.

5 Gerechtshof 's-Hertogenbosch 15 maart 2018, «JAR» 2018/108, m.nt. W. Lenders.

6 Kantonrechter Amersfoort 5 juli 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:3266.

7 Kantonrechter Rotterdam 19 juli 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:5901.

8 D.J.B. de Wolff, 'Het stapelen van banen arbeidsrechtelijk beschouwd', *ArbeidsRecht* 2014/42.

9 Kantonrechter Leeuwarden 20 december 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:5260.