

Arbeidsrecht

1

Voorwaardelijk geformuleerd concurrentiebeding in arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd zonder motivering niet rechtsgeldig bij voortzetting in onbepaalde tijd

Kantonrechter Rechtbank Gelderland zp Arnhem
5 april 2024, nr. 10891955 \ HA VERZ 24-9,
ECLI:NL:RBGEL:2024:3943
(mr. De Groot)
Noot mr. D. Quist

Ontbinding. Disfunctioneren. Verbetertraject. Concurrentiebeding. Voorwaardelijk. Vernietiging.

[BW art. 7:653, 7:669 lid 2 sub d, 7:671b]

Essentie: Afwijzing ontbindingsverzoek; geen voldragen d-grond. Vernietiging voorwaardelijk concurrentiebeding in arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Niet is gebleken dat bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd expliciet is bevestigd dat daardoor het concurrentiebeding van kracht zou worden.

Samenvatting: Werknemer is op 17 april 2020 in dienst getreden bij werkgeefster in de functie van accountmanager. De daarvoor op 7 april 2020 gesloten arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd is na afloop voortgezet voor onbepaalde tijd. In voornoemde arbeidsovereenkomst is een (voorwaardelijk) concurrentiebeding opgenomen. Vanaf oktober 2022 heeft de leidinggevende van werknemer frequent gesprekken met werknemer gevoerd. Tijdens een gesprek op 18 oktober 2023 heeft de leidinggevende aan werknemer laten weten dat hij vanwege uitblijvende resultaten niet met hem verder wil in een salesrol. Werkgeefster heeft werknemer vervolgens een CMS-functie aangeboden. Werknemer heeft dat aanbod niet aanvaard. Werkgeefster verzoekt de arbeidsovereenkomst met werknemer te ontbinden vanwege disfunctioneren. Ter onderbouwing van haar verzoek stelt werkgeefster kort gezegd dat werknemer ongeschikt is voor de functie waarvoor hij is aangenomen. Hij heeft de aan hem gestelde doelen nooit gehaald. Werkgeefster heeft hem daarop bij herhaling aangesproken en heeft hem in voldoende mate in de gelegenheid gesteld zijn functioneren te verbeteren, maar dat heeft niet geholpen. Een aanbod tot herplaatsing is door werknemer afgeslagen, aldus steeds werkgeefster. Werknemer betwist dat sprake is van disfunctioneren.

De kantonrechter oordeelt als volgt.

Gelet op de resultaten die werknemer (niet) heeft geboekt, wordt vastgesteld dat hij de vooraf gestelde doelen niet heeft gehaald. Het blijkt echter nergens uit dat werkgeefster aan werknemer op enig moment duidelijk heeft gemaakt dat hij onvoldoende functioneerde en dat dat mogelijk tot het einde van de arbeidsovereenkomst zou kunnen leiden. Werkgeefster heeft ter zake niets in het geding gebracht. Voor zover werkgeefster stelt dat door middel van de frequente gesprekken die met werknemer zijn gevoerd hem de gelegenheid is ge-

ven zijn functioneren te verbeteren, wordt ook die stelling verworpen. Allereerst kan een verbetertraject pas ingaan als de werknemer weet dat en wat er verbeterd moet worden. Daarnaast heeft werkgeefster nagelaten de gespreksverslagen in het geding te brengen ter onderbouwing van haar stelling, terwijl dat wel op haar weg ligt. Werknemer heeft deze verslagen wel overgelegd. De kantonrechter stelt vast dat uit geen van de gespreksverslagen blijkt van onvrede, althans zodanige onvrede dat werkgeefster zonder verbetering van het functioneren van werknemer het dienstverband wilde beëindigen. Uit de verslagen blijkt ook niet dat er tweewekelijks gesprekken plaatsvonden bij wijze van verbetertraject en dat concreet aan werknemer is meegegeven wat hij zou moeten verbeteren (anders dan dat hij zijn doelen moest halen), binnen welke termijn en wat de consequenties zijn indien hij er niet in slaagt zijn functioneren te verbeteren. Al met al is van een voldragen d-grond geen sprake. Afwijzing van het ontbindingsverzoek volgt.

De kantonrechter stelt vast dat in de eerste arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd een voorwaardelijk concurrentiebeding is overeengekomen: op het moment van het aangaan en gedurende de looptijd van die eerste arbeidsovereenkomst was het concurrentiebeding niet van kracht en het stond ook niet vast dat het beding ooit van kracht zou worden. Werknemer heeft die arbeidsovereenkomst met dat voorwaardelijke concurrentiebeding ondertekend. Hierdoor werd hij nog niet gebonden aan dat beding. Het concurrentiebeding zou immers pas van kracht worden indien en zodra met hem een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd zou worden aangegaan. Omdat het bij het sluiten van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd niet zeker was dat aansluitend een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd zou worden aangegaan, lag het ooit van kracht worden van het concurrentiebeding gedurende de looptijd van die arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd geenszins vast. Niet gesteld of gebleken is dat bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd expliciet is bevestigd dat daardoor het concurrentiebeding van kracht zou worden. Om in de onderhavige situatie een rechtsgeldig concurrentiebeding aan te gaan, had – gelet op de bijzondere waarborg van het schriftelijkheidsvereiste zoals bepaald in art. 7:653 lid 1 BW – bij het sluiten van de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd met daarin het concurrentiebeding moeten worden aangehecht, of had uit een door werknemer ondertekende brief moeten blijken dat hij uitdrukkelijk instemde met het concurrentiebeding. Nu niet is gesteld of gebleken dat dat is gebeurd, is geen geldig concurrentiebeding tot stand gekomen. Vernietiging van het concurrentiebeding volgt.

Beschikking van 5 april 2024 in de zaak van:
de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid [eiser], te [plaats 1],
verzoekende partij,
hierna te noemen: [eiser],
gemachtigde: mr. B. Westerhout, te Amsterdam, tegen
[gedaagde], te [plaats 2],
verwerende partij,
hierna te noemen: [gedaagde],
gemachtigde: mr. C.M.C. Hendriks, te Amsterdam (Das Rechtsbijstand).

1. De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- het verzoekschrift;
- het verweerschrift, tevens houdende zelfstandige (tegen) verzoeken;
- de op 19 februari 2024 namens [eiser] ingediende aanvullende producties 8, 9 en 10.

1.2. De zaak is mondeling behandeld op de zitting van 26 februari 2024. Verschenen zijn [betrokkene 1] en [betrokkene 2] namens [eiser], bijgestaan door mr. Westerhout, en [gedaagde], bijgestaan door mr. Hendriks. Beide gemachtigden hebben pleitaantekeningen voorgedragen. De griffier heeft aantekeningen gemaakt van dat wat verder tijdens de zitting is besproken.

1.3. Aan het eind van de mondelinge behandeling is afgesproken dat [eiser] binnen een week een productie in het geding zal brengen, waarop [gedaagde] vervolgens mag reageren.

Daarop heeft [eiser] op 27 februari 2024 de producties 11 tot en met 13 overlegd. [gedaagde] heeft daarop bij (antwoord) akte, ontvangen op 5 maart 2024, gereageerd.

1.4. Vervolgens is bepaald dat een beschikking wordt gegeven op 5 april 2024.

2. De feiten

2.1. [eiser] houdt zich bezig met de inrichting, beheer en optimalisatie van IT-systemen ten behoeve van midden- en grootbedrijf. Zij richt zich daarbij op zowel de ‘care’ markt (zorg gericht op ouderen) als de ‘cure’ markt (zorg gericht op ziekenhuizen en GGZ-instellingen).

2.2. [gedaagde], geboren op [geboortedatum], is op 17 april 2020 in dienst getreden bij [eiser] in de functie van Accountmanager voor de duur van 6 maanden. De daarvoor op 7 april 2020 gesloten arbeidsovereenkomst is na afloop voortgezet voor onbepaalde tijd.

Het huidige maandsalaris van [gedaagde] bedraagt € 5.855,00 bruto, te vermeerderen met 8% vakantietoelage en overige emolumenten.

2.3. Artikel 12 van de op 7 april 2020 tussen partijen gesloten arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd luidt als volgt:

‘Non-concurrentie

12.1. Bij omzetting van dit contract naar onbepaalde tijd is het werknemer verboden zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van werkgever gedurende een jaar na beëindiging van het dienstverband met werkgever direct of indirect werkzaam te zijn bij, of werkzaamheden te verrichten voor, dan wel een belang te hebben in een met werkgever vergelijkbaar te stellen onderneming, hetzij tegen vergoeding, hetzij om niet.

12.2. Het is werknemer verboden binnen een tijdvak van één jaar na het einde van deze arbeidsovereenkomst, direct dan wel indirect, betrokken te zijn bij het actief benaderen van relaties van werkgever en alle met [eiser] gelieerde ondernemingen, daaronder begrepen afnemers, werknemers en andere relaties (inclusief de aan deze relaties gelieerde ondernemingen).’

Artikel 12 zal verder worden aangeduid als ‘het concurrentiebeding’.

2.4. In de functie van Services Sales Accountmanager is [gedaagde] onder meer het commerciële aanspreekpunt voor toegewezen klanten of segmenten en is hij verantwoordelijk voor het succesvol behalen van afgesproken target- en persoonlijke doelstellingen. De commissieregeling is een financiële ‘incentive’ daartoe en dient aan te sluiten op deze verantwoordelijkheid en moet in verhouding staan tot de verkoopinspanningen en het verkoopsucces van de account-

manager. Aan het begin van ieder kalenderjaar wordt in onderling overleg tussen [eiser] en de individuele werknemers een commissieplan opgesteld. Daarin worden drie te verkopen producten en/of diensten genoemd met afzonderlijke targets en wegingsfactoren, te weten:

- verkoop van producten
- verkoop van diensten (Design & Builtdiensten (D&B)) en
- verkoop van Managed Services (MSO).

Het variabele inkomen van de accountmanager is afhankelijk van de realisatie van het totale afgesproken (gewogen) target.

2.5. Sinds 1 september 2022 is de heer [betrokkene 1] (hierna: [betrokkene 1]) leidinggevende van [gedaagde].

2.6. Vanaf oktober 2022 heeft [betrokkene 1] frequent gesprekken met [gedaagde] gevoerd. Gesprekken¹ zijn gevoerd op 2, 16 en 30 november 2022, 14 december 2022 (arbeidsvoorwaardengesprek, inclusief salarisverhoging), 8 en 22 februari, 31 mei, 9 augustus, 23 augustus, 6 september, 18 oktober en 19 oktober 2023. Tijdens het gesprek op 18 oktober 2023 laat [betrokkene 1] [gedaagde] weten dat hij vanwege de uitblijvende resultaten van [gedaagde] niet met hem verder wil in een salesrol.

Omdat partijen het niet eens worden over een beëindiging van de arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden, biedt [eiser] [gedaagde] een CMS-functie aan. [gedaagde] heeft dat aanbod niet aanvaard.

3. Het verzoek en het verweer

3.1. [eiser] verzoekt de kantonrechter de arbeidsovereenkomst tussen partijen te ontbinden op grond van artikel 7:669 lid 3, onderdeel d en/of e en/of g, of onderdeel i van het Burgerlijk Wetboek (BW) en [gedaagde] te veroordelen in de kosten van deze procedure, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 14 dagen na dagtekening van de te wijzen beschikking.

3.2. Ter onderbouwing van haar verzoek stelt [eiser] – kort gezegd – dat [gedaagde] ongeschikt is voor de functie waarvoor hij is aangenomen. Hij heeft de aan hem gestelde targets nooit gehaald. [eiser] heeft hem daarop bij herhaling aangesproken en heeft hem in voldoende mate in de gelegenheid gesteld zijn functioneren te verbeteren, maar dat heeft niet geholpen. [eiser] heeft tevens geprobeerd om hem te herplaatsen binnen een andere passende functie binnen het bedrijf, maar [gedaagde] heeft dat aanbod afgeslagen.

3.3. [gedaagde] voert gemotiveerd verweer. Primair verzoekt hij de kantonrechter bij beschikking, zo mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

I. het verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst af te wijzen;

II. te verklaren voor recht dat [gedaagde] niet gebonden is aan het concurrentiebeding;

III. het tussen [eiser] en [gedaagde] overeengekomen concurrentiebeding te vernietigen.

Subsidiair verzoekt [gedaagde]:

IV. indien de arbeidsovereenkomst wel wordt ontbonden, [eiser] te veroordelen tot betaling aan [gedaagde] van een wettelijke transitievergoeding van € 8.780,09 bruto;

V. [eiser] te veroordelen tot betaling aan [gedaagde] van de wettelijke rente vanaf het tijdstip van opeisbaarheid van de hiervoor genoemde vergoeding tot aan de dag der algehele voldoening;

1 Volgens [eiser] heeft ook op 11 januari 2023 een gesprek plaatsgevonden, [gedaagde] betwist dat.

VI. bij het bepalen van de einddatum rekening te houden met de voor [eiser] geldende opzegtermijn zonder aftrek van de periode die is gelegen tussen de ontvangst van het verzoekschrift en de datum van dagtekening van de ontbindingsbeschikking;

VII. voor zover het concurrentiebeding niet wordt vernietigd, [eiser] te veroordelen tot het betalen van een vergoeding van een door de kantonrechter te bepalen bedrag;

Primair en subsidiair verzoekt [gedaagde]:

VIII. [eiser] te veroordelen in de proceskosten.

3.4. [gedaagde] voert – samengevat – aan dat [eiser] de e-, g- en i-grond op geen enkele wijze heeft onderbouwd. Hij betwist dat sprake is van disfunctioneren (de d-grond). Daarnaast stelt [gedaagde] dat hij niet eerder dan 18 oktober 2023 wist dat [eiser] vond dat hij onvoldoende functioneerde. Er is hem geen enkele kans geboden om – voor zover er sprake zou zijn van minder functioneren – te werken aan eventuele verbeterpunten en er is geen sprake geweest van enige begeleiding en ondersteuning door [eiser]. Daarnaast heeft [eiser] niet voldaan aan haar herplaatsingsplicht, aldus [gedaagde].

Verder stelt [gedaagde] zich op het standpunt dat partijen geen rechtsgeldig concurrentie- en relatiebeding zijn overeengekomen in de zin van artikel 7:653 BW. Subsidiair verzoekt [gedaagde] vernietiging van het beding, omdat hij van mening is dat hij in verhouding tot het belang van [eiser] onredelijk wordt benadeeld. Bovendien zijn er geen zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen aan de zijde van [eiser] die het overeenkomen van een dergelijk beding noodzakelijk maken, aldus [gedaagde].

3.5. Op de stellingen van partijen, voor zover van belang bij de beoordeling van het geschil, zal hierna nader worden ingegaan.

4. De beoordeling

De ontbinding

4.1. Het gaat in deze zaak in de kern om de vraag of de tussen partijen bestaande arbeidsovereenkomst moet worden ontbonden.

4.2. Gesteld noch gebleken is dat het verzoek verband houdt met enig opzegverbod, zodat daarin geen belemmering ligt om tot ontbinding over te gaan.

4.3. De kantonrechter stelt voorop dat uit artikel 7:671b in samenhang met artikel 7:669 lid 1 BW volgt dat de arbeidsovereenkomst alleen ontbonden kan worden 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. Bij regeling van Minister van Sociale zaken en Werkgelegenheid van 23 april 2015 (Stcrt. 2015/12685) zijn daarvoor nadere regels gesteld.

4.4. Tijdens de mondelinge behandeling heeft [eiser] te kennen gegeven dat zij alleen nog de d-grond (disfunctioneren) ten grondslag legt aan haar verzoek, zodat de andere in het verzoekschrift aangedragen gronden geen bespreking meer behoeven.

4.5. Het verzoek van [eiser] op de d-grond moet worden beoordeeld aan de hand van de maatstaf die gegeven is in de Decor-uitspraak²: de werkgever zal de aan zijn ontbindingsverzoek ten grondslag liggende feiten en omstandigheden moeten stellen, en bij voldoende gemotiveerde betwisting

door de werknemer, moeten bewijzen; daarbij is niet steeds vereist dat de te bewijzen feiten en omstandigheden onomstotelijk komen vast te staan, maar kan volstaan dat deze voldoende aannemelijk worden. Vervolgens zal de rechter moeten onderzoeken of, uitgaande van de feiten en omstandigheden die zijn komen vast te staan, in redelijkheid kan worden geoordeeld dat sprake is van disfunctioneren van de werknemer. Uitgangspunt is, zo blijkt hieruit, dat de werkgever een grote mate van vrijheid heeft om te beoordelen of iemand (dis)functioneert. Indien sprake is van disfunctioneren moet de werkgever aan de werknemer wel een serieuze en reële gelegenheid tot verbetering hebben geboden. Duidelijk moet zijn welke termijn de werknemer krijgt om zich te verbeteren, hoe de werkgever de werknemer daarbij zal helpen en wat de consequenties zijn als de werknemer er niet in slaagt zich te verbeteren binnen de gestelde termijn³.

4.6. Ter onderbouwing van haar stelling dat sprake is van disfunctioneren stelt [eiser] dat [gedaagde] de aan hem gestelde targets niet heeft gehaald. Zij verwijst hierbij naar de als productie, 5, 6, en 7 overgelegde overzichten van de targets en de door [gedaagde] behaalde resultaten. [gedaagde] erkent dat hij de targets voor diensten niet heeft gehaald, maar stelt dat daar een plausibele verklaring voor is. De productentargets heeft hij wel ruimschoots gehaald, aldus [gedaagde].

4.7. Uit de door [eiser] overgelegde overzichten volgen onder meer de hieronder opgenomen gegevens. Opmerking hierbij verdient dat de afzonderlijke targets voor producten, D&B en MSO op basis van de commissieregeling en de individuele commissieplannen verschillende wegingsfactoren hebben voor de berekening van het uiteindelijke doel (het gewogen target).

jaar	target productver- koopmarge	productver- koopomzet	productver- koopmarge
2020	170.000	2.021.301	110.156
2021	501.000	5.665.523	270.907
2022	400.000	3.447.335	325.306
2023	380.644	3.281.120	169.457

jaar	doel (gewogen target)	resultaat	resultaat in percentage van target
2020	762.500	315.417	41%
2021	2.426.000	509.902	21%
2022	3.400.000	632.903	19%
2023	2.672.329	287.457	11%

4.8. [gedaagde] heeft er weliswaar op gewezen dat hij steeds een hoge productverkoopomzet heeft behaald, maar verliest daarbij uit het oog dat de gestelde target op producten een marge- en geen omzet-target is en de marges die hij steeds heeft gehaald beduidend lager zijn dan de daarvoor gestelde targets.

Gelet op de resultaten die [gedaagde] (niet) heeft geboekt, stelt de kantonrechter vast dat hij de vooraf gestelde doelen niet heeft gehaald. Vervolgens moet beoordeeld worden of

2 HR 16 februari 2018 ECLI:NL:HR:2018:182

3 Zie Hof Arnhem-Leeuwarden 16 september 2020: ECLI:NL:GHARL:2020:7315, geciteerd uit A-G Drijber, ECLI:NL:PHR:2021:661 onder 4.47.

[eiser] op grond daarvan terecht heeft geoordeeld dat van disfunctioneren sprake is. [gedaagde] heeft immers gesteld, dat – gelet op de aard van de hem toebedeelde markt (cure) – van hem niet verwacht kon worden ook zijn doelstellingen met betrekking tot ‘diensten’ te halen.

4.9. [eiser] heeft haar stelling dat [gedaagde] onvoldoende functioneert niet verder onderbouwd dan met de stelling dat hij zijn targets niet haalt. [gedaagde] heeft echter, zo is door hem onbetwist gesteld, goed gescoord met het binnenhalen van de voorlopige gunning van de [bedrijf]. [eiser] heeft ook niet betwist dat de definitieve gunning buiten de invloedssfeer van [gedaagde] uiteindelijk niet aan [eiser] is verleend. [gedaagde] heeft onweersproken gesteld dat hij zich gedurende een lange periode niet of nauwelijks op andere projecten of klanten heeft kunnen richten doordat al zijn werkuren in het project van de [bedrijf] (en een te organiseren klantent) zaten, en dat hij zijn dienstentargets had gehaald indien het project bij de [bedrijf] wel was binnengehaald.

[eiser] heeft het verweer van [gedaagde] dat [eiser] nog een kleine en onbekende speler op de cure markt is onvoldoende weersproken. Volgens haar is het de eigen keuze van [gedaagde] geweest om zich volledig te richten op die markt. Zij verwijst ter onderbouwing hiervan naar een e-mail van 13 december 2022 waarin [betrokkene 1] aan [gedaagde] adviseert om ‘te blijven jagen op de Verkoopkansen (VK’s) buiten jouw accountlijst’. Hieruit blijkt echter niet dat dit verkoopkansen op de care markt betreffen. Dat vanuit [eiser] is geadviseerd dat [gedaagde] zich ook op de care markt zou moeten richten blijkt evenmin uit de overgelegde gespreksverslagen.

De kantonrechter acht verder van belang dat [gedaagde] in januari 2023 nog een salarisverhoging heeft gekregen. Hoewel [eiser] in deze procedure stelt dat [gedaagde] al jaren ondermaats functioneert, was zijn functioneren eind 2022 kennelijk geen reden voor [eiser] om zijn salaris niet te verhogen. Ook overigens blijkt niet uit tussentijdse (beoordelings)verslagen dat [eiser] ontevreden was over zijn functioneren vanwege het niet behalen van de targets.

4.10. Op basis van bovengenoemde omstandigheden, in onderlinge samenhang bezien, is de kantonrechter van oordeel dat in redelijkheid niet kan worden geoordeeld dat van disfunctioneren sprake is, zodanig dat dit op enig moment tot beëindiging van het dienstverband zou leiden.

Afgezien hiervan, overweegt de kantonrechter dat nergens uit blijkt dat [eiser] aan [gedaagde] op enig moment duidelijk heeft gemaakt dat hij onvoldoende functioneerde en dat mogelijk tot het einde van de arbeidsovereenkomst zou kunnen leiden. [eiser] heeft ter zake niets in het geding gebracht. Voor zover [eiser] stelt dat middels de frequente gesprekken die met [gedaagde] zijn gevoerd hem de gelegenheid is gegeven zijn functioneren te verbeteren wordt ook die stelling verworpen. Allereerst kan een verbetertraject pas ingaan als de werknemer weet dat en wat verbeterd moet worden. Daarnaast heeft [eiser] nagelaten de gespreksverslagen in het geding te brengen ter onderbouwing van haar stelling, terwijl dat wel op haar weg ligt. [gedaagde] heeft deze verslagen wel in het geding gebracht ter onderbouwing van zijn verweer dat het geen gesprekken waren in het kader van ‘verbetering’. Volgens hem waren dit reguliere, tweewekelijkse bilaterale overleggen, die zijn leidinggevende met al zijn medewerkers heeft en zijn er jaarlijks bovendien vier gesprekken die verplicht zijn en worden voorgeschreven in de HR-cyclus van [eiser] (3 keer ‘t Goede gesprek (bijvoorbeeld het gesprek op 31 mei 2023) en eenmaal het jaarlijkse arbeidsvoorwaardengesprek (het gesprek op 14 december 2022)).

4.11. De kantonrechter stelt vast dat uit geen van de gespreksverslagen blijkt van onvrede, althans zodanige onvrede dat [eiser] zonder verbetering van het functioneren van [gedaagde] het dienstverband wilde beëindigen. Uit de verslagen blijkt ook niet dat er tweewekelijks gesprekken plaatsvonden bij wijze van verbetertraject. Pas tijdens het gesprek dat [gedaagde] op 9 augustus 2023 met [betrokkene 1] heeft, geeft [betrokkene 1] hem te kennen dat het achterblijven van de verkoopresultaten ‘niet acceptabel’ is en:

‘(...)

– Daarom moet je de focus maximaal leggen op het genereren van voldoende nieuwe verkoopkansen zodat jouw doelstelling weer enigszins in beeld komt.

– Waar nodig ondersteun ik jou daar graag bij; geef maar aan wat ik voor jou daarbij kan betekenen.

– We hebben afgesproken dat jij in ons volgende bila, over twee weken, met initiatieven komt die moeten gaan leiden tot voldoende verkoopkansen om jouw doelstelling te gaan behalen en wat je daarbij aan ondersteuning nodig hebt.’

[betrokkene 1] heeft daarna, in het gesprek van 23 augustus 2023, onder andere tegen [gedaagde] gezegd: ‘Je hebt de focus vooral op genereren van voldoende kansen om jouw target te behalen. Top’. Op 6 september 2023 geeft [betrokkene 1] vervolgens aan [gedaagde] te kennen: ‘Ik denk dat als je dit consequent doorzet, je zo gestaag je pipeline zal gaan vullen. In augustus zie we ook een positieve ontwikkeling in het aantal verkoopkansen. Houd vol dus. (...)’

Uit de gespreksverslagen blijkt niet concreet wat [gedaagde] zou moeten verbeteren (anders dan dat hij zijn targets moet halen), binnen welke termijn en wat de consequenties zijn indien hij er niet in slaagt zijn functioneren te verbeteren. Hij krijgt eind augustus en begin september 2023 zelfs nog complimenten van [betrokkene 1] en er wordt gesproken over een ‘positieve ontwikkeling’. Het is dan ook begrijpelijk dat het [gedaagde] rauw op zijn dak is gevallen dat hem tijdens het gesprek op 18 oktober 2023 kenbaar werd gemaakt dat [eiser] niet verder met hem wil in zijn huidige functie.

4.12. De kantonrechter concludeert dat [eiser] [gedaagde] onvoldoende heeft aangesproken op zijn functioneren en hem ook onvoldoende duidelijk heeft gemaakt dat hij zijn functioneren moest verbeteren om te voorkomen dat zijn dienstverband zou worden beëindigd. Voor een ontbinding op de d-grond is in deze omstandigheden geen plaats. Het verzoek van [eiser] zal daarom worden afgewezen.

Het concurrentiebeding

4.13. [gedaagde] heeft erop gewezen dat het concurrentiebeding dat is opgenomen in artikel 12 van de op 7 april 2020 tussen partijen gesloten arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd niet is voorzien van een schriftelijke motivering als vereist in artikel 7:653 lid 2 BW en dat bij het omzetten van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd naar een dienstverband voor onbepaalde tijd het concurrentiebeding niet opnieuw met hem is overeengekomen. Er is volgens hem daarom geen rechtsgeldig beding tot stand gekomen.

4.14. [eiser] heeft tijdens de mondelinge behandeling te kennen gegeven dat zij geen verweer voert tegen de verzoeken van [gedaagde] ten aanzien van het concurrentiebeding.

4.15. De kantonrechter overweegt als volgt. Een concurrentiebeding (waaronder ook een relatiebeding wordt verstaan) is op grond van artikel 7:653 lid 1 BW slechts geldig indien de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is aangegaan en de werkgever dit beding schriftelijk is overeengekomen met de werknemer. Aan deze bepaling ligt de gedachte ten grondslag

dat in het vereiste van geschrift een bijzondere waarborg is gelegen dat de werknemer de consequenties van dit voor hem bezwarende beding goed heeft overwogen. Een concurrentiebeding is bezwarend voor de werknemer en het is daarom aan de werkgever om ervoor te zorgen dat over deze verplichting van de werknemer geen enkele onduidelijkheid bestaat.⁴ Aan het schriftelijkheidsvereiste kan ook zijn voldaan indien het concurrentiebeding is opgenomen in arbeidsvoorwaarden die zijn vastgelegd in een ander document dan het document dat de werknemer heeft ondertekend. In dat geval moet zijn voldaan aan een van de twee volgende vereisten:

- de arbeidsvoorwaarden waren als bijlage bij het ondertekende document gevoegd en in dat document is naar die arbeidsvoorwaarden verwezen, of
- de werknemer heeft in het ondertekende document uitdrukkelijk verklaard dat hij instemt met het concurrentiebeding⁵.

Het overeenkomen van een concurrentiebeding in een tijdelijke arbeidsovereenkomst is niet toegestaan, behoudens ingeval sprake is van zwaarwegende bedrijfsbelangen, die de werkgever dan ook zorgvuldig moet motiveren (artikel 7:653 lid 2 BW).

4.16. De kantonrechter stelt vast dat in de eerste arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd een voorwaardelijk concurrentiebeding is overeengekomen: op het moment van het aangaan en gedurende de looptijd van die eerste arbeidsovereenkomst was het concurrentiebeding niet van kracht en het stond ook niet vast dat het beding ooit van kracht zou worden. [gedaagde] heeft die arbeidsovereenkomst met dat voorwaardelijk concurrentiebeding ondertekend. Hierdoor werd hij nog niet gebonden aan dat beding. Het concurrentiebeding zou immers pas van kracht worden indien en zodra met hem een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd zou worden aangegaan. Omdat bij het sluiten van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd het niet zeker was dat aansluitend een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd zou worden aangegaan, lag het ooit van kracht worden van het concurrentiebeding gedurende de looptijd van die arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd geenszins vast. Niet gesteld of gebleken is dat bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd expliciet is bevestigd dat daardoor het concurrentiebeding van kracht zou worden. Om in de onderhavige situatie een rechtsgeldig concurrentiebeding aan te gaan, had – gelet op de bijzondere waarborg van het schriftelijkheidsvereiste zoals bepaald in artikel 7:653 lid 1 BW – bij het sluiten van de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd met daarin het concurrentiebeding zoals vermeld onder 2.3. moeten worden aangehecht, of had uit een door [gedaagde] ondertekende brief moeten blijken dat hij uitdrukkelijk instemde met het concurrentiebeding. Nu niet is gesteld of gebleken dat dat is gebeurd is geen geldig concurrentiebeding tot stand gekomen.⁶ De kantonrechter zal daarom verklaren voor recht dat [gedaagde] niet gebonden is aan het concurrentiebeding en zal het beding vernietigen, zoals [gedaagde] heeft verzocht.

Overige verzoeken

4.17. Nu de primaire verzoeken van [gedaagde] worden toegewezen, wordt niet meer toegekomen aan de beoordeling van de subsidiair door hem ingediende verzoeken.

De proceskosten

4.18. [eiser] zal als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. Deze kosten worden tot deze beschikking aan de zijde van [gedaagde] nader vastgesteld op € 814,00 aan salaris voor de gemachtigde.

5. De beslissing

De kantonrechter

- 5.1. wijst het ontbindingsverzoek van [eiser] af;
- 5.2. verklaart voor recht dat [gedaagde] niet gebonden is aan het concurrentiebeding als opgenomen in artikel 12 van de op 7 april 2020 tussen partijen gesloten arbeidsovereenkomst;
- 5.3. vernietigt het tussen [eiser] en [gedaagde] in artikel 12 van de op 7 april 2020 gesloten arbeidsovereenkomst opgenomen concurrentiebeding;
- 5.4. veroordeelt [eiser] in de proceskosten, tot deze uitspraak aan de kant van [gedaagde] vastgesteld op € 814,00 aan salaris voor de gemachtigde;
- 5.5. verklaart de onderdelen 5.3. en 5.4. uitvoerbaar bij voorraad;
- 5.6. wijst het meer of anders verzochte af.

NOOT

1. De kantonrechter te Arnhem moest oordelen over de volgende kwestie. Werknemer is op 17 april 2020 in dienst getreden bij werkgever, een onderneming gespecialiseerd in de inrichting, het beheer en de optimalisatie van IT-systemen, in de functie van Service Sales Accountmanager. De arbeidsovereenkomst is aangegaan voor bepaalde tijd, voor de duur van zes maanden. In deze arbeidsovereenkomst is een concurrentiebeding (met daarin ook een relatiebeding) opgenomen dat pas van kracht wordt bij omzetting van de arbeidsovereenkomst naar een contract voor onbepaalde tijd. Het beding (hierna: het *concurrentiebeding*) luidt als volgt:

‘Non-concurrentie

12.1. Bij omzetting van dit contract naar onbepaalde tijd is het werknemer verboden zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van werkgever gedurende een jaar na beëindiging van het dienstverband met werkgever direct of indirect werkzaam te zijn bij, of werkzaamheden te verrichten voor, dan wel een belang te hebben in een met werkgever vergelijkbaar te stellen onderneming, hetzij tegen vergoeding, hetzij om niet.

12.2. Het is werknemer verboden binnen een tijdvak van één jaar na het einde van deze arbeidsovereenkomst, direct dan wel indirect, betrokken te zijn bij het actief benaderen van relaties van werkgever en alle met [eiser] gelieerde ondernemingen, daaronder begrepen afnemers, werknemers en andere relaties (inclusief de aan deze relaties gelieerde ondernemingen).’

Na afloop van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd wordt de arbeidsovereenkomst voortgezet voor onbepaalde tijd. Bij deze voortzetting worden geen nieuwe schriftelijke afspraken gemaakt.

2. Vanaf oktober 2022 is tussen partijen een discussie ontstaan over het functioneren van werknemer in zijn salesrol vanwege het uitblijven van resultaten. Deze kwestie wordt

4 Zie Hoge Raad 28 maart 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC0384 (Philips/Oostendorp)

5 Zie Hoge Raad 3 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:364

6 Zie gerechtshof Amsterdam 30 oktober 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:4034

uiteindelijk aan de kantonrechter voorgelegd. De werkgever verzoekt ontbinding van de arbeidsovereenkomst op grond van (onder andere) disfunctioneren zoals bedoeld in art. 7:669 lid 3 sub d van het Burgerlijk Wetboek (BW). Werknemer verzoekt de kantonrechter het ontbindingsverzoek af te wijzen, te verklaren voor recht dat hij niet gebonden is aan het concurrentiebeding, en het overeengekomen concurrentiebeding te vernietigen. Werknemer stelt dat het concurrentiebeding niet rechtsgeldig is overeengekomen omdat (i) de tussen partijen gesloten arbeidsovereenkomst niet is voorzien van een schriftelijke motivering als vereist in art. 7:653 lid 2 BW en (ii) bij de omzetting van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd naar een dienstverband voor onbepaalde tijd het concurrentiebeding niet opnieuw met hem is overeengekomen.

3. In deze uitspraak komt de samenloop aan bod tussen het (algemene) verbintenissenrecht en de beschermende arbeidsrechtelijke bepalingen uit Titel 7.10 BW. Omdat partijen een concurrentiebeding zijn overeengekomen dat pas van kracht wordt bij omzetting van de arbeidsovereenkomst naar onbepaalde tijd, moet de kantonrechter enerzijds rekening houden met de voorwaardelijke verbintenis zoals geregeld in art. 6:21 e.v. BW en anderzijds met de eisen voor een rechtsgeldig concurrentiebeding uit art. 7:653 BW.

Schriftelijk motiveringsvereiste

4. Sinds de inwerkingtreding van de Wet werk en zekerheid is het uitgangspunt dat het overeenkomen van een concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd *verboden is, tenzij*.¹ Dit 'tenzij' is uitgewerkt in lid 2 van art. 7:653 BW waarin is opgenomen dat een concurrentiebeding *in* een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd toch overeengekomen kan worden indien uit de bij dat beding opgenomen schriftelijke motivering van de werkgever blijkt dat het beding noodzakelijk is vanwege zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen. Ontbreekt deze motivering, dan is het beding nietig.² Wordt de arbeidsovereenkomst vervolgens stilzwingend of onder dezelfde voorwaarden omgezet in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd zonder dat opnieuw een (rechtsgeldig) concurrentiebeding overeengekomen wordt, dan converteert het nietige beding niet door de enkele omzetting in een rechtsgeldig beding.³

5. Deze extra waarborg in de vorm van een schriftelijke motivering van het zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelang is ingevoerd omdat werknemers met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd en een concurrentiebeding in beginsel een dubbel nadeel ondervinden. Deze werknemers hebben namelijk onzekerheid over hun toekomst als gevolg van hun in duur beperkte contract en een beperking van de mogelijkheden om elders een (vast) contract aan te gaan of als zelfstandige in dienst te treden wanneer hun tijdelijke arbeidsovereenkomst niet wordt verlengd.⁴

6. In deze zaak rijst de vraag of een *voorwaardelijk* concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd ook een schriftelijke motivering van het zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelang vereist.

Voorwaardelijke verbintenis

7. Bij een voorwaardelijke verbintenis in de zin van art. 6:21 BW is de werking van de verbintenis afhankelijk gesteld van het al of niet plaatsvinden van een toekomstige onzekere gebeurtenis.⁵ Er is dus al een verbintenis, maar de werking van deze verbintenis vangt pas aan door het wel of niet plaatsvinden van de gebeurtenis in de toekomst. Ook binnen het arbeidsrecht wordt aangenomen dat rechtsgeldig een voorwaardelijke verbintenis kan worden aangegaan zolang deze voldoet aan de in art. 6:21 BW gestelde voorwaarden en past binnen het op de bescherming van werknemers gerichte wettelijke stelsel en niet in strijd is met de in de wet gestelde eisen.⁶

8. Is sprake van een rechtsgeldig voorwaardelijk concurrentiebeding, dan vangt de werking van het concurrentiebeding pas aan op het moment dat voldaan is aan de voorwaarde waaraan de inwerkingtreding is verbonden. In dit geval is de werking van de verbintenis afhankelijk gesteld van een positieve voorwaarde: het concurrentiebeding heeft pas werking indien een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd wordt aangegaan.⁷

9. De kantonrechter overweegt dat het concurrentiebeding in de eerste arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd een voorwaardelijk karakter had.⁸ Dit betekent dat het beding niet van kracht was bij het aangaan van de overeenkomst en gedurende de looptijd ervan. Het was ook onzeker of het concurrentiebeding ooit van kracht zou worden, omdat dit afhankelijk was van het aangaan van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Omdat deze zekerheid ontbrak bij het sluiten van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, stond het niet vast dat het concurrentiebeding tijdens de looptijd van deze overeenkomst van kracht zou worden.

10. Het oordeel van de kantonrechter dat het op het moment dat het concurrentiebeding overeengekomen werd *ook niet vaststond dat het beding ooit in werking zou treden*, sluit aan bij de vereisten voor het rechtsgeldig overeenkomen van een voorwaardelijke verbintenis in de zin van art. 6:21 BW.⁹ De kantonrechter oordeelt dus in zoverre dat een (rechtsgeldig) voorwaardelijk concurrentiebeding overeengekomen is. Bij de omzetting in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, diende echter te worden voldaan aan het schriftelijkheidsvereiste als bedoeld in art. 7:653 lid 1 sub b BW. Nu niet is gebleken dat hieraan is voldaan, is naar het oordeel van de kantonrechter geen rechtsgeldig concurrentiebeding tot stand gekomen.

11. Voor wat betreft dit eerste aspect (het voldoen aan de in art. 6:21 BW gestelde voorwaarden), kan ik mij vinden in het oordeel van de kantonrechter dat de inwerkingtreding van de voorwaarde afhankelijk is van een toekomstige onzekere gebeurtenis. Ondanks dat het doorgaans de werkgever is die bepaalt of aan werknemer een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd wordt aangeboden, kan het aangaan van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd doorgaans niet

1 *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 3, p. 17.

2 *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 3, p. 16 en 17.

3 Zie bijvoorbeeld *rb. Midden-Nederland* 13 april 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:1814, *rb. Rotterdam* 29 maart 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:3143 en *rb. Rotterdam* 31 oktober 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:8664.

4 *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 3, p. 16 en 17.

5 S.S.Y. Engelen in: *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:21 BW, aant. 4.

6 D. Schwartz & A. Olsthoorn, 'Wat schort eraan? Over de rol van de opschortende voorwaarde in de arbeidsrechtpraktijk', *ArbeidsRecht* 2021/41, p. 3.

7 Asser/Sieburgh 6-I 2016/165; J.D.A. den Tonkelaar, *Opschortende en ontbindende voorwaarden*, p. 22.

8 Overweging 4.16.

9 In art. 6:21 BW is opgenomen dat van een voorwaardelijke verbintenis sprake is wanneer de werking van de verbintenis van een *toekomstige onzekere gebeurtenis* afhankelijk is gesteld (art. 6:21 BW).

louter afhankelijk zijn van de wil van een werkgever. De werknemer zal immers akkoord moeten gaan met de verlening.

12. In onderhavig geval is de verbintenis (het concurrentiebeding) echter niet rechtsgeldig overeengekomen in de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Een concurrentiebeding kan, conform art. 7:653 lid 2 BW, namelijk alleen worden opgenomen in een arbeidsovereenkomst indien uit de bij dat beding opgenomen schriftelijke motivering van de werkgever blijkt dat het beding noodzakelijk is vanwege zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen. Als gezegd: zonder deze motivering is het beding nietig. Dit maakt dat de motivering direct in het beding dient te worden opgenomen, wil het beding werking hebben.

13. Dat geen sprake is van het dubbele nadeel voor de werknemers met een tijdelijke arbeidsovereenkomst en een concurrentiebeding (te weten: (i) het hebben van een in duur beperkt contract en (ii) een beperking van de mogelijkheden om elders een (vast) contract aan te gaan of als zelfstandige te gaan werken) omdat een werknemer na afloop van de tijdelijke arbeidsovereenkomst niet wordt beperkt, maakt dit mijns inziens niet anders. Ondanks dat de beperking (in de vorm van het concurrentiebeding) pas werking heeft op het moment dat de arbeidsovereenkomst is geconverteerd in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, dient een concurrentiebeding aan de wettelijke vereisten te voldoen op het moment waarop het wordt aangegaan. Op dat moment ontstaat namelijk de verbintenis en niet pas op het moment dat deze in werking treedt.

14. Het vorenstaande maakt dat nooit een rechtsgeldige voorwaardelijke verbintenis is overeengekomen omdat het concurrentiebeding bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd niet rechtsgeldig overeengekomen is. Om een rechtsgeldig concurrentiebeding overeen te komen voor de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, dient aldus opnieuw een rechtsgeldig concurrentiebeding overeengekomen te worden door te voldoen aan de in art. 7:653 lid 1 BW genoemde voorwaarden. Daaraan is pas voldaan indien het concurrentiebeding (i) schriftelijk en (ii) met een meerderjarige werknemer wordt aangegaan.

15. Om in de onderhavige situatie een rechtsgeldig concurrentiebeding overeen te komen, had de werkgever – in lijn met hetgeen door de Hoge Raad in 2008 en 2017 is geoordeeld – bij de conversie van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd in de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd:

a. de werknemer een (nieuwe) arbeidsovereenkomst of een ander document (zoals een arbeidsreglement) moeten laten ondertekenen waarin het concurrentiebeding zoals opgenomen in de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, opnieuw is opgenomen;¹⁰ of

b. de werknemer een document moeten laten ondertekenen in welk document de werknemer verklaart uitdrukkelijk akkoord te gaan met het concurrentiebeding zoals opgenomen in de eerdere arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd.

16. Anders dan door de kantonrechter wordt overwogen,¹¹ zou, bij het sluiten van de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, het enkel aanhechten van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd (met daarin het concurrentiebeding)

er mijns inziens niet toe hebben geleid dat een rechtsgeldig concurrentiebeding overeengekomen zou zijn. Het enkel aanhechten van deze arbeidsovereenkomst bij het sluiten van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd zonder daarbij expliciet een (nieuw) concurrentiebeding overeen te komen, leidt er niet toe dat het nietige relatiebeding alsnog rechtsgeldig wordt. Om het concurrentiebeding rechtsgeldig overeen te komen, had de werkgever bij het sluiten van de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd dus ook nog in de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd moeten verwijzen naar de in de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd opgenomen voorwaarden.¹²

17. Het vorenstaande is mijns inziens niet anders wanneer partijen eerst een 'voorovereenkomst' overeenkomen met daarin een concurrentiebeding dat pas gaat gelden op het moment dat partijen een arbeidsovereenkomst aangaan. Zoals gesteld, een concurrentiebeding dient bij het aangaan van het (voorwaardelijke) beding al te voldoen aan de wettelijke vereisten zoals opgenomen in art. 7:653 BW. Bij het sluiten van de voorovereenkomst dient de werkgever dit beding dus al schriftelijk vast te leggen, dient de (potentiële) werknemer meerderjarig te zijn én – indien partijen voornemens zijn een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd aan te gaan – dienen de zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen bij het concurrentiebeding te zijn opgenomen. Gaan partijen vervolgens een week, een maand of een jaar later een arbeidsovereenkomst aan, dan zal op dat moment nog steeds moeten worden voldaan aan het schriftelijkheidsvereiste zoals nader uitgewerkt in *Philips/Oostendorp* of, in geval van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, zal het concurrentiebeding in de arbeidsovereenkomst zelf moeten worden opgenomen.

18. Het overeenkomen van een voorwaardelijk concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd kan enkel indien het concurrentiebeding direct aan het in art. 7:653 lid 2 BW opgenomen vereiste van een schriftelijke motivering voldoet. Nadat de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd wordt omgezet in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, zal een werkgever doorgaans de opgenomen motivering willen verwijderen, omdat een rechter in een procedure (onbedoeld) veel belang kan hechten aan de hierin opgenomen motivering waardoor aan andere argumenten van de werkgever waarmee het belang van het concurrentiebeding wordt onderbouwd mogelijk minder belang wordt gehecht.¹³ Auteur Hagendoorn stelde in zijn annotatie bij een vergelijkbare kwestie uit 2018 daarom al voor om een voorwaardelijk concurrentiebeding met een voorwaardelijke motivering, gekoppeld aan een tijdsbepaling of ontbindende

10 HR 28 maart 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC0384 en HR 3 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:364.

11 Overweging 4.6.

12 Vgl. HR 1 juli 1983, NJ 1984/88. In dit arrest oordeelde de Hoge Raad dat een concurrentiebeding aangegaan met een minderjarige werknemer niet rechtsgeldig overeengekomen is indien de werknemer, na zijn meerderjarig worden, een brief ondertekent waarin verwezen wordt naar de tijdens zijn minderjarigheid schriftelijk aangegane overeenkomst die een concurrentiebeding bevat. Om het concurrentiebeding rechtsgeldig overeen te komen, moet het concurrentiebeding na het bereiken van de meerderjarige leeftijd opnieuw schriftelijk worden overeengekomen.

13 Dit gebeurde bijvoorbeeld in een uitspraak van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 11 januari 2022 (ECLI:NL:GHARL:2022:144) waarin het hof oordeelde dat de belangen voor werkgever die wel al bekend waren bij het aangaan van het concurrentiebeding maar niet waren opgenomen in de motivering van het concurrentiebeding, in de belangenafweging minder zwaarwegend zijn.

voorwaarde, overeen te komen zodat de motivering zou komen te vervallen wanneer de arbeidsovereenkomst zou worden omgezet in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.¹⁴

19. Overigens zal deze enigszins omslachtige constructie mogelijk op korte termijn niet meer nodig zijn. In het wetsvoorstel Wet modernisering concurrentiebeding wordt namelijk voorgesteld om de motivering van een zwaarwegend bedrijfs- en dienstbelang voor een concurrentiebeding op te nemen bij concurrentiebedingen in arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd.¹⁵ In dat geval gelden dezelfde vereisten voor een concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd als in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, zodat het niet langer nodig is om een tijdsbepaling of ontbindende voorwaarde te verbinden aan de opgenomen motivering. Het is echter de vraag of een werkgever op dat moment überhaupt nog belang heeft bij het voorwaardelijk overeenkomen van een concurrentiebeding; voor het vermijden van de 'strengere' schriftelijke motiveringstoets hoeft de werkgever het in ieder geval niet meer te doen.

mr. D. Quist

advocaat, Windt Le Grand Leeuwenburgh Advocaten

2

Cursus SVH Sociale Hygiëne is een vorm van verplichte scholing als bedoeld in art. 7:611a lid 2 BW op grond van de Alcoholwet

Kantonrechter Rechtbank Zeeland-West-Brabant zp

Tilburg

23 juli 2024, nr. 11133350 VV EXPL 24-46 (E),

ECLI:NL:RBZWB:2024:6859

(mr. Tilman-Knoester)

Noot mr. drs. T.J. Post

Studieovereenkomst. Terugbetalingsbeding. Loonvorde- ring.

[BW art. 7:611a lid 1, 2 en 4; Richtlijn (EU) 2019/1152 art. 13 en overweging 23; Alcoholwet art. 8 lid 3, 11c lid 1 sub b, 11e, 24 lid 1, 48b]

Essentie: Ex-werknemer die als kok werkte vordert achterstallig loon. Werkgeefster heeft onvoldoende onderbouwd dat loon al betaald is: vordering toegewezen. Studiekosten mochten daarnaast niet worden verrekend omdat ze onder art. 7:611a lid 2 BW vallen.

Samenvatting: Werknemer is op 1 september 2021 voor onbepaalde tijd in dienst getreden bij werkgeefster als leerling-kok in een horecagelegenheid en is vanaf 1 september 2023 werkzaam als zelfstandig kok. De arbeidsovereenkomst is per

1 maart 2024 geëindigd. Op grond van een studieovereenkomst met een terugbetalingsbeding heeft werkgeefster bij de eindafrekening € 527,56 verrekend. Werknemer voert aan dat werkgeefster het dienstverband niet juist heeft afgerekend en vordert diverse bedragen uit hoofde van de arbeidsovereenkomst. Het spoedeisend belang is gezien de loonvorde- ring gegeven. Bij werkgeefster dient op grond van de Alcohol- wet altijd iemand aanwezig te zijn met een diploma Sociale Hygiëne, waardoor het in het belang van werkgeefster was dat werknemer dat diploma zou behalen. Werknemer heeft aangevoerd dat hij tijdens avonddiensten regelmatig een van de twee gediplomeerde medewerkers was. Ook startte hij vanaf september 2023 als zelfstandig kok, zodat hij regelmatig de enige medewerker met het vereiste diploma zou zijn. De kantonrechter oordeelt dat het onvoldoende aannemelijk is geworden dat de training niet valt onder art. 7:611a lid 2 BW. Dat meerdere medewerkers de training hebben gevolgd, doet aan het voorgaande niet af, gelet op de ruime openingstijden van werkgeefster en het feit dat er altijd een gediplomeerde medewerker aanwezig dient te zijn. De kantonrechter is dan ook voorlopig van oordeel dat het studiekostenbeding in de bodemprocedure nietig zal worden geacht, zodat werkgeef- ster de opleidingskosten niet mocht verrekenen. Werkgeefster stelt dat zij alle uit hoofde van de arbeidsovereenkomst nog verschuldigde bedragen heeft betaald en dat alle vakantieda- gen door werknemer waren opgenomen. De kantonrechter overweegt dat werkgeefster dit onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt. Daarbij is van belang dat bijvoorbeeld het be- drag van de betaling en het betalingskenmerk in december 2023 niet overeenstemmen met de loonstrook van die maand. Ook zijn sommige overgelegde stukken door werkgeefster opgestelde niet-controleerbare overzichten. De gevorderde hoofdsommen worden toegewezen.

Vonnis in kort geding d.d. 23 juli 2024 inzake:

[eiser], wonende te [adres 1],

eiser,

gemachtigde: mr. G.M. Roze, werkzaam ten kantore van D.A.S. Nederlandse Rechtsbijstand Verzekeringsmaatschappij te Zoetermeer,

tegen

[gedaagde] B.V., statutair gevestigd te Tilburg en kantoorhou- dende te [adres 2],

gedaagde,

gemachtigde: mr. C. Schriks, advocaat te Eindhoven.

Partijen worden hierna aangeduid als '[eiser]' en '[gedaagde]'.

1. Het verloop van het geding

1.1. De procesgang blijkt uit de volgende stukken:

a. de dagvaarding van 13 juni 2024 met producties;

b. de brief van 9 juli 2024 van [gedaagde] met producties;

1.2. De mondelinge behandeling heeft plaatsgevonden op 9 juli 2024. Ter zitting waren aanwezig [eiser] in persoon, bijge- staan door mr. Roze voornoemd, alsmede [gedaagde], verte- genwoordigd door [naam], bestuurder, bijgestaan door mr. Schriks voornoemd. [gedaagde] heeft ter zitting nog twee producties overgelegd. Van het verhandelde ter zitting zijn aantekeningen gemaakt.

2. Het geschil

2.1. [eiser] vordert om bij wege van voorlopige voorziening, bij vonnis, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad, [ge- daagde] te veroordelen:

¹⁴ Hof Amsterdam 30 oktober 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:4043, «JIN» 2019/36, m.nt. Hagendoorn.

¹⁵ Wijziging van art. 653 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek en van de Overgangswet nieuw Burgerlijk Wetboek in verband met de mo- dernisering van het concurrentiebeding (conceptwetsvoorstel).