

187

Rechtbank Amsterdam (Kantonrechter)
1 augustus 2016, nr. 4786784 CV EXPL 16-3925
(mr. Van Berkum)
Noot A. Briejer

Relatiebeding. Nevenactiviteitenbeding. Boetebeding.

Fiscaal advocaat overtreedt nevenwerkzaamheden- en relatiebeding en is boete van € 260.000,= verschuldigd. Boetebeding op grond waarvan naast boete een schadevergoeding kan worden gevorderd voor zover de schade de boete overstijgt, is rechts-geldig.

[BW art. 7:651, 7:653]

Werknemer, fiscaal advocaat, is voor bepaalde tijd in dienst getreden van werkgever, een advocatenkantoor. In de arbeidsovereenkomst is een nevenwerkzaamheden- en relatiebeding opgenomen. Verder wordt in de arbeidsovereenkomst bepaald "dat werknemer bij iedere overtreding hiervan een direct opeisbare boete van € 20.000,= verschuldigd is, te vermeerderen met een bedrag van € 500,= voor iedere dag dat de overtreding voortduurt voor zover het een doorlopende overtreding is. Het voorgaande laat onverlet de gehoudenheid van werknemer tot vergoeding aan werkgever van alle schade die door het handelen van werknemer is of zal ontstaan, indien deze schade meer bedraagt dan (de som van) gemeld boetebedrag". Feitelijk was werknemer werkzaam op partnerniveau. Het was ook de bedoeling om dit op den duur in een gelijke aandeelhoudersverhouding met de andere partners met een managementfee in plaats van een arbeidsovereenkomst tot uiting te laten komen. Voordien is echter besloten de samenwerking te beëindigen. Werkgever vordert onder meer betaling van een boete van € 260.000,= omdat werknemer minimaal 13 keer het relatie- en/of nevenactiviteitenbeding heeft geschonden.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Tegenover de gemotiveerde en met stukken onderbouwde stellingen per met naam en toenaam besproken zaak, heeft werknemer steeds onvoldoende gemotiveerd betwist dat hij de bedingen heeft geschonden. Geconcludeerd wordt dat werknemer 13 keer in strijd met het relatie- en/of nevenactiviteitenbeding heeft gehandeld en dat hij daarvoor telkens de in het addendum overeengekomen boete van € 20.000,= verschuldigd is, te weten in totaal € 260.000,=. Anders dan werknemer aanvoert, zijn de onderhavige bedingen niet nietig. In het beding is bepaald dat een vordering tot schadevergoeding slechts is toegelaten voor zover de schade de boete overstijgt. Bovendien vordert werkgever ook alleen de boete en niet tevens schadevergoeding. Onder deze omstandigheden is geen sprake van strijd met art. 7:651 lid 1 BW. Verder doet werknemer een beroep op matiging. Nu hij echter dit beroep in het geheel niet heeft toegelicht, wordt dit beroep verworpen. De gevorderde boete van € 260.000,= wordt toegewezen. Werkgever heeft het gestelde recht op vakantiedagen en -toeslag van werknemer onvoldoende gemotiveerd betwist, zodat de door werknemer gevorderde bedragen verschuldigd zijn.

1. De besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid A B.V.,
2. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid X B.V.,

3. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Y B.V., allen gevestigd te Amsterdam, eiseressen in conventie, verweersters in reconventie, nader gezamenlijk te noemen: A c.s., afzonderlijk genoemd A, X en Y, gemachtigde: mr. R.J.A. Dil, tegen
 1. M wonende te Amsterdam,
 2. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid M B.V., gevestigd te Amsterdam, gedaagden in conventie, eisers in reconventie, nader te noemen M gemachtigde: mr. W.A. van Sambeek.

Rechtbank:

- de dagvaarding van 19 januari 2016 met producties;
 - de conclusie van antwoord tevens eis in reconventie met producties;
 - het instructievonniss van 18 april 2016;
 - dagbepaling comparitie
 - een akte verandering van eis in reconventie van M
- De comparitie heeft plaatsgevonden op 28 juni 2016. Namens A c.s. is H verschenen, vergezeld door de gemachtigde en zijn kantoorgenoot mr. Willems. M is in persoon verschenen, mede namens zijn vennootschap, vergezeld door zijn gemachtigde. A c.s. heeft mede aan de hand van een pleitnotitie mondeling van antwoord in reconventie gediend. Partijen zijn verder gehoord en hebben vragen van de kantonrechter beantwoord. De kantonrechter heeft de zaak op verzoek van partijen aangehouden ten behoeve van het beproeven van een minnelijke regeling. Bij fax van 4 juli 2016 is door A c.s. vonnis gevraagd en is een datum voor vonnis bepaald.

Gronden van de beslissing

Feiten

in conventie en in reconventie:

1.1. A drijft een advocatenkantoor dat is gespecialiseerd in commerciële geschillen op het gebied van arbeids-, ondernemings-, verbintenissenrecht en vastgoed. Y B.V. en X B.V. zijn aandeelhouder en bestuurder van A. Y is aandeelhouder en bestuurder van Y B.V. X van X B.V.

1.2. M is fiscaal advocaat. M was bevriend met H. Eind 2011 heeft H M gevraagd zijn fiscale praktijk onder te brengen bij A waardoor A haar praktijk kon uitbreiden met dit specialisme.

1.3. A heeft vervolgens een arbeidsovereenkomst gesloten met M voor bepaalde tijd, waarin onder meer het volgende is bepaald:

"(...)

Artikel 2

Deze arbeidsovereenkomst vangt aan op 15 februari 2012 en eindigt van rechtswege op 15 december 2012 (...)(...)

Artikel 5

De arbeidstijd per week bedraagt 40 uur. (...)

Artikel 9

Het is werknemer verboden tijdens de arbeidsovereenkomst in enigerlei vorm werkzaam te zijn voor een andere werkgever of opdrachtgever (...), dan wel zaken te doen voor eigen rekening, hetzij tegen vergoeding, hetzij om niet, behoudens uitdrukkelijke schriftelijke toestemming van de werkgever. (...)

Artikel 10

Voor werknemer geldt een relatiebeding in dier voege dat het hem verboden is om binnen een tijdvak van één jaar na beëindiging van de arbeidsovereenkomst in enigerlei vorm werkzaamheden te verrichten of op enige wijze werkzaam, behulpzaam of betrokken te zijn, voor of namens cliënten van werkgever, hetzij om niet of tegen vergoeding dan wel in strijd met de strekking van dit beding te handelen. (...) Indien en voor zover werknemer zelf een cliënt in de zin van dit artikel heeft aangebracht en voor die cliënt gedurende het dienstverband fiscale werkzaamheden heeft verricht is het werknemer toegestaan deze fiscale werkzaamheden voor eigen rekening voor te zetten nadat de arbeidsovereenkomst zal zijn geëindigd (...)

Artikel 11

Bij iedere overtreding door werknemer van het van het bepaalde in de artikelen 8 en/of 9 en/of 10 verbeurt werknemer aan werkgever zonder sommatie of in gebrekestelling een direct opeisbare boete van € 20.000,=, te vermeerderen met een bedrag van € 500,= voor iedere dag dat de overtreding voortduurt voor zover het een doorlopende overtreding is. Het voorgaande laat onverlet de gehoudenheid van werknemer tot vergoeding aan werkgever van alle schade die door het handelen van werknemer is of zal ontstaan, indien deze schade meer bedraagt dan (de som van) gemeld boetebedrag. (...)"

1.4. De arbeidsovereenkomst is vervolgens verlengd tot 15 december 2014. Bij die verlenging zijn tussen partijen aanvullende afspraken gemaakt, die schriftelijk zijn vastgelegd in een addendum. Hierin is onder meer bepaald:

"(...)

Ingroeieregeling

Per 15 december 2012 is je arbeidsovereenkomst verlengd tot 15 december 2014. (...) Op de verlengde arbeidsovereenkomst zijn alle bepalingen uit je huidige arbeidsovereenkomst van toepassing.

Je huidige salaris van € 5000,= bruto per maand blijft gehandhaafd, maar je deelt vanaf 2013 wel mee in de winst. Dat wil zeggen dat jij – via jouw (op te richten): M BV – (...) 6% van onze aandelen ontvangt en je in aanmerking komt voor dienovereenkomstig aandeel over de winst (...) in 2013 (6%). (...)

Vanaf 2014 tot het einde van de arbeidsovereenkomst wordt je salaris verhoogd tot € 6250,= bruto per maand en in 2014 vindt er aan (...) M B.V. een overdracht plaats van nog eens 6% van de aandelen en bedraagt jouw aandeel in de winst (...) in dat jaar 12%. (...)

Voor medio september 2014 dien jij te beslissen of je met ons verder wilt en vice versa. Wij gaan ervan uit dat jij dat wilt en vice versa en als dat inderdaad het geval is ontvang je (...) nog een 6% van de aandelen (...). Vanaf 15 december 2014 bestaat er tussen ons derhalve geen arbeidsovereenkomst meer en dienen we (bij voortzetting van de samenwerking) vanzelfsprekend te beschikken over een aandeelhoudersovereenkomst (...).

Aandelenoverdracht

De aandelenoverdracht is steeds om niet (!) en de aan jouw – op te richten – M B.V. overgedragen aandelen dienen tot het moment dat er 32% van de aandelen aan jou (...) is overgedragen op het eerste verzoek van een van ons of ons allebei (eveneens) om niet direct aan ons worden terug geleverd. Deze situatie zal zich voordoen als een van ons (of wij allebei) het gaandeweg de samenwerking met jou om wat voor reden dan ook toch niet ziet (zien) zitten om jou als partner te hebben.

Scheiden der wegen

Mocht de in de eerste helft van de vorige alinea omschreven situatie zich onverhoopt voordoen dienen we de arbeidsovereenkomst (...) vanzelfsprekend zsm (...) te beëindigen. In dat geval wordt er geen beëindigingsvergoeding, ontslagvergoeding of

wat voor vergoeding dan ook aan jou voldaan, maar heb je wel recht op jouw winstaandeel over het betreffende jaar naar rato en kan je de door jouw opgebouwde fiscale praktijk zonder voorbehoud meenemen. Voor de overige cliënten en relaties geldt ingeval van beëindiging van de arbeidsovereenkomst het relatiebeding zoals dat in je huidige arbeidsovereenkomst is opgenomen, evenals het daaraan verbonden boetebeding. (...)

Voor zover het gaat om cliënten en/of relaties die vanaf 2013 nog geen cliënten en/of relaties van kantoor en/of ons zijn en die geen deel uit maken van jouw fiscale praktijk, maar die je wel wilt blijven bedienen zijn we ingeval van een onverhoopte beëindiging van de samenwerking t.z.t. bereid hier een (financiële) afspraak over te maken. (...)"

1.5. Op 24 juni 2013 en op 16 april 2014 is telkens 6% van de aandelen overgedragen aan M.

1.6. Op 29 oktober 2014 is aan M medegedeeld dat de arbeidsovereenkomst niet meer zal worden voortgezet, zodat deze per 15 december 2014 van rechtswege is geëindigd.

1.7. Vanaf 10 november 2014 tot 15 december 2014 heeft M in totaal 7 uur en 6 minuten tijdgeschreven in het daarvoor bedoelde systeem.

1.8. Tussen partijen heeft overleg plaatsgevonden over het beëindigen van de samenwerking en daarbij is afgesproken dat M het niet fiscale dossier aan een collega van A zou overdragen en het niet fiscale dossier zou meenemen.

1.9. M heeft zijn fiscale praktijk voortgezet en is thans werkzaam als partner bij B.

1.9. Verder heeft A verzocht om de geleverde aandelen om niet terug te leveren, maar dat heeft M tot op heden niet gedaan.

1.10. A heeft de uitbetaling van het laatste salaris en verplichting om een eindafrekening op te maken opgeschort.

*Vordering**in conventie:*

2. A c.s. vordert dat M bij uitvoerbaar bij voorraad te verklaren vonnis veroordeeld zal worden tot:

- betaling van € 260.000,= aan verbeurde boetes;
- betaling van € 6600,= aan schadevergoeding;
- teruglevering om niet van de geleverde aandelen A c.s.;
- betaling van de kosten van deze procedure.

3. A c.s. stelt hiertoe dat M minimaal 13 keer het relatie- en/of nevenactiviteitenbeding heeft geschonden, waardoor hij een boete is verschuldigd geraakt van in totaal in ieder geval € 260.000,=. Verder stelt zij schade te hebben geleden omdat M in de periode van 10 november tot en met 15 december 2014 minimaal 30 uren te weinig namens A heeft gedeclareerd, zodat zij 30 maal zijn uurtarief € 220,= is misgelopen, ad in totaal € 6600,=. Tot slot stelt zij dat M uit hoofde van het addendum gehouden is om op eerste afroep de geleverde aandelen aan A c.s. terug te leveren.

4. M heeft verweer gevoerd. Op de stellingen van partijen zal hieronder voor zover van belang nader worden ingegaan.

in reconventie:

5. M vordert, na wijziging eis, bij vonnis uitvoerbaar bij voorraad, A c.s. te veroordelen tot:

- betaling van € 2800,= bruto aan achterstallig loon over de periode 1 december 2015 tot en met 15 december 2014, vermeerderd met de wettelijke verhoging en wettelijke rente;
- betaling van € 2912,= bruto aan vakantietoelage, vermeerderd met de wettelijke verhogingen wettelijke rente;
- betaling van € 5561,38 bruto aan vakantiedagen, vermeerderd met de wettelijke verhoging en wettelijke rente;

– het verstrekken van deugdelijke specificaties over voorgaande betalingen op straffe van een dwangsom;
en verder het aandeelhoudersbesluit van 25 juni 2015 te vernietigen, met veroordeling van A c.s. in de kosten van deze procedure.

6. M stelt hiertoe dat A zijn laatste salaris en eindafrekening niet heeft uitbetaald. Verder stelt M dat het genoemde aandeelhouders besluit niet rechtsgeldig is genomen omdat niet het gehele geplaatste kapitaal was vertegenwoordigd toen het besluit werd genomen. M zelf was er immers niet.

7. A c.s. heeft verweer gevoerd. Op de stellingen van partijen zal hieronder voor zover van belang nader worden ingegaan.

Beoordeling

in conventie en in reconventie:

8. Gelet op de samenhang tussen de vorderingen in conventie en in reconventie zullen deze gezamenlijk worden behandeld.

9. Uit de stellingen van partijen volgt dat M op basis van een arbeidsovereenkomst in dienst is getreden bij A, maar dat hij feitelijk werkzaam was op partnerniveau en dat het ook de bedoeling was om dit op den duur in een gelijke aandeelhoudersverhouding met de andere partners Van T en H met een managementfee in plaats van een arbeidsovereenkomst tot uiting te laten komen. Voordien is echter besloten de samenwerking te beëindigen.

Aandelen

10. Uit de tekst van het addendum volgt dat M indien nog geen 32% van de aandelen is geleverd, bij beëindiging van de arbeidsovereenkomst gehouden is om op eerste verzoek de reeds geleverde aandelen om niet terug te leveren. Vaststaat dat bij het einde van de arbeidsovereenkomst slechts 12% van de aandelen aan M was geleverd. Uit het addendum en hetgeen partijen daaromtrent hebben gesteld volgt dat het de bedoeling van partijen is geweest om een ingroeiregeling ten aanzien van de aandelen overeen te komen waarna op basis van een management fee gewerkt zou worden. Uitdrukkelijk is daarbij overeengekomen dat indien de samenwerking tussentijds zou worden beëindigd de reeds geleverde aandelen moesten worden terug geleverd. Zonder nadere toelichting, die ontbreekt, valt niet in te zien dat, zoals M aanvoert, de aandelenlevering als een vorm van loon moet worden beschouwd en als dat al zo is, dat deze niet kunnen worden teruggevorderd. Verder voert M nog aan dat de leveringsakten van de aandelen dwingend bewijs leveren voor de stelling dat partijen ter zake van de levering over en weer niets meer van elkaar te vorderen hebben en er geen andere rechten rusten op de aandelen dan uit de akte blijkt. A c.s. heeft echter onbetwist gesteld dat de notaris, die de akten heeft gepasseerd, net als partijen, van de terugleveringsverplichting op de hoogte was en dat de aandelen met in achtneming van deze afspraak zijn overgedragen. Nu verder in de akten niet uitdrukkelijk afstand is gedaan van hetgeen in het addendum is overeengekomen, maar slechts standaard bewoordingen zijn gebruikt, is niet aannemelijk dat het ten tijde van de levering van de aandelen de bedoeling van partijen is geweest om afstand te doen van de in het addendum overeengekomen voorwaardelijke terugleveringsplicht. Conclusie van het voorgaande is M dat gehouden is tot teruglevering van de aandelen en de vordering van A c.s. op dit punt toewijsbaar is.

11. In reconventie vordert M vernietiging van het aandeelhoudersbesluit van 25 juni 2015. Gelet op bovenstaande en de omstandigheid dat onbetwist is gebleven dat reeds begin 2015 is verzocht om de aandelen terug te leveren, speelt de vraag of M dit thans in redelijkheid kan vorderen. Nu echter onbetwist is

gebleven dat in de aandeelhoudersvergadering van 29 maart 2016 de besluiten van de aandeelhoudersvergadering van 25 juni 2015 rechtsgeldig zijn bekrachtigd, moet worden geconcludeerd dat M geen belang meer heeft bij zijn vordering, zodat deze reeds hierom wordt afgewezen.

Relatiebeding, nevenactiviteitenbeding

12. A c.s. stelt dat M 13 keer het relatiebeding en/of het nevenactiviteitenbeding heeft geschonden. Tegenover de gemotiveerde en met stukken onderbouwde stellingen per met naam en toenaam besproken zaak, heeft M steeds onvoldoende gemotiveerd betwist dat hij de bedingen heeft geschonden. Uit de tekst van de bedingen volgt immers dat M slechts in fiscale zaken en – in overleg – in andere zaken aangenomen na 2013 nog werkzaamheden na het einde van de arbeidsovereenkomst mocht verrichten. Uit de omstandigheid waaronder de arbeidsovereenkomst tot stand is gekomen, een samenwerking met de fiscale praktijk van M, en de tekst van de bedingen, volgt dat het de bedoeling van partijen is geweest om overeen te komen dat alleen die zaken meegenomen mochten worden die overwegend een fiscaal rechtsgebied betroffen en de overige zaken slechts in overleg. De omstandigheid dat een zaak een financieel karakter heeft of mede een beperkt fiscaal karakter, zoals btw aspecten, is dan ook onvoldoende om deze zonder overleg te mogen meenemen. Ditzelfde geldt voor een na 2013 aangenomen zaak. Eveneens geldt dit voor zaken die niet zijn meegenomen, maar waarin desondanks werkzaamheden zijn verricht na einde dienstverband. Door na 15 december 2014 werkzaamheden te verrichten in de zaken Ya, D, T, W, Van E en Van C, heeft M het relatiebeding dan ook geschonden. M betwist weliswaar dat hij de zaak S heeft meegenomen, maar betwist niet dat hij per 22 december 2014 S per e-mail heeft verzocht een voorschot te voldoen op zijn eigen rekening voor het opstellen van een memorie van grieven. Hieruit volgt dat M ook ten aanzien van S het relatiebeding heeft geschonden. M voert evenwel nog aan dat hij toestemming had om al zijn cliënten mee te nemen en verwijst daarbij naar het e-mailbericht van 26 november 2014 van H aan hemzelf, waarin zij mededeelt: “*Gezamenlijk informeren in een brief aan alle cliënten dat jij vanaf 15 december a.s. voor eigen rekening verder gaat en hun zaken vanuit die nieuwe hoedanigheid zal blijven behandelen.*” A c.s. stelt echter dat H dit bericht heeft opgesteld in de veronderstelling dat alle cliënten van M op dat moment fiscale cliënten waren, aangezien nadat H per e-mail van 13 november 2014 naar een lijstje met niet fiscale zaken heeft gevraagd, slechts over twee dossiers overleg is gevoerd, te weten C en Mo (zie 1.8). Zij vertrouwd er daardoor destijds op dat alle overige cliënten fiscale cliënten waren. Zonder nadere toelichting, heeft M hier tegenover onvoldoende gesteld om te kunnen concluderen dat tussen partijen een nadere afspraak zou zijn gemaakt dat hij ook alle niet fiscale cliënten mocht meenemen, zodat deze stelling wordt verworpen.

13. Nu daarnaast onbetwist is gebleven dat M werkzaamheden bij voorschotnota heeft gedeclareerd in de zaken B, W, De P, Van C en S terwijl hij ook werkzaamheden heeft verricht in deze zaken toen hij nog in dienst was bij A, maar deze werkzaamheden niet heeft gefactureerd, wordt geconcludeerd dat hij deze laatste werkzaamheden voor eigen rekening heeft verricht, hetgeen in strijd is met het nevenactiviteitenbeding. M heeft er immers niet op toe gezien dat deze werkzaamheden namens A tijdig werden gefactureerd en niet duidelijk is geworden of hij voor deze werkzaamheden heeft tijdgeschreven voor A, terwijl hij wel voorschotnota's in rekening heeft gebracht voor de werkzaamheden die hij na zijn dienstverband bij A in deze zaken zou gaan verrichten. De omstandigheid dat M geen betaling heeft ontvangen van S maakt het voorgaande niet an-

ders. Te meer nu hij zelf aanvoert dat voor deze werkzaamheden een vergoeding bij C & C kon worden gedeclareerd in het kader van de (advocaat) beroepsopleiding.

14. Verder stelt A c.s. onbetwist dat M voor eigen rekening een cursus heeft gegeven en dat hij hiermee eveneens het nevenactiviteitenbeding heeft geschonden. Anders dan M aanvoert, maakt de omstandigheid dat A c.s. hiervan op de hoogte was, niet dat hij het beding niet heeft geschonden. Evenmin kan in redelijkheid ervan uitgegaan worden dat M niet van de strekking van het beding op de hoogte was, zodat hij toen hij de cursus gaf, zonder daarvoor toestemming te hebben gekregen, had moeten weten dat hij het beding schond.

15. Conclusie van het voorgaande is dat M 13 keer in strijd met genoemde bedingen heeft gehandeld en dat hij daarvoor telkens de in het addendum overeengekomen boete van € 20.000,- is verschuldigd, te weten in totaal € 260.000,-.

16. Anders dan M aanvoert, zijn de onderhavige bedingen niet nietig. In het beding is bepaald dat een vordering tot schadevergoeding slechts is toegelaten voor zover de schade de boete overstijgt. Bovendien vordert A c.s. ook alleen de boete en niet tevens schadevergoeding. Onder deze omstandigheden is geen sprake van strijd met artikel 7:651 lid 1 BW. Verder doet M een beroep op matiging. Nu hij echter dit beroep in het geheel niet heeft toegelicht, wordt dit beroep verworpen. De gevorderde boete van € 260.000,- zal dan ook worden toegewezen.

Loonvordering in reconventie en schadevordering in conventie

17. Vaststaat dat M tot 15 december 2014 in dienst is geweest bij A c.s. Tussen partijen is niet in geschil dat hij tot 15 december 2014 ook heeft gewerkt, maar dat hij aanvankelijk maar 7 uur en 6 minuten in het daarvoor bedoelde tijdschrijfsysteem van A c.s. heeft ingevoerd. Later heeft M aangegeven dat hij in de periode in november en december 2014 32 uur heeft gewerkt. Vaststaat dat A c.s. het volledige loon over november 2014 heeft uitbetaald. Verder is onbetwist gebleven dat 32 declarabele uren gelijk staat aan één normale werkweek. Onder deze omstandigheden wordt geconcludeerd dat M voor de periode van 1 november tot 15 december 2014, voor een maand betaald heeft gekregen, terwijl hij feitelijk maar een week heeft gewerkt. Gevolg hiervan is dat zijn loonvordering niet toewijsbaar is.

18. A c.s. heeft het gestelde recht op vakantiedagen en -toeslag van M onvoldoende gemotiveerd betwist, zodat deze gevorderde bedragen verschuldigd zijn. A c.s. heeft echter een beroep op verrekening gedaan met haar conventionele vordering. Dit beroep slaagt, zodat deze tegenvordering daarop in mindering strekt en dus in reconventie niet toewijsbaar is. De wettelijke verhoging en wettelijke rente zal eveneens worden afgewezen. M is immers nog altijd in verzuim met de verplichting tot teruglevering van de aandelen en schiet daardoor zelf tekort in de nakoming van zijn verplichtingen, zodat het opschortingsberoep van A c.s. op dit punt slaagt.

19. De door A c.s. gevorderde schadevergoeding is wel toewijsbaar. Zij stelt dat zij doordat M pas later heeft aangegeven dat hij 32 declarabele uren in de genoemde periode heeft gewerkt, zij deze uren niet meer heeft kunnen declareren bij haar cliënten. Dit heeft M onvoldoende betwist, zodat van deze stelling wordt uitgegaan. Nu M wel de hele maand november 2014 betaald heeft gekregen, moet worden geconcludeerd dat A c.s. schade heeft geleden doordat M deze 32 uur niet heeft tijdgeschreven. De gevorderde schade van 32 uur x € 220,- (uurtarief) = € 6600,- is dan ook toewijsbaar.

19. Tegen de gevorderde rente is geen verweer gevoerd, zodat deze zoals gevorderd toewijsbaar is.

20. M wordt als de in het ongelijk gestelde partij in conventie en

in reconventie veroordeeld in de proceskosten. Gelet op de samenhang tussen de conventie en de reconventie worden de proceskosten in reconventie begroot op nihil.

Beslissing

De kantonrechter:

in conventie:

I. veroordeelt M tot betaling aan A c.s. van € 266.600,- minus € 8473,38 bruto vermeerderd met de wettelijke rente vanaf 15 december 2014 tot aan de voldoening;

II. veroordeelt M B.V. de aandelen die zij houdt in A c.s. binnen tien dagen na betekening van dit vonnis om niet terug te leveren aan de partij van wie zij deze verkregen heeft, te weten respectievelijk X B.V., en Y B.V. en bepaalt dat voor zover M B.V. geen medewerking mocht verlenen dit vonnis dezelfde kracht heeft als een in wettige vorm opgemaakte notariële akte tot eigendomsoverdracht en dat dit vonnis vatbaar is voor inschrijving in de daartoe bestemde registers;

III. veroordeelt M en M B.V. in de kosten van het geding, tot op heden aan de zijde van A begroot op:

exploot € 77,75

salaris € 1600,-

griffierecht € 941,-

totaal € 2618,75

voor zover van toepassing, inclusief btw;

IV. veroordeelt M tot betaling van een bedrag van € 205,- aan jaarsalaris, te verhogen met een bedrag van € 68,- onder de voorwaarde dat betekening van het vonnis heeft plaatsgevonden en M niet binnen 14 dagen na aanschrijving vrijwillig aan het vonnis heeft voldaan, een en ander voor zover van toepassing, inclusief btw;

V. verklaart de veroordelingen uitvoerbaar bij voorraad;

VI. wijst af het meer of anders gevorderde,

in reconventie

VII. wijst de vorderingen af;

VIII. veroordeelt M in de kosten van het geding aan de zijde van A gevallen, tot heden begroot op nihil;

NOOT

De algemene boeteregeling is geregeld in art. 6:91-94 BW. Die regeling kan ook worden toegepast in de arbeidsovereenkomst binnen de bandbreedte van art. 7:650 BW. In de hier besproken uitspraak van de Kantonrechter Amsterdam staat art. 7:651 BW centraal.¹ Kort gezegd komt dit artikel, dat dwingendrechtelijk van aard is, erop neer dat een werkgever niet tegelijkertijd een boete kan innen en schadevergoeding kan eisen op grond van een toerekenbare niet-nakoming. Dit artikel stelt de werkgever voor een keuze: boete of schadevergoeding.

Een werkgever kan, als disciplinaire sanctie, een boete stellen op de overtreding van (een) voorschrift(en) uit de arbeidsovereenkomst. Denk hierbij aan een Sociale Media-reglement of een door de werkgever ingevoerd en gehanteerd rookbeleid. De praktijk laat zien dat de werkgever het boetebeding voornamelijk koppelt aan een in de arbeidsovereenkomst opgenomen concurrentiebeding, relatiebeding, geheimhoudingsbeding en/of nevenwerkzaamhedenbeding. De jurisprudentie is niet eenduidig over de vraag of de hiervoor genoemde bedingen onder de werkingssfeer vallen van art. 7:650 BW en art. 7:651 BW. Na een discussie in de literatuur heeft de Hoge Raad in 2003 in het arrest *Ghisyanov/mr. Udink qq* een duidelijk standpunt

¹ Kantonrechter Amsterdam 1 augustus 2016, AR 2016-0923.

ingenomen met betrekking tot het concurrentiebeding. De Hoge Raad oordeelt dat het bestemmingsvereiste niet geldt voor een concurrentiebedingboete.² Uit het arrest volgt dan ook dat art. 7:650 BW niet van toepassing is op een concurrentiebedingboete. Aangenomen mag worden dat dit ook geldt voor het relatiebeding, nu een dergelijk beding eveneens kan worden gezien als een 'belemmerend beding' en daarmee valt onder de definitie van art. 7:653 BW. In het verlengde van *Ghisyawan/mr. Udink qq* wordt in de literatuur bevestigd dat art. 7:651 BW evenmin van toepassing is op een concurrentiebedingboete (en daarmee ook op een relatiebedingboete).³ Het Hof Leeuwarden denkt hier klaarblijkelijk anders over. Dit hof oordeelt dat een concurrentiebedingboete op grond van art. 7:651 BW nietig is wanneer een dergelijk beding de mogelijkheid biedt aanspraak te maken op een boete en schadevergoeding.⁴ Een nevenwerkzaamhedenbeding lijkt onder de werkingssfeer van art. 7:650 BW en art. 7:651 BW te vallen nu een verbod op het verrichten van nevenwerkzaamheden het karakter lijkt te hebben van een disciplinaire sanctie.⁵ Het Hof Leeuwarden oordeelt dat een boete wegens het overtreden van een concurrentiebeding tijdens het dienstverband (derhalve een verboden nevenactiviteit) dient te voldoen aan de eisen van art. 7:650 BW. Het gaat niet om een overtreding van een concurrentiebeding zoals bedoeld in art. 7:653 BW.⁶ Het Hof Leeuwarden is blijkaar van oordeel dat art. 7:650 BW niet en art. 7:651 BW wel geldt voor concurrentiebedingboetes. De rechtspraak is (ook) verdeeld over de vraag of art. 7:650 BW en 7:651 BW gelden voor een geheimhoudingsbedingboete.⁷ Gelet op het disciplinaire karakter van de artikelen zou een onderscheid kunnen worden gemaakt tussen een overtreding van het geheimhoudingsbeding tijdens en na het dienstverband. Wanneer sprake is van een overtreding van het beding *na* einde dienstverband zijn de artikelen niet van toepassing. Een overtreding *tijdens* het dienstverband zou ertoe leiden dat de geheimhoudingsbedingboete wel valt onder de werkingssfeer van de artikelen.⁸ Hoe dan ook, het verdient aanbeveling om voor een concurrentiebeding een separaat boetebeding op te nemen en bij het opstellen van de overige boetebedingen in de arbeidsovereenkomst rekening te houden met hetgeen is bepaald in art. 7:650 BW en art. 7:651 BW.⁹ Dit laat onverlet dat sommige kantonrechters een concurrentiebedingboete, naar mijn mening ten onrechte, toetsen aan art. 7:651 BW. Zo oordeelt de Kantonrechter Eindhoven dat het boetebeding van een concurrentie- en relatiebeding op grond van art. 7:651 lid 2 BW nietig is "omdat het de mogelijkheid biedt schadevergoeding te vorderen naast de boete".¹⁰ In dit licht bezien is het advies om ook bij het opstellen van een concurrentiebedingboete rekening te houden met het vereiste uit art. 7:651 BW. In de hier besproken casus is in de

arbeidsovereenkomst een boetebeding opgenomen dat van toepassing is op het relatie- en nevenwerkzaamhedenbeding. Dus ook de Kantonrechter Amsterdam past art. 7:651 BW toe op een relatieboetebeding door te oordelen dat "geen sprake is van strijd met artikel 7:651 lid 1 BW". Onder verwijzing naar *Ghisyawan/mr. Udink qq* en de in het voorgaande besproken heersende leer in de literatuur en jurisprudentie had de kantonrechter ervoor kunnen kiezen alleen het boetebeding onder de werkingssfeer van dit artikel te laten vallen voor zover het beding ziet op (tijdens het dienstverband gepleegde) overtredingen van het nevenwerkzaamhedenbeding.

In de praktijk zijn de boetebedingen vaak zo geformuleerd dat een werkgever zich naast de boete het recht voorbehoudt om volledige schadevergoeding te vorderen. De volgende zin staat bijvoorbeeld regelmatig in boetebedingen: "(...) *onverminderd het recht van de werkgever om volledige schadevergoeding van de werknemer te vorderen*". Op grond van art. 7:651 BW mag de werkgever echter ter zake van hetzelfde feit niet boete heffen en tevens schadevergoeding vorderen. Op grond van art. 7:651 lid 2 BW is elk beding dat hiermee in strijd is, nietig. Maakt de voorgenoemde tekst een boetebeding nietig? De Kantonrechter Eindhoven meent van wel door te oordelen dat een beding waarin aanspraak wordt gemaakt op boete en schadevergoeding nietig is.¹¹ Het Hof Leeuwarden oordeelt in gelijke zin.¹² In het hier besproken vonnis stelt de werknemer zich op het standpunt dat het boetebeding op grond van de formulering van het beding nietig is. In het beding is bepaald dat een vordering tot schadevergoeding is toegelaten voor zover de schade meer bedraagt dan (de som van) de boete, die staat op € 20.000,= per overtreding. Uit het beding lijkt te volgen dat de werkgever alleen onder bepaalde voorwaarden kan kiezen voor het claimen van een schadevergoeding. De tekst van het beding laat mijns inziens ruimte voor discussie over of dat dan in plaats is van een boete of dat naast de boete een schadevergoeding kan worden geclaimd voor zover de omvang van de schade groter is dan de boete.

Art. 7:651 lid 2 BW kan ook zo worden geïnterpreteerd dat de inhoud van het artikel de werkgever niet verbiedt het recht te bedingen om zowel een boete als een schadevergoeding van de werknemer te vorderen. Art. 7:651 lid 2 BW spreekt immers over het 'heffen' van een boete. Voor nietigheid is dan pas ruimte wanneer de werkgever daadwerkelijk voor beide opties kiest.¹³ De Kantonrechter Amsterdam in de hier besproken casus lijkt het met deze leer eens te zijn door te oordelen dat de werkgever bovendien alleen de boete vordert en niet tevens schadevergoeding. Dit impliceert dat wanneer uit de tekst van het boetebeding zou volgen dat de werkgever naast de boete het recht heeft om schadevergoeding te vorderen, het beding niet nietig zou zijn nu de werkgever een keuze heeft gemaakt. De feitelijke handeling van de werkgever prevaleert als het ware boven de letterlijke tekst van het beding bij de nietigheidstoets. Op basis van de tekst dient de werkgever geen keuze te maken, maar door dat in de praktijk wel te doen, kan van nietigheid van het beding geen sprake zijn. Dit lijkt mij conform de tekst van art. 7:651 lid 2 BW, waarin uitdrukkelijk wordt gesproken over het *heffen* van een boete en *vorderen* van een schadevergoeding.¹⁴ Op grond van art. 6:94 lid 1 BW kan de rechter, op verzoek van de schuldenaar, de bedongen boete matigen. Dit artikel brengt

2 Hoge Raad 4 april 2003, «JAR» 2003/107, m.nt. Vegter.

3 Zie onder andere: Houweling en Loonstra, *Het concurrentiebeding in de arbeidsovereenkomst*, Den Haag 2011: Boom Juridische uitgever, p. 237.

4 Hof Leeuwarden 16 april 2008, ECLI:NL:GHLEE:2008:BC9783.

5 Verhulp en Zondag, *Disfunctioneren en wangedrag van werknemers*, Kluwer: Deventer 2008, p. 18.

6 Hof Leeuwarden 23 april 2008, ECLI:NL:GHLEE:2008:BHO630.

7 Kantonrechter Nijmegen 4 oktober 2013, ECLI:NL:RBGEL:2013:4259 (wel van toepassing). Kantonrechter Arnhem 27 juni 2008, ECLI:NL:RBARN:2008:BD6321 (niet van toepassing).

8 Hof Leeuwarden 23 april 2008, ECLI:NL:GHLEE:2008:BHO630. Het Hof Leeuwarden maakt ook een dergelijk onderscheid bij overtreding van het concurrentiebeding.

9 Verhulp en Zondag, *Disfunctioneren en wangedrag van werknemers*, Kluwer: Deventer 2008, p. 20. Zie ook: F.M. Dekker, 'De formulering van een boetebeding', *ArbeidsRecht* 2014/34.

10 Kantonrechter Eindhoven 27 november 2014, «JAR» 2015/122.

11 Kantonrechter Eindhoven 27 november 2014, «JAR» 2015/122.

12 Hof Leeuwarden 16 april 2008, ECLI:NL:GHLEE:2008:BC9783.

13 Voetnoot Van der Kind bij Kantonrechter Nijmegen 13 december 2013, *TRA* 2014/16.

14 F.M. Dekker, 'De formulering van een boetebeding', *ArbeidsRecht* 2014/34.

mee dat de rechter pas als de toepassing van een boetebeding in de gegeven omstandigheden tot een buitensporig en daarom onaanvaardbaar resultaat leidt, van zijn bevoegdheid tot matiging gebruik kan maken.¹⁵ Daarbij zal de rechter alle omstandigheden van het geval moeten meenemen, waaronder de aard van de overeenkomst, de inhoud en de strekking van het beding, de verhouding tussen de werkelijke schade en de hoogte van de boete en de omstandigheden waaronder het beding is ingeroepen.¹⁶ Op grond van art. 7:650 lid 6 BW heeft de rechter de bevoegdheid te besluiten om ambtshalve tot matiging te komen. In het hier besproken vonnis heeft de kantonrechter dat niet gedaan.

De feiten en omstandigheden die volgen uit het vonnis geven mijns inziens voldoende aanleiding om tot matiging van de boete over te gaan. De werknemer zou voor eigen rekening een cursus hebben gegeven en de werkgever zou hiervan op de hoogte zijn geweest. De omstandigheid dat de werkgever hiervan op de hoogte was, maakt volgens de kantonrechter niet dat de werknemer het beding niet heeft geschonden. Dit kan echter wel als matigingsgrond worden aangevoerd. De arbeidsovereenkomst is op initiatief van de werkgever niet voortgezet, waardoor de arbeidsovereenkomst van rechtswege is geëindigd. De overeenkomst heeft een kleine drie jaar geduurd. Deze omstandigheden vormen eveneens een aan te voeren en nader te onderbouwen matigingsgrond. Gelet op de (in mijn optiek onredelijke) omvang van de boete lijkt het mij aannemelijk dat de werknemer hoger beroep zal instellen. Wordt ongetwijfeld vervolgd.

A. Briejer
Knepelhout & Korthals Advocaten

188
Rechtbank Arnhem (Voorzieningenrechter Kantonrechter) 12 augustus 2016, nr. C/05/306681/KG ZA 16-347 ECLI:NL:RBGEL:2016:4504 (mr. Boonekamp) Noot G.A. Hahn
Atletenovereenkomst. Deelname Olympische Spelen. Tekortkoming in de nakoming.
Atletenovereenkomst. Beslissing van NOC*NSF om turner van verdere deelname aan de Olympische Spelen uit te sluiten. Niet nakoming verplichting zich met volledige toewijding in te spannen. Beslissing kon in redelijkheid worden genomen.
[BW art. 6:74]

*Eiser is een topsporter en beoefent de turnsport. Het NOC*NSF heeft eiser destijds voorgedragen om aan de Olympische Spelen*

*2016 in Rio de Janeiro deel te nemen. NOC*NSF en eiser hebben in de aanloop naar de Olympische Spelen een Topsportersovereenkomst gesloten. In deze overeenkomst is onder meer opgenomen dat het NOC*NSF, bij niet-naleving door de topsporter van één of meer in de overeenkomst opgenomen verplichtingen, één of meer maatregelen kan nemen waaronder uitsluiting van deelname aan de Olympische Spelen. Eiser heeft op zaterdag 6 augustus 2016 de finale van maandag 15 augustus bereikt voor het toestel ringen. Eiser heeft in de avond van 6 augustus het Olympisch dorp verlaten en is na een interview met de NOS naar het Holland Heineken House (HHH) gegaan. De coach van eiser heeft nog bij eiser aangedrongen dat eiser niet zou drinken, aangezien de volgende ochtend om 9:30 uur een training stond gepland. Uit de tijdregistratie van de security-afdeling van het Olympisch dorp is gebleken dat eiser zondagochtend 7 augustus 2016 om 05:08 uur is teruggekeerd in het Olympisch dorp. Eiser is vervolgens niet naar de training gegaan en is omstreeks 15:00 uur opgestaan. Op maandag 8 augustus heeft het NOC*NSF na gesprekken met eiser en na intern beraad besloten dat eiser van verdere deelname aan de Olympische Spelen wordt uitgesloten.*

*Eiser vordert bij de voorzieningenrechter dat NOC*NSF al hetgeen dient te doen dat in haar macht ligt om te bewerkstelligen dat eiser de finale op het toestel ringen van de Olympische Spelen 2016 kan turnen. Daarnaast vordert eiser van het NOC*NSF om hem alle medewerking te verlenen aan een eventueel door hem te starten procedure voor de Ad Hoc Divisie van het CAS en hem daartoe alle relevante stukken tijdig en volledig ter beschikking te stellen alsmede bij wege van een voorschot op schadevergoeding ter dekking van zijn kosten van rechtskundige bijstand een bedrag van € 20.000,= te voldoen.*

*De rechtbank oordeelt als volgt. Vooropgesteld moet worden dat NOC*NSF dit besluit heeft genomen op grond van de Topsportersovereenkomst. In art. 20 van de overeenkomst is vastgelegd dat als eiser zich niet aan de verplichtingen houdt NOC*NSF bevoegd is maatregelen te nemen zoals in dat artikel staat omschreven. Welke maatregelen NOC*NSF neemt in geval van niet-nakoming, dient NOC*NSF te bepalen. De rechter zal slechts achteraf en terughoudend toetsen of het NOC*NSF in redelijkheid tot dit oordeel had kunnen komen. Het feit dat eiser op zondagochtend niet bij de training is verschenen, levert een tekortkoming op in de nakoming van zijn verplichtingen op grond van de Topsportersovereenkomst. Om daadwerkelijk een topprestatie te kunnen leveren, moeten topsporters zich nu eenmaal ten zeerste gedisciplineerd houden aan een tamelijk rigide en nauwkeurig vastgesteld schema van trainingen, voeding, slaap en leefwijze. Het ging hier om een training die klaarblijkelijk een onmisbaar onderdeel vormde in het schema van trainingen.*

*De vraag resteert of NOC*NSF de maatregel van uitsluiting in de gegeven omstandigheden in redelijkheid had kunnen nemen. Ten eerste was sprake van niet-nakoming van de verplichtingen die NOC*NSF in de gegeven omstandigheden als ernstig aanmerkt. Ten tweede is het aannemelijk dat de gedragingen van eiser en een acceptatie daarvan ondermijnend zouden zijn voor het moreel van de andere leden van het turnteam en voor het hele TeamNL. Ten derde is duidelijk dat, ten gevolge van de eerder beschreven gebeurtenis, tussen coach en eiser een complete vertrouwensbreuk is ontstaan. Coach en NOC*NSF zijn vervolgens (klaarblijkelijk) tot de conclusie gekomen dat de breuk niet is te lijmen. Onder deze omstandigheden kan niet worden gezegd dat de maatregel van uitsluiting in geen verhouding stond met de situatie die door toedoen van eiser is ontstaan. Het besluit tot uitsluiting van verdere deelname is zorgvuldig tot stand gekomen. De rechtbank wijst alle vorderingen van eiser af.*

1215

¹⁵ Hoge Raad 17 april 2007, NJ 2007/262.

¹⁶ Zie voor een helder gemotiveerd arrest waarin een boete behoorlijk werd gematigd: Hof Den Haag 5 maart 2013, «JAR» 2013/174. Er kan overigens worden gesteld dat een verschil bestaat tussen de matigingsstaven van art. 6:94 BW en art. 7:650 lid 6 BW. Zie hierover onder andere: F.M. Dekker, 'Enkele aspecten rond het boetebeding', *AR Updates annotaties*, AR 2014/0206.