

**ECLI:NL:RBMNE:2017:4848**

**Uitspraak**

**RECHTBANK MIDDEN-NEDERLAND**

zaaknummer 6078123 UE VERZ 17-260 JES/1267

uitspraak: 31 juli 2017

**beschikking van de kantonrechter, zitting houdende in Utrecht,**

in de zaak van:

**[verzoeker] ,**

wonende te [woonplaats] ,

verder ook te noemen [verzoeker] ,

verzoekende partij,

gemachtigde: mrs. D.R. Corbeek en G. Oudshoorn,

tegen:

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

**BMN Bouwmaterialen B.V.,,**

gevestigd te Nieuwegein,

verder ook te noemen BMN,

verwerende partij,

gemachtigde: mrs. S.J. van IJsendoorn en I. Omlo.

## **1 De procedure**

1.1.

Het verloop van de procedure blijkt uit:

- het verzoekschrift van [verzoeker] , ter griffie ingekomen op 19 juni 2017;

- het verweerschrift van BMN van 12 juli 2017, tevens houdende zelfstandige verzoeken

- de brief van [verzoeker] van 14 juli 2017 waarin hij vraagt om het verzoek van BMN, tot betaling van boetes, af te splitsen van de overige verzoeken.

1.2.

De mondelinge behandeling heeft plaatsgevonden op 17 juli 2017. Beide partijen hebben een pleitnota overgelegd en voorgedragen. Van het (overige) verhandelde ter zitting is door de griffier aantekening gehouden.

1.3.

Hierna is uitspraak bepaald.

## **2 De feiten**

2.1.

BMN is een groothandel in bouwmaterialen met circa 80 vestigingen in Nederland. BMN koopt bouwmaterialen in van leveranciers en levert deze producten aan met name aannemers en stukadoors.

2.2.

Tot 2009 was [verzoeker] (geboren op [1953] ) eigenaar van een stukadoorsbedrijf/groothandel in [vestigingsplaats] . De groothandel is in 2009 overgenomen door de [groep] en [verzoeker] is per 1 januari 2009 in dienst getreden bij een onderdeel van de [groep] , dat nu – door een naamsverandering in 2015 – BMN Bouwmaterialen heet. [verzoeker] was laatstelijk werkzaam in functie van 'manager afbouw' tegen een salaris van € 4.452,71 per maand, exclusief 8% vakantiegeld en overige emolumenten. [verzoeker] verrichtte zijn werkzaamheden gewoonlijk in Haarlem.

2.3.

In de arbeidsovereenkomst tussen [verzoeker] en BMN zijn een nevenactiviteiten-, een geheimhoudings- en een concurrentiebeding opgenomen. Daarnaast is bepaald dat overtreding van een van de bedingen een dringende reden oplevert, op grond waarvan de arbeidsovereenkomst terstond beëindigd kan worden. Ook is bepaald dat werkgever in geval van overtreding recht heeft op een boete ter hoogte van twee maal het maandsalaris, te vermeerderen met een kwart maandsalaris voor iedere dag waarop de overtreding voortduurt.

## 2.4.

Op de arbeidsovereenkomst is een 'Code of Conduct' van toepassing. Daarin zijn onder meer de volgende 'leidende zakelijke beginselen' opgenomen:

"(...)

*6. Wij gebruiken de eigendommen van het concern naar behoren en voor het gestelde doel.*

*7. Wij eerbiedigen vertrouwelijke informatie en zijn professioneel in alle communicatie.*

*8. Wij vermijden belangenverstrengeling, zijn beducht op en melden onmiddellijk elk vermoeden van fraude en verstrekken en aanvaarden alleen geoorloofde zakelijke geschenken en vermaak.*

(...)"

## 2.5.

De werkzaamheden van [verzoeker] bij BMN bestonden uit het onderzoeken van nieuwe producten, om te bezien of deze interessant zijn voor BMN, en het geven van trainingen over specialistische producten. De leidinggevenden van [verzoeker] waren de heer [A] (hierna: ' [A] '), productmanager natte afbouw en de heer [B] (hierna: ' [B] '), regiomanager en categorie manager van de droge en natte (complete) afbouw. Ook kon [verzoeker] in bepaalde gevallen zaken afstemmen met de directie, waaronder de heer [C] (hierna: ' [C] '), algemeen directeur.

## 2.6.

[verzoeker] heeft voor BMN het product ' [bedrijf 2] -Mortex' ontdekt. BMN heeft dit product opgenomen in haar assortiment. Tussen BMN en de leverancier van [bedrijf 2] -Mortex-producten zijn contractuele afspraken gemaakt.

## 2.7.

In 2015 heeft [verzoeker] kennis genomen van een nieuw stukadoorsproduct dat voor BMN interessant zou kunnen zijn. Het betreft het product Microtopping van het bedrijf [bedrijf 4] in Italië. In mei 2016 zijn onder meer [B] , [A] en [verzoeker] naar Italië gegaan om met [bedrijf 4] te spreken over dit product.

## 2.8.

BMN heeft via een '9800-code' (een algemene code, zonder dat daar producten aan gekoppeld zijn met prijsstelling) een proefbestelling van het product Microtopping gedaan bij [bedrijf 4] en op 12 en 13 juli 2016 heeft [verzoeker] , in aanwezigheid van de heer [D] van [bedrijf 5] (de Belgische Importeur van Microtopping) en een aantal klanten van BMN, een demo gegeven van het product Microtopping.

## 2.9.

[verzoeker] heeft op 20 augustus 2016 vanuit [bedrijf 1] B.V., zijn eigen (lege) bv, een factuur gestuurd aan [stukadoorsbedrijf] , ten aanzien van 'begeleiding en advies i.v.m. Novacolor en [bedrijf 2] Mortex op project Bambino te Westzaan'.

## 2.10.

Bij e-mailbericht van 13 september 2016 heeft [verzoeker] aan [C] (hierna te noemen ' [C] '), directeur van BMN, het volgende meegedeeld:

*"Afgelopen maandag hoorde ik van [naam] dat er een clause in het [bedrijf 2] contract staat, dat wij 180 dagen na beëindiging van het contract, wij geen produkt mogen voeren, gelijk aan [bedrijf 2] Mortex. Onbegrijpelijk, dat wij dit geaccepteerd hebben, maar dat is niet terug te draaien. Ik hoop, dat door middel van jouw brief, [bedrijf 2] zal af zien van het huidige contract, plus clause.*

*Maar de familie [familie] kennende, kunnen wij dit wellicht vergeten. Zij zullen het ons niet gunnen, om met een ander produkt te markt op te gaan en zeker niet met Microtopping.*

*Wat zijn dan de opties?*

*a. Wij gaan gewoon door met Microtopping via ons bedrijf en zien een mogelijke rechtszaak tegemoet. Wellicht dat daar juridisch een oplossing voor is.*

*b. Voorlopig zetten wij de Microtopping een halfjaar (180 dagen) op stop. [naam] / [bedrijf 4] zal hier niet blij mee zijn, evenals onze klantenkring. Ieder verwerker, die ik spreek, wil hier graag mee aan de slag. Dit komt voornamelijk door de bekendheid via Social Media. En het wereldje van stucadoors is heel klein.*

*c. Of ik ga het zelf voor een halfjaar verkopen. Na 180 dagen neemt B.M.N. de handel weer over (zie uitleg hier onder).*

*Ten tijde van mijn aanstelling, heb ik kenbaar gemaakt, dat ik nog een eigen bedrijf ( [bedrijf 1] B.V.) heb. Onder deze B.V. zit namelijk een onroerend goed maatschappij. Ik heb hier destijds toestemming voor gekregen. Indien er problemen met [bedrijf 2] ontstaan, kunnen wij het volgende doen. Formeel sturen wij de huidige voorraad Microtopping retour naar Italië. [bedrijf 4] stuurt hiervoor een creditnota. Hierdoor staat bij ons alles op nul. Vervolgens stuurt [bedrijf 4] een rekening naar mijn bedrijf. Ik neem dus de voorraad over. Wij maken een onderlinge overeenkomst, dat ik toestemming van jullie heb voor het verkopen van een produkt aan stukadoors (zie concurrentie beding) en tevens vermelden wij in dit contract, dat B.M.N. na 180 dagen de handel weer overneemt. In de tussentijd maak ik het materiaal alvast bekend en lever/ factureer aan de klanten via mijn bedrijf. Deze verkoopprijs zal samen worden vastgesteld. Na een halfjaar, gaat B.M.N. hier mee verder.*

*De voorraad zou mogelijk kunnen staan in vestiging [vestigingsplaats] . Formeel huur ik hier een gedeelte van het bedrijf of de produkten kunnen in één van mijn ruimtes staan op de [adres] in [vestigingsplaats] .*

*Het lijkt een heel gedoe, maar het zou een oplossing kunnen zijn. Ik wacht jouw reactie wel af"*

2.11.

[C] heeft diezelfde dag op het bericht van [verzoeker] als volgt gereageerd:

*"Laten we even afwachten. [bedrijf 2] heeft zelf het contract opgezegd, los daarvan staat er geen rechtsgeldige handtekening onder het contract en is het niet onze BV die in het contract genoemd staat.*

*Goed om eerst de reactie van [bedrijf 2] op onze brief af te wachten."*

2.12.

Op 22 september 2016 stuurt [verzoeker] aan [C] het volgende e-mailbericht:

*"Ik mocht jou inseinen, als ik tegen problemen zou aanlopen inzake de Microtopping van [bedrijf 4] . Tot op heden heb ik 2 bestellingen gedaan bij [bedrijf 4] . De eerste bestelling waren diverse produkten om in de werkplaats te testen/ uit te proberen. Eigenlijk dus monstermateriaal. Het resultaat op de monsters was top!!*

*De tweede bestelling had als doel, om het produkt in de praktijk te testen en om een paar verwerkers enthousiast te maken voor de Microtopping. Het eerste project was 136m<sup>2</sup> op IJburg te Amsterdam. Hier merkten, dat*

*wij o.a. niet het juiste schuurpapier hadden. Tevens hebben wij andere rollers nodig voor de lak. Een prima test in de praktijk!!*

*De materialen voor deze praktijk tests heb ik besteld, via de vestiging [vestigingsplaats] en via 98 nummers, met de bon op naam van de klant, Ik weet, dat ik in overtreding ben, maar hoe had ik anders die testen kunnen doen. Het materiaal staat op de vestiging en wij houden keurig bij wat de twee verwerkers meenemen.*

*Nu krijgen daar best vaak commentaar op van de vestigingsmanager. En vanuit zijn visie terecht. Hij kan n.l. niet factureren omdat de producten van [bedrijf 4] nog niet in het systeem staan. Bij navraag, blijkt, dat dit wellicht pas half oktober het geval zal zijn. Dus weer commentaar vanuit de vestiging.*

*Wij zijn nog steeds in de 'praktijk testfase' en moeten nu z.s.m. een badkamer doen. Hiervoor heb ik weer materiaal nodig, maar krijg dat niet voor elkaar, om dit te bestellen. Hoe gaan wij dit oplossen?*

*Ik heb natuurlijk, als ondernemer wel een oplossing. Dan moet ik wat materiaal bestellen via mijn eigen bedrijf. Ik hoor wel van je."*

2.13.

[C] reageert op 23 september 2016 als volgt:

*"We begrijpen het enthousiasme maar hebben volgens mij telkens gevraagd om nog even pas op de plaats te houden. Niet omdat we niet willen, maar omdat we juridische risico's lopen. Dat zullen we echt eerst moeten doorlopen.*

*Factureren via andere BV's is in onze ogen een schijnoplossing waar een rechter doorheen prikt gezien ons exclusieve contract met IW.*

*Ik zou je echt willen vragen nog even geduld te hebben. Erg onbevredigend, maar geloof me [verzoeker] , wij willen dolgraag. We moeten een contract met [bedrijf 2] afhandelen omdat we anders (veel) te grote risico's lopen. Enige verdediging die ik heb is dat ik dat contract nooit getekend heb....*

*Houd nog even vol, [verzoeker] . We kunnen nog even niet verkopen."*

2.14.

[verzoeker] reageert bij e-mailbericht van 24 september 2016 als volgt:

*"Ik begrijp het volkomen. Eén ding, het gaat mij niet zo zeer om de verkoop, maar slechts het uittesten van het materiaal op een project.*

*Tijdens een eerder project, 130m2 vloer, bleek, dat wij niet het juiste schuurpapier hadden.*

*Bij het aflakken/ beschermen van het oppervlak, bleek dat wij niet de juiste rollers hadden. Door in de praktijk te testen, komen wij diverse zaken tegen.*

*Als wij de Microtopping gaan uitrollen, moeten wij van A tot Z alles volledig in huis hebben.*

*Maar ik begrijp onderstaand verhaal en zal mij rustig houden. Ik hoop wel dat wij binnenkort kunnen starten."*

2.15.

Op 26 oktober 2016 heeft [verzoeker] vanuit [bedrijf 1] B.V. een factuur gestuurd aan [schilder- en stukadoorsbedrijf] , ten aanzien van een levering 'aqua echtmetaalverf ijzer/staal' en diverse schuur/polierschijven.

2.16.

[verzoeker] heeft via middels zijn eigen bv een partij Microtopping ingekocht bij de Belgische importeur van Microtopping, [bedrijf 5] . [verzoeker] heeft vervolgens vanuit zijn bv aan acht klanten van BMN Microtopping geleverd. Dit betreft in ieder geval twaalf leveringen in de periode oktober 2016 tot december 2016. [verzoeker] heeft dit op eigen initiatief en zonder overleg met de directie van BMN gedaan.

2.17.

Op 9 mei 2017 heeft een gesprek plaatsgevonden tussen [verzoeker] en BMN. In dit gesprek zijn door BMN de facturen die [verzoeker] vanuit zijn eigen bv aan klanten van BMN heeft gezonden, aan [verzoeker] voorgelegd. [verzoeker] erkende dat hij, middels zijn eigen bv, producten van [bedrijf 4] had besteld bij [bedrijf 5] in België en deze producten heeft verkocht aan klanten van BMN. [verzoeker] is vervolgens geschorst met behoud van loon in verband met intern onderzoek naar de handelsactiviteiten door [verzoeker] .

2.18.

Bij brief van 12 mei 2017 is [verzoeker] op staande voet ontslagen. In de ontslagbrief wordt [verzoeker] onder meer verweten dat hij handelsactiviteiten heeft verricht die in strijd zijn met de Code of Conduct, het nevenactiviteitenbeding, het geheimhoudingsbeding en het concurrentiebeding zoals opgenomen in de arbeidsovereenkomst. [verzoeker] wordt verweten dat hij vanuit zijn eigen onderneming producten heeft verkocht aan klanten van BMN, waaronder producten die

BMN ook verkoopt. Daarnaast wordt [verzoeker] verweten dat hij contact heeft gehad met leveranciers van BMN, gebruik heeft gemaakt van de prijsafspraken die BMN heeft met haar leveranciers en dat [verzoeker] bedrijfsgevoelige informatie zoals klantgegevens en prijsafspraken heeft doorgestuurd naar zijn privé-mailadres.

2.19.

Bij brief van 17 mei 2017 heeft [verzoeker] aan BMN bericht dat hij zich niet neer zal leggen bij het gegeven ontslag en dat hij beschikbaar is om werkzaamheden te verrichten.

2.20.

Bij brief van 18 mei 2017 deelt BMN aan [verzoeker] mee dat zij vernomen heeft dat [verzoeker] klanten en leveranciers van BMN heeft benaderd. BMN stelt dat [verzoeker] hiermee handelt in strijd met het concurrentiebeding dat in de arbeidsovereenkomst tussen partijen is opgenomen. BMN stelt dat een boete verbeurd is geraakt en sommeert [verzoeker] om per direct de schending van het concurrentiebeding te staken en alle vertrouwelijke informatie over BMN waar [verzoeker] over beschikt, te vernietigen.

### **3 De verzoeken**

het verzoek van [verzoeker]

3.1.

verzoekt – na intrekking van een deel van het verzochte (ten aanzien van de vernietiging van het ontslag op staande voet) ter mondelinge behandeling – de kantonrechter bij beschikking, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

- a. BMN te veroordelen tot betaling van een billijke vergoeding van € 50.000,00 bruto, ex artikel 7:681 BW;
- b. BMN te veroordelen tot betaling van een gefixeerde schadevergoeding van € 16.831,24 bruto, ex artikel 7:677 lid 2 en 3 BW;
- c. BMN te veroordelen tot betaling van een bedrag gelijk aan de transitievergoeding van € 12.824,00 bruto;
- d. te verklaren dat BMN geen rechten kan ontleen aan het tussen partijen overeengekomen concurrentiebeding;
- e. BMN te veroordelen in de proceskosten.



3.2.

BMN voert verweer.

3.3.

Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, ingegaan.

het verzoek van BMN

3.4.

BMN heeft – na intrekking van een deel van haar verzoeken (omtrent de ontbinding van de arbeidsovereenkomst) ter mondelinge behandeling – verzocht:

- [verzoeker] te veroordelen tot betaling van de gefixeerde schadevergoeding ex artikel 7:677 lid 2 en 3 BW, ter hoogte van € 4.808,93 netto, of een door de kantonrechter in justitie nader te bepalen bedrag, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf 12 mei 2017;
- [verzoeker] te veroordelen ex artikel 7:686a BW tot betaling van de verbeurde boetes, ter hoogte van € 55.656,71 of een door de kantonrechter in justitie nader te bepalen bedrag, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf 18 mei 2017;
- [verzoeker] te veroordelen in de kosten van de procedure.

3.5.

[verzoeker] voert verweer.

3.6.

Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, ingegaan.

## **4 De beoordeling**

### **het verzoek van [verzoeker]**

*billijke vergoeding*

4.1.

[verzoeker] heeft ter zitting zijn verzoek tot vernietiging van het ontslag op staande voet ingetrokken en verzoekt nu (het oorspronkelijk subsidiair

gevorderde, te weten) onder meer toekenning van een billijke vergoeding. Gelet op de in artikel 7:686a lid 4 BW genoemde vervaltermijn heeft [verzoeker] zijn verzoek tijdig ingediend.

#### 4.2.

Uit artikel 7:681 lid 1 sub a BW volgt dat de kantonrechter op verzoek van de werknemer aan hem ten laste van de werkgever een billijke vergoeding kan toekennen indien de werkgever heeft opgezegd in strijd met artikel 7:671 BW. Op grond van artikel 7:671 BW kan de werkgever de arbeidsovereenkomst niet rechtsgeldig opzeggen zonder schriftelijke instemming van de werknemer. Volgens artikel 7:671 lid 1 sub c BW geldt die eis niet wanneer de opzegging geschiedt op grond van artikel 7:677 lid 1 BW, waarin is bepaald dat ieder der partijen bevoegd is de arbeidsovereenkomst onverwijld op te zeggen om een dringende reden, onder onverwijld mededeling van die reden aan de wederpartij (een ontslag op staande voet).

#### 4.3.

[verzoeker] stelt, ter onderbouwing van de verzochte vergoeding, dat het op 12 mei 2017 gegeven ontslag op staande voet niet rechtsgeldig is geweest, omdat er geen sprake is van een dringende reden. [verzoeker] stelt – kort gezegd – dat hij enkel een bij BMN ontstaan probleem ter zake van de levering van Microtopping heeft willen oplossen, door dit product zelf te leveren vanuit zijn eigen bv. Hij heeft hierbij geen winst willen maken en heeft de prijs die hij bij inkoop heeft betaald, doorgerekend aan de klant, aldus [verzoeker] .

#### 4.4.

De kantonrechter overweegt als volgt. Volgens artikel 7:678 lid 1 BW worden voor de werkgever als dringende redenen voor een ontslag op staande voet beschouwd zodanige daden, eigenschappen of gedragingen van de werknemer, die ten gevolge hebben dat van de werkgever redelijkerwijze niet kan gevergd worden de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. In artikel 7:678 lid 2, onderdeel k, BW is bepaald dat een dringende reden onder andere aanwezig kan zijn wanneer de werknemer grovelijk de plichten veronachtzaamt die de arbeidsovereenkomst hem oplegt.

#### 4.5.

Bij de beoordeling van de vraag of van een dringende reden sprake is, moeten alle omstandigheden van het geval, in onderling verband en samenhang, in aanmerking worden genomen. Daarbij behoren in de eerste plaats te worden betrokken de aard en ernst van hetgeen de werkgever als dringende reden aanmerkt, en verder de aard en duur van

de dienstbetrekking, de wijze waarop de werknemer deze heeft vervuld, alsmede de persoonlijke omstandigheden van de werknemer, zoals zijn leeftijd en de gevolgen die een ontslag op staande voet voor hem zou hebben. Ook indien de gevolgen ingrijpend zijn, kan een afweging van deze persoonlijke omstandigheden tegen de aard en de ernst van de dringende reden tot de conclusie leiden dat een onmiddellijke beëindiging van de arbeidsovereenkomst gerechtvaardigd is (zie: HR 21 januari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4436; NJ 2000/190; JAR 2000/45 ( [naam] /Hema)).

#### 4.6.

Tussen partijen staat vast dat [verzoeker] in de periode van oktober 2016 tot en met december 2016 in ieder geval dertien maal aan klanten van BMN producten heeft geleverd, vanuit zijn eigen bv, [bedrijf 1] B.V.

#### 4.7.

[verzoeker] stelt hierover dat er bij klanten van BMN vraag ontstond naar het product Microtopping. Omdat levering op korte termijn door BMN niet mogelijk was, en [verzoeker] de klanten niet wilde teleurstellen, heeft hij de situatie willen oplossen door vanuit zijn eigen bv het product aan de klanten te leveren. In zijn verzoekschrift stelt [verzoeker] vervolgens dat hij *'ook wel aanvoelde dat hij in dit geval wellicht een beetje té voortvarend had gehandeld'*. Hij vroeg daarom *'voor de zekerheid directeur [C] van BMN of [verzoeker] via zijn eigen bv Microtopping kon leveren op het moment dat het bij BMN nog niet leverbaar was'*. [verzoeker] voegt in zijn verzoekschrift hieraan toe: *'Let wel, toen had [verzoeker] zijn noodoplossing al in de praktijk gebracht'*. [verzoeker] stelt dat hij ervan uitging dat [C] zijn handelen uiteindelijk wel goed zou hebben gevonden. [verzoeker] vervolgt: *'Tot zijn grote schrik was [C] niet akkoord met het idee van [verzoeker] . Aangezien de noodoplossing al was uitgevoerd en gedane zaken geen keer nemen, heeft [verzoeker] niet aangegeven dat hij dit al in gang had gezet. (...) Uiteraard heeft [verzoeker] na dat gesprek met [C] geen emmer Microtopping meer geleverd (...)'*. Aldus [verzoeker] in (randnummers 38 en 39 van) zijn verzoekschrift.

#### 4.8.

Uit de door BMN overgelegde e-mails, zoals hiervóór weergegeven onder 2.10 tot en met 2.14, die door [verzoeker] niet zijn betwist, blijkt echter dat [verzoeker] reeds in september 2016 aan [C] heeft voorgesteld om Microtopping via zijn eigen bv in te kopen en dat [C] hierop tot twee keer toe afwijzend heeft gereageerd. Reeds op dat moment wist [verzoeker] derhalve dat hij het product niet via zijn eigen bv mocht verkopen. Dat [verzoeker] na deze e-mailcorrespondentie alsnog toestemming heeft verkregen is niet gesteld, noch gebleken. [verzoeker] heeft vervolgens in de periode oktober tot en met december 2016 meermalen Microtopping

geleverd. De stelling van [verzoeker] dat hij, geen Microtopping meer heeft geleverd, nadat hij aan [C] het voorstel had gedaan om Microtopping via zijn eigen bedrijf te leveren, is door [verzoeker] niet onderbouwd en in strijd met de door BMN overgelegde en de door BMN overgelegde (en door [verzoeker] onbetwist gelaten) e-mails.

4.9.

De kantonrechter is van oordeel dat [verzoeker] hiermee zijn verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst, met name de 'Code of Conduct' en het nevenactiviteitenbeding, heeft geschonden. Voor zover [verzoeker] nog twijfel had over de rechtmatigheid van zijn handelen, moest die twijfel door de e-mailwisseling met [C] zoals hiervoor omschreven, zijn weggenomen. Onder die omstandigheden moet het [verzoeker] zwaar worden aangerekend dat hij toch Microtopping vanuit zijn eigen bv heeft verkocht en levert dit een dringende reden voor ontslag op staande voet op. Dat [verzoeker] geen financieel voordeel zou behalen van zijn handelwijze, maakt het voorgaande niet anders.

4.10.

[verzoeker] heeft erop gewezen dat hij 64 jaar oud is, dat hij al jaren goed functioneert, dat dit feitelijk zijn eerste misstap is, dat het strikt genomen wellicht een overtreding van een (interne) regel of beding uit de overeenkomst is, maar wel één met de beste intenties (randnummer 89 van het verzoekschrift).

Naar het oordeel van de kantonrechter leggen deze persoonlijke omstandigheden echter onvoldoende gewicht in de schaal tegenover de aard en de ernst van de dringende reden. Die persoonlijke omstandigheden kunnen dus niet afdoen aan de conclusie dat er sprake was van een dringende reden.

4.11.

Ter zitting heeft [verzoeker] betoogd dat het ontslag op staande voet niet onverwijld is gegeven. [verzoeker] onderbouwt die stelling met een verklaring van de heer [E 1] (hierna: '[E 1]'), eigenaar van het bedrijf '[bedrijf 3]'. Daarin verklaart [E 1] dat hij op 30 november 2016 [F] (hierna: '[F]'), manager van de vestiging van BMN in Haarlem, heeft gesproken over de prijzen van Microtopping, naar aanleiding van de factuur gestuurd door [bedrijf 1] B.V. [F] heeft toen via Whatsapp een kopie van de factuur ontvangen. [verzoeker] stelt dat hieruit blijkt dat BMN via [F] reeds op 30 november 2016 op de hoogte was van het feit dat [verzoeker] via [bedrijf 1] B.V. Microtopping had verkocht en het ontslag (op 12 mei 2017) derhalve niet onverwijld is gegeven.

#### 4.12.

De kantonrechter overweegt als volgt. Voor het antwoord op de vraag of het ontslag op staande voet onverwijld is gegeven, is beslissend het tijdstip waarop de feiten die aan het ontslag op staande voet ten grondslag zijn gelegd bekend zijn geworden bij degene die bevoegd was het ontslag te verlenen. Indien eenmaal degene die bevoegd is het ontslag te verlenen van de gewraakte gedraging van de werknemer op de hoogte is, moet het ontslag op staande voet onverwijld worden gegeven.

Indien een werkgever vermoedt dat sprake is van een dringende reden tot ontslag van een werknemer, maar hij eerst een onderzoek wil instellen naar de juistheid van dat vermoeden, dan dient hij daarbij met de grootst mogelijke voortvarendheid te handelen. Of de werkgever voldoende voortvarend heeft gehandeld, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Daarbij valt onder meer te denken aan de aard en omvang van een eventueel noodzakelijk onderzoek, de behoedzaamheid die bij het instellen van dat onderzoek geboden kan zijn om geen onrust in het bedrijf van de werkgever te wekken, het verzamelen van bewijsmateriaal, de eventuele noodzaak tot het inwinnen van (juridisch) advies, het horen van de werknemer en het plegen van intern overleg. Daarnaast moet de werkgever zorg in acht nemen om te vermijden dat de werknemer in zijn gerechtvaardigde belangen zou worden geschaad, indien het vermoeden onjuist blijkt. Waar het dus om gaat is dat de werkgever na het ontdekken van de als dringende reden gekwalificeerde feiten onverwijld ontslag verleent.

#### 4.13.

De kantonrechter is van oordeel dat niet is gebleken dat de leidinggevendenden van [verzoeker] , [A] of [B] , althans [C] (of een ander persoon bevoegd tot het verlenen van ontslag), eerder dan 25 april 2017 op de hoogte is geweest van de factuur die [verzoeker] heeft gestuurd aan [bedrijf 3] . Hoewel de lezing van BMN, dat [E 1] zich bij [F] meldde in april 2017 met een vraag over de factuur, niet strookt met de verklaring van [E 1] zelf, dat hij zich reeds in november 2016 had gemeld, is niet gebleken dat [B] (leidinggevende van [verzoeker] , in tegenstelling tot [F] ) de factuur eerder onder ogen heeft gekregen dan eind april 2017. Dat BMN vervolgens twee weken de tijd heeft genomen om onderzoek te doen naar de omstandigheden, maakt in dit geval niet dat het ontslag daarop niet onverwijld is gegeven. In deze periode zijn voor BMN de (overige) door [verzoeker] vanuit zijn eigen bv gestuurde facturen boven water gekomen. Na het gesprek met [verzoeker] op 9 mei 2017 – waarin [verzoeker] erkende Microtopping te hebben verkocht vanuit zijn eigen bedrijf – heeft BMN op 12 mei 2017 het ontslag op staande voet gegeven. De kantonrechter is van oordeel dat het ontslag daarmee onverwijld is gegeven.

#### 4.14.

Uit artikel 7:681 lid 1, onderdeel a, BW volgt dat de kantonrechter op verzoek van de werknemer een billijke vergoeding kan toekennen, indien de werkgever heeft opgezegd in strijd met artikel 7:671 BW. Nu hiervoor is geoordeeld dat het ontslag op staande voet rechtsgeldig is, zal het verzoek van [verzoeker] om toekenning van die billijke vergoeding worden afgewezen.

#### *gefixeerde schadevergoeding*

#### 4.15.

Voor een veroordeling van BMN tot betaling van een gefixeerde schadevergoeding van € 16.831,24 bruto is, gelet op het rechtsgeldig gegeven ontslag op staande voet, geen plaats.

#### *transitievergoeding*

#### 4.16.

[verzoeker] heeft ook verzocht om BMN te veroordelen een transitievergoeding te betalen. Indien de arbeidsovereenkomst ten minste 24 maanden heeft geduurd en deze door de werkgever wordt beëindigd, heeft de werknemer van rechtswege aanspraak op de transitievergoeding als bedoeld in artikel 7:673 BW. Geen transitievergoeding is verschuldigd, zo volgt uit lid 7 sub c van dat artikel, als het eindigen of niet voortzetten van de arbeidsovereenkomst het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer. De wetgever heeft hierbij voor ogen gestaan dat voor ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer sprake moet zijn van bijzondere omstandigheden en dat niet snel mag worden aangenomen dat geen transitievergoeding verschuldigd is. BMN heeft, met een beroep op ernstig verwijtbaar handelen door [verzoeker] , betaling van de transitievergoeding geweigerd.

#### 4.17.

De kantonrechter heeft hiervóór geoordeeld dat het ontslag op staande voet terecht is gegeven, omdat daarvoor een dringende reden aanwezig was. Een dringende reden valt niet zonder meer samen met ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat het bij ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer gaat om bijvoorbeeld de situatie waarin de werknemer zich schuldig maakt aan diefstal of verduistering, bedrog of andere misdrijven, waardoor hij het vertrouwen van de werkgever onwaardig wordt, of de situatie waarin de werknemer in strijd met eigen in de praktijk toegepaste en voor de werknemer kenbare gedragsregels van de organisatie van de werkgever, geld leent uit de bedrijfskas en zulks leidt

tot een vertrouwensbreuk (zie: Kamerstukken II, 2013-2014, 33 818, nr. 3, pag. 40).

Het hiervoor genoemde handelen van [verzoeker] ligt naar het oordeel van de kantonrechter niet in de lijn van de voorbeelden genoemd in de wetsgeschiedenis. Niet gebleken is van een misdrijf of van financieel nadeel voor BMN, sterker nog, het doel van [verzoeker] was juist het behouden van klanten voor BMN. Dat betekent dat de transitievergoeding wel verschuldigd is en het verzoek van [verzoeker] hieromtrent zal worden toegewezen. Partijen zijn het erover eens dat de transitievergoeding € 12.842,00 bedraagt, zodat dit bedrag zal worden toegewezen.

#### *concurrentiebeding*

4.18.

[verzoeker] heeft ten slotte verzocht te verklaren dat BMN geen rechten kan ontlenen aan het tussen partijen overeengekomen concurrentiebeding, op grond van artikel 7:653 lid 4 BW. Nu de arbeidsovereenkomst is geëindigd met het ontslag op staande voet, is het einde van de arbeidsovereenkomst niet te wijten aan ernstig verwijtbaar handelen of nalaten door BMN. Het verzoek omtrent het concurrentiebeding wordt afgewezen.

#### *proceskosten*

4.19.

De proceskosten zullen gezien de aard en uitkomst van deze procedure worden gecompenseerd, in die zin dat partijen hun eigen proceskosten dragen.

het verzoek van BMN

#### *gefixeerde schadevergoeding*

4.20.

BMN heeft betaling van de gefixeerde schadevergoeding verzocht. Gelet op het bepaalde in artikel 7:677 lid 2 en de omstandigheid dat [verzoeker] (zoals hiervoor is overwogen) rechtsgeldig op staande voet is ontslagen, is [verzoeker] deze schadevergoeding verschuldigd geraakt. Nu er sprake was van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is de vergoeding gelijk aan het bedrag van het in geld vastgestelde loon over de termijn dat de arbeidsovereenkomst bij regelmatige opzegging had behoren voor te duren. Voor [verzoeker] bedraagt de opzegtermijn één maand. De

vergoeding ter hoogte van één maandloon (inclusief vakantiegeld), te weten een bedrag van € 4.808,93 bruto, is toewijsbaar.

4.21.

De verzochte wettelijke rente vanaf 12 mei 2017 wordt als onweersproken eveneens toegewezen.

*boetes*

4.22.

BMN heeft betaling van een bedrag van € 55.656,71 aan boetes gevorderd. Ter zitting heeft de kantonrechter het verzoek van [verzoeker] tot het afsplitsen van dit verzoek afgewezen, nu de verzoeken te veel met elkaar verbonden zijn.

4.23.

BMN stelt dat de boetes verschuldigd zijn geraakt door het overtreden van het nevenactiviteitenbeding, het concurrentiebeding en het geheimhoudingsbeding door [verzoeker]. BMN verwijst ter onderbouwing van het overtreden van het nevenactiviteitenbeding naar de door [verzoeker] in het geding gebrachte facturen (producties 8 en 10 bij het verzoekschrift). Ter onderbouwing van de schending van het concurrentiebeding en het geheimhoudingsbeding verwijst BMN naar haar brief van 18 mei 2017 aan [verzoeker] (productie 17 bij verzoekschrift), waarin zij aan [verzoeker] aangeeft dat zij heeft vernomen dat [verzoeker] klanten en leveranciers van BMN benaderd heeft.

4.24.

[verzoeker] betwist dat er met de door hem verrichte leveringen aan de stukadoors sprake zou zijn van overtreding van de bedingen. [verzoeker] stelt hiertoe dat de bedingen bedoeld zijn ter bescherming van de werkgever, terwijl [verzoeker] juist in het belang van de BMN heeft gehandeld. Bovendien stelt hij geen winst te hebben gemaakt met zijn handelwijze.

Daarnaast voert [verzoeker] aan dat er geen sprake is van concurrentie na afloop van het dienstverband. Door de jarenlange relatie is er sprake geweest van contact met klanten van BMN die buiten de werksfeer liggen. Deze contacten hebben hem benaderd. Na einde dienstverband is er enkel sprake geweest van sociaal contact over zaken als voetbal. [verzoeker] verzoekt de boetes af te wijzen, althans te matigen.



#### 4.25.

De kantonrechter overweegt als volgt. Nu [verzoeker] betwist dat hij na afloop van het dienstverband klanten en leveranciers van BMN heeft benaderd en BMN deze stelling niet nader heeft onderbouwd, gaat de kantonrechter hieraan voorbij. [verzoeker] is op deze grond derhalve geen boete verschuldigd geraakt.

Zoals reeds mag blijken uit het hiervoor in onderdeel 4.9 overwogene, is de kantonrechter echter wel van oordeel dat [verzoeker] met het leveren van Microtopping aan klanten van BMN, vanuit de bv van [verzoeker], in overtreding is geweest van zijn nevenwerkzaamhedenbeding. Ook de facturen die door [verzoeker] bij verzoekschrift als productie 10 zijn overgelegd, duiden op een schending van dit beding. Gelet daarop is [verzoeker] een boete verschuldigd. De door [verzoeker] gevorderde boete is gebaseerd op twee maal het maandsalaris per overtreding, vermeerderd met een kwart van dit bedrag voor elke dag dat de overtreding voortduurt.

#### 4.26.

Op grond van artikel 7:650 lid 5 BW mag binnen een week aan de werknemer geen hoger bedrag aan gezamenlijke boetes worden opgelegd dan zijn in geld vastgesteld loon voor een halve dag, en mag geen afzonderlijke boete hoger dan dit bedrag worden gesteld. Volgens artikel 7:650 lid 6 BW mag bij schriftelijk aangegane overeenkomst van dit beding worden afgeweken, maar alleen ten aanzien van werknemers van wie het in geld vastgesteld loon meer bedraagt dan het minimumloon. Is van een dergelijke afwijking sprake, dan is de rechter op grond van artikel 7:650 lid 6 BW steeds bevoegd de boete op een kleinere som te bepalen, indien de opgelegde boete hem bovenmatig voorkomt. Nu [verzoeker] meer verdient dan het minimumloon is een afwijking van artikel 7:650 lid 5 BW toegestaan. Dat betekent ook dat de kantonrechter op grond van artikel 7:650 lid 6 BW bevoegd is de boete te matigen indien deze hem bovenmatig voorkomt.

#### 4.27.

De kantonrechter overweegt dat de leveringen door [verzoeker] van Microtopping, zoals in rekening gebracht bij de facturen die zijn opgenomen in producties 8, strikt genomen weliswaar telkens verschillende overtredingen van het nevenactiviteitenbeding inhouden, maar de overtredingen zijn naar aard en inhoud steeds gelijksoortig. Daarnaast is niet komen vast te staan dat BMN schade heeft geleden door de schending van het nevenactiviteitenbeding. Een aantal door [verzoeker] bediende klanten bevestigt dat zij erg geholpen waren door [verzoeker] en dat zij de producten vervolgens – toen ze wel beschikbaar waren bij BMN – van BMN hebben afgenomen. Toewijzing van de boete

van € 55.656,71 zou naar het oordeel van de kantonrechter leiden tot een onaanvaardbaar resultaat. De kantonrechter ziet aanleiding de boete te matigen tot € 4.452,71 omdat een hogere boete hem in de omstandigheden van dit geval bovenmatig voorkomt. De wettelijke rente wordt als onweersproken toegewezen vanaf 18 mei 2017.

*proceskosten*

4.28.

De kantonrechter ziet in het voorgaande aanleiding de proceskosten tussen partijen te compenseren in die zin dat beide partijen hun eigen kosten dragen.

## **5 De beslissing**

De kantonrechter:

in de verzoeken van [verzoeker]

5.1.

veroordeelt BMN tot betaling aan [verzoeker] van een bedrag van € 12.842,00 bruto ter zake de transitievergoeding;

5.2.

compenseert de proceskosten in die zin, dat ieder van partijen de eigen kosten draagt;

5.3.

verklaart deze beschikking tot zover uitvoerbaar bij voorraad;

5.4.

wijst af het meer of anders verzochte.

in de verzoeken van BMN

5.5.

veroordeelt [verzoeker] tot betaling aan BMN van een bedrag van € 4.808,93, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 12 mei 2017 tot de dag van volledige betaling;

5.6.

veroordeelt [verzoeker] tot betaling aan BMN van een bedrag van € 4.452,71, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 18 mei 2017 tot de dag van volledige betaling;

5.7.

compenseert de proceskosten in die zin, dat ieder van partijen de eigen kosten draagt;

5.8.

verklaart deze beschikking tot zover uitvoerbaar bij voorraad;

5.9.

wijst af het meer of anders verzochte.

Deze beschikking is gegeven door mr. D.A. van Steenbeek en in het openbaar uitgesproken op 31 juli 2017.