

Nieuwsbrief juni 2008



Het concurrentiebeding
& schriftelijkheid: Hand
in hand of verleden tijd?

Eens een dief, altijd een
dief?

De mate van zorgplicht
ter voorkoming van een
burn-out

Ontslag tijdens IVF-
behandeling



Peter van Anrooystraat 7
1076 DA Amsterdam
Postbus 75999, 1070 AZ
Amsterdam - Nederland
T + 31 (0) 20 5736 736
F +31 (0) 20 5736 737
E info@lexence.com
I www.lexence.com
KvK 34191068
BTW NL 8120.01.217.b01

FOKKE & SUKKE
HEBBEN LAST VAN DE KRAPPE ARBEIDSMARKT



Het concurrentiebeding & schriftelijkheid: Hand in hand of verleden tijd?

door Thijs Muffels

De knoop is doorgehakt en aan een jarenlange discussie is een einde gemaakt. De Hoge Raad is werkgevers van dienst geweest en van werknemers wordt inmiddels bedachtzaamheid gevergd.

In tijden van toenemende krapte op de arbeidsmarkt hebben werkgevers behoefte aan nieuwe kandidaten. Het vinden van de juiste man op de juiste plek blijkt vaak een lastige exercitie, om maar te zwijgen over het behouden van knappe koppen. Werknemers hebben doorgaans vrij spel. Maar als de werkgever ook deelneemt aan dat spelletje kan de arbeidsrechtelijke vrijheid worden beperkt en wel door het opnemen van een concurrentiebeding in de arbeidsovereenkomst. Toch heeft de werknemer op voorhand nog een redelijk dikke vinger in de pap.

Voor de geldigheid van een dergelijk beding geldt immers dat het schriftelijk met een meerderjarige werknemer overeengekomen moet worden. Het laatste aspect (meerderjarigheid) stuit in de praktijk niet op problemen. Dat spreekt voor zich. Een werknemer is 18 of niet, hetgeen met een korte blik op zijn of haar geboortedatum kan worden vastgesteld. So far, so good. Maar dan het eerste aspect: "schriftelijk".

Het zal niet verbazen dat ons hoogste rechtscollege zich - tengevolge van praktizerende advocaten - al meerdere malen heeft moeten buigen over de betekenis van dat ene woordje "schriftelijk". De vraag of een concurrentiebeding schriftelijk is overeengekomen lijkt ogenschijnlijk vrij simpel te beantwoorden maar dat valt in de praktijk vies tegen. Dat is maar goed ook anders was de Hoge Raad - en met hem de nodige advocaten - tijdelijk of blijvend, geheel of gedeeltelijk werkloos.

Terug naar het vormvereiste "schriftelijk". Terug naar het begin. Daarbij dringt zich het oordeel van de Hoge Raad op, daterend van (ver) voor de Tweede Wereldoorlog. De Hoge Raad overwoog: "Aan het schriftelijkheidvereiste is voldaan wanneer de werknemer heeft getekend". Klare rechtstaal, geen speld tussen te krijgen. Of toch wel?

De vraag doet zich immers voor wát de werknemer moet hebben getekend om van een schriftelijk overeengekomen concurrentiebeding te kunnen spreken. Het beding zelf of de arbeidsovereenkomst waarin het beding is vervat? Elke bladzijde of alleen de laatste bladzijde? Normaliter staat een concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst. Nadat de 18-jarige werknemer deze overeenkomst (bij voorkeur op elke bladzijde) heeft getekend wordt het beding geacht rechtsgeldig te zijn overeengekomen. Dat schept duidelijkheid: het concurrentiebeding & schriftelijkheid hand in hand.

Maar in juridisch Nederland doken inmiddels andere vormen op waarbij het beding niet meer in de arbeidsovereenkomst stond vermeld maar bijvoorbeeld in een personeelsreglement of in algemene arbeidsvoorwaarden. Vervolgens tekent de werknemer een separate brief met een summier verwijzing naar dat reglement of die voorwaarden: schriftelijk overeengekomen of niet?

De werkgever bepleit vanzelfsprekend een bevestigend antwoord terwijl de werknemer gelijktijdig blijft steken in de ontkenningfase. Maar wat doet de Nederlandse rechter? De lagere rechters produceerden de afgelopen jaren in elk geval een bonte verzameling van verschillende uitspraken, overigens zonder dat in deze rechtspraak eenduidigheid was te herkennen.

De Hoge Raad heeft recentelijk de gezaaide verdeeldheid de kop ingedrukt. Zo oordeelde ons hoogste rechtscollege dat een concurrentiebeding ook schriftelijk is overeengekomen als de werknemer een separate brief voor akkoord tekent waarin naar algemene arbeidsvoorwaarden wordt verwezen, welke voorwaarden een concurrentiebeding bevatten. Vereist is wel dat die arbeidsvoorwaarden bij de betreffende brief moeten zijn gevoegd.

Absoluut een werkgeversvriendelijk oordeel aangezien slechts één handtekening van de werknemer op een enkele brief is vereist, zonder dat de werkgever moet reppen over het in het bijgevoegde personeelsreglement voorkomende concurrentiebeding. De werknemer dient dus op zijn of haar qui-vive te zijn. Immers, een reglement is vaak duimendik en deze kleine lettertjes worden doorgaans niet door werknemers (van A tot Z) gelezen.

Een handtekening onder het concurrentiebeding zelf is dus niet meer vereist, in zoverre lijkt het concurrentiebeding & schriftelijkheid verleden tijd. De remedie voor werknemers is dus bedachtzaamheid.

In het verlengde van het oordeel van de Hoge Raad zou het overigens zo maar kunnen zijn dat er in de toekomst nog een uitspraak volgt waarin het opnemen van een concurrentiebeding in een CAO voldoende zal zijn voor zijn rechtsgeldigheid. De tijd zal het leren.

[top ^](#)

Eens een dief, altijd een dief?

door Cathelijnn Mooij

De werkgever komt binnen drie weken na indiensttreding van een werknemer erachter dat die bij zijn vorige werkgever op staande voet is ontslagen. De werknemer zou daarbij meer dan 10 jaar geleden betrokken zijn geweest bij het in privé aannemen van voordelen van opdrachtnemers.

De werkgever, een (naar eigen zeggen gerenommeerd) bedrijf in de Onroerend Goedbranche, komt binnen drie weken na aanvang van de arbeidsovereenkomst met een Senior Beheerder erachter dat deze bij zijn vorige werkgever op staande voet is ontslagen wegens malversaties. De werknemer zou bij daar, in zijn functie van vermogensbeheerder, betrokken zijn geweest bij het in privé aannemen van voordelen van opdrachtnemers, inmiddels meer dan 10 jaar geleden.

De werkgever confronteert de werknemer met deze geruchten, en ontslaat hem vervolgens op staande voet wegens het opzettelijk verstrekken van valse inlichtingen. Tijdens de sollicitatieprocedure is de werknemer namelijk gevraagd of hij in het verleden in aanraking is geweest met politie en justitie, wat de werknemer ontkennend heeft beantwoord.

De werknemer protesteert tegen zijn ontslag en vordert (o.m.) doorbetaling van zijn loon. De werkgever verzoekt ontbinding van de arbeidsovereenkomst voor zover vereist.

De kantonrechter oordeelt dat de werknemer inderdaad geen volledige openheid van zaken heeft gegeven tijdens de sollicitatieprocedure, omdat hij hoogstwaarschijnlijk bij de vraag van de werkgever wel zal hebben gedacht aan het voorval bij zijn oude werkgever. Maar de kantonrechter vindt niet dat er sprake is van het opzettelijk geven van valse inlichtingen. Ook vormt het geen dringende reden voor ontslag op staande voet: het voorval is immers meer dan 10 jaar geleden. Voor een Verklaring Omtrent Gedrag, die de werknemer heeft afgegeven, wordt alleen gekeken naar de laatste vier jaar. De kantonrechter sluit hierbij aan. De loonvordering wordt daarom toegewezen, zij het zonder de wettelijke verhoging.

Wel is het zo dat de werknemer had kunnen weten dat, indien het voorval uit zou komen, dit tot problemen in de arbeidsrelatie zou leiden en dat is dus ook gebeurd. Daarbij komt nog dat de werknemer desgevraagd, en ook ter zitting, weigerde om openheid van zaken te geven over het voorval van destijds. Dit wekt de indruk dat de werknemer informatie achterhoudt die hem ongeschikt maakt voor zijn functie. Hierdoor is de arbeidsrelatie verstoord waarop deze wordt ontbonden. De kantonrechter is van oordeel dat de oorzaken daarvan in de risicosfeer van de werknemer liggen zodat er geen vergoeding wordt toegekend.

Op het eerste gezicht lijkt het misschien zo dat de werknemer meer dan 10 jaar na het voorval nog steeds wordt afgerekend op zijn misstap van destijds. Helaas heeft de medewerker nooit (volledige) openheid van zaken willen geven, zodat de ernst ervan moeilijk is in te schatten. Maar dit is nu juist de reden waarom de kantonrechter de arbeidsovereenkomst wel ontbindt: door geen open kaart te spelen heeft de werknemer onvermijdelijk doen vermoeden dat hij niet geschikt is voor de functie. Hierdoor is de arbeidsrelatie onherstelbaar beschadigd en dit dient voor rekening van de werknemer te komen, zodat hem geen vergoeding wordt toegekend.

[top ^](#)

De mate van zorgplicht ter voorkoming van een burn-out

door Rutger Laurentius

Indien een werknemer uitvalt met burn-out klachten kan de werkgever aansprakelijk zijn. Een werkgever is namelijk aansprakelijk voor schade die de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden oploopt. Hoe ver strekt deze zorgplicht van de werkgever?

De werknemer moet hierbij aantonen dat er (1) sprake is van een burn-out en (2) dat deze burn-out is veroorzaakt is door zijn werkzaamheden of werkomstandigheden. Er moet in objectieve zin sprake zijn van een abnormale of excessieve werkdruk op de afdeling van de werknemer. Als er sprake is van een normale werksituatie, maar de werknemer niet bestand is tegen de daarbij behorende werkdruk, dan wordt er geen causaal verband aangenomen tussen de het ontstaan van de werkdruk en is de werkgever niet aansprakelijk voor de burn-out. Wanneer sprake is van schending van deze norm, is lastig te bepalen. De ene werknemer kan namelijk meer bestand zijn tegen werkdruk dan een andere. Het risico moet kenbaar zijn voor de werkgever. Belangrijk is dat een werknemer zelf zijn werkgever attendeert op overbelasting .

Mocht er objectief gezien wel een excessieve werkdruk bestaan, dan is de werkgever (3) slechts aansprakelijk indien de werkgever haar zorgplicht onvoldoende is nagekomen. Hij moet handelen naar de gevaren en risico's die aan hem bekend zijn, maar heeft tot op zekere hoogte ook een onderzoeksplicht naar deze gevaren en risico's. In eerdere rechtspraak is gebleken dat ondanks het niet klagen van de werknemer de werkgever toch aansprakelijk kan zijn. De kantonrechter overwoog hier dat een werkgever een werknemer niet jarenlang mocht laten "aanmodderen", maar hem moest bijscholen, begeleiden of desnoods in een andere functie plaatsen.

De zorgplicht zoals vervat in de Arbowet houdt in dat werkgever het werk zoveel mogelijk moet aanpassen aan de persoonlijke eigenschappen van een werknemer en het zorgen voor een adequaat evenwicht tussen belasting en belastbaarheid in fysieke en psychische zin. Dit is een op de werkgever rustende zorgplicht zoals bedoeld in artikel 7:658 BW.

Onlangs is een uitspraak gedaan door het Gerechtshof 's-Gravenhage. Hierin was een werknemer reeds vanaf 1969 in dienst en vanaf 1985 in de functie van assistent-bedrijfsleider. In 1997 meldt hij zich ziek vanwege psychische klachten. Na een mislukte re-integratie wordt de werknemer volledig arbeidsongeschikt verklaard, met een burn-out als diagnose. Op grond van het voornoemde artikel 7:658 BW stelt hij de werkgever aansprakelijk, met als motivering een enorme werkdruk die jarenlang heeft voortgeduurd.

In deze zaak heeft de werknemer nooit aangegeven de werkdruk als te hoog te ervaren. Sterker nog: de werkgever heeft er keer op keer op aangedrongen dat de werknemer het rustiger aan moest doen. Desgevraagd erkende hij dat de werknemer lange dagen maakte. Het Hof oordeelt dat uit deze opmerkingen van de werkgever blijkt dat werkgever zich realiseerde dat werknemer te hard werkte, en dat het jarenlang volhouden hiervan op termijn schadelijk zou kunnen zijn voor de gezondheid van de werknemer. Om deze reden acht het Hof dat de werkgever tekort is geschoten in zijn zorgplicht.

Concluderend: juist omdat de werkgever meerdere malen heeft aangegeven dat de werknemer het rustiger aan moest doen, is hij tekortgeschoten in zijn zorgplicht. De les die hierin kan worden gelezen lijkt te zijn dat je als werkgever moet oppassen wat je zegt: als je aangeeft dat een werknemer het rustiger aan moet doen, moet je ook daadwerkelijk zorgen dat hij het rustiger aan gaat doen. Als je

het na dit soort opmerkingen teveel op zijn beloop laat, kan je hierdoor tekort schieten in je zorgplicht. Een vreemde uitspraak lijkt het echter wel te zijn. Hierbij zij overigens aangetekend dat het een tussenvonnis betreft en dat de zaak dus nog niet is afgesloten. Het is dus afwachten of aan deze overwegingen in het eindvonnis worden vastgehouden.

[top ^](#)

Ontslag tijdens IVF-behandeling

door Sjoerd van der Velde

Wanneer is er bij een IVF-behandeling sprake van een zwangerschap? Dit is van belang omdat de werkneemster vanaf de dag dat de zwangerschap is begonnen, ontslagbescherming geniet.

Het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschap oordeelt dat de zwangerschap bij IVF begint op de dag dat bevruchte eicellen in de baarmoeder zijn geplaatst. Een werkneemster is nog niet zwanger op de dag dat de eicellen door de partner van de werkneemster buitenbaarmoederlijk zijn bevrucht. Een andere uitleg zou tot rechtsonzekerheid leiden, omdat bevruchte eicellen soms jarenlang kunnen worden bewaard voordat zij in de baarmoeder worden geplaatst.

Deze kwestie speelde in een zaak waarin een werkneemster tijdens de IVF-behandeling was ontslagen. De werkneemster claimde tevergeefs ontslagbescherming te genieten omdat de eicellen al vóór het ontslag buitenbaarmoederlijk waren bevrucht.

Het Europese Hof benadrukte tevens een ander belangrijk punt. Als IVF-behandeling de voornaamste reden is voor ontslag, is dat ongelijke behandeling op grond van geslacht. IVF-behandeling kan immers enkel bij vrouwen plaatsvinden. Ontslag is in dat geval in strijd met het recht.

Het is geenszins ondenkbaar dat een werkgever te maken kan krijgen met een claim van een zwangere werkneemster op grond van ongelijke behandeling. Volgens de Commissie Gelijke Behandeling blijkt uit zaken die zij vorig jaar heeft behandeld, dat discriminatie van vrouwen een hardnekkig verschijnsel is. Zwangerschap leidt in veel gevallen nog altijd tot ongelijke behandeling van vrouwen. Zo zijn er werkgevers die bijvoorbeeld weigeren een tijdelijk arbeidscontract te verlengen vanwege zwangerschap. Ook worden vrouwen nog vaak voor hetzelfde werk lager beloond dan hun mannelijke collega's. De achterliggende oorzaken hiervan zijn onduidelijk. Binnenkort start de Commissie een onderzoek.

[top ^](#)

De Lexence nieuwsbrief arbeidsrecht is informatief en geen (vervanging van) juridisch advies; volledigheid wordt niet nagestreefd.