

ECLI:NL:RBDHA:2020:4978

Instantie Rechtbank Den Haag
Datum uitspraak 04-06-2020
Datum publicatie 05-06-2020
Zaaknummer 8328766 EJ VERZ 20-81210
Rechtsgebieden Arbeidsrecht
Bijzondere kenmerken Op tegenspraak
 Beschikking

Inhoudsindicatie

Ondanks het ontbreken van een nevenwerkzaamhedenbeding in de arbeidsovereenkomst is het ontslag op staande voet gerechtvaardigd van een werknemer die het vertrouwen van zijn werkgever in ernstige mate schaadt door nevenwerkzaamheden te verrichten onder werktijd met gebruikmaking van bedrijfsmiddelen en vertrouwelijke bedrijfsinformatie van de werkgever. Ook weegt mee dat de werknemer heimelijk en zonder noodzaak gebruik heeft gemaakt van een USB-stick van de werkgever waarop hij vertrouwelijke bedrijfsinformatie heeft gezet.

Vindplaatsen Rechtspraak.nl
 AR-Updates.nl 2020-0626

Uitspraak

RECHTBANK DEN HAAG

Zittingsplaats Leiden

SB

Rep.nr.: 8328766\ EJ VERZ 20-81210

8349256\ EJ VERZ 20-81575

Datum: 4 juni 2020

Beschikking van de kantonrechter in de zaak van:

[verzoeker] ,
wonende te [plaats] ,
verzoekende partij,
verder te noemen: de werknemer,
gemachtigde: mr. A.W.E.S. van Duyneveldt-Franken,

tegen

[verweerder]

,
statutair gevestigd en kantoorhoudende te [plaats] ,
verwerende partij,
verder te noemen: de werkgever,
gemachtigde: mr. E.F. Seunke,

en in de zaak van:

[verweerder]

,
statutair gevestigd en kantoorhoudende te [plaats] ,
verzoekende partij,
verder te noemen: de werkgever,
gemachtigde: mr. E.F. Seunke,

tegen

[verzoeker] ,

wonende te [plaats] ,
verwerende partij,
verder te noemen: de werknemer,
gemachtigde: mr. A.W.E.S. van Duyneveldt-Franken.

1 Het procesverloop

- 1.1. De werknemer heeft een verzoek ingediend, ingekomen op de griffie op 17 februari 2020, om primair het door de werkgever gegeven ontslag op staande voet te vernietigen, de werknemer toe te laten tot de overeengekomen werkzaamheden en de werkgever te veroordelen tot loondoorbetaling en afgifte van loonstroken en subsidiair om ten laste van de werkgever een billijke vergoeding toe te kennen, een transitievergoeding en een bedrag wegens onregelmatige opzegging en meer subsidiair voor het geval de arbeidsovereenkomst is geëindigd door het ontslag op staande voet om ten laste van de werkgever een transitievergoeding toe te kennen. Verder heeft de werknemer een verzoek gedaan om op grond van artikel 223 Rv een voorlopige voorziening te treffen. De werkgever heeft een verweerschrift ingediend, ingekomen op de griffie op 13 maart 2020.
- 1.2. De werkgever heeft een verzoek ingediend, ingekomen op de griffie van de Rechtbank Noord-Holland, locatie Haarlem op 18 februari 2020, om een verklaring voor recht te geven dat de werknemer aan de werkgever een dringende reden heeft gegeven om het dienstverband met

onmiddellijke ingang te beëindigen, dat het ontslag op staande voet gerechtvaardigd is en dat de werknemer wanprestatie alsmede een onrechtmatige daad jegens de werkgever heeft gepleegd en op grond daarvan gehouden is schade te vergoeden, met veroordeling van de werknemer om een schadevergoeding ex artikel 7:677 BW te betalen alsmede een voorschot op de door de werkgever als gevolg van de wanprestatie c.q. de onrechtmatige daad geleden en te lijden schade. Verder heeft de werkgever een voorwaardelijk verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst gedaan met het verzoek een verklaring voor recht te geven dat de werkgever geen transitievergoeding is verschuldigd.

- 1.3. Bij beschikking van 24 februari 2020 heeft de kantonrechter van de Rechtbank Noord-Holland, locatie Haarlem zich onbevoegd verklaard en de zaak verwezen naar de kantonrechter van de Rechtbank Den Haag, locatie Leiden. De werknemer heeft een verweerschrift ingediend en naar aanleiding daarvan heeft de werkgever de producties 37 tot en met 43 ingediend.
- 1.4. Als gevolg van de maatregelen die zijn getroffen in verband met de uitbraak van het coronavirus heeft geen mondelinge behandeling ter zitting in het gerechtshuis kunnen plaatsvinden. Op 26 maart 2020 heeft een mondelinge behandeling op afstand via een videoverbinding plaatsgevonden, ter gelegenheid waarvan door beide partijen op voorhand pleitnotities zijn overgelegd. Aan de mondelinge behandeling hebben enerzijds de werknemer en zijn gemachtigde en anderzijds de gemachtigde van de werkgever, [directeur] , directeur van de werkgever, en zijn moeder, mevrouw [moeder] , deelgenomen. De griffier heeft aantekeningen gemaakt van wat partijen ter toelichting van hun standpunten naar voren hebben gebracht.
- 1.5. Na de mondelinge behandeling is de zaak twee weken aangehouden voor akte indienen stukken door de gemachtigde van de werkgever. Bij brief van 7 april 2020 heeft de gemachtigde van de werkgever producties 44 tot en met 47 e in het geding gebracht. De gemachtigde van de werknemer heeft daar bij brief van 22 april 2020 op gereageerd waarbij zij producties 10 tot en met 13 in het geding heeft gebracht. Op laatstgenoemde producties heeft de gemachtigde van de werkgever bij brief van 4 mei 2020 gereageerd. Vervolgens is beschikking bepaald op heden.

2 De feiten

Als niet of onvoldoende weersproken gaat de kantonrechter van de volgende feiten uit.

- 2.1. De werkgever is een aannemingsbedrijf dat is gericht op grond-, straat- en rioolwerkzaamheden. De werknemer, geboren op [geboortedatum] , is op 1 september 2015 voor bepaalde tijd in dienst getreden bij de werkgever als werkvoorbereider /calculator voor 40 uur per week tot 1 september 2016. Na verlenging van deze arbeidsovereenkomst met nog een jaar is de werknemer met ingang van 1 september 2017 voor onbepaalde tijd in dienst getreden van de werkgever. Het laatst verdiende salaris van de werknemer bedraagt € 5.436,42 bruto per vier weken inclusief vakantiegeld.
- 2.2. In de arbeidsovereenkomsten van de werknemer is geen nevenwerkzaamheden-, concurrentie- of geheimhoudingsbeding opgenomen.
- 2.3. De werknemer heeft in zijn cv ten aanzien van zijn werkzaamheden bij de werkgever het volgende – voor zover van belang – vermeld:

" Calculator/Werkvoorbereider/Kwaliteitscoördinator/Projectbegeleider

Bij van [verweerder] was ik in mijn bovengenoemde functie de rechterhand van de directeur, aangezien wij een kleine speler zijn op de markt in het grond- straat- en rioleringswerk was ik multidisciplinair inzetbaar en tevens aanspreekpunt voor onze opdrachtgevers, leveranciers en onderaannemers. Ik was onder andere verantwoordelijk voor de acquisitie, bepalen kostprijs, inschrijven op aanbestedingen, werkvoorbereiding, inkoop, kostenbewaking en nazorg (...)"

2.4. Op 17 of 18 december 2019 heeft [directeur] de werknemer telefonisch horen praten met [bedrijf 1] over de planning van een werk in Warmond en over de calculatie/begroting voor een werk in Zoetermeer. [directeur] heeft gezien dat de werknemer gebruik maakte van een USB-stick. Op 18 december 2019 is [directeur] in de computer van de werknemer gaan kijken en trof hij onder 'verwijderde items' informatie aan die niets met de bedrijfsvoering van de werkgever te maken had. De werknemer is daarop op staande voet ontslagen en de werkgever heeft de USB-stick van de werknemer ingevorderd.

2.5. De werkgever heeft voormeld ontslag op staande voet bevestigd in een brief van 19 december 2019 waarin onder meer het volgende is vermeld:

"Hierbij bevestigen wij dat wij u op donderdag 19 december 2019 op staande voet hebben ontslagen.

De redenen voor dit ontslag zijn, zoals wij u ook op 19 december 2019 mondeling hebben meegedeeld als volgt. In arbeidstijd van uw werkgever verricht u tegen een vergoeding al zeer geruime tijd nevenwerkzaamheden voor concurrerende opdrachtgevers zonder toestemming van uw werkgever. Hierdoor komt het werk bij onze organisatie te zeer in het gedrang. U stelt vaak geen tijd te hebben voor opdrachten van uw werkgever. Bovendien mag u geen nevenwerkzaamheden doen die de belangen van uw eigen werkgever in ernstige mate schaden, door bijvoorbeeld prijsinformatie van [verweerder] te gebruiken. U maakt daarbij bovendien, wederom zonder toestemming, gebruik van bedrijfsmiddelen van uw eigen werkgever. Ook is zeer recent geconstateerd dat u zonder uw werkgever daarover te informeren en dus zonder toestemming gebruik maakt van een USB stick waarop u bestanden vanaf de desktop van [verweerder] kopieert. U gebruikt zonder toestemming uiterst vertrouwelijke bedrijfsinformatie voor uw nevenwerkzaamheden die u, als gezegd, in arbeidstijd van uw werkgever uitvoert. Daarnaast ontvangt en verzendt u overdag in arbeidstijd e-mails van en naar uw opdrachtgevers en u voert telefoongesprekken met diezelfde opdrachtgevers.

(...) Eerdergenoemde redenen vormen elk afzonderlijk maar ook in samenhang een dringende reden voor dit ontslag op staande voet. (...)"

2.6. De werknemer heeft bij brief van 2 januari 2020 aan de werkgever laten weten bezwaar te maken tegen het aan hem gegeven ontslag op staande voet en zich beschikbaar te houden voor het uitoefenen van zijn functie. In de brief is voorts- voor zover van belang - vermeld:

"De werkzaamheden die ik voor derden heb uitgevoerd, is helaas gebeurt zonder dat mijn werkgever het wist, al is daar dan ook wel weer straat- en grondwerk uit voort gekomen voor de firma [verweerder] (...)"

2.7. De werkgever heeft een lijst overgelegd van de haar bekende volgens haar door de werknemer tijdens werktijd uitgewerkte privé-calculatieopdrachten tot een totaalbedrag van € 3.815.986,71 over de periode van 13 december 2017 tot en met 17 december 2019 (productie 1 bij verweerschrift van de werkgever). Op deze lijst staan als opdrachtgevers [bedrijf 2] , [bedrijf 1] en [naam] vermeld. Verder heeft de werkgever een lijst met 264 e-mails van de werknemer overgelegd over de periode van 13 december 2017 tot en met 16 december 2019 met betrekking tot volgens haar door de werknemer tijdens werktijd verzonden e-mails ten aanzien van privé-opdrachten (productie 3 bij verweerschrift van de werkgever). Tot slot heeft de werkgever lijsten van autoritten van de werknemer overgelegd met daarop volgens haar autoritten die de werknemer tijdens werktijd heeft gemaakt voor zijn eigen opdrachtgevers [bedrijf 1] in Voorhout

en [bedrijf 2] in Beinsdorp over de periode van 21 februari 2019 tot en met 25 november 2019 (productie 5 en 6 bij verweerschrift van de werkgever).

- 2.8. De werknemer heeft een eindafrekening tot 19 december 2019 ontvangen waaruit blijkt dat hij recht heeft op een bedrag van € 2.084,60 netto. De werkgever heeft dit bedrag verrekend met een bedrag van € 159,09 aan studiekosten en haar tegenvorderingen op de werknemer, zodat de werknemer vanaf 1 december 2019 geen loon meer heeft gehad.
- 2.9. Op 1 februari 2020 is de werknemer een eenmanszaak gestart met betrekking tot projectadvies en calculatie op het gebied van sloop- en infratechniek.

3 Het verzoek van de werknemer en het verweer van de werkgever

- 3.1. De werknemer verzoekt de kantonrechter bij beschikking, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

I. Bij wijze van voorlopige voorziening voor de duur van het geding de werkgever te veroordelen tot betaling aan de werknemer van het salaris van € 4.616,- bruto per vier weken, te vermeerderen met de vakantietoeslag en overige emolumenten vanaf 1 december 2019 tot het moment waarop de arbeidsovereenkomst tussen partijen rechtsgeldig is geëindigd en de werknemer in staat te stellen om de bedongen werkzaamheden te verrichten, onder verbeurte van een dwangsom van € 500,- per dag dat de werkgever in gebreke blijft;

Primair:

II. Het ontslag op staande voet te vernietigen;

III. De werkgever te verplichten de werknemer binnen 24 uur na betekening van de te wijzen beschikking toe te laten tot de overeengekomen werkzaamheden, tot het moment dat de arbeidsovereenkomst tussen partijen rechtsgeldig is geëindigd, onder verbeurte van een dwangsom van € 500,- per dag dat de werkgever in gebreke blijft;

IV. De werkgever te veroordelen tot betaling van het salaris van de werknemer vanaf 1 december 2019 tot het moment dat de arbeidsovereenkomst tussen partijen rechtsgeldig is geëindigd, te vermeerderen met de wettelijke verhoging ex artikel 7:625 BW alsmede tot afgifte van de loonstroken vanaf 1 december 2019 op straffe van een dwangsom van € 100,- per dag voor elke dag dat de werkgever niet voldoet aan de beschikking;

Subsidiair:

V. De werkgever te veroordelen tot betaling van de billijke vergoeding aan de werknemer ter hoogte van € 130.000,- bruto, dan wel een door de kantonrechter te bepalen billijke vergoeding;

VI. De werkgever te veroordelen tot betaling aan de werknemer van een transitievergoeding ter hoogte van € 8.834,- bruto (het bedrag zoals genoemd tijdens de mondelinge behandeling);

VII. Aan de werknemer een vergoeding wegens onregelmatige opzegging toe te kennen ter hoogte van een maandsalaris;

Primair, subsidiair en meer subsidiair:

VIII. Voor het geval de arbeidsovereenkomst wel is geëindigd door het ontslag op staande voet, de werkgever te veroordelen tot betaling aan de werknemer van een transitievergoeding ter hoogte van € 8.834,- bruto (het bedrag zoals genoemd tijdens de mondelinge behandeling);

IX. De werkgever te veroordelen tot betaling aan de werknemer van de wettelijke rente vanaf het tijdstip van opeisbaarheid van de hiervoor genoemde bedragen tot aan de dag der algehele voldoening;

X. De werkgever te veroordelen in de kosten van de onderhavige procedure, het salaris van de gemachtigde daaronder begrepen.

3.2. De werkgever heeft gemotiveerd verweer gevoerd. Op dit verweer en op de verdere stellingen van partijen wordt hierna bij de beoordeling, zij het in samengevatte vorm en slechts voor zover van belang voor de uitkomst van de procedure, teruggekomen.

4 Het (voorwaardelijk) verzoek van de werkgever en het verweer van de werknemer

4.1. De werkgever verzoekt de kantonrechter bij beschikking, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

I. Een verklaring voor recht te geven dat de werknemer aan de werkgever een dringende reden heeft gegeven om het dienstverband met hem op 19 december 2019 met onmiddellijke ingang te beëindigen alsmede een verklaring voor recht te geven dat dat ontslag op staande voet gerechtvaardigd is;

II. De werknemer te veroordelen om aan de werkgever de schadevergoeding ex artikel 7:677 BW ad € 8.136,60 te betalen, te vermeerderen met de wettelijke rente daarover vanaf 17 februari 2020 tot de dag van betaling;

III. Te verklaren voor recht dat de werknemer wanprestatie jegens de werkgever heeft gepleegd, alsmede te verklaren voor recht dat hij een onrechtmatige daad jegens de werkgever heeft gepleegd en hij op beide gronden is gehouden de, als gevolg daarvan door de werkgever geleden — en nog te lijden — schade te vergoeden, waarvan de exacte omvang op basis van nader onderzoek in een door partijen te voeren schadestaatprocedure, althans ex artikel 6:97 BW en/of ex de artikelen 6:104 c.q. 6:105 BW dient te worden vastgesteld;

IV. De werknemer te veroordelen om bij wege van voorschot op de door de werkgever als gevolg van de wanprestatie van de werknemer c.q. als gevolg van de door hem jegens de werkgever gepleegde onrechtmatige daad geleden — en te lijden — schade, aan de werkgever te betalen een bedrag ad € 25.000,- wegens ten onrechte geïncasseerd loon c.a. over de periode vanaf medio december 2017 tot medio december 2019, althans een door de kantonrechter te bepalen bedrag aan voorschot, alsmede een bedrag ad € 75.000,- wegens door de werkgever door toedoen van de werknemer gemiste corporate opportunities c.q. omzet in de periode vanaf medio december 2017 tot medio december 2019, althans een door de kantonrechter te bepalen bedrag aan voorschot, beide bedragen te vermeerderen met de wettelijke rente daarover vanaf 17 februari 2020 tot de dag van betaling.

Voorwaardelijke verzoeken:

V. De arbeidsovereenkomst tussen de werkgever en de werknemer voorwaardelijk te ontbinden primair wegens (ernstig) verwijtbaar handelen van de werknemer zoals bedoeld in artikel 7:669 lid 3 sub e BW en subsidiair wegens de door de werknemer veroorzaakte verstoorde arbeidsrelatie als bedoeld in artikel 7:669 lid 3 sub g BW, tegen de kortst mogelijke termijn, althans tegen een door de kantonrechter in goede justitie te bepalen datum;

VI. Een verklaring voor recht te geven dat de werkgever geen transitievergoeding aan de werknemer is verschuldigd;

VII. Dit alles met veroordeling van de werknemer in de kosten van deze procedure, waaronder begrepen het salaris van de gemachtigde van de werkgever en ook deze kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad te verklaren.

4.2. De werknemer heeft gemotiveerd verweer gevoerd. Op dit verweer en op de verdere stellingen van partijen wordt hierna bij de beoordeling, zij het in samengevatte vorm en slechts voor zover van belang voor de uitkomst van de procedure, teruggekomen.

5 De beoordeling

Ontslag op staande voet

- 5.1. De werknemer heeft het verzoek tot vernietiging van het ontslag op staande voet tijdig ingediend, omdat het is ontvangen binnen twee maanden na de dag waarop het ontslag op staande voet is gegeven.
- 5.2. Partijen verschillen van mening over de vraag of sprake is van een dringende reden. Ingevolge 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 worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. In artikel 7:678 lid 2 BW worden voorbeelden genoemd van situaties waarin een dringende reden aanwezig kan worden geacht. Zo wordt onder lid 2 sub i het bekend maken van bijzonderheden aangaande de huishouding of het bedrijf van de werkgever, die de werknemer behoort geheim te houden genoemd en onder lid 2 sub k het op andere wijze grovelijk de plichten veronachtzamen welke de arbeidsovereenkomst de werknemer oplegt. 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 onder meer 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 voor hem zou hebben. Voorts dient in de beoordeling te worden betrokken dat een ontslag op staande voet een uiterste middel is.
- 5.3. In dit geval heeft de werkgever bij brief van 19 december 2019 als dringende reden voor het ontslag op staande voet aan de werknemer een feitencomplex medegedeeld, bestaande uit verschillende feiten en omstandigheden. Uit de ontslagbrief volgt dat de werkgever duidelijk kenbaar heeft gemaakt dat hij de werknemer ook op staande voet zou hebben ontslagen als een gedeelte van de opgesomde feiten en omstandigheden vast zou komen staan. De werkgever heeft dit naar het oordeel van de kantonrechter in deze procedure ook aannemelijk gemaakt. De werknemer heeft daartegen geen verweer gevoerd, maar enkel de juistheid van de in de brief van 19 december 2019 opgenomen feiten en omstandigheden betwist die door de werkgever aan het ontslag op staande voet ten grondslag worden gesteld met als conclusie dat dit geen dringende reden oplevert om een ontslag op staande voet te rechtvaardigen. Voor zover de werknemer zich er in het algemeen nog op beroept dat niet aan een aantal formele eisen is voldaan is dit niet nader en concreet onderbouwd door de werknemer, zodat de kantonrechter daaraan voorbij gaat. Voor zover de werknemer nog heeft bedoeld dat geen sprake is van een onverwijld medegedeelde dringende reden, omdat [directeur] van de werkgever op de hoogte was van het contact van de werknemer met [bedrijf 2] en van de telefoongesprekken met [bedrijf 2] of [bedrijf 1], passeert de kantonrechter dit verweer als onvoldoende onderbouwd. Niet alleen wordt dit gemotiveerd betwist door [directeur], maar ook heeft de werknemer in zijn eigen brief van 2 januari 2020 erkend werkzaamheden voor derden te hebben uitgevoerd, zonder dat zijn werkgever het wist. Gelet op het voorgaande zal de kantonrechter in het vervolg eerst moeten vaststellen welke feiten en omstandigheden die aan het ontslag op staande voet ten grondslag zijn gelegd in deze procedure zijn komen vast te staan. Als na de betwisting door de werknemer slechts een gedeelte daarvan komt vast te staan, kan het ontslag op staande voet immers toch geldig zijn als het gedeelte dat komt vast te staan op zichzelf beschouwd kan gelden als een dringende reden voor ontslag op staande voet.

5.4. In de pleitaantekeningen van de gemachtigde van de werknemer heeft de werknemer voor het eerst het verweer gevoerd dat inbreuk is gemaakt op zijn privacy doordat de gehele USB-stick en alle e-mails door de werkgever zijn bekeken, ook al zijn deze berichten verstuurd vanaf de werkplek van de werkgever. Dit zou volgens de werknemer ertoe moeten leiden dat alle e-mails als bewijs buiten beschouwing gelaten moeten worden. Tijdens de mondelinge behandeling heeft de gemachtigde van de werknemer voor de track en trace gegevens van de autoritten van de bedrijfsauto van de werkgever eenzelfde verweer gevoerd. De kantonrechter gaat aan dit verweer voorbij. Niet alleen is dit verweer tardief gevoerd, maar zelfs al zou sprake zijn van onrechtmatig verkregen bewijs, dan nog betekent dit, gelet op het bepaalde in artikel 152 Rv, niet dat dit bewijs in een civiele procedure als de onderhavige geen rol mag spelen. In beginsel wegen het algemene maatschappelijk belang dat de waarheid in rechte aan het licht komt, alsmede het belang dat partijen erbij hebben hun stellingen in rechte aannemelijk te kunnen maken, welke belangen mede aan artikel 152 Rv ten grondslag liggen, zwaarder dan het belang van uitsluiting van bewijs. Slechts indien sprake is van bijkomende omstandigheden, is uitsluiting van dat bewijs gerechtvaardigd (Hoge Raad 18 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:942). Naar het oordeel van de kantonrechter is van dergelijke bijkomende omstandigheden niet gebleken.

Nevenwerkzaamheden onder werktijd/omvang?

5.5. De werkgever stelt dat de werkwijze van de werknemer er onder meer uit bestond dat hij een opdracht krijgt voor een calculatie c.q. een offerte van een concurrent en de daarop betrekking hebbende informatie op zijn privé-e-mailadres ontvangt waarna hij dit doorstuurt naar zijn e-mailadres op kantoor en dan diezelfde dag via dat e-mailadres de calculatie/offerte doorstuurt naar zijn opdrachtgever. De werkgever wijst in dit kader op de mailwisseling van 5 juli 2019 met [naam] van [bedrijf 2] (productie 24 bij verzoekschrift van de werkgever). Op basis van de door de werkgever overgelegde lijst met 264 e-mails van de werknemer in de periode van 13 december 2017 tot en met 16 december 2019 met betrekking tot volgens haar door de werknemer tijdens werktijd verzonden e-mails ten aanzien van privé-opdrachten (productie 3 bij verweerschrift van de werkgever) schat de werkgever in dat de werknemer tenminste 33 % van zijn werktijd bij de werkgever met zijn eigen calculatiewerkzaamheden c.q. met het opstellen van adviezen en offertes voor concurrenten van de werkgever bezig is geweest. Op basis van deze lijst is de werknemer met tenminste 50 (in het verweerschrift van de werkgever verhoogd naar 54 en in de pleitaantekeningen van de werkgever verlaagd naar 31) privé-calculatieopdrachten bezig geweest. Als ervan wordt uitgegaan dat één calculatie 15 uur kost is de werknemer in die periode tenminste 750 uur voor anderen bezig geweest. Meer specifiek wijst de werkgever op de e-mail van 11 december 2019, 11:30 uur, van het zakelijke e-mailaccount van de werknemer aan [bedrijf 1] waarin de werknemer aangeeft totaal 15 uur bezig te zijn geweest (productie 31 bij verzoekschrift van de werkgever); de e-mail van 19 juli 2019, 12:13 uur van het zakelijke e-mailaccount van de werknemer aan [bedrijf 1] waarin de werknemer aangeeft totaal 9 uur bezig te zijn geweest (productie 33 bij verzoekschrift van de werkgever) en de e-mail van 25 juli 2019, 15:05 uur van het zakelijke e-mailaccount van de werknemer aan [bedrijf 1] waarin de werknemer aangeeft totaal 7 uur bezig te zijn geweest (productie 34 bij verzoekschrift van de werkgever). De laatste e-mail sluit aan met de op diezelfde dag om 8.23 uur door de werknemer gedownloadte gegevens voor dit project op zijn zakelijke e-mailadres waarna hij ongeveer 7 uur later de calculatie doorstuurt naar [bedrijf 1] waarin staat dat dit op 25 juli 2019 is gedaan te Noordwijkerhout, welke tekst uit het GWW (Grond Weg Waterbouw-bundel)-systeem komt van de werkgever (productie 8 bij verweerschrift van de werkgever). De werknemer kon uitsluitend op kantoor van de werkgever werken in de GWW-software. De werkgever wijst voor andere voorbeelden waarin de werknemer voor [bedrijf 1] calculaties heeft verricht onder werktijd met gebruikmaking van de GWW-software op kantoor van de werkgever naar producties 47a tot en met 47e. Daar blijkt onder meer uit dat op 5 maart 2019 een laatste wijziging van de calculatie in verband met de aansluiting van een fietspad N444 op kantoor van de werkgever om 14.31 uur wordt opgeslagen waarna de werknemer met de bedrijfsauto om 14.54 uur naar het kantoor van [bedrijf 1] vertrekt waar hij 34 minuten parkeert. Het betreft een calculatie met een omzet van € 98.800,-. De werkgever betwist dat deze inschrijving is beoordeeld en akkoord bevonden door

[directeur] dan wel dat deze calculatie ooit door de werknemer in de directievergaderingen aan de orde is gesteld. Er zijn ook geen e-mails met cc aan [directeur] verzonden. Ten aanzien van een calculatie in verband met rioolaansluitingen van de gemeenten Katwijk en Teylingen met een omzet van € 139.265,64 blijkt de werknemer op 5 april 2019 om 12.22 uur hiermee bezig te zijn geweest op kantoor, waarna hij om 12:26 uur naar het kantoor van [bedrijf 1] vertrekt waar hij 59 minuten parkeert. Ook hier betwist de werkgever dat deze inschrijving is beoordeeld en akkoord bevonden door [directeur] dan wel dat deze ooit in de directievergaderingen door de werknemer aan de orde is gesteld. Ook blijkt dat de werknemer op 17 juli 2019 om 15:38 uur stukken ontvangt van zijn opdrachtgever, een calculatie met een omzet van € 171.349,81 maakt in de GWW-software op kantoor van de werkgever en deze calculatie op 19 juli 2019 via zijn zakelijke e-mail verstuurt naar [bedrijf 1] met de mededeling dat hij daar in totaal 9 uur mee bezig is geweest. Dit betekent dat de werknemer in twee dagen 9 uur bezig is geweest met deze calculatie, die alleen met de GWW-software op kantoor kan worden gedaan. Dit kan niet alleen in de pauze hebben plaatsgevonden, maar moet onder werktijd zijn gedaan. De verklaring van [bedrijf 1] is vals waar het betreft vriendendiensten die beperkt in omvang zijn geweest en waarin [bedrijf 1] beweert geen concurrent te zijn en meer grond- en sloopwerk te doen.

Tot slot stelt de werkgever dat de opdracht van [bedrijf 2] aan de werkgever in het kader van het project Park Rhijenhove per saldo verliesgevend is geweest voor de werkgever. De werkgever wijst op productie 10 bij haar verweerschrift waaruit blijkt dat het gaat om € 56.065,52 aan de voorfinanciering door de werkgever van materialen, waarbij de werknemer de korting aan Boogaard Infra heeft laten toekomen zonder een marge ten behoeve van de werkgever en ten laste van Boogaard Infra te berekenen. Aan onderaannemingswerkzaamheden is ruim een bedrag van € 10.000,- gefactureerd, maar dit is in omvang te verwaarlozen.

- 5.6. De werknemer voert aan dat het hem in beginsel vrij staat om nevenwerkzaamheden te verrichten, omdat dit niet is verboden in zijn arbeidsovereenkomst. Hij heeft een aantal vriendendiensten verleend aan zijn oude werkgever, [bedrijf 2] en aan [bedrijf 1], die beperkt in omvang zijn geweest en voornamelijk buiten werktijd hebben plaatsgevonden. De werknemer wijst in dit kader op de verklaring van [bedrijf 1] waarin hij onder meer verklaart: *"Ik heb niet zo veel door [verzoeker] laten doen want het was een vriendendienst en ik betaalde hem er niet voor. Als hij hiervoor naar mij toe kwam dan was dat aan het einde van de middag of in de avond."* De werknemer betwist dat de nevenwerkzaamheden zodanig onder werktijd plaatsvonden dat hij niet zou toekomen aan zijn eigen werk. Hij deed dit zoveel mogelijk in de pauzes of aan het begin of einde van de werkdag. De lijst die de werkgever van de calculaties heeft overgelegd betreft slechts enkele projecten, zoals bijvoorbeeld de werkzaamheden voor [bedrijf 1] op die lijst onder de naam "Pesetaweg" en "Bierman". Dit betreft één project waarvoor de werkgever het straatwerk heeft gedaan door tussenkomst van de werknemer. Aan de calculatie Liduina Warmond heeft de werknemer slechts een paar uur besteed, inclusief aanpassing. Ditzelfde geldt voor de verschillende regels op de lijst met betrekking tot bijvoorbeeld Poelmeer, Warmond en Leidseweg Voorschoten. Een deel van de projecten op de lijst betrof werkzaamheden van de werknemer voor de werkgever, zoals de inschrijving Teylingen, Katwijk waar [bedrijf 1] aan de werknemer heeft gevraagd om samen in te schrijven, hetgeen is gebeurd en het project Park Rhijenhove. In dit kader heeft de werknemer voor [bedrijf 2] een calculatie en sloop VGM plan gemaakt voor project Park Rhijenhove. Dit heeft geleid tot de opdracht voor [bedrijf 2] tot de sloop van de bestaande bouw. Een bouwbedrijf heeft daar vervolgens een twaalftal villa's gebouwd waarna [bedrijf 2] is gevraagd voor de terreininrichting. Dit kon [bedrijf 2] als sloopbedrijf niet leveren en Boogaard Infra wilde dit niet doen, omdat zij werkzaam was in een andere regio. [bedrijf 2] wilde wel hoofdaannemer blijven. De werknemer heeft er vervolgens voor gezorgd dat deze werkzaamheden naar de werkgever gingen en verwijst daartoe naar mail 179 met als onderwerp "definitieve inschrijfstaat met goedkeuring [bedrijf 2]" op de door de werkgever overgelegde lijst met e-mails. Omdat de opdrachtgever er niet mee bekend was dat de werkgever en niet Boogaard Infra de grond- en straatwerkzaamheden uitvoerde, is besloten de urenbonnen van de werkgever over te zetten naar Boogaard Infra. In dit project is ook de hierna nog te bespreken pompput door

de werkgever met korting besteld en betaald. De werkgever heeft voor dit project in totaal ongeveer € 58.000,00 kunnen factureren. De werknemer erkent dat hij enkele klussen heeft gedaan voor andere bedrijven, maar hij deed dit hoofzakelijk buiten werktijd en slechts een enkele keer onder kantooruren, maar dan nog steeds vooral in pauzetijd. De als productie 24 bij verzoekschrift van de werkgever overgelegde e-mailwisseling betrof een heel eenvoudige calculatie voor de verbouwing van een kleine tandartspraktijk, die de werknemer een half uurtje aan pauzetijd heeft gekost. De lijst met 264 e-mails in twee jaar tijd komt neer op 11 e-mails per maand. Op de lijst staan diverse mails die 's avonds of in het weekend zijn verstuurd en diverse e-mails die tijdens pauzes zijn verstuurd. Diverse e-mails hebben te maken met het werk voor de werkgever en diverse e-mails zijn dubbel opgenomen. De tijdstippen onder werktijd waarop een document door de werknemer in GWW is ingelezen en opgeslagen, brengen niet mee dat daarin op dat moment ook uitvoerig is gewerkt. De calculatie in verband met de aansluiting van een fietspad N444 heeft de werknemer onder werktijd gecalculeerd, naar [bedrijf 1] gebracht en namens de werkgever besproken met [bedrijf 1]. [directeur] heeft deze inschrijving beoordeeld en akkoord bevonden. Dit betroffen dus gewoon werkzaamheden voor de werkgever, maar omdat de uitnodiging aan [bedrijf 1] was gericht, moest het onder [bedrijf 1] worden ingeschreven. Met betrekking tot de calculatie tussen 17 juli 2019 en 19 juli 2019 blijkt niet dat de werknemer hieraan onder werktijd heeft gewerkt. De werknemer heeft daaraan thuis in de avonduren gewerkt. Ten aanzien van een calculatie in verband met rioolaansluitingen van de gemeenten Katwijk en Teylingen geldt eveneens dat dit een onderhandse aanbesteding betrof, waarvoor [bedrijf 1] de werkgever heeft gevraagd. De werknemer heeft om die reden deze werkzaamheden, als een door de werkgever en [bedrijf 1] gezamenlijk uit te voeren project, onder werktijd uitgevoerd waarbij de inschrijving op naam van [bedrijf 1] is gedaan, omdat deze was uitgenodigd voor de inschrijving. Met betrekking tot de werkzaamheden in de e-mail van 25 juli 2019 geldt dat de werknemer de vanaf 18 juli 2019 ontvangen stukken grotendeels thuis heeft verwerkt en de calculatie thuis heeft voorbereid. De in totaal 7 uur die de werknemer aan dit project heeft besteed, heeft hij dan ook niet allemaal op 25 juli 2019 gewerkt. De op 25 juli 2019 aan het project bestede tijd is ongeveer twee tot drie uur, waar ook een uur lunchpauze in zit.

5.7. Op basis van de onder 5.5 weergegeven stellingen van de werkgever en de daarbij behorende producties komt de kantonrechter tot het oordeel dat de werkgever voldoende heeft onderbouwd dat de werknemer onder werktijd met calculaties voor anderen bezig is geweest en in ieder geval onder werktijd op 5 maart 2019 om 14:54 uur en 5 april 2019 om 12:26 uur naar het kantoor van [bedrijf 1] is gereden. Daarmee is de verklaring van [bedrijf 1] dat de werknemer aan het einde van de middag of in de avond kwam al weersproken. Dat het in beide gevallen om een samenwerking tussen [bedrijf 1] en de werkgever zou gaan, zoals de werknemer heeft betoogd, is niet komen vast te staan. De werkgever heeft dit immers betwist en met de werkgever is de kantonrechter van oordeel dat het dan voor de hand had gelegen dat [directeur] cc in de e-mail had gestaan of dat hiervan notulen waren gemaakt in de directievergaderingen. Daarnaast heeft de werkgever een lijst met 264 e-mails overgelegd waarin regelmatig tijdstippen van verzending staan vermeld buiten het begin of einde van de werkdag of pauzetijden (bijvoorbeeld 11:44, 14:28, 14:38, 15:05 en 15:45 uur) en diverse e-mails waarin de werknemer zelf vermeldt dat hij 15 uur, 9 uur en 7 uur in totaal aan een calculatie heeft gewerkt, hetgeen naar het oordeel van de kantonrechter niet beperkt in omvang genoemd kan worden. De werknemer kan ter betwisting hiervan dan niet volstaan met het wijzen op e-mails op de lijst die 's avonds en in het weekend zijn verstuurd en tijdens pauzes, omdat dit onverlet laat dat op basis van de lijst blijkt dat ook op andere tijdstippen regelmatig e-mails zijn verzonden. Het verweer van de werknemer dat diverse e-mails op voornoemde lijst met het werk voor de werkgever te maken hebben wordt verworpen, nu dit niet is geconcretiseerd. Op basis van het voorgaande gaat de kantonrechter aan het verweer van de werknemer dat zijn nevenwerkzaamheden beperkt in omvang zijn geweest en hoofdzakelijk buiten werktijd dan wel aan het begin of einde van de werkdag of in pauzetijd hebben plaatsgevonden als onvoldoende onderbouwd voorbij. Daarbij merkt de kantonrechter wel op dat, anders dan de werkgever betoogt, zij niet concreet kan vaststellen op basis van de overgelegde producties dat de werknemer onder werktijd tenminste 33 % dan wel 750 uur voor anderen bezig is geweest. Zoals reeds overwogen is de kantonrechter wel van oordeel dat uit de

e-mails waarin de zelf door de werknemer aan de calculaties bestede tijd wordt genoemd kan worden afgeleid dat het calculaties betreft die op zichzelf niet beperkt in omvang genoemd kunnen worden.

Concurrenten van de werkgever?

5.8. De werkgever stelt dat de voornaamste bron van omzet de 'publieke werken' zijn op basis van openbare aanbestedingen, maar dat zij ook altijd op zoek is naar 'onderhandse werken' van particuliere opdrachtgevers, zoals aannemingsbedrijven, vastgoedondernemingen, ingenieursbureaus en projectontwikkelaars. In 2019 heeft de werkgever 24 opdrachten in onderaanneming uitgevoerd waarvoor zij een bedrag van circa € 666.995,- heeft gefactureerd. Het was één van de taken van de werknemer om voor acquisitie te zorgen en te proberen niet alleen via openbare aanbestedingen, maar ook via onderhandse aanbestedingen bij particuliere opdrachtgevers werk voor de werkgever binnen te halen. De werknemer heeft calculaties en offertes voor concurrenten [bedrijf 2], haar dochterondernemingen Boogaard Infra en Loon op Zand, [bedrijf 1] en [naam] gemaakt zonder dat de werkgever van deze contacten afwist. [bedrijf 1] doet niet alleen grond- en sloopwerk, maar ook straat- en grondwerk. De werkgever verwijst hiervoor naar de als productie 2 bij haar verweerschrift overgelegde foto's van het werk in Warmond van [bedrijf 1] waaruit blijkt dat [bedrijf 1] straat- en grondwerk doet voor de bouw van 6 woningen en 33 appartementen. Bovendien hebben de werkgever en [bedrijf 1] vorig jaar in concurrentie geprobeerd werkzaamheden te krijgen van de Keukenhof. De verklaring van [bedrijf 1] is vals waar het betreft het feit dat hij en de werkgever bij sommige calculaties van de werknemer voor [bedrijf 1] samen optrokken. Elke offerte en elke opdracht moet alleen door de bevoegde directeur van de werkgever, [directeur], worden ondertekend. Er werden bij de werkgever elke week directievergaderingen met [directeur], zijn moeder en de werknemer gehouden. Daarin staat als vast onderwerp op de agenda "lopende aanbestedingen/lopende projecten". De werknemer heeft blijkens de notulen van de directievergaderingen daarin nooit melding gemaakt van een mogelijkheid tot samenwerking met [bedrijf 1]. Geen van de door [bedrijf 1] beweerdelijk door hem aan de werknemer aangeboden samenwerkingen zijn in de directievergaderingen door de werknemer aan de orde gesteld. Er is dus nooit sprake geweest van enige vorm van samen offrenen of iets dergelijks.

5.9. De werknemer voert aan dat hij vriendendiensten heeft verricht voor [bedrijf 2] en [bedrijf 1] die niet concurrerend zijn geweest aan de activiteiten van de werkgever en de werkgever juist voordeel hebben opgeleverd doordat bijvoorbeeld stratenmakers van de werkgever werden ingehuurd. [bedrijf 2] houdt zich enkel bezig met sloopprojecten en asbestsanering. Boogaard Infra en Loon op Zand zijn in geheel andere sectoren werkzaam en staan los van de activiteiten van [bedrijf 2]. De werknemer heeft nooit werkzaamheden voor Boogaard Infra en Loon op Zand verricht. [bedrijf 1] is actief op het gebied van sloop- en rioleringswerk en grond- en straatwerk. [bedrijf 1] doet enkel onderhandse aanbestedingen of projecten in onderaanneming. De grond- en straatwerkprojecten die [bedrijf 1] doet, zijn echter minder complex dan de projecten die de werkgever doet. De klantenkring is geheel anders. [bedrijf 1] werkt vooral voor particulieren en MKB, terwijl de werkgever voornamelijk gemeenten en overheidsinstellingen bedient en aan haar werk komt door middel van deelname aan openbare overheidsaanbestedingen. De werknemer wijst in dit kader op de verklaringen van [bedrijf 1] waarin hij onder meer verklaart:

"Ik heb nooit vertrouwelijke informatie van [directeur] van [verzoeker] gekregen, ik zou ook niet weten wat ik er mee moet. Zij zitten ook in een hele andere hoek, wij zijn helemaal geen concurrenten. [directeur] doet vooral straat- en grondwerk en wij doen meer grond en sloopwerk. Wij zijn ook niet ISO en VCA gecertificeerd zoals zij. [directeur] werkt daarom meer voor de overheid en wij niet. We komen elkaar nooit tegen."

en

"Wij hebben begin 2019 een uitnodiging gekregen van provincie Zuid-Holland. Daar zat veel straatwerk in en dat doen wij niet zoveel als [directeur]. Ons meeste werk is sloopwerk en straatwerk is maar iets

van 25 % van ons werk. Ik heb het daarom doorgestuurd naar [verzoeker] en gevraagd of [directeur] dat kon doen. Dat is ook met [directeur] besproken, dat heeft [verzoeker] mij verteld. We hebben het werk helaas niet gekregen anders had er veel werk voor [directeur] in gezeten. Dat was ook zo met de aanvraag van Teylingen en op de Pesetaweg Nieuw-Vennep heeft [directeur] ook voor ons werk verricht maar na een paar weken kwamen ze niet meer en toen is de samenwerking eerder gestopt. [directeur] weet ook van die projecten dat weet ik zeker. Ik snap niet hoe [directeur] nog steeds zegt dat wij concurrenten zijn. Dan had ik ze toch ook niet gevraagd om samen te werken. Wij doen niet zoveel straatwerk voor de overheid en we werken vooral voor bouwkundige aannemers en voor particulieren. [directeur] schijnt ook te hebben gezegd dat we concurrenten waren voor de keukenhof. Wij hebben daar alleen wat werk in de onderaanneming gedaan, vooral sloopwerk.”

Ten aanzien van de door de werkgever overgelegde lijst met opdrachtgevers in onderaanneming geldt dat voor slechts een viertal opdrachtgevers werkzaamheden in onderaanneming zijn uitgevoerd en dat voor de overige bedrijven regiewerkzaamheden op basis van 'uurtje-factuur' zijn uitgevoerd. De bedrijven op de lijst zijn vrijwel allemaal wegebouwers, die geen klanten zijn van [bedrijf 1] of [bedrijf 2] .

- 5.10. De kantonrechter constateert dat op de lijst van de volgens de werkgever aan haar bekende door de werknemer tijdens werktijd uitgevoerde privé-calculatieopdrachten drie opdrachtgevers staan vermeld, namelijk [bedrijf 2] , [bedrijf 1] en [naam] (productie 1 bij verweerschrift van de werkgever). Tijdens de mondelinge behandeling is door de werkgever naar voren gebracht dat zij geen sloopwerkzaamheden doet, en dat de sloopwerkzaamheden die staan vermeld op voornoemde lijst bij [bedrijf 2] en [naam] niet concurrerend zijn voor de werkgever met uitzondering van het project Park Rhijenhove. Voor wat het project Park Rhijenhove betreft blijkt uit de stellingen van partijen dat dit project uiteindelijk door de werkgever is goedgekeurd, maar dat deze opdracht van [bedrijf 2] aan de werkgever volgens de werkgever per saldo verliesgevend is geweest. Het voorgaande betekent naar het oordeel van de kantonrechter dat feitelijk alleen de vraag voorligt of [bedrijf 1] kan worden aangemerkt als concurrent van de werkgever. De kantonrechter beantwoordt deze vraag bevestigend. Het door de werkgever gefactureerde bedrag van circa € 666.995,-, aan opdrachten in onderaanneming in 2019 is door de werknemer niet weersproken, zodat de kantonrechter daarvan uitgaat en uit dit gefactureerde bedrag kan worden afgeleid dat de werkgever zich dus ook en niet enkel incidenteel met projecten in onderaanneming bezighield. Anderzijds verklaart [bedrijf 1] zelf ook op het terrein van straatwerk actief te zijn, zij het in geringere mate. Daarnaast heeft de werkgever voldoende onderbouwd dat [bedrijf 1] ook projecten voor de overheid heeft gedaan waar het de calculatie in verband met de aansluiting voor een fietspad N444 betreft en een calculatie in verband met rioolaansluitingen van de gemeenten Katwijk en Teylingen (zie onder 5.5.). Onder 5.7. is reeds geoordeeld dat niet is komen vast te staan dat hier sprake is geweest van een samenwerking tussen [bedrijf 1] en de werkgever.

Tegen vergoeding?

- 5.11. De werkgever stelt zich op het standpunt dat uitgaande van een uurtarief van € 60,00 de werknemer tenminste € 45.000,00 (750 uur x € 60,00) – waarschijnlijk zwart - moet hebben verdiend. De werknemer voert aan dat het om vriendendiensten ging waarvoor hij geen betaling heeft gekregen. Bij gebrek aan een nadere onderbouwing kan niet worden vastgesteld dat de werknemer een vergoeding heeft ontvangen voor zijn nevenwerkzaamheden.

Gebruik vertrouwelijke bedrijfsinformatie / bedrijfsmiddelen van de werkgever?

- 5.12. De werkgever stelt dat de werknemer van haar kantoor, mailfaciliteiten, telefoon, computer met daarin templates/software, calculatiesysteem, USB-stick en haar bedrijfsauto die aan de werknemer beschikbaar was gesteld gebruik heeft gemaakt. Bovendien heeft de werknemer van prijsinformatie van de werkgever gebruik gemaakt. Van belang is daarbij dat bij aanbestedingen en overige offertes van de werkgever respectievelijk van haar concurrenten in 90% van de

gevallen de laagste prijs het enige criterium is. Als prijzen van de werkgever door de werknemer als basis voor calculaties voor concurrenten worden gebruikt, wordt de werkgever daardoor enorm benadeeld. De werkgever heeft altijd met haar eigen formats gewerkt en daar zat niets van [bedrijf 2], de voormalig werkgever van de werknemer, bij. De werknemer verzond steeds via zijn e-mailadres bij de werkgever vertrouwelijke bedrijfsinformatie van de werkgever naar zijn privé-e-mailadres om daar vervolgens vanaf zijn eigen e-mailadres verder mee te kunnen werken. In dit kader wijst de werkgever op de als productie 19 en de als productie 37 bij verzoekschrift overgelegde e-mail van 28 mei 2019, 09:01 uur, waarin de werknemer een lege offerte van zijn werkgever van zijn zakelijke e-mail aan zijn privé-e-mailadres verzendt met bedrijfscertificaten van de werkgever. Voor de op te maken offertes/calculaties maakte de werknemer gebruik van de door de werkgever ontwikkelde templates voor planningen en software. Bij e-mail van 9 mei 2018, 12:41 uur, heeft de werknemer voor [bedrijf 2] op briefpapier van de werkgever een uitgebreide offerte voor Park Rhijenhove verzonden waarin een stelpost van € 5.000,00 voor een pompput is opgenomen (productie 25 en productie 39 bij verzoekschrift). De offerte is gedateerd 9 mei 2018. De werknemer heeft op 27 mei 2019 op zijn zakelijke e-mailadres de offerte voor de pompput ontvangen en deze offerte diezelfde dag doorgestuurd naar [naam] van [bedrijf 2] (productie 27 bij verzoekschrift). De werknemer heeft op naam van de werkgever de offerte aangevraagd, daarbij 15% korting bedongen, terwijl die korting vervolgens ten gunste van [bedrijf 2] is gekomen. De werknemer heeft vervolgens op naam van de werkgever de betreffende pompput besteld en deze door de werkgever laten betalen, terwijl [bedrijf 2] pas vele maanden later het geld aan de werkgever heeft terugbetaald. Uit de als productie 8 bij het verzoekschrift van de werkgever overgelegde e-mailwisseling op 25 juli 2019 van de werknemer aan [bedrijf 1] volgt dat de werknemer voor de calculatie/begroting voor [bedrijf 1] onder werktijd gebruik heeft gemaakt van de GWW-software van de werkgever. Vanuit GWW exporteerde de werknemer calculaties naar excel. Tot slot wijst de werkgever op de als productie 41 en de als productie 42 bij verzoekschrift overgelegde e-mails van 27 mei 2019, 14:07 uur, respectievelijk 11 juni 2019, 10:36 uur, van het zakelijke e-mailaccount van de werknemer aan zijn privé-e-mailadres respectievelijk [bedrijf 1] waaruit volgt dat de werknemer de basiscalculatie van zijn werkgever naar zijn privé-e-mailadres heeft verzonden vervolgens aan [bedrijf 1] een daarop gebaseerde calculatie heeft verzonden. Voor wat betreft het gebruik van de bedrijfsauto van de werkgever wijst de werkgever op de als productie 5 en 6 bij haar verzoekschrift overgelegde lijst van autoritten waaruit blijkt dat de werknemer in een periode van ongeveer 9 maanden veelal tijdens werktijd 16 ritten naar [bedrijf 1] en 38 ritten naar [bedrijf 2] heeft gemaakt.

5.13. De werknemer voert aan dat hij geen uiterst bedrijfsgevoelige informatie heeft gebruikt en dat de tarievenlijst op de USB-stick geen uiterst bedrijfsgevoelige informatie bevat, maar een lijst met eenheidsprijzen die wordt gebruikt voor offertes aan (potentiële) klanten en oude offertes van leveranciers. De werknemer heeft deze informatie ook niet gebruikt anders dan voor zijn eigen werk bij de werkgever. Voor de werkzaamheden in het kader van project Park Rhijenhove was een rioolpomp nodig die voor € 5.000,00 als stelpost stond opgenomen in de calculatie van [bedrijf 2]. Deze pomp was onderdeel van de werkzaamheden van de werkgever, zodat de offerte op naam van de werkgever is aangevraagd, er gebruik is gemaakt van de korting voor de werkgever en de betaling heeft plaatsgevonden door de werkgever. De offerte voor de pomp is vervolgens door de werknemer aan [bedrijf 2] overgelegd omdat deze hoger uitviel dan de opgenomen stelpost. Omdat [bedrijf 1] vooral in de onderaanneming werkt waarbij doorgaans andere, veelal langere, betalingstermijnen gelden, zijn de prijzen van [bedrijf 1] hoger. Om die reden leverde [bedrijf 1] zelf haar eigen prijzen aan, zoals R. [bedrijf 1] ook zelf heeft verklaard. De werkgever heeft ook niet inzichtelijk gemaakt welke concurrent nu over deze informatie beschikt dan wel deze informatie gebruikt. De werknemer heeft de formats die hij ooit voor [bedrijf 2] heeft gemaakt gebruikt voor de formats bij de werkgever. Dezelfde formats heeft hij logischerwijs weer gebruikt voor [bedrijf 2]. De werknemer heeft de GWW-software van de werkgever een aantal keer gebruikt om een inschrijfstaat in te lezen en dan te exporteren naar een Excel-bestand, zodat hij vervolgens met het Excel-bestand (thuis of in de pauzes) een verdere calculatie kon maken.

5.14. Op basis van voornoemde standpunten van partijen staat als niet of onvoldoende weersproken

vast dat de werknemer ten behoeve van het maken van calculaties voor anderen gebruik heeft gemaakt van het kantoor, de telefoon, de mailfaciliteiten, de GWW-software en de bedrijfsauto van de werkgever. Ook staat vast dat de werknemer vanuit zijn zakelijke e-mailaccount naar zijn privé-e-mailaccount een lege offerte van zijn werkgever met bedrijfscertificaten van zijn werkgever heeft verzonden, zonder dat de werknemer heeft kunnen onderbouwen wat daartoe de noodzaak is geweest. Met betrekking tot de verzonden basiscalculatie van zijn werkgever naar zijn privé-e-mailadres en de daarna verzonden calculatie aan [bedrijf 1] (productie 41 en 42 bij verzoekschrift) heeft de werknemer ter mondelinge behandeling erkend dat hij de tekstsomschrijving heeft overgenomen, maar dat de prijzen niet overeenkomen. [bedrijf 1] zou volgens de werknemer zelf de eigen prijzen aanleveren, maar dit blijkt naar het oordeel van de kantonrechter nergens uit en is ook niet nader geconcretiseerd door de werknemer. Veel eerder blijkt het tegendeel uit voormelde producties. Uit een vergelijking van de prijzen op de calculatie aan [bedrijf 1] met de basisprijzen van de werkgever blijken deze namelijk nagenoeg overeen te komen en in de begeleidende e-mail aan [bedrijf 1] vermeldt de werknemer zelf dat het om een begroting gaat en welke onderdelen hierin niet zijn meegenomen, hetgeen er naar het oordeel van de kantonrechter op duidt dat de werknemer de prijzen heeft bepaald om te kunnen begroten. Dit sluit ook aan bij hetgeen aan het eind van de calculatie is vermeld, namelijk dat de prijs exclusief een aantal werkzaamheden is. Dat er overigens sprake zou zijn van eenheidsprijzen die worden gebruikt voor offertes aan (potentiële) klanten en oude offertes van leveranciers, zoals de werknemer heeft betoogd, blijkt nergens uit, zodat de kantonrechter hieraan als onvoldoende onderbouwd voorbij gaat. Nu verder niet weersproken is dat – in ieder geval bij aanbestedingen – er voor het grootste gedeelte wordt gekeken naar de laagste prijs stelt de kantonrechter vast dat de basisprijzen van de werkgever vertrouwelijke bedrijfsinformatie betreffen.

USB-stick?

- 5.15. De werkgever stelt dat de werknemer zonder noodzaak en zonder overleg heimelijk gebruik heeft gemaakt van een USB-stick van de werkgever waarop hij allemaal vertrouwelijke bedrijfsinformatie heeft gezet. Deze USB-stick is op 8 juni 2017 door de werknemer aangeschaft. De informatie op de USB-stick betreft de volledige financiële, fiscale, personeels- en alle andere relevante bedrijfsmatige gegevens van de werkgever (bijlage drie bij productie 46). Slechts 1,9 % van al hetgeen op de USB-stick staat is privé. Met de zakelijke documenten van de werkgever kon de werknemer een kopie van het bedrijf van de werkgever opstarten. De werkgever betwist dat de werknemer thuis werkte en dat hij deze USB-stick nodig zou hebben gehad om thuis te kunnen werken, omdat de server van de werkgever vol was. De werkgever werkt niet met een eigen server, maar slaat haar bestanden op in de cloud en daarin kon de werknemer gewoon inloggen. De werknemer verzond ook voortdurend zakelijke bestanden naar zijn privé-e-mail, zodat hij ook op grond daarvan geen USB-stick nodig had. Verder werkt er niemand bij de werkgever met een USB-stick. Op de USB-stick bleken 2.093 bestanden te staan met alleen al voor [bedrijf 1] een afzonderlijke map met daarin 292 bestanden.
- 5.16. De werknemer betwist dat hij de USB-stick heeft aangeschaft. Uit de door de werkgever overlegde factuur van 16 juni 2017 blijkt niet wie de USB-stick heeft besteld en ook niet dat dit de USB-stick is die de werknemer eind 2019 is gaan gebruiken, omdat hij op kantoor de terugkerende melding kreeg dat de opslagcapaciteit was bereikt. Verder blijkt nergens uit dat de werknemer de enige was die een USB-stick gebruikte. Op 25 november 2019 heeft de werknemer een mappenstructuur op de USB-stick gemaakt, omdat hij de harde schijf beter wilde ordenen en archiveren zonder bestanden kwijt te raken nu er geen back-up kon plaatsvinden, omdat de opslag in de cloud nagenoeg vol was. Verder voert de werknemer aan dat de USB-stick van de werkgever diverse (privé-) foto's en enkele offertes bevatte die hij had opgesteld voor [bedrijf 2] en [bedrijf 1] en een tarievenlijst van de werkgever. Hij had deze informatie op een USB-stick geplaatst, omdat dit de enige wijze was waarop hij thuis ook kon werken en bovendien de server van de werkgever vol was.

De werknemer betwist dat hij al de bestanden die op de USB-stick staan op de USB-stick heeft

geplaatst. De datum die per bestand (of map) wordt weergegeven is de datum waarop een bestand is aangemaakt of voor het laatst is geopend en niet de datum waarop deze op de USB-stick is geplaatst. De prijsinformatie op de USB-stick is gedateerd, namelijk van 2016 en de werknemer heeft nooit enige prijsinformatie van de werkgever gedeeld met anderen.

- 5.17. De werknemer heeft de bestanden die zijn aangetroffen op de USB-stick 'an sich' niet betwist. De kantonrechter is van oordeel dat de documenten - kostenbewaking, personeel & inhuur, prijzenboek (waaronder basiscalculatie 2017 en 2019) en tarieven zonder meer als bedrijfsgevoelige informatie kunnen worden aangemerkt. Vast staat dat de USB-stick met deze bestanden waarop eveneens 292 bestanden van concurrent [bedrijf 1] stonden door de werknemer werd gebruikt. Aan de betwisting van de werknemer dat hij al deze bestanden op de USB-stick heeft geplaatst gaat de kantonrechter als onvoldoende onderbouwd voorbij. Enerzijds heeft de werknemer niet nader geconcretiseerd welke bestanden hij er niet op zou hebben geplaatst. Een algemene opmerking dat diverse bestanden hem volstrekt niet bekend voorkomen is onvoldoende. Anderzijds blijkt nergens uit dat andere werknemers gebruik maakten van een USB-stick en had het op de weg van de werknemer gelegen dit nader concreet te onderbouwen, door bijvoorbeeld verklaringen van andere werknemers te overleggen dat zij ook van een USB-stick gebruik maakten waaronder deze. Bovendien voert de werknemer zelf aan dat de datum per bestand of map niet de datum is waarop deze op de USB-stick is geplaatst, zodat oudere bestanden evengoed door de werknemer op de USB-stick kunnen zijn geplaatst na zijn indiensttreding op 1 september 2015. Daarnaast valt niet te rijmen dat de werknemer voor zijn werkzaamheden van de werkgever al deze bestanden op een USB-stick moest zetten, omdat de opslagcapaciteit van de cloud te beperkt was. Als onvoldoende weersproken heeft de werkgever immers naar voren gebracht dat de werknemer vanuit huis de mogelijkheid had om in te loggen op de werkomgeving van de werkgever om thuis te kunnen werken. Tot slot ontgaat de kantonrechter de noodzaak om bestanden als de onderhavige op een USB-stick te zetten om een harde schijf beter te kunnen ordenen en archiveren. De kantonrechter houdt het er dan ook voor dat het de werknemer is geweest die deze bestanden op de USB-stick heeft geplaatst zonder medeweten van de werkgever.
- 5.18. Op grond van het voorgaande is vast komen te staan dat de werknemer met gebruikmaking van bedrijfsmiddelen van de werkgever (telefoon, computer, e-mail, bedrijfsauto, GWW-software) calculaties heeft verricht voor een concurrent, [bedrijf 1], en dat tenminste bij één van die calculaties in ieder geval door de werknemer gebruik is gemaakt van vertrouwelijke bedrijfsinformatie. Ook staat vast dat de werknemer heimelijk en zonder noodzaak gebruik heeft gemaakt van een USB-stick waarop hij vertrouwelijke bedrijfsinformatie van de werkgever heeft geplaatst. De aard van de functie van de werknemer brengt mee dat hij zelfstandig te werk diende te gaan, waarbij hij kennis had van het reilen en zeilen van de werkgever. De werknemer zag zichzelf (gelet op zijn cv) ook als de rechterhand van de directeur. In een dergelijke positie moet een werkgever erop kunnen vertrouwen dat de werknemer prudent omgaat met bedrijfsmiddelen en vertrouwelijke bedrijfsinformatie van de werkgever, ook als daarvoor niets apart geregeld is in de arbeidsovereenkomst met de werkgever. Door voornoemde handelwijze heeft de werknemer het vertrouwen dat de werkgever in hem moet kunnen stellen in ernstige mate geschaad en wel zodanig dat van de werkgever redelijkerwijze niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. De werknemer heeft nog gewezen op het feit dat hij alleenstaand is en voor zijn levensonderhoud afhankelijk is van loon. Tijdens de mondelinge behandeling heeft de werknemer desgevraagd medegedeeld dat hij sinds 2 maart 2020 voor in principe een half jaar voor de gemeente Velzen werkt voor 36 uur per week tegen een uurtarief van € 62,50 per uur. Gelet op alle omstandigheden van het geval, in onderling verband en samenhang, bezien, komt de kantonrechter tot het oordeel dat het ontslag op staande voet op 19 december 2019 terecht is gegeven. Dit brengt mee dat het verzoek van de werkgever onder 4.1. sub I zal worden toegewezen en de voorwaardelijke verzoeken van de werkgever geen bespreking meer behoeven.

- 5.19. Uit artikel 7:681 lid 1 sub a BW volgt dat de kantonrechter op verzoek van de werknemer de

opzegging van de arbeidsovereenkomst door de werkgever kan vernietigen, 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 de werknemer om vernietiging van dat ontslag (3.1. primair sub II) worden afgewezen. Er is immers geen sprake van een opzegging in strijd met artikel 7:671 BW, zodat er ook geen grond is om toepassing te geven aan artikel 7:681 lid 1 BW. Het verzoek van de werknemer tot loondoorbetaling vanaf 1 december 2019, vermeerderd met de wettelijke verhoging alsmede tot afgifte van de loonstroken vanaf 1 december 2019 op straffe van een dwangsom en het verzoek om toe te worden gelaten de overeengekomen werkzaamheden te verrichten op straffe van een dwangsom (3.1. primair III en IV) zullen daarom eveneens worden afgewezen.

het verzoek van de werknemer tot toekennen van een billijke vergoeding, gefixeerde schadevergoeding en transitievergoeding

- 5.20. Uit artikel 7:681 lid 1, sub 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. De werknemer heeft het verzoek om toekenning van een billijke vergoeding nadrukkelijk subsidiair gedaan en heeft ter mondelinge behandeling verklaard dat bedoeld is de keuze als bedoeld in artikel 7:681 lid 1 BW te laten vallen op vernietiging van de opzegging. Gelet op hetgeen hiervoor is overwogen komt de kantonrechter aan bespreking van dit verzoek daarom niet toe. Daarnaast staat vast dat de werkgever de arbeidsovereenkomst met de werknemer onverwijld heeft opgezegd en dat hij daartoe bevoegd was, zodat het toekennen van de gefixeerde schadevergoeding op grond van artikel 7:672 lid 11 BW eveneens niet aan de orde is. Tot slot is de kantonrechter met de werkgever van oordeel dat sprake is van ernstig verwijtbaar handelen van de werknemer, zodat ook het verzoek om toekenning van de transitievergoeding op grond van artikel 7:673 lid 7 sub c BW wordt afgewezen. Voor het verzoek tot het toekennen van een transitievergoeding op grond van artikel 7:673 lid 8 BW ziet de kantonrechter geen aanleiding, nu daarvoor geen feiten en omstandigheden zijn gesteld door de werknemer.

inzake de voorlopige voorziening

- 5.21. Nu in deze beschikking al een beslissing wordt gegeven op het verzoek van de werknemer in de hoofdzaak, is er geen reden meer om met toepassing van artikel 223 Rv een voorlopige voorziening te treffen. Een voorlopige voorziening op grond van dat artikel kan immers alleen worden getroffen voor de duur van het geding. De werknemer zal daarom niet ontvankelijk worden verklaard in zijn verzoek tot het treffen van een voorlopige voorziening.

het verzoek van de werkgever ex artikel 7:677 lid 2 BW

- 5.22. Ingevolge het bepaalde in artikel 7:677 lid 2 BW is de partij die door opzet of schuld aan de wederpartij een dringende reden heeft gegeven om de arbeidsovereenkomst onverwijld op te zeggen, aan de wederpartij een vergoeding verschuldigd, indien de wederpartij van die bevoegdheid gebruik heeft gemaakt. Ingevolge het derde lid van dit artikel sub a is de vergoeding, bedoeld in lid 2, in geval van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd gelijk aan het bedrag van het in geld vastgestelde loon over de termijn dat de arbeidsovereenkomst bij regelmatige opzegging had behoren voort te duren. De werknemer heeft tegen de door de werkgever verzochte toekenning van de gefixeerde schadevergoeding ad € 8.136,60 geen zelfstandig verweer gevoerd. Dit verzoek zal dan ook gezien hetgeen hiervoor is overwogen worden toegewezen.

5.23. de verzoeken van de werkgever in verband met wanprestatie en onrechtmatige daad

De werkgever heeft onvoldoende feiten of omstandigheden gesteld met betrekking tot de vraag welke contractuele verplichting de werknemer jegens de werkgever heeft geschonden. Het enkele noemen van de algemene norm ex artikel 7:611 BW respectievelijk artikel 6:2 BW en artikel 6:248 BW is daarvoor, zonder nadere onderbouwing, onvoldoende. Bovendien is het causaal verband tussen schending van een contractuele verplichting en de daardoor geleden schade niet nader concreet onderbouwd. In dit kader heeft de kantonrechter reeds overwogen dat op basis van de

standpunten van partijen en de overgelegde producties niet concreet kan worden vastgesteld dat de werknemer tenminste onder werktijd 33 % dan wel 750 uur voor anderen bezig is geweest. Met betrekking tot de gestelde onrechtmatige daad heeft te gelden dat de enkele omstandigheid dat een werknemer nevenwerkzaamheden heeft verricht waarmee hij zijn werkgever concurrentie heeft aangedaan en het bedrijfsbelang van zijn werkgever heeft geschaad, naar vaste rechtspraak onvoldoende is voor het oordeel dat de werknemer onrechtmatig heeft gehandeld. Daarvoor zijn bijkomende omstandigheden vereist en die zijn naar het oordeel van de kantonrechter niet gebleken. Bovendien ontbreekt ook hier een nadere onderbouwing van het causaal verband tussen een gestelde onrechtmatige daad en de daardoor veroorzaakte schade. Het voorgaande brengt mee dat de verzoeken van de werkgever onder 4.1. sub III en IV zullen worden afgewezen.

proceskosten

5.24. Nu de werkgever de mogelijkheid heeft gehad om zijn verzoeken bij verweerschrift als zelfstandige tegenverzoeken in de zaak van de werknemer in te dienen en de werkgever ten aanzien van zijn verzoekschrift gedeeltelijk in het ongelijk wordt gesteld, ziet de kantonrechter aanleiding om het door de werkgever voor dat verzoekschrift betaalde griffierecht voor rekening van de werkgever laten. De proceskosten met betrekking tot het gemachtigdensalaris van de werkgever komen op na te melden wijze wel voor rekening van de werknemer, omdat hij ongelijk krijgt.

6 De beslissing

De kantonrechter:

in de voorlopige voorziening:

6.1. verklaart de werknemer niet ontvankelijk in zijn verzoek tot het treffen van een voorlopige voorziening;

in de verzoeken van de werkgever en de werknemer:

6.2. verklaart voor recht dat de werknemer aan de werkgever een dringende reden heeft gegeven om het dienstverband met hem op 19 december 2019 met onmiddellijke ingang te beëindigen;

6.3. verklaart voor recht dat het ontslag op staande voet gerechtvaardigd is;

6.4. veroordeelt de werknemer om aan de werkgever de schadevergoeding ex artikel 7:677 BW ad € 8.136,60 te betalen, te vermeerderen met de wettelijke rente daarover vanaf 17 februari 2020 tot de dag van betaling;

6.5. veroordeelt de werknemer tot betaling van de proceskosten, die de kantonrechter aan de kant van de werkgever tot en met vandaag vaststelt op € 960,00 aan gemachtigdensalaris, een en ander onverminderd de eventueel over deze kosten verschuldigde btw;

6.6. verklaart deze beschikking uitvoerbaar bij voorraad;

6.7. wijst af wat meer of anders is verzocht.

Deze beschikking is gegeven door kantonrechter mr. S.M. de Bruijn en uitgesproken ter openbare zitting van 4 juni 2020.