

OOK ZONDER CONCURRENTIEBEDING IS NIET ALLES GEOORLOOFD

Geen beding: pech?

Een werknemer zonder concurrentiebeding is in principe helemaal vrij in zijn keuze voor een nieuwe werkgever. Ook als dat uw grootste concurrent is. Hij kan er ook voor kiezen voor zichzelf te beginnen en een bv op te richten die concurreert met die van u. Heeft u als dga dan helemaal geen mogelijkheden om de schade te beperken als een concurrentiebeding ontbreekt?

Het mag duidelijk zijn: een oud-werknemer met wie u geen concurrentiebeding heeft afgesloten, kan een geduchte concurrent worden. Hij heeft – op uw kosten – vaak jarenlang ervaring en kennis van de markt en uw prijsstelling opgedaan en relaties opgebouwd. Bovendien weet hij vaak, misschien wel beter dan u, welke van uw werknemers nog meer tot een overstap te bewegen zijn. Er zijn gelukkig wel grenzen aan hoe ver een werknemer zonder concurrentiebeding mag gaan om u te beconcurreren. De gedragingen van uw oud-werknemer kunnen zodanig onbehoorlijk zijn dat sprake is van onrechtmatige concurrentie. In dat geval kunt u eisen dat de concurrentie wordt gestaakt en, bijvoorbeeld, dat uw schade wordt vergoed. De onrechtmatigheid van concurrentie is een wat grijs gebied. Een begin van een definitie wordt gegeven in het oude arrest Boogaard/Vesta uit 1955 dat nog altijd als standaard dient. De Hoge Raad oordeelde toen dat van ongeoorloofde concurrentie (pas) sprake is als een (oud-)werknemer stelselmatig en substantieel het ‘duurzame bedrijfsdebiet’ van de voormalig werkgever afbreekt met gebruikmaking van de hulpmiddelen die hij vertrouwelijk van zijn voormalige werkgever ter beschikking kreeg. Deze definitie is zowel vaag als uit de tijd. De oubollige term ‘bedrijfsdebiet’ wordt tegenwoordig alleen nog

maar gebruikt als naar dit arrest verwezen wordt. Vrij vertaald komt de rechtsregel erop neer dat een oud-werknemer niet systematisch uw handel mag afpakken door gebruik te maken van de vertrouwelijke kennis die hij bij u opdeed. Om een proces op dit terrein te winnen, is het noodzakelijk om een selectie te maken

“ **Lastiger is het als uw werknemer subtiel te werk gaat** ”

uit de gedragingen van uw voormalige werknemer en deze op de juiste wijze te presenteren. Rechters nemen sommige concurrerende handelingen heel hoog op, terwijl ze andere activiteiten zonder meer toelaatbaar vinden. De kans op succes is het grootst als u een combinatie van ontoelaatbare gedragingen kunt bewijzen.

Klantenbestand

In de praktijk gaat de discussie vooral over het gebruik van vertrouwelijke informatie. Als de werknemer actief blijft in dezelfde branche, zal hij onvermijdelijk gebruikmaken van de kennis en ervaring die hij bij u heeft opgedaan. Dat kunt u

hem niet verbieden. Als hij op uw kosten bepaalde cursussen heeft gevolgd, kunt u uiteraard wel afspreken dat de werknemer de kosten van de opleiding (deels) moet terugbetalen als hij binnen een bepaalde tijd vertrekt. Het wordt pas echt kwalijk als uw ex-werknemer structureel uw klanten gaat benaderen. Dat kan op een directe manier, bijvoorbeeld door uw hele klantenbestand een brief te sturen, of meer subtiel, bijvoorbeeld door in het LinkedIn-profiel de nieuwe baan te vermelden. De allergrofste benadering – het versturen van een mailing aan al uw klanten waarin uw werknemer meldt dat ze voortaan bij hem terecht kunnen – is in ieder geval ontoelaatbaar. Lastiger is het als uw werknemer subtieler te werk gaat, bijvoorbeeld door aan klanten met wie hij veel samenwerkt te vertellen dat hij weggaat en naar de concurrent overstapt. Dat is niet per se onrechtmatig, een werknemer hoeft niet geheimzinnig te doen over zijn toekomstplannen. Relevante elementen voor de onrechtmatigheid zijn het aantal ontvangers (het percentage van uw klantenkring) en de inhoud van het bericht (vermelding van de nieuwe zakelijke contactgegevens van de werknemer bijvoorbeeld, of de oproep vooral contact te blijven zoeken).

Bedrijfsgevoelig

In branches met een klein aantal spelers hoeft uw ex-werknemer uw klanten waarschijnlijk niet eens actief te benaderen, zij weten hem zelf ook wel te vinden. Maar ook als de ex-werknemer niet zelf uw klanten benadert, kan zijn gedrag onrechtmatig zijn. Hij weet waarschijnlijk precies welke prijzen u in rekening brengt en hoe de winstmarge is opgebouwd. Dergelijke informatie kan

FOKKE & SUKKE BEPERKEN DE RISICO'S

WE HADDEN DAN WEL GEEN
CONCURRENTIEBEDING IN JE
CONTRACT STAAN...

...MAAR WETEN
WEL WAAR JE
WOONT!!!



heel waardevol zijn. De werknemer zou uw klanten steeds aanbiedingen kunnen doen die net iets voordeliger zijn dan wat u aanbiedt. Zulk gedrag is niet onrechtmatig als uw prijzen volledig openbaar en transparant zijn, maar kan dat wel zijn wanneer de prijs steeds wordt bepaald in afzonderlijke offertes. De opbouw van de prijs is dan waarschijnlijk bedrijfsgevoelige informatie. Uw werknemer mag deze bedrijfsgeheimen niet in zijn eigen voordeel inzetten.

Bewijzen

Probleem is in de praktijk dat moeilijk te bewijzen zal zijn dat een oud-werknemer zijn kennis over uw prijzen gebruikt om zelf gunstige aanbiedingen te doen. Klanten – vooral de klanten die inmiddels zijn overgestapt – zullen er weinig voor voelen om verklaringen af te leggen en in uw geschil betrokken te raken. Toch is het noodzakelijk om zo veel mogelijk voorbeelden van onrechtmatig gedrag te verzamelen. Het handelen van uw nieuwe concurrent is eerder onrecht-

matig als hij zich tegenover (potentiële) klanten negatief uitlaat over uw bv. Hij weet als oud-werknemer wellicht wat de minder sterke kanten van uw bv zijn, maar hij mag daarover geen mededelingen doen die schadelijk voor u zijn. Ook hier geldt: hoe stelselmatiger, hoe kwalijker. Een nieuwsbrief met een negatieve opmerking over uw bv is ernstiger dan een terloopse onaardige opmerking tegen een klant. Positieve uitlatingen over uw bv kunnen overigens óók onrechtmatig zijn. Uw oud-werknemer zou zich er tegenover zijn klanten op kunnen laten voorstaan dat hij afkomstig is van uw bv. Hij maakt dan gebruik van uw goede naam en trekt in het bijzonder de aandacht van uw bestaande klanten. Dat is geen toelaatbaar gedrag.

Loyaliteit

Uw ex-werknemer treft een extra verwijt als zou blijken dat hij zijn plannen om de concurrentie met u aan te gaan al ontwikkelde op het moment dat hij nog bij u werkzaam was. Dat zou kun-

nen blijken doordat de werknemer nog tijdens het dienstverband uitgebreid met uw klanten heeft gesproken over zijn toekomstplannen. Het komt ook nogal eens voor dat een werknemer die voor zichzelf begint alvast de domeinnaam voor zijn toekomstige onderneming registreert terwijl hij nog bij u werkt. Deze registratiedatum is gemakkelijk op te vragen. Een fenomeen dat samenhangt met onrechtmatige concurrentie is het gebruik van een 'corporate opportunity' voor zichzelf. Een werknemer wordt, evenals u als dga, geacht loyaal te zijn aan de onderneming. Als zich een zakelijke kans voordoet, is dat een kans voor uw bv, niet voor de werknemer die de kans als eerste ziet. Hij mag niet zelfstandig aan de haal gaan met een nieuw product, een nieuwe markt of een nieuwe locatie. In de praktijk zijn het overigens meestal statutair bestuurders die zich een corporate opportunity toe-eigenen, maar ook werknemers zijn daartoe in staat. Als een werknemer zo'n buitenkans voor uw neus wegkaapt, kunt u eisen dat hij zijn activiteiten staakt en de geleden schade aan uw bv vergoedt.

Dga

Het zijn niet alleen uw werknemers die ongeoorloofd de concurrentie aan kunnen gaan of corporate opportuniteiten kunnen achterhouden. Integendeel: hoe dichter iemand tegen directieniveau aanzit, hoe groter het gevaar is dat hij zich op een dag tot concurrent ontwikkelt. De acties die u tegen een werknemer kunt starten, kunt u ook inzetten tegen een voormalig bestuurder. Van een bestuurder mag u nog wat meer loyaliteit aan uw bv verwachten dan van een gemiddelde werknemer. Ook als u als dga uw bv verkoopt, mag trouwens loyaliteit van u verwacht worden. Het is uiteraard niet de bedoeling dat u als verkoper onmiddellijk na de transactie vrolijk een nieuwe bv opricht en de concurrentie aangaat met de bv die u net verkocht.

Bert van Mieghem, advocaat bij Wybenga Advocaten, e-mail: vanmieghem@wybenga-advocaten.nl