

101

Vorbereidingshandelingen concurrerende onderneming tijdens dienstverband niet zonder meer in strijd met art. 7:611/2:9 BW

Hoge Raad
22 april 2022, nr. 20/03078, ECLI:NL:HR:2022:589
(mr. Du Perron, mr. Lock, mr. Salomons)
(Concl. A-G Assink; niet opgenomen)
Noot mr. R. de Vos en mr. A. van der Vis

Concurrentie. Onrechtmatige daad. Boogaard/Vesta. Privémail. Bedrijfsadministratie. Aftroegbeding.

[BW art. 2:9, 6:162, 7:611]

Essentie: Vorbereidingshandelingen eigen concurrerende onderneming tijdens dienstverband, sturen van bedrijfsadministratie naar privéadres en werven van ex-werknemers leveren niet zonder meer een onrechtmatige daad of schending op van art. 7:611 BW.

Samenvatting: SmartDocuments is in 1994 opgericht door X en heeft als doel, kort gezegd, ontwikkeling, levering en onderhoud van software ten behoeve van outputmanagement, documentcreatie en documentbeheer. Haar klanten zijn veelal overheidsinstanties, vooral gemeenten. X is indirect bestuurder van SmartDocuments. High Concept Holding B.V. houdt alle aandelen in SmartDocuments. X houdt indirect de aandelen in High Concept.

DocMinded B.V. is opgericht door A en B op 24 februari 2009 en is sinds 30 maart 2010 voor 100% aandeelhouder van Interaction Next B.V. (hierna: Interaction Next) en sinds 11 januari 2012 van Xential B.V. (hierna: Xential). Interaction Next biedt onder meer 'xential software' (hierna: xential) aan ten behoeve van 'online' documentbeheer en -creatie. Deze software is concurrerend met de software van SmartDocuments. A was sinds 2004 in dienst bij High Concept en sinds 2006 Chief Technology Officer (CTO) bij SmartDocuments. Hij hield tot 28 januari 2011 16% van de aandelen in High Concept. X hield indirect de overige 84% van de aandelen. B is bij SmartDocuments werkzaam geweest als consultant en werd later aangesteld als Chief Operating Officer (COO). Sinds 1 januari 2008 waren A en B statutair bestuurder van SmartDocuments. Vanaf 2004 ontwikkelde SmartDocuments een webversie van haar reguliere software, een versie waarmee klanten via het internet toegang konden krijgen tot de software (hierna: webclient).

Op 15 januari 2009 hebben A en B aan X in een gesprek meegedeeld dat zij met hem niet verder wensten te gaan en dat zij zijn aandelen in SmartDocuments wilden overnemen. X was niet bereid zijn aandelen te verkopen. Op 19 januari 2009 zijn A en B geschorst. Op 1 juni 2009 is hun dienstverband met SmartDocuments c.s. beëindigd.

In deze procedure worden A en B, diverse ex-werknemers en de door A en B gedreven ondernemingen aansprakelijk gesteld wegens onrechtmatige concurrentie en het onttrekken van software van SmartDocuments (de zogenoemde webclient). Het hof heeft geoordeeld dat onvoldoende is komen vast te staan dat de software is onttrokken. Evenmin is vol-

doende aangevoerd om te kunnen spreken van onrechtmatige concurrentie. Tegen dit oordeel keren SmartDocuments c.s. zich in cassatie.

Conclusie A-G (Assink)

In het eindarrest stelt het hof vast: (1) dat het tot stand komen van een product als webclient of xential een ontwikkelingsproces is, (2) dat het product er niet van het ene op het andere moment is, (3) dat steeds verder wordt gebouwd op het eerder bereikte stadium van ontwikkeling, (4) dat iedere volgende fase wordt vastgelegd in het bouwproces, (5) dat men in dat verband spreekt van 'revisies', (6) dat het gebruikelijk is die revisies direct na het ontwerpen ervan vast te leggen en (7) dat dit laatste 'committen' heet.

Mede gegeven dit vertrekpunt, en gezien ook het partijdebat, brengt hetgeen het subonderdeel aanvoert niet mee dat 's hofs bestreden oordeel ontoereikend is gemotiveerd, zoals bedoeld in het subonderdeel. De kern van dit vertrekpunt is dat 'de software niet meer (volledig) ter beschikking van SmartDocuments stond en daarin dus niet verder gewerkt kon worden aan de ontwikkeling van webclient', etc., aldus dat de software zich niet meer (volledig) binnen de beschikkingsmacht van SmartDocuments bevond, maar (deels) daarbuiten (was gebracht). Dat is naar de aard nog niet gegeven met de in r.o. 6.10 eindarrest bedoelde punten a en b, zo al juist. Uit de omstandigheid (punt a) dat er vele uren zijn besteed aan de ontwikkeling van software, maar er vanaf augustus 2008 nauwelijks is 'gecommitt' (in de woorden van SmartDocuments c.s. zelf: 'ontwikkelingswerk aan de webclient aan de server van SmartDocuments' is toegevoegd), laat zich weliswaar afleiden dat (zulk werk aan de ontwikkeling van) software elders dan op de server van SmartDocuments is terechtgekomen (dus niet op die server), maar niet zonder meer ook, zoals het hof het uitdrukt, 'dat software in deze zin is onttrokken aan SmartDocuments'. Immers, 'SmartDocuments', en datgene waarover zij beschikking heeft, houdt hier meer in dan alleen 'de server van SmartDocuments'; dat (zulk werk aan de ontwikkeling van) software door dit niet te 'committen' niet is toegevoegd aan de server van SmartDocuments moge zo zijn, dit brengt nog niet mee dat (zulk werk aan de ontwikkeling van) software zich daardoor 'dus' niet meer (volledig) binnen deze beschikkingsmacht van SmartDocuments bevond, zij het elders dan op haar server. Iets soortgelijks – kort gezegd: het eerste sluit het laatste niet uit – geldt voor de omstandigheid (punt b) dat er veel software is verzonden naar privéaccounts. Ook daaruit laat zich weliswaar afleiden dat software elders dan op de server van SmartDocuments is terechtgekomen (hier: bij niet-SmartDocuments-accounts, want privéaccounts), maar niet zonder meer ook, zoals het hof het dus uitdrukt, 'dat software in deze zin is onttrokken aan SmartDocuments'. Immers, dat deze software aldus is gedeeld met privéaccounts moge zo zijn, dit brengt nog niet mee dat deze software zich daardoor 'dus' niet meer (volledig) binnen de beschikkingsmacht van SmartDocuments bevond, al dan niet op haar server. De uitkomst is logischerwijs niet anders als deze omstandigheden (punten a en b) niet alleen afzonderlijk, maar ook in onderlinge samenhang worden bezien. Het voorgaande wordt niet anders door de stelling van SmartDocuments c.s., waarop het subonderdeel wijst, dat 'check-ins/commits noodzakelijk zijn om revisies van de software aan de server van SmartDocuments toe te voegen, zodat steeds met de meest recente versie van de software wordt doorontwikkeld'. Deze stelling, die het hof ook dekt met punt a in r.o. 6.10 eindarrest (te lezen ook in het licht van r.o. 4.14 en

6.6 eindarrest), brengt immers zonder meer nog niet mee dat door niet te 'committen' zulke (revisies van de) software waaraan is gewerkt, oftewel zulk 'ontwikkelingswerk aan de web-client', zich 'dus' niet meer (volledig) binnen de beschikkingsmacht van SmartDocuments bevond(en) (wat inclusief de mogelijkheid van het (alsnog) 'committen' daarvan, zodat (nog) steeds met de meest recente, aldus bijgewerkte versie van de software, waarover SmartDocuments dus kon beschikken, kon worden doorontwikkeld), naar het hof zoals gezegd oordeelt in r.o. 6.11 eindarrest.

Voor zover het subonderdeel veronderstelt dat het hof, aldus oordelend, in algemene zin overweegt dat de (enkele) voorbereidingen voor het oprichten van een eigen bedrijf als zodanig 'niet kunnen leiden' tot de conclusie dat van onrechtmatige concurrentie dan wel strijd met art. 2:9 BW en/of art. 7:611 BW sprake is geweest, wat 'in zijn algemeenheid' geen steun vindt in het recht en getuigt van een onjuiste rechtsopvatting, gaat het subonderdeel uit van een onjuiste lezing van het eindarrest en mist het feitelijke grondslag. Hetzelfde geldt voor zover het subonderdeel ervan uitgaat dat het hof, aldus oordelend en kort gezegd, overweegt dat het voorbereiden tijdens dienstverband van een concurrerende onderneming ('een handeling is die indruist tegen het belang van de werkgever en beoogt de werkgever te benadelen') niet 'als zodanig onrechtmatig kan zijn'. Zo'n categorische benadering kiest het hof niet; het onderkent dat ter zake sprake kan zijn van een onrechtmatige daad (onrechtmatige concurrentie), dan wel van handelen in strijd met art. 2:9 BW en/of art. 7:611 BW, alsook dat dit afhangt van de feiten en omstandigheden van het geval, waarbij het in beginsel op de weg ligt van de partij die beconcurrereerd wordt/bestuurd wordt/werkgever is om te stellen – en zo nodig te bewijzen – dat daarvan ter zake sprake is. Onvoldoende is komen vast te staan in welke mate het treffen van voorbereidende handelingen het duurzame bedrijfsdebiët van SmartDocuments heeft aangetast.

SmartDocuments c.s. hebben dus, kort gezegd, aangevoerd dat A met het toezenden van de bedrijfsadministratie van SmartDocuments naar zijn privé-e-mailadres misbruik maakte van bedrijfsinformatie van SmartDocuments, dat A en B hiermee – buiten de administratie van SmartDocuments om – beschikten over een exact inzicht in wat er aan software bij welke klanten van SmartDocuments stond, en wat klanten hiervoor per jaar betaalden, en dat DocMinded zo haar offertes volledig op de prijzen van SmartDocuments kon afstemmen, hetgeen zij ook gedaan heeft. DocMinded, Interaction Next, Xential, A, B en C hebben dus onder meer gewezen op het maken van back-ups en het back-upbeleid van de onderneming, wat betreft de stelling dat A zichzelf vertrouwelijke informatie van de onderneming toe-eigende ten behoeve van een door hem te starten concurrente onderneming, opgemerkt dat dit onjuist is en ook niet aannemelijk wordt gemaakt, laat staan bewezen, en erop gewezen dat nergens uit blijkt dat A de data van de onderneming aan zichzelf toezond met als doel deze data oneigenlijk te gebruiken of data die hij (als onderdeel van de back-up of anderszins) naar zichzelf heeft toegezonden op een later moment heeft gebruikt voor de nieuwe onderneming.

Het subonderdeel spitst zich dus toe op hetgeen SmartDocuments c.s. hebben gesteld omtrent het door A laten versturen van de bedrijfsadministratie van SmartDocuments (c.s.) naar zijn privé-e-mail. Mede gelet op het hiervoor weergegeven partijdebat, en op 's hofs vooropstellingen is geenszins onbegrijpelijk 's hofs vaststelling dat evenmin is onderbouwd 'dat en hoe de naar de privé-e-mailadressen gezonden bestanden',

waaronder de bedrijfsadministratie, 'zijn gebruikt om het duurzaam bedrijfsdebiët van SmartDocuments c.s. af te breken dan wel anderszins onrechtmatig te handelen', uitmondend in de conclusie dat ook op dit onderdeel 'de geponeerde stelling (er is gebruik gemaakt van vertrouwelijke bedrijfsinformatie)' onvoldoende is onderbouwd. Daarbij zij opgemerkt dat uit de genoemde (en door het hof onderkende) stellingen van SmartDocuments c.s. wat betreft zulk gebruik door DocMinded c.s. van de bedrijfsadministratie van SmartDocuments (c.s.) inderdaad niet meer blijkt dan dat '[z]ij haar offertes volledig op de prijzen van SmartDocuments [kon] afstemmen, hetgeen zij ook gedaan heeft (zoals elders in de processtukken ook is aangetoond)', wat het hof dus al beoordeelt en verwerpt in het kader van r.o. 6.48-6.56 eindarrest. Het subonderdeel beperkt zich ook – en dit is illustratief – tot het benadrukken dat, naar is aangevoerd door SmartDocuments c.s., A, doordat hij die bedrijfsadministratie naar zijn privé-e-mail heeft laten versturen, na het einde van zijn dienstverband bij SmartDocuments c.s. alsnog over de bedoelde commerciële informatie van SmartDocuments c.s. 'kon beschikken', en A en B daardoor '[o]ok beschikten', buiten de administratie van SmartDocuments om, over een exact overzicht van welke software bij welke klanten aanwezig was en wat die klanten daarvoor per jaar betaalden; geen woord over zulk gebruik daarvan. Het moge duidelijk zijn dat wat het subonderdeel aanvoert, zo dit al feitelijke grondslag heeft, niet maakt dat 's hofs oordeel onbegrijpelijk is.

De A-G concludeert tot verwerping.

De Hoge Raad heeft de klachten over het arrest van het hof beoordeeld. De uitkomst hiervan is dat deze klachten niet kunnen leiden tot vernietiging van dat arrest. De Hoge Raad hoeft niet te motiveren waarom hij tot dit oordeel is gekomen. Bij de beoordeling van deze klachten is het namelijk niet nodig om antwoord te geven op vragen die van belang zijn voor de eenheid of de ontwikkeling van het recht (zie art. 81 lid 1 van de Wet op de rechterlijke organisatie).

1. SmartDocuments Nederland B.V., gevestigd te Deventer,
2. High Concept Holding B.V., gevestigd te Deventer, eiseressen tot cassatie, hierna: SmartDocuments c.s., advocaat: A.M. van Aerde, tegen
 1. Docminded B.V., gevestigd te Holten,
 2. Interaction Next B.V., gevestigd te Holten,
 3. Xential B.V., gevestigd te Holten,
 4. [verweerder 4], wonende te [woonplaats],
 5. [verweerder 5], wonende te [woonplaats],
 6. [verweerder 6], wonende te [woonplaats],
 7. [verweerder 7], wonende te [woonplaats],
 8. [verweerder 8], wonende te [woonplaats],
 9. [verweerder 9], wonende te [woonplaats],
 verweerders in cassatie, hierna gezamenlijk: DocMinded c.s., advocaat: J.W. de Jong.

1. Procesverloop

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar:

a. de vonnissen in de zaak C/08/209509/HA ZA 17-493 van de rechtbank Overijssel van 14 maart 2018, 21 maart 2018 en 11 juli 2018;

b. de arresten in de zaken 200.249.308/01 en 200.250.542/01 van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 15 oktober 2019 en 30 juni 2020.

SmartDocuments c.s. hebben tegen het arrest van het hof 30 juni 2020 beroep in cassatie ingesteld.

DocMinded c.s. hebben een verweerschrift tot verwerping ingediend.

De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten, en voor SmartDocuments c.s. mede door N.M. Bilderbeek.

De conclusie van de Advocaat-Generaal B.F. Assink strekt tot verwerping van het cassatieberoep.

De advocaat van SmartDocuments c.s. heeft schriftelijk op die conclusie gereageerd.

2. Beoordeling van het middel

De Hoge Raad heeft de klachten over het arrest van het hof beoordeeld. De uitkomst hiervan is dat deze klachten niet kunnen leiden tot vernietiging van dat arrest. De Hoge Raad hoeft niet te motiveren waarom hij tot dit oordeel is gekomen. Bij de beoordeling van deze klachten is het namelijk niet nodig om antwoord te geven op vragen die van belang zijn voor de eenheid of de ontwikkeling van het recht (zie artikel 81 lid 1 van de Wet op de rechterlijke organisatie).

3. Beslissing

De Hoge Raad:

- verwerpt het beroep;
- veroordeelt SmartDocuments c.s. in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van DocMinded c.s. begroot op € 902,34 aan verschotten en € 2.200,-- voor salaris, vermeerderd met de wettelijke rente over deze kosten indien SmartDocuments c.s. deze niet binnen veertien dagen na heden hebben voldaan.

NOOT

Inleiding

1. Toetsingsmaatstaf *Boogaard/Vesta* achterhaald? De toetsingsmaatstaf van het arrest *Boogaard/Vesta* van de Hoge Raad is in cassatie moeilijk toetsbaar omdat de vraag of sprake is van onrechtmatige concurrentie in essentie een feitelijke vraag is. De werkgever in deze kwestie heeft dan ook bot gevangen, maar zou dat mogelijk anders zijn geweest indien op een andere manier was getoetst? De werkgever had namelijk aangevoerd dat het voorbereiden van een concurrerende onderneming tijdens het dienstverband 'als zodanig onrechtmatig' is. Echter, het hof heeft in hoger beroep niet zo'n categorische benadering gekozen en enkel aan de vereisten van *Boogaard/Vesta* getoetst. De A-G heeft dit oordeel van het hof in zijn conclusie bevestigd.

2. Het ging in deze kwestie om een voormalige Chief Operating Officer en voormalig Chief Technology Officer, tevens statutair bestuurders, die samen een onderneming startten die hun ex-werkgever beconcurrerde. Een aantal ex-werknemers sloot zich aan en ging in deze nieuwe onderneming aan het werk. In cassatie bij de Hoge Raad stond (onder meer) centraal of het treffen van voorbereidingshandelingen tijdens het dienstverband, het sturen van bedrijfsadministratie naar een privéadres en het werven van ex-werknemers kunnen worden aangemerkt als onrechtmatige concurrentie. Het hof Arnhem-Leeuwarden heeft in hoger beroep op basis van de vereisten van *Boogaard/Vesta* geoordeeld dat onvoldoende is komen vast te staan dat sprake is van onrechtmatige con-

currentie.¹ De A-G (B.F. Assink) sloot zich aan bij het oordeel van het hof.² De Hoge Raad heeft geoordeeld dat de klachten in cassatie niet kunnen leiden tot vernietiging van het arrest (art. 81 RO). De vraag is of deze uitkomst anders was geweest indien een andere toetsingsmaatstaf was toegepast.

Juridisch kader: onrechtmatige concurrentie

3. Indien geen concurrentiebeding is overeengekomen, staat het de werknemer in beginsel vrij om te gaan werken waar hij wil. Desondanks kan onder omstandigheden sprake zijn van onrechtmatige concurrentie. De wettelijke basis hiervoor is art. 6:162 BW, de onrechtmatige daad.

4. In het arrest *Boogaard/Vesta* heeft de Hoge Raad drie vereisten geformuleerd waaraan moet worden voldaan wil sprake zijn van onrechtmatige concurrentie.³ De voormalig werknemer handelt onrechtmatig wanneer hij i) het duurzame bedrijfsdebet van de voormalig werkgever ii) stelselmatig en substantieel afbreekt, waarbij hij iii) gebruikmaakt van vertrouwelijke kennis of gegevens die hij bij zijn voormalig werkgever heeft verkregen. Daarnaast is in de (lagere) jurisprudentie aanvaard dat bijzondere omstandigheden kunnen meebrengen dat, ook wanneer niet is voldaan aan het *Boogaard/Vesta*-criterium, gedragingen toch onrechtmatig kunnen zijn.⁴

5. In een dergelijk geval zal sprake zijn van notoir onrechtmatige werknemersconcurrentie. Hierbij gaat het om situaties die te allen tijde onrechtmatig zijn. De meest evidente voorbeelden zijn omkoping, sabotage en bedrijfssionage.⁵ Een werknemer die op deze wijze concurreert, handelt in strijd met een wettelijke plicht, dan wel in strijd met de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm.⁶ In situaties die daarentegen enkel onder bijkomende omstandigheden onrechtmatig zijn – wanneer aan de *Boogaard/Vesta*-toets is voldaan – is sprake van niet-notoir onrechtmatige werknemersconcurrentie. Naar onze mening kan in deze zaak mogelijk sprake zijn van notoir onrechtmatige concurrentie. Dat lichten wij hier toe.

Eerste grond notoir onrechtmatige concurrentie: concurrerende voorbereidingshandelingen tijdens het dienstverband

6. De eerste grondslag voor notoir onrechtmatig handelen is het treffen van concurrerende voorbereidingshandelingen tijdens het dienstverband. In de praktijk komt het vaker voor dat een werknemer al tijdens het dienstverband is begonnen met het verrichten van concurrerende activiteiten. Hoewel dergelijke concurrerende activiteiten vaak worden getoetst aan de vereisten van *Boogaard/Vesta*, volgt uit de literatuur dat het beconcurreren van de werkgever tijdens het dienstverband in strijd kan zijn met het goed werknemerschap van art. 7:611 BW.⁷

1 Hof Arnhem-Leeuwarden 30 juni 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:5027.

2 Parket bij de Hoge Raad 19 november 2021, ECLI:NL:PHR:2021:1080.

3 HR 9 december 1955, ECLI:NL:HR:1955:47 (*Boogaard/Vesta*).

4 Hof Arnhem-Leeuwarden 30 juni 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:5027, r.o. 6.20.

5 M.L. Top, 'Onrechtmatige werknemersconcurrentie: altijd onderworpen aan de *Boogaard/Vesta*-toets?', *TAP* 2021/172, p. 11.

6 M.L. Top, 'Onrechtmatige werknemersconcurrentie: altijd onderworpen aan de *Boogaard/Vesta*-toets?', *TAP* 2021/172, p. 13.

7 M.L. Top, 'Onrechtmatige werknemersconcurrentie: altijd onderworpen aan de *Boogaard/Vesta*-toets?', *TAP* 2021/172, p. 14; F.B.J. Grapperhaus, *Werknemersconcurrentie* (diss. Amsterdam), Deventer: Kluwer 1995, p. 158 en 183; C.J. Loonstra en A.R. Houweling,

7. In deze kwestie had de werkgever een beroep gedaan op art. 7:611 BW en/of art. 2:9 BW. Indien men die grondslagen koppelt aan de toetsingsmaatstaf van notoir onrechtmatig handelen, was de uitkomst mogelijk anders geweest. Uit de literatuur volgt dat het afbreken van het bedrijfsdebet van de werkgever door het beconcurreren van de werkgever tijdens het dienstverband getuigt van weinig goed werknemerschap. Het is juist de bedoeling van een arbeidsovereenkomst om het bedrijfsdebet op te bouwen. Het in strijd handelen met een wettelijke plicht, in dit geval dus art. 7:611 BW, kan een zelfstandige onrechtmatigheidsgrond zijn en daarmee in beginsel notoir onrechtmatig.⁸ Wij zijn het daarmee eens. Dit geldt eveneens voor de vennoot die de vennootschap concurrentie aandoet, hetgeen in strijd is met art. 2:9 BW. Art. 2:9 BW is hier van belang omdat de twee werknemers in deze kwestie statutair bestuurder waren van de ex-werkgever. Uit het arrest *Koghee/Akkoca* volgt dat de vennoot de vennootschap geen concurrentie mag aandoen omdat dat strijdig moet worden geacht met de verplichting van een vennoot om zich in te zetten voor de verwezenlijking van het doel van de vennootschap en met de goede trouw welke hij daarbij jegens de overige vennoten in acht behoort te nemen.⁹

8. Om voorbereidingshandelingen tijdens het dienstverband als notoir onrechtmatige concurrentie aan te kunnen merken, dient eerst nog een tussenhorde genomen te worden. Het enkel verrichten van voorbereidingshandelingen tijdens het dienstverband is niet per definitie notoir onrechtmatig. Er moet sprake zijn van bijkomende omstandigheden die de voorbereidingshandelingen concurrerend maken. Deze bijkomende omstandigheden uit hoofde van de 'notoir onrechtmatige concurrentietoets' dienen onderscheiden te worden van de bijkomende omstandigheden uit hoofde van de 'Boogaard/Vesta-toets'. Indien vast is komen te staan dat concurrentie notoir onrechtmatig is, hoeft volgens de literatuur namelijk niet getoetst te worden aan de vereisten van *Boogaard/Vesta*.¹⁰

9. Voor notoir onrechtmatige concurrentie op deze grond is dus de bijkomende omstandigheid vereist dat de werknemer is begonnen met het verrichten van *concurrerende activiteiten* tijdens het dienstverband. De voorbereidingen alleen zijn nog onvoldoende om te oordelen dat de werknemer in strijd heeft gehandeld met art. 7:611 BW. Maar de voorbereidingshandelingen kunnen van kleur verschieten onder bijkomende omstandigheden waardoor de voorbereidingshandelingen op zichzelf al concurrentie opleveren.¹¹ Het opstellen van een ondernemingsplan voor een toekomstige concurrerende onderneming is op zichzelf niet onrechtmatig, maar kan in een ander licht komen te staan wanneer er bijvoorbeeld ook personeel wordt geronseld.

10. De vraag is dus of in de onderhavige kwestie sprake was van voorbereidingshandelingen die (onder bijkomende omstandigheden) op zichzelf onrechtmatige concurrentie opleveren. In deze kwestie was sprake van een voorbereidingshandeling omdat er tijdens het dienstverband een ondernemingsplan werd opgesteld. Nu uit de literatuur volgt dat dit op zichzelf gezien niet voldoende is voor notoir onrechtmatige concurrentie, moet worden gekeken naar bijkomende omstandigheden.

11. Ten eerste zijn er in deze kwestie personeel en klanten overgestapt naar de nieuwe onderneming. 2 van de 191 klanten zijn overgestapt. Daarnaast zijn er ook ex-werknemers van de ex-werkgever overgestapt naar de nieuwe onderneming. Uit het ondernemingsplan volgt dat het de bedoeling was om enkele werknemers van de ex-werkgever in de nieuwe onderneming op te nemen. Uit de rechtspraak volgt dat het ontoelaatbaar kan zijn om reeds tijdens het dienstverband personeel te ronselen voor de toekomstige concurrerende onderneming.¹² Dat er in onderhavige kwestie sprake zou zijn van werknemers die zelf wilden vertrekken wegens onvrede over de leiding binnen het bedrijf maakt geen verschil. Uit dezelfde rechtspraak volgt namelijk ook dat het feit dat er onvrede leefde over de voorgenomen verhuizing en de heersende bedrijfscultuur niet afdeed aan de onrechtmatigheid.¹³ Weliswaar hebben het hof en de A-G geoordeeld dat op basis van de vereisten van *Boogaard/Vesta* geen sprake is van actieve werving, maar feit is dat de twee ex-werknemers wel bezig zijn geweest met het laten overstappen van klanten en personeel. De toets van notoir onrechtmatig handelen is een lichtere toetsingsmaatstaf dan de toets van *Boogaard/Vesta*. Het is dan ook verdedigbaar dat op grond van het treffen van voorbereidingshandelingen met bijkomende omstandigheden in deze kwestie sprake is van notoir onrechtmatig handelen (met name in combinatie met de hierna te behandelen tweede grond).

Tweede grond notoir onrechtmatige concurrentie: gebruiken van bedrijfsgevoelige informatie

12. De tweede mogelijke grondslag voor notoir onrechtmatig handelen is het ten onrechte gebruiken van bedrijfsgevoelige informatie. Er is software van de ex-werkgever verzonden naar de privéaccounts van de twee werknemers die een eigen onderneming zijn gestart. Ook heeft één van de twee werknemers bedrijfsadministratie van de ex-werkgever naar zijn privé-e-mailadres gezonden. Los van de vraag of de werknemers deze informatie aan zichzelf hebben toegezonden voor eigen gebruik, kan het sturen van bedrijfsgevoelige informatie naar een privé-e-mailadres op zichzelf onrechtmatig zijn. Mogelijk kan dit vanwege strijd met een wettelijke plicht volgend uit art. 273 Sr (schending van geheimen), art. 6:162 lid 2 BW (onrechtmatige daad) of de Wet bescherming bedrijfsgeheimen als notoir onrechtmatig worden aangemerkt. Dit is steeds (van geval tot geval) afhankelijk van de vraag of het gebruiken van bedrijfsgevoelige informatie onder voornoemde wettelijke definities valt. De wet noemt niet vastomlijnd in welke situaties het gebruiken van bedrijfsgevoelige informatie strafbaar en/of onrechtmatig is; hiervoor moet gekeken worden naar de omstandigheden van het ge-

Het concurrentiebeding in de arbeidsovereenkomst, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 170.

8 M.L. Top, 'Onrechtmatige werknemersconcurrentie: altijd onderworpen aan de Boogaard/Vesta-toets?', *TAP* 2021/172, p. 14; F.B.J. Grapperhaus, *Werknemersconcurrentie* (diss. Amsterdam), Deventer: Kluwer 1995, p. 158 en 183.

9 HR 19 oktober 1990, ECLI:NL:HR:1990:AD1258 (*Koghee/Akkoca*).

10 M.L. Top, 'Onrechtmatige werknemersconcurrentie: altijd onderworpen aan de Boogaard/Vesta-toets?', *TAP* 2021/172, p. 14.

11 M.L. Top, 'Onrechtmatige werknemersconcurrentie: altijd onderworpen aan de Boogaard/Vesta-toets?', *TAP* 2021/172, p. 15; J. Verhoeven en B.A. Sturm, 'Onrechtmatige werknemersconcurrentie', *ArbeidsRecht* 2014/67.

12 Rb. Rotterdam 23 januari 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ1913, r.o. 5.5.2.

13 Rb. Rotterdam 23 januari 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ1913, r.o. 5.5.2.

val en hierover is dus discussie mogelijk. Wanneer ervan uitgegaan wordt dat dit het geval is, kan de werkgever op grond van art. 6:162 lid 2 BW eventueel een beroep doen op onrechtmatige daad om de schade te vergoeden. Ook kan de werkgever op grond van art. 3:296 BW of op grond van art. 5 Wet bescherming bedrijfsgeheimen eventueel een verbodsactie vorderen in kort geding om te voorkomen dat de voormalig werknemer nog langer gebruikmaakt van de software of bedrijfsgevoelige informatie.

13. De twee werknemers in deze kwestie begonnen een eigen onderneming. Voor een succesvolle start van deze onderneming troffen zij tijdens hun dienstverband al concurrerende voorbereidingshandelingen in de vorm van het opstellen van een ondernemingsplan en het benaderen van klanten en personeel. Slechts 2 van de 191 klanten zijn overgestapt, waarmee dus niet is voldaan aan het vereiste van stelselmatige en substantiële afbraak van het bedrijfsdebiets uit *Boogaard/Vesta*. Echter, dat is voor de notoir onrechtmatige concurrentie niet van belang omdat hierbij niet aan die vereisten hoeft te worden getoetst. Daarnaast is er ook software en bedrijfsgevoelige informatie naar het privé-e-mailadres van de werknemer(s) gestuurd. Uit de uitspraak van het hof en de conclusie van de A-G volgt dat deze acties op grond van de vereisten van *Boogaard/Vesta* niet werden aangemerkt als onrechtmatige concurrentie. Maar het verrichten van concurrerende voorbereidingshandelingen – met name in combinatie met het sturen van software en bedrijfsgevoelige informatie naar het privé-e-mailadres – kan mogelijk wel als notoir onrechtmatig worden aangemerkt.

Conclusie

14. Uit het voorgaande volgt dat indien de werkgever zijn cassatiemiddel/vorderingen anders had ingestoken, de uitkomst in deze kwestie met dezelfde feiten anders had kunnen zijn. Naar onze mening is het niet ondenkbaar dat met de toetsingsmaatstaf van notoir onrechtmatige concurrentie, er voor de werkgever een andere uitkomst uit was gekomen.

15. Hieruit lijkt te volgen dat het in een dergelijke situatie verstandig is eerst te onderzoeken of sprake is van notoir onrechtmatige concurrentie, dus een zelfstandige onrechtmatigheidsgrond. Indien dat het geval is, kan het voor de werkgever lonen om zowel (primair) op notoir onrechtmatige concurrentie als (subsidiar) op niet-notoir onrechtmatige concurrentie een beroep te doen. Beide vormen van onrechtmatige werknemersconcurrentie hoeven elkaar namelijk niet uit te sluiten. Hierdoor hoeft primair niet te worden voldaan aan de vereisten van *Boogaard/Vesta*. In deze kwestie had primair een beroep gedaan kunnen worden op notoir onrechtmatige concurrentie. De notoir onrechtmatige concurrentie volgt dan uit het treffen van voorbereidingshandelingen die concurrerend zijn (vanwege het werven van personeel en klanten als bijkomende omstandigheden), waarbij het met name zit in de combinatie met het doorsturen van bedrijfsgevoelige informatie. Subsidiar had een beroep gedaan kunnen worden op de vereisten van *Boogaard/Vesta*. In sommige situaties kan het oordeel dat sprake is van notoir onrechtmatige concurrentie een billijke uitkomst zijn terwijl aan de vereisten van *Boogaard/Vesta* niet wordt voldaan. In deze zaak zou een oordeel dat sprake is van notoir onrechtmatige concurrentie naar onze mening zomaar een billijke uitkomst kunnen zijn. Weliswaar zijn uiteindelijk slechts 2 van de 191 klanten overgestapt, uit de hiervoor genoemde combinatie van omstandigheden volgt dat alles erop gericht was om een met de oud-werkgever (onrechtma-

tig) concurrerende onderneming uit de spreekwoordelijke grond te stampen.

mr. R. de Vos en mr. A. van der Vis
Stamoulis Advocaten

102

Gebondenheid van ongebonden werknemer aan cao ontslagcommissie blijft een vreemde eend in de bijt

Gerechtshof Den Haag
19 april 2022, nr. 200.301.944/01,
ECLI:NL:GHDHA:2022:585
(mr. Van Coevorden, mr. Nijhuis, mr. Lourens)
Noot mr. drs. J.A. Tersteeg

Cao-ontslagcommissie. Bevoegdheid. Opzegging. Boven-tallig.

[Art. 7:671a BW]

Essentie: De cao-ontslagcommissie was bevoegd tot het verlenen van toestemming voor het opzeggen van de arbeidsovereenkomst met werknemer.

Samenvatting: Werknemer is op 1 februari 1988 in dienst getreden bij Nationale-Nederlanden NV. In zijn arbeidsovereenkomst zijn de cao voor het verzekeringsbedrijf Binnendienst en de bij Nationale-Nederlanden gebruikelijke arbeidsvoorwaarden van toepassing verklaard. Medio 2017 is de functienaam van werknemer gewijzigd in die van Procurement 1. Op 15 oktober 2018 is bij de COR de adviesaanvraag Finance NL ingediend. Die aanvraag betrof een voorgenomen besluit tot reorganisatie van de afdeling Finance van NN Investment Partners, waarbij de functie van Procurement 1 – en daarmee de functie van werknemer – zou komen te vervallen. Na een instemmend advies van de COR is het besluit op 30 november 2018 ongewijzigd genomen door de bestuurder. Bij brief van 30 november 2018 is werknemer per 1 december 2018 boven-tallig verklaard. Werknemer heeft hiertegen bezwaar gemaakt. Nadat dit bezwaar ongegrond is verklaard, heeft werknemer beroep ingesteld bij de Beroepscommissie Reorganisatiekamer. Dit beroep is bij uitspraak van 19 februari 2019 ongegrond verklaard. Op 25 maart 2019 heeft werknemer zich ziek gemeld. Op 2 juli 2019 heeft NN Personeel B.V. een ontslagverzoek ingediend bij de CAO Ontslagcommissie Nationale-Nederlanden (de Cao Ontslagcommissie). Bij uitspraak van 29 augustus 2019 heeft de Cao Ontslagcommissie aan NN Personeel toestemming verleend de arbeidsovereenkomst met werknemer op te zeggen. Omdat duidelijk werd dat werknemer – anders dan de bedrijfsarts verwachtte – niet tijdig hersteld zou zijn, heeft NN Personeel – met instemming van werknemer – de opzegging ingetrokken. Op 8 januari 2021 heeft de Cao Ontslagcommissie het tweede ontslagverzoek goedgekeurd. De kantonrechter heeft de arbeidsovereenkomst voorwaardelijk ontbonden met ingang van 1 juni 2022. In eerste aanleg heeft de kantonrechter de opzegging vernietigd en bepaald dat NN Personeel het loon per 1 maart 2021 betaalt. In hoger beroep verzoekt NN Personeel voor recht te verklaren dat de Cao Ontslagcommissie bevoegd was om NN