

# Wat maakt concurrentie ook al weer onrechtmatig?

De uitspraak zelf stamt uit de vorige eeuw maar de criteria die het arrest-Boogaard/Vesta opleverden, zijn ook in 2012 springlevend.

Marjan Hakze<sup>1</sup>

Met een non-concurrentiebeding wordt een werknemer beperkt in zijn mogelijkheden om na het einde van zijn dienstverband 'op zekere wijze werkzaam' te zijn. Het is hem veelal niet toegestaan in dienst te treden bij de concurrent of om zelf een concurrerende onderneming op te richten. Zonder non-concurrentiebeding staat het de werknemer in beginsel vrij om zijn voormalig werkgever te beconcurreren. Deze vrijheid is echter niet onbegrensd. Een werknemer kan onrechtmatig handelen jegens zijn voormalig werkgever. Welke criteria zijn ook al weer van belang bij de beoordeling of er sprake is van onrechtmatige concurrentie?

## Boogaard/Vesta

Ruim een halve eeuw later is het arrest-Boogaard/Vesta<sup>2</sup> nog steeds richtinggevend. Bij de beoordeling of een werknemer de grenzen van maatschappelijke zorgvuldigheid heeft overschreden, toetst de rechter veelal aan de criteria uit dit arrest. Van onrechtmatige concurrentie is in beginsel eerst sprake indien voldaan is aan drie vereisten, te weten 1) het stelselmatig en substantieel afbreken van 2) het duurzame bedrijfsdebiet van de voormalige werkgever, dat de voormalige werknemer in het kader van de arbeids-overeenkomst mee heeft helpen opbouwen 3) met hulpmiddelen die hij daartoe vertrouwelijk van zijn werkgever ter beschikking kreeg.<sup>3</sup> De feiten en omstan-

digheden dienen zodanig te zijn dat aan alle vereisten wordt voldaan, wil onrechtmatige concurrentie door de voormalig werknemer worden aangenomen.

## Toepassing in lagere rechtspraak

Activiteiten die onrechtmatig jegens de voormalig werkgever kunnen zijn, zien bijvoorbeeld op het benaderen van klanten en relaties van de voormalig werkgever, het ronselen van zijn werknemers, het voorbereiden van concurrerende activiteiten gedurende het dienstverband, het doen van onjuiste of negatieve mededelingen over de voormalig werkgever of het creëren van verwarringsgevaar. Uit de rechtspraak blijkt dat om tot onrechtmatige concurrentie te kunnen concluderen, nodig is dat de voormalig werknemer met zijn handelwijze 'over de schreef' gaat.

De Rechtbank Middelburg oordeelde in 2009 in kort geding dat de voormalig werknemers van Spie onrechtmatig hadden gehandeld door aan de klanten van Spie een e-mail toe te zenden, waarin werd verzocht de adresgegevens van Spie in de administratie te wijzigen in de gegevens van de door de werknemers opgerichte bv. De werknemers deden het voorkomen alsof Spie haar detachingswerkzaamheden had beëindigd en had ondergebracht in de bv van de werknemers.<sup>4</sup>

Het Hof Amsterdam vond het sturen van een mailing naar 33 relaties van de voormalig werkgever door de voormalig adjunct-directeur en een andere werknemer onrechtmatig. In de mailing werd expliciet verwezen naar het vroegere dienstverband en werd de suggestie gewekt dat

de dienstverlening door de werknemers op een modernere manier kon worden aangeboden<sup>5</sup>. Het Hof Den Bosch oordeelde dat het de voormalig werknemer vrij stond wervingsbrieven te versturen waarin hij zijn ervaring en expertise noemde. De inhoud van de brieven was niet onrechtmatig jegens de voormalig werkgever. Het hof overwoog daarbij dat niet gebleken was dat de voormalig werkgever een exclusieve, duurzame contractuele relatie met de benaderde bedrijven had.<sup>6</sup>

De Rechtbank Zutphen oordeelde dat personeelsleden in beginsel vrij zijn om te bepalen waar zij willen werken. Het gebruikmaken van personeel van de voormalig werkgever is dan ook niet onrechtmatig, zolang de voormalig werknemer hen niet agressief heeft benaderd en/of heeft bewogen het dienstverband op te zeggen en de overstap naar zijn bedrijf te maken.<sup>7</sup>

## Bewijslast

Kort gezegd kan de voormalig werkgever in kort geding een verbod op het verrichten van de concurrerende activiteiten vorderen. Een vordering wegens onrechtmatige concurrentie wordt in de praktijk niet snel toegewezen. Oorzaak daarvan is veelal dat de voormalig werkgever er niet of onvoldoende in slaagt de feiten en omstandigheden te bewijzen die aan de onrechtmatige daad ten grondslag zijn gelegd. Voor de werkgever die zijn bedrijfsdebiet wil beschermen, blijft het dan ook raadzaam met zijn werknemers een non-concurrentiebeding overeen te komen.

1 Advocaat bij Van Iersel Luchtman Advocaten.

2 HR 9 december 1955, NJ 1956, 157.

3 Rb Zwolle-Lelystad 6 juli 2011, RAR 2011/168. Zie voor een overzicht van jurisprudentie verder M.B. Vesterling, 'Onrechtmatige werknemersconcurrentie,' *ArbeidsRecht* 2010/10 en A.R. Houweling en C.J. Loonstra, *Het concurrentiebeding in de arbeids-*

*overeenkomst*, Den Haag: 2011 Boom Juridische uitgevers.

4 Rb. Middelburg 24 februari 2009, LJN: BJ1978.

5 Hof Amsterdam 15 oktober 1998, JAR 1998/237.

6 Hof 's-Hertogenbosch 8 juni 2004, JAR 2004/236.

7 Rb. Zutphen 16 september 2009, LJN: BK3018.