

RECHTSPRAAK

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 van artikel 7:611 BW op.*Feiten*

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 in het bijzonder 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 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 voldoende aangevoerd om te kunnen spreken van onrechtmatige concurrentie. Tegen dit oordeel keert SmartDocuments c.s. in cassatie.

*Conclusie A-G (Assink)**Onttrekken van software: onvoldoende onderbouwd*

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; (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 'gecommit' (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 zulke niet-SmartDocuments-accounts, want zulke 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 deze 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 gezien. 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 webclient”, zich ‘dus’ niet meer (volledig) binnen deze beschikkingsmacht van SmartDocuments bevond(en) (wat insluit 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.

Concurrerende onderneming tijdens dienstverband: schending artikel 7:611 BW/2:9 BW?

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 artikel 2:9 BW en/of artikel 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” en/of) niet “als zodanig onrechtmatig kan zijn”. Zo’n categorische benadering kiest het hof niet; het onderkent dat ter zake sprake kan zijn van onrechtmatige daad (onrechtmatige concurrentie), dan wel van handelen in strijd met artikel 2:9 BW en/of artikel 7:611 BW, alsook dat dit afhangt van de feiten en omstandigheden van het geval, waarbij het in beginsel op de weg ligt van deze 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 bedrijfsdebiet van SmartDocuments heeft aangetast.

Gebruik van vertrouwelijke bedrijfsinformatie?

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 bedrijfsdebet 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 die 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 beschikken", 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.

Oordeel

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).

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 22-04-2022

ECLI: ECLI:NL:HR:2022:589

Zaaknummer: 20/03078

Rechters: C.E. du Perron, F.R. Salomons en F.J.P. Lock

Advocaten: J. de Jong en A.M. van Aerde

Wetsartikelen: 6:162 BW, 7:611 BW en 2:9 BW