

(Ver)koop onderneming en het concurrentiebeding.

(Ver)koop onderneming en het concurrentiebeding. Voor een koper van een onderneming is het belangrijk dat de (belangrijkste) werknemers aan goede, schriftelijke concurrentiebedingen zijn gebonden. Dit (mede) als tegenprestatie voor de aan verkoper betaalde prijs voor goodwill, know how etc. Voorkomen dient immers te worden dat de werknemers door of ten gevolge van de bedrijfsovername hun (voormalige) werkgever directe concurrentie aandoen. Wat geldt bij (ver)koop van onderneming ten aanzien van het concurrentiebeding? Hoe hiermee als koper om te gaan? Hieronder een gecompriëerde weergave met tips.

In Tips nummer 5 is de verkoop van onderneming en de positie van werknemers besproken. Is sprake van *overgang van een onderneming*, dan gaan de rechten en verplichtingen die op dat tijdstip voor de werkgever in die onderneming voortvloeien uit een arbeidsovereenkomst tussen hem en een daar werkzame werknemer *van rechtswege* over op de verkrijger (art. 7:662 en 7:663 BW).

Concurrentiebeding. Indien aan de eisen van de artt. 7:662 en 7:663 BW is voldaan, geldt als hoofdregel ook weer dat de verkrijger (koper) rechten kan ontleen aan het eerder tussen de werknemer en de vervreemder (verkoper) voor de overgang gesloten concurrentiebeding. Een dergelijk beding behoeft volgens vaste jurisprudentie van de Hoge Raad door koper niet opnieuw met de werknemer te worden afgesloten: concurrentiebedingen die zijn overeengekomen tussen verkoper en de werknemers gaan ook automatisch over. Als gevolg van vrij recent gewezen arresten is de kracht van het concurrentiebeding behoorlijk toegenomen. Dat is prettig voor kopers om te weten, doch ook goed te weten is dat er weer een uitzondering op deze hoofdregel bestaat, waarbij bij overname zeker rekening dient te worden gehouden.

Uitzondering. Wanneer ten gevolge van overgang van onderneming het concurrentiebeding aanmerkelijk en daadwerkelijk zwaarder is gaan drukken, moet het concurrentiebeding opnieuw schriftelijk worden vastgelegd. Wanneer dat *niet* gebeurt, is het concurrentiebeding *niet* langer geldig. Hoe dient deze uitzondering te worden gezien? Een uitwerking hiervan:

1. Zijde werknemer: indien de inhoud van de functie en verantwoordelijkheden van een werknemer uitgebreider worden ten gevolge van overgang van onderneming, kan een rechter vast stellen dat het concurrentiebeding daadwerkelijk zwaarder is gaan drukken en verdient het aanbeveling om het concurrentiebeding tijdig opnieuw schriftelijk vast te leggen;
2. Zijde werkgever: het concurrentiebeding kan als gevolg van de overgang ook zwaarder gaan drukken, omdat de activiteiten van koper een breder terrein bestrijken (bijv. internationaal) dan de activiteiten van verkoper (alleen nationaal). Ook dan verdient het aanbeveling om het concurrentiebeding opnieuw schriftelijk vast te leggen;
3. Zijde werknemer: er dient sprake te zijn van een wijziging van de arbeidsverhouding, die *niet* was te voorzien voor de werknemer toen hij/zij het concurrentiebeding aanvaardde. Ofwel: wist de werknemer reeds (aantoonbaar) van de (beoogde) overname en de uitbreiding van het werk, toen hij/zij het concurrentiebeding aanging, dan hoeft het concurrentiebeding niet opnieuw schriftelijk te worden vastgelegd. Was een en ander *niet* voorzienbaar (en dat zal meestal het geval zijn), dan is het weer aan te bevelen om het concurrentiebeding tijdig opnieuw schriftelijk vast te leggen, indien ook aan de hierboven genoemde scenario's 1 en/of 2 is voldaan.

De praktijk. Een koper dient er dus op bedacht te zijn dat de concurrentiebedingen als gevolg van de overgang aanzienlijk zwaarder op de werknemers kunnen gaan drukken. Maken werknemers vervolgens van de situatie gebruik door bijvoorbeeld voor zichzelf te beginnen, met medeneming van cliënten/relaties, dan zou een rechter ook nog eens kunnen oordelen dat het "oude" concurrentiebeding is vervallen, tengevolge van de overgang. Dat is dan dus een dubbele tegenslag, die door koper in een aantal gevallen is te voorkomen.

Praktische oplossingen voor kopers en hun adviseurs.

1. Verkoper doet er in bedoelde gevallen (dus) goed aan met zijn/haar (belangrijkste) medewerkers een nieuw concurrentiebeding af te sluiten. Win, zeker bij twijfel, tijdig advies in. Het is verstandig om bij een overname (in het kader van het due diligence) de concurrentiebedingen te laten beoordelen, zeker afgezet tegen de beoogde situatie na de overname.
2. Indien praktisch mogelijk, dan kan een koper opteren ervoor te zorgen dat het concurrentiebeding na de overname niet aanzienlijk zwaarder op de (belangrijkste) werknemer(s) gaat drukken, door te proberen functies, taken en werkzaamheden van de (belangrijkste) medewerkers na de overname (zo veel mogelijk) gelijk te houden, in ieder geval (zo mogelijk) gedurende een wat langere periode.
3. Indien praktisch mogelijk en wenselijk, dan kan een koper ervoor kiezen een nieuwe medewerker aan te nemen, om te voorkomen dat een of meerdere belangrijke werknemer(s) (teveel) extra taken krijgen, waardoor hun concurrentiebeding na de overname aanzienlijk zwaarder is gaan drukken, met mogelijk onwenselijke gevolgen van dien.
4. Zorg er als koper voor dat de cliënten en relaties, die in de praktijk veelal vastzitten aan bepaalde sleutelfunctionarissen van de onderneming, zo spoedig mogelijk worden bezocht (persoonlijke kennismaking), hun vertrouwen wordt gewekt en dat met hen een relatie wordt opgebouwd, zodat deze cliënten en relaties feitelijk weer (meer) met de onderneming worden verbonden, i.p.v. aan deze sleutelfunctionarissen. Ook kan koper er eventueel voor kiezen om meer dan 1 vaste accountmanager op de (belangrijkste) relaties te zetten, om zo het risico te spreiden en daarmee te beperken (doch let daarbij op verzwaring van het concurrentiebeding).

Hoe groter de inspanningen van koper, hoe kleiner de kans dat cliënten en relaties mee overstappen, du moment dat bedoelde sleutelfunctionarissen zouden willen vertrekken, met medeneming van cliënten en relaties.

5. De kans bestaat natuurlijk ook dat de (belangrijkste) medewerkers geen nieuw concurrentiebeding willen afsluiten. Een oplossing voor koper kan dan zijn om deze werknemers een salarisverhoging (en/of betere andere arbeidsvoorwaarden) aan te bieden, mede als tegenprestatie voor evt. zwaardere taken en verplichtingen. Door het hogere salaris vast te leggen, zal een werknemer doorgaans eerder geneigd zijn de door koper gewenste extra verplichtingen (de prestatie) aan te gaan en het nieuwe concurrentiebeding te accepteren. Het hogere salaris (en/of betere andere arbeidsvoorwaarden) zorgt waarschijnlijk ook voor een groter commitment van de medewerker en daardoor een kleinere kans op vertrek. Vasthouden van goede wil (goodwill, vrij vertaald) noem ik dat.

Auteur van dit artikel © :

mr. Enno Schets

013-5331752/06-57644156

Zie www.cpok.nl waarop de eerdere Tips/publicaties zijn te vinden.

Disclaimer: dit artikel is in algemene zin geschreven en ziet niet op allerlei specifieke situaties. Hoewel aan de inhoud en samenstelling van dit artikel de grootste zorg en aandacht is besteed, aanvaardt de auteur geen enkele aansprakelijkheid voortvloeiende uit het gebruik daarvan. Raadpleeg in voorkomend geval steeds een op dit terrein gespecialiseerd jurist of advocaat.