

# De bewijsnood van de ex-werkgever

Het zijn barre tijden voor werkgevers. De schaarste op de arbeidsmarkt heeft van hem in korte tijd een vrager van arbeid in plaats van een aanbieder van arbeid gemaakt, met alle gevolgen van dien. Eén van die gevolgen is dat werknemers gemakkelijker geneigd zijn om een overstap naar een andere werkgever te maken, of om voor zichzelf te beginnen. Dan komt ook al snel de vraag aan de orde in hoeverre de werknemer zijn voormalige werkgever mag beconcurreren. Die vraag speelt juist ook in de accountancy, waar goede werknemers sowieso al moeilijk te vinden waren.

Als op rechtsgeldige wijze een concurrentiebeding is overeengekomen, moet de werknemer zich houden aan de daarbij gemaakte afspraken. En ook al kan de werknemer de kantonrechter wel verzoeken die afspraken geheel of gedeeltelijk te niet te doen, de afspraak dat de werknemer na het einde van de arbeidsovereenkomst een tijd lang niet zal werken voor de klanten waarvoor hij in dienst van de werkgever werkte (een zogenaamd "relatiebeding"), zal de kantonrechter vrijwel steeds in stand laten. De werkgever heeft er immers een reëel belang bij dat hij de gelegenheid krijgt om een nieuwe werknemer een vertrouwensband met de klanten te laten opbouwen, voordat de werknemer ook in dit opzicht de gelegenheid krijgt om met zijn ex-werkgever te concurreren. En daar staat tegenover dat de werknemer doorgaans meer dan voldoende mogelijkheden overhoudt om door middel van arbeid in zijn levensonderhoud te voorzien, zodat de beperking van zijn vrijheid van arbeidskeuze slechts beperkt is.

Als geen concurrentiebeding geldt, is de werknemer in beginsel vrij om met zijn ex-werkgever te concurreren, maar ook dan moet die concurrentie wel eerlijk blijven verlopen. Oneerlijk is de concurrentie wanneer een werknemer vooral klanten afpakt (want dat is toch het wezen van concurrentie) van zijn ex-werkgever, met name als de werknemer die klanten ook actief benadert. Tegen oneerlijke concurrentie van de werknemer kan de ex-werkgever optreden door te stellen dat sprake is van een onrechtmatige daad. Hij kan dan schadevergoeding vorderen, maar ook in een kort geding vorderen dat aan de werknemer in bepaalde mate een concurrentieverbod wordt opgelegd, gekoppeld aan een dwangsom.

Om succesvol te kunnen optreden tegen verboden of oneerlijke concurrentie door ex-werknemers moet vrijwel steeds eerst bewijs geleverd kunnen worden van een aantal feiten. Werkt de werknemer bijvoorbeeld in strijd met het concurrentiebeding voor bepaalde klanten? Dat met het vertrek van de werknemer ook bepaalde klanten zijn vertrokken, betekent immers nog niet dat de werknemer er ook voor werkt, zelfs niet als die klanten zijn vertrokken naar de nieuwe werkgever. En als er geen concurrentiebeding is en dus het afpakken van één of enkele klanten op zichzelf niet, maar het structureel bena-



deren van de klanten van de ex-werkgever wel verboden is, heeft de werknemer dan de klanten die hij heeft afgepakt ook benaderd, of hebben de klanten hem benaderd?

Op deze punten komt de ex-werkgever al snel in bewijsproblemen. Er is een aantal manieren om die problemen op te lossen. Eén daarvan is om actief onderzoek te laten doen naar de relevante feiten, bijvoorbeeld door vast te stellen of de ex-werknemer bepaalde klanten bezoekt dan wel of bepaalde klanten het kantoor bezoeken waar de ex-werknemer werkt. Al snel rijst dan de vraag of een observatie (het "volgen") van de werknemer is toegestaan. Nu is het op de eerste plaats zo, dat het met een observatie verkregen bewijs toelaatbaar is, ook als de ex-werknemer stelt dat zijn privacy is geschonden bij het verzamelen van het bewijs. Over de schending van de privacy moet dan volgens de Hoge Raad maar in een andere procedure worden geklaagd. Dat een observatie niet op voorhand onrechtmatig is, blijkt uit een recent vonnis van de rechtbank Amsterdam, waarin de gemeente Amsterdam een werkneemster met een enorm ziekteverzuim had laten observeren rondom tijdstippen waarop zij werd opgeroepen voor gesprekken met de arbodienst en verzuimcoördinator over haar re-integratie, voor welke gesprekken zij zich echter om uiteenlopende redenen steevast afmeldde. De rechtbank oordeelde dat de inbreuk op de privacy niet onrechtmatig was, omdat de werkgever daarmee een legitiem doel (in dit geval de bevordering van de re-integratie) nastreefde en de beperkte observaties rondom de tijdstippen van de gesprekken geen onevenredige inbreuk op de privacy opleverden.

Voor de werkgever die zich ten aanzien van de concurrentie door een ex-werknemer in bewijsnood bevindt, zijn meerdere oplossingen denkbaar. Een beperkte observatie van de ex-werknemer kan één van die oplossingen zijn. ■

mr. J.P.M. van Zijl,  
advocaat te Tilburg.