

Is beperking van de concurrentie efficiënt?

Johan den Hertog

Op dit moment is een wettelijke beperking aan de orde van schriftelijk overeen gekomen beperkingen van de concurrentie, zoals die in arbeidsovereenkomsten worden aangetroffen ('concurrentiebeding'). In de juridische literatuur wordt het concurrentiebeding overwegend zeer kritisch benaderd. De auteur van dit artikel zoekt op grond van toetsing aan (rechts)economische beginselen, verband houdend met de transactiekostentheorie, naar een verklaring voor het optreden van het beding. Hij is van mening dat hierover meer genuanceerd moet worden gedacht; het 'concurrentiebeding' kan onder omstandigheden de economische doelmatigheid dienen (van de redactie).

Op dit moment worden voorbereidingen getroffen om bepaalde, schriftelijk overeen gekomen beperkingen van de concurrentie wettelijk aan banden te leggen. Er lijkt een ruime maatschappelijke overeenstemming te bestaan over de wenselijkheid van deze wettelijke beperking van de contractsvrijheid: een MDW-rapport stelt voor zulke vrijwillig overeen gekomen beperkingen alleen onder strakke voorwaarden toe te laten, de werknemersorganisatie zouden het liefst de betreffende overeenkomsten verbieden en ook in de juridische literatuur variëren de meningen van het verbieden van de desbetreffende contractsbepalingen tot het bijvoorbeeld alleen bij CAO toelaten ervan.

De contractsbepalingen waar het hier om gaat staan bekend als 'het concurrentiebeding'. Het concurrentiebeding is een beding waarbij de werkgever en werknemer overeen komen dat de werknemer na het einde van de arbeidsovereenkomst *niet* op een bepaalde wijze werkzaam zal zijn. In de literatuur figureert

* Verbonden aan het Economisch Instituut/Centrum voor Interdisciplinair onderzoek van Arbeidsmarkt- en Verdelingsvraagstukken (CIAV), Faculteit Rechtsgeleerdheid, Universiteit Utrecht. De auteur dankt Prof. dr. Gerrit de Geest en twee anonieme referees voor suggesties en commentaar op een eerdere versie van dit artikel.

prominent het volgende voorbeeld van een dergelijk beding (Luttmer-Kat, 1996, blz. 10 en Eindrapport van de MDW-werkgroep¹, 1997, blz. 15):

“Het is de werknemer verboden binnen een tijdvak van twee jaar na beëindiging van het dienstverband in het overeengekomen werkgebied, in enigerlei vorm een zaak, gelijk, gelijksoortig of aanverwant aan die van de werkgeefster of daarmee gelieerde ondernemingen, te vestigen, te drijven, mede te drijven of te doen drijven, hetzij direkt, hetzij indirekt, als ook financieel in welke vorm dan ook bij een dergelijke zaak belang te hebben, direkt of indirekt, of daarin of daarvoor op enigerlei wijze werkzaam te zijn, hetzij tegen vergoeding, hetzij om niet of daarin aandeel van welke aard ook te hebben”.

Artikel 653 van boek 7 van het Burgerlijk Wetboek (BW) schrijft voor dat een dergelijk beding schriftelijk moet worden aangegaan en dat de werknemer meerderjarig moet zijn. De rechter kan het beding geheel of gedeeltelijk vernietigen wanneer de belangen van de werkgever onevenredig behartigd worden ten opzichte van die van de werknemer.

Een beding als hiervoor verwoord, lijkt de toekomstige arbeidsmogelijkheden van een werknemer ernstig te beperken en versterkt de machtspositie van de werkgever in de arbeidsrelatie. Niettemin komt dit beding veel voor: een concurrentiebeding wordt toegepast in eenderde van het totaal aantal bedrijven in Nederland; bij circa één op de vijf werknemers maakt het beding deel uit van het arbeidscontract (Van der Werf e.a., 1997, blz. 10, 11). De vraag rijst waarom een werknemer een arbeidscontract aangaat waarin zulke schijnbaar nadelige bepalingen zijn opgenomen. In dit artikel wil ik onderzoeken of de rechtseconomische literatuur aanknopingspunten biedt voor de verklaring van zulke contractsbepalingen. Allereerst zal ik de juridische benadering van het concurrentiebeding samenvatten en de achterliggende juridische theorie over arbeidsrelaties aan een economisch oordeel onderwerpen. Vervolgens worden een aantal economische verklaringen afgeleid voor het, ook internationaal, veel voorkomende fenomeen van het concurrentiebeding. Tenslotte zal ik het artikel afsluiten met een samenvatting en conclusies.

¹ In het kader van het project Marktwerking, Deregulering en Wetgevingskwaliteit (MDW) is een werkgroep ingesteld met de taakopdracht na te gaan welke consequenties het concurrentiebeding heeft op de mobiliteit en flexibiliteit van werknemers. Het Eindrapport van de MDW-werkgroep Concurrentiebeding verscheen in 1997.

1. Het concurrentiebeding in de juridische optiek

Het juridisch oordeel over het concurrentiebeding is de afgelopen honderd jaar op hoofdzaken ongewijzigd gebleven². Tussen de werkgever en de werknemer bestaat per definitie een onevenwichtige verhouding (Grapperhaus, 1995, blz. 53). De positie van de werknemer wordt in tegenstelling tot die van de werkgever gekenmerkt door economische afhankelijkheid. De werknemer is voor zijn levensonderhoud afhankelijk van de werkgever, maar omgekeerd is de werkgever door de beschikking over productiemiddelen niet afhankelijk van de werknemer. "Zijn economisch zwakkere positie dan die van de werkgever maakt bovendien dat zijn contractsvrijheid de facto is geminimaliseerd, uitzonderingen van schaarse, bijzonder getalenteerde werknemers daargelaten" (Van der Heijden, 1988, blz. 22). Vanwege deze afhankelijke positie van de werknemer is destijds ook gekozen voor een dwingendrechtelijke regeling van het concurrentiebeding (Olbers, blz. 578). De werknemer beseft onvoldoende de aard en de gevolgen van het concurrentiebeding (Tekstra, 1987, blz. 67), zeker wanneer het beding is opgenomen in een aanstellingsbrief of een arbeidscontract waaronder de werknemer alleen nog zijn handtekening hoeft te zetten. De arbeidsovereenkomst heeft het karakter van een adhesiecontract en de werknemer is doorgaans niet in de positie om in vrijheid te beslissen wel of niet akkoord te gaan met opname van een concurrentiebeding in de arbeidsovereenkomst³. De enige die belang heeft bij de totstandkoming van het beding is de werkgever (Grapperhaus, 1995, blz. 87 en 252); zijn belangen zijn de bescherming van fabrieksgeheimen en het behoud van cliëntèle.

De huidige wettelijke regeling voldoet niet, mede omdat de rechterlijke bescherming onvoldoende is (Bakels, 1962, blz. 730; Tekstra, 1987, blz. 67; Olbers, 1991, blz. 578). Een werknemer, die wil solliciteren naar een vacature die onder het bereik van het concurrentiebeding valt, staat voor de keuze wel of niet met de werkgever te overleggen. Indien hij wil overleggen zijn er twee mogelijkheden: vroegtijdig of niet vroegtijdig. Bij vroegtijdig overleg loopt de werknemer de kans zijn toekomstmogelijkheden bij de huidige werkgever te verspelen, zonder dat zeker is dat hij de beoogde functie ook zal vervullen. Veel werknemers zullen maar afzien van overleg en bijvoorbeeld niet solliciteren. Wanneer de werknemer met overleg wacht tot hij/zij zeker is de functie te kunnen vervullen, zijn er twee mogelijke uitkomsten: de werkgever houdt vast aan het concurren-

² Zie bijvoorbeeld Olbers (1991), die concludeert dat juridische auteurs overwegend ernstige kritiek hebben op het concurrentiebeding als zodanig of tenminste op de wettelijke regeling (blz. 557).

³ Aldus de vertegenwoordigers van de centrale organisaties van werknemers in de Stichting van de Arbeid, zie Stichting van de Arbeid, *Advies inzake het concurrentiebeding*, advies d.d. 5 maart 1998, nr. S.A. 98.05.0361 EB/JS, blz. 3.

tiebeding of doet dat niet. In het eerste geval kan de werknemer zich tot de rechter wenden met het verzoek het concurrentiebeding te matigen. Deze procedure is echter kostbaar, duurt lang zodat de functie aan een ander vergeven zal worden en de uitkomst is zeer onzeker⁴. Deze kwade kansen zal opnieuw veel werknemers er bijvoorbeeld toe brengen af te zien van sollicitatie. De werknemer kan ook besluiten niet te overleggen en in dienst treden bij de nieuwe werkgever in de hoop dat de voormalige werkgever hem niet zal houden aan het concurrentiebeding en de betaling van de op overtreding gestelde boete⁵. "Die hoop blijkt veelal ijdel" (Olbers, 1991, blz. 579). In dat geval rest de werknemer slechts het verzoek tot matiging in de door de werkgever aangespannen procedure. Ook de werknemer kan in een bodemprocedure verzoeken tot gehele of gedeeltelijke vernietiging van beding. Het concurrentiebeding wordt echter zelden teniet gedaan (hooguit vindt matiging plaats), zodat de contractuele boete (met terugwerkende kracht) betaald moet worden, de werknemer zijn nieuwe functie moet opgeven en hij werkloos wordt⁶. Ook deze kwade mogelijkheid zal veel werknemers er toe brengen bijvoorbeeld niet te solliciteren. Het is niet verwonderlijk dat Bakels al in 1962 concludeerde: "Op deze wijze gaat er van een concurrentiebeding dikwijls een veel grotere preventieve werking uit dan gerechtvaardigd is en leidt het tot een door niets gemotiveerde en volstrekt ongewenste personeelsbinding" (Bakels, 1962, blz. 731). En meer recent stelde Loonstra (1997, blz. 214): "De hiervoor geschetste situatie duidt naar mijn oordeel op een onaanvaardbare onevenwichtigheid in de positie tussen werkgever en werknemer en leidt tevens tot het standpunt dat, zonder correctie, het recht op vrije keuze van arbeid door de werking van art. 7:653 BW in te grote mate wordt geschonden".

Op grond van het voorgaande zijn verschillende voorstellen gedaan om een beter evenwicht tot stand te brengen tussen de belangen van de werkgever en de werknemer. Sommige auteurs willen een algeheel verbod van het concurrentiebeding, andere zien meer in aanscherping van de wettelijke regeling en weer anderen pleiten voor regulering door de sociale partners (voor een overzicht, zie Jacobs en Mattijsen, 1995). De MDW-werkgroep onder voorzitterschap van prof. mr. I.P. Asscher-Vonk pleit bijvoorbeeld voor aanscherping van de wettelijke regeling van het concurrentiebeding. Aanbevolen wordt onder meer:

- de duur wettelijk te begrenzen aan een termijn van bijvoorbeeld maximaal één jaar;

⁴ De gangbare opvatting is dat er geen vaste lijnen of te ontdekken zijn in de (belangenafweging in de) rechtspraak over het concurrentiebeding (P. 't Hart, 1977, blz. 94 en Grapperhaus, 1995, blz. 278).

⁵ Vanwege deze boete wordt wel gesproken van het intimidatie-effect van concurrentieclausules (Bakels, 1962, blz. 730).

⁶ Zie Loonstra, 1997, blz. 226.

- eisen te stellen met betrekking tot de beschrijving van het functioneel en geografisch bereik;
- eisen te stellen aan de berekening van de boete;
- concurrentiebedingen alleen toe te staan wanneer een vergoeding wordt aangeboden voor de duur van het concurrentiebeding;
- concurrentiebedingen alléén toe te staan indien de werkgever een zwaarwichtig belang heeft dat naar het oordeel van de rechter zodanig is dat het recht van de werknemer op de vrije arbeidskeuze daarvoor naar de maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken.

2. Is de juridische theorie over het concurrentiebeding aannemelijk?

In de juridische theorie over het concurrentiebeding wordt er van uitgegaan dat de werknemer niet op de hoogte is (van de gevolgen) van het concurrentiebeding en als hij dat wel is, geen invloed op dit beding kan uitoefenen, ofwel omdat het concurrentiebeding onderdeel uitmaakt van een standaardcontract, ofwel vanwege zijn ongelijke machtspositie. Het gevolg is dat een onevenwichtige belangenbehartiging plaats vindt, dat wil zeggen in economische termen, dat inefficiënte contracten worden afgesloten.

Informatie en concurrentie. Veronderstel dat er twee groepen werkgevers zijn die overigens gelijke vacatures aanbieden, maar waarbij één groep werkgevers in het arbeidscontract een concurrentiebeding opneemt. Nutsmaximaliserende werknemers zullen dan voor de vacatures zonder het concurrentiebeding kiezen. Dit heeft tot gevolg dat de werkgevers mét het concurrentiebeding moeite zullen hebben de vacatures te vervullen. Zij zullen ofwel een hoger loon of een andere vergoeding moeten bieden om de nadelen van het concurrentiebeding te compenseren of zij zullen arbeidscontracten zonder een dergelijk beding moeten aanbieden. Nu zou natuurlijk beweerd kunnen worden dat potentiële werknemers niet op de hoogte zijn van het beding (wie leest nog de 'kleine lettertjes' van een arbeidscontract) óf op de inhoud van het contract geen invloed kunnen uitoefenen. Het is echter niet aannemelijk dat potentiële werknemers in de relevante situaties niet op de hoogte zouden zijn van het concurrentiebeding. Concurrentiebedingen komen veel voor in functies als: ontwerpen, research en development, automatisering, verkoop e.d. Illustratief is de rangschikking naar functie van Grapperhaus (1995, blz. 239, 240), gebaseerd op alle gepubliceerde uitspraken tussen 1909 en 1995 waarin het tweede lid van art. 7:653 BW (de rechterlij-

ke bevoegdheid tot het geheel of gedeeltelijk teniet doen van het beding) een rol speelt⁷.

Tabel 1: Functieniveau en concurrentiebeding

Functie	Percentage ⁸
1. Leidinggevend	6,8%
2. Tweede echelon (chefs e.d.)	36,2%
3. Hooggekwalificeerd personeel	15,5%
4. Sterk persoonsgebonden functies	11,4%
5. Verkoop en acquisitie	32,7%
6. Bijzondere contacten met relaties	5,7%
7. Gewone werknemers	13,2%

Bron: Grapperhaus (1995, blz. 239, 240)

Tabel 1 laat zien dat het beding vooral van belang is voor hogere functies en verkoopfuncties (samen meer dan 90%). Werknemers in dergelijke functies zijn doorgaans voldoende geschoold en/of ervaren om op de hoogte te zijn van (de gevolgen van) het concurrentiebeding. Ook zullen concurrerende werkgevers zónder concurrentiebeding hun potentiële werknemers wijzen op de gunstiger voorwaarden van het door hen aangeboden arbeidscontract. Tenslotte hoeft niet iedere werknemer op de hoogte te zijn van het aan het arbeidscontract verbonden concurrentiebeding. Een beperkte groep kritische (potentiële) werknemers zal onder bepaalde voorwaarden een werkgever er toe brengen de bepalingen aan te passen aan die van de concurrerende werkgever (Schwartz en Wilde, 1979). Dat is het geval indien het nadeel voor de werkgever van het niet kunnen aanstellen van potentiële, wel-geïnformeerde werknemers groter is dan de voordelen van nadelige contractsbepalingen (Gazal, 1999). Het veronderstelt wel dat sommige werknemers contracten lezen en geïnformeerd zijn over de relevante bepalingen. Werknemers zullen betere contracten zoeken en lezen indien zij verwachten dat de verwachte opbrengsten daarvan opwegen tegen de kosten. De verwachte opbrengsten zijn afhankelijk van de verwachte waarde van het arbeidscontract en het verschil in verwachte waarde als gevolg van de verschillen in contracten van verschillende werkgevers. Enerzijds mag aangenomen worden dat werknemers vanwege de hoge verwachte waarde eerder een arbeidscontract

⁷Overigens zegt de tabel weinig over het feitelijk voorkomen van het concurrentiebeding naar functie. Wel geeft de tabel een indicatie van de functies waar het concurrentiebeding kennelijk van belang is.

⁸ Grapperhaus telt 10 salesmanagers zowel bij categorie 2 als 5; ook bij correctie voor deze dubbelstelling tellen de percentages bij Grapperhaus op tot meer dan 100.

zullen lezen dan bijvoorbeeld een 'vervoerscontract' met de busmaatschappij. Anderzijds zal soms een concurrentiebeding juist een beperkt aandeel uitmaken van de totale verwachte waarde van het arbeidscontract: het betreft een te disconteren toekomstige situatie van een onzekere verwachte waarde. Het is dus mogelijk dat sommige werkgevers met nadelige concurrentiebedingen of arbeidscontracten de concurrentiestrijd kunnen overleven. Als de kans relatief klein is dat een werkgever een geïnformeerde sollicitant treft en de tucht van de markt niet ervaren wordt, zullen eerder ongunstige contractsbepalingen opgenomen kunnen worden. Ook zal men eerder onevenwichtige arbeidscontracten kunnen verwachten in instabiele markten met gemakkelijke toe- en uitreding. Tenslotte is het marktaandeel van de werkgevers met nadelige bepalingen van belang. Bij een klein aandeel zijn de verwachte kosten van 'vergissingen' door werknemers gering en de kosten van het zoeken en lezen van contracten relatief hoog. Sommige werknemers zullen dan verkeerde contracten afsluiten.

Is er meer kans op inefficiënte bedingen bij monopolieposities? Allereerst moet worden opgemerkt dat concurrentiebedingen in zeer veel bedrijfstakken voorkomen en dat er geen feitelijk bewijs is voor het bestaan van een monopoliepositie in al deze bedrijfstakken⁹. Maar aangenomen dat wel sprake zou zijn van monopolieposities, waarom worden concurrentiebedingen dan niet automatisch in alle arbeidscontracten opgenomen? In de moderne rechtseconomische literatuur wordt er op gewezen dat een monopoliepositie niet automatisch one-reuze bedingen in de contracten oplevert. Betere arbeidsvoorwaarden verlagen het reserveringsloon en kunnen de winst verhogen indien de kosten van betere arbeidsvoorwaarden lager liggen dan opbrengsten in termen van een lager loon. Wel zullen de arbeidsvoorwaarden bij een monopolistische werkgever en bij afwezigheid van vakbondsonderhandelingen slechter zijn dan bij concurrentie tussen meerdere werkgevers. Deze slechtere arbeidsvoorwaarden kunnen de vorm aannemen van een lager loon of van nadeliger secundaire arbeidsvoorwaarden.

Het is overigens niet vreemd dat juristen bij ongebruikelijke contractsvormen en -bepalingen al snel denken aan economische machtsposities of een monopolie. Nog in 1972 kritiseerde Ronald Coase, de winnaar van de Nobelprijs Economie in 1991, de gangbare praktijken van collega-economen: "If an economist finds something - a business practice of one sort or another - that he does not understand, he looks for a monopoly explanation" (blz. 67). Zo werden aanvankelijk ook franchising, verticale prijsbinding, prijsdiscriminatie e.d. door economen veroordeeld als concurrentiebeperkende ondernemingspraktijken. Pas vanaf het

⁹ Zo komt het concurrentiebeding in de sector horeca voor in circa 3% van de horecabedrijven, en in bijvoorbeeld de overige dienstverlening (accountancy, automatisering, adviesbureaus e.d.) in 64% van de bedrijven.

begin van de jaren zeventig zijn er stromingen in de economie ontstaan, zoals de rechtseconomie (zie Posner, 1992) en de nieuwe institutionele economie (Williamson, 1985), die proberen alternatieve verklaringen te vinden voor veel voorkomende, ongewone contractsbepalingen en samenwerkingsvormen. In plaats van terug te vallen op de monopolieverklaring wordt in een efficiëntieverklaring onderzocht in hoeverre de betrokken partijen *beiden* baat kunnen hebben bij de desbetreffende contractsbepaling of samenwerkingsvorm.

Zijn standaardbepalingen bijvoorbeeld nadelig? In de juridische theorie wordt doorgaans aangenomen dat bij afwezigheid van onderhandelingen over de voorwaarden de verleiding ontstaat nadelige bedingen in te voeren. Vaak wordt gesteld dat 'het vanzelf spreekt ... dat eenzijdig opgestelde voorwaarden ook naar inhoud vaak eenzijdig zijn, dat wil zeggen bepalingen inhouden die de rechtspositie van de gebruiker verbeteren - en die van de wederpartij in dezelfde mate verzwakken -'¹⁰ Tegen de aannemelijkheid van deze redenering kunnen dezelfde argumenten als hiervoor worden aangevoerd. Werkgevers zullen uit concurrentie-overwegingen de gunstiger eigen arbeidsvoorwaarden willen benadrukken. Maar omdat dit ook geldt voor de overige werkgevers zullen tenslotte voor gelijksoortige functies kwalitatief gelijke arbeidsvoorwaarden ontstaan. Het gebruik van standaard arbeidscontracten voorkomt zoekkosten door potentiële werknemers en bespaart op tijdrovende en kostbare onderhandelingen. Ook vermindert het de kans op vergissingen en conflicten, vereenvoudigt het de interne administratie en maakt het delegatie van personeelsbeslissingen mogelijk. Zulke besparingen op transactiekosten door standaardcontracten zijn eerder uitdrukking van effectieve concurrentie dan van monopolie. De marktdoorzichtigheid wordt bevorderd doordat functies tegen dezelfde arbeidsvoorwaarden worden aangeboden; voor rechtseconomische analyses van standaardcontracten, zie Trebilcock en Dewees (1981) en Gazal (1999). Natuurlijk geldt ook hier dat onevenwichtige standaardclausules in (arbeids)contracten kunnen worden opgenomen. Maar er moet dan sprake zijn van bijzondere marktsituaties: onvolledige mededinging, tekortschietende informatie, onvermogen om beschikbare informatie te verwerken e.d.¹¹

¹⁰ Invoeringswet Boeken 3, 5 en 6 van het Nieuw Burgerlijk Wetboek (Algemene voorwaarden), Kamerstukken I 1986/1987, 16 983, MvA, p. 1.

¹¹ Zulke omstandigheden worden aangevoerd in J.A. den Hertog, 'Reversed solidarity in pension plans', *European Journal of Law and Economics*, 1999, blz. 241-261, voor de verklaring van het ontstaan en voortduren van nadelige bepalingen in pensioencontracten van werknemers.

3. Het concurrentiebeding en de economische theorie van arbeidsrelaties

In deze paragraaf zal ik vier mogelijke verklaringen bespreken voor het vrijwillig overeenkomen van concurrentiebedingen door de werkgever en de werknemer:

- het concurrentiebeding als zelf-selectiemechanisme;
- het concurrentiebeding om de risico's en kosten van heronderhandelingen te verminderen;
- het concurrentiebeding ter bescherming van opleidingsinvesteringen in de werknemer, en
- het concurrentiebeding ter bescherming van het ondernemingsvermogen.

3.1 Het concurrentiebeding als selectiemiddel voor duurzame arbeidsrelaties

Op de arbeidsmarkt zoeken werkgevers personeel voor verschillende typen functies. Sommige functies vereisen veel opleiding en werkervaring, andere minder; sommige functies vereisen duurzame betrokkenheid bij de onderneming en andere weer minder enz. Ook werknemers die zich aanbieden op de arbeidsmarkt, verschillen qua opleiding, werkervaring, voorkeur voor flexibiliteit enz. Sommige van deze en andere kenmerken zijn voor werknemers en werkgevers min of meer waar te nemen, van andere kenmerken is alleen één van beide partijen precies op de hoogte. Er kunnen voor zowel de werkgever als de werknemer hoge kosten mee gemoeid zijn wanneer achteraf blijkt dat geen goede aansluiting van baan en persoon heeft plaats gevonden.

Zelf-selectie als gevolg van het concurrentiebeding. Neem aan dat het voor sommige functies waardevol is dat werknemers gedurende een langere periode aan de onderneming verbonden zijn. Bij wijze van voorbeeld zou gedacht kunnen worden aan verkopers die een vertrouwensrelatie met klanten opbouwen en in stand houden of werknemers waarvan de accumulatie van kennis in de loop der tijd van fundamenteel belang is. Veronderstel tevens dat er twee groepen werknemers zijn, een groep die de intentie heeft een langdurige relatie met de onderneming aan te gaan en een groep die deze voorkeur minder heeft. Werkgevers die er in slagen de twee groepen werknemers te onderscheiden zullen beter presteren en hun personeel betere arbeidsvoorwaarden kunnen bieden. Onder omstandigheden, bijvoorbeeld van werkloosheid, kan het in het belang van de werknemer zijn om bij de sollicitatie de precieze intenties te verhullen (en overigens kan ook de werkgever redenen hebben de aard van het werk aantrekkelijker voor te spiegelen dan het in werkelijkheid is). Met het overeen komen van een

concurrentiebeding zouden werknemers aan de werkgever kunnen duidelijk maken dat de belofte een duurzame relatie met de onderneming aan te gaan hen ernst is. Door toe te zeggen binnen een bepaalde periode niet bij een concurrerende onderneming te gaan werken of zelf een onderneming te starten beperken deze werknemers zich sterk in alternatieve werkgelegenheids- en ontwikkelingsmogelijkheden. Dat is een betrouwbaar signaal met betrekking tot de uitgesproken intentie een duurzame relatie met de onderneming aan te gaan (voor signaling, zie Spence, 1973). Het concurrentiebeding wordt hier dus toegepast als een middel tot zelf-selectie. Werknemers die geen duurzame relatie met de onderneming wensen aan te gaan, zullen onder de aangeboden voorwaarden niet solliciteren en werknemers die wel solliciteren mogen betere arbeidsvoorwaarden verwachten dan bij afwezigheid van het concurrentiebeding¹². Deze interpretatie verklaart ook waarom de meeste werknemers (75 tot 95%), die te maken hebben met het concurrentiebeding, het beding niet als belemmerend ervaren (Van der Werf e.a., 1997, blz. 26). Na het overeen komen van het concurrentiebeding loopt de werknemer het risico van uitbuiting van de machtspositie door de werkgever. De grootte van dit risico is afhankelijk van het belang van een reputatie voor de werkgever en zijn toezichtsmogelijkheden in verband met mogelijke gedragsreacties van werknemers.

Een lange termijn arbeidscontract als alternatief? Indien het de bedoeling is om de werknemer duurzaam aan de onderneming te verbinden, kan de vraag opgeworpen worden of een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd (bijvoorbeeld 5 jaar) dan niet meer voor de hand ligt dan het opnemen van een concurrentiebeding ('t Hart, 1977, blz. 105). Maar dit alternatief is zowel voor vanuit juridisch als vanuit economisch oogpunt inferieur aan een concurrentiebeding. Vanuit juridisch gezichtspunt noemt 't Hart twee bezwaren: de werknemer kan niet meer te allen tijde ontslag nemen zoals bij de voor onbepaalde tijd aangegane arbeidsovereenkomst en de werkgever kan de werknemer niet voor het verstrijken van de in de arbeidsovereenkomst bepaalde termijn ontslaan. Hij concludeert: "Bij deze constructie steekt het concurrentiebeding, met zijn mogelijkheid van matiging ex art. 1637 BW, nog gunstig af". Maar ook vanuit economisch gezichtspunt is een dergelijke overeenkomst geen goed alternatief. De duurzame relatie wordt beoogd om te bevorderen dat beide partijen rendabel-specifieke investeringen in de arbeidsrelatie verrichten. Het vooruitzicht dat de relatie toch een bepaalde duur heeft, ook al strekt deze duur zich uit over een aantal jaren,

¹² Of werknemers al of niet zullen solliciteren hangt daarnaast ook af van de stand van de conjunctuur. Indien de keus is tussen werkloosheid en aangeboden vacature kan een concurrentiebeding louter de werkgever in een gunstiger onderhandelingspositie brengen (zie 3.2).

beperkt het aangaan van deze investeringen¹³. Alleen het vooruitzicht van een in beginsel duurzame relatie bevordert het verrichten van specifieke investeringen die op langere termijn rendabel worden. Wel kan de vraag opgeworpen worden of een concurrentiebeding voor de werkgever niet een relatief kostbare methode is om duurzame arbeidsrelaties te vestigen. De werkgever zou bijvoorbeeld ook meer kunnen investeren in wervings- en selectieinspanningen om de-gewenste informatie te produceren.

3.2 Het concurrentiebeding als waarborg tegen opportunistisch gedrag

Wanneer het wervings- en selectieproces voltooid is, gaan de werknemer en de werkgever een arbeidsrelatie aan. Voor de werknemer zijn een groot aantal zaken van belang: natuurlijk het loon, maar ook promotie- en ontslagregels, opleidingsmogelijkheden, uitredingsregels, bepaalde veiligheids- en gezondheidsniveaus, senioriteitsvoordelen, een bepaalde omgang met klachten, bijzondere beloningen enz. Daar tegenover verwacht de werkgever tijdsinvesteringen, een bepaalde mate van inspanning, maar ook bijscholing, het begeleiden en opleiden van andere werknemers, het ontwikkelen van ideeën en het nemen van initiatieven, het afleggen van verantwoording en zo meer. Een aantal van deze aspecten wordt opgenomen in een formeel arbeidscontract, maar veel meer blijft ongeëxpliciteerd en ongeschreven.

De verleiding om heronderhandelingen te starten. Indien een belangrijk gedeelte van de arbeidsrelatie niet de status van een formeel contract heeft, hoe kunnen werkgever en werknemer er dan verzekerd van zijn dat wederzijdse beloften en verwachtingen worden nagekomen? Zowel de werkgever als de werknemer stellen zich met het aangaan en in stand houden van de arbeidsrelatie kwetsbaar op. De werkgever heeft vaak veel kosten gemaakt in het wervings- en selectieproces, inspanningen zijn gepleegd om de nieuwe werknemer in te werken en tijd en moeite zijn gepaard gegaan met het overdragen van de cultuur en de procedures van de arbeidsorganisatie. Omgekeerd heeft de werknemer kosten gemaakt bij het vinden van een nieuwe baan, is wellicht verhuisd naar de plaats van de nieuwe werkgever en heeft misschien veel inspanningen verricht en overgewerkt in anticipatie op beloofde bevordering. In deze omstandigheden kunnen

¹³ Deze conclusie is af te leiden met behulp van de zogenaamde 'achterwaartse inductie' (backward induction), een techniek afkomstig uit de speltheorie. Door te beredeneren wat het gedrag zal zijn in de laatste periode van de arbeidsovereenkomst, dus bijvoorbeeld het vijfde jaar, en dan vervolgens terug te redeneren naar voorgaande jaren, wordt voorspeld hoe het gedrag zal zijn in het eerste jaar (Aumann, 1995).

zowel de werkgever als de werknemer bloot staan aan de verleiding gebruik te maken van zich ontvouwende mogelijkheden tot positieverbetering¹⁴. De werkgever kan redeneren dat door de verrichte investeringen de werknemer zich wel tweemaal zal bedenken voordat hij of zij ontslag zal nemen. Dat brengt hem in een machtspositie om terug te komen op de gedane belofte bij het aangaan van de arbeidsrelatie. Maar ook de werknemer kan redeneren dat de werkgever niet zo snel niet in zal gaan op extra wensen van een werknemer vanwege de wervings- en selectiekosten en de gedane inwerk- en opleidingsinspanningen. Dit probleem wordt in de literatuur het zogenaamde *hold-up* probleem genoemd, het zich toeëigenen van de opbrengsten van investeringen van anderen¹⁵. Werkgever en werknemer zijn zich natuurlijk bewust van hun kwetsbare positie en zullen proberen wegen te vinden om mogelijk misbruik door de wederpartij tegen te gaan. Niet alleen zullen zij willen voorkomen dat ongewenste overdrachten plaatsvinden, ook realiseren zij zich dat *heronderhandelen* grote risico's met zich mee brengt. De heronderhandelingen gaan gepaard met verminderde inspanningen en opbrengsten en ook bestaat altijd de kans dat de arbeidsrelatie beëindigd wordt, hoewel beiden profijt van continuering hebben. Werkgever en werknemer zullen proberen dit *hold-up* probleem te vermijden door middel van contractuele bepalingen. Eén van de oplossingen is het afsluiten van lange termijn contracten die het loonniveau voor langere tijd vast leggen, zodat heronderhandelingen vermeden worden. In de literatuur wordt aangenomen dat onder meer in Nederland feitelijk in veel arbeidscontracten voor deze oplossing gekozen is (Teulings, 1998)¹⁶. Maar juist vaste lonen zijn in bepaalde omstandigheden minder wenselijk.

Vertrouwensrelaties als bron voor heronderhandelen. Bij bepaalde typen functies is de beloning variabel en bijvoorbeeld gerelateerd wordt aan de winst of de productiviteit. Dit zijn functies waar de voordelen van dit type beloning voor de werkgever en de werknemer opwegen tegen de nadelen. In sommige gevallen hangt dit samen met hoge toezichtskosten die een werkgever zou hebben bij een beloning op basis van arbeidstijd; denk aan functies in het bank- en verzeke-

¹⁴ O.E. Williamson (1985, blz. 62) spreekt van een 'fundamental transformation': nadat partijen investeringen in elkaar gedaan hebben. Voorafgaand aan het sluiten van arbeidscontract is er sprake van concurrentie. Nadat het contract eenmaal gesloten is en partijen in elkaar geïnvesteerd hebben ontstaat een situatie van tweezijdig monopolie omdat niet zonder het verloren gaan van de gedane investeringen alternatieven gecontracteerd kunnen worden.

¹⁵ Voor een overzicht van de literatuur, zie J.M. Malcomson, 'Contracts, Hold-Up, and Labor Markets', *Journal of Economic Literature*, 1997, blz. 1916-1957.

¹⁶ Natuurlijk kunnen externe omstandigheden aanleiding geven tot heronderhandelingen. Daarmee lijken dan de voordelen van het vermijden tot heronderhandelen teniet gedaan. In de Nederlandse situatie zijn deze heronderhandelingen echter losgekoppeld van de dagelijkse werksituatie: zij worden gevoerd door de vakbonden (Teulings, blz. 26).

ringswezen waar externe contact en/of de vertrouwensrelatie met klanten essentieel is en de werknemer dus niet op de werkplek bij de werkgever onder toezicht staat. In andere gevallen vloeit productiviteitsbeloning voort uit het relatief gemakkelijk kunnen bepalen van de productiviteit zoals bij verkooppersoneel. Ook kan het wenselijk zijn de beloning afhankelijk te maken van de winst, om de inspanningen te stimuleren van bijvoorbeeld het management. Het is opvallend en verklaarbaar dat juist bij dergelijk typen functies concurrentiebedingen toegepast worden omdat de risico's van het hold-up probleem vaak levensgroot aanwezig zijn. Bijvoorbeeld voor klanten zijn vaak de persoonlijke contacten en de vertrouwensrelatie van wezenlijk belang. Bij vertrek van de werknemer zullen klanten opeens weer de mogelijkheid onder ogen zien van alternatieve aanbieders en wordt de goodwill van de onderneming bedreigd. Werknemers ervaren hun bijzondere positie en beseffen dat de arbeidsrelatie voor de werkgever van strategisch belang is. Zij zouden hier aanleiding in kunnen zien tot heronderhandeling over de verdeling van de toegevoegde waarde uit de arbeidsrelatie. Om nu toch de risico's van het hold-up probleem te vermijden wordt afgesproken dat een concurrentiebeding onderdeel uitmaakt van het arbeidscontract. Dit heeft tot gevolg dat de werknemer bij eventuele heronderhandelingen niet effectief kan dreigen te vertrekken: hij heeft immers te veel te verliezen. Enerzijds is zijn productiviteit door het tijdsverloop gegroeid, anderzijds zijn de alternatieve werkgelegenheidsmogelijkheden door het concurrentiebeding sterk beperkt. De werknemer hoeft niet bang te zijn voor misbruik door de werkgever: zijn bijzondere relatie tot de klanten is immers essentieel voor de vorming van de toegevoegde waarde uit de arbeidsrelatie. Zowel werkgever als werknemer kunnen zo baat hebben bij een concurrentiebeding als onderdeel van het arbeidscontract. Het concurrentiebeding heeft ten doel om risicovolle en kostbare heronderhandelingen over de verdeling van de opbrengst van de arbeidsrelatie te voorkomen.

3.3 Het concurrentiebeding om opleidingsinvesteringen te beschermen

In de juridische en economische literatuur wordt regelmatig aangenomen dat het concurrentiebeding door werkgevers gebruikt wordt om opleidingsinvesteringen in werknemers veilig te stellen (Reitsma, 1999, blz. 141). Is het volgens de economische theorie te verwachten dat werkgevers het concurrentiebeding zullen aanwenden als instrument om gedane opleidingsinvesteringen te beschermen? Om deze vraag te beantwoorden is het wenselijk eerst de economische theorie over 'on the job' training en opleiding te bespreken. In deze theorie wordt onderscheid gemaakt tussen *algemene training en opleiding* en *specifieke training*

en opleiding¹⁷. Bij algemene training verkrijgt een werknemer kennis en vaardigheden die zijn productiviteit verhogen voor vele werkgevers. Specifieke training verhoogt de productiviteit alleen bij werkzaamheden voor de huidige werkgever. Zou de werknemer vertrekken, dan kan hij deze opgedane kennis en vaardigheden niet toepassen bij andere werkgevers.

Algemene en specifieke 'on the job' training. Het onderscheid in deze typen trainingen is relevant vanwege de voorspelde verdeling van kosten en opbrengsten van de beide typen training. Voor werkgevers is het profijtelijk werknemers aan te stellen zolang de productiviteit van de werknemer hoger is dan het uit te betalen loon. Door de concurrentie op de arbeidsmarkt wordt het loon uiteindelijk gelijk aan de marginale productiviteit. Stel nu dat een werkgever besluit een werknemer *algemene training* aan te bieden. Voor de werkgever gaat deze training gepaard met kosten: verminderde productiviteit van de werknemer tijdens trainingsperiode, verminderde opbrengsten van de machines en instrumenten die gebruikt worden bij de instructies en de kosten van opleiders of ervaren werknemers die de op te leiden werknemer bijscholen. Een werkgever zal bereid zijn deze kosten te maken indien er hogere opbrengsten in de toekomst tegenover staan. Dat zou betekenen dat een werknemer na afloop van de training een loon zou moeten ontvangen dat lager ligt dan zijn (gestegen) productiviteit (maar hoger dan zijn aanvangsloon), omdat anders de werkgever immers zijn kosten niet vergoed kan krijgen. Echter, bij een algemene training, bijvoorbeeld het zich eigen maken van een veel gebruikt computerprogramma, is de werknemer voor vele andere werkgevers productiever geworden. Deze werkgevers zijn bereid de werknemer te betalen overeenkomstig zijn productiviteit, terwijl de huidige werkgever minder zal willen geven om de gedane opleidingsinvesteringen rendabel te maken. Dan is te verwachten dat de werknemer na afloop van de algemene training ontslag neemt en bij een concurrerende werkgever gaat werken. De economische theorie voorspelt daarom dat ofwel de werkgever deze algemene training niet zal aanbieden ofwel dit alleen doet zodanig dat de werknemer zelf betaalt voor zijn training. De werknemer ontvangt dan tijdens de trainingsperiode een loon dat gelijk is aan het verschil van zijn productiviteit en de opleidingskosten en na afloop van de training een loon overeenkomstig zijn productiviteit. Niettemin laat de praktijk zien dat vaak werkgevers bijdragen aan de kosten van algemene trainingen en opleidingen. Deels wordt dit mogelijk gemaakt door opleidingsbedingen in contracten, die bijvoorbeeld bepalen dat werknemers de kosten van de opleiding terug moeten betalen indien zij binnen twee jaar na afloop van de training ontslag nemen. Voor een ander deel kan de werkgever soms

¹⁷ De relevantie van het Beckeriaanse onderscheid tussen *specific training* en *general training* voor concurrentiebedingen, werd voor het eerst duidelijk gemaakt in P.H. Rubin en P. Shedd (1981).

toch een lager loon bieden dan concurrerende werkgevers. Dat is een gevolg van de kosten voor de werknemer bij vertrek: verhuiskosten, psychische kosten van het vertrek uit een bekende omgeving, een partner die nu in de buurt een deeltijd baan heeft enz. De werknemer zal deze kosten in mindering brengen op het hogere loon dat hij elders zou kunnen ontvangen en deze afweging kan er per saldo toe leiden dat de werknemer bij zijn huidige werkgever blijft, ondanks het lagere uurloon.

Bij een *specifieke training* ligt de situatie geheel anders. Tijdens de specifieke training ligt het loon lager overeenkomstig de lagere productiviteit. En omdat de opleiding werkgeversspecifiek is, zal de werknemer na afloop bij concurrerende werkgevers gewoon zijn oorspronkelijke loon overeenkomstig zijn oorspronkelijke productiviteit kunnen ontvangen. Bij de huidige werkgever is hij/zij echter productiever geworden. De werkgever zal hem/haar nu een loon bieden dat iets boven het loon ligt van concurrerende werkgevers om te voorkomen dat de werknemer na de specifieke training ontslag zal nemen. Indien de werkgever alle kosten zou dragen en opbrengsten zou ontvangen, is er geen reden voor de werknemer niet bij een andere werkgever te gaan werken. Indien daarentegen de werknemer alle trainingslasten zou dragen en alle opbrengsten zou incasseren, is er voor de werkgever geen speciale reden de werknemer in dienst te houden. Het is daarom in het gezamenlijk belang van de werkgever en de werknemer om de kosten en opbrengsten van de specifieke training te delen en een langdurige arbeidsrelatie te vestigen. De economische theorie voorspelt dat werkgeversspecifieke training vooral betrekking zal hebben op werknemers die langduriger verbonden zijn met hun werkgever.

Concurrentiebeding inefficiënt ter bescherming van opleidingsinvesteringen? Is nu te verwachten dat werkgever en werknemer overeen komen een concurrentiebeding in het arbeidscontract op te nemen ten einde opleidingsinvesteringen te beschermen die in beider belang zijn? Allereerst moet worden opgemerkt dat het gebruik van het concurrentiebeding in dit verband alleen voor de hand ligt indien bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst ook afspraken gemaakt zijn over deelname van de werknemer aan door de werkgever aangeboden training en opleiding. Voor de *werknemer* is vervolgens relevant of de training en opleiding bedrijfsspecifiek is of een meer algemeen karakter heeft. Alleen in dit laatste geval zal een werknemer bereid zijn eventueel als prijs voor de genoten opleiding een concurrentiebeding aan te gaan. Van een bedrijfsspecifieke opleiding heeft de werknemer immers geen profijt bij andere, concurrerende werkgevers. Maar ook bij een breed toepasbare training en opleiding ligt het niet voor de hand dat een werknemer een concurrentiebeding zal aangaan als prijs voor de genoten opleiding. Door zijn vorm zijn de kosten en gevolgen van een concurrentiebeding moeilijk te becijferen. Niet alleen treden er welvaartsverlie-

zen op door de beperking van de vrije arbeidskeuze, ook is er bij vertrek bij de huidige werkgever een permanent verlies van relevante werkervaring, afhankelijk van de maximale looptijd van het concurrentiebeding. Omdat werknemers verondersteld worden risico-avers te zijn, ligt het meer voor de hand dat zij eerder zullen kiezen voor de zekerder 'prijs' van een tijdelijke loonsverlaging gedurende de opleiding of het overeenkomen van een opleidingsbeding in het arbeidscontract. In dit opleidingsbeding kan worden afgesproken dat de werknemer bij vertrek binnen de opleidingsperiode of binnen een zekere periode daarna (een deel van) de opleidingskosten terug betaalt.

In de juridische literatuur wordt soms aangenomen dat werkgevers het concurrentiebeding gebruiken om terugbetaling van opleidingskosten te effectueren. Het concurrentiebeding is dan een 'devil in disguise.....', met handhaving waarvan wordt bedreigd bij het uitblijven van een fikse afkoopsom (Grappenhuis, 1996). Ook voor de *werkgever* lijkt het echter niet rationeel het concurrentiebeding voor dit motief te gebruiken. Een voordeel van het concurrentiebeding is dat onderhandelingen kunnen starten met betrekking tot de 'afkoopsom' van het concurrentiebeding. Dat kan vanuit het gezichtspunt van de werkgever met name een rationele optie zijn indien de opleidingskosten van de werknemer niet vooraf bepaald kunnen worden. Ook kan de huidige werkgever voor ogen hebben te proberen een deel van de toekomstige productiviteit van de werknemer bij de nieuwe werkgever te incasseren. De nieuwe werkgever zal wellicht bereid zijn deel te nemen aan de onderhandelingen over de afkoopsom van het concurrentiebeding en zo ontstaat de mogelijkheid tot het incasseren van meer dan de oorspronkelijke opleidingskosten. Een dergelijk gebruik van het concurrentiebeding door een werkgever heeft echter ook hoge kosten. Omdat het concurrentiebeding ten opzichte van de overige alternatieven voor een werknemer relatief onaantrekkelijk is, zal de werknemer een hoge prijs bedingen (hoger loon, een vergoeding) voor de aanwending ervan en anders bij een concurrerende werkgever gaan werken. Bovendien is het voor de werkgever onzeker of het concurrentiebeding inderdaad een hoge afkoopsom zal opleveren. Er is altijd het risico dat de onderhandelingen afketsen. De werkgever zit dan met een ongemotiveerde werknemer en zonder de afkoopsom. Deze nadelen en voordelen afwegende lijkt het niet voor de hand te liggen dat werkgevers het concurrentiebeding uitsluitend zullen toepassen om terugbetaling van trainings- en opleidingskosten af te dwingen. Uit het empirische onderzoek van Research voor Beleid blijkt overigens dat ruim een kwart van de bedrijven met een concurrentiebeding daarnaast clausules toepassen met betrekking tot de terugbetaling van opleidingskosten (Van der Werf e.a., blz. 21). Het concurrentiebeding wordt door althans deze bedrijven kennelijk niet gezien als een instrument op opleidingskosten betaald te krijgen.

3.4 Het concurrentiebeding ter bescherming van het ondernemingsvermogen

Tenslotte kan het concurrentiebeding gezien worden als een instrument ter bescherming van het (materiële en immateriële) ondernemingsvermogen¹⁸. De omvang van dit ondernemingsvermogen wordt gedeeltelijk bepaald door de beschikking over bedrijfsgeheimen (know-how) en een vast afzetpotentieel als gevolg van de gunstige reputatie die de ondernemer verworven heeft (goodwill). In de juridische literatuur wordt veelal aangenomen dat deze bescherming van het ondernemingsvermogen het belangrijkste motief is voor toepassing van het concurrentiebeding.

Bescherming van de know-how van de ondernemer/werkgever. Veronderstel dat een onderneming een voorsprong op de markt weet te realiseren door bijvoorbeeld een bepaalde samenstelling van zijn producten, een specifieke wijze van productie of bedrijfsvoering of door een bepaalde marketingstrategie. Deze voorsprong vloeit dus voort uit bepaalde, waardevolle bedrijfsinformatie. Informatie is moeilijk exclusief te houden, dat wil zeggen dat het kostbaar is om te verhinderen dat ook anderen ervan profiteren. Zo zouden bijvoorbeeld ex-werknemers bij hun nieuwe werkgever gemakkelijk gebruik kunnen maken van deze bedrijfsinformatie die zij bij de voormalige werkgever hebben opgedaan. Indien ondernemers er niet of maar ten dele in zullen slagen zich de economische waarde toe te eigenen, zullen zij niet meer te investeren in de ontwikkeling en productie van deze informatie. In Nederland wordt uit het beginsel van vrijheid van beroep en bedrijf afgeleid dat een ondernemer moet aanvaarden dat een concurrent mag profiteren van door hem geproduceerde, waardevolle bedrijfsinformatie (Verkade, 1991), tenzij op deze informatie een absoluut intellectueel eigendomsrecht gevestigd is¹⁹ en voorzover dit past binnen de grenzen van de geoorloofde concurrentie²⁰. Wel kan de werkgever trachten omstandigheden in het leven te roepen die maken dat het concurrenten niet meer geoorloofd is een beroep te doen op het beginsel van vrijheid van beroep en bedrijf. Zo kan een werkgever zich tegen onthulling van bedrijfsgevoelige informatie door ex-

¹⁸ Het ondernemingsvermogen komt tot uitdrukking in de waarde van de onderneming. Deze waarde wordt onder meer bepaald door de marktpositie en de relatieve efficiëntie van de onderneming. In de juridische literatuur wordt in dit verband gesproken van het bedrijfsdebiet (Wichers Hoeth, 1993, blz. 335, Eindrapport van de MDW-werkgroep Concurrentiebeding, 1997, blz. 13 en in het bijzonder F.B.J. Grapperhaus, 1995, blz. 101-105).

¹⁹ Een met een absoluut eigendomsrecht vergelijkbare bescherming kan ook worden geboden indien tenminste een prestatie geleverd is die op één lijn te stellen is met de prestatie die toekenning van een absoluut eigendomsrecht rechtvaardigt, zie L. Wichers Hoeth (1993, blz. 335).

²⁰ Niet-geheime kennis mag de ex-werknemer bijvoorbeeld altijd gebruiken (Verkade, 1986).

werknemers beschermen door in het arbeidscontract een geheimhoudingsclausule te laten opnemen. Het probleem hiermee is dat de gebruikmaking van bedrijfsgeheimen voor voormalige werkgevers moeilijk is te constateren en nog lastiger te bewijzen is ('t Hart, 1977, blz. 107). Uit de praktijk blijkt ook dat 74% van de bedrijven met een concurrentiebeding, daarnaast een geheimhoudingsclausule hanteren (MDW-werkgroep, blz. 14). Dit geeft aan dat veel bedrijven deze clausule niet zien als gelijkwaardig aan het concurrentiebeding. Een concurrentiebeding naast of in plaats van een geheimhoudingsclausule kan voor de werkgever een doelmatig alternatief zijn: het wordt veel gemakkelijker te constateren wanneer in strijd met dit beding gehandeld wordt.

Zou een concurrentiebeding ter bescherming van de know-how van de werkgever ook in het belang van de werknemer kunnen zijn, zodanig dat hij/zij instemt met opname van dit beding in de arbeidsovereenkomst? In het voorgaande is aangenomen dat de waardevolle bedrijfsinformatie tot gevolg had dat de ondernemer een voorsprong op de markt wist te realiseren. Dat impliceert dat de arbeidsproductiviteit van de werknemer hoger zal liggen dan van een vergelijkbare werknemer in een soortgelijke onderneming die niet beschikt over de desbetreffende know-how. Te verwachten is dat de beloning van werknemers, die gebonden worden door een concurrentiebeding daarom hoger zal liggen dan van vergelijkbare werknemers die niet gebonden worden. Niet alleen zal een werknemer een prijs willen bedingen voor het overeen komen van het concurrentiebeding, het arbeidsproductiviteitverhogende concurrentiebeding maakt een hoger loon juist ook mogelijk. Werknemers zullen zich realiseren dat de voorsprong van de werkgever juist bestaat bij de gratie van het concurrentiebeding.

Bescherming van know-how economisch betwistbaar. Het feit dat een concurrentiebeding in het belang kan zijn van zowel de werkgever als de werknemer wil overigens nog niet zeggen dat een dergelijk beding ook maatschappelijk wenselijk is. Integendeel, indien waardevolle bedrijfsinformatie eenmaal geproduceerd is, vergt een optimale allocatie van schaarse middelen dat deze informatie gratis beschikbaar gesteld zou moeten worden (afgezien van een vergoeding voor de kosten van overdracht van de informatie)²¹. Dit hangt samen met het feit dat de aanwending van deze informatie niet rivaliseert met het gebruik door een ander (dat is een tweede bijzonder kenmerk van informatie). Omdat het gebruik van de ene producent niet gepaard gaat met verminderde gebruiksmogelijkheden door een andere producent, is deze informatie niet schaars en moet uit het oogpunt van efficiënte allocatie dit goed vrij ter beschikking komen van degenen die daarover wensen te beschikken. Tegelijkertijd zal het niet-beschermen van nieuw geproduceerde informatie ertoe leiden dat investeringen in de productie van deze

²¹ Zo wordt bijvoorbeeld het succes van Silicon Valley onder meer toegeschreven aan het verbod van concurrentiebedingen (Gilson, 1999).

informatie zullen afnemen. Daarin ligt ook de economische ratio van het intellectuele eigendomsrecht (Teijl en Holzhauser, 1991). Er wordt tijdelijk een eigendomsrecht toegekend om de productie van informatie te stimuleren. De verwachting is dat de vernieuwingen die hieruit voortvloeien leiden tot een welvaartsvergroting in de zin van lagere kostprijzen of nieuwe producten en diensten. De toekenning van een absoluut recht zoals bijvoorbeeld een octrooi, gaat echter tegelijkertijd gepaard met welvaartsnadelen als gevolg van het tijdelijke 'monopolie' op de aanwending van de informatie. Vanuit economisch gezichtspunt leidt deze bescherming van informatie dus per saldo alleen tot een welvaartsvergroting indien de welvaartsvoordelen in de vorm van lagere kostprijzen en nieuwe producten opwegen tegen de welvaartsnadelen die voortvloeien uit het tijdelijk monopolie.

Het is afhankelijk van de omstandigheden of een concurrentiebeding in verband met de bescherming van de know-how per saldo ook een welvaartsvoordeel voor de samenleving oplevert. Enerzijds blijft voor de individuele ondernemer de prikkel bestaan om zijn marktpositie door productontwikkeling en technologische of organisatorische vernieuwingen te verbeteren. Anderzijds kan de vraag worden opgeworpen of het concurrentieproces op zich niet voldoende prikkels oplevert om zulke vernieuwingen na te streven. Een nadeel is dat niet-schaarse informatie via een concurrentiebeding beschermd blijft: dat is inefficiënt. Daar staat tegenover dat dit concurrentiebeding alleen tussen betrokken partijen gesloten wordt, zodat voor het overige de concurrentie in stand blijft: het staat concurrenten dus vrij op geoorloofde wijze de desbetreffende bedrijfsinformatie te verwerven en te gebruiken. De afweging in het concrete geval is afhankelijk van de te verwachten toename in de know-how als gevolg van de toegestane bescherming enerzijds en het te verwachten nadeel van geringere verspreiding van profijtelijke bedrijfsinformatie anderzijds.

Bescherming van de 'goodwill' van de ondernemer/werkgever. Taaksplitsing en arbeidsverdeling kunnen belangrijke voordelen genereren. Er kan tijd worden bespaard op door concentratie op bepaalde werkzaamheden, er kunnen kostenbesparende methoden en technieken worden ontwikkeld voor gespecialiseerde werkzaamheden, er kunnen personen aangesteld worden die bij uitstek geschikt zijn voor de betreffende werkzaamheden, er kan beter voldaan worden aan specifieke wensen van consumenten enz. Afhankelijk van de transactiekosten en interne coördinatiekosten zal een ondernemer/werkgever zulke taken aan derden uitbesteden of personeel in dienst nemen. Communicatie met en informatie over (potentiële) cliëntèle blijft meestal binnen eigen beheer. Niet alleen levert dit informatie- en communicatievoordelen op tussen de verkoopafdeling en de productieafdelingen, er zijn grote risico's verbonden aan het uitbesteden van (inzicht in) offertestructuren, lijsten met bijzondere wensen en kenmerken van cliëntèle,

specifieke contractsgegevens van klanten en zo meer. Uitvoering door eigen personeel waarborgt geheimhouding van vertrouwelijke gegevens. Deze waarborg geldt echter alleen gedurende de looptijd van het arbeidscontract. Een ex-werknemer handelt in beginsel niet onrechtmatig wanneer hij kennis over de cliëntèle van de voormalige werkgever gebruikt. Bovendien wordt in "jurisprudentie en literatuur algemeen aangenomen dat aan de persoon van de werknemer verbonden goodwill (persoonlijke goodwill), kennis en ervaring, die hij gedurende het dienstverband bij de werkgever heeft verworven, onvervreemdbaar aan die werknemer toebehoren" (Grapperhaus, 1996, blz. 399). De persoonlijke goodwill is immers een gevolg van zijn persoonlijke eigenschappen en behoort daarom niet tot het ondernemersvermogen. Bij een beroep op ongeoorloofde concurrentie is het is aan de werkgever om te bewijzen dat er sprake is bedrijfs-goodwill in tegenstelling tot persoonlijke goodwill. Een rationele werkgever, die voor de keuze staat wel of niet speciale verkoopfuncties in het leven te roepen, zal bij zulke juridische randvoorwaarden zijn cliëntengegevens niet ter beschikking willen stellen of in zijn plaats willen laten ontwikkelen zonder nadere waarborgen. Een concurrentiebeding is een effectieve juridische constructie om goodwill te beschermen. Zonder dit beding zou taakverdeling en arbeidsspecialisatie minder plaatsvinden en worden werknemers beperkt in het ontplooiën van hun kwaliteiten.

4. Samenvatting en conclusies

In de juridische literatuur wordt het concurrentiebeding overwegend zeer kritisch beoordeeld. De werknemer is niet op de hoogte van de ernstige gevolgen van het beding of is niet in de positie daarover te onderhandelen. Dit leidt tot onevenwichtige contractsbepalingen of, in economische termen, tot inefficiënte bedingen. Daarom moet het concurrentiebeding wettelijk aan banden worden gelegd.

De economische analyse laat zien dat het niet aannemelijk is dat werknemers niet op de hoogte zouden zijn van (de gevolgen van) het concurrentiebeding. Ook zijn er geen aanwijzingen dat steeds sprake is van een monopoliepositie van de werkgever. De vraag rijst dan waarom rationele, goed geïnformeerde partijen ertoe kunnen besluiten een schijnbaar inefficiënt concurrentiebeding overeen te komen.

Uit de rechtseconomische analyse van arbeidsrelaties is een aantal mogelijke verklaringen voor een concurrentiebeding af te leiden. In de *eerste* plaats kan het concurrentiebeding gebruikt worden als signaal voor de vestiging van duurzame arbeidsrelaties wanneer de werkgever over onvoldoende informatie beschikt over eigenschappen van potentiële werknemers. Afhankelijk van de kosten en

effecten van andere screeningsmethoden kan een concurrentiebeding een efficiënt middel zijn om werknemers te selecteren die duurzame arbeidsrelaties beogen.

In de *tweede* plaats kan het concurrentiebeding worden toegepast om kostbare en risicovolle heronderhandelingen over de toegevoegde waarde uit de arbeidsrelatie te voorkomen wanneer uit deze arbeidsrelatie mogelijkheden voor opportunistisch gedrag ontstaan.

In de economische en juridische literatuur wordt in de *derde* plaats soms geconcludeerd dat het concurrentiebeding dient om gedane opleidingsuitgaven terugbetaald te krijgen wanneer de werknemer voortijdig vertrekt. Deze conclusie is niet afleidbaar uit de hier gevolgde analyse: alleen onder bijzondere omstandigheden kan het efficiënt zijn een concurrentiebeding om deze reden overeen te komen.

Tenslotte kan een concurrentiebeding verklaard worden als instrument ter bescherming van het materiële en immateriële ondernemingsvermogen. Een concurrentiebeding kan een efficiënt middel zijn om waardevolle bedrijfsinformatie exclusief te houden, wat overigens niet wil zeggen dat deze bescherming van know-how ook voor de samenleving als geheel een welvaartsvoordeel oplevert. Het concurrentiebeding kan ook een efficiënt middel zijn om de gunstige reputatie van de werkgever te beschermen tegen uitbating door de ex-werknemers.

Bepaling van de wettelijke mogelijkheden om een concurrentiebeding overeen te komen zal kunnen leiden tot het zoeken naar minder efficiënte middelen om de nagestreefde werkgevers- en werknemersbelangen te behartigen en ook zullen nadelige welvaartseffecten kunnen optreden.

Literatuur

- Aumann, R.J., 1995, 'Backward induction and common knowledge of rationality', *Games and Economic Behavior*, 6-19
- Bakels, H.L., 1962, 'Privaatrechtelijke belemmeringen van de vrije keuze van dienstbetrekking', *Nederlands Juristenblad*, 725-737
- Coase, R., 1972, 'Industrial Organisation. A proposal for research', in: V.R. Fuchs (ed.), *Economic Research: Retrospective and Prospect*, National Bureau of Economic Research, Cambridge, blz. 59-73, herdrukt in R. Coase, *The Firm, the Market and the Law*, Chicago, University of Chicago Press, 1988, 57-74
- Eindrapport van de MDW-werkgroep Concurrentiebeding, Den Haag, 31 mei 1997

- Gazal, O., 1999, 'Economic Analysis of Unfair Terms in Standard Form Contracts', in Ott, Cl. en Schäfer, H.-B., *New Developments in Law and Economics*, Hamburg, University of Hamburg, 100-144
- Gilson, R.J., 1999, 'The Legal Infrastructure of High Technology Industrial Districts: Silicon Valley, Route 128, and Covenants Not to Compete', 74 *New York University Law Review*, 575-629
- Grapperhaus, F.B.J., 1995, *Werknemersconcurrentie. Beperkingen aan concurrerende activiteiten van de ex-werknemer ten opzichte van zijn voormalige werkgever*, Kluwer, Deventer
- Grapperhaus, F.B.J., 1996, 'Tolheffing bij einde dienstverband. Pogingen van de werkgever om een vergoeding te krijgen voor door de vertrekkende werknemer opgedane kennis, ervaring en vaardigheden', *Sociaal Maandblad Arbeid*, 398-407
- 't Hart, P., 1977, *Het concurrentiebeding. Concurrentie door de werknemer en de ex-werknemer*, Kluwer, Deventer
- Heijden, P.F. van der, 1988, *Grondrechten in de onderneming*, Kluwer, Deventer
- Hertog, J.A. den, 1999, 'Reversed solidarity in pension plans', *European Journal of Law and Economics*, 241-261
- Jacobs, A.T.J.M. en D.G.M. Mattijsen, 1995, 'Het concurrentiebeding in het NBW', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie*, 257-261 en 271-275
- Loonstra, C.J., 1997, Het concurrentiebeding in de arbeidsovereenkomst, VU-GA, 's-Gravenhage
- Luttmer-Kat, A.M., 1996, Zwaarder gaan drukken van het concurrentiebeding: een ongelukkig criterium, *Nederlands Tijdschrift voor Sociaal Recht*, 10-14 en 99
- Malcomson, J.M., 1997, 'Contracts, Hold-Up, and Labor Markets', *Journal of Economic Literature*, 1916-1957
- Olbers, M.M., 1991, 'Het concurrentiebeding is een onding', *Sociaal Maandblad Arbeid*, 575-589
- Posner, R.A., 1992, *Economic Analysis of Law*, Boston, Little Brown and Company
- Reitsma, A., 1999, 'Beperkt de concurrentie', *Economisch Statistische Berichten*, 26 februari 1999, 141
- Rubin, P.H. en P. Shedd, 1981, 'Human Capital and Covenants Not to Compete', 10 *Journal of Legal Studies*, 93-110
- Schwartz, A. en L. Wilde, 1979, 'Intervening in Markets on the Basis of Imperfect Information', *University of Pennsylvania Law Review*, 630-682
- Spence, M., 1973, 'Job market signaling', *Quarterly Journal of Economics* (87), 205-221
- Stephen, F.H., 1988, *The economics of the law*, Harvester Wheatsheaf, 173-184

- Stichting van de Arbeid, 1988, *Advies inzake het concurrentiebeding*, advies d.d. 5 maart 1998, nr. S.A. 98.05.0361 EB/JS, blz. 3.
- Teijl, R. en R.W. Holzhauser, 1991, *De toenemende complexiteit van het intellectuele eigendom. Een economische analyse.*, Gouda Quint, Arnhem
- Tekstra, T., 1987, 'De werking en wenselijkheid van het concurrentiebeding in de arbeidsovereenkomst', *Ars Aequi*, 63-69
- Trebilcock, M.J. en D.N. Dewees, 1981, 'Judicial control of standard form contracts', in: P. Burrows en C.G. Veljanovski, *The Economic Approach to Law*, Butterworth, London, 93-121
- Teulings, C.N., 1998, 'Een onderhandelaar als marktmeester', *Tijdschrift voor Politieke Economie*, 20(4), 12-38
- Verkade, D.W.F., 1991, 'De rol van de rechtsbeginselen in het recht van de intellectuele eigendom en de ongeoorloofde mededinging', *Ars Aequi*, 859-867
- Werf, C. van der, A. Ziegelaar en F. Schoenmakers, 1997, *Het concurrentiebeding in de praktijk*, Research voor Beleid, Leiden
- Wichers Hoeth, L., 1993, *Kort begrip van het intellectuele eigendomsrecht*, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle
- Williamson, O. E., 1985, *The Economic Institutions of Capitalism*, New York, The Free Press