

PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/200983>

Please be advised that this information was generated on 2020-10-29 and may be subject to change.

Van geen inbreuk op een recht naar inbreuk op geen recht

Naar aanleiding van bedrijfsgeheimen en de Wet bescherming bedrijfsgeheimen

Prof. mr. C.H. Sieburgh*

1. Inleiding

Donderdag 31 januari 2019. Honderd jaar geleden, het was een vrijdag, wees de Hoge Raad arrest in de zaak *Lindenbaum/Cohen*.¹ Hij oordeelde dat Cohen onrechtmatig had gehandeld door de bediende van Lindenbaum met giften en beloften over te halen om hem inlichtingen te verstrekken omtrent al hetgeen ten kantore van Lindenbaum gebeurde, hem copie te geven van de door Lindenbaum gedane offerten en opgaaf te doen van klanten, die bestellingen deden of prijsopgaven vroegen. Wat heeft dit arrest ons sindsdien gebracht? Op het gebied van de bedrijfsgeheimen valt de verjaardag van het arrest min of meer samen met de inwerkingtreding van de Wet bescherming bedrijfsgeheimen.² Deze wet betreft de implementatie van Richtlijn (EU) 2016/943.³ De Richtlijn bouwt voort op de Overeenkomst inzake de handelsaspecten van intellectuele eigendom (TRIPS-overeenkomst). Is de Wet bescherming bedrijfsgeheimen een geschikt verjaarscadeau voor een honderdjarige?

2. Wet bescherming bedrijfsgeheimen

Het terrein van Richtlijn (EU) 2016/943 en de Wet bescherming bedrijfsgeheimen raakt het terrein van de intellectuele-eigendomsrechten. Richtlijn en wet hebben tot doel innovatie en concurrentie te bevorderen. De wet heeft drie hoofdstukken. Hoofdstuk 1, Begripsbepalingen, bestaat uit art. 1. Hoofdstuk 2, Onrechtmatig verkrijgen, gebruiken of openbaar maken van bedrijfsgeheimen, heeft drie artikelen. De art. 2-4 regelen wanneer het verkrijgen, gebruiken of openbaar maken van bedrijfsgeheimen onrechtmatig is, wanneer dat rechtmatig is en op grond van welke uitzonderingen een gevorderde maatregel in geval van onrechtmatig verkrijgen, gebruiken of openbaar maken toch moet worden afgewezen. Hoofdstuk 3, Hand-

having van bedrijfsgeheimen, omvat vijf artikelen. De art. 5 en 6 bepalen welke maatregelen de voorzieningenrechter en de bodemrechter kunnen gelasten. Art. 7 regelt de factoren die door de rechter in acht genomen worden bij het beoordelen van de maatregelen. Art. 8 bepaalt welke schade de houder van het bedrijfsgeheim kan vorderen van de inbreukmaker. Art. 9 geeft de rechter de mogelijkheid te oordelen dat passende maatregelen worden getroffen tot verspreiding van informatie over de uitspraak.

Het wetsvoorstel behelst bovendien enkele wijzigingen van andere wetten. In het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering wordt voorzien in een belangrijke uitbreiding van de mogelijkheden om informatie in de procedure te beschermen.⁴ Aan titel 11, Boek 3 BW wordt art. 310d toegevoegd, dat bepaalt dat de verjaring van een rechtsvordering tot bescherming van een bedrijfsgeheim verjaart door verloop van vijf jaren na de aanvang van de dag, volgende op die waarop de houder van het bedrijfsgeheim bekend is geworden met de inbreuk op het bedrijfsgeheim, en in ieder geval door verloop van twintig jaren na de aanvang van de dag dat de inbreuk is begonnen.

De Wet bescherming bedrijfsgeheimen besteedt geen aandacht aan de mogelijke samenloop met vorderingen op grond van het algemene vermogensrecht, zoals maatregelen die stoelen op bijvoorbeeld art. 3:296,⁵ art. 6:74 e.v. en art. 6:162 e.v. BW. Evenmin wordt behandeld de mogelijkheid van beslaglegging tot afgifte op grond van art. 730 e.v. Rv.⁶

De Wet bescherming bedrijfsgeheimen versterkt de materiële-rechtelijke en de procesrechtelijke positie van de

* Carla Sieburgh is raadsheer in de civiele kamer van de Hoge Raad der Nederlanden en hoogleraar burgerlijk recht aan de Radboud Universiteit Nijmegen.

1. HR 31 januari 1919, *NJ* 1919, p. 161, m.nt. Molengraaff (*Lindenbaum/Cohen*).
 2. Wet van 17 oktober 2018, *Stb.* 2018, 369, inwerkingtreding op nader te bepalen tijdstip (op 2 december nog niet bekend).
 3. Richtlijn 2016/943/EU van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2016 betreffende de bescherming van niet-openbaar gemaakte knowhow en bedrijfsinformatie (bedrijfsgeheimen) tegen het onrechtmatig verkrijgen, gebruiken en openbaar maken daarvan (*PbEU* 2016, L 157).
 4. Voor een gedetailleerdere uitwerking van de hiervoor vermelde artikelen verwijs ik naar C. van Nispen, 'Een nieuw quasi-IE-recht in wording: het bedrijfsgeheim', *BIE* 2018, afl. 1, p. 5-9.
 5. Ik lees de richtlijn aldus (art. 1 lid 1 Richtlijn (EU) 2016/943) dat het nationale recht maatregelen waarin de richtlijn niet voorziet mag aanvullen. Anders klaarblijkelijk W. Pors, 'Het wetsvoorstel bescherming bedrijfsgeheimen – ruimte voor verbetering', *IEF* 17444, www.ieforum.nl, p. 2.
 6. Punt 39 van de Considerans bij Richtlijn (EU) 2016/943 stelt dat indien het toepassingsgebied van Richtlijn 2004/48/EG van 29 april 2004 betreffende de handhaving van intellectuele-eigendomsrechten en dat van de onderhavige richtlijn elkaar overlappen, de onderhavige richtlijn als *lex specialis* voorrang krijgt.

houder van bedrijfsgeheimen.⁷ Maar in hoeverre boogt de wet op een overtuigende verankering in het vermogensrecht?

3. Begripsbepaling

Met art. 1 valt de Wet bescherming bedrijfsgeheimen met de deur in huis. Het artikel definieert het bedrijfsgeheim, de houder van het bedrijfsgeheim, de inbreukmakende goederen en de inbreukmaker. Vertaald naar de begrippen gebezigd in deze wet was Lindenbaum een houder van bedrijfsgeheimen, was hetgeen de bediende van Lindenbaum aan Cohen doorspeelde bedrijfsgeheim en was Cohen een inbreukmaker. Dat is voor de fijnproever een verrassende wending. In 1919 was de spanning in de casus *Lindenbaum/Cohen* onder meer erin gelegen dat geen sprake was van onrechtmatigheid omdat het gedrag van Cohen niet viel onder een van de onrechtmatigheidscategorieën die destijds werden onderkend: strijd met de wet of inbreuk op een recht. Om die reden zou de onrechtmatigheid naar de in de eerste weken van het jaar 1919 nog geldende lezing van het recht ontbreken aan het handelen van Cohen. Het handelen van Cohen was, evenals het handelen van de onvolprezen diva van het burgerlijk recht, de Zutphense juffrouw, weliswaar hoogst stuitend,⁸ het was niet in strijd met de wet en het was evenmin een inbreuk op een recht en dus niet onrechtmatig. In zijn arrest *Lindenbaum/Cohen* oordeelde de Hoge Raad dat gedrag ook onrechtmatig kan zijn als het in strijd is met de zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer betaamt.

Nadat de Wet bescherming bedrijfsgeheimen in werking zal zijn getreden, is het handelen van Cohen aan te merken als het onrechtmatig verkrijgen van een bedrijfsgeheim als bedoeld in art. 2. De onrechtmatigheid wordt daaraan niet ontnomen door een van de in art. 3 genoemde gronden. De vordering van Lindenbaum zal niet worden afgewezen om een van de in art. 4 genoemde redenen. Het is onzeker of de door Cohen verhandelde drukwerken als inbreukmakende goederen moeten worden beschouwd. Voor een aantal van de in art. 5 en 6 genoemde maatregelen is dan ook onzeker of Lindenbaum deze toegewezen zou krijgen. Lindenbaum kan op grond van art. 8 zijn schade vergoed krijgen als Cohen wist of

had moeten weten dat hij onrechtmatig een bedrijfsgeheim verkreeg, gebruikte of openbaar maakte.

Als een houder van een bedrijfsgeheim naar aanleiding van het handelen van een inbreukmaker iets wil dat de Wet bescherming bedrijfsgeheimen niet biedt, kan hij terugvallen op het algemene vermogensrecht. Art. 6:162 BW kan bijvoorbeeld aanvullende bescherming bieden als een bedrijfsgeheim zonder toestemming is verkregen door middel van onbevoegde toegang (art. 2 lid 1 aanhef en onderdeel a Wet bescherming bedrijfsgeheimen) terwijl de inbreukmaker niet wist of had moeten weten dat hij onrechtmatig een bedrijfsgeheim verkreeg.⁹ Onder het regime van art. 6:162 BW kan de inbreukmaker in zo'n geval toch gehouden zijn de schade te vergoeden als zijn onrechtmatige daad krachtens verkeersopvattingen voor zijn rekening komt.

4. Beroep op het algemene vermogensrecht

Indien een hedendaagse Lindenbaum zich zou beroepen op art. 6:162 BW, valt het handelen van Cohen in de onrechtmatigheidscategorie 'strijd met de wet' (de Wet bescherming bedrijfsgeheimen), en duidt die wet Cohen als inbreukmaker. Dat de wetgever in de Wet bescherming bedrijfsgeheimen heeft gekozen voor het begrip 'inbreukmaker' doet de vraag rijzen of het onrechtmatig verkrijgen, gebruiken of openbaar maken van een bedrijfsgeheim in de terminologie van het algemene vermogensrecht een inbreuk is op dat bedrijfsgeheim en of het bedrijfsgeheim (dus) een subjectief recht is. Een daaraan verwante vraag is of de wettelijke omschrijving 'houder van het bedrijfsgeheim is de persoon die rechtmatig over een bedrijfsgeheim beschikt' wellicht ook in die richting wijst. En in het verlengde daarvan is er de vraag of het bedrijfsgeheim een vermogensrecht is dat kan worden overgedragen. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat het antwoord op al deze vragen 'nee' is. Het bedrijfsgeheim is geen absoluut recht, het is niet een exclusief (vermogens)recht,¹⁰ het is geen IE-recht en ook geen sui generis recht;¹¹ het is geen subjectief recht als bedoeld in art. 6:162 BW. Het bedrijfsgeheim is niets meer dan het recht van de houder tot het mogen instellen van een vordering.¹² De houder van een bedrijfsgeheim is niet de in Boek 3 BW bedoelde houder en met (over een bedrijfsgeheim) beschikken is slechts bedoeld het hebben van informatie. Overdracht van een

7. C. van Nispen, 'Een nieuw quasi-IE-recht in wording: het bedrijfsgeheim', *BIE* 2018, afl. 1, p. 9.

8. Molengraaff gebruikte in zijn noot bij het arrest verschillende bewoordingen: afschrikwekkend voorbeeld, verbijsterende uitkomst, het onhoudbare van de enge uitlegging, een niet minder ergerlijk geval. In 'De "oneerlijke concurrentie" voor het forum van de Nederlandschen rechter', *Rechtsgeleerd Magazijn* 1887, p. 392 verwees hij naar '(tot) onhoudbare, het rechtsgevoel kwetsende, ja inderdaad demoraliserende resultaten'.

9. Art. 8 Wet bescherming bedrijfsgeheimen is de implementatie van art. 14 lid 1 Richtlijn (EU) 2016/943. Op grond van art. 1 lid 1 Richtlijn (EU) 2016/943 staat het lidstaten vrij op dit punt meer bescherming te bieden. Dat geldt niet als het gaat om een schadevergoeding die in de plaats komt van een maatregel tegen een inbreukmaker die niet wist en behoefde te weten dat het bedrijfsgeheim op een onrechtmatige manier werd verkregen of gebruikt (art. 7 lid 5 Wet bescherming bedrijfsgeheimen en art. 13 lid 3 jo. art. 1 lid 1 Richtlijn (EU) 2016/943).

10. Punt 16 van de Considerans bij Richtlijn (EU) 2016/943 stelt dat gezien het belang van innovatie en om de concurrentie te bevorderen, de richtlijn geen exclusieve rechten op knowhow of informatie mag vaststellen.

11. *Kamerstukken II* 2017/18, 34821, 3, p. 4 en 16-17. De wetgever had in dit opzicht andere keuzes kunnen maken. Zie daarover P.J. van der Korst, 'Bedrijfsgeheimen: vanaf 2018 wettelijk geregeld', *Ondermemingsrecht* 2017/48.

12. Deze benadering omzeilt het probleem te moeten duiden wat het te beschermen belang of recht precies behelst. Deze strategie wordt in het Unierecht vaker gevolgd. Een ander voorbeeld is dat voor het aannemen van buitencontractuele aansprakelijkheid voor de schending van een regel van Unierecht, vereist is dat die regel bedoeld is om rechten toe te kennen aan particulieren. Wanneer is een regel bedoeld om rechten toe te kennen aan particulieren? Als zij aan de schending van zo'n recht een vordering tot vergoeding van schade kunnen ontlenuen. Zie hierover C.H. Sieburgh, 'EU-law and non-contractual liability of the Union, Member States and individuals', in: A.S. Hartkamp e.a. (red.), *The Influence of EU Law on National Private Law*, Deventer: Kluwer 2014, p. 532-534.

bedrijfsgeheim is niet mogelijk.¹³ En degene die het bedrijfsgeheim onrechtmatig verkrijgt, gebruikt of openbaar maakt, is inbreukmaker zonder dat hij inbreuk op een recht maakt omdat het bedrijfsgeheim geen recht is in de zin van art. 6:162 BW.¹⁴

Dat de wetgever desalniettemin de min of meer gemunte begrippen ‘houder’ en ‘inbreuk’ hanteert is dan ook misleidend. Zoals Van Nispen opmerkt: ‘Hier wreekt zich (...) dat in de memorie van toelichting elke notie over de vermogensrechtelijke inpassing van (de bescherming van) bedrijfsgeheimen ontbreekt.’¹⁵

5. Nadelen karige conceptuele fundering

Nu wordt aangenomen dat de Wet bescherming bedrijfsgeheimen de positie van de houder van een bedrijfsgeheim versterkt, is de vraag of de karige conceptuele fundering waarop de wet berust een probleem is dat de moeite van het overdenken waard is. Ik meen dat dit het geval is. Daarvoor heb ik twee redenen. De eerste is dat de wet niet voorziet in een uitputtende bescherming van het bedrijfsgeheim en dat de houder van een bedrijfsgeheim voor aanvullende bescherming terug zal vallen op het algemene vermogensrecht. Het is voor het inzicht in de precieze bescherming die de wet wel en niet biedt, niet verhelderend dat bij een beroep op het algemene vermogensrecht in een ander begrippenkader moet worden gedacht. De tweede reden hangt samen met het systeem van het algemene vermogensrecht als zodanig en het effectief functioneren ervan. Met dat systeem kunnen we uit de voeten. Hoe meer in bijzondere wetten of op deelterreinen van het recht wordt gesproken in termen die bekend zijn uit het vermogensrecht maar waaraan een andere betekenis wordt toegekend, des te minder actoren weten wat het recht hun heeft te bieden en wat ervoor nodig is om daaraan bescherming te ontnemen. Onduidelijkheid kan ertoe leiden dat minder bescherming overblijft. In ander verband heb ik het belang van een zorgvuldige afstemming van vorm en inhoud geïllustreerd aan de hand van de eigendom van en het daaraan gepaarde retentierecht op voetballers.¹⁶

Uiteraard is een plastische aanwending van regels en begrippen die het positieve recht biedt van groot belang. Het recht is er voor de mensen en niet andersom. Het moet inspringen op hetgeen de samenleving aanreikt. Voordat de strijd met de zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer betaamt in 1919 aan de gronden voor onrechtmatigheid werd toegevoegd, functioneerde het inbreukcriterium bijvoorbeeld als een flink absorberend duizenddingendoekje. Dikwijls slaagde een eiser erin zijn vordering te duiden in termen van inbreuk en kreeg op die wijze de schade vergoed die was veroorzaakt door gedrag dat in strijd was met de zorgvuldigheid.¹⁷ Die vlieger ging in de dagen van de Zutphense juffrouw niet op en voor Lindenbaum was evenmin heil gelegen in de inbreuk. Toch werd gedrag dat onzorgvuldig was ook na het wijzen van het arrest *Lindenbaum/Cohen* nog dikwijls geduid als inbreuk. En vorderingen die berustten op door onzorgvuldigheid veroorzaakte schade werden gehuld in het kleed van de rechtsinbreuk en door rechters toegewezen.¹⁸

Tegen het wenselijke resultaat daarvan bestaat geen bezwaar. Wat van belang is te constateren, is dat het duiden van gedrag als (onrechtmatig wegens) inbreuk niet meebrengt dat uit het belang dat door dat gedrag is geschaad of beperkt daadwerkelijk een subjectief recht ontstaat.¹⁹ Het bedrijfsgeheim is geen subjectief recht, het is een in het maatschappelijk verkeer in acht te nemen belang.²⁰ Er kan dan ook niet op worden vertrouwd, dat de handeling die een dergelijk belang beperkt in beginsel onrechtmatig is. Deze constatering is van belang voor het kunnen overzien van de rechtsgevolgen van een beperking van het desbetreffende belang. Het recht van de houder van een bedrijfsgeheim is beperkt tot het mogen instellen van een vordering. Ook andere rechten dan het bedrijfsgeheim waarop in de volksmond inbreuk wordt gemaakt, lenen zich niet altijd voor het maken van inbreuk. Zo zijn een domeinnaam of vrijheid van meningsuiting geen subjectieve rechten maar belangen. Het aan die belangen toe te kennen gewicht hangt af van het gewicht dat een ander belang daar tegen in kan brengen.²¹

13. *Kamerstukken II* 2017/18, 34821, 3, p. 4.

14. Anders: E. van Vliet, ‘Het wetsvoorstel Wet bescherming bedrijfsgeheimen’, *TRA* 2018/40, onder 6.

15. C. van Nispen, ‘Een nieuw quasi-IE-recht in wording: het bedrijfsgeheim’, *BIE* 2018, afl. 1, punt 13, p. 5. Zie over het gebrek aan afstemming met het algemene vermogensrecht en met het IE-recht van het begrippenkader dat is gekozen in de wet ook M. Schut & S. van Loon, ‘Bescherming van knowhow in Nederland: huidige stand van zaken en vooruitblik aan de hand van de ontwerp richtlijn bescherming bedrijfsgeheimen – Deel I en Deel II’, *BIE* 2014, afl. 7/8, p. 157 e.v., *BIE* 2014, afl. 9, p. 180 e.v.; M. Schut, ‘Enkele opmerkingen bij de (aankomende) Wet bescherming bedrijfsgeheimen’, *BIE* 2018, afl. 2, p. 54 e.v.; R. Mellenbergh & E.A. Zonnenberg-Mellenbergh, ‘Bedrijfsgeheimen in vermogensrechtelijke perspectief’, *WPNR* 2018, afl. 7213, p. 811 e.v.

16. C.H. Sieburgh, ‘Van persoonlijke zekerheid naar zekerheid op personen? Ook vorm is inhoud’, in: H.J. van Kooten e.a. (red.), *Hartkamp-varianties*, Deventer: Kluwer 2006, p. 98 e.v.

17. G.E. van Maanen, *Onrechtmatige daad* (diss. Groningen), 1986, p. 95 en 151-154.

18. Zie voor de bespreking van een aantal casus vanuit het perspectief van onzorgvuldigheid die als inbreuk werd geduid C.H. Sieburgh, ‘Wat is rechtsinbreuk?’, *NJB* 1997, afl. 14, p. 631-632.

19. Deze omkering van de redenering is opgemerkt en bekritiseerd door E.M. Meijers, *Algemene Begrippen*, Leiden: Universitaire Pers Leiden 1958, p. 71 in zijn historische uiteenzetting over het subjectieve recht.

20. Dat blijkt ook uit Richtlijn (EU) 2016/943 en de Wet bescherming bedrijfsgeheimen, waarin veeleer wordt getracht om bepaalde belangenafwegingen te reguleren dan dat daarin een bepaalde rechtspositie programmatisch voorop wordt gesteld. Zie over het inbreukcriterium als logisch sequel van de vermogensrechtelijke erkenning van een subjectief recht C.H. Sieburgh, ‘Wat is rechtsinbreuk?’, *NJB* 1997, afl. 14, p. 628 e.v. en *Toerekening van een onrechtmatige daad* (diss. Groningen), 2000, p. 61 e.v. en, recent, E.F. Verheul, ‘Rechtsinbreuk en onrechtmatigheid’, *WPNR* 2018, afl. 7215.

21. Zie voor de domeinnaam HR 30 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2221 en HR 11 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3554, *NJ* 2016/79, m.nt. D.W.F. Verkade (*Artiestenverloningen/Prae Artiestenverloning*).

6. Nadelen gebrek aan positionering in bestaande nationale recht

De wet bescherming bedrijfsgeheimen is niet alleen conceptueel weinig doordacht, zij biedt evenmin inzicht in de verhouding van de daarin neergelegde bijzondere regeling van onrechtmatigheden en onrechtmatigheid naar algemeen vermogensrecht. Over het construeren van mogelijkheden tot aanvulling en de beperkingen die daaraan door Richtlijn (EU) 2016/943 worden gesteld wordt gezwegen. Dit versterkt het beeld van een wetgever die de richtlijn min of meer slaafs nabootst, niet ingaat op de verhouding van deze regeling tot andere Unierechtelijke regelingen en de implementatie daarvan en tot het algemene vermogensrecht. Hij laat de conceptuele analyse en het echte juridische denkwerk over aan de praktijk en de wetenschap. Een werkwijze die geen uitzondering is. Ik beperk mij tot voorbeelden uit Boek 6 BW: titel 3, afdelingen 3 (Produktenaansprakelijkheid), 3A (Oneerlijke handelspraktijken) en 3B (Schending van het mededingingsrecht) en titel 5, afdelingen 2A (Informatie over dienstverrichters en hun diensten naar aanleiding van de Dienstenrichtlijn) en 2B (Bepalingen voor overeenkomsten tussen handelaren en consumenten). De wetgever brengt zijn positie in zijn verhouding tot de Europese Unie in veiligheid maar laat de rechtsvorming over aan partijen, hun advocaten en de rechterlijke macht.

7. Een passend verjaarscadeau?

Dan nu de vraag of de Wet bescherming bedrijfsgeheimen een geschikt verjaarscadeau is voor een honderdjarige. Vanuit conceptueel oogpunt is zij dat niet. Vanuit het ideaal van een doordachte positionering van de regeling in het geheel van het bestaande nationale recht is zij dat zo mogelijk nog minder. Door zo weinig aandacht te besteden aan de materiële implementatie van de richtlijn in het nationale recht, is onduidelijk of, en zo ja hoe, de Wet bescherming bedrijfsgeheimen grenzen stelt aan het algemene vermogensrecht of daarop in de vorm van een aantal specifieke regels een aanvulling is. De wetgever heeft de grenzen van zijn eigen rechtsvormende taak in geen enkel opzicht opgezocht en geeft daardoor met de Wet bescherming bedrijfsgegevens ruim baan aan de rechtsvormende kracht van de rechtspraak en appelleert aan de rechtsvormende taak van de rechter. Aldus schuift de wetgever verantwoordelijkheden af. Dat past niet bij de viering van het eeuwfeest van een arrest dat ‘in belangrijkheid tegen de invoering van een geheel nieuw boek in het Burgerlijk Wetboek opweegt’.²²

22. E.M. Meijers, noot onder HR 31 januari 1919, *WPNR* 1919, afl. 2564, p. 66.