

IE Diner 24 januari 2019, Rogier de Vrey

For your ears only

Ik zou eigenlijk moeten fluisteren, maar ik vrees dat u mij dan niet kan verstaan, zeker niet achterin. Fluisteren, omdat ik het met u wil hebben over geheime genootschappen. Ik besef mij het risico dat ik neem, door dit onderwerp vanavond, zo openlijk, aan te snijden. Met alle eeuwenoude, op strikte geheimhouding geënte afspraken die in die werelden spelen, is het een doodzonde om zo in de openbaarheid te spreken over zo'n onderwerp (al beperk ik mij tot u als illuster gezelschap vanavond). Ik neem dit risico. Wellicht dat de borrel die ik net heb gedronken mij heeft geholpen bij het aanvaarden van dit risico.

Geheime genootschappen bestaan al sinds mensenheugenis. Vele van u zullen bekend zijn met de Illuminati, zeker door de boeken van Umberto Eco en Dan Brown. Complotdenkers zien hen als de grondleggers van de Nieuwe Wereldorde, die de macht over de hele wereld zouden willen verkrijgen. Maar denk ook aan de Zwarte Hand, die een rol zou hebben gespeeld in de aanzet tot de 1^e wereldoorlog. Of denkt u aan de – alleen al door de films – toch vrij populaire Mafia. Er zijn ook moderne, ultra geheime online genootschappen. Cicada 3301 (niemand weet wie het zijn) werft via het internet codekrakers. Dat doen zij door de meest ingewikkelde puzzels online te zetten die alleen door de besten gekraakt kunnen worden, met het doel om deze personen in te zetten voor cryptografie en cryptocurrency doeleinden. En vergeet niet dat op dit moment een geheime groep invloedrijke Britse politici actief is; "*Plotters who try to hijack the Brexit process*" als ik de BBC mag geloven.

En wij dan hoor ik u denken? Gelukkig hebben ook wij sinds kort binnen onze IE wereld onze eigen geheime club: de "*confidentiality club*". Sterker nog, deze is al in de wet verankerd, wat het – dat geef ik toe – wel iets minder geheimzinnig maakt. Ik doel op de wet bedrijfsgeheimen.

Maatregelen tot geheimhouding in procedures zijn niet nieuw. De wet biedt al jaren de mogelijkheid inzage van vertrouwelijke stukken tot de rechter te beperken, of een mededelingsverbod op te laten leggen. Maar dit verbod is beperkt tot procespartijen (geen deskundigen en getuigen of andere aanwezigen) en ziet niet op *gebruik* van de informatie. De wet bedrijfsgeheimen introduceert een openbaarmakingsverbod die deze beperkingen niet heeft.

Bij al deze geheimhoudingsmaatregelen speelt een afweging van factoren. Het recht op bescherming van de vertrouwelijkheid, het recht op een doeltreffende voorziening, maar anderzijds, ook het recht op een eerlijk proces en het recht op hoor en wederhoor. Daarom schrijft de wet bedrijfsgeheimen voor dat ten minste één natuurlijk persoon van elke partij en de advocaten of andere vertegenwoordigers van partijen toegang dienen te hebben tot de vertrouwelijke informatie. En daarmee hebben wij onze eigen confidentiality club. In

Nederland onbekend; in sommigen andere landen een bekend genootschap, neem bijvoorbeeld Engeland. Al kennen zij daar ook een "external eyes only" confidentiality club ("EEO club", klinkt wel een beetje extra religieus), dus zonder de 'internal eyes' (natuurlijke persoon) van de tegenpartij. Deze EEO club is overigens een hoge uitzondering na de Delta/Zyxel uitspraak van de High Court van afgelopen jaar.

Ergens in de parlementaire geschiedenis is er op dit punt nog een amendement Veldman aangenomen, zonder uitgebreid debat overigens. Dit amendement maakt bij procedures die *niet* over inbreuk van bedrijfsgeheimen gaan, het tóch mogelijk om de toegang tot bedrijfsgeheimen te beperken tot enkel advocaten (wat verder gaat dan de richtlijn). In Nederland hebben wij daarmee toch ook een "external eyes only" confidentiality club. Op zich mooi voor o.a. octrooizaken. Toch plaats ik wel een vraagteken bij deze "external eyes only" variant, mede gezien de expliciete afweging die op dit punt is gemaakt in de richtlijn bedrijfsgeheimen en het fair trial vereiste uit het EVRM.

De nieuwe bedrijfsgeheimenwet biedt dus veel moois. Een exclusieve confidentiality club. Maar er is nog meer. Het nieuwe beschermingsregime is stiekem best breed. Voor bedrijfsgeheim geldt een brede definitie. Ook niet inventieve informatie, zoals marketingplannen valt eronder. Ook als deze niet meer geheim is maar nog wel lastig toegankelijk. Een bescherming die in principe eeuwigdurend is (mits niet onafhankelijk ontdekt). Op veel vlakken voelt het als een quasi IE-recht. Inbreukverbod, schadevergoeding, veroordeling in de redelijke en evenredige gerechtskosten (al is deze wel wat meer beperkt dan 1019h Rv).

Met name is interessant de mogelijkheid om maatregelen te nemen tegen 'inbreukmakende goederen'. Om in die categorie te vallen is het voldoende als er een aanzienlijk voordeel wordt behaald door het gebruik van een bedrijfsgeheim, bijvoorbeeld bij de productie, het ontwerp, het in de handel brengen, e.d. van een product. Wat betekent dat, aanzienlijk voordeel? Stel dat een aanbieder van vrachtwagens die inschrijft op een aanbesteding, op onrechtmatige wijze achter de prijsstelling van de concurrent komt en door er *nét* onder te zitten de aanbesteding wint. Heeft hij dan door het onrechtmatig verkregen bedrijfsgeheim voordeel genoten bij het uitleveren van de vrachtwagens aan de aanbestedende dienst? Zijn de vrachtwagen inbreukmakende goederen? En als het gestolen bedrijfsgeheim ziet op een efficiënte inrichting van een productieproces, waardoor uitzetramen goedkoper kunnen worden geproduceerd. Zijn de uitzetramen dan inbreukmakende producten? Een bescherming dus die mogelijk verder kan gaan dan IE rechten. Dit zal wel een kwestie van bewijs worden.

Nederland had nog verder kunnen gaan bij de implementatie van de richtlijn. Oprekking van de verjaringstermijn voor inbreuken van 5 naar 6 jaar. Introductie van een mogelijkheid voor de houder van het bedrijfsgeheim om te verzoeken dat de inbreukmakende goederen aan een liefdadigheidsorganisatie worden overhandigd. Deze mogelijkheden zijn niet in de wet

gekomen (ik denk voor wat betreft de laatste optie, omdat de behandeling van het wetsvoorstel niet tijdens de kerstperiode heeft plaatsgevonden).

Maar al met al een in potentie sterk beschermingsregime. En juist daarom is het een beetje gek dat dit onderwerp in de praktijk niet zo heel veel aandacht lijkt te krijgen. Waarom is dat zo? In de VS is het al jaren een groot ding (federal, state, common law). Is het de timing? Brexit? Of misschien wel de concurrentie met andere wetgeving. En ja, dan kijk ik naar de GDPR regels. Zo weinig aandacht wordt besteed aan bedrijfsgeheimen, zo ontzettend veel aan privacy/GDPR. Mijn analyse is dat dit gewoon een geval is van gebrekkige PR.

Privacy-by-design. Zo'n mooie catchy naam. Wat hebben de bedrijfsheime daartegen te bieden? Waarom lanceren wij ook niet secrecy-by-design? Immers, wil een bedrijf wat aan zijn bedrijfsgeheimen hebben, dan moet de geheimhouding geheel in de bedrijfsprocessen en bedrijfsvoering zijn geïntegreerd. Niets ten nadele van het belang van privacy, maar we moeten gewoon dit terrein terugkapen. Privacy-by-design? Bam, wij hebben Secrecy-by-design. Jullie hebben hoge boetes? Bam, wij hebben de "Verdamper". Rekent u maar uit. Besteedt u geen belang aan uw bedrijfsgeheimen, dan loopt u het risico dat een belangrijke post op uw balans wegvalt. Bedrijfsgeheimen vertegenwoordigen vaak de echte rijkdommen van een onderneming. Maak bedrijfsgeheimen een ding! We moeten eigenlijk dat effect krijgen van de hyena's bij de Lion King (Mufasa!).

Maar goed. Hoe zal het nu echt verlopen met de bedrijfsgeheimen? Past het nog wel in deze tijdsgeest? Open source. Tesla deelt haar uitvindingen. Delen is het nieuwe hebben. De tijd zal het leren of bedrijfsgeheimen populair worden. Mooi is het wel, zeker door de confidentiality club, dat geheime exclusieve karakter. Een geheim genootschap.

Ik heb wat uit de school geklapt over mijn gedachten over deze geheime zaken. Ik leef nog steeds. Het risico dat ik in het begin van mijn verhaal signaleerde, heeft zich gelukkig niet verwezenlijkt. Alhoewel, het kan nog goed zijn dat als ik straks een hapje neem het anders met mij verloopt (vergiftiging door de Assasijnen bijvoorbeeld). Ach, ik rust mij met de gedachte dat ik in ieder geval de avond tot dat moment genoten heb met uw aanwezigheid. Ik dank u.
