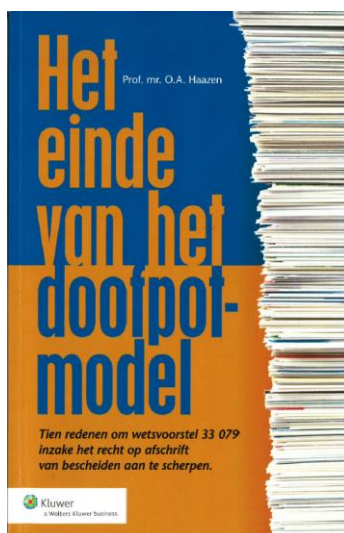


Het einde van het doofpotmodel

Wouter Pors, Bird & Bird

IE-diner 30-1-2020

Ik heb de titel van mijn pleidooi voor vanavond niet zelf bedacht. Het is de titel van een boekje van prof. mr. O.A. Haazen uit 2013, waarin hij pleit voor de invoering van disclosure (of, zo u wilt, discovery) in Nederland.¹ Ik pleeg dus geen plagiaat, maar heb een rechtvaardiging om met Haazen's veren te pronken.



In de komende 10 minuten ga ik napleiten. Maar, dat is niet gericht op mijn tegenpleiters in de zaken waar ik op zal doelen. Zij hebben hun werk uitstekend gedaan en de rechters gebruikt om mijn cliënten en mij het leven lastig te maken. Het napleiten is dus vooral gericht op die rechters. Bovendien gaat het niet – of tenminste niet alleen – om mijn zaken, maar om de zaken van alle rechthebbenden en, zoals dat tegenwoordig heet, rechtmatige houders van bedrijfsgeheimen die het bewijs van inbreuk rond proberen te krijgen en dan liefst voordat hun advocaten met pensioen gaan.

¹ O.A. Haazen, Het einde van het doofpotmodel. Tien redenen om wetsvoorstel 33 079 inzake het recht op afschrift van bescheiden aan te scherpen, Deventer 2013.

Ik heb altijd gedacht dat discovery niet zo'n goed idee was en zaken erg complex en duur zou maken. Tegelijkertijd rust de stelplicht en bewijslast van inbreuk op de rechthebbende, die heel vaak in bewijsnood verkeert. Iedereen in deze zaal zal het met de Europese Commissie, de WTO en de Nederlandse wetgever eens zijn dat het belangrijk is om intellectuele eigendom en bedrijfsgeheimen te beschermen. Dat moet ook effectief kunnen gebeuren.

De Europese Commissie realiseerde zich dat de rechthebbende daarvoor ook de instrumenten moet hebben en ging in de Lidstaten daarnaar op zoek. Men vond in België en Frankrijk de *saisie-contrfaçon*, in Italië de *descrizione* en in iets mindere mate de Anton Piller Order in het Verenigd Koninkrijk, die allemaal snel en effectief toegang tot het bewijsmateriaal verschaffen.² Dit werd in 2004 opgenomen in de Handhavingsrichtlijn. De mantra van de Richtlijn staat in overweging 10:

“Het doel van deze richtlijn is de onderlinge aanpassing van deze wetgevingen ten einde een hoog, gelijkwaardig en homogeen niveau van bescherming in de interne markt te waarborgen.”

Ik leg nu maar even de nadruk op “hoog niveau van bescherming”. Dat moet dan ook nog eens gelijkwaardig zijn aan en homogeen met wat in België, Frankrijk, Italië en het Verenigd Koninkrijk al bestond.

Het bewijsbeslag was geboren, maar de schepper van het bewijsbeslag vergat iets. In de Richtlijn staan wel wat algemene uitgangspunten, maar de procedure is niet uitgewerkt en daarmee was de toegang tot het bewijsmateriaal helaas niet gegarandeerd. Dat zouden de nationale wetgevers natuurlijk wel doen, een Richtlijn is immers slechts een set basisprincipes, uit te werken in het nationale recht.

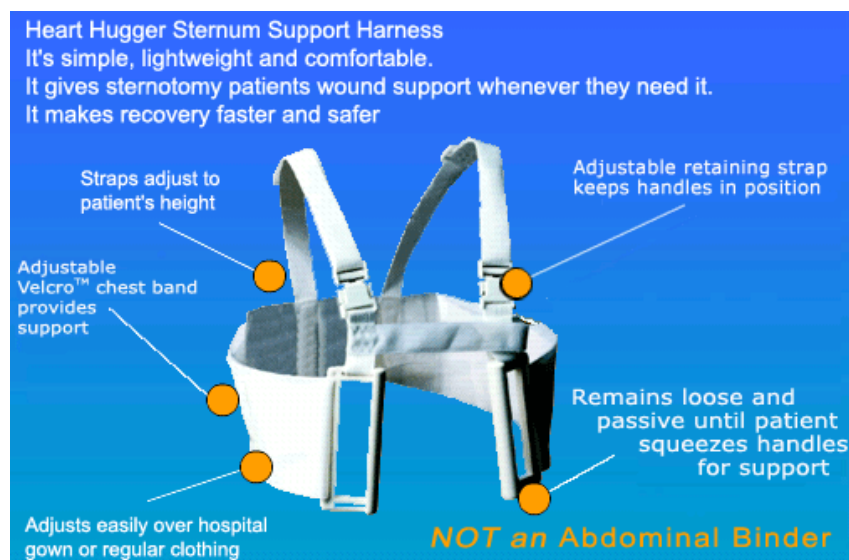
Helaas, de (Nederlandse) wetgever was lui en beperkte zich tot het overpennen van de tekst van de Richtlijn in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.³ De rechter kreeg van de wetgever geen

² Zie voor een beschrijving M. Senftleben en N.Q. Dorenbosch, Bewijsbeslag in vergelijkend perspectief, BIE 2016, p. 50 – 60.

³ Zie ook C.J.J.C. van Nispen, Bewijsbeslagen in en buiten IE, BIE 2015, p. 234 – 239, met name p. 236 rechterkolom.

verdere instructies hoe het bewijsbeslag en vooral de inzage in het in beslag genomen materiaal moest worden uitgevoerd.

De nieuwe wet trad in werking op 1 mei 2007 en er werd meteen gretig gebruik van gemaakt. De eerste bewijsbeslagen waren heel succesvol. Zelf vroeg ik op 16 april 2008 aan de Rechtbank Utrecht namens General Cardiac Technology Inc verlof om bewijsbeslag te leggen in verband met de octrooi- en merkrechten op de Heart Hugger, een nuttig medisch hulpmiddel dat gebruikt wordt na openhartoperaties.



Het ging mij niet alleen om het bewijs van inbreuk door een licentienemer die zijn omzet deels verzwieeg, maar ook om de omvang van de inbreuk. Uit de administratie van de inbreukmaker zou immers blijken hoeveel royalties hij ten onrechte niet had afgedragen. De rechtbank wees dat allemaal blijmoedig toe, zij het dat het materiaal op mijn verzoek vooralsnog bij de deurwaarder zou blijven.

In een incidentele vordering in de hoofdzaak vorderden Sascha Schalkwijk en ik in Den Haag inzage in het bewijsmateriaal. Mr. Hensen vond het wel wat bijzonder dat dit zou gaan om de omvang van en het gewin bij de inbreuk, maar ja, dat had de Rechtbank Utrecht nu eenmaal toegestaan. Ter zitting ging de gedaagde er mee akkoord dat accountants zouden rapporteren over de jaarlijkse afzet en zo werd op

18 februari 2009 gevonnist.⁴ Er waren nog allerlei juridische discussies, maar die werden doorgeschoven naar de hoofdzaak.

Het rapport kwam er en was een goede basis voor een geldvordering. Nog voordat in eerste aanleg eindvonnis kon worden gewezen ging de voormalige licentienemer failliet. Eind goed al goed.

Hoe anders ziet de wereld er 10 jaar later uit. Waren Wim Maas, Carreen Shannon en Charlotte de Boer in 2013 in hun boek “De handhavingsrichtlijn” nog optimistisch over de inzagevordering, waaraan zij niet eens zoveel pagina’s besteedden, nu is die inzage het grote struikelblok in de bewijsvoering geworden. In 2016 waarschuwde Wim Maas daar ook al voor, al is volgens hem het kalf op dat moment nog niet verdronken.⁵ Helaas is de zeespiegel intussen verder gestegen.

In hun ijver om de gerechtvaardigde belangen van de beslagene te beschermen werpen de rechters steeds meer obstakels op. Van Nispen waarschuwde daar al voor in 2010.⁶ Aan de beslaglegger worden voor inzage in het bewijsmateriaal steeds hogere eisen gesteld. Als de deurwaarder, vaak met behulp van een ICT-bedrijf en ook nog een octrooigemachtigde, een hele hoop relevante documenten en bestanden aantreft leidt dat bij de rechter niet tot het besef dat het dus wel eens om heel grootschalige inbreuk zou kunnen gaan, maar juist tot een aandrang om veronderstelde bedrijfsgeheimen van de inbreukmaker te beschermen. Het gekke is daarbij dat van de beslaglegger die zijn bedrijfsgeheimen wil handhaven wordt gevraagd om die gedetailleerd te beschrijven, maar dat de inbreukmaker die zich zonder nadere specificatie op bedrijfsgeheimen beroept nagenoeg op zijn woord wordt geloofd.

Wat stond er ook alweer in overweging 10 van de Handhavingsrichtlijn?

⁴ Vzr Rb Den Haag 18-2-2009, *General Cardiac Technologies / Exim Holland*, te vinden op IE-forum.

⁵ W. Maas, Het bewijsbeslag in IE-zaken; het kalf is nog niet verdronken, BIE 2016, p. 311 – 317.

⁶ C.J.J.C. van Nispen, De strekking van het bewijsbeslag: enkel bewaren of ook vergaren? BIE 2010. P. 210 – 216. Anders: A.M. Verschuur, Niet vergaren maar bewaren (Reactie op BIE 2010, p. 210-216), BIE 2010, p. 312 – 316.

Hoe meer moeite de inbreukmaker doet om zijn handelingen te verbergen, bijvoorbeeld door die over verschillende vennootschappen te verspreiden, eventueel met tussenkomst van wetenschappers die ook wel een lucratieve spin-off willen opzetten, hoe lastiger het voor de rechthebbende wordt. Soms leidt dat tot een jarenlange Sisyphus-arbeid. Heb je dan eindelijk ontdekt waar het bewijs zich bevindt, beslag gelegd en het materiaal zorgvuldig laten selecteren, dan loop je ook nog het risico dat de rechter zegt dat de zaak dus niet meer spoedeisend genoeg is voor een inzagevordering in kort geding. U begrijpt, nu ben ik aan het napleiten. Gelukkig is dit vonnis nog niet gepubliceerd.⁷

Mijn tegenpleiters zullen het overigens met mij eens zijn; zij zitten immers ook vaak aan de kant van de rechthebbende en moeten dan ook die moeizame strijd voeren.⁸ Hoeveel inspanning, kosten en in complexere zaken ook tijd de opbouw van een zaak kost moet niet onderschat worden, maar de rechters lijken dat vaak niet te zien.

Ik kan mij niet aan de indruk onttrekken dat de rechters hier teveel verzanden in juridische fijnslipperijs en de economische realiteit uit het oog verliezen. Immers, als er geen reële mogelijkheid is om intellectuele eigendomsrechten tegen redelijke kosten binnen een redelijke termijn op effectieve wijze te handhaven zullen bedrijven Nederland en de Nederlandse rechter gaan mijden.

Er zijn drie mogelijke oplossingen voor dit probleem. De eerste is de eenvoudigste en de snelste: de rechters kiezen voortaan een andere aanpak en zorgen dat rechthebbenden snel en effectief toegang krijgen tot in beslag genomen bewijsmateriaal. Voor het geval die toegang te ver gaat en de eiser daar niet in redelijkheid mee om wil gaan is er al een risicoaansprakelijkheid.⁹ De advocaat van de eiser zal zijn cliënt daartegen willen beschermen en dus als filter kunnen optreden. Dat kan morgen al ingaan, zodra deze toespraak op IE-forum staat. Maar of mijn hoopvolle verwachting realistisch is?

⁷ Vzr Rb Midden-Nederland 21-1-2020, C/16/493615 / KG ZA 19-768, *VUB & Ablynx / QVQ*.

⁸ Zie HR 28-9-2018, ECLI:NL:HR:2018:1775, *Organik / Dow Chemical* en alle andere uitspraken in die slepende zaak.

⁹ Zij het met discretionaire bevoegdheid voor de rechter, zie artikel 101g Rv en in algemene zin HR 13-1-1995, NJ 1997/366, *Ontvanger / Bos*.

In de tweede plaats zou de wetgever het bewijsbeslag via een nadere uitwerking van de wettelijke regeling effectiever kunnen maken. Ik heb van onze Minister van Onderwijs geleerd dat het best mogelijk is om met wetgeving en beleidsregels op rechterlijke uitspraken te reageren en dat zo nodig via Twitter aan te kondigen. Maar ja, Justitie is Onderwijs niet en procesrechtelijke modernisering vergt veel voorbereiding, afweging en ook nog uitvoering. Niet alleen Sisyphus rolde zonder succes een KEI een berg op.

En dan is er nog een derde mogelijkheid. Waarom hebben we eigenlijk het bewijsbeslag nodig? Waarom leggen we alle lasten bij de rechthebbende, die toch prima facie een recht heeft dat het waard is om te handhaven? Daarmee kom ik bij Haazen uit. In zijn boekje legt Haazen helder uit dat de Nederlandse angst voor disclosure en discovery onterecht is. Naar Amerikaans recht dient de discovery het beginsel van de *rectitude of decision*: de accurate vaststelling van subjectieve rechten door middel van een correcte toepassing van het recht op de werkelijke feiten.¹⁰ Centraal in het Amerikaanse leerstuk staat volgens hem bovendien dat het moet gaan om relevant bewijsmateriaal. De rechter kan dat toetsen – maar zal naar mijn mening ook dan in Europa overweging 10 van de Handhavingsrichtlijn moeten respecteren.

Haazen had het over wetsvoorstel 33 079. Dat is op 22 november 2017 ingetrokken.¹¹ In plaats daarvan is er nu een concept-voorstel aanpassing bewijsrecht, dat een internetconsultatie heeft doorlopen en binnenkort bij de Tweede Kamer zal moeten worden ingediend.¹² In de Memorie van Toelichting staat:

“Het wetsvoorstel verplicht partijen om voorafgaand aan een procedure alle informatie te verzamelen die in de gegeven omstandigheden voorzienbaar van belang is voor de oplossing of beslechting van het geschil en die partijen in die fase redelijkerwijs kunnen bemachtigen.”¹³

¹⁰ Haazen, a.w., p. 3, onder verwijzing naar J. Bentham, Principles of judicial procedure, with the outlines of a procedure code, in: J. Bowring (ed.), Collected works of Jeremy Bentham, vol. ii (1843).

¹¹ Kamerstukken II 2017-2018, 33 079, nr. 7.

¹² Concept-voorstel tot aanpassing van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in verband met de vereenvoudiging en modernisering van het bewijsrecht van 30 mei 2018 met concept-Memorie van Toelichting, <https://www.internetconsultatie.nl/bewijsrecht>.

¹³ MvT, p. 7.

Die informatie moet vervolgens gedeeld worden. Dat komt de procedure ten goede, die dan volgens de toelichting snel en efficiënt kan verlopen, terwijl de rechter zich kan concentreren op het geschilpunt dat partijen daadwerkelijk verdeeld houdt. Het is bovendien volgens de toelichting niet meer dan een aanscherping van de artikelen 21, 22, 30a en 30i Rv. Inmiddels kan daar artikel 22a lid 3 Rv aan worden toegevoegd: de confidentiality club.¹⁴ Aan de belasting voor de rechter is ook gedacht:

“De verplichting om alle relevante informatie in de fase voorafgaand aan een procedure te verzamelen en bij het begin van de procedure aan de rechter voor te leggen, brengt mee dat verzoeken om voorlopige bewijsverrichtingen, zoals een voorlopig getuigenverhoor, tijdens de procedure niet meer mogelijk zijn.”

Voorafgaand aan de procedure zal dat nog wel mogelijk zijn, maar naar mijn mening zal daar dan veel minder behoefte aan bestaan. Het bewijs moet immers toch op tafel komen.

Volgens mij hebben we dan nog één Amerikaans instrument extra nodig: een advocaat die zich onvoldoende inspannt om het relevante bewijs waarover zijn cliënt beschikt aan de rechter te verschaffen maakt zich schuldig aan *contempt of court*.

Voor de rechthebbende moet dit alles geen enkel probleem zijn. Immers, *noblesse oblige*. Inbreukmakers voeren dan alleen nog serieuze verweren, maar spelen geen verstoppertje meer. De rechters kunnen zich concentreren op de kern van het geschil. De wereld wordt er alleen maar mooier op.

Zie ik het allemaal te rooskleurig? Ik zou zeggen: laten we het eens proberen. Welke rechter neemt de handschoen van artikel 22 Rv op zodat er vervolgens *evidence based* wetgeving kan komen?

¹⁴ De confidentiality club van artikel 1019ib Rv is alleen van toepassing op vorderingen ter handhaving van bedrijfsgeheimen, die van artikel 22a Rv kan in alle geschillen worden toegepast. Zie ook W.E. Pors, Het wetsvoorstel bescherming bedrijfsgeheimen – ruimte voor verbetering, www.ie-forum.nl, IEF 17444 en het amendement-Veldman, Kamerstukken II 2017-2018, 4 821, nr. 10.