

Betere bescherming van bedrijfsgeheimen: voer artikel 39 TRIPS-Verdrag in!

Zoals ik in het Bijblad Industriële Eigendom (BIE) in 2000 schreef, is het met de bescherming van bedrijfsgeheimen in Nederland tamelijk stiefmoederlijk gesteld.¹ Het artikel van Dijkstra en Kneppers in het NJB van enige weken geleden onder de kop 'Juridische aspecten van kennismanagement en de gevolgen voor de kenniseconomie' vormen van die stelling nog weer eens een bevestiging.² In een economie die steeds meer draait op kennis, is dat een verontrustende zaak. Zij bespreken onder meer het intellectuele eigendomsrecht als een methode om bepaalde vormen van kennis te beschermen. Voor de bescherming van kennis in het algemeen staan nogal wat ie-rechten ter beschikking, zoals het octrooirecht, het auteursrecht en het databankenrecht. Voor de bescherming van *geheime* kennis echter, is het intellectuele eigendomsrecht nu juist ongeschikt. Iemand die voor de door hem gegenereerde kennis een octrooi aanvraagt, moet met de billen bloot omdat het octrooischrift wordt gepubliceerd.³ Wil iemand auteursrecht inroepen van een werk waarin kennis is belichaamd, dan zal hij dat werk moeten laten zien. Het karakter van *geheime* kennis is nu juist dat men de kennis niet wil publiceren, maar slechts in eigen bedrijf wil toepassen en van de producten of diensten waarin die kennis is geïncorporeerd, een succes wil maken. Bescherming van geheime kennis waarover werknemers beschikken en die met derden, zoals licentienemers wordt gedeeld, kan slechts door middel van zo scherp mogelijk geformuleerde overeenkomsten worden geregeld. Daaraan ontbreekt het echter vaak. Zo denken ondernemingen nogal eens dat zij er met een goed concurrentiebeding zijn. Dat is maar zeer ten dele waar. Een ex-werknemer of ex-partner, bijv. ex licentienemer, die niet concurrerende werkzaamheden aanvangt, kan zonder probleem de *geheime* kennis van zijn voormalige werkgever *gebruiken*, tenzij er uitdrukkelijk afspraken omtrent het gebruik van die kennis zijn vastgelegd. Waar het in een groot aantal ondernemingen ook aan ontbreekt, is een duidelijke strategie in relatie tot het beheer van *geheime* kennis. Vaak ontbreekt enige vorm van strategie. Volgens mij moet dit veel hoger op de agenda van ondernemingen en men zal moeten beginnen met vast te stellen en vast te leggen welke kennis nu precies geheim is. De rechtspraak leert dat het aan een en ander ontbreekt, waardoor nogal eens vorderingen gericht op het in rechte verkrijgen van bescherming van geheime kennis sneven.⁴ Wanneer een ander dan degene die de geheime kennis heeft ontwikkeld, hetzij via ex-werkne-

mers of via ex-partners, ten onrechte van die kennis gebruik gaat maken, is het nog maar zeer de vraag of daartegen kan worden opgetreden. In ons huidige ongeoorloofde mededingingsrecht wordt nog steeds de wellicht aan herziening toe zijnde basisregel toegepast, dat het een ieder moet vrij staan om buiten de regeling van exclusieve intellectuele eigendomsrechten, gebruik te maken van inzichten of prestaties die een ander heeft verricht, ook al zou daardoor nadeel kunnen worden toegebracht aan degene die de inzichten heeft ontwikkeld of de prestaties verricht.⁵ Anders dan in sommige rechtstelsels bestaan er in Nederland geen geschreven normen met betrekking tot oneerlijke handelspraktijken (denk bijvoorbeeld aan Duitsland en België).

Ten aanzien van bedrijfsgeheimen bestaat er echter een internationaal aanvaarde norm en wel in (het sterk op het Amerikaanse recht gebaseerde) artikel 39 lid 1 en 2 van de Overeenkomst inzake de Handelsaspecten van de Intellectuele Eigendom (in de praktijk beter bekend als het 'TRIPS-Verdrag') die op 1 januari 1996 in werking trad en door de Europese Unie is ondertekend.⁶ Dit in het kader van de Wereldhandelsorganisatie tot stand gekomen verdrag bevat een groot aantal algemene en specifieke bepalingen omtrent de bescherming van intellectuele eigendomsrechten en de effectieve handhaving van die rechten. Onder intellectuele eigendom verstaat dit verdrag mede niet-openbaar gemaakte informatie. Artikel 39 dat hier over gaat, bevat de uitdrukkelijke verplichting voor de aangesloten landen om niet-openbaar gemaakte informatie in het kader van de waarborging van een doeltreffende bescherming tegen oneerlijke concurrentie te beschermen. In artikel 39 lid 2 wordt dan de mogelijkheid voorzien dat natuurlijke personen en rechtspersonen kunnen beletten dat informatie waarover zij rechtmatig beschikken, zonder hun toestemming wordt openbaar gemaakt aan, verworven door of gebruikt door anderen op een wijze die strijdig is met eerlijke handelsgebruiken, zolang die informatie geheim is, handelswaarde bezit omdat zij geheim is en is onderworpen aan redelijke maatregelen om de informatie geheim te houden. In een voetnoot bij de bepaling worden als voorbeelden van 'een wijze die strijdig is met eerlijke handelsgebruiken' genoemd gedragingen zoals contractbreuk, misbruik van vertrouwen en aansporing tot overtreding en omvat het de verwerving van niet-openbaar gemaakte informatie door derden die wisten, of ernstig nalatig waren doordat zij niet wisten, dat van zulke praktijken gebruik werd gemaakt bij de verwerving.⁷ Dit biedt in elk geval een houvast bij de bescherming

1. Ch. Gielen, 'Bescherming van bedrijfsgeheimen; pleidooi voor de invoering van het TRIPS-verdrag', *BIE* 2000, p. 234.
2. J. J. Dijkstra en E.M. Kneppers-Heijner, 'Juridische aspecten van kennismanagement en de gevolgen voor de kenniseconomie', *NJB* 2004, p. 2089 e.v.
3. Een van de eisen waaraan een octrooi moet voldoen, is dat het door een deskundige nawerkbaar moet zijn. In de praktijk blijkt echter dat men een heleboel vindingen niet goed kan toepassen zonder aanvullende kennis van de octrooihouder te verwerven. Een slimme octrooihouder zal dus proberen niet alles prijs te geven.
4. Een overzicht van deze rechtspraak is ondermeer te vinden in mijn pre-advies voor de Vereniging Handelsrecht, *Bescherming van bedrijfsgeheimen*, Deventer, W.E.J. Tjeenk Willink 1999.
5. Zie ondermeer HR 26 juni 1953, *NJ* 1954, 90 m.nt. PhANH (Hyster Karry Krane).
6. Zie *Trib.* 1995, 130.
7. Een vrijwel gelijklopende norm werd ook al voorgesteld in art. 6 van de Model Provisions on Protection against Unfair Competition van de World Intellectual Property Organisation, *WIPO Publication*, 1996 No. 832 (E).

8. HvJ EG 14 december 2000, Nj 2001, 403 (Dior/Tuk).

9. Invoering zou kunnen geschieden in de vorm van een bepaling in Boek 6. Ik weet dat de Italiaanse wetgever inmiddels de TRIPs-bepaling heeft ingevoerd.

van bedrijfsgeheimen. Niet alleen formuleert het een norm die de houder van de geheime kennis de bevoegdheid geeft op te treden, maar ook maakt het duidelijk waaraan men moet voldoen om te kunnen optreden. Het probleem is echter dat het TRIPs-Verdrag geen directe werking heeft; aan het Europese Hof van Justitie (dat gelet op de gebondenheid van de EU aan dit Verdrag bevoegd is de bepalingen ervan uit te leggen) werden hierover prejudiciële vragen gesteld. Het Hof besliste dat het Verdrag geen directe werking heeft.⁸ Voor een beroep op deze bepaling door justiaabelen, zal deze moeten worden ingevoerd. Juist in een tijd waarin de economie in zo'n belangrijke mate door kennis

en de ontwikkeling daarvan wordt gedreven, is een deugdelijke regime voor de bescherming van kennis noodzakelijk. De norm van artikel 39 lid 1 en 2 TRIPs-Verdrag biedt niet alleen inspiratie tot het ontwikkelen van een strategie in relatie tot geheime kennis, maar het geeft ook een norm die bijdraagt aan de bescherming daarvan. Ik roep dus op tot invoering van de bepaling over te gaan!⁹

Ch. Gielen

(hoogleraar Intellectueel Eigendomsrecht, Rijksuniversiteit Groningen en advocaat te Amsterdam)

O&M

Lief zijn voor de Bruikbare rechtsorde

De nota Bruikbare rechtsorde¹ heeft weliswaar niet veel stof doen opwaaien, maar gelukkig is zij ook niet geheel onopgemerkt gebleven. De vaste commissie voor Justitie van de Tweede Kamer wijdde er een schriftelijk verslag aan², Huls en Stoter gaven commentaar in *Regelmaat*³ en Van Gestel, Barendrecht en Polak gaven hun mening in het NjB.⁴ Hieronder wil ik op dit commentaar in gaan, met het doel de bedoelingen van de nota te verduidelijken en iets van de scepsis weg te nemen. Ik wil daarbij niet treden in de opvattingen van scribenten, maar wel misverstanden rechtzetten en veronderstelde tekortkomingen in de benadering van de nota Bruikbare rechtsorde nader tegen het licht houden. Scepsis en cynisme slaan makkelijk toe in dereguleringsdiscussies. Het gaat hier echter niet om een stokpaardje van een minister, maar om het bieden van alternatieven voor bestaande en voorgenomen regelgeving. Achtereenvolgens wil ik ingaan op de vraag, of de voornemens in het licht van voorgaande operaties nu wel nieuw zijn of kansrijker zijn dan vorige, de veronderstelde gebrekkige empirische onderbouwing van de voornemens en het al dan niet verminderen van reeldruk door het gebruik van alternatieven en de noodzaak tot zelfbeperking bij regering en parlement.

1 Scepsis

Van Gestel meent, dat enige scepsis gerechtvaardigd is waar het gaat over de te verwachten resultaten van weer een nieuwe dereguleringsoperatie. Als argument geeft hij, dat opeenvolgende regeringen er niet in geslaagd zijn om te komen tot een structurele vermindering en vereenvoudiging van met name het groeiende bestand aan gedelegeerde regelgeving. Onder de titel 'Kom op Justitie' roept Barendrecht Justitie op om te vertellen hoe ver we zijn met de oplossingen, nu de problemen al 20 jaar bekend zijn. De SGP-fractie vroeg ook op welk argument de veronderstelling is gebaseerd dat er, anders dan in de voorgaande 30 jaar er thans een gerede kans bestaat dat er minder regels komen. En de SGP vraagt eveneens waarom de huidige voorstellen wel zullen werken, terwijl de overheid zich daar sinds de jaren zeventig al om bekommert.

Allereerst moet het misverstand worden weggenomen, dat het wetgevingsbeleid in twintig jaar niets

zou hebben opgeleverd. De Commissie voor de toetsing van wetgevingsprojecten voerde 55 projecten uit, waarvan ongeveer de helft tot concrete veranderingen in beleidsdossiers leidden.⁵ De operatie Marktwerking, deregulering en wetgevingskwaliteit omvatte 70 projecten, die leidden tot tal van merkbare veranderingen, zoals de verruiming van de wijkeltijden, de toetreding van juristen in dienstbetrekking tot de advocatuur, de vereenvoudiging en versnelling van de verklaring van geen bezwaar bij het oprichten van vennootschappen, vereenvoudigingen in milieu- en bouwregelgeving, Arbo-regelgeving en levensmiddelenregelgeving (27 Warenwetbesluiten, 8 Landbouwkwaliteitsbesluiten en 36 PBO-verordeningen geschrapt), vervanging van de titelbescherming voor de makelaar door certificering, harmonisatie van het loonbegrip, dit alles optellend tot een lastenverlichting voor het bedrijfsleven van € 450 miljoen.⁶ En Van Gestel zegt in bovengenoemd artikel zelf, dat de vervanging van milieuvergunningen door algemene regels (ook een MDW-project) tot een aanzienlijke terugloop van het beroep op de rechter heeft geleid. Een aantal antwoorden en oplossingen zijn dus zeker al gevonden, zeg ik aan het adres van Barendrecht.

In zijn antwoord aan de Kamer, zegt minister Donner echter, dat te grote regeldichtheid niet een eindig, eenmalig definitief op te lossen probleem is. Het tegengaan van regeldichtheid is een permanente opgave voor de wetgever die continue aandacht vraagt. Het huidige kabinet is van mening, dat in de achterliggende jaren nog onvoldoende aandacht is gegeven aan fundamentele vragen over de taakverdeling tussen overheid en samenleving en de nota Bruikbare rechtsorde wil vanuit dat oogpunt een stap verder doen. In de eerste plaats gebeurt dat weer door projecten uit te voeren, nu gebruik makend van een aantal reguleringsmodellen die ruimte scheppen in de verhouding tussen burgers onderling en tussen burgers en overheid. Open normen, zoals zorgplichten⁷, dragen daaraan bij, andere toezichtsystemen⁸, doelvoorschriften, enzovoort. Daarbij wordt gebruik gemaakt van bestaande inzichten, van modellen als certificering, maar ook van objectgerichte benaderingen die leiden tot harmonisatie van begrippen, afstemming van besluiten en procedure en integratie

1. Kamerstukken II 29 279, nr 9.

2. Kamerstukken II 29 279, nr 12.

3. *Regelmaat* 2004, 5.

4. NjB 2004/34.

5. Zie mijn analyse in *Regelmaat* 1995, 5.

6. 7e voortgangsrapportage, Kamerstukken II 24 036, nr 258.

7. Een rapport over dit model is toegezonden aan de Tweede Kamer, Kamerstukken II, 28 279, nr 14.

8. een rapport met een afwegingskader terzake is toegezonden aan de Tweede Kamer, Kamerstukken II, 29 279, nr 15.

van wetgeving. De sinds de nota Zicht op wetgeving⁹ gangbare kwaliteitscriteria zijn nog steeds geldig en relevant. Maar er worden ook nieuwe modellen geïntroduceerd. En het door Van Gestel genoemde bestand van gedelegeerde regels wordt geschoond. Een brief over de sanering van ministeriële regelingen is inmiddels naar de Tweede Kamer gezonden.¹⁰ In de tweede plaats wil het kabinet niet volstaan met het uitvoeren van projecten. De modellen die worden beschreven en ook andere zelfreguleringsmodellen, moeten gangbare alternatieven worden, zodat ze in vele dossiers kunnen worden toegepast. En dat gebeurt ook, zoals uiteengezet in de meest recente brief aan de Tweede Kamer, waarin een soort tussenstand wordt gegeven.¹¹ Het afwegingskader voor alternatieve toezichtinstrumenten wordt al in tal van projecten toegepast. Het programma bevat dus oud en nieuw. Oud zijn de kwaliteitscriteria van Zicht op wetgeving en het streven naar harmonisatie en integratie van wetgeving, nieuw is het accent dat wordt gelegd op meer ruimte voor burgers en bedrijven om zelf verantwoordelijkheid in het publieke domein te dragen, op versterking van het inzicht in oorzaken van regeldruk en het gangbaar maken van oplossingsstrategieën.

2 Zijn de voornemens uit de nota gebrekkig empirisch onderbouwd en vermindert de regeldruk door het gebruik van alternatieven?

Van Gestel geeft slechts impliciete argumenten voor de stelling dat de voorstellen gebrekkig zijn onderbouwd. Als zodanig zouden we kunnen beschouwen:

- dat niet is onderzocht wat de relatie is tussen de kwantiteit van de regelproductie en de kans dat die wordt geaccepteerd en geleefd,
- dat te snel de conclusie wordt getrokken dat wetgevingsbeleid gevoerd dient te worden op basis van ergernissen van burgers, omdat het niets zegt, dat mensen regels hinderlijk vinden,
- dat het irrealistisch is om te denken dat tegenstrijdige en inconsistente wetgeving altijd kan worden vermeden,
- dat er geen criteria worden gegeven om nuttige en bruikbare regels van overbodige en schadelijke te onderscheiden en dat regeldruk een subjectief element in zich draagt,
- dat niet duidelijk is waarom de geschetste alternatieven voor sanctiëring en geschillenbeslechting tot vermindering van regeldruk zullen leiden.

Natuurlijk zegt de kwantiteit van de regelproductie niet alles over de regeldruk en is het duidelijk, dat de ervaring van degenen die het betreft daarin ook een rol speelt. Maar even duidelijk is, dat het aantal regels wel wat uitmaakt voor het aantal gedragsalternatieven waar een burger over beschikt. En ook dat het wat uitmaakt, of die regels van een overheidsorgaan komen, of van een door hem zelf in het leven geroepen of door hem onderhouden organisatie. Het programma wil de verhouding tussen overheid en samenleving verbeteren door de regeldruk die de overheid veroorzaakt terug te brengen en meer verantwoordelijkheid bij de samenleving te beleggen. De alternatieve regelmodellen doen dit elk op een bepaalde manier. Zorgplichten als alternatief voor gedetailleerde regels, geven uitvoerders de mogelijkheid om op diversiteit en dynamiek in maatschappelijke omstandigheden in te spelen, zonder dat daar wetten voor behoeven te worden gemaakt. Uiteraard hebben zij dan voorwaarden in acht te nemen op het vlak van transparantie, consistentie en communicatie. Het verbindend verklaren van afspraken legt de verantwoordelijkheid voor het maken van die afspraken allereerst in het veld.¹² Het formuleren van doelvoorschriften in plaats van middelvoorschriften geeft de mogelijkheid om bedrijfsprocessen naar eigen inzicht te optimaliseren, zonder dat de doelen in gevaar komen. Er is geen empirisch onderzoek nodig om aan te nemen, dat deze effecten op zullen treden en ook niet om vast te stellen dat het aantal gedragsalternatieven voor degenen die het betreft door dit soort constructies zal toenemen.

En dan is het wel degelijk relevant om ook te kijken naar de ergernissen van burgers. Van Gestel zegt immers zelf, dat regeldruk ook een subjectief element bevat. Dat ergernis over een regel niet voldoende argument is om een regel af te schaffen, is wel een erg triviale constatering. Maar dat neemt niet weg, dat het constateren van een probleem dat in de praktijk blijkt te bestaan aanleiding kan, of zelfs zou moeten zijn om een regeling nader te onderzoeken. Dat het irrealistisch is om te denken dat tegenstrijdige regelgeving kan

worden vermeden, lijkt mij een niet empirisch onderbouwde veronderstelling. Maar belangrijker is, om, als een tegenstrijdigheid, bijvoorbeeld door een klagende burger, is geconstateerd, die tegenstrijdigheid op te lossen door harmonisatie van de desbetreffende regelgeving. En dat is precies één van de lijnen van het programma. Onderscheid tussen bruikbare en onbruikbare regelgeving wordt al sinds jaar en dag gemaakt door middel van de veel genoemde kwaliteitscriteria, die niets aan waarde hebben verloren en waar de nota Bruikbare rechtsorde ook geen afstand van neemt. Om tot verbeteringen te komen, zal het altijd nodig zijn om analyses te maken en oplossingen te bedenken op dossierniveau. Daarom worden er ook jaarlijks projecten uitgevoerd, zoals in de nota aangekondigd. Overigens moet daarbij worden aangetekend, dat ook regels die strikt genomen wel werken, toch voorwerp kunnen zijn van problematisering en verandering. Met het programma wordt immers beoogd, waar mogelijk, verantwoordelijkheid aan de samenleving te laten of over te dragen, omdat dat voor het functioneren van de samenleving beter is. Met criteria alleen zijn we er dus niet; er worden ook beleidsdoelen nagestreefd.

Er is wel degelijk een relatie tussen toezicht, handhaving en geschillenbeslechting enerzijds en regeldruk anderzijds. De druk van een regel wordt eerder groter dan kleiner als hij minder goed wordt gehandhaafd. Gebrek aan duidelijkheid beperkt de gedragsalternatieven, maar belangrijker is wellicht, dat daardoor ongerechtvaardigde verschillen ontstaan. Het niet naleven van regels door een bedrijf vervalst bijvoorbeeld de concurrentie ten opzichte van bedrijven die zich er wel aan houden. Overigens bevat het thema toezicht en handhaving in de nota verschillende lijnen. Eén ervan is het streven om, waar mogelijk, de naleving van regels te versterken of te verzekeren door mechanismen als intern toezicht en het afleggen van verantwoording aan gebruikers van de diensten van de instellingen in kwestie. Daarmee wordt de verantwoordelijkheid van de overheid naar de samenleving verlegd.

3 De noodzaak tot zelfbeperking bij regering en parlement

Het is wel waar, dat regering en parlement vanuit het voorkomen van incidenten in de samenleving al snel roepen om wettelijke maatregelen. Zeker draagt dit bij tot de regeldruk, ook al moet daarbij worden aangetekend, dat uit een aan de Tweede Kamer toegezonden onderzoek¹³ blijkt, dat de nationale regelproductie sinds 1975 vrijwel constant is. Het treffen van maatregelen om maatschappelijke misstanden te bestrijden behoort tot het reguliere politieke proces. Dit verschijnsel is echter des te meer reden voor de voorstellen als in de nota bedoeld. Het antwoord op een incident hoeft niet altijd een verbodsbepaling met een sanctie te zijn. De nota wil alternatieven aanbieden voor die primaire reflex. Even verder nadenken over het te geven antwoord, kan wellicht leiden tot maatregelen die minder belastend zijn. De wetgevers op de ministeries hebben daar ook een verantwoordelijkheid in. Het programma Bruikbare rechtsorde wil daarbij helpen.

Tot slot. Ook de nota zegt, dat het wenselijk is om meer inzicht te verkrijgen in de oorzaken van regeldruk en de mogelijkheden om er wat aan te doen. Er zal dan ook de komende tijd het nodige onderzoek worden gedaan. Aan de ROB is advies gevraagd over de werking van het gelijkheidsbeginsel, aan de SER zal advies worden gevraagd over mogelijke toepassingen van de gedachten uit de nota. Universitair onderzoek zal worden gedaan naar de effecten van het zoeken naar draagvlak in het wetgevingsproces op de regeldruk en naar de relatie tussen open normen en regeldruk. Wij hopen, dat dit alles niet alleen zal bijdragen aan een versterking van het inzicht, maar ook de mogelijkheid zal bieden om het draagvlak voor het beleid te versterken. ■

D.P. van den Bosch

(ministerie van Justitie, directie Wetgeving Programmaleider
Bruikbare rechtsorde)

9. Kamerstukken II, 22 008,
nrs 1 en 2.

10. Kamerstukken II, 29 279 nr 18.

11. Kamerstukken II, 29 279, nr 17.

12. Zie de dissertatie van M.J. Dresden, Het verbindend verklaren van afspraken in het milieurecht.

13. Kamerstukken II, 29 279, nr 17.