

Ter Visie - Bescherming van bedrijfsgeheimen

mr. drs. A.M. Helstone en prof. mr. T. Barkhuysen¹

Bedrijfsgeheimen zijn als gevolg van de immer groeiende technologische innovatie een 'hot topic' in de huidige platformeconomie. Algoritmes, zoekmachines en kennis van werknemers over de ontwikkeling van technologie dragen bij aan het concurrentievermogen van ondernemingen. Bedrijfsgeheimen dragen een bijzonder karakter en moeten worden onderscheiden van benoemde intellectuele eigendomsrechten, zoals een octrooi of een auteursrecht: de houder van een bedrijfsgeheim is immers niet de eigenaar van een exclusief recht. Als gevolg van de globalisering, de vereenvoudiging van toegang tot en verspreiding van data en de opkomst van *cybercrime*, neemt het risico op onrechtmatig gebruik van bedrijfsgeheimen steeds verder toe. Concurrenten hebben immers in beginsel de vrijheid dezelfde formule, uitvinding of methode te ontwikkelen; hierbij kan bijvoorbeeld gebruik worden gemaakt van de bijzondere kennis en kunde die werknemers bij een andere werkgever hebben opgedaan.

In de afgelopen periode is er de nodige aandacht geweest voor procedures in concurrentie-geschillen tussen technologie-ondernemingen. Een van de meest spectaculaire en in het oog springende geschillen was de procedure tussen Uber en Waymo (een groepsonderneming van Alphabet, de moeder vennootschap van Google) die in de Verenigde Staten werd gevoerd.² Waymo vorderde – kort gezegd – vast te stellen dat Uber inbreuk had gemaakt op haar bedrijfsgeheimen omdat een voormalige werknemer van Waymo (een zekere Anthony Levandovsky) 14000 documenten met bedrijfsgeheimen van Waymo bij indiensttreding aan Uber zou hebben overgedragen. Een belangrijk onderdeel van deze bedrijfsgeheimen zou bestaan uit lasertechnologie voor zelfrijdende auto's. Uber verweerde zich door te stellen dat hier geen sprake van was, en ook geen sprake was van bedrijfsgeheimen. De betrokken werknemer was inmiddels al door Uber ontslagen. Tot een principiële en inhoudelijke uitspraak van de Amerikaanse rechter kwam het niet; het geschil resulteerde in een schikking.

Al deze juridische geschillen over technologische innovatie illustreren dat de vraag naar de bescher-

ming tegen inbreuken op bedrijfsgeheimen actueler is dan ooit.³ Tegen de achtergrond van deze ontwikkelingen is de noodzaak van bescherming van bedrijfsgeheimen inmiddels ook erkend door de Europese Unie.⁴ Sinds 8 juni 2016 is de Richtlijn betreffende de bescherming van niet-openbaar gemaakte knowhow en bedrijfsinformatie (bedrijfsgeheimen) tegen het onrechtmatig verkrijgen, gebruik, openbaarmaking, productie en verhandelen hiervan (de richtlijn) van kracht geworden.⁵ Op uiterlijk 9 juni 2018 dient de richtlijn te zijn geïmplementeerd in de lidstaten. In Nederland is hiervoor op 10 november 2017 het Wetsvoorstel bescherming bedrijfsgeheimen (het wetsvoorstel) bij de Tweede Kamer ingediend.⁶

3. Het thema van bedrijfsgeheimen was in de afgelopen jaren al langer onderwerp van debat. Zie hiervoor bijvoorbeeld voor de ondernemingsrechtelijke literatuur de dissertatie van P.J. van der Korst, *Bedrijfsgeheimen en transparantieplichten. Vertrouwelijke bedrijfsgegevens in het vermogensrecht, burgerlijk procesrecht, vennootschapsrecht en effectenrecht*, Deventer: Kluwer 2007. Voor het debat en relevante beschouwingen in de arbeidsrechtelijke literatuur over geheimhouding, grondrechten en de waardering hiervan verwijzen wij onder meer naar E. Verhulp, *Vrijheid van meningsuiting van werknemers en ambtenaren*, Den Haag: Sdu Uitgevers 1996, p. 146-172, D.J.B. de Wolff, *Goed werknemerschap*, Deventer: Kluwer 2007, p. 164-165, O. van der Kind, 'Enkele gedachten over de waarde van het geheimhoudingsbeding', in: J.H. Even, A.R. Houweling e.a. (red.), *Arbeidsrechtelijke bedingen* (themabundel TAP), Den Haag: Sdu uitgevers 2012, p. 163-175.

4. Zie hiervoor ook de in opdracht van de Europese Commissie uitgevoerde studie naar bedrijfsgeheimen: *Study on Trade Secrets and Confidential Business Information in the Internal Market*, uitgevoerd door Baker & McKenzie in opdracht van de Europese Commissie, april 2013, MARKT/2011/128/D en *Commission staff working document impact assessment*, 28 November 2013, SWD/2013/0471.

5. Richtlijn 2016/943/EU (PbEU 2016, L157). Zie voor een bespreking van het voorstel van de richtlijn A.J.P. Tillema, 'Europese regelgeving voor bescherming vertrouwelijke bedrijfsinformatie op komst', *Ondernemingsrecht* 2014/27.

6. *Kamerstukken II* 2017/18, 34821, nr. 2. De richtlijnbepalen inzake de beperkingen op de beschermingsomvang beogen volledige harmonisatie, waarvan de lidstaten niet mogen afwijken. De richtlijnbepalen over handhaving beogen daarentegen minimumharmonisatie, hetgeen betekent dat de lidstaten bij de implementatie een hoger beschermingsniveau mogen regelen.

1. Astrid Helstone is advocaat en partner bij Stibbe en tevens redacteur van dit tijdschrift. Tom Barkhuysen is advocaat en partner bij Stibbe en tevens hoogleraar Staats- en Bestuursrecht aan de Universiteit Leiden.
2. 'Uber and Waymo settle trade secrets suits over driverless cars', *The New York Times* 9 februari 2018.

Opvallend genoeg heeft de richtlijn tot nu toe relatief weinig aandacht gekregen in de arbeidsrechtelijke literatuur, en zijn de gevolgen met name belicht vanuit andere rechtsgebieden zoals het ondernemingsrecht en het intellectuele-eigendomsrecht.⁷ Toch moeten de mogelijke betekenis en de doorwerking hiervan voor het arbeidsrecht niet worden onderschat. In de rechterlijke afweging van arbeidsrechtelijke belangen kan de nieuwe regeling in potentie wel degelijk een rol gaan spelen. Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan de beoordeling in het civiele arbeidsrecht van geschillen over de naleving van geheimhouding door een werknemer. Aan welke wettelijke bepaling moet geheimhouding onder huidig recht worden getoetst?⁸

Nu thans geen wettelijke definitie bestaat van geheimhouding zal de rechter doorgaans toetsen of de werknemer in strijd heeft gehandeld met de algemene plicht tot geheimhouding die uit de norm van goed werknemerschap ex art. 7:611 BW volgt. Daarnaast zal sprake zijn van wanprestatie indien een contractuele plicht jegens de voormalige werkgever is geschonden bijvoorbeeld als een geheimhoudingsbeding in de arbeidsovereenkomst was afgesproken. Dat kan bijvoorbeeld aan de orde zijn als de werknemer gebruik maakt van namen en adressen van klanten of marketingconcepten van zijn voormalige werkgever. Indien de nieuwe werkgever hier gebruik van maakt, kan een vordering worden ingesteld op grond van onrechtmatige daad (art. 6:162 BW).⁹ Hoe ver strekt de geheimhouding als het uitsluitend gaat om de specifieke kennis en vaardigheden die een werknemer in een voormalig dienstverband heeft opgedaan? In hoeverre vallen deze specifieke kennis en vaardigheden onder de reikwijdte van geheimhouding? Wordt de vrijheid van arbeidskeuze van werknemers in die gevallen niet onevenredig beperkt?¹⁰

Verandert dit vanwege de expliciete wettelijke erkenning van het recht op bedrijfsgeheimen van ondernemingen? Vanuit werknemersperspectief is niet verwonderlijk dat die vraag naar aanleiding van de implementatie van de richtlijn door het wetsvoorstel ook door een aantal vakbonden (FNV, CNV en VCP) is opgeworpen. Zij hebben zich kritisch uitgelaten over de arbeidsrechtelijke impact van het wetsvoorstel op werknemers en hebben afschaffing van concurrentiebedingen bepleit.¹¹ Zij vrezen dat de bescherming van bedrijfsgeheimen bij de rechterlijke belangenafweging in het voordeel van werkgevers zal uitvallen en daardoor leidt tot een beperking van de vrijheid van arbeidskeuze van werknemers en hun mobiliteit.

De vraag is of die vrees terecht is. Wat wordt onder de richtlijn en het wetsvoorstel verstaan onder een bedrijfsgeheim? In welke gevallen kan hieraan bescherming worden ontleend? Wat betekent de expliciete erkenning van het recht op bescherming van bedrijfsgeheimen enerzijds voor de ondernemingsrechtelijke bescherming van werkgevers zoals het recht op bescherming van eigendom (art. 17 lid 1 Handvest en art. 1 Protocol EVRM) en de vrijheid van ondernemerschap (art. 16 Handvest) en anderzijds de vrijheid van beroep en arbeidskeuze van werknemers (art. 15 Handvest)? Wij werpen hierna enkele gedachten op.

Uitgangspunt van de richtlijn is dat de bescherming van bedrijfsgeheimen niet beoogt werknemers te beperken in het gebruik van ervaringen en vaardigheden die zij op 'eerlijke wijze' tijdens de normale uitoefening van hun werkzaamheden hebben opgedaan.¹² Wij wijzen er verder op dat in het wetsvoorstel – in overeenstemming met de richtlijn – een bepaling is opgenomen dat geen beroep kan worden gedaan op de bescherming van het wetsvoorstel als het gaat om de vrijheid van meningsuiting, openbaarmaking van misstanden (wangedrag, fouten of illegale activiteiten), het delen van informatie met werknemersvertegenwoordigers of indien de informatie is verkregen, of openbaar wordt met het oog op een ander rechtmatig belang (art. 4 sub a, b, c en d wetsvoorstel).¹³ Er is dus door de Europese wet-

7. Zie hiervoor bijvoorbeeld T. Cohen Jehoram, 'Gun innovators volledige bescherming van bedrijfsgeheimen', *Het Financieel Dagblad* 18 december 2017 en P.J. van der Korst, 'Bedrijfsgeheimen: vanaf 2018 wettelijk geregeld', *Ondernemingsrecht* 2017/48.

8. Wij gaan hier niet in op de geheimhoudingsverplichting van leden van de ondernemingsraad (OR) (art. 20 WOR). Zij kunnen ook kennisnemen van een bedrijfsgeheim in het kader van hun vertegenwoordigende functie, bijvoorbeeld als hen om advies ex art. 25 WOR wordt gevraagd. De richtlijn en daarmee het wetsvoorstel bieden OR-leden bescherming: een dergelijk bedrijfsgeheim kan in ieder geval niet als onrechtmatig verkregen worden beschouwd (art. 3 lid 1 sub c wetsvoorstel). Zie voor een recente bespreking van geheimhouding van OR-leden ook B. Kloppert & D. van Gerven, 'Geheimhouding onder de WOR: time for a change?', *ArbeidsRecht* 2017/50.

9. Opzettelijke schending van geheimhouding door een (voormalige) werknemer is tevens strafbaar (art. 273 Wetboek van Strafrecht) tenzij sprake is van goede trouw en het algemeen belang bekendmaking rechtvaardigt.

10. Zie hiervoor bijvoorbeeld ook O. van der Kind, 'De verplichting tot geheimhouding als wapen tegen concurrentie door ex-werknemers', *ArbeidsRecht* 2011/9.

11. Zie hiervoor de brief van FNV, CNV en VCP aan de Tweede Kamer d.d. 4 december 2017 over de effecten van het wetsvoorstel op de mobiliteit van werknemers. In deze brief bepleiten zij een verbod op afspraken of concurrentiebedingen en in plaats daarvan een wettelijke regeling voor het relatiebeding en het geheimhoudingsbeding. Zie voor een reactie van de regering op deze brief de nota n.a.v. het verslag, *Kamerstukken II* 2017/18, 34821, 6, p. 6.

12. Zie hiervoor art. 1 van de richtlijn.

13. Bij een ander rechtmatig belang moet worden gedacht aan situaties waarin het algemeen belang in het geding is, zoals consumentenbescherming, milieu, gezondheid, openbare orde en veiligheid. Zo kan het nodig zijn dat in crisissituaties waarin dergelijke belangen in het geding zijn een bepaalde werkwijze of samenstelling van een product bekend wordt gemaakt aan een veiligheidsorgaan dat adequate veiligheidsmaatregelen kan instellen. Hier kan sprake zijn van samenloop met de bescherming van klokkenlui-

gever nadrukkelijk een balans beoogd tussen de belangen die betrokken zijn bij bescherming van bedrijfsgeheimen. Bij de rechterlijke belangenafweging zal dit uitgangspunt dus moeten meewegen. Verder zullen werkgevers alleen een beroep kunnen doen op de bescherming van bedrijfsgeheimen als aan drie cumulatieve voorwaarden is voldaan,¹⁴ i.e. het moet gaan om informatie die (i) geheim is, (ii) handelswaarde bezit omdat de informatie geheim is, en (iii) waarvoor degene die rechtmatig over de informatie beschikt redelijke maatregelen heeft getroffen om deze geheim te houden. Voor de beschermingsomvang zijn met name de laatste twee eisen van 'handelswaarde' en 'redelijke maatregelen' belangrijk.

Uit de richtlijn en de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel volgt dat onder 'handelswaarde' zowel 'feitelijke' als 'potentiële' handelswaarde wordt verstaan.¹⁵ Het gaat dan om die informatie die afbreuk kan doen aan bijvoorbeeld de zakelijke of financiële belangen of de strategische en concurrentiepositie van de werkgever. Door deze afbakening van 'handelswaarde' valt andere vertrouwelijke informatie die betrekking heeft op de onderneming van de werkgever niet onder het specifieke bereik van de bescherming van bedrijfsgeheimen. Het gaat dan om vertrouwelijke informatie die onrust teweeg kan brengen bij werknemers of derden. Te denken valt bijvoorbeeld aan een op handen zijnde reorganisatie binnen de onderneming die nog vertrouwelijk is.¹⁶ In dat geval zal een beroep kunnen worden gedaan op de algemene geheimhoudingsverplichting van art. 7:611 BW. In het ergste geval kan dit leiden tot een ontslag op staande voet: art. 7:678 lid 2 sub i BW biedt hiervoor een wettelijke grondslag ingeval de werknemer 'bijzonderheden aangaande de huishouding of het bedrijf van de werkgever, die hij behoorde geheim te houden, bekendmaakt'.

Het hier gemaakte onderscheid tussen twee classificaties van vertrouwelijke informatie komt overeen met de arbeidsrechtelijke benadering die eerder in de literatuur is bepleit om geheimen te duiden.¹⁷ Enerzijds kan het gaan om (A) informatie die voor de werkgever een economische waarde vertegenwoordigt (vergelijkbaar met 'handelswaarde'; deze valt onder de bescherming van het wetsvoorstel) en anderzijds om (B) vertrouwelijke informatie die onrust teweeg kan brengen bij andere werknemers of derden of hun belangen in on-

evenredige mate zou kunnen raken (zie de hiervoor genoemde voorbeelden van een interne misstand of reorganisatie; deze vallen onder de algemene geheimhoudingsverplichting van art. 7:611 BW). In situatie (B) zal de werkgever moeten aantonen dat sprake is van een redelijk belang bij handhaving van geheimhouding maar of dat tot een wezenlijk andere belangenafweging leidt dan in situatie (A) is nog maar de vraag. Immers, gelet op de hiervoor genoemde uitzonderingen op de bescherming van bedrijfsgeheimen, zullen de belangen van de werknemer ook in situatie (A) nog steeds door de rechter worden meegewogen.

De derde voorwaarde van 'redelijke maatregelen' om de informatie geheim te houden, levert een extra horde op voor de werkgever om een beroep te doen op de bescherming onder het wetsvoorstel. Hierbij moet worden gedacht aan 'technische'¹⁸ maatregelen, zoals digitale beschermingsmaatregelen waaronder encryptie en ICT-beveiliging, alsmede het expliciet benoemen en registreren van bedrijfsgeheimen (bijvoorbeeld het beperken van de toegankelijkheid van bedrijfsgeheimen op een 'need to know' basis door bijvoorbeeld sleutelfunctionarissen)¹⁹, maar ook andere beveiligingsmaatregelen, zoals beveiliging van het kantoor en bedrijfsterrein van de werkgever.

Daarnaast vallen 'contractuele'²⁰ maatregelen onder het begrip 'redelijke maatregelen' zoals een geheimhoudingsbepaling in de arbeidsovereenkomst. Wil de werkgever dus een beroep doen op de bescherming tegen bedrijfsgeheimen, dan zal de geheimhouding contractueel moeten worden overeengekomen. Doorgaans worden deze in de praktijk al in de arbeidsovereenkomst opgenomen, ook omdat hier met het oog op de naleving een boete aan kan worden gekoppeld. Het standpunt dat in de arbeidsrechtelijke literatuur is verdedigd dat de toegevoegde waarde van een expliciet contractueel overeengekomen geheimhoudingsbeding gering zou zijn, is niet langer houdbaar.²¹ Werkgevers zullen deze contractuele afspraken over geheimhouding voortaan zonder meer moeten vastleggen als zij een beroep willen doen op de specifieke grondslag voor wettelijke bescherming van bedrijfsgeheimen.

Al met al kan aldus voorzichtig worden vastgesteld dat de richtlijn en daarmee het wetsvoorstel een goede balans treffen tussen de belangen van de werkgever en die van de werknemer en tevens het algemeen belang niet uit het oog verliezen. Hoewel het belang van de bescherming van bedrijfsgeheimen nu uitdrukkelijk wettelijk wordt erkend, betekent dit niet dat andere belangen, zoals die van werknemers geen ruimte meer krijgen. In ieder

ders. Relevant is dat de wetgever in dit verband heeft overwogen dat de richtlijn en het wetsvoorstel beogen om geen afbreuk te doen aan 'de fundamentele rechten en vrijheden of het algemeen belang, zoals de openbare veiligheid, consumentenbescherming, volksgezondheid, milieubescherming en de mobiliteit van werknemers.' Zie hiervoor *Kamerstukken II* 2017/18, 34821, 3, p. 6.

14. Zie hiervoor art. 1 sub a, b en c wetsvoorstel.

15. Zie hiervoor *Kamerstukken II* 2017/18, 34821, 3, p. 16-17.

16. Van der Korst (2017) noemt als voorbeelden fraude of een aanstaande bestuurswisseling.

17. Zie hiervoor bijvoorbeeld de dissertatie van E. Verhulp, *Vrijheid van meningsuiting van werknemers en ambtenaren*, Den Haag: Sdu 1996, p. 149.

18. *Kamerstukken II* 2017/18, 34821, 3, p. 17.

19. Zie voor een bespreking hiervan ook Van der Korst 2017 die wijst op soortgelijke maatregelen die op grond van Amerikaanse jurisprudentie door de houder van een bedrijfsgeheim moeten worden genomen op grond van de *Uniform Trade Secrets Act*.

20. *Kamerstukken II* 2017/18, 34821, 3, p. 17.

21. Zie hiervoor opnieuw Van der Kind 2012, p. 175.

geval biedt de huidige voorgestelde wettekst de rechtspraktijk en uiteindelijk de rechter voldoende ruimte om te komen tot gebalanceerde oplossingen. En waar dit niet mogelijk zou blijken, kunnen de hiervoor genoemde bepalingen uit het Handvest worden meegewogen die de belangen van werkgevers en werknemers grondrechtelijke bescherming verlenen. Bij onevenredige uitkomsten bieden deze bepalingen een correctiemogelijkheid.