



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Annotatie HR 10 juli 2020, 19/01170, NJ 2022/288

Krans, H.B.

Citation

Krans, H. B. (2022). Annotatie HR 10 juli 2020, 19/01170, NJ 2022/288. *Nederlandse Jurisprudentie*, 2022(41), 5340-5342. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3513174>

Version: Publisher's Version

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3513174>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

november 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:10662). In het verleden heeft de Hoge Raad op dezelfde gronden vergelijkbare aanvullende eisen gesteld aan de ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens wanprestatie (HR 20 april 1990, NJ 1990/702, m.nt. P.A. Stein; zie ook Hof 's-Hertogenbosch 8 juli 2021, ECLI:NL:GHSHE:2021:2157, waarin uiteen wordt gezet waarom deze aanvullende eis nog steeds heeft te gelden bij de ontbinding wegens een tekortkoming in de nakoming van een overeenkomst op grond van art. 7:686 BW). Ik zou het hebben toegejuicht wanneer de Hoge Raad de hem geboden gelegenheid had aangegrepen datzelfde te doen voor de vernietiging van de arbeidsovereenkomst door de werkgever op grond van een wilsgebrek.

W.H.A.C.M. Bouwens

NJ 2022/288

HOGE RAAD (CIVIELE KAMER)

10 juli 2020, nr. 19/01170

(Mrs. E.J. Numann, M.V. Polak,
T.H. Tanja-van den Broek, C.E. du Perron,
H.M. Wattendorff;
A-G mr. E.M. Wesseling-van Gent)
m.nt. H.B. Krans

Art. 843a Rv

NJB 20201896

RvdW 2020/870

RBP 2020/77

ECLI:NL:PHR:2020:128

ECLI:NL:HR:2020:1251

Procesrecht. Exhibitievordering in niet-IE-zaak (art. 843a Rv); maatstaf voor aannemen rechtsbetrekking in zin art. 843a Rv bij gestelde tekortkoming of onrechtmatige daad; stelplicht.

Ook buiten het terrein van inbreuk op intellectuele eigendomsrechten en het onrechtmatig verkrijgen en gebruiken van bedrijfsgeheimen heeft als maatstaf voor de beoordeling van een vordering op de voet van art. 843a Rv te gelden dat het bestaan van de rechtsbetrekking waarop de vordering ziet, voldoende aannemelijk moet zijn. Degene die inzage, afschrift of uittreksel van bewijsmateriaal verlangt om een door hem vermoede tekortkoming of onrechtmatige daad te kunnen aantonen, zal gemotiveerd zodanige feiten en omstandigheden dienen te stellen en met eventueel reeds voorhanden bewijsmateriaal moeten onderbouwen, dat voldoende aannemelijk is dat die tekortkoming of onrechtmatige daad zich heeft voorgedaan of dreigt voor te doen. Wat in het kader van een vordering uit hoofde van art. 843a Rv bij een gestelde tekortkoming of onrechtmatige daad als een 'voldoende' mate van aannemelijkheid kan worden beschouwd, kan niet in algemene zin worden beantwoord. Enerzijds is uitgangspunt dat niet behoeft te

zijn voldaan aan de mate van aannemelijkheid die is vereist voor toewijzing in kort geding van een op (dreigend) tekortschieten of onrechtmatig handelen geba-seerde (ge- of verbods)vordering of vordering tot schadevergoeding; anderzijds dienen aan de mate van aannemelijkheid van de gestelde tekortkoming of onrechtmatige daad bij de beoordeling van een inzagevordering hogere eisen te worden gesteld dan bij de beoordeling van een verzoek tot het in beslag mogen nemen van bewijsmateriaal (vgl. HR 13 september 2013, NJ 2014/455, m.nt. H.B. Krans en HR 13 november 2015, NJ 2016/491, m.nt. Ch. Gielen).

Semtex B.V., te Best, eiseres tot cassatie, adv.: mr. J. den Hoed,

tegen

1. [verweerster 1],

2. [verweerster 2],

verweersters in cassatie, hierna gezamenlijk: [verweersters], adv.: mrs. N.E. Groeneveld-Tijssens en A.C. van Schaick.

Hof:

6. De beoordeling

In principaal en incidenteel hoger beroep

De feiten

6.1.1. Het gaat in deze zaak om het volgende.

6.1.2. Semtex ontwerpt en verkoopt kinderklleding onder de naam Retour Denim Deluxe dan wel Retour Jeans. De kleding van Retour wordt geproduceerd in Azië.

6.1.3. [verweerster 1] is van 1 oktober 2006 tot 1 oktober 2013 in dienst geweest bij Semtex, laatstelijk in de functie van senior productmanager/hoofdinkoopster.

6.1.4. [verweerster 2] is van 12 mei 2009 tot 1 december 2013 in dienst geweest bij Semtex. [verweerster 2] hield zich bezig met de ontwerpen voor de meisjescollectie.

6.1.5. De arbeidsovereenkomsten van [verweersters] bevatten een geheimhoudingsbeding en een verbod op nevenwerkzaamheden. Een concurrentie- of relatiebeding is daarin niet opgenomen.

6.1.6. Op 11 augustus 2013 heeft [verweerster 1] haar arbeidsovereenkomst met Semtex opgezegd tegen 1 oktober 2013. Rekening houdend met nog resterende vakantiedagen zou haar laatste werkdag 18 september 2013 zijn.

6.1.7. Op 17 september 2013 heeft [verweerster 1] via WeTransfer vanuit haar mailbox bij Semtex vier bestanden naar haar privé e-mailadres verzonden, genaamd:

1) modellenbestand.xls;

2) planning mailings 2013.xls;

3) pr contactpersonen.xls;

4) retour denim deluxe ss 13 revised.doc.

6.1.8. Op 22 september 2013 heeft de heer [betrokkene 1] (hierna: [betrokkene 1]), de partner van [verweerster 1], het woord-/beeldmerk [C] geregistreerd bij het Benelux Bureau voor Intellectuele Ei-

gendom voor de klassen 3, 14, 16, 18, 25 en 35 (kort gezegd: was- en cosmetische middelen, edelmetalen/juwelen, papier/drukwerk, leer, kleding, reclame).

6.1.9. [verweerster 2] heeft haar arbeidsovereenkomst met Semtex bij brief van 27 oktober 2013 opgezegd tegen 1 december 2013.

6.1.10. Eind november 2013 is een aantal vennootschappen opgericht: [A], [E] (hierna: [E]) en [D] (hierna: [D]). Via [B] is [betrokkene 1] bestuurd van [A]. [A] is bestuurder van [D].

6.1.11. Op 1 januari 2014 is [verweerster 2] bij [D] in dienst getreden.

6.1.12. [verweersters] ontwerpen en verhandelen kinderkleding binnen [D] en onder het merk [C].

6.1.13. Op 14 augustus 2014 heeft Semtex heeft, na daartoe verkregen verlof, ten laste van [verweerster 1], [verweerster 2], [A], [B], [E] en [D] (hierna: [verweerster 1] c.s. en de B.V.'s) op het adres [a-straat 1] te [plaats], het bedrijfspand van [E] en [D], conservatoir bewijsbeslag (hierna: het bewijsbeslag) doen leggen op:

“mogelijke relevante digitale bestanden zich bevindende op de in het bedrijfspand aanwezige computers (...), welke data zijn gekopieerd op een usb;

- digitale foto's van mogelijke relevante documenten uit de administratie en van mogelijke relevante kledingstukken, moodboards, kleurkaarten, stoffen, proefstukken, prototype etc.”

De in beslag genomen, op twee usb sticks opgeslagen, bestanden zijn aan een deurwaarder in gerechtelijke bewaring gegeven.

6.1.14. Op 15 augustus 2014 heeft Semtex een verzoekschrift tot het houden van een voorlopig getuigenverhoor ingediend. Dat verzoek is toegewezen.

6.1.15. Op 14 oktober 2014 heeft Semtex met het oog op de op de voet van artikel 1019i Rv gegeven termijn waarbinnen zij na het bewijsbeslag de eis in de hoofdzaak diende in te stellen, [verweerster 1] c.s. en de B.V.'s gedagvaard (rov. 6.2.1.). Dit hoger beroep betreft de aldus aanhangig gemaakte procedure.

6.1.16. Op 10 maart 2015 zijn in het kader van het voorlopig getuigenverhoor (rov. 6.1.14) [betrokkene 1] en [verweerster 1] als getuige gehoord.

6.1.17. Op diezelfde dag (10 maart 2015) heeft Semtex ten laste van [D] en twee afnemers van [D] onder hen beslag tot afgifte ex artikel 730 Rv. en artikel 28 Auteurswet (hierna: de beslagen tot afgifte) doen leggen op diverse roerende zaken. Bij brief van diezelfde datum heeft Semtex [betrokkene 1] gesommeerd het door hem op 22 september 2013 gedeponeerde woord-/beeldmerk [C] door te halen.

6.1.18. Op 24 maart 2015 heeft Semtex [betrokkene 1], [verweerster 1], [verweerster 2], [D] en een afnemer van [D] in kort geding gedagvaard. Semtex vorderde, kort gezegd, een verbod om inbreuk te maken op aan Semtex toekomende auteursrechten, doorhaling van het merk [C], opgave van nog aanwezige voorraad en van de verkoop van inbreuk makende producten, van daarmee behaalde winst en van gegevens van afnemers en vernietiging van de inbeslaggenomen zaken. In re conventie vorder-

den de gedaagde partijen opheffing van beslagen tot afgifte. Aan haar vorderingen legde Semtex, kort gezegd, inbreuk op haar auteursrechten, slaafse nabootsing, depot te kwader trouw alsmede oneerlijke mededinging en strijd met goed werknemerschap ten grondslag.

6.1.19. Bij vonnis van 22 mei 2015 heeft de voorzieningenrechter van de rechtbank Oost-Brabant de vorderingen van Semtex afgewezen, in re conventie de beslagen tot afgifte opheffen en Semtex in de kosten veroordeeld. Semtex heeft tegen dit vonnis geen hoger beroep ingesteld.

6.1.20. In het kader van voornoemd voorlopig getuigenverhoor (rov. 6.1.14) heeft Semtex nog op 13 juli 2015 respectievelijk 3 februari 2016 [verweerster 2] respectievelijk de getuige [betrokkene 2] (hierna: [betrokkene 2]) doen horen.

De procedure bij de rechtbank

6.2.1. In eerste aanleg vorderde Semtex, zakelijk weergegeven:

I. Primair:

afschrift en inzage van de volgende, door het bewijsbeslag getroffen bescheiden:

a. e-mailverkeer tussen [verweerster 1] c.s. en de B.V.'s en de e-mailaccounts die tot het domein van Semtex behoren;

b. administratie van de monsters voor de collectie 2014 en 2015 van [verweerster 1] c.s. en de B.V.'s en van de financiële administratie met betrekking tot die monsterkosten;

c. de door [verweerster 1] c.s. en de B.V.'s gehanteerde maatschema's;

d. e-mails tussen [verweerster 1] c.s. en de B.V.'s en de fabrieken waar Semtex haar kleding laat fabriceren;

e. elektronische documenten met betrekking tot de ontwikkeling van het merk en de huisstijl van [C];

f. de e-mail van 17 september 2013 vanuit Semtex naar het privé e-mailadres van [verweerster 1] en de daarbij verzonden bestanden,

subsidiair:

benoeming van een onafhankelijke derde om de inzage uit te voeren,

II. Primair:

afschrift en inzage van de door het bewijsbeslag getroffen (foto's van) de door [C] ontworpen kledingcollectie,

subsidiair:

toe te staan dat een door de rechtbank aan te wijzen onafhankelijke deskundige inzage neemt in (deze foto's van) de collectie ter vergelijking met de collectie van Semtex,

III. toe te staan dat een door de rechtbank aan te wijzen onafhankelijke deskundige inzage neemt in alle onder het bewijsbeslag begrepen bescheiden, bepaalt welke documenten voldoen aan de door Semtex bij I gegeven omschrijving en de ter zake doende documenten aan Semtex ter beschikking stelt,

IV. in alle gevallen uiterlijk 14 dagen na betekening van het vonnis aan Semtex te verstrekken alle bescheiden die voldoen aan de bij I en II gegeven omschrijving,

V. op straffe van een dwangsom, en VI. met veroordeling van [verweerster 1] c.s. en de B.V.'s in de proceskosten en, voor het geval de rechtbank van oordeel is dat aanspraak op vergoeding van volledige proceskosten kan worden gemaakt, in de volledige proceskosten als bedoeld in artikel 1019h Rv.

6.2.2. Semtex baseert haar vorderingen op de artikelen 843a en 1019a Rv. Volgens Semtex hebben [verweersters] onrechtmatig jegens haar gehandeld door, kort gezegd, oneerlijk concurrerend en in strijd met in hun arbeidsovereenkomst neergelegde verplichtingen en met de intellectuele eigendomsrechten (hierna: IE-rechten) van Semtex te handelen. De mede gedagvaarde vennootschappen [A], [B], [E] en [D] maken volgens Semtex ook inbreuk op de IE-rechten van Semtex, dan wel profiteren zij van de door [verweersters] gemaakte inbreuk.

6.2.3. [verweerster 1] c.s. en de B.V.'s hebben gemotiveerd verweer gevoerd. Dat verweer zal, voor zover in dit hoger beroep van belang, hierna aan de orde komen.

6.2.4. Bij tussenvonnis van 3 december 2014 heeft de rechtbank een comparitie van partijen gelast. De comparitiezitting heeft op 26 februari 2015 plaatsgevonden. Het daarvan opgemaakte procesverbaal bevindt zich bij de stukken.

6.2.5. Bij het bestreden eindvonnis van 26 augustus 2015 heeft de rechtbank de vorderingen van Semtex afgewezen en haar veroordeeld in de aan de zijde van [verweerster 1] c.s. en de B.V.'s gevallen proceskosten. De rechtbank begrootte die kosten voor 5/6e deel op basis van het liquidatietarief en voor 1/6e deel op basis van artikel 1019h Rv.

De rechtbank overwoog daartoe, kort gezegd, als volgt.

De rechtbank stelt voorop dat het [verweersters] in beginsel is toegestaan om jegens Semtex concurrerende werkzaamheden te verrichten en zaken te doen met relaties van Semtex en daarbij gebruik te maken van de kennis, ervaring en persoonlijke goodwill die zij bij Semtex hebben opgedaan, nu hun arbeidsovereenkomst met Semtex een concurrentiebeding noch relatiebeding bevat. Dat is enkel anders indien [verweersters] daarbij het duurzame bedrijfsdebiets van Semtex stelselmatig en in substantiële mate afbreken (4.4).

Semtex heeft het bestaan van haar IE-rechten en daarmee de inbreuk daarop door [verweerster 1] c.s. en de B.V.'s onvoldoende onderbouwd (4.5).

Semtex heeft onvoldoende onderbouwd dat de bestanden die [verweerster 1] op 17 september 2013 naar haar privé e-mailadres stuurde geheime informatie van Semtex bevatten en dat [verweerster 1] die informatie heimelijk heeft meegenomen (4.9).

Semtex heeft evenmin aannemelijk gemaakt dat [verweersters] tijdens hun dienstverband met Semtex ten behoeve van een nieuw op te zetten onderneming zaken deden met relaties van Semtex (4.12).

Op voorhand is niet aannemelijk dat [verweersters] tijdens hun dienstverband bij Semtex bezig waren met het opzetten van een nieuwe onderne-

ming (4.15) en op kosten van Semtex monsters hebben aangeschaft (4.16).

De in 2013 door studenten (waaronder de zus van [verweerster 2]) opgemaakte bedrijfsanalyse van Semtex is niet heimelijk geschied noch in strijd met een geheimhoudingsbeding, nu de directeur van Semtex, de heer [betrokkene 3] (hierna: [betrokkene 3]), voor dat onderzoek toestemming had gegeven (4.25).

Al met al is op voorhand niet dan wel onvoldoende aannemelijk dat [verweerster 1] c.s. en de B.V.'s jegens Semtex, kort gezegd, onrechtmatig hebben gehandeld. Daarom heeft Semtex geen rechtmatig belang bij de gevorderde inzage in en afschriften van de inbeslaggenomen bescheiden (4.26), aldus de rechtbank.

Hoger beroep

In principaal hoger beroep

6.3.1. Semtex heeft tijdig tegen dit eindvonnis hoger beroep ingesteld. Zij heeft acht grieven aangevoerd en geconcludeerd tot vernietiging van dat vonnis en tot toewijzing alsop van haar vorderingen, met dien verstande dat zij haar vordering onder I primair sub f (rov. 6.2.1; de e-mail van 17 september 2013) niet handhaaft. Evenmin vordert zij kostenbegroting op de voet van artikel 1019h Rv.

Verder heeft Semtex de in eerste aanleg mede gedagvaarde vennootschappen [A], [B] en [E] niet in hoger beroep gedagvaard. Deze vennootschappen zijn dus geen partij in dit hoger beroep. Datzelfde geldt voor de aanvankelijk wel in hoger beroep gedagvaarde [D]. Semtex heeft immers bij haar memorie van grieven (randnummer 3.2) uitdrukkelijk vermeld dat haar hoger beroep enkel tegen [verweersters] is ingesteld. Weliswaar komt Semtex daarop terug in haar 'memorie van antwoord in conventie', maar tijdens het pleidooi bij het hof heeft de advocaat van Semtex desgevraagd bevestigd dat het hoger beroep zich enkel richt tegen [verweersters]. [verweersters] hebben dat blijkens hun memorie van antwoord ook zo begrepen. Het hof beschouwt het hoger beroep dan ook als niet gericht tegen [D]. Dat [D] geen partij is in dit hoger beroep, heeft het hof reeds in de aanhef van dit arrest tot uitdrukking gebracht.

6.3.2. Met haar eerste grief betoogt Semtex dat de rechtbank ten onrechte enkel de gestelde onrechtmatige concurrentie centraal stelt en niet ook de inbreuk op de IE-rechten van Semtex en de schending van de bepalingen uit de arbeidsovereenkomst.

Met grief 2 voert Semtex aan dat de rechtbank, kort gezegd, een te strenge maatstaf heeft gehanteerd bij de beoordeling van de toewijsbaarheid van de exhibitievordering.

De grieven 3 en 4 hebben betrekking op de gestelde overtreding van het verbod van nevenwerkzaamheden.

De grieven 5, 6 en 7 zien op de gestelde schending van de geheimhoudingsplicht.

Grief 8 is gericht tegen de conclusie van de rechtbank dat onvoldoende aannemelijk is dat [verweer-

sters] zich schuldig hebben gemaakt aan oneerlijke concurrentie.

In incidenteel hoger beroep

6.4.1. [verweersters] hebben een memorie van antwoord 'tevens houdende eis in reconventie' ingediend. Op de desbetreffende rolzitting is die door het hof aangemerkt als memorie van antwoord tevens memorie van grieven in incidenteel hoger beroep. Vervolgens heeft Semtex daarop een memorie van antwoord in incidenteel hoger beroep kunnen nemen. Daarna hebben partijen nog een 'akte in incidenteel appel' respectievelijk een 'antwoordakte in incidenteel appel/reconventie?' genomen.

6.4.2. Semtex heeft er, gelet op artikel 137 Rv in verbinding met artikel 353 Rv, terecht op gewezen dat [verweersters] niet voor het eerst in hoger beroep een eis in reconventie kunnen instellen.

Partijen hebben verder gedebatteerd over de vraag of een incidenteel hoger beroep is ingesteld, wat de incidentele grief zou inhouden en of die te laat is aangevoerd. Het hof acht het niet nodig om dit debat te bespreken. Het als zodanig gekwalificeerd incidenteel hoger beroep strekt immers tot toewijzing van een tegenvordering (opheffing van het bewijsbeslag) die voor het eerst in hoger beroep wordt gedaan. Zo'n vordering is, hoe ook genaamd of gepresenteerd, in feite een eis in reconventie en daarmee, zoals overwogen, niet toewijsbaar. Anders dan [verweersters] betogen kan hun enkele opmerking in eerste aanleg dat, als gevolg van afwijzing van het door Semtex gevorderde, het bewijsbeslag dient te vervallen (cva 190) niet als een vordering tot opheffing van het bewijsbeslag worden opgevat. Indien [verweersters] dat al wel zo zouden hebben bedoeld was dat voor Semtex en de rechtbank niet kenbaar, mede in aanmerking genomen dat het petitum van de conclusie van antwoord niet die vordering bevat.

6.4.3. Het incidenteel hoger beroep slaagt dus niet.

Vervolg principaal hoger beroep

Verweer eigendom in beslag genomen materiaal

6.5.1. Als meest verstrekkend verweer hebben [verweersters] betoogd dat de vorderingen van Semtex niet toewijsbaar zijn omdat zij geen eigenaar zijn van de in beslag genomen informatie. Zij kunnen daarom niet worden veroordeeld om inzage in die informatie toe te staan. De eigendom van de in beslaggenomen informatie berust bij een van de aanvankelijk ook gedagvaarde vennootschappen, maar Semtex heeft berust in de afwijzing van haar vorderingen jegens die vennootschappen. Het vonnis heeft dus tussen Semtex en die vennootschappen kracht van gewijsde gekregen. Inzage ex artikel 843a Rv. kan echter enkel worden gelast ten opzichte van een partij die betrokken is bij een procedure en gerechtigd is tot de in beslag genomen informatie, aldus [verweersters].

Semtex heeft dit verweer gemotiveerd betwist.

6.5.2. Dit verweer strandt naar het oordeel van het hof reeds op het feit dat inzage en/of afschrift op de voet van artikel 843a Rv blijkens de wettekst kan worden gevorderd van degene die deze bescheiden 'te zijner beschikking of onder zijn berusting' heeft. Voor de toewijsbaarheid van de vordering is niet nodig dat degene tegen wie de vordering is gericht ook eigenaar is van de gevorderde informatie (noch overigens dat diegene zelf partij is bij de in art. 843a Rv bedoelde rechtsbetrekking). [verweersters] hebben niet, althans onvoldoende gemotiveerd betwist dat zij over de gevorderde en mede ten laste van hen in beslag genomen informatie – kort gezegd – kunnen beschikken. De enkele stelling dat zij geen eigenaar van de in beslag genomen informatie zijn noch bestuurder van [D] dan wel [E] is daartoe onvoldoende.

De grondslagen. De eerste principale grief

6.5.3. Naar het oordeel van het hof volgt uit de stellingen van Semtex voldoende dat zij betoogt dat [verweersters] haar op onrechtmatige wijze beconcurreren, het in hun arbeidsovereenkomst met Semtex opgenomen nevenwerkzaamheden- en geheimhoudingsbeding hebben geschonden en inbreuk hebben gemaakt op de IE-rechten van Semtex. Dat is ook voor [verweersters] voldoende kenbaar.

De rechtbank is op alle grondslagen ingegaan. Ook het hof zal dit doen, zodat [verweersters] bij deze grief geen belang hebben. Grief 1 slaagt niet.

Maatstaf. Principale grief 2

6.5.4. Het gaat in dit hoger beroep om de beoordeling van een vordering uit hoofde van de artikelen 843a Rv en 1019a Rv als vervolg op een op grond van de artikelen 730 Rv en 1019b Rv gelegd conservatoir bewijsbeslag. Art. 1019a lid 1 Rv bepaalt dat een verbintenis uit onrechtmatige daad wegens inbreuk op een recht van intellectuele eigendom geldt als een rechtsbetrekking als bedoeld in art. 843a lid 1 Rv. Art. 843a lid 1 Rv bepaalt dat hij die daarbij rechtmatig belang heeft, op zijn kosten inzage, afschrift of uittreksel kan vorderen van bepaalde bescheiden aangaande een rechtsbetrekking waarbij hij of zijn rechtsvoorgangers partij zijn, van degene die deze bescheiden tot zijn beschikking of onder zijn berusting heeft.

6.5.5. Het hof stelt het volgende voorop.

Degene die inzage, afgifte of uittreksel van bewijsmateriaal verlangt, dient zodanige feiten en omstandigheden te stellen en met reeds voorhanden bewijsmateriaal te onderbouwen, dat de gestelde onrechtmatigheid/inbreuk voldoende aannemelijk is.

De vraag wat in het kader van een vordering uit hoofde van art. 843a Rv respectievelijk artikel 1019a Rv als een 'voldoende' mate van aannemelijkheid kan worden beschouwd, kan niet in algemene zin kan worden beantwoord. Het komt steeds aan op een waardering van de stellingen en verweren van partijen en de overtuigingskracht van het eventueel

reeds overgelegde bewijsmateriaal. Daarbij is uitgangspunt dat niet behoeft te zijn voldaan aan de mate van aannemelijkheid die is vereist voor toewijzing in kort geding van een op (dreigend) onrechtmatig handelen c.q. een (dreigende) inbreuk gebaseerde (verbods)vordering (HR 13 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3304, NJ 2016/491; HR 9 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2834, NJ 2017/22; HR 28 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1775).

6.5.6. Of de rechtbank met haar overweging dat 'op voorhand niet aannemelijk is' dat sprake is van de gestelde onrechtmatige gedragingen een te strenge maatstaf heeft toegepast kan in het midden blijven. Het hof zal immers ter beoordeling van de toewijsbaarheid van de vorderingen van Semtex zelfstandig aan voornoemde maatstaf toetsen. Daarbij zal het hof de verschillende door Semtex aangedragen grondslagen bespreken.

Inbreuk op IE-rechten?

6.5.7. De rechtbank heeft geoordeeld dat Semtex onvoldoende heeft onderbouwd dat zij IE-rechten heeft waarop [verweersters] inbreuk zouden hebben gepleegd. Tegen dit oordeel heeft Semtex geen grief gericht en zij heeft evenmin in hoger beroep voldoende concreet onderbouwd aangevoerd dat zij IE-rechten heeft waarop [verweersters] inbreuk maken. Ter gelegenheid van het pleidooi heeft de advocaat van Semtex medegedeeld dat hoewel Semtex in hoger beroep niet of nauwelijks aandacht besteedt aan haar IE-rechten, zij de IE-grondslag niet wil laten vallen omdat niet kan worden uitgesloten dat het logo van [C] door [verweerster 1] is ontworpen tijdens haar dienstverband bij Semtex, in welk geval het auteursrecht op dat logo aan Semtex zou toebehoren, aldus Semtex.

Daargelaten of Semtex geacht moet worden op dit punt een voldoende onderbouwde grief te hebben aangevoerd, kan Semtex' beroep op werkgeversauteursrecht naar het oordeel van het hof niet slagen omdat artikel 7 Aw slechts betrekking heeft op werken die zijn gemaakt overeenkomstig de taakomschrijving van de werknemer binnen het bedrijf van de werkgever. In dit geval is echter niet gebleken (en ook niet aannemelijk) dat het ontwerpen van het bedoelde logo, indien dat door [verweerster 1] of [verweerster 2] tijdens hun dienstverband bij Semtex zou zijn gebeurd, behoorde tot de onder hun arbeidsovereenkomst met Semtex vallende taken.

6.5.8. Het hof komt niet toe aan de vraag of in het kader van deze exhibitievordering een inbreuk op IE-rechten voldoende aannemelijk is geworden.

Schending nevenwerkzaamhedenbeding en geheimhoudingsbeding? Grieven 3 tot en met 7

6.5.9. Semtex heeft, samengevat en zakelijk weergegeven, onder meer het volgende aangevoerd. Het is opvallend dat reeds enkele dagen nadat [verweerster 1] bij Semtex is vertrokken, haar partner [betrokkene 1] het merk [C] deponeert. Zijn verklaring dat hij van plan was zelf een casual kledinglijn voor

volwassenen op de markt te brengen is ongeloofwaardig. Het logo van [C] moet wel door [verweerster 1] zijn ontworpen, nog tijdens dienstverband met Semtex. In 2013 was bij Semtex sprake van een stijging van de monsterkosten en dat moet wel het gevolg zijn van het feit dat [verweersters] voor zichzelf monsters lieten maken om een vliegende start met [C] te kunnen maken. Ook uit een e-mail van [verweerster 2] aan een fabrikant enkele dagen na het vertrek van [verweerster 1] waarin [verweerster 2] vraagt een pakket naar haar adres in China te sturen ziet op voorbereidingshandelingen van [verweerster 2] en [verweerster 1]. Datzelfde geldt voor het in mei 2013 door een aantal studenten, waaronder de zus van [verweerster 2], uitgevoerde bedrijfsanalyse. Semtex wijst verder op de e-mail van [verweerster 1] van 17 september 2013 waarbij zij via WeTransfer vier bestanden naar haar privéadres stuurt. Die gegevens had [verweerster 1] niet nodig om, zoals zij verklaarde, ouders van modellen te kunnen bedanken. De vraag is wat zij dan met die gegevens moest. Volgens de externe IT-specialist van Semtex is het onzin dat, zoals [verweersters] verklaarden, het nodig was om data van Semtex naar hun privé adressen te sturen. Ook heeft deze IT-specialist aan Semtex laten weten dat de e-mailbox en het bureaublad van [verweersters] leeg waren toen zij waren vertrokken. Verder staat vast dat [verweerster 2] tijdens een reis voor Semtex naar China voor zichzelf en de webshop van haar zus drie truien heeft gekocht. [verweerster 1] wilde meer tijd aan haar gezin besteden en [verweerster 2] wilde studeren, maar toch startten [verweersters] binnen enkele maanden met een concurrerend kledingmerk en kwamen zij zo'n half jaar later met een volledige collectie. Dat dient goed voorbereid te zijn en daarmee moeten zij al bezig zijn geweest tijdens hun dienstverband bij Semtex. De collectie [C] is volgens een afnemer van Semtex een 'copy/paste' van de collectie van Semtex. Dit sluit aan bij het feit dat [C] in oktober 2014 aan een fabrikant in China een kledingstuk van Semtex stuurt met de vraag om de stijl hetzelfde te laten zijn. [betrokkene 2] heeft verklaard dat voor zover hij weet het logo van [C] is ontworpen door 'mevrouw [verweerster 2] en haar collega'. Ook verklaart hij dat sprake was van grote paniek bij [verweersters] toen hij begin 2014 zijn projectplan voor [C] per abuis naar het e-mailadres bij Semtex verstuurd. Semtex vraagt zich af waarom van paniek sprake was als er niets aan de hand is.

6.5.10. [verweersters] hebben, samengevat en zakelijk weergegeven, zich onder meer als volgt verweerd. Het merk [C] is door [betrokkene 1] gedeponeerd in verband met eigen plannen van hem voor een kledinglijn. [verweerster 1] kreeg enkele weken na haar vertrek bij Semtex zin om weer aan de slag te gaan en zij wilde dat graag op het gebied van kinderkleding doen. In overleg met haar partner kon zij daarvoor het merk [C] gebruiken. Zij heeft na vertrek van [verweerster 2] bij Semtex gevraagd of [verweerster 2] voor haar wilde komen werken. [verweersters] hebben tijdens het dienstverband van

Semtex geen voorbereidende werkzaamheden voor [C] verricht. Zij hebben tijdens dat dienstverband geen monsters aangeschaft met het oog op een op te zetten eigen kledinglijn. Wel heeft [verweerster 2] tijdens een reis voor Semtex drie truien voor zichzelf en voor haar zus gekocht, maar die heeft [verweerster 2] zelf betaald, wat blijkt uit een overgelegd afschrift van een pinbon. De e-mail van [verweerster 2] aan een fabrikant om een pakket naar haar verblijfsadres in China te sturen hield verband met het feit dat [verweerster 2] op korte termijn naar China zou afreizen en daar enige tijd zou verblijven. Tijdens hun dienstreizen hebben [verweersters] geen zaken voor zichzelf gedaan met fabrikanten. Zij onderbouwen dat door verklaringen van fabrikanten over te leggen waarin deze dat bevestigen. [verweerster 1] werkte veel vanuit huis, ook in de avonden. Het was volstrekt gebruikelijk om bestanden naar het privé e-mailadres te sturen. De IT-specialist is niet als getuige gehoord. De op 17 september 2013 via WeTransfer gestuurde bestanden bevatten contactgegevens die [verweerster 1] wilde gebruiken om ouders van kinder-fotomodellen te bedanken. Anders dan Semtex in eerste aanleg heeft aangevoerd bevatte het vierde bestand helemaal geen maatvoering, maar slechts wat reclame voor de, eind 2013 al oude, zomercollectie van 2013. Het is gebruikelijk dat bij het ontwerpen van een collectie inspiratie wordt gehaald uit modellen van anderen en dat bij de instructies aan de fabrikant op bepaalde punten wordt verwezen naar zo'n ander model. Daarbij wordt er op gelet dat er ook voldoende afstand van dat model wordt gehouden. Dat blijkt ook uit de door Semtex aangehaalde instructie van [C] aan een fabrikant van oktober 2014, waarin overigens niet alleen naar een item van Semtex maar ook naar een item van [F] wordt verwezen. Het in mei 2013 uitgevoerde onderzoek door een groep studenten heeft niets te maken met het opstarten in januari 2014 van [C]. Bovendien had de directeur van Semtex, [betrokkene 3], toestemming voor dat onderzoek gegeven. Hij wilde er verder niet mee lastig worden gevallen. Dat hij het onderzoeksrapport niet kende is daarom voor zijn rekening en risico.

6.5.11. Naar het oordeel van het hof heeft Semtex in het licht van de gemotiveerde betwisting door [verweersters] onvoldoende feiten en omstandigheden gesteld, en is het reeds voorhanden bewijsmateriaal van onvoldoende onderbouwend gewicht, om te concluderen dat voldoende aannemelijk is dat [verweersters] hun in hun arbeidsovereenkomst met Semtex opgenomen nevenwerkzaamheden en geheimhoudingsbeding hebben geschonden. Daartoe overweegt het hof het volgende.

6.5.12. [verweerster 1] heeft erkend dat zij twee dagen voordat zij feitelijk bij Semtex weg ging vier bestanden naar haar privé e-mailadres heeft gestuurd. [verweerster 2] heeft erkend dat zij tijdens een verblijf voor Semtex in China op eigen kosten drie truien voor zichzelf heeft gekocht. Indien dit al als schending van het geheimhoudingsbeding respectievelijk het nevenwerkzaamhedenbeding zou

moeten worden gekwalificeerd rechtvaardigt dat nog niet toewijzing van de gevorderde inzage/verstrekking afschriften. Het is Semtex bekend welke bestanden [verweerster 1] naar haar privé adres heeft gemaild. Anders dan zij aanvankelijk aanvoerde betrof het vierde bestand niet de door Semtex gebruikte maatvoering. Semtex heeft niet betwist dat dat vierde bestand reclame met betrekking tot de zomer collectie van 2013 betrof. Evenmin heeft zij betwist dat de bestanden contactgegevens bevatten. Het moge zo zijn dat Semtex de verklaring van [verweerster 1] voor verzending van de bestanden niet gelooft, maar dat op zichzelf levert nog geen exhibitieplicht van [verweerster 1] op. Datzelfde geldt voor de privé aankoop door [verweerster 2] van drie truien. [verweersters] hebben onbetwist aangevoerd dat zij regelmatig langere tijd voor Semtex in China verbleven en lange werkdagen maakten. Een privé aankoop van betrekkelijk geringe omvang onder die omstandigheden is onvoldoende om een exhibitieplicht aan te nemen.

6.5.13. [verweerster 2] heeft een plausibele verklaring gegeven voor haar verzoek per mail aan een fabrikant om een pakket op haar verblijfsadres in China af te leveren. [verweersters] hebben verklaringen over gelegd van fabrikanten in China waarin deze fabrikanten verklaren dat [verweersters] tijdens hun bezoeken aan China voor Semtex niet met hen hebben gesproken over een door hen zelf op te zetten kledinglijn. Ook verklaren deze fabrikanten dat zij pas van [C] op de hoogte raakten door een (in dit geding overgelegde) brief van [betrokkene 3], directeur van Semtex. Semtex heeft geen andersluidende verklaringen overgelegd.

6.5.14. Bij pleidooi heeft Semtex aangevoerd dat het volgens haar IT-manager onzin is dat het nodig was om bestanden naar het privé e-mailadres te sturen om er in te kunnen werken. Gelet op de andersluidende verklaringen van [verweersters] tijdens het door Semtex verzochte voorlopig getuigenverhoor heeft het hof tijdens het pleidooi gevraagd waarom deze IT-specialist destijds niet als getuige is gehoord. Semtex had daar geen verklaring voor. Het hof gaat daarom uit van de door [verweersters] gegeven verklaring voor sturen van de bestanden naar het privé e-mailadres.

6.5.15. Voor wat betreft het door een aantal studenten, waaronder de zus van [verweerster 2] en (de als getuige gehoorde) [betrokkene 2] in mei 2013 bij Semtex uitgevoerde onderzoek staat vast dat [betrokkene 3] toestemming voor dat onderzoek heeft gegeven. Semtex heeft betoogd dat die toestemming zich niet uitstrekte tot een bedrijfsanalyse en kennisneming van bedrijfsinformatie, maar Semtex heeft niet gesteld dat en op grond waarvan [verweerster 2], via wie kennelijk het verzoek van de studenten werd gedaan, dat heeft moeten begrijpen. Semtex heeft niet betwist dat [betrokkene 3] had laten weten dat hij verder niet met dit onderzoek lastig gevallen wilde worden. Er is geen enkele aanwijzing dat sprake was van een heimelijk uitgevoerde bedrijfsanalyse. Dat in het kader van dat onderzoek in-

formatie over Semtex aan de studenten is verschaft ligt voor de hand. Dat op zichzelf is geen aanwijzing dat [verweerster 2] haar geheimhoudingsplicht heeft geschonden, nog afgezien van de hiervoor besproken toestemming van [betrokkene 3]. Evenmin heeft Semtex concrete aanwijzingen genoemd die wijzen op een verband tussen dit onderzoek en de latere activiteiten van [verweersters] met [C]. Daarvoor is in ieder geval onvoldoende dat [betrokkene 2], die eind 2013 door [verweerster 2] was benaderd voor het ontwikkelen van de website en huisstijl van [C], heeft verklaard dat hij met de kennis opgedaan bij de bedrijfsanalyse voor Semtex 'wel wat kon waar het het projectplan voor [C] betrof. [betrokkene 2] motiveert dit door aan te geven dat het om een vergelijkbaar merk, een vergelijkbare propositie en een vergelijkbaar marktsegment ging. Dat moge zo zijn en is ook logisch, maar geen aanwijzing dat het eerder bij Semtex uitgevoerde onderzoek juist met het oog op een door [verweersters] op te zetten kledinglijn is uitgevoerd.

Enige betrokkenheid van [verweerster 1] bij dat onderzoek heeft Semtex niet gesteld en is evenmin gebleken. Semtex heeft niet betwist dat [verweersters] niet in het bezit zijn van het rapport en Semtex wel. Semtex heeft dat rapport niet in het geding gebracht, zodat evenmin daaruit een onderbouwing van de juistheid van de stellingen van Semtex is te putten. Ten slotte leidt het feit dat de reden voor het niet doorgaan van de opdracht door [verweerster 2] aan [betrokkene 2] (voor het ontwikkelen van de huisstijl van [C]) er in zou zijn gelegen dat [betrokkene 2] zijn plan per abuis naar een mailadres van Semtex had gestuurd, niet tot een ander oordeel. Indien dat bij [verweersters] tot de nodige consternatie heeft geleid is dat voorstelbaar. Zij waren immers een met het bedrijf van hun vorige werkgever concurrerend bedrijf begonnen. Anders dan Semtex betoogt volgt uit die consternatie geen voldoende aanwijzing dat [verweersters], kort gezegd, onrechtmatig jegens Semtex hadden gehandeld, noch leidt het tot een exhibitieplicht aan de zijde van [verweersters].

6.5.16. [verweersters] hebben betwist dat de monsterkosten in 2013 significant hoger waren en er terecht op gewezen dat dat geenszins blijkt uit de (aanvankelijk) door Semtex genoemde bedragen. Verder hebben zij betwist dat zij in 2013 op kosten van Semtex monsters kochten ten behoeve van een door hen zelf op te zetten kledinglijn. Zij hebben aangevoerd dat Semtex in haar eigen administratie en credit card afschrijvingen dit kan nagaan. Semtex heeft verschillende bedragen aan monsterkosten genoemd. Bij pleidooi heeft zij weer andere bedragen genoemd die zouden duiden op een veel hogere post monsterkosten voor 2013. Semtex stelt dat die bedragen zijn 'ontleend aan de boekhouding', maar de onderliggende stukken heeft zij niet in het geding gebracht. Dat had echter wel op haar weg gelegen, gelet op de betwisting door [verweersters] en het feit dat Semtex niet eenduidig is geweest is het noemen van die bedragen. Weliswaar hoeft Semtex in het kader van deze procedure niet te bewijzen

dat de monsterkosten in 2013 aanzienlijk hoger waren dan de jaren ervoor en erna, maar in het kader van deze exhibitievordering is het wel aan Semtex om haar stellingen te onderbouwen met bewijsmateriaal dat reeds voorhanden is.

6.5.17. Er zijn onvoldoende concrete aanknopingspunten voor het oordeel dat het feit dat de mailbox en het bureaublad van de computers van [verweersters] bij Semtex na vertrek bij Semtex leeg zouden zijn, verband houdt met hun (latere) werkzaamheden voor [C]. Hetzelfde geldt voor het merkdepot door de partner van [verweerster 1]. Deze omstandigheden leveren niet zodanige feiten en omstandigheden op dat daarmee de voor de toewijsbaarheid van de exhibitievordering vereiste mate van aannemelijkheid van de gestelde onrechtmatige gedragingen is bereikt, ook niet in samenhang met de hiervoor besproken feiten en omstandigheden. Datzelfde geldt voor het feit dat vanuit [C] in oktober 2014 aan een fabrikant in China instructies zijn gegeven waarbij ook is verwezen naar een kledingstuk van Semtex. [verweerster 1] heeft uitgelegd dat dat een gebruikelijke gang van zaken is die geen inbreuk op IE-rechten oplevert of anderszins onrechtmatig is en Semtex heeft dat niet betwist.

Concluderend oordeelt het hof dat de grieven 3 tot en met 7 niet slagen.

Onerlijke concurrentie. Grief 8. Geen goed werknemerschap

6.5.18. Deze grondslagen heeft Semtex geheel dan wel hoofdzakelijk onderbouwd met de hiervoor reeds besproken stellingen. Uit die stellingen, inclusief hetgeen Semtex daarnaast nog heeft aangevoerd in dit verband, volgt naar het oordeel van het hof dat Semtex onvoldoende concreet heeft gesteld dat en waarom [verweersters], gebruikmakend van de bij Semtex opgedane kennis en gegevens, het duurzame bedrijfsdebiit van Semtex stelselmatig en in substantiële mate afbreken en/of in strijd met hun uit artikel 7:611 BW voortvloeiende verplichtingen hebben gehandeld. Deze grondslagen kunnen daarom evenmin tot toewijsbaarheid van de exhibitievordering leiden. Ten overvloede overweegt het hof dat de rechtbank terecht heeft overwogen dat het [verweersters] in beginsel is toegestaan om jegens Semtex concurrerende werkzaamheden te verrichten en zaken te doen met relaties van Semtex en daarbij gebruik te maken van de kennis, ervaring en persoonlijke goodwill die zij bij Semtex hebben opgedaan, nu hun arbeidsovereenkomst met Semtex een concurrentiebeding noch relatiebeding bevat. Grief 8 slaagt niet.

Slotsom in principaal hoger beroep

6.6.1. In deze procedure is duidelijk dat Semtex niet gelukkig is met het vertrek van [verweersters] en met het feit dat zij een concurrerend bedrijf hebben opgezet. Semtex vermoedt dat [verweersters] al tijdens hun dienstverband met Semtex bezig zijn geweest met het opzetten van een concurrerend bedrijf in kinderkleding. Dat vermoeden is, afgaande

op de feiten en omstandigheden die Semtex heeft geschetst op het eerste gezicht, misschien voorstelbaar. [verweersters] hebben die feiten en omstandigheden echter deels betwist en deels verklaard. Dat Semtex die verklaringen niet geloofd moge zo zijn, maar is op zichzelf onvoldoende voor een recht van Semtex op inzage in en afschrift van vele bescheiden uit de bedrijfsadministratie van [D]. Wat Semtex daarnaast heeft aangevoerd is, zoals hiervoor is overwogen, onvoldoende om de gestelde schending van bedingen uit de arbeidsovereenkomst en van IE-rechten dan wel de gestelde oneerlijke concurrentie in zodanige mate als aannemelijk te kwalificeren dat dat tot toewijzing van de gevorderde exhibitie moet leiden. Het komt er op neer dat Semtex vermoedt dat in de bedrijfsadministratie van [D] digitale gegevens zijn te vinden waarvan Semtex vermoedt dat die steun kunnen geven aan haar stellingen. Daarvoor is artikel 843a Rv niet geschreven.

6.6.2. Semtex heeft geen gespecificeerd bewijsaanbod gedaan, althans geen bewijs aangeboden van feiten die, indien bewezen, tot een ander oordeel zouden leiden. Bewijslevering is daarom niet aan de orde.

In principaal en incidenteel hoger beroep; slot

6.7. Geen van de aangevoerde grieven slaagt. Het bestreden vonnis zal worden bekrachtigd. Semtex dient de kosten te dragen van het principaal hoger beroep, [verweersters] de kosten van het incidenteel hoger beroep. Semtex heeft in de conclusie van haar memorie van antwoord in het incidenteel hoger beroep geen kostenveroordeling, nakosten, wettelijke rente en uitvoerbaarheid bij voorraad gevorderd. Het hof zal ambtshalve in het incidenteel hoger beroep een kostenveroordeling ten gunste van Semtex uitspreken, echter geen nakosten, wettelijke rente en uitvoerbaarheid bij voorraad nu dat bij gebreke van een daartoe strekkende vordering niet mogelijk is.

Aangezien in hoger beroep de IE-grondslag niet of nauwelijks een rol heeft gespeeld zal het hof de proceskosten begroten aan de hand van het liquidatietarief.

6.8. Semtex heeft in haar conclusie van haar memorie van antwoord in incidenteel hoger beroep het hof verzocht 'de in conventie en reconventie verzochte uitvoerbaarheid bij voorraad' af te wijzen, omdat dat tot verval van het bewijsbeslag zou kunnen leiden.

Gelet op de uitkomst van de procedure (bekrachtiging door het hof van de afwijzing van Semtex' vorderingen) kan de door [verweersters] gevorderde uitvoerbaarheid bij voorraad uitsluitend betrekking hebben op de proceskostenveroordeling in principaal hoger beroep. Er moet vanuit worden gegaan dat [verweersters] belang hebben bij uitvoerbaar bij voorraadverklaring van de proceskostenveroordeling. Semtex heeft daartegenover geen belangen gesteld op grond waarvan dit achterwege

moet blijven. Het hof zal daarom de proceskostenveroordeling in principaal hoger beroep uitvoerbaar bij voorraad verklaren.

7. De uitspraak

Het hof:

op het principaal en incidenteel hoger beroep bekrachtigt het vonnis waarvan beroep voor zover dit aan het oordeel van het hof is onderworpen; veroordeelt Semtex in de proceskosten van het principaal hoger beroep, en begroot die kosten tot op heden aan de zijde van [verweersters] op € 711 aan griffierecht en op € 3.222 aan salaris advocaat, en voor wat betreft de nakosten op € 157 indien geen betekening plaatsvindt, dan wel op € 239 vermeerderd met de exploitkosten indien niet binnen veertien dagen na de datum van dit arrest is voldaan aan de bij dit arrest uitgesproken veroordelingen en betekening van dit arrest heeft plaatsgevonden en bepaalt dat deze bedragen binnen veertien dagen na de dag van deze uitspraak moeten zijn voldaan, bij gebreke waarvan deze bedragen worden vermeerderd met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW daarover vanaf het einde van voormelde termijn tot aan de dag der voldoening; veroordeelt [verweersters] in de proceskosten van het incidenteel hoger beroep, en begroot die kosten tot op heden aan de zijde van Semtex op € 1.611 aan salaris advocaat; verklaart de proceskostenveroordeling in het principaal hoger beroep uitvoerbaar bij voorraad; wijst het meer of anders gevorderde af.

Cassatiemiddel:

Schending van het recht en/of verzuim van het vormvereiste van een toereikende motivering doordat het hof heeft geoordeeld als vermeld in het bestreden arrest, zulks ten onrechte om de navolgende, mede in onderling verband en samenhang in aanmerking te nemen redenen:

Onderdeel I

Inleiding

Geldt het AIB/Novicem-criterium – voldoende aannemelijk zijn van inbreuk – ook buiten IE-recht?

3.1 Art. 843a Rv. geeft hem die daarbij rechtmatig belang heeft een vordering tot inzage, afschrift of uittreksel van bepaalde bescheiden aangaande een rechtsbetrekking waarin hij of zijn rechtsvoorgangers partij is. De vordering is slechts toewijsbaar als aan drie cumulatieve voorwaarden is voldaan, te weten of:

- (i) de eiser of verzoeker een rechtmatig belang heeft, en;
 - (ii) het bepaalde bescheiden betreft, en;
 - (iii) die een rechtsbetrekking betreffen waarin de eiser of verzoeker of zijn voorganger partij is.
- De bedoeling van de wetgever om met deze voorwaarden zogeheten 'fishing expeditions' tegen te

gaan²⁶ komt duidelijk naar voren uit de memorie van toelichting, waar wordt opgemerkt:

“Voorwaarde voor de mogelijkheid van een vordering op grond van artikel 843a is dat daarvoor een ‘rechtmatig belang’ komt vast te staan, alsmede dat het gaat om ‘bepaalde’ bescheiden. Door de beperkingen kunnen zogenaamde ‘fishing expeditions’ worden voorkomen.”²⁷

3.2 De eis van een rechtmatig belang voorkomt een ‘nodeloos lastigvallen’ van degene die de bescheiden te zijner tijd beschikking of onder zijn bestuuring heeft.²⁸

3.3 De vraag wanneer een rechtmatig belang, als hiervoor bedoeld, bestaat, wordt in de rechtspraak verschillend beantwoord.²⁹ Zo is bijvoorbeeld een rechtmatig belang aanwezig geacht nu zonder de bewuste bescheiden de feitelijke stellingen van de eiser niet kunnen worden onderbouwd,³⁰ of nu de bescheiden van belang kunnen zijn voor de beoordeling van het geschil³¹ en een partij kan hopen met de gevraagde bescheiden zijn gelijk aan te tonen,³² of niet bij voorbaat kon worden uitgesloten dat de vordering ten gronde daadwerkelijk bestaat.³³

3.4 In het arrest *AIB/Novisem* overwoog Uw Raad, nadat hij was ingegaan op de achtergrond van art. 1019a Rv., namelijk de implementatie van art. 6 lid 1 van Richtlijn 2004/48 EG, ook wel de ‘Handhavingsrichtlijn’, geschreven voor ‘Het opvorderen van bewijsmateriaal in inbreukzaken’:

“Degene die inzage, afgifte of uittreksel van bewijsmateriaal verlangt dient dan zodanige feiten en omstandigheden te stellen en met reeds voorhanden bewijsmateriaal te onderbouwen dat voldoende aannemelijk is dat inbreuk op een recht van intellectuele eigendom is of dreigt te worden gemaakt.”³⁴

3.5 In de zaak *Synthon/Astellas*, waarin werd getracht Uw Raad te doen terugkomen van de hierboven vermelde maatstaf uit *AIB/Novisem*, bevestigde Uw Raad deze rechtsregel nog eens.³⁵

3.6 In beide arresten (*AIB/Novisem* en *Synthon/Astellas*) vindt de eis van een voldoende aannemelijk gemaakte inbreuk op een recht van intellectuele eigendom (of de dreiging daarvan) zijn grondslag in de zogeheten Handhavingsrichtlijn, waarin is verlangd bij (gemotiveerde) betwisting van de gestelde rechtsbetrekking het bestaan daarvan voldoende aannemelijk te maken.³⁶

3.7 In de literatuur bestaat verdeeldheid over het antwoord op de vraag of voormeld criterium van voldoende aannemelijk maken van de inbreuk ook geldt buiten het IE-recht.

3.8 Naar de heersende opvatting geldt dit criterium — de beweerde inbreuk moet voldoende aannemelijk zijn — niet buiten het IE-Recht.³⁷

3.9 Van dit criterium werd evenmin uitgegaan in het op 15 november 2011 bij de Tweede Kamer ingediende wetsvoorstel Aanpassing van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (*Kamerstukken II* 2011/2012, 33 079). Daarin werd bijvoorbeeld naar voren gebracht:

“Het bestaan van een rechtsbetrekking behoeft nog niet in rechte vast te staan. Het al dan niet bestaan van een rechtsbetrekking en/of de inhoud en omvang daarvan kunnen juist de inzet van het ‘op handen zijnde’ geding zijn. De uitkomst daarvan is mede afhankelijk van de feiten die op dat moment vaak nog niet geheel helder zijn. Dat is precies de reden dat afschrift van bescheiden wordt verlangd. In voorkomend geval kan de gerechtelijke procedure zelfs geheel worden vermeden als de feiten helder zijn.”³⁸

3.10 Dit wetsvoorstel is ingetrokken omdat een nieuwe regeling voor inzage-recht niet op zichzelf kan worden gezien, maar moet passen in de bredere context voor het bewijsrecht.³⁹

3.11 De expertgroep modernisering bewijsrecht stelde vervolgens voor om het begrip ‘rechtmatig belang’ in art. 843 a Rv. te vervangen voor ‘voldoende belang’.⁴⁰

3.12 De expertgroep adviseert het *AIB/Novisem*-criterium (van aannemelijkheid van de inbreuk) niet over te nemen of te laten gelden buiten het IE-Recht. Zo schrijft zij bijvoorbeeld:

“3.5.8 Geen eis van aannemelijkheid van het bestaan van een ‘rechtsbetrekking’ (....) [144] De

26 Vgl. de conclusie van A-G Wesseling-van Gent, vóór HR 26 oktober 2018, NJ 2018/431.

27 Vgl. Parl. Gesch. Burg. Procesrecht, Van Mierlo/Bart, 2002, p. 553. Zie ook p. 129. Vgl. oog A-G van Persem in zijn conclusie vóór HR 13 november 2015, NJ 2016/491 (*AIB/Novisem*).

28 Vgl. Parl. Gesch. Nieuw Bewijsrecht B, 1988, p. 116.

29 Zo toont bijvoorbeeld *Eekmans, GS Burgerlijke rechtsvordering* art 843 Rv. aant. 4.2. Ook R.J. Sijmonsma, *Het inzage-recht*. Artikel 843 A Rv. van het wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Burgerlijk Proces & Praktijk nr. IX), Deventer Wolters Kluwer 2017, p. 148 – 161.

30 Vgl. bijvoorbeeld Rechtbank Amsterdam 28 maart 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:1914, en Hof Arnhem-Leeuwarden, 3 april 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:3127.

31 Vgl. Hof Arnhem 25 maart 2008, ECLI:NL:GHARN:2008:BC9246.

32 Vgl. Rechtbank Middelburg 28 september 2009,

ECLI:NL:RBMID:2009:BL1904, NJF 2010/103.

33 Vgl. bijvoorbeeld Rechtbank Zutphen 7 mei 2013, NJ 2003/480, *JBPr* 2003/66 en rechtbank Middelburg 6 juli 2006, SNS 2007/43.

34 HR 13 november 2015, NJ 2016/491.

35 Vgl. Hoge Raad 9 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2834, NJ 2017/22.

36 Vgl. ook de conclusie van A-G Wesseling-van Gent, vóór HR 26 oktober 2018, NJ 2018/431.

37 Zie bijvoorbeeld R.J. Sijmonsma, *Het inzage-recht*. Artikel 843 A Rv. van het wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Burgerlijk Proces & Praktijk nr. IX), Deventer Wolters Kluwer 2017, p. 705 e.v. en R. de Bock, ‘Kroniek Bewijsrecht’, TCR 2016, p. 55, zie ook *Eekmans GS Burgerlijke Rechtsvordering* (2017), art. 843a Rv., aant. 4.2 en de door hem aangehaalde literatuur als ook de conclusie van A-G Van Ursum vóór, HR 13 november 2015, NJ 2016, 491 (*AIB/Novisem*) en *Tekst & Commentaar Burgerlijk procesrecht* bij art. 843 a Rv. (2018).

38 Vgl. *Kamerstukken II*, 2011/12, nr. 3, p. 9.

39 Vgl. *Kamerstukken II*, 2017/2018, 33 079, nr. 7.

40 Zie par. 3.5.4 van het rapport Hammerstein, De Bock en Asser, *Modernisering van het bewijsrecht. Advies van de expertgroep Modernisering Burgerlijk Bewijsrecht uitgebracht aan de minister van Veiligheid en Justitie op 10 april 2017*, Boom juridisch 2017.

vraag rijst nog of aansluiting moet worden gezocht bij de hogere eisen die in het genoemde arrest AIB/Novisem in IE-zaken worden gesteld voor de stelplicht ten aanzien van de rechtsbetrekking in het kader waarvan het bewijsbeslag wordt verzocht. Die eisen sluiten aan bij de Europese rechtspraak in IE-zaken en vooralsnog zien wij geen noodzaak daarbij in het commune recht aan te sluiten, nu die eisen ook niet gelden voor de vordering tot inzage op grond van art. 843 a Rv.”

3.13 Het begrip ‘voldoende belang’ moet aldus de expertgroep processueel worden ingevuld. Zo zou een verzoek om een voorlopig getuigenverhoor te houden – en dus ook een verzoek tot inzage – kunnen worden afgewezen wanneer er in het geheel geen vordering (meer) is waarop de gewenste informatiebetrekking heeft.⁴¹

3.14 A-G Wesseling-van Gent schrijft hierover onder meer in haar conclusie vóór HR 26 oktober 2018, NJ 2018/431:

“2.34 In de parlementaire geschiedenis op art. 3:303 BW – dat bepaalt dat zonder voldoende belang niemand een rechtsvordering toekomt – is over het belangvereiste onder meer het volgende opgemerkt:

‘Ook deze regel is niet met zoveel woorden in de huidige wetgeving opgenomen en ook hier heeft de rechtspraak niettemin zich steeds naar deze regel gedragen. Point d’intérêt, point d’action. Ook bij het gebruik maken van rechtsmiddelen tegen een vonnis of verweermiddelen tegen een eis wordt de regel algemeen toegepast. (...)

Om te kunnen uitmaken of aan de eiser de rechtsvordering op deze grond moet worden ontzegd, moet de rechter niet alleen nagaan of de eiser enig belang bij de vordering heeft, maar ook, of dit belang voldoende is om een procedure te rechtvaardigen. In het algemeen mag voldoende belang voor de eiser worden verondersteld. Slechts bij uitzondering zal de eiser moeten bewijzen, dat hij voldoende belang heeft: Tot die uitzonderingen behoort de rechtsvordering tot verklaring van recht en als die bedoeld in artikel 1 lid 2. Ook voor het tegenwoordige recht zal men dat moeten aannemen. Er is geen reden waarom het in het ontwerp anders zou moeten zijn.’

2.35 Uit dit citaat blijkt dat bij de beoordeling van ‘voldoende belang’ als bedoeld in art. 3:303 BW een lichte toets wordt toegepast.

2.36 In het wetsvoorstel modernisering bewijsrecht is – in lijn met het advies van de expertgroep – voorgesteld het criteriumrechtmatig belang te vervangen door voldoende belang (...).”

3.15 De in het arrest AIB/Novisem aangelegde toets lijkt gelet op het voorgaande niet (zonder meer) toepasbaar buiten het IE-recht.

Onderhavige zaak

3.16 De vordering is mede, maar niet alleen, ingesteld met het oog op een mogelijke inbreuk op IE-rechten. Semtex verwijt [verweerster 1] c.s. en de B.V.’s haar onrechtmatige concurrentie aan te doen en bepalingen uit de arbeidsovereenkomst te schenden door onder meer kennis, contacten en financiën van Semtex aan te wenden voor de door [verweerster 1] gestarte onderneming op het terrein van de kinderkleding, waarmee Semtex concurrentie wordt aangedaan.⁴² Zo verwijt Semtex [verweerster 1] onder meer diverse bestanden met informatie over Retour per e-mail aan haar privé e-mailadres hebben gezonden via WeTransfer, waarbij de geüploade bestanden binnen afzienbare tijd vanzelf worden verwijderd.⁴³

3.17 De exhibitievordering is derhalve niet enkel gegrond op een vermoeden van een (dreigende) inbreuk op intellectuele eigendomsrechten, maar (veeleer) op een onrechtmatige daad, onder meer doordat [verweerster 1] c.s. en de B.V.’s Semtex oneerlijke concurrentie aandoen, en verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst schenden.⁴⁴

3.18 In een exhibitieprocedure ligt niet voor of de (al naar gelang de verkregen gegevens daartoe genoegzame grondslag bieden) in te stellen vordering voor toewijzing in aanmerking zal komen.

Het hof lijkt dit te miskennen waar het nagaat of de mogelijk in te stellen vordering uit onrechtmatige daad zelf voldoende aannemelijk is.

Klacht ia

3.19 In rov. 6.5.5 overweegt het hof onder meer: “degene die inzage, afgifte of uittreksel van bewijsmateriaal verlangt, dient zodanige feiten en omstandigheden te stellen en met reeds voorhanden bewijsmateriaal te onderbouwen, dat de gestelde onrechtmatigheid/inbreuk voldoende aannemelijk is.”

Naar het oordeel van het hof in rov. 6.5.11 heeft Semtex onvoldoende gesteld om een schending door [verweerster 1] c.s. en de B.V.’s van de in hun respectieve arbeidsovereenkomst opgenomen nevenwerkzaamheden- en geheimhoudingsbedingen geschonden te achten. Het hof zet in de daarop volgende rechtsoverwegingen 6.5.11 tot en met 6.5.17 uiteen op welke gronden het tot dit oordeel komt.

3.20 Waar aldus het hof in de rechtsoverwegingen 6.5.11 tot en met 6.5.17 het aan Semtex is om de gestelde, althans vermoede, onrechtmatigheid en schending van de in de arbeidsovereenkomsten met [verweersters] opgenomen nevenwerkzaamheden – en geheimhoudingsbedingen – aannemelijk te maken, gaat het uit van een onjuiste rechtsopvatting waar het ten onrechte het zogeheten AIB/Novisem-criterium (van voldoende aannemelijkheid van

⁴¹ Vgl. en de conclusie van A-G Wesseling-van Gent vóór HR 26 oktober 2018, NJ 2018/431.

⁴² Vgl. bijv. randnummer 2.1, 2.2, 3.6, 4.14 van de inleidende dagvaarding, 2.2 en 4.12, 4.55 van de memorie van grieven.

⁴³ Vgl. randnummers 4.6 van de inleidende dagvaarding en 4.36 van de memorie van grieven.

⁴⁴ Vgl. bijvoorbeeld randnummer 3.4, 4.3 van de memorie van grieven, 6 tot en met 16 van de pleitnota zijdens Semtex van 8 november 2018.

de inbreuk op een IE-Recht) ook buiten IE-zaken aanlegt (door van Semtex te verlangen de gestelde onrechtmatigheid en de beweerde schending van het nevenwerkzaamheden – en geheimhoudingsbeding aannemelijk te maken), althans te zware eisen stelt voor toewijzing van een vordering op de voet van art. 843 a Rv. door van Semtex te verlangen de onrechtmatigheid, althans de schending van arbeidsrechtelijke afspraken, voldoende aannemelijk te maken.

Klacht ib

3.21 Indien het hof zulks in rov. 6.5.5 en 6.5.11 tot en met 6.5.17 niet miskent, is zonder nadere motivering, die ontbreekt, niet voldoende begrijpelijk gemotiveerd, waarom, aldus het hof, van Semtex mocht worden verlangd, de gestelde, althans vermoede, onrechtmatige daad en de aangevoerde schending van de genoemde arbeidsrechtelijke bepalingen, voldoende aannemelijk te maken.

Klacht ic

3.22 In rov. 6.5.9 geeft het hof een samenvatting van de, aldus het hof, door Semtex aan haar exhibitievordering ten grondslag gelegde stellingen. Het beoordeelt vervolgens in rov. 6.5.11 tot en met 6.5.17 of deze vordering (in aanmerking genomen de door het hof in 6.5.5.5 en 6.5.11 en 6.5.17 geformuleerde maatstaf) voor toewijzing in aanmerking komt. Het neemt vervolgens de diverse, (aldus het hof) door Semtex bij onderbouwing van haar vordering gestelde feiten en omstandigheden onder de loop. Het beoordeelt voor elk van die feiten c.q. omstandigheden afzonderlijk of die een vordering ex art. 843 a Rv kunnen dragen. Naar het oordeel van het hof in rov. 6.5.12 *'moge het zo zijn dat Semtex de verklaring van [verweerster 1] voor verzending van de bestanden niet gelooft, maar [levert] dat op zich zelf (...) nog geen exhibitieplicht van [verweerster 1] op'*. Het hof ziet bovendien ook in de privé aankoop, gelet op de betrekkelijk geringe omvang hiervan, onvoldoende reden om een exhibitieplicht aan te nemen, zo brengt het tot uitdrukking in rov. 6.5.12. Nu [verweerster 2] een plausibele verklaring geeft voor haar verzoek aan een fabrikant om een pakket op haar verblijfplaats in China te bezorgen, levert ook dit gegeven, aldus het hof in rov. 6.5.13, geen grond op om een exhibitieplicht op te nemen. Dat de IT-manager van Semtex de door [verweerster 1] c.s. en de B.V.'s geboden verklaring voor hun verzending van bestanden naar hun privé adres als onzin betitelt, nu zij juist een Blackberry hadden gekregen om daarmee op veilige wijze bestanden te kunnen versturen, levert voor het hof – om de in rov. 6.5.14 uiteengezette redenen – evenmin een grond op voor toewijzing van de exhibitievordering. Hetzelfde geldt voor het door een aantal studenten, waaronder de zus van [verweerster 2], bij Semtex uitgevoerde onderzoek dat aldus Semtex) wel erg goed van pas kwam bij de start van een eigen merk, de constatering door een van die studenten dat het merk, merksegment en propositie sterke gelijkenissen vertoonden,⁴⁵ de an-

nulering van de opdracht aan [betrokkene 2] om de huisstijl van [C] dienst te ontwikkelen (nadat hij per abuis zijn plan naar het e-mailadres van Semtex had gestuurd), en de als gevolg van deze onjuiste adressering bij [verweerster 1] c.s. en de B.V.'s gerezen consternatie, aldus het hof in rov. 6.5.15, alsook de verzending door [verweerster 1] c.s. en de B.V.'s van 'samples' van Retour aan fabrikanten voor hun eigen kledingmerk met het verzoek:

"pls change style into the same as the sample of Retour but change the following (...)".⁴⁶

3.23 In september 2013, toen zij reeds had opgezegd, vroeg [verweerster 1] de fabrikanten met wie zij over onder meer monsters mailde hun correspondentie geheim te houden, alles naar een adres in China te versturen en haar te informeren voordat een pakket zou worden verstuurd.⁴⁷ Documenten gingen via WeTransfer.⁴⁸

3.24 De verhoging van de post 'monsters' en de gestelde aankoop door [verweerster 1] c.s. en de B.V.'s van monsters voor hun eigen onderneming, leveren voor het hof, zo overweegt het in 6.5.16, ieder voor zich geen grond op voor toewijzing van de vordering op de voet van 843 a Rv. Daarenboven leggen voor het hof ook de verwijdering van bestanden alsmede het merkdepot door de partner van [verweerster 1] en de instructie aan een fabrikant in China waarbij een kledingstuk leder voor zich onvoldoende gewicht in de schaal om de vordering ex art. 843a Rv toe te wijzen.

3.25 Het hof beoordeelt derhalve voor elk van deze omstandigheden (c.q. aangedragen argumenten) afzonderlijk of die de ex art. 843 a Rv gevorderde exhibitie kunnen dragen.

3.26 Waar het hof in de rechtsoverwegingen 6.5.11 tot en met 6.5.17 voor ieder door Semtex aan haar exhibitievordering ten grondslag gelegd feit (c.q. aangedragen omstandigheid) afzonderlijk beoordeelt of daarin een voldoende grondslag voor toewijzing van de exhibitievordering ex art. 843a Rv. kan worden gevonden, miskent het bij de exhibitievordering feiten en omstandigheden (niet ieder afzonderlijk, maar ook) in hun onderlinge verband en samenhang te moeten wegen.⁴⁹ Het hof gaat dan ook uit van een onjuiste rechtsopvatting door voor de door Semtex aangedragen feiten en omstandigheden telkens afzonderlijk te toetsen of die (ieder voor zich) de exhibitievordering kunnen dragen, nu het de feiten en omstandigheden in een onderlinge verhouding en samenhang had moeten beschou-

⁴⁶ Zie bijv. randnummer 4.55 van de memorie van grieven.

⁴⁷ Vgl. randnummer 4.14 van de inleidende dagvaarding en rov. 3.1 van de memorie van grieven.

⁴⁸ Vgl. randnummer 4.14 van de inleidende dagvaarding en rov. 3.1 van de memorie van grieven.

⁴⁹ Semtex gaat zelf ook uit van een samenstel van feiten en legt die ook in hun onderlinge samenhang aan rechtbank en hof voor, vgl. bijv. randnummer 3.1, 3.5 van de memorie van grieven, 4.5, 4.6, 4.9–4.14 van de inleidende dagvaarding. Hier maakt Semtex duidelijk gaandeweg op steeds meer gegevens te zijn gestuit waarmee haar argwaan werd gevoed en het vermoeden van oneerlijke concurrentie groeide, welke feiten zij gezamenlijk aandraagt om haar exhibitievordering te onderbouwen.

⁴⁵ Vgl. bijv. randnummer 4.44 en 4.45 van de memorie van grieven.

wen. Het hof weegt de diverse (in rov. 6.5.9 door het hof opgesomde) feiten en omstandigheden niet in hun onderlinge samenhang.

Klacht id

3.27 Voor zover het hof zulks niet miskent, is zonder nadere motivering, die ontbreekt, in de rechtsoverweging 6.5.11 t/m 6.5.17 niet (voldoende) begrijpelijk gemotiveerd, waarom, aldus het hof, de door Semtex aangedragen feiten en omstandigheden in onderling verband en samenhang gewogen niet tot toewijzing kunnen leiden van de exhibitievordering ex art. 843 a Rv. Het hof brengt dit nergens tot uitdrukking.

Klacht ie

3.28 Waar naar het oordeel van het hof in rov. 6.5.18 Semtex onvoldoende concreet stelt dat en waarom [verweersters], door gebruik te maken van de bij Semtex opgedane kennis en gegevens, het duurzame bedrijfsdebet van Semtex stelselmatig en in substantiële mate afbreken en/of handelen in strijd met de voor hen uit artikel 7:611 BW voortgevloede verplichtingen, gaat het hof uit van een onjuiste rechtsopvatting, nu het miskent dat in de exhibitieprocedure, op de voet van art. 843a Rv niet voorligt of de vordering (welke Semtex afhankelijk van de uitkomst van de exhibitieprocedure mogelijk wil instellen) al dan niet voor toewijzing in aanmerking komt, althans te vergaande eisen stelt aan de stelplicht van Semtex waar het – terwijl de exhibitieprocedure er juist toe strekt haar in staat te stellen te beoordelen of het zin heeft om tegen [verweerster 1] c.s. en de B.V.'s een procedure aan te vangen, dan vanwege oneerlijke concurrentie en slecht werknemerschap⁵⁰ – van Semtex verlangt ter onderbouwing van haar vordering ex art. 843 a Rv voldoende concreet te stellen dat en waarom [verweerster 1] c.s. en de B.V.'s gebruikmaken van de bij Semtex opgedane kennis en gegevens, het duurzaam bedrijfsdebet van Semtex stelselmatig in substantiële mate afbreken en/of in strijd handelen met de voor hen uit art. 7:611 BW voortgevloede verplichtingen.

Klacht if

3.29 Ter onderbouwing van haar exhibitievordering voerde Semtex onder meer aan dat de IT-specialist de werkcomputer van [verweerster 1] na haar vertrek geheel leeggehaald aantrof nadat hij kort voor haar laatste werkdag in antwoord op haar vraag wat er met haar data zou gebeuren, had geantwoord die te zullen archiveren.⁵¹ [verweerster 1] had, zo was nog te zien, vanaf haar werk-pc per WeTransfer – welke verzendfaciliteit zich kenmerkt doordat de bestanden na korte tijd vanzelf worden gewist – nog op de laatste werkdag de nodige be-

standen naar haar privé e-mailadres gestuurd.⁵² Semtex droeg dit aan ter onderbouwing van haar exhibitievordering ex art. 843a Rv.⁵³ Het hof gaat uit van de hiervoor door [verweerster 1] c.s. en de B.V.'s gegeven verklaring, nu die afwijkt van hetgeen Semtex onder verwijzing naar de IT-specialist aanvoert, en Semtex, door het hof tijdens pleidooi gevraagd waarom deze IT-specialist destijds niet als getuige is gehoord, hiervoor geen verklaring had.

3.30 Voor zover het hof in rov. 6.5.14 uitgaat van de door [verweerster 1] c.s. en de B.V.'s voor de verzending van bestanden (via WeTransfer) van de werkcomputer naar hun privé e-mailadressen gegeven verklaring omdat het hof tijdens het pleidooi aan Semtex vroeg waarom de IT-specialist niet als getuige is gehoord en Semtex hiervoor geen verklaring had, gaat het uit van een onjuiste rechtsopvatting, nu het miskent dat zulks niet nodig is om op grond van dit door Semtex ter onderbouwing van haar vordering aangedragen gegeven⁵⁴ – de door [verweerster 1] voor deze verzending van bestanden via WeTransfer naar zich zelf is niet geloofwaardig, nu Semtex hen hiervoor juist een aan haar netwerk gekoppelde BlackBerry had verschaft – exhibitie te gelasten, althans dit gegeven mee te wegen bij de beoordeling of aan [verweerster 1] een exhibitieplicht moet worden opgelegd (in het licht van de overige omstandigheden).

3.31 Daarbij zette Semtex, onder verwijzing naar de desbetreffende IT-medewerker, uiteen waarom het niet nodig was om bestanden naar privé adressen te sturen, namelijk nu de BlackBerry van hen gekoppeld was aan de mailservice van Semtex, opdat juist ook vanuit het buitenland kon worden gewerkt.⁵⁵

Onderdeel II

3.32 Het hof weegt bij zijn beoordeling van de exhibitievordering niet (kenbaar) alle hierboven onder door het hof in zijn samenvatting in rov. 6.5.9 van het betoog van Semtex genoemde stellingen mee. De door het hof in deze rechtsoverweging genoemde stellingen worden hieronder afzonderlijk weergegeven onder a tot en met p.

Het hof geeft in rov. 6.5.9 een samenvatting van de door Semtex ter onderbouwing van haar exhibitievordering genoemde feiten en omstandigheden in relatie tot de door haar gestelde schending van het nevenwerkzaamhedenbeding en het geheimhoudingsbeding als ook de gestelde oneerlijke concurrentie en de met goed werknemerschap strijdige

⁵⁰ Vgl. bijv. randnummer 11 van de pleitaantekeningen zijdens Semtex van 8 november 2018, en randnummer 4.7 tot en met 4.10 van de memorie van grieven.

⁵¹ Zie randnummer 15 van de pleitaantekeningen zijdens Semtex in appel.

⁵² Vgl. bijv. randnummer 4.6– 4.9 van de inleidende dagvaarding en randnummer 4.32– 4.38 van de memorie van grieven en randnummer 15 van de pleitaantekeningen zijdens Semtex in appel.

⁵³ Zie randnummer 15 van de pleitaantekeningen zijdens Semtex in appel.

⁵⁴ Vgl. bijv. randnummer 4.6– 4.9 van de inleidende dagvaarding en randnummer 4.32– 4.38 van de memorie van grieven en randnummer 15 van de pleitaantekeningen zijdens Semtex in appel.

⁵⁵ Vgl. rn. 15 van de pleitnota zijdens Semtex d.d. 8 november 2018.

handelwijze. Het hof somt de volgende feiten en omstandigheden op:

- a. Het is opvallend dat reeds enkele dagen nadat [verweerster 1] bij Semtex is vertrokken, haar partner [betrokkene 1] het merk [C] deponiert;
- b. Zijn verklaring dat hij van plan was zelf een casual kledinglijn voor volwassenen op de markt te brengen is ongeloofwaardig;
- c. Het logo van [C] moet wel door [verweerster 1] zijn ontworpen, nog tijdens het dienstverband van Semtex;
- d. In 2013 was bij Semtex sprake van een stijging van de monsterkosten en dat moet wel het gevolg zijn van het feit dat [verweersters] voor zichzelf monsters lieten maken om een vliegende start met [C] te kunnen maken;
- e. Ook uit een e-mail van [verweerster 2] aan een fabrikant enkele dagen na het vertrek van [verweerster 1] waarin [verweerster 2] vraagt een pakket naar haar adres in China te sturen ziet op voorbereidingshandelingen van [verweerster 2] en [verweerster 1];
- f. Datzelfde geldt voor het in mei 2013 door een aantal studenten, waaronder de zus van [verweerster 2], uitgevoerde bedrijfsanalyse;
- g. Semtex wijst verder op de e-mail van [verweerster 1] van 17 september 2013 waarbij zij via WeTransfer vier bestanden naar haar privéadres stuurt;
- h. Die gegevens had [verweerster 1] niet nodig om, zoals zij verklaarde, ouders van modellen te kunnen bedanken. De vraag is wat zij dan met die gegevens moest;
- i. Volgens de externe IT-specialist van Semtex is het onzin dat, zoals [verweersters] verklaarden, het nodig was om data van Semtex naar hun privéadressen te sturen;
- j. Ook heeft deze IT-specialist aan Semtex laten weten dat de e-mailbox en het bureaublad van [verweersters] leeg waren toen zij waren vertrokken;
- k. Verder staat vast dat [verweerster 2] tijdens een reis voor Semtex naar China voor zichzelf en de webshop van haar zus drie truien heeft gekocht;
- l. [verweerster 1] wilde meer tijd aan haar gezin besteden en [verweerster 2] wilde studeren, maar toch startten [verweersters] binnen enkele maanden met een concurrerend kledingmerk n kwamen zij zo'n half jaar later met een volledige collectie. Dat dient goed voorbereid te zijn en daarmee moeten zij al bezig zijn geweest tijdens hun dienstverband bij Semtex;
- m. De collectie [C] is volgens een afnemer van Semtex een 'copy-past' van de collectie van Semtex;
- n. Dit sluit aan bij het feit dat [C] in oktober 2014 aan een fabrikant in China een kledingstuk van Semtex stuurt met de vraag om de stijl hetzelfde te laten zijn;
- o. [betrokkene 2] heeft verklaard dat voor zover hij heeft het logo van [C] is ontworpen door 'mevrouw [verweerster 2] en haar collega';
- p. Ook verklaart hij dat sprake was van grote 'paniek bij [verweersters] toen hij begin 2014 zijn projectplan voor [C] per abuis naar het e-mailadres bij

Semtex verstuurde. Semtex vraagt zich af waarom van paniek sprake was als er niets aan de hand is.

3.33 Het hof gaat niet kenbaar in op (en weegt niet kenbaar in zijn beoordeling van de ex art. 843a Rv. ingestelde vordering mee) alle in rov. 6.5.9 door het hof opgesomde stellingen van Semtex waarmee zij (aldus het hof) haar vordering onderbouwt. Het besteedt geen (kenbare) aandacht aan de hierboven achter randnummer 3.32 onder b, c, h, l, m en o genoemde stellingen. Deze stellingen vormen ieder voor zich een aanwijzing voor de gestelde onrechtmatige daad met het oog waarop Semtex de vordering ex art. 843 a Rv heeft ingesteld. Over de reeds binnen een half jaar na vertrek bij Semtex door [D] gepresenteerde collectie (van een omvang waarvoor de voor beslaglegging geïnstrueerde deurwaarder circa 700 foto's heeft moeten maken) wees Semtex bijvoorbeeld op de onmogelijkheid op zo korte termijn een dergelijke collectie te creëren. Daarvoor is een jaar nodig.⁵⁶

3.34 Ter (nadere) onderbouwing van de door Semtex aangevoerde ongeloofwaardigheid van de verklaring van de partner van [verweerster 1], de heer [betrokkene 1], wees zij er op dat hij, [betrokkene 1], werkzaam is in een geheel ander segment van de markt, geen achtergrond heeft op het terrein van kinderkleding, en nooit betrokken is geweest bij of enige ervaring heeft opgedaan met het opzetten van een kledingmerk.⁵⁷

3.35 Het hof laat bovendien enkele door Semtex ter onderbouwing van haar vordering aangedragen stellingen onbesproken, zoals de gestelde incongruentie tussen de mededeling van [verweerster 1] te willen stoppen met werken om zich aan haar gezin te kunnen wijden en de verzending op de laatste daadwerkelijke werkdag van de PR planning met een zeer gedetailleerde jaarplanning voor de collectie, de 'fotoshoots' en onder meer de 'look books' aan haar privé e-mailadres.⁵⁸

3.36 Waar het hof in de rechtsoverwegingen 6.5.9 t/m 6.6.1 – zoals hierboven uiteengezet de achter 3.32 b, c, h, l, m en o weergegeven stellingen – als ook de door Semtex gestelde incongruentie tussen de voor het vertrek bij Semtex opgegeven reden en de verzending van de gedetailleerde jaarplanning aan haar eigen privéadres⁵⁹ – niet in zijn beoordeling betreft, gaat het hof uit van een onjuiste rechtsopvatting nu het miskent bij de beoordeling of de exhibitievordering (ex art. 843a Rv) voor toewijzing in aanmerking komt alle omstandigheden van het concrete geval in aanmerking te moeten nemen. Als het hof zulks niet miskent, is, zonder nadere motivering, die ontbreekt, niet (voldoende) begrijpelijk gemotiveerd, waarom – naar het oordeel

⁵⁶ Vgl. m. 15 van de pleitaantekeningen tijdens Semtex d.d. 8 november 2018.

⁵⁷ Vgl. m. 15 van de pleitaantekeningen tijdens Semtex d.d. 8 november 2018.

⁵⁸ Vgl. bijvoorbeeld randnummer 15 van de pleitaantekeningen tijdens Semtex d.d. 8 november 2018.

⁵⁹ Vgl. bijvoorbeeld randnummer 15 van de pleitaantekeningen tijdens Semtex d.d. 8 november 2018.

van het hof — het de hiervoor vermelde (door het hof zelf in de gedingstukken gelezen en opgesomde) omstandigheden niet in zijn beoordeling behoefte te betrekken.

Onderdeel III

3.37 Als een van de vorige klachten opgaat, kunnen ook het oordeel van het hof in rov. 6.6.1 en het dictum van het arrest niet in stand blijven.

Conclusie A-G mr. E.M. Wesseling-van Gent:

Het onderhavige geschil betreft de hoofdzaak die binnen de daarvoor gestelde termijn aanhangig is gemaakt na een op de voet van art. 730 Rv en art. 1019b Rv gelegd conservatoir bewijsbeslag.

Eiseres tot cassatie (hierna: Semtex) heeft daarbij op de voet van art. 843a Rv en art. 1019a Rv een inzagevordering ingesteld tegen twee ex-werknemers op de grond dat deze ex-werknemers haar op onrechtmatige wijze beconcurreren, het in hun arbeidsovereenkomst met Semtex opgenomen nevenwerkzaamheden- en geheimhoudingsbeding hebben geschonden en inbreuk hebben gemaakt op de IE-rechten van Semtex.

De rechtbank heeft de vorderingen van Semtex afgewezen. Het hof heeft dit vonnis bekrachtigd. Bij de beoordeling van alle grondslagen heeft het hof in rov. 6.5.5 voorop gesteld dat de gestelde rechtsbetrekking — het hof noemt in rov. 6.5.5 alleen de gestelde onrechtmatigheid/inbreuk — voldoende aannemelijk dient te worden gemaakt. Aldus heeft het hof getoetst aan het zogeheten in IE-zaken gehanteerde *AIB/Novisem*-criterium.

In cassatie wordt onder meer geklaagd dat het hof daarmee ten onrechte deze maatstaf in dit geding aanlegt voor zover de gestelde rechtsbetrekking (in de zin van art. 843a Rv) een onrechtmatige daad is, en voor zover Semtex zich beroept op de schending van bedingen in de arbeidsovereenkomst.

1 Feiten en procesverloop

Feiten¹

1.1 Semtex ontwerpt en verkoopt kinderkleding onder de naam Retour Denim Deluxe dan wel Retour Jeans. De kleding van Retour wordt geproduceerd in Azië.

1.2 Verweerster in cassatie onder 1 (hierna: [verweerster 1]) is van 1 oktober 2006 tot 1 oktober 2013 in dienst geweest bij Semtex, laatstelijk in de functie van senior productmanager/hoofdkoopster.

1.3 Verweerster in cassatie onder 2 (hierna: [verweerster 2]) is van 12 mei 2009 tot 1 december 2013 in dienst geweest bij Semtex. [verweerster 2] hield zich bezig met de ontwerpen voor de meisjescollectie.

1.4 De arbeidsovereenkomsten van [verweersters] bevatten een geheimhoudingsbeding en een

verbod op nevenwerkzaamheden. Een concurrentie- of relatiebeding is daarin niet opgenomen.

1.5 Op 11 augustus 2013 heeft [verweerster 1] haar arbeidsovereenkomst met Semtex opgezegd tegen 1 oktober 2013. Rekening houdend met nog resterende vakantiedagen zou haar laatste werkdag 18 september 2013 zijn.

1.6 Op 17 september 2013 heeft [verweerster 1] via WeTransfer vanuit haar mailbox bij Semtex vier bestanden naar haar privé-e-mailadres verzonden, genaamd:

- 1) modellenbestand.xls;
- 2) planning mailings 2013.xls;
- 3) pr contactpersonen.xls;
- 4) retour denim deluxe ss 13 revised.doc.

1.7 Op 22 september 2013 heeft [betrokkene 1] (hierna: [betrokkene 1]), de partner van [verweerster 1], het woord-/beeldmerk [C] geregistreerd bij het Benelux Bureau voor Intellectuele Eigendom voor de klassen 3, 14, 16, 18, 25 en 35 (kort gezegd: was- en cosmetische middelen, edelmetaal/juwelen, papier/drukwerk, leer, kleding, reclame).

1.8 [verweerster 2] heeft haar arbeidsovereenkomst met Semtex bij brief van 27 oktober 2013 opgezegd tegen 1 december 2013.

1.9 Eind november 2013 is een aantal vennootschappen opgericht: [A] B.V., [E] B.V. (hierna: [E]) en [D] B.V. (hierna: [D]). Via [B] B.V. is [betrokkene 1] bestuurder van [A] B.V. [A] B.V. is bestuurder van [D].

1.10 Op 1 januari 2014 is [verweerster 2] bij [D] in dienst getreden.

1.11 [verweersters] ontwerpen en verhandelen kinderkleding binnen [D] en onder het merk [C].

1.12 Op 14 augustus 2014 heeft Semtex, na daartoe verkregen verlof, ten laste van [verweerster 1], [verweerster 2], [A] B.V., [B] B.V., [E] en [D] (hierna: [verweerster 1] c.s. en de B.V.'s en de B.V.'s) op het adres [a-staat 1] te [plaats], het bedrijfspand van [E] en [D], conservatoir bewijsbeslag (hierna: het bewijsbeslag) doen leggen op:

“mogelijke relevante digitale bestanden zich bevindende op de in het bedrijfspand aanwezige computers (...), welke data zijn gekopieerd op een usb;

- digitale foto's van mogelijke relevante documenten uit de administratie en van mogelijke relevante kledingstukken, moodboards, kleurkaarten, stoffen, proefstukken, prototype etc.”

1.13 De in beslag genomen, op twee usb sticks opgeslagen, bestanden zijn aan een deurwaarder in gerechtelijke bewaring gegeven.

1.14 Op 15 augustus 2014 heeft Semtex een verzoekschrift tot het houden van een voorlopig getuigenverhoor ingediend. Dat verzoek is toegewezen.

1.15 Op 14 oktober 2014 heeft Semtex met het oog op de op de voet van art. 1019i Rv gegeven termijn waarbinnen zij na het bewijsbeslag de eis in de hoofdzaak diende in te stellen, [verweerster 1] c.s. en de B.V.'s en de B.V.'s gedagvaard (zie hierna onder 1.21). Dit cassatieberoep betreft de aldus aanhangig gemaakte procedure.

¹ Zie het arrest van het gerechtshof 's-Hertogenbosch van 4 december 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:5074, *NJF* 2019/101 (hierna: het bestreden arrest), rov. 6.1.2 t/m 6.1.20.

1.16 Op 10 maart 2015 zijn in het kader van het voorlopig getuigenverhoor (hiervoor onder 1.14) [betrokkene 1] en [verweerster 1] als getuige gehoord.

1.17 Op diezelfde dag (10 maart 2015) heeft Semtex ten laste van [D] en twee afnemers van [D] onder hen beslag tot afgifte als bedoeld in art. 730 Rv en art. 28 Auteurswet (hierna: de beslagen tot afgifte) doen leggen op diverse roerende zaken. Bij brief van diezelfde datum heeft Semtex [betrokkene 1] gesommeerd het door hem op 22 september 2013 gedeponeerde woord-/beeldmerk [C] door te halen.

1.18 Op 24 maart 2015 heeft Semtex [betrokkene 1], [verweerster 1], [verweerster 2], [D] en een afnemer van [D] in kort geding gedagvaard. Semtex heeft daarbij, kort gezegd, een verbod gevorderd om inbreuk te maken op aan Semtex toekomende auteursrechten, doorhaling van het merk [C], opgave van nog aanwezige voorraad en van de verkoop van inbreukmakende producten, van daarmee behaalde winst en van gegevens van afnemers en vernietiging van de inbeslaggenomen zaken. In reconventie hebben de gedaagde partijen² opheffing gevorderd van de beslagen tot afgifte. Aan haar vorderingen heeft Semtex, kort gezegd, inbreuk op haar auteursrechten, slaafse nabootsing, depot te kwader trouw alsmede oneerlijke mededinging en strijd met goed werknemerschap ten grondslag gelegd.

1.19 Bij vonnis van 22 mei 2015 heeft de voorzieningenrechter van de rechtbank Oost-Brabant de vorderingen van Semtex afgewezen, in reconventie de beslagen tot afgifte opgeheven en Semtex in de kosten veroordeeld. Semtex heeft tegen dit vonnis geen hoger beroep ingesteld.

1.20 In het kader van voornoemd voorlopig getuigenverhoor (hiervoor onder 1.14) heeft Semtex nog op 13 juli 2015 respectievelijk 3 februari 2016 [verweerster 2] respectievelijk [betrokkene 2] (hierna: [betrokkene 2]) doen horen.

Procesverloop³

1.21 Semtex heeft bij inleidende dagvaarding van 14 oktober 2014 [verweerster 1] c.s. en de B.V.'s en de B.V.'s gedagvaard voor de rechtbank Oost-Brabant, zittingsplaats 's-Hertogenbosch. Zij heeft — sa-

mengevat — daarbij, na voorwaardelijke vermeerdering van eis, gevorderd:⁴

I. Primair:

afschrift en inzage van de volgende, door het bewijsbeslag getroffen bescheiden:

- a. e-mailverkeer tussen [verweerster 1] c.s. en de B.V.'s en de B.V.'s en de e-mailaccounts die tot het domein van Semtex behoren;
- b. administratie van de monsters voor de collectie 2014 en 2015 van [verweerster 1] c.s. en de B.V.'s en de B.V.'s en van de financiële administratie met betrekking tot die monsterkosten;
- c. de door [verweerster 1] c.s. en de B.V.'s en de B.V.'s gehanteerde maatschema's;
- d. e-mails tussen [verweersters] en de fabrieken waar Semtex haar kleding laat fabriceren;
- e. elektronische documenten met betrekking tot de ontwikkeling van het merk en de huisstijl van [C];
- f. de e-mail van 17 september 2013 vanuit Semtex naar het privé-e-mailadres van [verweerster 1] en de daarbij verzonden bestanden,

subsidiair:

benoeming van een onafhankelijke derde om de inzage uit te voeren,

II. Primair:

afschrift en inzage van de door het bewijsbeslag getroffen (foto's van de) door [C] ontworpen kledingcollectie,

subsidiair:

toe te staan dat een door de rechtbank aan te wijzen onafhankelijke deskundige inzage neemt in (deze foto's van) de collectie ter vergelijking met de collectie van Semtex,

III. toe te staan dat een door de rechtbank aan te wijzen onafhankelijke deskundige inzage neemt in alle onder het bewijsbeslag begrepen bescheiden, bepaalt welke documenten voldoen aan de door Semtex bij I gegeven omschrijving en de ter zake doende documenten aan Semtex ter beschikking stelt,

IV. in alle gevallen uiterlijk 14 dagen na betekening van het vonnis aan Semtex te verstrekken alle bescheiden die voldoen aan de bij I en II gegeven omschrijving,

V. op straffe van een dwangsom, en

VI. met veroordeling van [verweerster 1] c.s. en de B.V.'s en de B.V.'s in de proceskosten en, voor het geval de rechtbank van oordeel is dat aanspraak op vergoeding van volledige proceskosten kan worden gemaakt, in de volledige proceskosten als bedoeld in art. 1019h Rv.

1.22 Semtex heeft haar vorderingen gebaseerd op de art. 843a en 1019a Rv. Volgens Semtex hebben [verweersters] onrechtmatig jegens haar gehandeld door, kort gezegd, oneerlijk concurrerend en in strijd met in hun arbeidsovereenkomst neergelegde verplichtingen en met de intellectuele eigendomsrechten (hierna: IE-rechten) van Semtex te handelen. De mede gedagvaarde vennootschappen [A]

2 In de s.t. van [verweersters] wordt op p. 2 in voetnoot 1 het volgende hierbij opgemerkt: "Het eindarrest vermeldt onder rov. 6.1.18 dat 'de gedaagde partijen' in reconventie opheffing van de beslagen tot afgifte hebben gevorderd. Dat berust op een abus. Zie rov. 3.5 van het kortgedingvonnis (memorie van antwoord, productie 5), waar staat dat [D] en *Schweigman Jeugdmode* opheffing van de beslagen hebben gevorderd. Zie ook het dictum van het kortgedingvonnis: 6.5 heft op de op 10 maart 2015 door Semtex ten laste van [D] en *Schweigman Jeugdmode* gelegde conservatoire beslagen tot afgifte."

3 Voor zover thans van belang. Zie voor het procesverloop in eerste aanleg het tussenvonnis van de rechtbank Oost-Brabant, zittingsplaats 's-Hertogenbosch, van 3 december 2014, en het eindvonnis van die rechtbank van 26 augustus 2015, beide rov. 1. Zie voor het procesverloop in hoger beroep het tussenarrest van het gerechtshof 's-Hertogenbosch van 5 september 2017, rov. 2, en het bestreden arrest van het hof van 4 december 2018, rov. 5.

4 Zie rov. 3.1 van het vonnis van de rechtbank Oost-Brabant van 26 augustus 2015 en rov. 6.2.1 van het bestreden arrest.

B.V., [B] B.V., [E] en [D] maken volgens Semtex ook inbreuk op de IE-rechten van Semtex, dan wel profiteren zij van de door [verweersters] gemaakte inbreuk.⁵

1.23 [verweester 1] c.s. en de B.V.'s en de B.V.'s hebben gemotiveerd verweer gevoerd.

1.24 De rechtbank heeft bij tussenvonnis van 3 december 2014 een comparitie van partijen gelast. Deze heeft op 26 februari 2015 plaatsgevonden. Van de comparitie is proces-verbaal opgemaakt.

1.25 Vervolgens heeft de rechtbank bij eindvonnis van 26 augustus 2015 de vorderingen van Semtex afgewezen en haar veroordeeld in de aan de zijde van [verweester 1] c.s. en de B.V.'s en de B.V.'s gevallen proceskosten. De rechtbank heeft die kosten voor 5/6e deel op basis van het liquidatietarief en voor 1/6e deel op basis van art. 1019h Rv begroot.

1.26 Semtex is, onder aanvoering van acht grieven, van het eindvonnis van 26 augustus 2015 in hoger beroep gekomen bij het gerechtshof 's-Hertogenbosch. Zij heeft daarbij, zakelijk weergegeven, geconcludeerd tot vernietiging van dat vonnis en tot toewijzing alsnog van haar vorderingen, met dien verstande dat zij haar vordering onder I primair onder f (hiervoor onder 1.21; de e-mail van 17 september 2013) niet heeft gehandhaafd en evenmin kostenbegroting op de voet van art. 1019h Rv heeft gevorderd.

Verder heeft Semtex de in eerste aanleg mede gedagvaarde vennootschappen [A] B.V., [B] B.V. en [E] niet in hoger beroep gedagvaard. Deze vennootschappen zijn dus geen partij in het hoger beroep. Datzelfde geldt voor de aanvankelijk wel in hoger beroep gedagvaarde [D].⁶

1.27 [verweersters] hebben de grieven bestreden bij "memorie van antwoord tevens houdende eis in reconventie" en daarbij geconcludeerd, verkort weergegeven, tot niet-ontvankelijkheid van Semtex in haar hoger beroep jegens [D] en tot bevestiging van het eindvonnis van de rechtbank. Tevens hebben [verweersters] in reconventie geconcludeerd, zakelijk weergegeven, tot opheffing van de conservatoire bewijsbeslagen ten laste van [verweester 1] c.s. en de B.V.'s en de B.V.'s.

Het hof heeft de "memorie van antwoord tevens houdende eis in reconventie" op de desbetreffende rolzitting aangemerkt als memorie van antwoord tevens memorie van grieven in incidenteel hoger beroep. Vervolgens heeft Semtex daarop een me-

morie van antwoord in incidenteel hoger beroep genomen. Daarna hebben partijen nog een "akte in incidenteel appèl" respectievelijk een "antwoordakte in incidenteel appel/reconventie?" genomen.⁷

1.28 Het hof heeft bij tussenarrest van 5 september 2017 bepaald dat partijen gelegenheid wordt geboden voor pleidooi. Partijen hebben hun zaak doen bepleiten op 8 november 2018.

1.29 Bij eindarrest van 4 december 2018 heeft het hof, voor zover thans van belang, op het principaal en incidenteel hoger beroep het vonnis waarvan beroep bekrachtigd voor zover dit aan het oordeel van het hof is onderworpen, en het meer of anders gevorderde afgewezen.

1.30 Semtex heeft tegen dit arrest tijdig⁸ beroep in cassatie ingesteld.

[verweersters] hebben geconcludeerd tot werping.

Partijen hebben hun standpunten schriftelijk toegelicht, waarna Semtex nog heeft gerepliceerd.⁹

2 *Bespreking van het cassatiemiddel*

Inleiding/opbouw bestreden arrest

2.1 Het onderhavige geschil betreft de hoofdzaak, die binnen de daarvoor gestelde termijn aanhangig is gemaakt na een op de voet van art. 730 Rv en art. 1019b Rv gelegd conservatoir bewijsbeslag.¹⁰

Naar het in cassatie niet bestreden oordeel van het hof in rov. 6.2.2 en 6.5.4 heeft Semtex haar vorderingen gebaseerd op de art. 843a en 1019a Rv.¹¹ Dit lijkt in te houden dat Semtex in de hoofdzaak een inzagevordering heeft ingesteld aangaande een onrechtmatige daad als rechtsbetrekking.

2.2 Het hof heeft in rov. 6.5.3 geoordeeld dat uit de stellingen van Semtex voldoende volgt dat zij betoogt dat [verweersters] (i) haar op onrechtmatige wijze beconcurreren, (ii) het in hun arbeidsovereenkomst met Semtex opgenomen nevenwerkzaamheden- en geheimhoudingsbeding hebben geschonden en (iii) inbreuk hebben gemaakt op de IE-rechten van Semtex. Dat is, volgens het hof, ook voor [verweersters] voldoende kenbaar.

⁷ Zie rov. 6.4.1 van het bestreden arrest.

⁸ De procesinleiding in cassatie is op 4 maart 2019 ingediend in het portaal van de Hoge Raad.

⁹ De procesdossiers in deze zaak stemmen niet geheel overeen. In het B-dossier zijn de stukken van het voorlopig getuigenverhoor apart opgenomen (zie stuknummers 10-13 in het B-dossier). De beschikking van de rechtbank Oost-Brabant van 19 november 2014 in dat verband (zie stuknummer 10 in het B-dossier) is in het A-dossier terug te vinden als productie 31 bij de memorie van antwoord tevens houdende eis in reconventie (stuknummer 13 in het A-dossier). De processen-verbaal van de voorlopig getuigenverhooren zijn in het A-dossier terug te vinden als productie 24a-24d bij de memorie van grieven (stuknummer 12 in het A-dossier). Verder zijn in het B-dossier de beslagstukken van het bewijsbeslag apart opgenomen (zie stuknummers 14-17 in het B-dossier). In het A-dossier zijn apart het H12-formulier van mr. Schets van 29 oktober 2018 met productie 40 opgenomen en het H2-formulier van mr. Oomes betreffende onttrekking (zie stuknummer 19 in het A-dossier) en zijn de cassatiestukken apart opgenomen (zie stuknummers 23-27 van het A-dossier).

¹⁰ Zie rov. 6.5.4 van het bestreden arrest.

¹¹ Zie rov. 6.2.2 van het bestreden arrest.

⁵ Zie rov. 6.2.2 van het bestreden arrest.

⁶ Zie hierover rov. 6.3.1 van het bestreden arrest, waarin het hof in dit verband het volgende overweegt: "(...) Semtex heeft immers bij haar memorie van grieven (randnummer 3.2) uitdrukkelijk vermeld dat haar hoger beroep enkel tegen [verweersters] is ingesteld. Weliswaar komt Semtex daarop terug in haar 'memorie van antwoord in reconventie', maar tijdens het pleidooi bij het hof heeft de advocaat van Semtex desgevraagd bevestigd dat het hoger beroep zich enkel richt tegen [verweersters]. [verweersters] hebben dat blijkens hun memorie van antwoord ook zo begrepen. Het hof beschouwt het hoger beroep dan ook als niet gericht tegen [D]. Dat [D] geen partij is in dit hoger beroep, heeft het hof reeds in de aanhef van dit arrest tot uitdrukking gebracht."

Het hof overweegt daarna dat het, net als de rechtbank, op alle rechtsgronden zal ingaan.

2.3 Ten aanzien van laatstgenoemde grondslag (inbreuk op de IE-rechten van Semtex) heeft het hof in rov. 6.5.8, in cassatie niet bestreden, geoordeeld dat het hof niet toekomt aan de vraag of in het kader van deze exhibitievordering een inbreuk op IE-rechten voldoende aannemelijk is geworden. Ik merk hierbij wel op dat het hof in rov. 6.6.1 het volgende heeft geoordeeld: "Wat Semtex daarnaast heeft aangevoerd is, zoals hiervoor is overwogen, onvoldoende om de gestelde schending (...) van IE-rechten (...) in zodanige mate als aannemelijk te kwalificeren dat dat tot toewijzing van de gevorderde exhibitie moet leiden."

2.4 De grondslag onder (ii) – de schending van het nevenwerkzaamheden- en geheimhoudingsbeding – is onderwerp van de in cassatie bestreden rov. 6.5.9 tot en met 6.5.17 opgenomen oordelen.

Rov. 6.5.18 handelt vervolgens over de grondslag oneerlijke concurrentie (de hierboven onder (i) genoemde grondslag). Ook deze rechtsoverweging is in cassatie bestreden.

2.5 Bij de beoordeling van alle grondslagen heeft het hof in rov. 6.5.5 voorop gesteld dat de gestelde rechtsbetrekking – het hof noemt in rov. 6.5.5 alleen de gestelde onrechtmatigheid/inbreuk – voldoende aannemelijk dient te worden gemaakt. Daarmee heeft het hof getoetst aan het zogeheten in IE-zaken gehanteerde AIB/Novisem-criterium.¹²

2.6 In cassatie wordt onder meer geklaagd dat het hof daarmee ten onrechte deze maatstaf in dit geding aanlegt voor zover de gestelde rechtsbetrekking (in de zin van art. 843a Rv) een onrechtmatige daad is, en voor zover Semtex zich beroept op de schending van bedingen in de arbeidsovereenkomst.

2.7 Alvorens op middelonderdelen in te gaan, geef ik een korte schets van art. 843a Rv, van het AIB/Novisem-criterium en de rol die deze maatstaf in de rechtspraak van de Hoge Raad speelt in het kader van inzagevorderingen uit hoofde van art. 1019a Rv en art. 843a Rv.

Art. 843a Rv

2.8 Voor toewijsbaarheid van de vordering op grond van art. 843a lid 1 Rv zijn er drie cumulatieve voorwaarden:

- (i) de eiser of verzoeker moet een rechtmatig belang hebben bij inzage, uittreksel of afschrift;
- (ii) het moet gaan om bepaalde bescheiden; en
- (iii) het verzoek moet bescheiden betreffen aangaande een rechtsbetrekking waarin de eiser of verzoeker partij is.

¹² In IE-zaken geldt dat de eiser die op de voet van art. 1019a Rv in verbinding met art. 843a Rv inzage, afgifte of uittreksel van bewijsmateriaal vordert, bij gemotiveerde betwisting van de daaraan ten grondslag gelegde rechtsbetrekking, het bestaan daarvan voldoende aannemelijk moet maken. Zie HR 13 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3304, NJ 2016/491 (AIB/Novisem), rov. 4.1.5 en HR 9 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2834, NJ 2017/22 (Synthon/Astellas), rov. 3.2.1-3.2.2.

Hierbij moet ook het bepaalde in art. 843a Rv leden 3 en 4 worden betrokken. Immers, ook als aan de eisen van lid 1 is voldaan, bestaat de mogelijkheid dat niet aan de vordering behoefte te worden voldaan in verband met een functioneel verschoningsrecht (lid 3), wegens gewichtige redenen of omdat redelijkerwijs kan worden aangenomen dat een behoorlijke rechtsbedeling ook zonder verschaffing van de gevraagde gegevens is gewaarborgd (lid 4).¹³

2.9 Recentelijk ben ik in mijn conclusie van 3 januari 2020, zaaknummer 19/00459, ECLI:NL:PHR:2020:10, uitgebreid ingegaan op de voorwaarden (i) en (ii) in art. 843a lid 1 Rv van 'rechtmatig belang' en 'bepaalde bescheiden' en op de vraag of er een bepaalde samenhang bestaat – dan wel dient te bestaan – tussen deze vereisten. Om niet in herhaling te vallen, verwijs ik voor een toelichting op beide begrippen naar de genoemde conclusie onder 2.3-2.35. Ik put daarbij wat betreft het begrip 'rechtmatig belang' ook uit mijn conclusie vóór HR 26 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1985, JOR 2019/28 m.nt. J.R. Sijmonsma (Syngenta), onder 2.17 tot en met 2.21.

'Aangaande een rechtsbetrekking'

2.10 Wat betreft de voorwaarde dat het verzoek bescheiden moet betreffen aangaande een rechtsbetrekking waarin de verzoeker partij is (hiervoor genoemd onder 2.8 (iii)), merk ik het volgende op.

Ekelmans merkt in zijn proefschrift op dat, bij gebrek aan uitwerking in de wet, het logisch lijkt dat daaronder iedere rechtsbetrekking valt, dus niet alleen een rechtsbetrekking op grond van overeenkomst maar ook op grond van onrechtmatige daad.¹⁴ Dit laatste is bij de wetwijziging van 2002 uitdrukkelijk aan de orde geweest.¹⁵ Ook andere verbintenissen uit de wet vallen binnen de reikwijdte van art. 843a Rv.¹⁶

In het advies van de Expertgroep Modernisering Burgerlijk Bewijsrecht van 10 april 2017 wordt over het vereiste van 'bescheiden aangaande een rechtsbetrekking' opgemerkt dat dit niet meer betekent dan dat de bescheiden waarvan een partij inzage vordert, betrekking hebben op een rechtsverhouding

¹³ Zie ook HR 10 juli 2015, ECLI:NL:HR:2015:1834, NJ 2016/50 m.nt. M.J. Borgers en W.D.H. Asser (Schietsincident Alphen a/d Rijn), rov. 3.6.3.

¹⁴ J. Ekelmans, *De exhibitieplicht*, diss. 2010, p. 64. Zie ook R.R. Verkerk, Sdu Commentaar op Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, art. 843a), aant. C.6.3.

¹⁵ Zie *Parl. Gesch. Burgerlijk Procesrecht* 2002, p. 554. Zie ook HR 10 juli 2015, ECLI:NL:HR:2015:1834, NJ 2016/50 m.nt. M.J. Borgers en W.D.H. Asser (Schietsincident Alphen a/d Rijn), rov. 3.6.4.

¹⁶ Zie ook *Burgerlijke Rechtsvordering*, Ekelmans, art. 843a Rv, aant. 3.3; L.A. Bosch, *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 843a Rv, aant. 5. Vgl. ook p. 26 van de memorie van toelichting van het concept wetsvoorstel modernisering bewijsrecht zoals dat tot 29 juli 2018 ter internetconsultatie voorlag. Zie <https://www.internetconsultatie.nl/bewijsrecht>.

van die partij.¹⁷ Het is niet vereist dat degene tegen wie de vordering is gericht, partij is bij de rechtsbetrekking.¹⁸ De vordering op de voet van art. 843a Rv tot inzage in stukken kan dus door een partij tegen de wederpartij worden ingesteld bij de in deze bepaling bedoelde rechtsbetrekking maar ook bij een derde die geen partij is bij de rechtsbetrekking waarover het (onderliggende) geschil gaat.¹⁹ Tot slot merk ik op dat de Hoge Raad in het arrest van 13 juli 2012 (*Abu Dhabi Islamic Bank/ABN AMRO*) heeft overwogen dat noch uit de tekst van art. 843a Rv, noch uit de toetsstandkomingsgeschiedenis van dat artikel voortvloeit dat voor toewijsbaarheid van de vordering tevens noodzakelijk is dat over de rechtsbetrekking waaromtrent afschrift van bescheiden wordt verlangd een procedure aanhangig is of naar verwachting zal worden gemaakt, dan wel dat een zodanige procedure, indien deze aanhangig zou worden gemaakt, in Nederland zal worden gevoerd.²⁰

2.11 De vraag in hoeverre een rechtsbetrekking uit onrechtmatige daad moet worden onderbouwd,²¹ is in de jurisprudentie van de Hoge Raad — met name in IE-zaken — eerder aan de orde geweest.

IE-zaken

2.12 Art. 1019a lid 1 Rv bepaalt dat een verbintenis uit onrechtmatige daad wegens inbreuk op een recht van intellectuele eigendom geldt als een rechtsbetrekking als bedoeld in art. 843a lid 1 Rv. Art. 1019a Rv is ingevoerd ter implementatie van art. 6 lid 1 van Richtlijn 2004/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende de handhaving van intellectuele eigendomsrechten (hierna: de Handhavingsrichtlijn).²²

2.13 Art. 6 lid 1 van de Handhavingsrichtlijn gaat over het opvragen van bewijsmateriaal in inbreukzaken waarbij een van de partijen haar vorderingen met redelijkerwijs beschikbaar bewijsmateriaal voldoende heeft onderbouwd, maar zij nader bewijsmateriaal nodig heeft ter staving van een of meer van de vorderingen, welk bewijsmateriaal

zich in de macht van de gedaagde bevindt.²³ Art. 6 lid 1 van de Handhavingsrichtlijn vooronderstelt dus dat een partij haar vordering al voldoende heeft onderbouwd met het redelijkerwijs beschikbare bewijsmateriaal dat zij heeft overgelegd.

2.14 Volgens de memorie van toelichting op de wet tot aanpassing van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en andere wetten ter uitvoering van de Handhavingsrichtlijn moet er dus sprake zijn van een reële vordering, waarbij een inbreuk voorshands voldoende aannemelijk is gemaakt en waarbij bijvoorbeeld de precieze aard of de omvang van de inbreuk niet kan worden vastgesteld zonder aanvullend bewijsmateriaal.²⁴ In de memorie van toelichting wordt daarnaast onder meer vermeld:

“Het opvragen van bewijsmateriaal dat zich in de macht van de wederpartij bevindt (artikel 6, eerste lid, van de richtlijn) wordt geïmplementeerd in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. Daarbij zal worden aangesloten bij de reeds bestaande regeling van artikel 843a Rv over het vorderen van schriftelijk bewijs. Dit artikel dekt reeds het tweede lid van artikel 6. (...)”²⁵

En:

“Hoewel er in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering reeds diverse mogelijkheden bestaan ten behoeve van het verzamelen van bewijsmateriaal, voldeed er geen volledig aan artikel 6 van de richtlijn. (...) Het artikel dat het dichtste de bedoelingen van artikel 6 richtlijn benadert, is artikel 843a. (...) Volgens de parlementaire geschiedenis (*Kamerstukken II* 1999/2000, 26 855, nr. 5, p. 78-79) valt hieronder ook een verbintenis uit onrechtmatige daad. Daarom is expliciet aansluiting gezocht bij artikel 843a, door in artikel 1019a aan te geven op welke punten in zaken van intellectuele eigendom artikel 843a wordt aangevuld. Ter bevestiging van hetgeen eerder in de parlementaire geschiedenis is

23 In art. 6 van de Handhavingsrichtlijn is het volgende bepaald:

“1. De lidstaten dragen er zorg voor dat de bevoegde rechterlijke instanties op verzoek van de partij die redelijkerwijs beschikbaar bewijsmateriaal heeft overgelegd dat voldoende is om haar vorderingen te onderbouwen, en voor staving van haar vorderingen bewijsmateriaal heeft genoemd dat zich in de macht van de wederpartij bevindt, overlegging van dit bewijsmateriaal door de wederpartij kunnen gelasten, behoudens bescherming van vertrouwelijke informatie. 2. De lidstaten treffen de noodzakelijke maatregelen teneinde de bevoegde rechterlijke instanties onder dezelfde omstandigheden in staat te stellen, in geval van inbreuk op commerciële schaal, op verzoek van een partij in voorkomend geval overlegging kunnen gelasten van bancaire, financiële of handelsdocumenten die zich onder de macht van de tegenpartij bevinden, mits de bescherming van vertrouwelijke informatie wordt gewaarborgd.” In het hierna te bespreken arrest HR 9 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2834, *NJ* 2017/22 (*Synthon/Astellas*) heeft de Hoge Raad overwogen dat hier sprake is van een open norm, hetgeen betekent dat de richtlijngever de nationale wetgever en rechtspraak de nodige ruimte heeft willen geven de in art. 6 neergelegde eisen nader te formuleren en dat blijkens art. 2 lid 1 van de Handhavingsrichtlijn voorts sprake is van minimumharmonisatie (rov. 3.1.3).

24 Zie *Kamerstukken II* 2005/06, 30392 nr. 3, p. 18.

25 *Kamerstukken II* 2005/06, 30392 nr. 3, p. 11.

17 A. Hammerstein, R.H. de Bock en W.D.H. Asser, *Advies van de expertgroep Modernisering Burgerlijk Bewijsrecht*, uitgebracht aan de minister van Veiligheid en Justitie op 10 april 2017, Boom Juridisch 2017, nr. 84.

18 HR 10 juli 2015, ECLI:NL:HR:2015:1834, *NJ* 2016/50 m.nt. M.J. Borgers en W.D.H. Asser (*Schietincident Alphen a/d Rijn*), rov. 3.6.5.

19 HR 10 juli 2015, ECLI:NL:HR:2015:1834, *NJ* 2016/50 m.nt. M.J. Borgers en W.D.H. Asser (*Schietincident Alphen a/d Rijn*), rov. 3.6.6. Zie ook A. Hammerstein, R.H. de Bock en W.D.H. Asser, a.w., nr. 84.

20 HR 8 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV8510, *NJ* 2013/286 m.nt. H.B. Krans (*Abu Dhabi Islamic Bank/ABN AMRO*), rov. 3.5.

21 Vgl. mijn conclusie onder 3.21-3.30 vóór het hierna te bespreken arrest HR 28 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1775, *NJ* 2019/70 m.nt. Ch. Gielen en A.I.M. van Mierlo, *JIN* 2018/207 m.nt. A. Rosielle, *JOR* 2018/323 m.nt. P.J. van der Korst (*Organik/Dow*) en mijn conclusie onder 2.7-2.22 vóór HR 12 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:570, *RvdW* 2019/496 (art. 81 RO).

22 Zie ook HR 13 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3304, *NJ* 2016/491 m.nt. Ch. Gielen, *IER* 2016/10 m.nt. H.J. Koenraad (*AIB/Novisem*), rov. 4.1.3.

vermeld, is in artikel 1019a, eerste lid, aangegeven dat een verbintenis uit onrechtmatige daad wegens inbreuk op een recht van intellectuele eigendom geldt als een rechtsbetrekking als bedoeld in artikel 843a. Een belangrijke aanvulling op artikel 843a is de mogelijkheid om niet alleen inzage, afschrift of uittreksel van bescheiden te kunnen vorderen, maar ook overlegging van ander bewijsmateriaal dat zich in de macht van de wederpartij bevindt (artikel 1019a, tweede lid). Bij procedures omtrent intellectuele-eigendomsrechten gaat het immers vooral om inbreukmakende voorwerpen.”²⁶

IE-zaken

(i) Het AIB/Novisem-arrest

2.15 In zijn arrest van 13 november 2015 in de zaak *AIB/Novisem*, heeft de Hoge Raad naar aanleiding van de hiervoor opgenomen passages uit de parlementaire geschiedenis, overwogen dat “uit deze passages alsook uit de verdere inhoud van de MvT, blijkt dat de wetgever enerzijds niet heeft beoogd de houder van een recht van intellectuele eigendom een hoger beschermingsniveau te bieden dan de Handhavingsrichtlijn in art. 6 voorschrijft en anderzijds van oordeel was dat art. 843a Rv, voor zover het gaat om de door die bepaling bedoelde bescheiden, al in de door art. 6 van de richtlijn voorgeschreven bescherming voorziet.”²⁷ Vervolgens heeft de Hoge Raad in dit arrest over de stelplicht en bewijslast ten aanzien van het bestaan van een rechtsbetrekking als bedoeld in art. 1019a Rv in verbinding met art. 843a Rv het volgende overwogen:

“4.1.5. Uit het voorgaande volgt dat aan het vereiste van het bestaan van een rechtsbetrekking als bedoeld in art. 1019a Rv in verbinding met art. 843a Rv — in geval van betwisting — niet reeds is voldaan indien (dreigende) inbreuk op een recht van intellectuele eigendom onderbouwd is gesteld. Degene die inzage, afgifte of uittreksel van bewijsmateriaal verlangt dient dan zodanige feiten en omstandigheden te stellen en met reeds voorhanden bewijsmateriaal te onderbouwen dat voldoende aannemelijk is dat inbreuk op een recht van intellectuele eigendom is of dreigt te worden gemaakt.

De vraag wat in het kader van een vordering uit hoofde van art. 1019a Rv als een ‘voldoende’ mate van aannemelijkheid kan worden beschouwd, kan niet in algemene zin worden beantwoord. Daarbij komt het immers aan op een waardering van de stellingen en verweren van partijen en de overtuigingskracht van het eventueel reeds overgelegde bewijsmateriaal. Wel is uitgangspunt dat niet behoeft te zijn voldaan aan de mate van aannemelijkheid die is vereist voor

toewijzing in kort geding van een op een (dreigende) inbreuk gebaseerde vordering.

De in de feitenrechtspraak veelal gehanteerde formulering dat uit de door de eiser gestelde (en zo mogelijk met bewijsmateriaal gestaafde) feiten en omstandigheden een redelijk vermoeden van een (dreigende) inbreuk moet kunnen worden afgeleid geeft geen blijk van miskennen van het voorgaande.”

2.16 In IE-zaken geldt dus het vereiste dat het bestaan van een rechtsbetrekking als bedoeld in art. 1019a Rv in verbinding met art. 843a Rv “voldoende aannemelijk” moet zijn gemaakt. Volgens de Hoge Raad ligt de bewijsdrempel voor wat betreft de vereiste mate van aannemelijkheid steeds iets hoger in de volgorde (i) bewijsbeslag op de voet van art. 1019b Rv, (ii) exhibitievordering op de voet van art. 843a Rv in verbinding met art. 1019a Rv en (iii) IE-inbreuk kort geding.²⁸ Dit volgt uit rov. 4.1.6 van het *AIB/Novisem*-arrest, waar het volgende door de Hoge Raad wordt overwogen:

“Opmerking verdient dat ingeval van een verzoek op de voet van art. 1019b Rv (tot het in beslag mogen nemen van bewijsmateriaal) — waarvoor eveneens is vereist dat voldoende aannemelijk is dat inbreuk op een recht van intellectuele eigendom is of dreigt te worden gemaakt — de vereiste aannemelijkheid eerder aanwezig kan zijn dan wanneer het gaat om een verzoek of vordering tot het mogen inzien of het verkrijgen van afschrift of uittreksel van dat bewijsmateriaal.”

IE-zaken

(ii) Het Synthon/Astellas-arrest

2.17 De maatstaf uit het *AIB/Novisem*-arrest is bevestigd in het arrest *Synthon/Astellas*.²⁹ Deze zaak, die eveneens een beweerde IE-inbreuk betrof, leidde tot prejudiciële vragen van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden. De eerste prejudiciële vraag aan de Hoge Raad luidde als volgt:³⁰

“1. Indien een partij op grond van artikel 843a Rv jo. 1019a Rv inzage, afschrift of uittreksel vordert van bepaalde bescheiden, aan welke maatstaf dient dan ten minste te worden voldaan voor het aannemen van een ‘rechtsbetrekking waarin hij of zijn rechtsvoorgangers partij zijn’, zoals vereist voor toewijzing van een vordering uit hoofde van artikel 843a Rv, indien die rechtsbetrekking bestaat uit een verbintenis uit onrechtmatige daad wegens inbreuk op een recht van intellectuele eigendom?”

Deze vraag heeft, zo overwoog de Hoge Raad, nadat het hof zijn verwijzende arrest had gewezen, reeds beantwoording gevonden in het *AIB/Novisem*-ar-

²⁶ *Kamerstukken II* 2005/06, 30392 nr. 3, p. 18-19.

²⁷ HR 13 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3304, NJ 2016/491 m.nt. Ch. Gielen, IER 2016/10 m.nt. H.J. Koenraad (*AIB/Novisem*), rov. 4.1.4.

²⁸ Zie ook E.J. Numann, S.J. Schaafsma en M. Bronneman, ‘XII Rechtshandhaving & IPR’, in: *Van de brug af gezien, Kroniek van wetgeving, jurisprudentie en literatuur* 2015, IER 2016/16.

²⁹ HR 9 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2834, NJ 2017/22 (*Synthon/Astellas*).

³⁰ Zie HR 9 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2834, NJ 2017/22 (*Synthon/Astellas*), rov. 2.

rest.³¹ Vervolgens overwoog de Hoge Raad het volgende:

“3.2.1 (...) De Hoge Raad ziet geen aanleiding van deze uitspraak [AIB/Novisem; toev. A-G] terug te komen, zoals door Astellas is bepleit, nu de in het arrest genoemde maatstaf volgt uit de in art. 6 van de Handhavingsrichtlijn voor toewijzing van een vordering tot ‘overlegging van bewijsmateriaal’ gestelde eis, waarbij mede van belang is hetgeen is neergelegd in punt 20 van de considerans van de Handhavingsrichtlijn, dat luidt:

‘Daar het bewijs een uiterst belangrijk element voor de vaststelling van inbreuken op intellectuele-eigendomsrechten is, moet ervoor worden gezorgd dat effectieve middelen voor het overleggen, verkrijgen en beschermen van bewijsmateriaal beschikbaar zijn. Bij deze procedures moeten de rechten van de verdediging worden geëerbiedigd en moeten de noodzakelijke waarborgen worden geboden, waaronder de bescherming van vertrouwelijke informatie. (...)’

Ook de noodzakelijke eerbiediging van de rechten van de verdediging en het bieden van de genoemde waarborgen verlangen het aanleggen van een maatstaf als in het arrest vermeld voor het toestaan van inzage, afschrift of uittreksel daarvan.

3.2.2 De maatstaf waarnaar in vraag 1 wordt gevraagd laat zich derhalve niet anderszins in algemene bewoordingen beantwoorden dan aldus, dat (a) voldoende aannemelijk moet zijn dat inbreuk op een recht van intellectuele eigendom is of dreigt te worden gemaakt, dat (b) daarbij de stellingen en verweren van partijen en de overtuigingskracht van het eventueel reeds overgelegde bewijsmateriaal dienen te worden betrokken en dat (c) uitgangspunt is dat niet hoeft te zijn voldaan aan de mate van aannemelijkheid die is vereist voor toewijzing in kort geding van een op een (dreigende) inbreuk gebaseerde vordering.”

2.18 Kort samengevat houdt het oordeel van de Hoge Raad in de hiervoor genoemde twee arresten in dat op grond van — met name art. 6 lid 1 van — de Handhavingsrichtlijn, de eiser die zich voor zijn exhibitievordering op de voet van art. 1019a Rv in verbinding met art. 843a Rv op een rechtsbetrekking beroept die mede de grondslag voor het inzage-recht vormt (inbreuk op een recht van intellectuele eigendom), bij gemotiveerde betwisting van die rechtsbetrekking, voldoende aannemelijk moet maken dat die rechtsbetrekking bestaat.³²

Niet-IE-zaken

(i) Het Organik/Dow-arrest

2.19 In de zaak die leidde tot het arrest *Organik/Dow*³³ ging het over een inzagevordering op de voet van art. 843a Rv waaraan een rechtsbetrekking uit onrechtmatige daad, bestaande uit het onrechtmatig verkrijgen en gebruiken van bedrijfsgeheimen, ten grondslag is gelegd. De Hoge Raad overweegt over de toe te passen maatstaf op een rechtsbetrekking die voortvloeit uit het onrechtmatig verkrijgen en gebruiken van bedrijfsgeheimen het volgende:

“5.1.3 De Hoge Raad heeft in HR 13 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3304, NJ 2016/491, rov.

4.1.5 (*AIB/Novisem*), en HR 9 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2834, NJ 2017/22, rov. 3.2.1-

3.2.2 (*Synthon/Astellas*), een maatstaf gegeven voor het aannemen van het bestaan van een rechtsbetrekking als bedoeld in art. 1019a Rv in verbinding met art. 843a Rv. Die maatstaf leent zich ook voor toepassing op een rechtsbetrekking die voortvloeit uit het onrechtmatig verkrijgen en gebruiken van bedrijfsgeheimen, alhoewel de art. 1019 e.v. Rv daarop niet van toepassing zijn. Dat betekent dat ook in dat geval degene die inzage, afgifte of uittreksel van bewijsmateriaal verlangt, zodanige feiten en omstandigheden dient te stellen en met reeds voorhanden bewijsmateriaal dient te onderbouwen, dat voldoende aannemelijk is dat bedrijfsgeheimen onrechtmatig zijn verkregen en gebruikt.

Overeenkomstig de hiervoor bedoelde arresten geldt ook in dit verband dat de vraag wat in het kader van een vordering uit hoofde van art. 843a Rv bij (gesteld) onrechtmatig verkrijgen en gebruiken van bedrijfsgeheimen als een ‘voldoende’ mate van aannemelijkheid kan worden beschouwd, niet in algemene zin kan worden beantwoord. Het komt steeds aan op een waardering van de stellingen en verweren van partijen en de overtuigingskracht van het eventueel reeds overgelegde bewijsmateriaal. Daarbij is uitgangspunt dat niet hoeft te zijn voldaan aan de mate van aannemelijkheid die is vereist voor toewijzing in kort geding van een op (dreigend) onrechtmatig verkrijgen en gebruiken van bedrijfsgeheimen gebaseerde (verbods)vordering.”

2.20 In de literatuur is vooral ingegaan op de vraag of de in IE-zaken ontwikkelde *AIB/Novisem*-maatstaf ook van toepassing is bij een inzagevordering op de voet van art. 843a Rv, waaraan een verbintenis uit onrechtmatige daad ten grondslag is gelegd.

Niet-IE-zaken

(ii) AIB/Novisem-maatstaf van toepassing? Opvattingen literatuur

2.21 Ekelmans schreef (nog voordat het *Organik/Dow*-arrest was gewezen) dat de in IE-zaken aanvaar-

31 HR 9 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2834, NJ 2017/22 (*Synthon/Astellas*), rov. 3.2.1 waarin vervolgens door de Hoge Raad de eerder aan bod gekomen rov. 4.1.5 en 4.1.6 uit het *AIB/Novisem*-arrest zijn opgenomen.

32 Zie mijn conclusie onder 3.27 vóór HR 28 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1775, NJ 2019/70 m.nt. Ch. Gielen en A.L.M. van Mierlo, JIN 2018/207 m.nt. A. Rosielle, JOR 2018/323 m.nt. P.J. van der Korst (*Organik/Dow*) en zie J.L.R.A. Huydecoper, Inzien in verwondering, BIE 2016/11, nr. 14.

33 HR 28 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1775, NJ 2019/70 m.nt. Ch. Gielen en A.L.M. van Mierlo, JIN 2018/207 m.nt. A. Rosielle, JOR 2018/323 m.nt. P.J. van der Korst (*Organik/Dow*), rov. 5.1.2.

de maatstaf zich voor bredere toepassing leent, ook buiten het IE-recht en dat de feitenrechtspraak volgens hem ook meer dan eens laat zien dat voor toewijzing van een vordering tot inzage ook in niet-IE-zaken vereist is dat de vordering ten gronde aannemelijk is.³⁴ Naar aanleiding van het *AIB/Novisem*-arrest merkt Ekkelmans over de vraag of dezelfde eisen aan aannemelijkheid van de feitelijke grondslag in IE-zaken en niet-IE-zaken gelden, het volgende op:³⁵

“(...) Ik denk dat voor die onzekerheid geen plaats is en dat de argumentatie van de Hoge Raad ook aansprekend is voor niet-IE-zaken. Ook daar moet immers een evenwicht gevonden worden tussen efficiënte procesvoering en de wens geschillen te beslechten op een juiste feitelijke grondslag. Ik zie niet in, waarom het wenselijk zou zijn, dat dit evenwicht voor IE-rechten en andere rechten verschillend zou zijn. Ook de motivering van de Hoge Raad noodzaakt wat mij betreft niet tot het maken van dat onderscheid. Het gegeven oordeel wordt immers gedragen door de overweging dat de wetgever niet heeft beoogd om meer bescherming te bieden dan uit de Handhavingsrichtlijn voortvloeit én van oordeel is dat art. 843a Rv de door de richtlijn geboden bescherming reeds biedt.³⁶ Daarin lees ik dat de eisen uit de Handhavingsrichtlijn volgens de wetgever gelijk zijn aan de onder art. 843a Rv gestelde eisen en derhalve dat de door de Hoge Raad gegeven oordelen betekenis kunnen hebben voor alle inzagevorderingen, niet slechts voor inzagevorderingen in IE-zaken. Onafhankelijk van het voorgaande is de gedachte dat bij achtereenvolgens een verzoek tot beslaglegging, een vordering tot inzage en de materiële vordering steeds strengere eisen aan de aannemelijkheid van de feitelijke grondslag worden gesteld, wat mij betreft bij niet-IE-rechten even aansprekend als bij IE-rechten. Het hanteren van een gelijke maatstaf voor IE-zaken en niet-IE-zaken zou ook passen bij het arrest over bewijsbeslag waarin de Hoge Raad de maatstaven voor bewijsbeslag in IE-zaken en niet-IE-zaken gelijk heeft getrokken. Zo’n gelijktrekking is wat mij betreft ook wenselijk, opdat vergelijkbare rechtsvragen voor verschillende rechtsgebieden zo veel mogelijk op dezelfde wijze kunnen worden beantwoord. Hoe minder mandarijnenwetenschappen hoe beter, wat mij betreft.”

2.22 Hoewel Sijmonsma in eerdere instantie — in zijn eigen woorden — niet met voldoende zeker-

heid een antwoord durfde te geven op de vraag of de *AIB/Novisem*-maatstaf ook moet worden toegepast bij de beantwoording van de vraag of sprake is van een rechtsbetrekking in de zin van art. 843a Rv,³⁷ meent hij dat inmiddels — met het *Organik/Dow*-arrest — het antwoord duidelijk is.³⁸ Volgens Sijmonsma is de maatstaf die moet worden gehanteerd om vast te stellen of voldoende sprake is van een rechtsbetrekking in de zin van art. 843a Rv inderdaad de voldoende aannemelijkheid. Hij onderbouwt dit standpunt aan de hand van de onderling verband en samenhang moeten worden bezien:

1. het schenden van bedrijfsgeheimen is niet zodanig speciaal dat voor het bestaan van deze rechtsbetrekking een andere maatstaf zou moeten gelden dan bij andere onrechtmatige daden of andere rechtsbetrekkingen;
2. de Hoge Raad zal niet voor niets uitdrukkelijk hebben overwogen dat de maatstaf die moet worden gehanteerd zich niet anderszins in algemene bewoordingen laat beantwoorden;
3. de ratio ontbreekt om bij een zo abstracte maatstaf nog een andere maatstaf te formuleren. De maatstaf is volgens Sijmonsma immers zo abstract en moet vervolgens zo concreet aan de hand van de omstandigheden van het geval worden ingevuld, dat juist aan de hand van de feiten in het concrete geval het antwoord moet worden gezocht. De algemene woorden lenen zich voldoende voor een vertrekpunt, en vervolgens kan de concrete invulling plaatsvinden aan de hand van de stellingen en verwerpen en het reeds overgelegd bewijsmateriaal.³⁹

2.23 Ekkelmans en Sijmonsma beantwoorden de vraag dus bevestigend. Er zijn echter ook andere opvattingen in de literatuur te vinden.

De Bock is er niet van overtuigd dat de hogere drempel (de door de Hoge Raad in het kader van art. 1019a Rv geformuleerde maatstaf) ook in niet-IE-zaken geldt voor een inzagevordering.⁴⁰

2.24 Maas levert stevige kritiek op het arrest *Organik/Dow* omdat de Hoge Raad hierin volgens hem — zonder wettelijke grondslag — een zwaardere maatstaf voor inzage in bedrijfsgeheimen-zaken introduceert dan voor andere niet-IE-zaken. Hij kan dit alleen verklaren doordat de Hoge Raad tussen zaken over bedrijfsgeheimen en IE-zaken een grote gelijkheid ziet, die gelijkstelling van de inzagedrempel rechtvaardigt. Maas vraagt zich vervolgens af welke andere gevallen er zijn die voldoende gelijke-

34 J. Ekkelmans, ‘De drie keuzes over het inzage-recht van de Expertgroep modernisering burgerlijk bewijsrecht’, *TvPP* 2017-5, p. 178-179. Zie ook J. Ekkelmans, ‘Efficiënt gebruik en beoordeling van inzagevorderingen na HR 13 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3304 (*Anti-Infringement bureau/Novisem*)’, *NTBR* 2016/7, par. 3.4 en vgl. J. Ekkelmans, *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 843a, aant. 4.2.

35 J. Ekkelmans, ‘Efficiënt gebruik en beoordeling van inzagevorderingen na HR 13 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3304 (*Anti-Infringement bureau/Novisem*)’, *NTBR* 2016/7, par. 3.4.

36 Ekkelmans verwijst naar rov 4.1.4 van het *AIB/Novisem*-arrest. Vindplaats arrest hiervoor.

37 Hij verwijst naar zijn boek J.R. Sijmonsma, *Het inzage-recht (BPP nr. IX)* 2017, p. 169.

38 J.R. Sijmonsma, ‘Het inzage-recht van artikel 843a Rv nader bezien’, *TvPP* 2019/4, p. 108 en 109.

39 Sijmonsma merkt hierbij in een voetnoot op dat in HR 23 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2998 (*Mediant*) de Hoge Raad het toetscriterium ‘voldoende aannemelijk’ gebruikt ter beantwoording van de vraag of het bewijs is geleverd. De maatstaf is dus volgens Sijmonsma zodanig abstract dat deze zich leent voor toepassing in verschillende gevallen.

40 R.H. de Bock, ‘Kronieken. Bewijsrecht’, *TCR* 2016/2, p. 55. Voor de volledigheid wijs ik erop dat het *Organik/Dow*-arrest nog niet was gewezen.

nis vertonen met gevallen waarop de regeling van art. 1019 e.v. van toepassing is.⁴¹ Hij verwijst ook naar de memorie van toelichting van het in 2017 ingetrokken wetsvoorstel 33 079. Dit wetsvoorstel tot herziening van het inzagerecht is in november 2011 bij de Tweede Kamer ingediend en in november 2017 ingetrokken met als redengeving dat “gebleken is dat een nieuwe regeling voor het inzagerecht niet op zichzelf kan worden bezien, maar moet passen in de brede context van het bewijsrecht”.⁴² In de memorie van toelichting bij wetsvoorstel 33 079 is het volgende opgemerkt:⁴³

“Het bestaan van een rechtsbetrekking behoeft nog niet in rechte vast te staan. Het al dan niet bestaan van een rechtsbetrekking en/of de inhoud en omvang daarvan kunnen juist de inzet van het (ophanden zijnde) geding zijn. De uitkomst daarvan is mede afhankelijk van de feiten die op dat moment vaak nog niet geheel helder zijn. Dat is precies de reden dat afschrift van bescheiden wordt verlangd. In voorkomend geval kan een gerechtelijke procedure zelfs geheel worden vermeden als de feiten helder zijn.”

Naar aanleiding van deze passage uit de parlementaire geschiedenis constateert Maas dat de drempeltoets voor inzage in gevallen die *onvoldoende* gelijkenis tonen met IE-zaken dus vele malen lichter blijkt.⁴⁴

Verder stelt Maas de vraag of in gevallen die voldoende gelijkenis vertonen met gevallen waarop de regeling van art. 1019 e.v. Rv van toepassing is, de inzage-regeling van art. 1019a Rv van toepassing is. Hij wijst hierbij op enkele verschillen tussen de regeling van art. 1019a Rv in verbinding met art. 843a Rv en de regeling van de ‘normale’ inzageprocedure van art. 843a Rv (dus niet in verbinding met art. 1019a Rv), zoals het overleggen van *bewijsmateriaal* dat meer kan omvatten dan materiaal waarop een inzage-recht bestaat; de grens van voldoende bepaaldheid van art. 843a Rv, die niet geldt voor art. 1019a Rv en het bepaalde in het derde lid van art. 1019a Rv (het buiten toepassing verklaren van art. 843a lid 4 Rv).⁴⁵

2.25 Van Engelen volgt Maas niet in zijn standpunt dat de aannemelijkheidstoets van de Hoge Raad zwaarder is dan wat de wetgever bij art. 843a Rv voor ogen stond (in de hiervoor aangehaalde passage), althans hij merkt op dat “het feit dat de rechtsbetrekking niet – definitief – hoeft vast te staan om aanspraak op inzage te kunnen maken, niet uitsluit dat het bestaan van een rechtsbetrekking wel enigszins aannemelijk dient te zijn als voorwaarde voor toewijzing.”⁴⁶

- (iii) Niet-IE-zaken
AIB/Novisem-maatstaf van toepassing?
Het advies van de Expertgroep
Modernisering Burgerlijk Bewijsrecht en
het wetsvoorstel vereenvoudiging en
modernisering bewijsrecht

2.26 Het van 31 mei 2018 tot 29 juli 2018 in consultatie voorgelegde concept wetsvoorstel tot aanpassing van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in verband met de vereenvoudiging en modernisering van het bewijsrecht (hierna: het concept wetsvoorstel vereenvoudiging en modernisering bewijsrecht),⁴⁷ is in de basis in belangrijke mate gevormd door het advies van de Expertgroep Modernisering Burgerlijk Bewijsrecht.⁴⁸

2.27 In genoemd advies van de Expertgroep Modernisering Burgerlijk Bewijsrecht (2017)⁴⁹ wordt onder meer voorgesteld het begrip ‘rechtmatig belang’ in art. 843a Rv te vervangen door ‘voldoende belang’.⁵⁰ Dit brengt volgens de expertgroep mee dat de zwaardere eis van het arrest AIB/Novisem vooralsnog niet in het commune recht behoeft te worden overgenomen. De desbetreffende passages uit het advies luiden als volgt:

“124. Voor het stellen van de eis van aannemelijkheid van het bestaan van de rechtsbetrekking kan steun worden gevonden in de Europese Handhavingsrichtlijn en de daarop gevormde rechtspraak (zie nr. 74). Wij menen echter dat de door ons voorgestelde eis van voldoende belang de rechter een maatstaf biedt om aan de hand van de stellingen van de verzoekende partij te beoordelen of dit belang aanwezig is. Een *aparte* eis van voldoende aannemelijkheid van de door art. 843a Rv geëiste rechtsbetrekking (in het IE-recht: van de inbreuk) voegt daaraan niets toe.⁵¹ Dit is in zaken betreffende intellectuele eigendom in overeenstemming met hetgeen de Hoge Raad overweegt in HR 9 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2834 (*Synthor/Astellas*), samengevat in r.o. 3.3.4, namelijk ‘dat de rechter bij zijn oordeel omtrent de toewijsbaarheid van een exhibitievordering in intellectuele-eigendomszaken in de toetsing van het ‘rechtmatig belang’ de belangen van de verweerder dient te betrekken, waaronder diens belang dat de bescherming van vertrouwelijke informatie is gewaarborgd, maar in het bijzonder ook om ver-

47 Zie <https://www.internetconsultatie.nl/bewijsrecht> voor het concept wetsvoorstel en de concept-MVT. Zie voor het doel van het concept wetsvoorstel p. 1 van de concept-MVT. Zie over dit concept wetsvoorstel ook mijn conclusie vóór HR 12 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:570, RvdW 2019/496 (art. 81 RO), onder 2.15 tot en met 2.21.

48 Zie p. 1 van de concept-MVT.

49 A. Hammerstein, R.H. de Bock en W.D.H. Asser, *Advies van de expertgroep Modernisering Burgerlijk Bewijsrecht*, uitgebracht aan de minister van Veiligheid en Justitie op 10 april 2017, Boom Juridisch 2017.

50 Zie onder meer par. 3.5.4 van het rapport.

51 Vgl. J. Ekelmans, ‘Efficiënt gebruik en beoordeling van inzagevorderingen na HR 13 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3304 (*Anti-Infringing bureau/Novisem*)’, NTBR 2016/7, waar hij eenheid van criterium voor Europese en niet-Europese gevallen bepleit.

41 Zie de noot van W.J.G. Maas bij het *Organik/Dow*-arrest, *BIE* 2018/34, p. 268-269.

42 Zie *Kamerstukken II* 2017/18, 33 079, nr. 7.

43 *Kamerstukken II* 2011/12, 33 079, nr. 3, p. 9.

44 Maas, t.a.p., p. 268.

45 Maas, t.a.p., p. 269.

46 Th.C.J.A. van Engelen, ‘Annotatie. *Organik v Dow Chemical*: het achterhalen van geheim bewijs van een geheime inbreuk op een bedrijfsgeheim’, *AA* 2019, p. 692 (voetnoot 14).

schoond te blijven van de ingrijpende maatregel die exhibitie niet zelden is, ingeval de beweerde inbreuk niet voldoende aannemelijk is, of indien de exhibitie verlangende partij ook andere effectieve, maar voor de verweerder minder belastende middelen tot bewijsgaring ten dienste staan (zoals een voorlopig getuigenverhoor of deskundigenbericht).’ (...)

144. De vraag rijst nog of aansluiting moet worden gezocht bij de hogere eisen die in het genoemde arrest *AIB/Novisem* in IE-zaken worden gesteld voor de stelplicht ten aanzien van de rechtsbetrekking in het kader waarvan het beslissing wordt verzocht. Die eisen sluiten aan bij de Europese rechtspraak in IE-zaken en vooralsnog zien wij geen noodzaak daarbij in het commune recht aan te sluiten, nu die eisen ook niet gelden voor de vordering tot inzage op grond van art. 843a Rv. Verwezen wordt naar wat wij hebben opgemerkt in par. 3.5.8.”

2.28 Ekelmans, die — zoals hiervoor onder 2.21 is weergegeven — van mening is dat de maatstaf van het arrest *AIB/Novisem* zich voor toepassing buiten het IE-recht leent,⁵² commentarieert het advies van de expertgroep op dit punt als volgt:⁵³

“De Expertgroep, die elders in het advies aan geeft aan te willen sluiten bij de ontwikkeling in andere Europese landen⁵⁴ en de ontwikkeling van het Europees recht,⁵⁵ ziet juist op het gebied waar de invloed van het Europees recht zich het meest laat voelen (vooralsnog⁵⁶) geen noodzaak om daar iets mee te doen door de aannemelijkheid van de vordering onderdeel te laten zijn van de afweging. Volgens de Expertgroep moet reeds aan de hand van de stellingen van de eiser worden beoordeeld of sprake is van voldoende belang en voegt de aannemelijkheid van de vordering niets toe aan de door de Expertgroep voorgestelde maatstaven.⁵⁷ Nu de Expertgroep de eisen aan de stelplicht niet expliciteert, blijft die opmerking wat mij betreft nog te veel in de lucht hangen, zeker nu de aannemelijkheid hoe dan ook slechts ternauwernood tot het advies is doorgedrongen. In het advies wordt slechts opgemerkt, dat voldoende belang kan(!) ontbreken, wanneer er in het geheel geen vordering meer is⁵⁸ én doemt de aannemelijkheid van de vordering pas op wanneer bij misbruik van recht wordt aangegeven, dat de aannemelijkheid van de vordering een van de gezichtspunten is, die een rol kan spelen bij de beoordeling of sprake is van misbruik van recht.”⁵⁹

2.29 In navolging van het advies van de expertgroep, heeft de wetgever in het voorgestelde concept wetsvoorstel vereenvoudiging en modernisering bewijsrecht in art. 149b⁶⁰ de voorwaarde van ‘rechtmatig belang’ gewijzigd in ‘voldoende belang’ en hierbij opgemerkt dat laatstgenoemd criterium meer aansluit bij de criteria voor toewijzing van de overige (voorlopige) bewijsverrichtingen en bovendien een vertrouwd begrip is in de rechtspraak vanwege de bepaling van art. 3:303 BW. Als een partij aannemelijk heeft gemaakt dat zij een voldoende belang heeft bij het verkrijgen van inzage van bepaalde gegevens, moet die inzage ook worden verstrekt; de bescherming van de belangen van degene van wie informatie wordt opgevraagd, wordt geregeld in het voorgestelde tweede lid van art. 149b (verschoningsrecht en gewichtige redenen), aldus de concept-toelichting.⁶¹

2.30 Met betrekking tot de voorwaarde ‘het bestaan van een rechtsbetrekking’ wordt in de concept-toelichting op het voorgestelde art. 149b opgemerkt dat het bestaan van een rechtsbetrekking nog niet in rechte behoefte vast te staan omdat de inzet van een procedure juist kan bestaan in de vraag of tussen partijen al dan niet een rechtsbetrekking bestaat en bepaalde feiten die van belang zijn voor het bestaan, de inhoud of de omvang van een rechtsbetrekking vaak nog niet helder zijn. Gelet op het doel om opheldering van de feiten te verkrijgen en geschillen zo effectief mogelijk op te lossen, moet het begrip “partij bij een rechtsbetrekking” ruim worden opgevat. Partij bij een rechtsbetrekking kan een ieder zijn die bij een rechtsbetrekking is of wordt betrokken. Dus ook degene die zich op het standpunt stelt dat er helemaal geen rechtsbetrekking

60 Art. 149b in de tekst van het voor internetconsultatie gepubliceerde concept wetsvoorstel luidt als volgt: “1. Een partij bij een rechtsbetrekking heeft tegenover degene die beschikt over bepaalde gegevens over die rechtsbetrekking, recht op inzage, afschrift of uittreksel van die gegevens als zij daarbij voldoende belang heeft. De partij die recht heeft op inzage, afschrift of uittreksel van bepaalde gegevens, draagt de kosten die voor de verstrekking van deze gegevens moeten worden gemaakt.

2. Degene die over de gegevens beschikt, is verplicht aan de partij, bedoeld in het eerste lid, daarvan inzage, afschrift of uittreksel te verstrekken, tenzij:

a. hem een verschoningsrecht als bedoeld in artikel 165, tweede lid, toekomt of
b. gewichtige redenen zich daartegen verzetten.

3. Is degene die over de gegevens beschikt, een bestuursorgaan of een instelling, dienst of bedrijf werkzaam onder verantwoordelijkheid van het bestuursorgaan, bedoeld in artikel 3 van de Wet openbaarheid van bestuur en geen partij bij de rechtsbetrekking, bedoeld in het eerste lid, dan is hij niet verplicht tot verstrekking van inzage, afschrift of uittreksel van de gevraagde gegevens voor zover die gegevens op grond van de Wet openbaarheid van bestuur ook niet hoeven te worden verstrekt.”

61 Zie p. 28-30 van de concept-MvT. Gaat het om een verzoek om inzage voorafgaand aan een procedure, dan gelden naast de twee materiële afwijzingsgronden van het voorgestelde art. 149b lid 2 ook de vijf processuele gronden van het voorgestelde art. 196 lid 2 (zie ook het voorgestelde art. 204), waarvan er twee (de bepaaldheidseis en voldoende belang) overeenkomen met de voorwaarden waaronder een recht op inzage bestaat, zie p. 29 van de concept-MvT, met verwijzing naar de toelichting op art. 196, tweede lid (nieuw), p. 43 e.v.

52 J. Ekelmans, ‘Efficiënt gebruik en beoordeling van inzagevorderingen na HR 13 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3304 (Anti-Infringement bureau/Novisem)’, *NTBR* 2016/7, par. 3.4.

53 J. Ekelmans, ‘De drie keuzes over het inzage-recht van de Expertgroep modernisering burgerlijk bewijsrecht’, *TvPP* 2017-5, p. 179.

54 A. Hammerstein, R.H. de Bock en W.D.H. Asser, a.w., nr. 6.

55 A. Hammerstein, R.H. de Bock en W.D.H. Asser, a.w., nr. 99.

56 A. Hammerstein, R.H. de Bock en W.D.H. Asser, a.w., nr. 144.

57 A. Hammerstein, R.H. de Bock en W.D.H. Asser, a.w., nr. 124.

58 A. Hammerstein, R.H. de Bock en W.D.H. Asser, a.w., nr. 110.

59 A. Hammerstein, R.H. de Bock en W.D.H. Asser, a.w., nr. 122.

bestaat waarbij hij partij is, kan aanspraak maken op bepaalde gegevens om dat aan te tonen.⁶²

2.31 Nog niet toegelicht is de vraag of de wetgever, die dus het advies van de expertgroep om het begrip 'rechtmatig belang' in art. 843a Rv te vervangen door 'voldoende belang' in het concept wetsvoorstel, heeft overgenomen, zich ook aansluit bij de hiervoor onder 2.27 weergegeven opvatting van de expertgroep (onder 144 van het advies) dat de "de hogere eisen die in het genoemde arrest *AIB/Novisem* in IE-zaken worden gesteld voor de stelplicht ten aanzien van de rechtsbetrekking in het kader waarvan het bewijsbeslag wordt verzocht" vooralsnog niet in het commune recht behoeft te worden overgenomen, "nu die eisen ook niet gelden voor de vordering tot inzage op grond van art. 843a Rv."⁶³

2.32 De adviesaanvraag van het door de ministerraad goedgekeurde 'Wetsvoorstel aanpassing Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in verband met modernisering bewijsrecht' is op 21 oktober 2019 aanhangig gemaakt bij de Raad van State.⁶⁴ De tekst daarvan is op het moment van het nemen van deze conclusie dus nog niet bekend voor de buitenwereld.

Behandeling onderdelen

2.33 *Onderdeel I* is in de kern toegespitst op de vraag of het *AIB/Novisem*-criterium ook buiten het IE-recht geldt. Het onderdeel richt zich tegen de rov. 6.5.11 tot en met 6.5.17⁶⁵ waarin het hof als volgt heeft geoordeeld (ik citeer tevens rov. 6.5.5):

"6.5.5. Het hof stelt het volgende voorop.

Degene die inzage, afgifte of uittreksel van bewijsmateriaal verlangt, dient zodanige feiten en omstandigheden te stellen en met reeds voorhanden bewijsmateriaal te onderbouwen, dat de gestelde onrechtmatigheid/inbreuk voldoende aannemelijk is.

De vraag wat in het kader van een vordering uit hoofde van art. 843a Rv respectievelijk artikel 1019a Rv als een 'voldoende' mate van aanneme-

lijkheid kan worden beschouwd, kan niet in algemene zin kan worden beantwoord. Het komt steeds aan op een waardering van de stellingen en verweren van partijen en de overtuigingskracht van het eventueel reeds overgelegde bewijsmateriaal. Daarbij is uitgangspunt dat niet behoeft te zijn voldaan aan de mate van aannemelijkheid die is vereist voor toewijzing in kort geding van een op (dreigend) onrechtmatig handelen c.q. een (dreigende) inbreuk gebaseerde (verbods)vordering (HR 13 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3304, NJ 2016/491; HR 9 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2834, NJ 2017/22; HR 28 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1775). (...)

6.5.11. Naar het oordeel van het hof heeft Semtex in het licht van de gemotiveerde betwisting door [verweersters] onvoldoende feiten en omstandigheden gesteld, en is het reeds voorhanden bewijsmateriaal van onvoldoende onderbouwend gewicht, om te concluderen dat voldoende aannemelijk is dat [verweersters] hun in hun arbeidsovereenkomst met Semtex opgenomen nevenwerkzaamheden- en geheimhoudingsbeding hebben geschonden.

6.5.12. [verweerster 1] heeft erkend dat zij twee dagen voordat zij feitelijk bij Semtex weg ging vier bestanden naar haar privé e-mailadres heeft gestuurd. [verweerster 2] heeft erkend dat zij tijdens een verblijf voor Semtex in China op eigen kosten drie truien voor zichzelf heeft gekocht. Indien dit al als schending van het geheimhoudingsbeding respectievelijk het nevenwerkzaamhedenbeding zou moeten worden gekwalificeerd rechtvaardigt dat nog niet toewijzing van de gevorderde inzage/verstrekking afschrijven. Het is Semtex bekend welke bestanden [verweerster 1] naar haar privé adres heeft gemaild. Anders dan zij aanvankelijk aanvoerde betrof het vierde bestand niet de door Semtex gebruikte maatvoering. Semtex heeft niet betwist dat dat vierde bestand reclame met betrekking tot de zomer collectie van 2013 betrof. Evenmin heeft zij betwist dat de bestanden contactgegevens bevatten. Het moge zo zijn dat Semtex de verklaring van [verweerster 1] voor verzending van de bestanden niet gelooft, maar dat op zichzelf levert nog geen exhibitieplicht van [verweerster 1] op. Datzelfde geldt voor de privé aankoop door [verweerster 2] van drie truien. [verweersters] hebben onbetwist aangevoerd dat zij regelmatig langere tijd voor Semtex in China verbleven en lange werkdagen maakten. Een privé aankoop van betrekkelijk geringe omvang onder die omstandigheden is onvoldoende om een exhibitieplicht aan te nemen.

6.5.13. [verweerster 2] heeft een plausibele verklaring gegeven voor haar verzoek per mail aan een fabrikant om een pakket op haar verblijfsadres in China af te leveren. [verweersters] hebben verklaringen overgelegd van fabrikanten in China waarin deze fabrikanten verklaren dat

⁶² Zie p. 26-27 van de concept-MvT.

⁶³ Zie ook mijn conclusie vóór HR 12 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:570, *RvdW* 2019/496 (art. 81 RO), onder 2.19. In deze conclusie onder 2.20 heb ik in dit verband ook gewezen op de brief van 22 augustus 2018 (op p. 7, onder 19) waarin de Hoge Raad een reactie heeft gegeven op het concept wetsvoorstel en de concept-toelichting (te raadplegen via www.rechtspraak.nl). In deze brief heeft de Hoge Raad onder meer opgemerkt dat in de nieuwe regeling het recht een exhibitieverzoek te doen alleen toekomt aan een 'partij bij een rechtsbetrekking' (art. 149b lid 1 Rv) en dat de Hoge Raad over het voor IE-zaken geldende art. 1019a Rv heeft beslist dat het bestaan van die rechtsbetrekking op basis van het voorhanden bewijsmateriaal voldoende aannemelijk moet zijn. In de brief is opgemerkt dat dit de vraag oproept of het concept wetsvoorstel deze drempel afwijst voor niet-IE-zaken, of dat deze zelfde maatstaf ligt besloten in de nieuwe eis van 'voldoende belang'. De Hoge Raad adviseert in de toelichting bij het wetsvoorstel aandacht aan dit aspect te besteden.

⁶⁴ Zie <https://wetgevingskalender.overheid.nl/Regeling/WGK008513>.

⁶⁵ De rov. 6.5.14 en 6.5.18 worden hierna (onder 2.58 en 2.56) in het kader van de behandeling van resp. subonderdeel II en le geciteerd.

[verweersters] tijdens hun bezoeken aan China voor Semtex niet met hen hebben gesproken over een door hen zelf op te zetten kledinglijn. Ook verklaren deze fabrikanten dat zij pas van [C] op de hoogte raakten door een (in dit geding overgelegde) brief van [betrokkene 3], directeur van Semtex. Semtex heeft geen andersluidende verklaringen overgelegd.
(...)

6.5.15. Voor wat betreft het door een aantal studenten, waaronder de zus van [verweester 2] en (de als getuige gehoorde) [betrokkene 2] in mei 2013 bij Semtex uitgevoerde onderzoek staat vast dat [betrokkene 3] toestemming voor dat onderzoek heeft gegeven. Semtex heeft betoogd dat die toestemming zich niet uitstrekte tot een bedrijfsanalyse en kennisneming van bedrijfsinformatie, maar Semtex heeft niet gesteld dat en op grond waarvan [verweester 2], via wie kennelijk het verzoek van de studenten werd gedaan, dat heeft moeten begrijpen. Semtex heeft niet betwist dat [betrokkene 3] had laten weten dat hij verder niet met dit onderzoek lastig gevallen wilde worden. Er is geen enkele aanwijzing dat sprake was van een heimelijk uitgevoerde bedrijfsanalyse. Dat in het kader van dat onderzoek informatie over Semtex aan de studenten is verschaft ligt voor de hand. Dat op zichzelf is geen aanwijzing dat [verweester 2] haar geheimhoudingsplicht heeft geschonden, nog afgezien van de hiervoor besproken toestemming van [betrokkene 3]. Evenmin heeft Semtex concrete aanwijzingen genoemd die wijzen op een verband tussen dit onderzoek en de latere activiteiten van [verweersters] met [C]. Daarvoor is in ieder geval onvoldoende dat [betrokkene 2], die eind 2013 door [verweester 2] was benaderd voor het ontwikkelen van de website en huisstijl van [C], heeft verklaard dat hij met de kennis opgedaan bij de bedrijfsanalyse voor Semtex 'wel wat kon waar het het projectplan voor [C] betrof'. [betrokkene 2] motiveert dit door aan te geven dat het om een vergelijkbaar merk, een vergelijkbare propositie en een vergelijkbaar marktsegment ging. Dat moge zo zijn en is ook logisch, maar geen aanwijzing dat het eerder bij Semtex uitgevoerde onderzoek juist met het oog op een door [verweersters] op te zetten kledinglijn is uitgevoerd.

Enige betrokkenheid van [verweester 1] bij dat onderzoek heeft Semtex niet gesteld en is evenmin gebleken. Semtex heeft niet betwist dat [verweersters] niet in het bezit zijn van het rapport en Semtex wel. Semtex heeft dat rapport niet in het geding gebracht, zodat evenmin daaruit een onderbouwing van de juistheid van de stellingen van Semtex is te putten. Ten slotte leidt het feit dat de reden voor het niet doorgaan van de opdracht door [verweester 2] aan [betrokkene 2] (voor het ontwikkelen van de huisstijl van [C]) er in zou zijn gelegen dat [betrokkene 2] zijn plan per abuis naar een mailadres van

Semtex had gestuurd, niet tot een ander oordeel. Indien dat bij [verweersters] tot de nodige consternatie heeft geleid is dat voorstelbaar. Zij waren immers een met het bedrijf van hun vorige werkgever concurrerend bedrijf begonnen.

Anders dan Semtex betoogt volgt uit die consternatie geen voldoende aanwijzing dat [verweersters], kort gezegd, onrechtmatig jegens Semtex hadden gehandeld, noch leidt het tot een exhibitieplicht aan de zijde van [verweersters].

6.5.16. [verweersters] hebben betwist dat de monsterkosten in 2013 significant hoger waren en er terecht op gewezen dat dat geenszins blijkt uit de (aanvankelijk) door Semtex genoemde bedragen. Verder hebben zij betwist dat zij in 2013 op kosten van Semtex monsters kochten ten behoeve van een door hen zelf op te zetten kledinglijn. Zij hebben aangevoerd dat Semtex in haar eigen administratie en credit card afschrijvingen dit kan nagaan. Semtex heeft verschillende bedragen aan monsterkosten genoemd. Bij pleidooi heeft zij weer andere bedragen genoemd die zouden duiden op een veel hogere post monsterkosten voor 2013. Semtex stelt dat die bedragen zijn 'ontleend aan de boekhouding', maar de onderliggende stukken heeft zij niet in het geding gebracht. Dat had echter wel op haar weg gelegen, gelet op de betwisting door [verweersters] en het feit dat Semtex niet eenduidig is geweest is het noemen van die bedragen. Weliswaar hoeft Semtex in het kader van deze procedure niet te bewijzen dat de monsterkosten in 2013 aanzienlijk hoger waren dan de jaren ervoor en erna, maar in het kader van deze exhibitievordering is het wel aan Semtex om haar stellingen te onderbouwen met bewijsmateriaal dat reeds voorhanden is.

6.5.17. Er zijn onvoldoende concrete aanknopingspunten voor het oordeel dat het feit dat de mailbox en het bureaublad van de computers van [verweersters] bij Semtex na vertrek bij Semtex leeg zouden zijn, verband houdt met hun (latere) werkzaamheden voor [C]. Hetzelfde geldt voor het merkepot door de partner van [verweester 1]. Deze omstandigheden leveren niet zodanige feiten en omstandigheden op dat daarmee de voor de toewijsbaarheid van de exhibitievordering vereiste mate van aannemelijkheid van de gestelde onrechtmatige gedragingen is bereikt, ook niet in samenhang met de hiervoor besproken feiten en omstandigheden. Datzelfde geldt voor het feit dat vanuit [C] in oktober 2014 aan een fabrikant in China instructies zijn gegeven waarbij ook is verwezen naar een kledingstuk van Semtex. [verweester 1] heeft uitgelegd dat dat een gebruikelijke gang van zaken is die geen inbreuk op IE-rechten oplevert of anderszins onrechtmatig is en Semtex heeft dat niet betwist.

Concluderend oordeelt het hof dat de grieven 3 tot en met 7 niet slagen."

2.34 *Subonderdeel Ia* stelt voorop dat het hof in rov. 6.5.5 het zogeheten *AIB/Novisem*-criterium (van voldoende aannemelijkheid van de inbreuk op een IE-recht) heeft aangelegd. Het subonderdeel klaagt vervolgens, zakelijk en verkort weergegeven, dat het hof dit criterium in de rov. 6.5.11 tot en met 6.5.17 ten onrechte ook buiten IE-zaken aanlegt, althans te zware eisen stelt voor toewijzing van een vordering op de voet van art. 843a Rv, voor zover de gestelde rechtsbetrekking (in de zin van art. 843a Rv) een onrechtmatige daad is, en voor zover Semtex zich beroept op de schendingen van de in de arbeidsovereenkomsten met [verweersters] opgenomen nevenwerkzaamheden- en geheimhoudingsbedingen.⁶⁶

Subonderdeel Ib voegt daaraan toe dat, indien het hof dit niet heeft miskend, het hof zonder nadere motivering, die ontbreekt, niet voldoende begrijpelijk heeft gemotiveerd waarom van Semtex mocht worden verlangd, de gestelde, althans vermoede, onrechtmatige daad en de aangevoerde schending van de genoemde arbeidsrechtelijke bepalingen, voldoende aannemelijk te maken.

2.35 De subonderdelen Ia en Ib lenen zich voor gezamenlijke behandeling.

2.36 Zoals in het juridisch kader is opgemerkt, houdt de *AIB/Novisem*-maatstaf in dat de eiser die zich voor zijn exhibitievordering op de voet van art. 1019a Rv in verbinding met art. 843a Rv op een rechtsbetrekking beroept die mede de grondslag voor het inzagerecht vormt, bij gemotiveerde betwisting, voldoende aannemelijk moet maken dat die rechtsbetrekking bestaat.⁶⁷ Deze maatstaf leent zich, aldus het arrest *Organik/Dow*, voor toepassing op een rechtsbetrekking die voortvloeit uit het onrechtmatig verkrijgen en gebruiken van bedrijfsgeheimen, alhoewel de art. 1019 e.v. Rv daarop niet van toepassing zijn.⁶⁸

2.37 De Hoge Raad heeft nog niet verduidelijkt of de *AIB/Novisem*-maatstaf buiten het IE-recht kan worden toegepast op alle onrechtmatige daad-rechtsbetrekkingen.⁶⁹ Het standpunt van de wetgever dien-aangaande is evenmin bekend.

In de literatuur (van na het *Organik/Dow*-arrest) wordt er verschillend over gedacht. Samengevat zijn er voorstanders van toepassing van deze maatstaf in alle gevallen waarin moet worden vastgesteld of sprake is van een rechtsbetrekking in die zin van art.

843a Rv (zie Ekelmans⁷⁰ en Sijmonsma⁷¹). Daarnaast wordt verdedigd dat uit het *Organik/Dow*-arrest kan worden afgeleid dat de *AIB/Novisem*-maatstaf ook buiten het IE-recht geldt, maar alleen in gevallen die *voldoende gelijkenis* vertonen met gevallen waarop de regeling van art. 1019 e.v. Rv van toepassing is (zie Maas⁷²).

2.38 Een derde opvatting zou kunnen zijn dat het *Organik/Dow*-arrest het einde markeert aan de uitbreiding van de *AIB/Novisem*-maatstaf buiten het IE-recht, zodat toepassing van die maatstaf buiten het IE-recht alleen aan de orde is indien een rechtsbetrekking voortvloeit uit het onrechtmatig verkrijgen en gebruiken van bedrijfsgeheimen.

2.39 In mijn conclusie vóór HR 12 april 2019 (art. 81 RO), heb ik mijn aarzeling verwoord om aan te nemen dat de Hoge Raad de in IE-zaken ontwikkelde maatstaf voor alle onrechtmatige daad-rechtsbetrekkingen heeft aanvaard. Die aarzeling bestaat hierin dat de hiervoor onder 2.19 geciteerde rov. 5.1.3 van het *Organik/Dow*-arrest uitdrukkelijk is toegespitst op een rechtsbetrekking die voortvloeit uit het onrechtmatig verkrijgen en gebruiken van bedrijfsgeheimen, en dat rov. 6.2.4⁷³ in een andere context dient te worden gelezen.

Sijmonsma denkt hier anders over. Volgens hem doet de Hoge Raad niet veel meer dan de zaak feitelijk omschrijven, daarbij steun vindend in de regeling van art. 1019 e.v. Rv.⁷⁴

2.40 Noch in de aangehaalde rechtspraak, noch in de weergegeven literatuur wordt bij de vraag of

70 J. Ekelmans, 'De drie keuzes over het inzagerecht van de Expertgroep modernisering burgerlijk bewijsrecht', *TvPP* 2017-5, p. 178-179. Zie ook J. Ekelmans, 'Efficient gebruik en beoordeling van inzagevorderingen na HR 13 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3304 (*Anti-Infringement bureau/Novisem*)', *NTBR* 2016/7, par. 3.4 en vgl. J. Ekelmans, *CS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 843a, aant. 4.2.

71 J.R. Sijmonsma, 'Het inzagerecht van artikel 843a Rv nader bezien', *TvPP* 2019/4, p. 108-109.

72 Zie de noot van W.J.G. Maas bij het *Organik/Dow*-arrest, *BIE* 2018/34, p. 268.

73 HR 28 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1775, *NJ* 2019/70 m.nt. Ch. Gielen en A.L.M. van Mierlo, *JIN* 2018/207 m.nt. A. Rosielle, *JOR* 2018/323 m.nt. P.J. van der Korst (*Organik/Dow*), rov. 6.2.4:

"In zijn hiervoor in 6.1.2 genoemde prejudiciële uitspraak van 13 september 2013 (Molenbeek) heeft de Hoge Raad geoordeeld dat de wet voldoende grondslag biedt voor het leggen van een bewijsbeslag ook in niet-IE-zaken. De gedetailleerde beschrijving is volgens de hiervoor in 6.2.3 genoemde parlementaire toelichting een variant van het bewijsbeslag en een alternatief daarvoor. Zij kan tot bewijs dienen van stellingen die met andere middelen niet altijd bewezen kunnen worden. Voorts wordt in het onlangs gepubliceerde voorontwerp van wet tot aanpassing van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in verband met de vereenvoudiging en modernisering van het bewijsrecht, de gedetailleerde beschrijving opgesteld voor alle soorten zaken (zie de toelichting op het voorontwerp, p. 56).

Het vorenstaande is grond om de gedetailleerde beschrijving reeds nu toelaatbaar te achten in gevallen die voldoende gelijkenis vertonen met gevallen waarop de regeling van art. 1019 e.v. Rv van toepassing is, zoals bij de schending van bedrijfsgeheimen."

74 J.R. Sijmonsma, 'Het inzagerecht van artikel 843a Rv nader bezien', *TvPP* 2019/4, p. 109.

66 Zie de procesinleiding onder 3.20.

67 Zie ook mijn conclusie onder 3.27 vóór HR 28 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1775, *NJ* 2019/70 m.nt. Ch. Gielen en A.L.M. van Mierlo, *JIN* 2018/207 m.nt. A. Rosielle, *JOR* 2018/323 m.nt. P.J. van der Korst (*Organik/Dow*) en zie J.L.R.A. Huydecoper, Inzien in verwondering, *BIE* 2016/11, nr. 14.

68 Zie HR 28 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1775, *NJ* 2019/70 m.nt. Ch. Gielen en A.L.M. van Mierlo, *JIN* 2018/207 m.nt. A. Rosielle, *JOR* 2018/323 m.nt. P.J. van der Korst (*Organik/Dow*), rov. 5.1.3.

69 Vgl. mijn conclusie onder 2.11 en 2.13 vóór HR 12 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:570, *RvdW* 2019/496 (art. 81 RO).

de *AIB/Novisem*-maatstaf zich buiten het IE-recht voor toepassing leent, met zoveel woorden een onderscheid gemaakt tussen een rechtsbetrekking die voortvloeit uit onrechtmatige daad of uit overeenkomst. Sijmonsma en Ekelmans lijken — als ik hen goed heb begrepen — ervan uit te gaan dat het onderscheid daartussen geen enkele rol speelt bij de vraag of de *AIB/Novisem*-maatstaf ook buiten het IE-recht kan worden toegepast.

2.41 M.i. zou de rechtspraktijk ermee zijn geëindigd als deze vraag zou kunnen worden beantwoord, alsmede de vraag of voldoende gelijkenis dient te bestaan met gevallen waarop de regeling van art. 1019 e.v. Rv ziet.

2.42 Bij het beantwoorden van laatstgenoemde vraag is het oogmerk van de inzage-regeling m.i. een ander aandachtspunt. Inzage op de voet van art. 843a Rv kan immers worden gevorderd “(...) met uiteenlopende oogmerken, zoals het verkrijgen van informatie in verband met (voorgenomen) onderhandelingen of met het oog op het voeren van of de bewijsoverlevering in een lopende of mogelijke procedure.”⁷⁵

2.43 Ik ben niet overtuigd door de argumenten van Sijmonsma om de zwaardere *AIB/Novisem*-maatstaf voor alle rechtsbetrekkingen te laten gelden. Dat deze maatstaf in IE-zaken geldt, is terug te voeren op de Handhavingsrichtlijn (en het TRIPS-verdrag). De uitbreiding die de Hoge Raad in het arrest *Organik/Dow* heeft gegeven, betreft een aparte categorie zaken, die volgens sommigen in de visie van de Hoge Raad verwant is aan de regeling van 1019 e.v. Rv. Maar dat brengt niet noodzakelijkerwijs mee dat voor alle overige rechtsbetrekkingen ook de zwaardere maatstaf zou moeten gelden.⁷⁶

Ik meen daarnaast dat, in het geval het *AIB/Novisem*-criterium bij de beoordeling van elke 843a-vordering zou moeten worden aangelegd, een te zware maatstaf geldt in het geval de inzagevordering is ingesteld teneinde de proceskansen in te schatten. Het is m.i. een voor de eiser te zware maatstaf om een rechtsbetrekking voldoende aannemelijk te maken indien de inzagevordering ertoe strekt te achterhalen of er een rechtsbetrekking is.

2.44 Ten aanzien van de *AIB/Novisem*-maatstaf kan men zich — nog los van de vraag in welke gevallen deze buiten het IE-recht kan worden toegepast — bovendien nog afvragen wat voldoende aannemelijk moet worden gemaakt. Ziet deze maatstaf op het voldoende aannemelijk maken van het bestaan van de rechtsbetrekking? Of heeft de maatstaf ook invloed op andere vereisten voor toewijzing van de inzagevordering zoals het rechtmatig belang? De

rechtspraak⁷⁷ en de hiervoor weergegeven literatuur leveren een diffuus beeld op.

2.45 Het gaat in het hoger beroep van deze zaak om de beoordeling van een vordering uit hoofde van de art. 843a Rv en 1019a Rv als vervolg op een op grond van de art. 730 Rv en 1019b Rv gelegd conservatoir bewijsbeslag.⁷⁸ In de schriftelijke toelichting van Semtex wordt opgemerkt dat beide bepalingen een zelfstandige grond voor toewijzing van de ingestelde vorderingen vormen.⁷⁹

2.46 Het hof heeft in rov. 6.5.3 onder meer geoordeeld dat uit de stellingen van Semtex voldoende volgt dat zij betoogt dat [verweersters] (i) haar op onrechtmatige wijze beconcurreren, (ii) het in hun arbeidsovereenkomst met Semtex opgenomen nevenwerkzaamheden- en geheimhoudingsbeding hebben geschonden⁸⁰ en (iii) inbreuk hebben gemaakt op de IE-rechten van Semtex.

2.47 Voor zover de inzagevordering is gebaseerd op de inbreuk op IE-rechten op de voet van art. 1019a Rv in verbinding met art. 843a Rv, is in ieder geval de *AIB/Novisem*-maatstaf van toepassing.

Klaarblijkelijk heeft het hof de *AIB/Novisem*-maatstaf ook toegepast op de gestelde schendingen van de in de arbeidsovereenkomsten met [verweersters] opgenomen nevenwerkzaamheden- en geheimhoudingsbedingen.

Op grond van het hierboven vermelde (met name 2.37-2.44) meen ik dat de voor IE-zaken ontwikkelde *AIB/Novisem*-maatstaf zich niet leent voor andere buiten het IE-recht gelegen rechtsbetrekkingen dan de rechtsbetrekkingen die voortvloeien uit het onrechtmatig verkrijgen en gebruiken van bedrijfsgeheimen. De grens is m.i. derhalve getrokken in het arrest *Organik/Dow*.

Subonderdeel Ia slaagt mitsdien in zoverre.

2.48 In ieder geval had het hof, nu (nog) niet duidelijk is of de *AIB/Novisem*-maatstaf zich leent voor (a) toepassing op alle onrechtmatige daadsbetrekkingen buiten het IE-recht of (b) dat voldoende gelijkenis met gevallen geregeld in art. 1019 e.v. Rv is vereist dan wel (c) genoemde maatstaf buiten het IE-recht bij alle mogelijke rechtsbetrekkingen geldt, (voldoende) inzicht dienen te geven in de gedachtegang op grond waarvan het toch van oordeel was dat deze maatstaf ook ten aanzien van de schendingen van de in de arbeidsovereenkomsten met [ver-

⁷⁷ In mijn conclusie vóór Hoge Raad 26 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1985, NJ 2018/431 (*Syngenta*), constateerde ik dat, hoewel het bestaan van een rechtsbetrekking een ander vereiste van art. 843a Rv is dan het vereiste van rechtmatig belang, de Hoge Raad in het arrest *Synthon/Astellas* een verband heeft gelegd tussen de toetsing van het rechtmatig belang en de eis van voldoende aannemelijkheid van de rechtsbetrekking.

⁷⁸ Zie rov. 6.5.4 van het bestreden arrest.

⁷⁹ Zie de s.t. van Semtex, p. 2, waar ter vergelijking wordt verwezen naar randnummer 3 van de pleitaantekeningen in hoger beroep van Semtex.

⁸⁰ Zie over de door Semtex gestelde schending van de verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst als toets voor de ingevolge art. 843a Rv vereiste rechtsbetrekking, o.a. de memorie van grieven, p. 6-7 en de memorie van antwoord tevens houdende eis in reconventie, p. 15-16.

⁷⁵ HR 13 juli 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW3263, NJ 2013/287 m.nt. H.B. Krans, rov. 3.7.

⁷⁶ Verg. ook de hierboven onder 2.31 geciteerde concept-toelichting op het voorgestelde art. 149b.

weersters] opgenomen nevenwerkzaamheden- en geheimhoudingsbedingen van toepassing is.

2.49 De reden waarom deze keuze inzichtelijk had moeten worden gemaakt is het gegeven dat de aan te leggen zwaardere maatstaf van voldoende aanmerkelijkheid van groot belang is voor de beoordeling van de inzagevorderingen. Dit blijkt m.i. ook uit hetgeen het hof in rov. 6.6.1 als slotsom overweegt:

“In deze procedure is duidelijk dat Semtex niet gelukkig is met het vertrek van [verweersters] en met het feit dat zij een concurrerend bedrijf hebben opgezet. Semtex vermoedt dat [verweersters] al tijdens hun dienstverband met Semtex bezig zijn geweest met het opzetten van een concurrerend bedrijf in kinderkleding. Dat vermoeden is, afgaande op de feiten en omstandigheden die Semtex heeft geschetst op het eerste gezicht, misschien voorstelbaar. (...)”

Uit deze rechtsoverweging zou kunnen worden afgeleid dat indien er een minder zware maatstaf zou zijn toegepast (‘voorstelbaar’) de vorderingen van Semtex wellicht wel hadden kunnen worden toegewezen. Subonderdeel Ib slaagt mitsdien eveneens in zoverre.

2.50 Indien Uw Raad oordeelt dat het hof een te strenge maatstaf heeft aangelegd en het geding, na vernietiging van het bestreden arrest, verwijst naar een ander hof, zullen de door Semtex aangevoerde feiten en omstandigheden moeten worden getoetst aan de hand van de ‘gewone’ maatstaf van aanmerkelijkheid.

De overige klachten van het cassatieberoep, die over de beoordeling van de feiten en omstandigheden gaan, behoeven in dat geval geen behandeling.

2.51 Voor het geval dat Uw Raad oordeelt dat de subonderdelen Ia en Ib falen, ga ik ook in op de overige (sub)onderdelen.

2.52 *Subonderdeel Ic* klaagt — in de kern — dat het hof miskent dat bij de exhibitievordering feiten en omstandigheden (niet ieder afzonderlijk, maar ook) in hun onderlinge verband en samenhang moeten worden gewogen. Het hof gaat volgens het subonderdeel dan ook uit van een onjuiste rechtsopvatting door voor de door Semtex aangedragen feiten en omstandigheden telkens afzonderlijk te toetsen of die (ieder voor zich) de exhibitievordering kunnen dragen en het hof in rov. 6.5.9 niet de daarin door het hof opgesomde feiten en omstandigheden in hun onderlinge samenhang beoordeelt.

Subonderdeel Id klaagt dat voor zover het hof zulks niet miskent, zonder nadere motivering, die ontbreekt, in de rechtsoverweging 6.5.11 t/m 6.5.17 niet (voldoende) begrijpelijk is gemotiveerd, waarom, aldus het hof, de door Semtex aangedragen feiten en omstandigheden in onderling verband en samenhang gewogen niet tot toewijzing kunnen leiden van de exhibitievordering ex art. 843a Rv. Het hof brengt dit volgens het subonderdeel nergens tot uitdrukking.

Ook deze subonderdelen Ic en Id lenen zich voor gezamenlijke behandeling.

2.53 Het hof is in rov. 6.5.9 tot en met 6.5.17 ingegaan op de grieven 3 tot en met 7 die betrekking hebben op de gestelde overtreding van het verbod van nevenwerkzaamheden en de gestelde schending van de geheimhoudingsplicht. Nadat het hof in rov. 6.5.9 en 6.5.10 samengevat en zakelijk heeft weergegeven wat Semtex heeft aangevoerd en hoe [verweersters] zich hebben verweerd, overweegt het hof in rov. 6.5.11 dat Semtex naar het oordeel van het hof in het licht van de gemotiveerde betwisting door [verweersters] onvoldoende feiten en omstandigheden heeft gesteld, en het reeds voorhanden bewijsmateriaal van onvoldoende onderbouwend gewicht is, om te concluderen dat voldoende aanmerkelijk is dat [verweersters] hun in hun arbeidsovereenkomst met Semtex opgenomen nevenwerkzaamheden- en geheimhoudingsbeding hebben geschonden. Daartoe gaat het hof in de daaropvolgende rechtsoverwegingen in op de verzending door [verweester 1] van vier bestanden naar haar privé-e-mailadres (rov. 6.5.12 en 6.5.14), op de privé-aankoop door [verweester 2] van drie truien tijdens een verblijf voor Semtex in China (rov. 6.5.12), op het verzoek per mail van [verweester 2] aan een fabrikant om een pakket op haar verblijfsadres in China af te leveren en de contacten van [verweersters] tijdens hun bezoeken aan China met de fabrikanten (rov. 6.5.13), op het door een aantal studenten, waaronder de zus van [verweester 2] en [betrokkene 2], in mei 2013 bij Semtex uitgevoerde onderzoek en een verband tussen dit onderzoek en de latere activiteiten van [verweersters] (rov. 6.5.15) en op de monstercosten in 2013 (rov. 6.5.16). Tot slot gaat het hof in rov. 6.5.17 eerst in op het lege bureaublad en de lege mailbox van de computers van [verweersters] na vertrek bij Semtex en hun latere werkzaamheden voor [C] en het merk-depot door de partner van [verweester 1]. Het hof overweegt vervolgens in deze rov. 6.5.17:

“Deze omstandigheden leveren niet zodanige feiten en omstandigheden op dat daarmee de voor de toewijsbaarheid van de exhibitievordering vereiste mate van aanmerkelijkheid van de gestelde onrechtmatige gedragingen is bereikt, ook niet in samenhang met de hiervoor besproken feiten en omstandigheden. Datzelfde geldt voor het feit dat vanuit [C] in oktober 2014 aan een fabrikant in China instructies zijn gegeven waarbij ook is verwezen naar een kledingstuk van Semtex. [verweester 1] heeft uitgelegd dat dat een gebruikelijke gang van zaken is die geen inbreuk op IE-rechten oplevert of anderszins onrechtmatig is en Semtex heeft dat niet betwist. Concluderend oordeelt het hof dat de grieven 3 tot en met 7 niet slagen.”

2.54 Hoewel in rov. 6.5.12 tot en met 6.5.16 door het hof afzonderlijk wordt ingegaan op de verschillende feiten en omstandigheden, blijkt m.i. uit rov. 6.5.17 voldoende dat het hof een eventuele samenhang tussen de verschillende feiten en omstandigheden in zijn overwegingen heeft betrokken. Het hof overweegt in rov. 6.5.17 dat de verwijderde bestanden op de computers van [verweersters] na ver-

trek bij Semtex, het merkdepot door de partner van [verweerster 1] en het geven vanuit [C] van instructies aan een fabrikant in China waarbij ook is verwezen naar een kledingstuk van Semtex, ook niet in samenhang met de hiervoor (in rov. 6.5.12 tot en met 6.5.16) besproken feiten en omstandigheden, zodanige feiten en omstandigheden opleveren dat daarmee de voor de toewijsbaarheid van de exhibitievordering vereiste mate van aannemelijkheid van de gestelde onrechtmatige gedragingen is bereikt.

Subonderdeel Ic faalt derhalve bij gebrek aan feitelijke grondslag.

2.55 Anders dan subonderdeel Id lijkt te betogen, is het niet noodzakelijk dat het hof bij de beoordeling van een feit of omstandigheid, steeds alle overige feiten en omstandigheden expliciet in zijn motivering betreft.

Subonderdeel Id kan derhalve evenmin niet tot cassatie leiden.

2.56 *Subonderdeel Ie* richt zich meer in het bijzonder tegen rov. 6.5.18, waarin het hof het volgende heeft geoordeeld:

“Onerlijke concurrentie. Grief 8. Geen goed werknemerschap

Deze grondslagen heeft Semtex geheel dan wel hoofdzakelijk onderbouwd met de hiervoor reeds besproken stellingen. Uit die stellingen, inclusief hetgeen Semtex daarnaast nog heeft aangevoerd in dit verband, volgt naar het oordeel van het hof dat Semtex onvoldoende concreet heeft gesteld dat en waarom [verweersters], gebruikmakend van de bij Semtex opgedane kennis en gegevens, het duurzame bedrijfsdebiets van Semtex stelselmatig en in substantiële mate afbreken en/of in strijd met hun uit artikel 7:611 BW voortvloeiende verplichtingen hebben gehandeld. Deze grondslagen kunnen daarom evenmin tot toewijsbaarheid van de exhibitievordering leiden. Ten overvloede overweegt het hof dat de rechtbank terecht heeft overwogen dat het [verweersters] in beginsel is toegestaan om jegens Semtex concurrerende werkzaamheden te verrichten en zaken te doen met relaties van Semtex en daarbij gebruik te maken van de kennis, ervaring en persoonlijke goodwill die zij bij Semtex hebben opgedaan, nu hun arbeidsovereenkomst met Semtex een concurrentiebeding noch relatiebeding bevat. Grief 8 slaagt niet.”

Het subonderdeel klaagt dat het hof daarbij uitgaat van een onjuiste rechtsopvatting. Volgens het subonderdeel strekt de exhibitieprocedure ertoe Semtex in staat te stellen te beoordelen of het zin heeft om tegen [verweersters] een procedure aan te vangen, mede vanwege oneerlijke concurrentie en slecht werknemerschap. In de exhibitieprocedure op de voet van art. 843a Rv ligt niet voor of de vordering (die Semtex afhankelijk van de uitkomst van de exhibitieprocedure mogelijk wil instellen) al dan niet voor toewijzing in aanmerking komt. Het subonderdeel klaagt dat het hof dit heeft miskend althans te vergaande eisen heeft gesteld aan de stelling van Semtex.

2.57 Het hof heeft in de bestreden rechtsoverweging feitelijk geoordeeld dat Semtex onvoldoende concreet heeft gesteld dat en waarom [verweersters], gebruikmakend van de bij Semtex opgedane kennis en gegevens, het duurzame bedrijfsdebiets van Semtex stelselmatig en in substantiële mate afbreken en/of in strijd met hun uit art. 7:611 BW voortvloeiende verplichtingen hebben gehandeld. Het hof betreft daarbij, ten overvloede, dat de arbeidsovereenkomst van [verweersters] met Semtex geen concurrentiebeding of relatiebeding bevat. Nu volgens het hof niet aan de stelplicht is voldaan, komt men niet meer toe aan beoordeling van de vraag of het voldoende aannemelijk is dat er oneerlijke concurrentie of geen goed werknemerschap heeft plaatsgevonden. Subonderdeel Ie faalt mitsdien.

2.58 *Subonderdeel If* is gericht tegen rov. 6.5.14, waarin het hof als volgt heeft geoordeeld:

“Bij pleidooi heeft Semtex aangevoerd dat het volgens haar IT-manager onzin is dat het nodig was om bestanden naar het privé e-mailadres te sturen om er in te kunnen werken. Gelet op de andersluidende verklaringen van [verweersters] tijdens het door Semtex verzochte voorlopig getuigenverhoor heeft het hof tijdens het pleidooi gevraagd waarom deze IT-specialist destijds niet als getuige is gehoord. Semtex had daar geen verklaring voor. Het hof gaat daarom uit van de door [verweersters] gegeven verklaring voor sturen van de bestanden naar het privé e-mailadres.”

Het subonderdeel klaagt, zakelijk weergegeven, dat het hof aldus heeft miskend dat hetgeen Semtex ter onderbouwing van haar exhibitievordering heeft aangevoerd voldoende was om de exhibitie te gelasten, althans mee te wegen bij de beoordeling of aan [verweerster 1] een exhibitieplicht moet worden opgelegd (in het licht van de overige omstandigheden). In het subonderdeel wordt er daarbij op gewezen dat de IT-specialist de werkcomputer van [verweerster 1] na haar vertrek geheel leeggehaald aantrof nadat hij kort voor haar laatste werkdag in antwoord op haar vraag wat er met haar data zou gebeuren, had geantwoord die te zullen archiveren. Zichtbaar was, zo betoogt het subonderdeel, dat [verweerster 1] vanaf haar werk-pc per WeTransfer – een verzendfaciliteit met als kenmerk dat de bestanden na korte tijd vanzelf worden gewist – nog op de laatste werkdag de nodige bestanden naar haar privé-e-mailadres had gestuurd.⁸¹

2.59 In rov. 6.5.14 ligt (evenals in rov. 6.5.18) besloten dat het hof feitelijk heeft geoordeeld dat Semtex niet aan haar stelplicht heeft voldaan. Verder ziet het subonderdeel eraan voorbij dat de waardering van feiten en omstandigheden is voorbehouden aan de rechter die over de feiten oordeelt.

Subonderdeel If faalt derhalve.

⁸¹ Ter vergelijking wordt verwezen naar bijv. randnummers 4.6-4.9 van de inleidende dagvaarding en randnummers 4.32-4.38 van de memorie van grieven en randnummer 15 van de pleitaantekeningen van Semtex van 8 november 2018.

2.60 Volgens *onderdeel II* somt het hof in de bestreden rov. 6.5.9 de volgende door Semtex genoemde feiten en omstandigheden op, waarbij in het onderdeel de volgende aanduiding met letters wordt gehanteerd:

- a. Het is opvallend dat reeds enkele dagen nadat [verweerster 1] bij Semtex is vertrokken, haar partner [betrokkene 1] het merk [C] deponeert;
- b. Zijn verklaring dat hij van plan was zelf een casual kledinglijn voor volwassenen op de markt te brengen is ongeloofwaardig;
- c. Het logo van [C] moet wel door [verweerster 1] zijn ontworpen, nog tijdens het dienstverband van Semtex;
- d. In 2013 was bij Semtex sprake van een stijging van de monstercosten en dat moet wel het gevolg zijn van het feit dat [verweersters] voor zichzelf monsters lieten maken om een vliegende start met [C] te kunnen maken;
- e. Ook [...] een e-mail van [verweerster 2] aan een fabrikant enkele dagen na het vertrek van [verweerster 1] waarin [verweerster 2] vraagt een pakket naar haar adres in China te sturen ziet op voorbereidingshandelingen van [verweerster 2] en [verweerster 1];
- f. Datzelfde geldt voor [de] in mei 2013 door een aantal studenten, waaronder de zus van [verweerster 2], uitgevoerde bedrijfsanalyse;
- g. Semtex wijst verder op de e-mail van [verweerster 1] van 17 september 2013 waarbij zij via WeTransfer vier bestanden naar haar privé-adres stuurt;
- h. Die gegevens had [verweerster 1] niet nodig om, zoals zij verklaarde, ouders van modellen te kunnen bedanken. De vraag is wat zij dan met die gegevens moest;
- i. Volgens de externe IT-specialist van Semtex is het onzin dat, zoals [verweersters] verklaarden, het nodig was om data van Semtex naar hun privé-adressen te sturen;
- j. Ook heeft deze IT-specialist aan Semtex laten weten dat de e-mailbox en het bureaublad van [verweersters] leeg waren toen zij waren vertrokken;
- k. Verder staat vast dat [verweerster 2] tijdens een reis voor Semtex naar China voor zichzelf en de webshop van haar zus drie truien heeft gekocht;
- l. [verweerster 1] wilde meer tijd aan haar gezin besteden en [verweerster 2] wilde studeren, maar toch startten [verweersters] binnen enkele maanden met een concurrerend kledingmerk en kwamen zij zo'n half jaar later met een volledige collectie. Dat dient goed voorbereid te zijn en daarmee moeten zij al bezig zijn geweest tijdens hun dienstverband bij Semtex;
- m. De collectie [C] is volgens een afnemer van Semtex een 'copy-paste' van de collectie van Semtex;
- n. Dit sluit aan bij het feit dat [C] in oktober 2014 aan een fabrikant in China een kledingstuk van Semtex stuurt met de vraag om de stijl hetzelfde te laten zijn;

o. [betrokkene 2] heeft verklaard dat voor zover hij [weet,] het logo van [C] is ontworpen door '[verweerster 2] en haar collega';

p. Ook verklaart hij dat sprake was van grote paniek bij [verweersters] toen hij begin 2014 zijn projectplan voor [C] per abuis naar het e-mailadres bij Semtex verstuurde. Semtex vraagt zich af waarom van paniek sprake was als er niets aan de hand is.

2.61 Het onderdeel klaagt vervolgens dat het hof geen (kenbare) aandacht besteedt aan de onder b, c, h, l, m en o genoemde stellingen en daarmee hetzij miskent dat bij de beoordeling of de exhibitievordering (art. 843a Rv) voor toewijzing in aanmerking komt alle omstandigheden van het concrete geval in aanmerking moeten worden genomen, hetzij zijn oordeel niet (voldoende) begrijpelijk heeft gemotiveerd.

Het onderdeel voert daartoe aan dat de nader aangeduide stellingen ieder voor zich een aanwijzing vormen voor de gestelde onrechtmatige daad met het oog waarop Semtex de vordering als bedoeld in art. 843 a Rv heeft ingesteld. Over de reeds binnen een half jaar na vertrek bij Semtex door [D] gepresenteerde collectie (van een omvang waarvoor de voor beslaglegging geïnstrueerde deurwaarder circa 700 foto's heeft moeten maken) wees Semtex bijvoorbeeld op de onmogelijkheid op zo korte termijn een dergelijke collectie te creëren. Daarvoor is volgens het onderdeel een jaar nodig.⁸² Ter (nadere) onderbouwing van de door Semtex aangevoerde ongeloofwaardigheid van de verklaring van de partner van [verweerster 1], [betrokkene 1], wees zij erop dat hij, [betrokkene 1], werkzaam is in een geheel ander segment van de markt, geen achtergrond heeft op het terrein van kinderkleding, en nooit betrokken is geweest bij of enige ervaring heeft opgedaan met het opzetten van een kledingmerk.⁸³ Het hof laat volgens het onderdeel bovendien enkele door Semtex ter onderbouwing van haar vordering aangedragen stellingen onbesproken, zoals de gestelde incongruentie tussen de mededeling van [verweerster 1] te willen stoppen met werken om zich aan haar gezin te kunnen wijden en de verzending op de laatste daadwerkelijke werkdag van de PR planning met een zeer gedetailleerde jaarplanning voor de collectie, de 'fotoshoots' en onder meer de 'look books' aan haar privé-e-mailadres.⁸⁴

2.62 Vaste rechtspraak is dat de rechter niet steeds alle door een partij aangedragen stellingen

⁸² Ter vergelijking wordt verwezen naar randnummer 15 van de pleitaantekeningen van Semtex van 8 november 2018.

⁸³ Ter vergelijking wordt wederom verwezen naar randnummer 15 van de pleitaantekeningen van Semtex van 8 november 2018.

⁸⁴ Ter vergelijking wordt wederom verwezen naar randnummer 15 van de pleitaantekeningen van Semtex van 8 november 2018.

uitdrukkelijk in zijn motivering hoeft te betrekken,⁸⁵ tenzij sprake is van een essentiële stelling.⁸⁶ Criterium daarbij is of de stelling relevant is voor de aangevallen overweging en tevens verder van zodanig gewicht is dat het tot een andere beslissing kan leiden.⁸⁷ In het middel zal moeten worden uiteengezet dat en waarom een stelling een essentiële stelling is.

2.63 Voor zover het onderdeel klaagt dat het hof heeft miskend dat het bij de beoordeling van de inzagevordering alle omstandigheden van het concrete geval in aanmerking moet nemen, gaat het uit van een verkeerde lezing van het arrest. Ik verwijs ook naar hetgeen in het kader van de behandeling van subonderdelen Ic en Id is opgemerkt. De klacht dat het hof geen (kenbare) aandacht heeft besteed aan de hierboven (onder 2.60) onder b, c, h, l, m en o genoemde stellingen, kan evenmin tot cassatie leiden, nu de rechter niet steeds alle door een partij aangedragen stellingen uitdrukkelijk in zijn motivering hoeft te betrekken en in het middel niet duidelijk wordt gemaakt waarom de desbetreffende stellingen zouden kunnen leiden tot een ander oordeel van het hof. Het onderdeel betoogt slechts dat deze stellingen ieder voor zich een aanwijzing vormen voor de gestelde onrechtmatige daad met het oog waarop Semtex de vordering als bedoeld in art. 843 a Rv heeft ingesteld.

2.64 Onderdeel II kan derhalve niet tot cassatie leiden.

2.65 *Onderdeel III*, dat een voortbouwklacht bevat, slaagt in het voetspoor van het slagen van de subonderdelen Ia en Ib.

2.66 *Onderdeel IV* bevat geen klacht.

3 Conclusie

De conclusie strekt tot vernietiging van het arrest van het gerechtshof 's-Hertogenbosch van 4 december 2018 en tot verwijzing.

⁸⁵ Zie A.E.H. van der Voort Maarschalk & A. Knigge, in: Van der Wiel (red.), *Cassatie* 2019/43 onder verwijzing naar o.a. HR 1 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1200, NJ 2015/234 (Stokke e.a./Hauck), rov. 3.1. Zie ook Asser *Procesrecht/Korthals Altes & Groen* 7 2015/188, onder verwijzing naar vaste jurisprudentie, onder meer HR 9 april 1954, NJ 1954/268; HR 18 oktober 1961, NJ 1963/78; HR 13 december 1968, NJ 1969/114; HR 29 maart 1974, NJ 1975/117; HR 25 november 1977, NJ 1978/331 en HR 22 oktober 1982, NJ 1983/34.

⁸⁶ Zie W.D.H. Asser, *Civiele cassatie*, 2018, p. 43. Asser verwijst naar de conclusie van A-G Langemeijer vóór HR 5 november 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN6254, RvdW 2010/1334 (art. 81 RO), onder 2.6, waar hij het een regel noemt dat slechts essentiële stellingen behandeling behoeven, dat wil zeggen: stellingen die, indien juist, tot een andere beslissing omtrent toe- of afwijzing van de vordering kunnen leiden. Zie ook B.T.M. van der Wiel, in: Van der Wiel (red.), *Cassatie* 2019/116. Van der Wiel haalt instemmend Feteris aan die concludeert dat bijlakens de rechtspraak van de Hoge Raad voor cassatie op grond van een motiveringsgebrek nodig maar ook voldoende is dat een reële kans bestaat op een andere uitkomst in de verwijzingsprocedure (M.W.C. Feteris, *Beroep in cassatie in belasting-zaken*, 2014, p. 137-138).

⁸⁷ B.T.M. van der Wiel, in: Van der Wiel (red.), *Cassatie* 2019/116 onder verwijzing naar o.a. Asser *Procesrecht/Korthals Altes & Groen* 7 2015/188.

Hoge Raad:

1 Procesverloop

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar:

a. het vonnis in de zaak C/01/285673/HA ZA 14-811 van de rechtbank Oost-Brabant van 26 augustus 2015;

b. het arrest in de zaak 200.188.277/01 van het gerechtshof 's-Hertogenbosch van 4 december 2018. Semtex heeft tegen het arrest van het hof beroep in cassatie ingesteld.

[verweersters] hebben een verweerschrift tot verwerping ingediend.

De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten en voor Semtex mede door T. E. Deenik.

De conclusie van de Advocaat-Generaal E.M. Wesseling-van Gent strekt tot vernietiging van het arrest van het gerechtshof 's-Hertogenbosch van 4 december 2018 en tot verwijzing.

De advocaat van [verweersters] heeft schriftelijk op die conclusie gereageerd.

2 Uitgangspunten en feiten

2.1 In deze zaak is aan de orde of bij de beoordeling van een vordering tot inzage, afschrift of uittreksel op de voet van art. 843a Rv, ook in andere zaken dan die betreffende intellectuele eigendomsrechten of bedrijfsgeheimen als maatstaf geldt dat het bestaan van de rechtsbetrekking (de onderliggende vordering) voldoende aannemelijk moet zijn.

2.2 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) Semtex ontwerpt en verkoopt kinderklleding onder de naam Retour Denim Deluxe dan wel Retour Jeans. De kleding wordt geproduceerd in Azië.

(ii) [verweerster 1] is van 1 oktober 2006 tot 1 oktober 2013 in dienst geweest bij Semtex, laatstelijk in de functie van senior productmanager/hoofd-inkoopster.

(iii) [verweerster 2] is van 12 mei 2009 tot 1 december 2013 in dienst geweest bij Semtex. [verweerster 2] hield zich bezig met de ontwerpen voor de meisjescollectie.

(iv) In de arbeidsovereenkomsten van [verweersters] was een geheimhoudingsbeding opgenomen en een verbod op nevenwerkzaamheden. Een concurrentie- of relatiebeding was daarin niet opgenomen.

(v) Op 11 augustus 2013 heeft [verweerster 1] haar arbeidsovereenkomst met Semtex opgezegd tegen 1 oktober 2013. Rekening houdend met nog resterende vakantiedagen was haar laatste werkdag 18 september 2013.

(vi) Op 17 september 2013 heeft [verweerster 1] via WeTransfer vanuit haar mailbox bij Semtex vier bestanden naar haar privé emailadres verzonden.

(vii) Op 22 september 2013 heeft de partner van [verweerster 1] bij het Benelux Bureau voor Intellectuele Eigendom het woord/beeldmerk '[C]' geregistreerd voor onder meer kleding.

(viii) Eind november 2013 heeft [verweerster 1] de vennootschap [D] B.V. (hierna: [D]) opgericht. Daarnaast zijn nog enkele andere vennootschappen opgericht.

(ix) [verweerster 2] heeft haar arbeidsovereenkomst met Semtex bij brief van 27 oktober 2013 opgezegd tegen 1 december 2013.

(x) Op 1 januari 2014 is [verweerster 2] bij [D] in dienst getreden.

(xi) [verweersters] ontwerpen en verhandelen kinderkleding binnen [D] onder het merk [C].

(xii) Op 14 augustus 2014 heeft Semtex, na daartoe verkregen verlof, ten laste van onder meer [verweerster 1], [verweerster 2] en [D], op het adres van het bedrijfspand van [D] conservatoir bewijsbeslag (hierna: het bewijsbeslag) doen leggen op:

“mogelijke relevante digitale bestanden zich bevindende op de in het bedrijfspand aanwezige computers (...), welke data zijn gekopieerd op een usb;

digitale foto's van mogelijke relevante documenten uit de administratie en van mogelijke relevante kledingstukken, moodboards, kleurkaarten, stoffen, proefstukken, prototype etc.”

(xiii) De in beslag genomen bestanden zijn aan een deurwaarder in gerechtelijke bewaring gegeven.

2.3 Semtex vordert in dit geding, voor zover in cassatie van belang, op de voet van de art. 843a Rv en art. 1019a Rv inzage in en afschrift van een aantal door het bewijsbeslag getroffen bescheiden, althans benoeming van een onafhankelijke derde om de inzage uit te voeren. Volgens Semtex hebben [verweersters] in strijd gehandeld met verplichtingen uit hun arbeidsovereenkomst en hebben zij onrechtmatig jegens haar gehandeld door oneerlijk te concurreren.

2.4 De rechtbank heeft de vorderingen afgewezen.

2.5 Het hof heeft het vonnis van de rechtbank bekrachtigd. Daartoe heeft het, samengevat en voor zover in cassatie van belang, het volgende overwogen.

Degene die inzage, afgifte of uittreksel van bewijsmateriaal verlangt, dient zodanige feiten en omstandigheden te stellen en met reeds voorhanden bewijsmateriaal te onderbouwen, dat de gestelde onrechtmatigheid/inbreuk voldoende aannemelijk is.

De vraag wat in het kader van een vordering uit hoofde van art. 843a Rv respectievelijk artikel 1019a Rv als een 'voldoende' mate van aannemelijkheid kan worden beschouwd, kan niet in algemene zin worden beantwoord. Het komt steeds aan op een waardering van de stellingen en verweren van partijen en de overtuigingskracht van het eventueel reeds overgelegde bewijsmateriaal. Daarbij is uitgangspunt dat niet behoeft te zijn voldaan aan de mate van aannemelijkheid die is vereist voor toewijzing in kort geding van een op (dreigend) onrechtmatig handelen c.q. een (dreigende) inbreuk gebaseerde (verbodsvordering (HR 13 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3304 (NJ 2016/491, m.nt. Ch. Gielen; *red.*); HR 9 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2834 (NJ 2017/22; *red.*); HR 28 sep-

tember 2018, ECLI:NL:HR:2018:1775 (NJ 2019/70, m.nt. Ch. Gielen; *red.*)). (rov. 6.5.5)

Semtex heeft geen grief gericht tegen het oordeel van de rechtbank dat Semtex onvoldoende heeft onderbouwd dat zij IE-rechten heeft waarop [verweersters] inbreuk zouden hebben gemaakt en ook in hoger beroep heeft zij onvoldoende concreet onderbouwd aangevoerd dat zij IE-rechten heeft waarop [verweersters] inbreuk maken. Het hof komt daarom niet toe aan de vraag of in het kader van deze exhibitievordering een inbreuk op IE-rechten voldoende aannemelijk is geworden. (rov. 6.5.7 en 6.5.8)

Semtex heeft in het licht van de gemotiveerde betwisting door [verweersters] onvoldoende feiten en omstandigheden gesteld, en het reeds voorhanden bewijsmateriaal is van onvoldoende onderbouwend gewicht, om te concluderen dat voldoende aannemelijk is dat [verweersters] hun in hun arbeidsovereenkomst met Semtex opgenomen nevenwerkzaamheden- en geheimhoudingsbeding hebben geschonden. (rov. 6.5.11-6.5.17)

De grondslagen oneerlijke concurrentie en handelen in strijd met goed werknemerschap kunnen evenmin tot toewijzing van de exhibitievordering leiden. Semtex heeft onvoldoende concreet gesteld dat en waarom [verweersters], gebruikmakend van de bij Semtex opgedane kennis en gegevens, het duurzame bedrijfsdebiets van Semtex stelselmatig en in substantiële mate afbreken en/of in strijd met hun uit artikel 7:611 BW voortvloeiende verplichtingen hebben gehandeld. Ten overvloede geldt dat de rechtbank terecht heeft overwogen dat het [verweersters] in beginsel is toegestaan om jegens Semtex concurrerende werkzaamheden te verrichten en zaken te doen met relaties van Semtex en daarbij gebruik te maken van de kennis, ervaring en persoonlijke goodwill die zij bij Semtex hebben opgedaan, nu hun arbeidsovereenkomst met Semtex geen concurrentiebeding en ook geen relatiebeding bevat. (rov. 6.5.18)

Het is duidelijk dat Semtex niet gelukkig is met het vertrek van [verweersters] en met het feit dat zij een concurrerend bedrijf hebben opgezet. Semtex vermoedt dat [verweersters] al tijdens hun dienstverband met Semtex bezig zijn geweest met het opzetten van een concurrerend bedrijf in kinderkleding. Dat vermoeden is, afgaande op de feiten en omstandigheden die Semtex heeft geschetst, op het eerste gezicht misschien voorstelbaar. [verweersters] hebben die feiten en omstandigheden echter deels betwist en deels verklaard. Dat Semtex die verklaringen niet gelooft moge zo zijn, maar is op zichzelf onvoldoende voor een recht van Semtex op inzage in en afschrift van vele bescheiden uit de bedrijfsadministratie van [D]. Wat Semtex daarnaast heeft aangevoerd is onvoldoende om de gestelde schending van bedingen uit de arbeidsovereenkomst en van IE-rechten dan wel de gestelde oneerlijke concurrentie in zodanige mate als aannemelijk te kwalificeren dat dat tot toewijzing van de gevorderde exhibitie moet leiden. Het komt erop neer dat

Semtex vermoedt dat in de bedrijfsadministratie van [D] digitale gegevens zijn te vinden waarvan Semtex vermoedt dat die steun kunnen geven aan haar stellingen. Daarvoor is artikel 843a Rv niet geschreven. (rov. 6.6.1)

3 Beoordeling van het middel

3.1.1 Onderdeel la van het middel klaagt dat het hof de maatstaf die in IE-zaken geldt bij de beoordeling van een vordering tot inzage of afschrift, te weten dat de gestelde inbreuk op een IE-recht voldoende aannemelijk moet zijn, ten onrechte ook aanlegt in deze niet-IE-zaak. Door van Semtex te verlangen dat zij de gestelde schending van verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst en het gestelde onrechtmatige handelen voldoende aannemelijk maakt, stelt het hof volgens het onderdeel te zware eisen aan toewijsbaarheid van een vordering op de voet van art. 843a Rv.

3.1.2 Art. 843a lid 1 Rv bepaalt dat hij die daarbij rechtmatig belang heeft, op zijn kosten inzage, afschrift of uittreksel kan vorderen van bepaalde bescheiden aangaande een rechtsbetrekking waarin hij of zijn rechtsvoorgangers partij zijn, van degene die deze bescheiden te zijner beschikking of onder zijn berusting heeft. In dit geding berust de rechtsbetrekking die Semtex aan haar vordering tot inzage ten grondslag heeft gelegd, voor zover in cassatie van belang, ten eerste op een tekortkoming door [verweersters] in de nakoming van hun verplichtingen uit hun (inmiddels beëindigde) arbeidsovereenkomsten met Semtex en ten tweede op een onrechtmatige daad van [verweersters], bestaande in het oneerlijk beconcurreren van Semtex.

3.1.3 In de zaken *AIB/Novisem* en *Synthon/Astellas* heeft de Hoge Raad in het kader van een inbreuk op een recht van intellectuele eigendom een maatstaf gegeven voor het aannemen van het bestaan van een rechtsbetrekking als bedoeld in art. 1019a Rv in verbinding met art. 843a Rv.¹ Die maatstaf houdt in dat degene die inzage, afschrift of uittreksel van bewijsmateriaal verlangt, zodanige feiten en omstandigheden moet stellen en met eventueel reeds voorhanden bewijsmateriaal moet onderbouwen, dat voldoende aannemelijk is dat inbreuk op een recht van intellectuele eigendom is of dreigt te worden gemaakt. In de zaak *Organik/Dow* heeft de Hoge Raad geoordeeld dat die maatstaf zich ook leent voor toepassing op een rechtsbetrekking die voortvloeit uit het onrechtmatig verkrijgen en gebruiken van bedrijfsgeheimen, alhoewel de art. 1019 e.v. Rv daarop niet van toepassing zijn.²

3.1.4 Ook buiten het terrein van inbreuk op intellectuele eigendomsrechten en het onrechtmatig verkrijgen en gebruiken van bedrijfsgeheimen heeft als maatstaf voor de beoordeling van een vordering

op de voet van art. 843a Rv te gelden dat het bestaan van de rechtsbetrekking waarop de vordering ziet, voldoende aannemelijk moet zijn. Die maatstaf stelt de rechter in staat een evenwicht te vinden tussen het belang van eiser of verzoeker om de waarheid te kunnen achterhalen en zijn bewijspositie te versterken, en het belang van verweerder om geen vertrouwelijke informatie prijs te hoeven geven en om verschoond te blijven van de ingrijpende maatregel die exhibitie niet zelden is. Die maatstaf biedt de rechter voorts voldoende ruimte om rekening te houden met de aard van het onderliggende geschil en de overige omstandigheden van het geval, waaronder de omvang van de gevorderde exhibitie en de mogelijkheid om het bestaan van de gestelde vordering met andere bewijsmiddelen te onderbouwen. Degene die inzage, afschrift of uittreksel van bewijsmateriaal verlangt om een door hem vermoede tekortkoming of onrechtmatige daad te kunnen aantonen, zal derhalve gemotiveerd zodanige feiten en omstandigheden dienen te stellen en met eventueel reeds voorhanden bewijsmateriaal moeten onderbouwen, dat voldoende aannemelijk is dat die tekortkoming of onrechtmatige daad zich heeft voorgedaan of dreigt voor te doen.

3.1.5 Overeenkomstig de hiervoor in 3.1.3 bedoelde arresten geldt voorts dat de vraag wat in het kader van een vordering uit hoofde van art. 843a Rv bij een gestelde tekortkoming of onrechtmatige daad als een 'voldoende' mate van aannemelijkheid kan worden beschouwd, niet in algemene zin kan worden beantwoord. Het komt steeds aan op een waardering van de stellingen en verweren van partijen en de overtuigingskracht van het eventueel reeds overgelegde bewijsmateriaal. Daarbij is enerzijds uitgangspunt dat niet behoeft te zijn voldaan aan de mate van aannemelijkheid die is vereist voor toewijzing in kort geding van een op (dreigend) tekortschieten of onrechtmatig handelen gebaseerde (ge- of verbods)vordering of vordering tot schadevergoeding; anderzijds dienen aan de mate van aannemelijkheid van de gestelde tekortkoming of onrechtmatige daad bij de beoordeling van een inzagevordering hogere eisen te worden gesteld dan bij de beoordeling van een verzoek tot het in beslag mogen nemen van bewijsmateriaal.³

3.1.6 Uit het voorgaande volgt dat het hof de juiste maatstaf heeft aangelegd. Onderdeel la is derhalve tevergeefs voorgesteld.

3.2 De overige klachten van het middel kunnen evenmin tot cassatie leiden. De Hoge Raad hoeft niet te motiveren waarom hij tot dit oordeel is gekomen. Bij de beoordeling van deze klachten is het namelijk niet nodig om antwoord te geven op vragen die van belang zijn voor de eenheid of de ontwikkeling van het recht (zie art. 81 lid 1 RO).

¹ HR 13 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3304 (NJ 2016/491, m.nt. Ch. Gielen; red.) (*AIB/Novisem*), rov. 4.1.5, en HR 9 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2834 (NJ 2017/22; red.) (*Synthon/Astellas*), rov. 3.2.1-3.2.2.

² HR 28 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1775 (NJ 2019/70, m.nt. Ch. Gielen; red.) (*Organik/Dow*), rov. 5.1.3.

³ Vgl. HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ9958 (NJ 2014/455, m.nt. H.B. Krans; red.) (*Molenbeek Invest/Begeer c.s.*), rov. 3.6.1 en 3.7.1, en HR 13 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3304 (NJ 2016/491, m.nt. Ch. Gielen; red.) (*AIB/Novisem*), rov. 4.1.6.

4 *Beslissing*

De Hoge Raad:

- verwerpt het beroep;
- veroordeelt Semtex in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van [verweersters] begroot op € 407,34 aan verschotten en € 2.200 voor salaris, vermeerderd met de wettelijke rente over deze kosten indien Semtex deze niet binnen veertien dagen na heden heeft voldaan.

Noot

1. Een partij die daarbij rechtmatig belang heeft kan exhibitie in de zin van art. 843a Rv vorderen van bepaalde bescheiden aangaande een rechtsbetrekking waarin zij of haar rechtsvoorgangers partij zijn. Wat is nodig om te kunnen spreken van een rechtsbetrekking als bedoeld in art. 843a Rv?

2. Verweersters in cassatie zijn beiden in dienst bij een bedrijf dat kinderkleding ontwerpt en verkoopt. Hun arbeidsovereenkomsten bevatten een geheimhoudingsbepaling, maar geen concurrentie- of relatiebeding. In 2013 nemen zij beiden ontslag. Eén van hen stuurt vier bestanden vanuit haar mailbox bij het bedrijf naar haar privé e-mailadres en richt een vennootschap (D) op. De ander treedt bij haar in dienst. Ze ontwerpen en verhandelen kinderkleding. Hun voormalige werkgever legt in 2014, na verkregen verlof, ten laste van beide voormalige werknemers en D op het adres van D conservatoir bewijsbeslag op diverse mogelijk relevante digitale bestanden en foto's. De bestanden worden aan een deurwaarder in bewaring gegeven.

3. In deze procedure draait het in cassatie om de vordering van de beslaglegger tot inzage in en afschrift van een aantal door het bewijsbeslag getroffen bestanden, althans benoeming van een onafhankelijke derde om de inzage uit te voeren. De voormalige werkgever stelt dat de voormalige werknemers in strijd hebben gehandeld met hun verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst en onrechtmatig jegens haar hebben gehandeld door oneerlijk te concurreren.

4. Hoeveel zekerheid over de gestelde normschending is nodig om inzage te verkrijgen krachtens art. 843a Rv? De Hoge Raad heeft meer dan eens geoordeeld over de maatstaf voor het aannemen van een dergelijke rechtsbetrekking in zaken betreffende intellectuele eigendom (art. 843a jo. art. 1019a Rv). Zo besliste de Hoge Raad in *AIB/Novisem* (HR 13 november 2015, NJ 2016/491, m.nt. Ch. Gielen) en *Synthon/Astellas* (HR 9 december 2016, NJ 2017/22) dat de degene die inzage, afschrift of uittreksel van bewijsmateriaal verlangt zodanige feiten en omstandigheden moet stellen en met eventueel reeds voorhanden bewijsmateriaal moet onderbouwen, dat voldoende aannemelijk is dat een inbreuk op een recht van intellectuele eigendom is of dreigt te worden gemaakt.

5. Het hof heeft in bovenstaande zaak deze maatstaf ook gehanteerd en is tot de conclusie gekomen dat daaraan niet is voldaan. De voormalige

werkgever heeft te weinig gesteld om voldoende aannemelijk te maken dat de werknemers hun verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst hebben geschonden en/of dat sprake is van oneerlijke concurrentie of handelen in strijd met goed werknemerschap. Die werkgever vermoedt dat in de administratie van D digitale gegevens te vinden zijn die steun geven aan haar stellingen, maar daarvoor is art. 843a Rv niet bedoeld, zo is de kern van de motivering van het hof.

6. Geldt de maatstaf die de Hoge Raad eerder hanteerde voor zaken op het terrein van intellectuele eigendom ook voor zaken die geen intellectuele eigendom betreffen? Die vraag staat centraal in cassatie. De genoemde zaken *AIB/Novisem* en *Synthon/Astellas*, waarin de maatstaf is geformuleerd, betreffen intellectuele eigendom. In 2018 oordeelde de Hoge Raad in *Organik/Dow* (HR 28 september 2018, NJ 2019/70, m.nt. Ch. Gielen & A.I.M. van Mierlo) dat die maatstaf ook geldt voor rechtsbetrekkingen die voortvloeien uit het onrechtmatig verkrijgen en gebruiken van bedrijfsgeheimen. Daarmee won de maatstaf in die zin terrein dat duidelijk werd dat haar toepassing niet beperkt was tot het bereik van de wettelijke regeling van Titel 15 van het derde Boek van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering ('Van rechtspleging in zaken betreffende intellectuele eigendom').

7. In bovenstaand arrest trekt de Hoge Raad die lijn door. Voor een vordering op de voet van art. 843a Rv moet het bestaan van een rechtsbetrekking als bedoeld in die bepaling voldoende aannemelijk zijn, ook buiten het terrein van zaken over intellectuele eigendom en het onrechtmatig verkrijgen en gebruiken van bedrijfsgeheimen (r.o. 3.1.4).

8. Daarmee beslist de Hoge Raad op een punt waarover in de parlementaire bescheiden omtrent art. 843a Rv geen duidelijkheid was te vinden. De literatuur tot aan dit arrest was niet eenduidig. J. Kelmans (Efficiënt gebruik en beoordeling van inzagevorderingen na HR 13 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3304 (*AIB/Novisem*)), *NTBR* 2016/7, par. 3.4) wees erop dat ook in niet-IE-zaken een evenwicht moet worden gevonden tussen efficiënte procesvoering en de wens het geschil te beslechten op een juiste feitelijke grondslag en dat niet valt in te zien waarom dat evenwicht voor IE-zaken anders zou zijn dan voor andere zaken. Ook J.R. Sijmonsma (Het inzagerecht en art. 843a Rv nader gezien, *TvPP* 2019/4, p. 108 en 109) kwam na *AIB/Novisem* gemotiveerd tot de conclusie dat ook in andere gevallen 'voldoende aannemelijk' de maatstaf is om vast te stellen of voldoende sprake is van een rechtsbetrekking in de zin van art. 843a Rv. Anderzijds stelde W.J.G. Maas (*BIE* 2018/34, p. 268) de vraag of de andere gevallen voldoende gelijkenis vertonen met de zaken waarop de regeling van art. 1019 e.v. Rv van toepassing is. In haar conclusie voor dit arrest sub 2.38 noemt A-G Wesseling-van Gent een derde optie: de maatstaf van *AIB/Novisem* geldt buiten het IE-recht alleen als de rechtsbetrekking voortvloeit uit het onrechtmatig verkrijgen en gebruiken van bedrijfsgeheimen.

9. De Hoge Raad kiest er dus voor de maatstaf van voldoende aannemelijkheid ook in andere zaken dan IE-zaken en zaken over het onrechtmatig verkrijgen en gebruiken van bedrijfsgeheimen toe te passen. Met deze keuze wijkt de Hoge Raad af van het in juni 2020 ingediende voorstel voor de Wet vereenvoudiging en modernisering bewijsrecht (*Kamerstukken* 35498). Volgens dat voorstel zal art. 194 Rv een regeling bevatten over het inzagerecht. Voor inzage is krachtens die bepaling onder meer nodig dat degene die informatie verlangt partij is bij een rechtsbetrekking. In de Memorie van Toelichting bij het (toen nog) conceptwetsvoorstel werd (op p. 26/27) opgemerkt dat deze rechtsbetrekking niet hoeft vast te staan en dat juist inzet van het exhibitieverzoek kan zijn om vast te kunnen stellen of een rechtsbetrekking bestaat. Over juist dat aspect heeft de Hoge Raad in het kader van de internetconsultatie in zijn advies betreffende dat conceptwetsvoorstel vragen gesteld. De Hoge Raad heeft er daarbij op gewezen dat hij eerder heeft beslist dat het bestaan van die rechtsbetrekking (de onrechtmatige daad) op basis van het voorhanden bewijsmateriaal voldoende aannemelijk moet zijn en dat het conceptwetsvoorstel de vraag oproept of dat conceptwetsvoorstel deze drempel afwijkt voor niet-IE-zaken (advies Hoge Raad consultatie wetsvoorstel modernisering bewijsrecht d.d. 22 augustus 2018, raadpleegbaar als bijlage bij de Memorie van Toelichting op het ingediende wetsvoorstel, *Kamerstukken* 35498, nr. 3, sub 19).

10. In de Memorie van Toelichting op het wetsvoorstel dat in 2020 bij het parlement is ingediend schrijft de Minister (op p. 47) 'naar aanleiding van enkele consultatiereacties' dat de partij die om inzage verzoekt, niet eerst voldoende aannemelijk hoeft te maken dat zij een vorderingsrecht heeft, zoals in zaken van intellectuele eigendom (IE-zaken) is vereist. Die eis hangt volgens de minister samen met dat specifieke rechtsgebied en art. 1019a dat de implementatie vormt van art. 6 van de Handhavingsrichtlijn (Richtlijn 2004/48/EG, *PbEG* 2004, L 195/16). Het wetsvoorstel koerst dus welbewust op een ander regime voor IE-zaken dan niet-IE-zaken.

11. De Hoge Raad besliste dus eerder over de maatstaf voor IE-zaken, vroeg in het kader van internetconsultatie aandacht voor het toepasselijke regime in niet-IE-zaken, heeft kennis kunnen nemen van de reactie van de wetgever op zijn vragen en beslist in bovenstaande zaak dus anders dan in het wetsvoorstel wordt voorgesteld: voor niet-IE-zaken geldt de maatstaf die ook voor IE-zaken geldt. De Hoge Raad motiveert die keuze met een beroep op het evenwicht dat de rechter aldus kan vinden tussen de belangen van eiser of verzoeker en verweerder (r.o. 3.1.4). Aan de kant van zowel verweerder als eiser (of verzoeker) noemt de Hoge Raad twee belangen die aldus in de weegschaal kunnen worden gelegd. Aan de zijde van eiser of verzoeker weegt het belang om de waarheid te kunnen achterhalen en zijn bewijspositie te versterken. Aan de zijde van de verweerder weegt het belang om geen

vertrouwelijke informatie prijs te geven en om verschoond te blijven van de ingrijpende maatregelen die exhibitie niet zelden is. De Hoge Raad noemt in deze beslissing de regel van het ingediende voorstel niet met zoveel woorden. De Hoge Raad expliceert ook niet waarom van het wetsvoorstel wordt afgeweken.

12. Gedachte is vermoedelijk dat niet goed valt in te zien waarom er voor niet-IE-zaken een andere maatstaf zou moeten gelden dan voor IE-zaken. De Richtlijn handhaving IE-rechten heeft geleid tot de invoering van een aparte titel in Boek 3 Rv inzake rechtspleging in IE-zaken. De Europese achtergrond van die regeling verklaart afwijkingen van het IE-procesrecht ten opzichte van het algemene civiel procesrecht. Dat wil echter niet zeggen dat verschillen ook te rechtvaardigen zijn. Vermoedelijk is het 'gewoon' de gelijkschakeling die de Hoge Raad hier doorslaggevend acht wat betreft bedoeld element van het inzagerecht. Interessant in dit verband is dat de Hoge Raad in het genoemde arrest *AIB/Novisem* uit de Memorie van Toelichting (*Kamerstukken* 30392) op de Wet tot aanpassing van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en andere wetten ter uitvoering van de Handhavingsrichtlijn afleidt dat de wetgever van oordeel is dat art. 843a Rv, voor zover het gaat om in die bepaling bedoelde bescheiden, al in de door art. 6 van de richtlijn voorgeschreven bescherming voorziet (r.o. 4.1.4; waarover Ekelmans, *NTBR* 2016/7, par. 3.4.).

13. Tegelijkertijd is er ook wel een en ander tegen de beslissing in bovenstaand arrest aan te voeren. A-G Wesseling-van Gent acht het in haar doorwrochte conclusie (sub 2.43) voor de partij die inzage verzoekt een te zware maatstaf om een rechtsbetrekking voldoende aannemelijk te maken indien de inzagevordering er juist toe strekt te achterhalen of er een rechtsbetrekking is. Indien het bewijs voor de wanprestatie, onrechtmatige daad of inbreuk op bedrijfsgeheimen niet compleet is, is het, zoals Maas (Nederlands bewijsbeslag in rechtsvergelijkend perspectief, diss. VU, 2021, p. 191) opmerkt, niet vanzelfsprekend dat de inzagevordering zal slagen.

14. Het bestaan van de rechtsbetrekking waarop de vordering ziet, moet met deze beslissing in elk geval voldoende aannemelijk zijn (r.o. 3.1.4). Wat als voldoende aannemelijk kan worden beschouwd is niet in algemene zin te beantwoorden. Voor voldoende aannemelijkheid hoeft niet voldaan te zijn aan de maatstaf die geldt voor toewijzing in kort geding van een op een tekortschieten of onrechtmatige daad gebaseerde vordering (r.o. 3.1.5 en eerder in *AIB/Novisem*, r.o. 4.1.5).

15. Bij de beoordeling van een inzagevordering moeten echter hogere eisen worden gesteld dan bij de beoordeling van een verzoek tot het in beslag mogen nemen van bewijsmateriaal (r.o. 3.1.5). Dat sluit aan bij hetgeen de Hoge Raad eerder overwoog in *AIB/Novisem* (r.o. 4.1.6). Voor het leggen van bewijsbeslag ligt de drempel dus lager dan voor inzage. Bewijsbeslag geeft nog geen recht op inzage, zo

overwoog de Hoge Raad in zijn arrest van 13 september 2014, NJ 2014/455, m.nt. H.B. Krans, r.o. 3.6.2. Bovenstaande zaak illustreert dit ook: het gaat hier immers om een vordering tot inzage van een aantal door bewijsbeslag getroffen bescheiden.

16. De Hoge Raad benoemt wel enkele omstandigheden die relevant zijn voor het oordeel over de vraag of voldoende aannemelijk is dat de tekortkoming of de onrechtmatige daad zich heeft voorgedaan of dreigt voor te doen: de aard van het onderliggende geschil, de omvang van de gevorderde exhibitie en de mogelijkheid om het bestaan van de gestelde vordering met andere bewijsmaterialen te onderbouwen. Laatstgenoemde omstandigheid is geen onbekende in exhibitieland. Ze oogt begrijpelijk. Als het bewijs ook anders geleverd kan worden, weegt dat mee. Tegenwerping zou kunnen zijn dat niet prompt duidelijk is waarom het horen van getuigen de voorkeur verdient boven inzage. Getuigenverhoren kunnen het proces vertragen, zijn kostbaarder en minder efficiënt. Toch is het goed dat de eventuele optie om het bewijs anderszins te leveren gewicht in de schaal legt. Een exhibitie kan ingrijpend zijn en als het minder ingrijpend kan, is dat relevant. Bovendien is het geen strijk en zet dat meewegen altijd betekent dat getuigenverklaringen zwaarder wegen. Tot slot kan ook ander bewijs dan getuigenbewijs een alternatief zijn voor de exhibitie.

17. Na dit arrest en het aantreden van de huidige regering is de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel weer voortgezet. In de Nota naar aanleiding van het Verslag (nr. 6) van juni 2022 wordt aandacht besteed aan het voorgestelde art. 194 (over het inzagerecht) in verband met de Algemene verordening gegevensbescherming. In de Nota van wijziging (nr. 7), eveneens van juni 2022, wordt wel een wijziging van het derde lid van art. 194 voorgesteld, maar die wijziging houdt verband met de inwerkingtreding per 1 mei 2022 van de Wet open overheid. De materiële vereisten voor toewijzing van de inzagevordering worden niet gewijzigd in de voorgestelde bepaling. In geen van deze twee Kamerstukken is aandacht besteed aan het element van het inzagerecht dat in deze uitspraak centraal staat. Indien het wetsvoorstel tot wet verwordt en het hier relevante punt niet (alsnog) wijzigt hoeft een partij niet eerst voldoende aannemelijk te maken dat zij een vordering heeft. Behoort bovenstaande uitspraak alsdan tot het terrein van de rechtshistorie? Nu de minister in de Memorie van Toelichting bij het voorstel, als hiervoor sub 10 vermeld, heeft opgemerkt dat de partij die om inzage verzoekt niet eerst aannemelijk hoeft te maken dat zij een vorderingsrecht heeft, zou dat kunnen. Indien het wetsvoorstel het Staatsblad haalt is echter ook denkbaar dat het in de praktijk aldus uitpakt dat ook bezien wordt of voldoende aannemelijk is dat een partij een vordering heeft. Het in het voorstel vereiste van voldoende belang zou daarvoor een kapstok kunnen zijn (A.F. Veldhuis en J. Mink, *JIN* 2020, p. 1378).

18. Het zou wat mij betreft goed zijn als in het resterende parlementaire traject van dit wetsvoorstel aandacht aan dit specifieke punt wordt besteed. Een snelle blik via de zoekmachine van rechtspraak.nl leert dat in juli 2022 in 42 van de op die website gepubliceerde uitspraken van rechtbanken en gerechtshoven expliciet naar het bovenstaande arrest wordt verwezen. De rechtspraak in feitelijke instanties heeft de maatstaf van bovenstaande uitspraak dus prompt op ruime schaal omarmd. Het onderstreept maar weer eens het belang van de materie. Vorderingen tot inzage kunnen zowel belangrijk als ingrijpend zijn. Zo helder mogelijk houvast bij de beoordeling daarvan verdient aanbeveling.

19. Hoe de regeling er onder dat vernieuwde bewijsrecht dan uit moet zien? Met Elkmans (*MvV* 2020-11, p. 384/385) denk ik dat het aanbeveling verdient om de lijn die de Hoge Raad in dit arrest uiteenzet onderdeel te maken van het nieuwe bewijsrecht en dus te verdisconteren in het wetsvoorstel. De hiervoor sub 13 en 14 genoemde tegenargumenten zijn serieus, maar de maatstaf die de Hoge Raad thans formuleert biedt mijns inziens voldoende houvast voor rechters, geeft redelijke opties tot maatwerk en voorkomt discrepantie tussen zaken die wel en geen intellectuele eigendom betreffen.

H.B. Krans

NJ 2022/289

HOGE RAAD (CIVIELE KAMER)

11 februari 2022, nr. 21/00765

(Mrs. G. de Groot, M.V. Polak, T.H. Tanja-van den Broek, F.J.P. Lock, A.E.B. ter Heide; A-G mr. T. Hartlief)
m.nt. V.P.G. de Serièrè*

Art. 31 Derde Levensrichtlijn; art. 3:33, 3:35, 6:2, 6:162, 6:228, 6:238 lid 2, art. 6:248 BW

NJB 2022/468

RvdW 2022/214

Ondernemingsrecht 2022/58

JONDR 2022/305

ECLI:NL:HR:2022:166

ECLI:NL:PHR:2021:973

Prejudiciële beslissing op voet art. 392 Rv. Verzekeringsrecht. Overeenkomstenrecht. Beleggingsverzekeringen; naar maatstaven van burgerlijk recht bestaande verplichting tot verstrekken aanvullende gegevens naast door art. 31 lid 3 Derde Levensrichtlijn verlangde gegevens; HvJ EU 29 april 2015, NJ 2016/352; taak rechter.

De rechtsverhouding tussen een verzekeraar die een beleggingsverzekering aanbiedt aan, dan wel sluit of heeft gesloten met, een wederpartij (de verzekeringne-

* Mr. V.P.G. de Serièrè is advocaat te Amsterdam.