

Bewijs versus geheim in het aansprakelijkheidscontentieux

Benoit Allemeersch¹ en Wannes Vandenbussche²

Inleiding	1058
I. Het zakengeheim	1058
A. Het begrip zakengeheim	1058
1. Definitie	1058
2. Constitutieve elementen	1059
3. Aflijning ten opzichte van beroepsgeheim	1060
B. De grondslag van het zakengeheim	1061
1. De erkenning van het zakengeheim onder invloed van Europa	1061
2. De juridische grondslag van het zakengeheim	1062
C. De spanning tussen de bescherming van het zakengeheim en andere elementaire beginselen	1063
1. De elementaire procesrechtelijke beginselen	1063
(i) Verplichting tot loyale medewerking aan de bewijsvoering	1063
(ii) Het recht op bewijs	1064
(iii) Het recht op tegenspraak	1064
(iv) Het minimum aan vertrouwen tussen rechtzoekenden	1065
2. Een belangenafweging is noodzakelijk	1065
3. Invloed van de aard van de procedure	1065
II. De modaliteiten van de proces- en bewijsrechtelijke behandeling van het zakengeheim	1066
1. Het beginsel: het cassatiearrest van 2 november 2012	1066
(i) Voorgaanden	1066
(ii) De analyse van het arrest	1067
1° Het recht op tegenspraak	1067
2° De bescherming van het zakengeheim	1068
(iii) Het belang van de context	1070
2. De problematiek van de gedwongen overlegging van vertrouwelijke stukken	1070
(i) De weigering omwille van de bescherming van het zakengeheim	1071
(ii) De “gemoduleerde” overlegging van stukken	1071
3. De problematiek van de vrijwillige voorlegging van vertrouwelijke stukken	1072
III. Confidentialiteitsafspraken	1074
1. Gedwongen overlegging op bevel van de rechter	1074
2. Vrijwillige voorlegging door een derde	1075
3. Vrijwillige voorlegging door een contractspartij	1075
Conclusie	1077

SAMENVATTING

Naar aanleiding van het arrest van het Hof van Cassatie van 2 november 2012 en enkele recente arresten van de hoven van beroep kunnen we vaststellen dat het recht op de bescherming van vertrouwelijke informatie definitief ingang heeft gevonden in de burgerlijke rechtspleging. Deze bijdrage gaat specifiek in op de proces- en bewijsrechtelijke benadering van commercieel gevoelige informatie in aansprakelijkheidsprocedures. In een eerste deel onderzoeken we de draagwijdte van de bescherming van het zakengeheim en de gevolgen daarvan voor de bewijsvoering. In een tweede deel worden de confidentialiteitsbedingen en confidentialiteitsovereenkomsten onder de loep genomen.

¹ Prof. dr., Instituut voor Gerechtelijk Recht, KU Leuven.

² Aspirant FWO-Vlaanderen, Instituut voor Verbintenissenrecht, KU Leuven.

RÉSUMÉ

A l'occasion de l'arrêt de la Cour de cassation du 2 novembre 2012 et de quelques arrêts récents des cours d'appel, on peut constater que le droit à la protection de l'information confidentielle a finalement fait son entrée dans la procédure civile. Cette contribution traite de l'approche procédurale et probante de l'information confidentielle dans les actions en responsabilité civile. Dans une première partie, on examine l'importance de la protection du secret d'affaires et ses conséquences sur le plan de l'administration de la preuve. Dans une deuxième partie, on analyse les clauses et conventions de confidentialité.

INLEIDING

1. Gedurende de laatste jaren zijn er heel wat geheimen uit ons recht verdwenen. Een zo groot mogelijke transparantie is nu het streefdoel op elk gebied. Zo zorgt de regelgeving over de openbaarheid van bestuur ervoor dat de overheid bijna elk document met de burgers moet delen. Een ander voorbeeld is de *corporate governance*-wetgeving, die verwacht dat een onderneming openlijk communiceert over de verloning en bonussen van zijn management. Recent werden de Franse ministers zelfs gedwongen om een lijst te publiceren waarin ze hun miljoenen aan bezittingen openbaar maakten.

Toch hebben nog niet alle geheimen in het recht zich moeten prijsgeven. In het proces- en bewijsrecht blijft de vraag naar het gebruik van vertrouwelijke informatie bijzonder actueel. Wanneer er in een procedure commercieel gevoelige informatie in het geding blijkt te zijn, weten vaak noch de partijen noch de rechter exact hoe ze daarmee moeten omgaan. In ieder geval wil geen enkele partij zijn geheimen zonder meer en onvoorwaardelijk vrijgeven.

2. In een eerste deel onderzoeken we de draagwijdte van de bescherming van het zakengeheim in het Belgisch recht. Hoewel er geen cijfers of empirisch onderzoek over bestaan, leeft bij rechtspractici het gevoel dat het zakengeheim aan belang aan het winnen is. Waar het in 1978 nog werd afgedaan als “*een vage en onduidelijke notie die men in het licht van de feitelijke omstandigheden moet appreciëren, maar die geenszins een passieve houding van de verwerende partij*

kan rechtvaardigen”³, erkende het Hof van Cassatie op 2 november 2012 voor het eerst dat het legitiem is om in de bewijsgaring rekening te houden met vertrouwelijkheidsproblemen en daarbij een zekere beperking van het recht op tegenspraak op te leggen⁴.

In dit deel gaan we ook op zoek naar de juridische grondslag van het principe en bestuderen we de andere beginselen waarmee het zakengeheim in spanning komt en hoe met die spanning moet worden omgegaan.

In een tweede deel concentreren we ons op de modaliteiten van de proces- en bewijsrechtelijke behandeling van het zakengeheim. Daarbij ligt de focus op het deskundigenonderzoek, wat enigszins logisch is, aangezien de rechter bij ingewikkelde aansprakelijkheidsprocedures heel courant tot de aanstelling van een deskundige overgaat. Vervolgens besteden we onze aandacht aan de problematiek van de gedwongen respectievelijk vrijwillige overlegging van vertrouwelijke stukken.

In een derde deel gaan we in op confidentialiteitsafspraken, die heel courant zijn in handelszaken. Ze komen voor in de vorm van een confidentialiteitsclausule dan wel een afzonderlijke geheimhoudingsovereenkomst (‘NDA’). Vaak worden ze gesloten door partijen om hun zakengeheimen nog extra te beschermen. In dat verband rijst de vraag of een dergelijke afspraak ook het gebruik in rechte van de beoogde informatie of stukken kan uitsluiten en zich langs die weg ook aan de rechter kan opdringen.

I. HET ZAKENGEHEIM

A. Het begrip zakengeheim

1. Definitie

3. Een wettelijke omschrijving van het begrip zakengeheim (‘*secret d'affaires*’, soms ook ‘*secret commercial*’) is

in het Belgisch recht niet voorhanden. Sommigen concluderen dat het zakengeheim dus een containerbegrip is dat verschillend moet worden ingevuld naar gelang de specifieke regel die in de bescherming ervan voorziet⁵. De Europese Commissie is in een mededeling omtrent de toegang tot mededingingsrechtelijke gegevens echter wel overgegaan

³. Kh. Luik 3 februari 1978, *RCJB* 1979, 455, noot E. CEREXHE.

⁴. Cass. 2 november 2012, *Pas.* 2012, 2092, *JT* 2013, 174, noot E. DE LOPHEM, *TBO* 2013, 84, noot T. TOREMANS en F. DUPON en *P&B* 2013, 53.

⁵. S. DE RIDDER, “Overheidsopdrachten, zakengeheim en vertrouwelijke stukken en de Raad van State: de leemte is niet meer” in P. FOUBERT, C. DECLERCK en A. OOMS (eds.), *Geheimen in het recht*, Antwerpen, Intersentia, 2011, (131) 132 en J. DEBIÈVRE, “De bescherming van het zakengeheim voor de Raad van State in geschillen inzake overheidsopdrachten” (noot onder RvS 24 juni 2008, nr. 184.598, *NV Siemens*), *RW* 2009-10, (839) 840, nr. 4.

tot het formuleren van een algemene definitie: “Voor zover het vrijgeven van informatie over bedrijfsactiviteiten van een onderneming diezelfde onderneming ernstig kan schaden, vormen die gegevens bedrijfsgeheimen.”⁶ De definitie van de aanbeveling is gelijkaardig aan die van het Gerecht van de Europese Unie, namelijk “inlichtingen waarvan niet enkel de openbaarmaking aan het publiek, maar ook de enkele overlegging aan een ander rechtssubject dan dat waarvan de inlichting afkomstig is, de belangen van laatstbedoeld subject ernstig kan schaden”⁷.

In navolging van wat ALLEMEERSCH in een eerdere bijdrage geargumenteed heeft, is het allicht ook nuttig om in die definitie een wilslement of, zo men wil, een element van ‘bestemming’ op te nemen. Die wil moet bovendien legitiem zijn, want informatie over criminele activiteiten zou niet gerechtvaardigd als confidentieel mogen worden beschouwd. In die optiek zouden we zakengeheim kunnen omschrijven als volgt: “Zakengeheim is bedrijfsinformatie die de onderneming beschouwt als confidentieel in hoofde van de houder en waarvan de bekendmaking aan derden de onderneming ernstige commerciële of financiële schade zou toebrengen.”⁸

2. Constitutieve elementen

4. Eerder dan het formuleren van een algemene definitie, gaat de rechtspraak over tot het opsommen van enkele constitutieve elementen die kenmerkend zijn voor het zakengeheim. Zo bepaalde de rechtbank van koophandel te Brussel reeds in 1908 dat “*les éléments constitutifs du secret sont les suivants: l’information doit être secrète, elle doit être relative à un aspect commercial de l’entreprise, elle doit avoir une valeur économique pour l’entreprise, et lui donner un avantage concurrentiel*”⁹.

5. In de eerste plaats moet de informatie geheim zijn. Het is niet vereist dat de informatie ‘volstrekt geheim’ is, want het is voldoende dat de informatie ter kennis is van een afge-

bakende groep personen (bv. het verkoopteam en het management). Daarmee is natuurlijk niet gezegd dat wie zich wil beroepen op het zakengeheim precies moet kunnen opsommen wie van die geheimen kennis heeft, zolang men maar aannemelijk kan maken dat het om een beperkt aantal mensen gaat. Allicht zal dit vaak gebeuren op basis van vermoedens¹⁰.

Ten tweede moeten de gegevens commercieel van aard zijn. Ze kunnen onder meer betrekking hebben op commerciële strategie, klantenlijsten, doelgroepen, specialisaties van het personeel, prijsbeleid en marges, aankooprijzen, financiële situatie, enz.¹¹. Het woord commercieel moet ruim worden begrepen en omvat niet alleen louter verkoopgerelateerde informatie, maar ook financiële, operationele, administratieve en technische informatie¹². In dat verband rijst de vraag of we het zakengeheim niet moeten uitbreiden tot ‘alles wat de onderneming niet wenst bekend te maken’ (zoals bv. ook de agenda van een CEO). O.i. is dat toch iets te breed en moet de voorwaarde van het commerciële karakter behouden blijven. Daarvoor vinden we steun in een recente studie over ‘*trade secrets*’, uitgevoerd op vraag van de Europese Commissie, waarbij men onder het zakengeheim technische knowhow en commerciële informatie laat ressorteren¹³. Onze zienswijze wordt ook bevestigd door een recent vonnis van de rechtbank van koophandel te Brussel, dat bepaalt dat het zakengeheim niet alleen betrekking heeft op de prijs of op zuiver financiële cijfers, maar dat bijvoorbeeld ook de berekeningsformules die eraan gelinkt zijn of ervan gebruikmaken er onder kunnen vallen. De specifieke kalenderdata die zijn opgenomen in een overeenkomst tussen de betrokken onderneming en een derde, worden echter niet weerhouden als vertrouwelijke informatie¹⁴.

Daarnaast moet de informatie ook een zekere economische waarde voor de onderneming hebben¹⁵. Het levert haar een concurrentieel voordeel op en de bekendmaking ervan zou de onderneming schade kunnen berokkenen¹⁶. Het feit dat de informatie omwille van haar geheim karakter een economi-

6. Mededeling van de Commissie betreffende de regels voor toegang tot het dossier van de Commissie overeenkomstig de artikelen 81 en 82 van het EG-Verdrag, *Pb. L.* 22 december 2005, afl. 325, 7, nr. 18.

7. Ger. EG, T-353/94, *Postbank NV / Commissie, Jur.* 1996, II, 921, par. 87 en Ger. EG, T-198/03, *Bank Austria Creditanstalt AG / Commissie, Jur.* 2006, II, 1429, par. 30.

8. B. ALLEMEERSCH, “Zakengeheim in burgerlijk proces en bewijs” in B. ALLEMEERSCH, K. ANDRIES, G.-L. BALLON, K. DE SCHEPPER, D. D’HOOGHE, N. KIEKENS en F. VERBRUGGEN, *Zakengeheim*, Brugge, die Keure, 2012, (1) 6.

9. Kh. Brussel 30 januari 1908, *JCB* 1908, 153.

10. B. ALLEMEERSCH, “Zakengeheim in burgerlijk proces en bewijs” in B. ALLEMEERSCH *et al.*, *Zakengeheim*, Brugge, die Keure, 2012, (1) 6.

11. Zie o.a. Voorz. Kh. Hasselt 24 januari 1997, *Computerr.* 1997, 107 (bevoorradsingsbron en inkooprijzen); Luik 25 juni 1998, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging* 1998, 246 (aankooprijzen); Brussel 29 september 2006, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging* 2006, 896 (uitbetaalde commissiebijdragen en werkingskosten) en Brussel 10 januari 2008, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging* 2008, 460, nr. 13 (lijst van personeelsleden die overheidsopdracht uitvoeren).

12. J.-P. BUYLE, “Le secret des affaires: du droit à l’intimité au secret professionnel” in X (ed.), *Liber Amicorum Guy Horsmans*, Brussel, Bruylant, 2004, (93) 122.

13. HOGAN LOVELLS INTERNATIONAL LLP, *Report on Trade Secrets for the European Commission*, ec.europa.eu/internal_market/iprenforcement/docs/trade/Study_Trade_Secrets_en.pdf (consultatie 15 juli 2013), 5.

14. Kh. Brussel 3 december 2009, nr. A/08/05692, *onuitg.*, 8.

15. *Contra* Bergen 15 april 2009, *JLMB* 2009, 2864, waarin het hof insinueert dat het zakengeheim enkel de bescherming van een cliënt van de bank betreft.

16. S. JOCHEMS, “De bescherming van het zakengeheim erkend door het Grondwettelijk Hof” (noot onder GwH 19 september 2007), *RABG* 2008, (389) 390.

sche waarde heeft, is ook te lezen in artikel 39, tweede lid van de TRIPS-overeenkomst, die handelt over de bescherming van ‘undisclosed information’¹⁷.

Ten slotte moet de betrokken onderneming of handelaar de wil hebben om de informatie niet publiek bekend te maken. Dit is wat bedoeld wordt met de term confidencieel. Het moet duidelijk zijn dat discretie verwacht wordt van diegene die de informatie aanhoudt, ongeacht zijn positie binnen de onderneming en ongeacht diens wettelijk (arbeidsrechtelijk) statuut. Die wilsuïting kan expliciet gebeuren, bijvoorbeeld door een confidentialiteitsovereenkomst af te sluiten, door een confidentialiteitsclausule op te nemen in een arbeids- of andere overeenkomst, door een protocol op te stellen over omgang met gevoelige informatie, door instructies te geven, enz. De wilsuïting kan ook impliciet zijn, bijvoorbeeld wanneer het vanzelfsprekend is dat de informatie niet zomaar mag worden vrijgegeven¹⁸.

6. De voorgaande constitutieve elementen houden wel het risico in van een ‘instrumentalisatie’ van het zakengeheim. Een onderneming kan immers een zakengeheim creëren wanneer ze dat zelf wil. De verwerende partij is bijvoorbeeld niet steeds gebaat met het vlot verloop van een deskundigenonderzoek en kan in de verleiding komen om de bescherming van vermeende confidencieële informatie in te roepen, enkel en alleen om de procedure te bemoeilijken en te vertragen. Daarom is het van belang dat een partij zich tijdig beroept op de bescherming van zijn zakengeheimen, in de mate van het mogelijke reeds in de fase vóór de aanstelling van een deskundige (het weze in kort geding, het weze ten gronde) en dit om evidente proceseconomische redenen¹⁹. Die verplichting kan gekaderd worden in de toegenomen aandacht voor de responsabilisering van de procespartijen. Partijen moeten immers niet alleen rekening houden met hun eigen belangen, maar ook met de legitieme belangen van hun tegenpartij en van het processysteem²⁰. Bijgevolg werkt een procespartij die de bescherming van bepaalde

vertrouwelijke informatie laattijdig inroept niet loyaal mee aan de procesvoering en mag zij daar nadien niet voor beloofd worden in de vorm van een obstructie van de procesgang²¹.

3. Aflijning ten opzichte van beroepsgeheim

7. Het beroepsgeheim heeft in de Belgische wetgeving evenmin een uitdrukkelijke grondslag of algemene omschrijving²². Artikel 458 Sw. bepaalt enkel dat wanneer diegenen die uit hoofde van hun staat of beroep kennis dragen van geheimen die hun zijn toevertrouwd, deze bekendmaken buiten het geval van een getuigenis of een andere wettelijke uitzondering, strafbaar zijn²³. Dat betekent dus dat in geval van beroepsgeheim de vertrouwelijke informatie wordt toevertrouwd aan mensen in hoofde van hun functie, terwijl dat bij zakengeheim niet steeds het geval is. Anderzijds is het niet uitgesloten dat in welomschreven gevallen een bepaald zakengeheim ook beantwoordt aan de voorwaarden om als beroepsgeheim te gelden. Zo bijvoorbeeld zijn de bedrijfsrevisor, de externe accountant, de externe belastingconsulent en de externe boekhouder gehouden tot het beroepsgeheim²⁴, en ontvangen zij soms informatie van hun klanten die door deze laatsten beschouwd worden als zakengeheim. In die omstandigheden is het denkbaar dat iemand die dergelijk beroep uitoefent strafrechtelijk wordt vervolgd voor het bekendmaken van een zakengeheim²⁵.

8. In de context van de uitwisseling van vertrouwelijke informatie tussen bedrijfsjuristen en de onderneming bij wie ze in dienst zijn, heeft het hof van beroep te Brussel in een recent arrest van 5 maart 2013 besloten dat de Belgische mededingingsautoriteit de adviezen van bedrijfsjuristen niet in beslag mag nemen in het kader van haar onderzoeksbevoegdheden²⁶. Wel oordeelde het hof dat het beroepsgeheim van een bedrijfsjurist in de zin van artikel 458 Sw. op zichzelf geen rechtvaardiging vormt voor de onbeslagbaarheid

17. Art. 39, lid 2 Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (Annex 1C of the Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, signed in Marrakesh, Morocco on 15 April 1994).

18. B. ALLEMEERSCH, “Zakengeheim in burgerlijk proces en bewijs” in B. ALLEMEERSCH *et al.*, *Zakengeheim*, Brugge, die Keure, 2012, (1) 7.

19. H. KEULERS, “De tegensprekelijkheid in het gerechtelijk deskundigenonderzoek versus de bescherming van bedrijfsgeheimen en knowhow: kunnen water en vuur verzoend worden?” in *Bestendig Handboek Deskundigenonderzoek*, Mechelen, Kluwer, 2012, losbl., III.8-9. Uiteraard kunnen we niet verwachten dat men altijd voorafgaand aan de expertise een probleem van vertrouwelijkheid kan inschatten. Soms duikt een zakengeheim onverwacht op, tijdens een deskundigenonderzoek in een oorspronkelijk niet-gevoelige materie. Bovendien is tijdens de fase van de uitwisseling van besluiten voorafgaand aan het vonnis met aanstelling van een deskundige dikwijls nog niet geweten of er een deskundige zal worden aangesteld, wat zijn opdracht zal zijn en welke stukken hij bij zijn onderzoek zal willen of moeten betrekken.

20. B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 596, nr. 17.

21. H. KEULERS, “De tegensprekelijkheid in het gerechtelijk deskundigenonderzoek versus de bescherming van bedrijfsgeheimen en knowhow: kunnen water en vuur verzoend worden?” in *Bestendig Handboek Deskundigenonderzoek*, Mechelen, Kluwer, 2012, losbl., III.8-10.

22. B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs. Een diepgaand en praktisch overzicht*, Gent, Story Publishers, 2012, 57-61; B. ALLEMEERSCH en P. SCHOLLEN, “Behoorlijk bewijs in burgerlijke zaken. Over de geoorloofde vereiste in het burgerlijk procesrecht”, *RW* 2002-03, (41) 41-42.

23. Zie B. ALLEMEERSCH, “Het toepassingsgebied van artikel 458 Strafwetboek. Over het succes van het beroepsgeheim en het geheim van het succes”, *RW* 2003-04, 1-19.

24. Art. 79 van de wet van 22 juli 1953 houdende oprichting van een Instituut van de Bedrijfsrevisoren en organisatie van het publiek toezicht op het beroep van bedrijfsrevisor, zoals gecoördineerd op 30 april 2007 en art. 58 van de wet van 22 april 1999 betreffende de boekhoudkundige en fiscale beroepen.

25. Zie bv. Cass. 22 februari 2011, *Pas.* 2011, 612 en *T. Strafr.* 2011, 346, noot B. MEGANCK.

26. Brussel 5 maart 2013, nr. 2011/MR/3, *onuitg.* Zie voor weergave J. BOCKEN, “Adviezen bedrijfsjuristen beschermd tegen Belgische mededingingsautoriteit”, *Juristenkrant* 2013, afl. 267, 1.

van de adviezen. Volgens het hof is het de wetgever zelf, die met de invoering van artikel 5 van de wet tot oprichting van een instituut voor bedrijfsjuristen²⁷ uitdrukkelijk geopteerd heeft voor het beginsel van vertrouwelijkheid van de adviezen van bedrijfsrevisoren. Het feit dat die beslissing met betrekking tot het Belgisch mededingingsrecht afwijkt van de Europese rechtspraak, vormt volgens het hof geen obstakel, aangezien het in beginsel om verschillende rechtsordes gaat. Binnen het bestek van deze bijdrage is de voornaamste conclusie dat het Brusselse hof van beroep, net zoals het Hof van Cassatie in zijn arrest van 2 november 2012 (*cf. infra*), in de civiele bewijscontext normatieve draagwijdte heeft verleend aan het concept vertrouwelijkheid van gevoelige informatie.

B. De grondslag van het zakengeheim

1. De erkenning van het zakengeheim onder invloed van Europa

9. Niet alleen ontbreekt er een wettelijke definitie van het zakengeheim, bovendien werd er gedurende lange tijd in geen enkele formele wetbepaling (noch in het Gerechtelijk Wetboek, noch in het oude Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, noch in het hoofdstuk Bewijs van het Burgerlijk Wetboek) ook maar met één woord over het zakengeheim gerept. Dat stond in schril contrast met het materieel recht, dat sinds lange tijd vertrouwd is met het concept en het in verschillende regels wettelijk verankerd heeft (zoals in art. 309 Sw. of art. 17 arbeidsovereenkomstenwet).

10. Recentelijk heeft het zakengeheim ook in het burgerlijk procesrecht zijn ingang gevonden. Dat is op twee manieren gebeurd onder invloed van het Europees recht. Op wetgevend vlak heeft de Belgische wetgever in 2007 in uitvoering van de Europese handhavingsrichtlijn 2004/48/EG in het Gerechtelijk Wetboek een Hoofdstuk XIX^{bis} ingevoegd dat in bijzondere rechtsplegingen inzake intellectuele rechten voorziet. In die vernieuwde regels over het beslag inzake namaak wordt thans, op last van de Europese wetgever, uitdrukkelijk voorzien in de bescherming van de vertrouwelijke informatie van de (rechts)persoon ten laste waarvan het onderzoek wordt uitgevoerd. Het lijkt geen twijfel dat de wetgever hier specifiek de zakengeheimen op het oog had. Hoewel het toepassingsgebied van deze bijzondere regels beperkt is tot het beslag inzake namaak, kan men daaruit in ieder geval afleiden dat de wetgever de bescherming van het zakengeheim erkent als een legitieme bekommernis wanneer de burgerlijke rechten en verplichtingen ter handhaving wor-

den voorgelegd aan de rechter. Er ligt dan ook geen reden voor waarom die bekommernis ook in andere rechtsplegingen voor de burgerlijke rechtbanken niet aanwezig en legitiem zou kunnen zijn²⁸.

11. Daarnaast heeft het Europees Hof van Justitie reeds in 1986 in de zaak *Akzo Chemie* de bescherming van het zakengeheim als algemeen beginsel in het procedurerecht erkend. Het betrof een beroep tegen een beschikking van de Europese Commissie in het kader van een mededingingsrechtelijke vervolging waarbij de Commissie een derde partij, de oorspronkelijke klager die de kat de bel had aangebonden, inzage had gegeven in documenten die volgens de verweerende partij bedrijfsgeheimen bevatten. Het Hof oordeelde in deze precedentszaak dat de toen geldende reglementaire bepalingen omtrent de bekendmaking van bepaalde procedurele documenten “*een heel bijzondere bescherming*” van zakengeheimen waarborgden en te beschouwen waren “*als de uitdrukking van een algemeen beginsel dat gedurende de gehele administratieve procedure van toepassing is*”²⁹.

12. Na het *Akzo Chemie*-arrest volgden er nog een aantal precedentes op Europees niveau die meer gedetailleerde regels en afspraken hebben uitgewerkt ter bescherming van het zakengeheim. Daarbij zijn er in het bijzonder twee arresten vermeldenswaardig, omdat ze tegen de Belgische Staat werden uitgesproken. In 2008 moest het Hof van Justitie uitspraak doen over een prejudiciële vraag van de Raad van State in het aanbestedingsrechtelijk geschil tussen de onderneming Varec en de Belgische Staat³⁰. Daarin antwoordde het Hof eerst en vooral dat de instantie die instaat voor beroepsprocedures tegen de aanbestedingsbeslissing “*de vertrouwelijkheid en het recht op eerbiediging van zakengeheimen moet waarborgen met betrekking tot de informatie die is vervaardigd door de betrokken partijen, in het bijzonder door de aanbestedende dienst, aan haar overgelegde dossiers*”. Het voegde eraan toe dat de instantie zelf dient te oordelen “*in welke mate en op welke wijze de vertrouwelijkheid en het geheime karakter van deze informatie moet worden gewaarborgd, rekening houdend met de vereisten van een effectieve rechtsbescherming en van de eerbiediging van het recht van verweer van de procespartijen en (...) met het vereiste dat de procedure op alle onderdelen het recht op een eerlijk proces eerbiedigt*”³¹.

Deze uitspraak vond echter plaats in een administratiefrechtelijke context, na een prejudiciële vraag door de Raad van State. Daarom is ook het arrest *Mobistar* het vermelden waard, omdat het Hof van Justitie daarin de principes houdende bescherming van het zakengeheim van toepassing

²⁷. Art. 5 wet 1 maart 2000 tot oprichting van een Instituut voor bedrijfsjuristen (*BS* 4 juli 2000, 23.252).

²⁸. B. ALLEMEERSCH, “Zakengeheim in burgerlijk proces en bewijs” in B. ALLEMEERSCH *et al.*, *Zakengeheim*, Brugge, die Keure, 2012, (1) 8.

²⁹. HvJ, C-53/85, *Akzo Chemie BV / Commissie*, *Jur.* 1986, 1965, nr. 28.

³⁰. De Raad van State stelde in diezelfde zaak ook een prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof. Het Hof bevestigde evenzeer dat rechtspersonen recht hebben op vertrouwelijke behandeling van hun zakengeheimen (GwH nr. 118/2007, 19 september 2007, *RABG* 2008, 382, noot S. JOCHEMS).

³¹. HvJ, C-450/06, *Varec / Belgische Staat*, *Jur.* 2008, I, 581, nr. 55.

verklaarde op een administratieve procedure die krachtens een hoger beroep gebracht werd voor een rechtscollege dat behoort tot de rechterlijke macht³². In deze zaak tegen de toenmalige Belgische toezichhouder van de telecomsector (BIPT) voor het hof van beroep te Brussel werden de principes die ontwikkeld waren voor de administratieve rechtscolleges dus overgeplant naar de rechterlijke macht in organieke zin (de hoven en rechtbanken). Op die manier raakte het hof van beroep te Brussel in de context van het regulatoire contentieux vertrouwd met het geven van waarborgen voor het zakengeheim, zodat het maar een kleine stap meer was om diezelfde logica daarna te beginnen te hanteren in louter burgerlijke betwistingen, zoals stakingsvorderingen in het kader van overheidsopdrachten of vorderingen tot schadevergoeding wegens vermeende mededingingsrechtelijke inbreuken³³.

2. De juridische grondslag van het zakengeheim

13. De meerderheid van de rechtspraak en rechtsleer beschouwt het recht op de bescherming van de persoonlijke levenssfeer (art. 8 EVRM) als de juridische grondslag voor de bescherming van het zakengeheim. Op Belgisch niveau voegt men daar artikel 22 van de Grondwet aan toe³⁴. Die grondslag is op het eerste gezicht wat bevreedend, zeker wanneer men de bewoordingen van die wetsbepalingen bestudeert, die het recht op privacy omschrijven als een bescherming van wat binnen de beslotenheid van het privéleven van particulieren gebeurt.

Nochtans was het het Europees Hof voor de Rechten van de Mens dat aan die teksten een ruimere draagwijdte heeft gegeven. In 1992 oordeelde het Hof al in het arrest *Niemietz* dat privacy ook het recht omvatte voor een individu om op professioneel en commercieel vlak relaties aan te knopen en te ontwikkelen³⁵. In 2002 hanteerde het in de zaak *Colas Est* een gelijkaardige redenering voor ondernemingen, namelijk dat de maatschappelijke zetel, het agentschap of de professionele lokalen van een rechtspersoon in bepaalde omstandigheden als zijn woning kunnen worden beschouwd³⁶.

Op basis van die rechtspraak overwoog het Grondwettelijk Hof expliciet dat “*het recht op de eerbiediging van het privéleven van de rechtspersonen de bescherming van hun zakengeheimen moest omvatten*”³⁷. Ook het Hof van Justitie legde (weliswaar minder uitdrukkelijk) de link tussen de voorgaande rechtspraak over de invulling van artikel 8 EVRM en de bescherming van het zakengeheim³⁸.

14. Die oplossing werd overwegend positief onthaald door de rechtsleer. JOCHEMS schreef zelfs dat de vertrouwelijke behandeling van het zakengeheim niet langer een algemeen rechtsbeginsel uitmaakte, maar voortaan gezien moest worden als een grondrecht in hoofde van zowel natuurlijke personen als ondernemingen³⁹. Voor die positie had hij nog een bijkomende grondslag, namelijk artikel 41 van het handvest van de grondrechten van de Europese Unie dat “*het recht van eenieder om toegang te krijgen tot het dossier hem betreffende, met inachtneming van het gerechtvaardigde belang van de vertrouwelijkheid en het beroeps- en het zakengeheim*” als een onderdeel van het recht van goed bestuur beschouwt⁴⁰. Andere auteurs hebben een gelijkaardige mening. Rechtspersonen moeten naast de handelingen die verplicht onderworpen zijn aan een wettelijke publiciteit, ook een interne werking kunnen hebben die ze niet met derden moeten delen en die geniet van het zakengeheim⁴¹. Toch staan sommigen ook kritisch ten opzichte van die zienswijze. Ze hebben het over de ‘mercantiliserende’ van artikel 8 EVRM en het gevaar van antropomorfisme (het toekennen van menselijke eigenschappen aan niet-menselijke gedaanten, *in casu* rechtspersonen)⁴².

15. Om aan die commentaren tegemoet te komen, stelde ALLEMEERSCH in een eerdere bijdrage een alternatieve grondslag voor, namelijk het recht op toegang tot de rechter en het algemene rechtsbeginsel houdende het recht van verdediging, beiden uitgedrukt in artikel 6 EVRM (het eerste impliciet, het tweede expliciet)⁴³. De bescherming van het zakengeheim garandeert immers dat een procespartij haar verdediging optimaal kan voeren, wat concreet betekent dat de betrokken partij zich moet kunnen bedienen van de vertrouwelijke informatie (of van de stukken waarin die ver-

³² HvJ, C-438/04, *Mobistar / BIPT*, *Jur.* 2006, I, 6675.

³³ Zie bv. Brussel 10 januari 2008, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging 2008*, 448; Brussel 29 juni 2009, *RW* 2012-13, 388; Brussel 30 juni 2010, *JLMB* 2011, 1181 en Brussel 1 maart 2011, *RW* 2012-13, 621.

³⁴ Uit de parlementaire voorbereiding van art. 22 Gw. blijkt dat de grondwetgever “een zo groot mogelijke concordantie heeft willen nastreven met artikel 8 EVRM, teneinde betwistingen over de inhoud van dat grondwetsartikel respectievelijk artikel 8 EVRM te vermijden” (*Parl.St.* Kamer 1992-93, nr. 997/5, 2).

³⁵ EHRM 16 december 1992, nr. 13710/88, *Niemietz / Duitsland*.

³⁶ EHRM 16 april 2002, nr. 37971/97, *Société Colas Est et autres / Frankrijk*.

³⁷ GwH nr. 118/2007, 19 september 2007, *RABG* 2008 382, overw. B.6.2.

³⁸ HvJ, C-450/06, *Varec / Belgische Staat*, *Jur.* 2008, I, 581, nr. 48.

³⁹ S. JOCHEMS, “De bescherming van het zakengeheim erkend door het Grondwettelijk Hof” (noot onder GwH nr. 118/2007, 19 september 2007), *RABG* 2008, (389) 390.

⁴⁰ De draagwijdte van die verdragsbepaling moet enigszins gerelativeerd worden, omdat het in beginsel slechts betrekking heeft op zaken die voor de instellingen en organen van de Unie worden behandeld.

⁴¹ D. MOUGENOT, “Le secret d'affaires et ses implications en droit judiciaire”, *P&B* 2009, (112) 112, met verwijzing naar DE PAGE en J.-P. MASSON.

⁴² J. MOULY, “Vie professionnelle et vie privée. De nouvelles rencontres sous l'égide de l'article 8 de la convention européenne” in F. SUDRE (ed.), *Le droit au respect de la vie privée au sens de la convention européenne des droits de l'homme*, Brussel, Bruylant, 2005, 302.

⁴³ B. ALLEMEERSCH, “Zakengeheim in burgerlijk proces en bewijs” in B. ALLEMEERSCH *et al.*, *Zakengeheim*, Brugge, die Keure, 2012, (1) 13.

trouwelijke informatie voorkomt) om haar stellingen te staven. Bij gebrek aan bescherming van het zakengeheim dreigt een onderneming te moeten kiezen tussen het risico op grote commerciële schade door de onthulling van de geheimen en het risico zijn rechten niet gehandhaafd te zien *c.q.* geen succesvol verweer te kunnen voeren. Het beginsel van het eerlijk proces (*fair trial*) – a fortiori het recht op toegang tot de rechter en het recht van verdediging die daarvan een afgeleide zijn – verzetten er zich tegen dat een partij voor dergelijke keuze geplaatst wordt.

In subsidiaire orde kan ook gedacht worden aan de ‘vrijheid van ondernemerschap’ als grondslag, die opgenomen is in artikel 16 van het handvest van de grondrechten van de Europese Unie⁴⁴. Dat grondrecht heeft geen equivalent in het EVRM en komt slechts sporadisch voor in de rechtspraak van het Hof van Justitie⁴⁵. Niettemin kan, rekening houdend met het grote belang van zakengeheimen voor de industrie en de technologische vooruitgang, geargumenteed worden dat een gebrek aan bescherming van vertrouwelijke informatie de vrijheid van ondernemerschap in het gedrang zou kunnen brengen.

C. De spanning tussen de bescherming van het zakengeheim en andere elementaire beginselen

1. De elementaire procesrechtelijke beginselen

16. De bescherming van het zakengeheim impliceert dat bepaalde proces- en bewijsrechtelijke regels moeten wijken of dat de gevolgen ervan worden verzacht (*cf. infra*). Daarom is het interessant om even stil te staan bij die beginselen en na te gaan waarom die precies in ‘conflict’ komen met de bescherming van het zakengeheim. Opmerkelijk is dat een aantal van die beginselen, net zoals het zakengeheim, eveneens gebaseerd kunnen worden op het recht op een eerlijk proces in de zin van artikel 6 EVRM.

(i) Verplichting tot loyale medewerking aan de bewijsvoering

17. Sinds de invoering van artikel 871 in het Gerechtelijk Wetboek leidt men af dat het beginsel van verplichte medewerking van partijen aan de bewijsvoering definitief ingang gevonden heeft in het Belgisch recht⁴⁶. Partijen moeten elkaar in een wederzijdse loyaliteit helpen tot het leveren van bewijs en kunnen zich niet langer afzijdig opstellen door te beweren dat de bewijslast rust op de tegenpartij⁴⁷. Dat is in het bijzonder het geval wanneer de bewijselementen in het bezit zijn van diegene die de regels inzake bewijslast beginsten en die partij dus het meest bewijsgeschikt is⁴⁸. Hoewel de algemene verplichting van loyale bewijsmedewerking van de partijen een breed draagvlak geniet⁴⁹, verzet een minderheid van de auteurs zich nog tegen die theorie op basis van de strikt legalistische benadering dat geen enkele proceswet die verplichting met zoveel woorden heeft voorgescreven⁵⁰.

De vraag rijst of het zakengeheim een uitzondering kan vormen op de verplichting tot medewerking aan de bewijsvoering. In 1978 toonde de rechtbank van koophandel te Luik zich weinig begripvol voor een partij die weigerde mee te werken aan de bewijsvoering omwille van de bescherming van bepaalde vertrouwelijke informatie. De rechtbank overwoog dat de passiviteit van een partij die ingegeven was door de bezorgdheid om haar zakengeheim te beschermen een belemmering vormde voor de goede werking van justitie en een legitieme reden was voor de rechter om over te gaan tot het omslaan van de kosten van het deskundigenonderzoek⁵¹. Het in verband brengen van de gerechtskosten met de medewerking van de partijen was zeker een originele oplossing, maar de precedentwaarde ervan moet toch in grote mate gerelativeerd worden.

Dat vonnis staat bovendien in contrast met een arrest van het hof van beroep te Brussel van 29 september 2006, waarin het hof wel oog had voor de bescherming van het zakengeheim

⁴⁴. Art. 16 handvest van de grondrechten van de Europese Unie, *Pb.L.* 18 februari 2000, afl. 364, 1.

⁴⁵. Zie bv. HvJ, C-70/10, *Scarlet Extended SA / Sabam*, voorlopig enkel te consulteren via www.curia.eu.

⁴⁶. Verslag VAN REEPINGHEN, *Parl.St.* Senaat 1963-64, nr. 60, 212.

⁴⁷. D. MOUGENOT, “Les incidents relatifs à la preuve” in X (ed.), *Droit judiciaire. Commentaire pratique*, Mechelen, Kluwer, losbl., VI.1.-2.4; D. MOUGENOT, “Chronique de jurisprudence. La preuve en matière civile (2002-2010)”, *JT* 2011, (593) 595 en S. RUTTEN, “Beginselen van behoorlijke bewijsvoering in het burgerlijk proces: enkele aandachtspunten” in A. DE BOECK, S. STIJNS en R. VAN RANSBEECK (eds.), *Het vermogensrechtelijk bewijsrecht vandaag en morgen*, Brugge, die Keure, 2008, (19) 36.

⁴⁸. B. ALLEMEERSCH, “Stand van zaken en recente ontwikkelingen op het vlak van bewijs in rechte” in P. VAN ORSHOVEN (ed.), *Themis Gerechtelijk Recht*, Brugge, die Keure, 2010, (35) 39. Over bewijsgeschiktheid, zie B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs. Een diepgaand en praktisch overzicht*, Gent, Story Publishers, 2012, 127; M. STORME, *De bewijslast in het Belgisch privaatrecht*, Gent, E.Story-Scientia, 1962, 183-184 en J. LAENENS, “Rechtscultuur en bewijs in civiele zaken” in R. DE CORTE (ed.), *Hulde aan prof. dr. Jean Laenens*, Antwerpen, Intersentia, 2008, (289) 294.

⁴⁹. B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 348; B. ALLEMEERSCH, “Stand van zaken en recente ontwikkelingen op het vlak van bewijs in rechte” in P. VAN ORSHOVEN (ed.), *Themis Gerechtelijk Recht*, Brugge, die Keure, 2010, (35) 39; D. MOUGENOT, *Droit des obligations. La preuve in Rép.not.*, IV, *Les obligations*, Brussel, Larcier, 2012, 119-121; A.R. DEKKERS, *Handboek Burgerlijk Recht*, III, *Verbintenissen – Bewijsleer – Gebruikelijke contracten*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 385; G. DE LEVAL, *Eléments de procédure civile*, Brussel, Larcier, 2003, 181; J. LAENENS, K. BROECKX, D. SCHEERS en P. THIRIAR, *Handboek gerechtelijk recht*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 535; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, t. II, Brugge, die Keure, 2009, 162, nr. 216; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. III, Brussel, Bruylant, 2010, 2262-2263 en N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, Brussel, Larcier, 1991, 46.

⁵⁰. B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs. Een diepgaand en praktisch overzicht*, Gent, Story Publishers, 2012, 127 en L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 212, nr. 175.

⁵¹. Kh. Luik 3 februari 1978, *RCJB* 1979, 455.

en oordeelde dat het principe van loyaleit in het jurisdictioneel debat niet impliceert dat een onderneming die ervan verdacht wordt gedrag aan te nemen dat strijdig is met het mededingingsrecht maar waartegen geen enkel rechtstreeks bewijs wordt aangebracht, de informatie die in haar bezit is en die de werkelijkheid van een ingeroepen feitelijke situatie kan aantonen, moet neerleggen in de debatten⁵².

(ii) Het recht op bewijs

18. Het recht op bewijs kan gedefinieerd worden als “een recht van elke procespartij om, enerzijds, de bewijzen waarover zij beschikt, voor te leggen en, anderzijds, te verzoeken dat de bewijzen waarover men nog niet beschikt, vergaard zouden worden aan de hand van de nodige onderzoeksmaatregelen”⁵³. Dit recht vloeit voort uit het algemene rechtsbeginsel van het recht van verdediging en uit artikel 6 EVRM, waarin het beginsel van wapengelijkheid vervat ligt⁵⁴. Op basis van het recht op bewijs mag de rechter bijvoorbeeld het feit dat een partij geen objectieve en consistente elementen aanreikt die het bestaan van de inbreuk bewijzen of objectief aannemelijk maken, niet in aanmerking nemen als een wettige grondslag om het verzoek tot het bevelen van een onderzoeksmaatregel af te wijzen, wanneer die maatregel precies tot doel heeft de ware toedracht na te gaan⁵⁵.

De bescherming van het zakengeheim kan een spanning opleveren met het recht op bewijs in tweevoudige zin. In de eerste plaats stelt zich de vraag of een partij zich mag bedienen van alle mogelijke rechten die zij in haar bezit heeft, daarbij inbegrepen deze die zij verworven heeft in strijd met het zakengeheim van een andere partij. Ten tweede rijst er een conflict wanneer een partij, die niet in het bezit is van de nodige bewijsstukken, de rechter verzoekt om onderzoeksmaatregelen te bevelen (overlegging van stukken, deskundigenonderzoek, ...) die het zakengeheim van de andere partij kunnen aantasten⁵⁶.

(iii) Het recht op tegenspraak

19. Hoewel de Belgische wetgever het recht op tegenspraak tijdens de gerechtelijke procedure in geen enkele wettekst heeft verankerd, doet dat gebrek aan codificatie geen afbreuk aan de gelding van het principe als algemeen rechtsbeginsel⁵⁷. De verplichting om procespartijen de mogelijkheid te bieden om kennis te nemen en tegenspraak te voeren over elk stuk of elk betoog dat van aard is het oordeel van de rechter te beïnvloeden, vloeit immers voort uit artikel 6 EVRM en het recht van verdediging⁵⁸. Dat betekent ook dat de rechter het zich niet kan veroorloven geheime initiatieven te nemen of de partijen in zijn vonnis te verrassen met een onverwacht ‘*fait accompli*’⁵⁹.

Recent is het recht op tegenspraak wel wettelijk verankerd met betrekking tot het gerechtelijk deskundigenonderzoek. Dat gebeurde in artikel 973, § 1, eerste lid Ger.W., dat bepaalt dat de rechter die het deskundigenonderzoek heeft bevolen of de daartoe aangewezen rechter het verloop van het onderzoek opvolgt en er met name op toeziet dat de termijnen worden nageleefd en dat de *tegenspraak* in acht wordt genomen. Vóór de invoering van artikel 973, § 1, eerste lid Ger.W. werd er immers aangenomen dat het beginsel van de tegenspraak, zoals gewaarborgd door de verdragsbepaling, slechts betrekking had op de fase voor de rechter en niet op een door de rechter bevolen deskundigenonderzoek⁶⁰. Bovendien bestond, zeker in ingewikkelde aansprakelijkheidsprocedures, de perceptie dat de tegenspraak steeds meer en meer verplaatst werd van een debat voor de rechter naar een debat voor de deskundige.

Het ligt voor de hand dat het recht op tegenspraak het diepst in conflict komt met de bescherming van het zakengeheim. Beide kunnen nu eenmaal niet samen gehonoreerd worden, omdat het toekennen van het ene sowieso een inbreuk betekent op het andere⁶¹. Wanneer een partij de bescherming van zijn zakengeheim inroept, betekent dat automatisch dat de

⁵² Brussel 29 september 2006, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging 2006*, 870. Zie ook B. GILLIS, “Het bewijs in geschillen van handelspraktijken”, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging 2008*, 768-769.

⁵³ B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 410, nr. 100 en D. MOUGENOT, *Droit des obligations. La preuve in Rép.not.*, IV, *Les obligations*, Brussel, Larcier, 2012, 70-71.

⁵⁴ Zie ook G. GOUBLEAUX, “Le droit à la preuve” in C. PERELMAN en P. FORIERS (eds.), *La preuve en droit*, Brussel, Bruylant, 1981, 288 en W. VANDENBUSSCHE en I. SAMOY, “Uitkeringen tot onderhoud na echtscheiding en het recht op bewijs”, *TFam.* 2012, (152) 153.

⁵⁵ Cass. 20 januari 2003, *Arr.Cass.* 2003, 169, *Pas.* 2003, I, 143, *JTT* 2003, 265 en *RABG* 2004, 1192, noot P. VANLERSBERGHE; Cass. 10 februari 2010, *Pas.* 2010, I, 426, *RW* 2011-12, 613 en *JT* 2012, 94, noot D. CALLATAY en Cass. 15 juni 2012, *Pas.* 2012, I, 1370 en *JLMB* 2013, 342.

⁵⁶ D. MOUGENOT, “Le secret des affaires et ses implications en droit judiciaire”, *P&B* 2009, (112) 114.

⁵⁷ A. SMETS, *Het recht op tegenspraak in civiele geschillen*, Brugge, die Keure, 2009, 4-6.

⁵⁸ Cass. 14 januari 2005, *Arr.Cass.* 2005, nr. 24. Zie ook H. BOULARBAH, *Le nouveau droit de l'expertise judiciaire*, Brussel, Larcier, 2010, 26, nr. 27; MOUGENOT, *Droit des obligations. La preuve in Rép.not.*, IV, *Les obligations*, Brussel, Larcier, 2012, 79 en E. BREWAEYS, “Zakengeheim verdraagt geen tegenspraak”, *Juristenkrant* 2013, afl. 269, 7.

⁵⁹ B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 345 en J. VAN DROOGHENBROECK, *Cassation et juridiction: iura dicit curia*, Brussel, Bruylant, 2004, 319.

⁶⁰ T. TOREMANS en F. DUPON, “Over de tegenspraak, de mededeling van stukken en de bescherming van het zakengeheim tijdens het gerechtelijk deskundigenonderzoek” (noot onder Cass. 2 november 2012), *TBO* 2013, (85) 86. Met betrekking tot de tegensprekelijkheid van het deskundigenonderzoek, besliste het EHRM in een strafzaak dat de rechter geval per geval moet nagaan of het recht op een eerlijke behandeling vereist dat de door de vonnisrechter aangestelde deskundige zijn onderzoek op tegenspraak moet uitvoeren (EHRM 2 juni 2005, *Cottin / België, RW* 2007-08, 1088, *JT* 2005, 519, *RABG* 2005, 1484, noot F. VOLSEM).

⁶¹ G. DE BUYZER en L. SCHELLEKENS, “Stand van zaken en recente ontwikkelingen op het vlak van het eerlijk proces” in P. VAN ORSHOVEN (ed.), *Themis Gerechtelijk Recht*, Brugge, die Keure, 2010, (1) 24.

tegenpartij geen kennis kan nemen van, en tegenspraak kan voeren over, de stukken die dat zakengeheim bevatten.

(iv) Het minimum aan vertrouwen tussen rechtzoekenden

20. Het laatste principe vormt niet echt een beginsel, maar eerder een nuchtere vaststelling. Wanneer men een procedure voor de rechtbank start, moet men een minimum aan vertrouwen in de tegenpartij hebben. Het hof van beroep te Gent omschreef dit treffend toen het een expertise moest uitwerken waarbij de partijen wensten dat de vertrouwelijkheid van bepaalde gevoelige informatie, namelijk de gegevens met betrekking tot de omzet naar de klanten, bewaard bleef. Daarbij overwoog het hof dat er bij het uitwerken van de gepaste context een minimum aan vertrouwen noodzakelijk is. Volgens het hof is het immers nooit op sluitende wijze te controleren of een betrokken persoon het hem verleende vertrouwen schendt. Op een bepaald niveau eindigt de cascade van controle op controle en komt men op een punt waar ‘hét vertrouwen’ het laatste woord heeft. Het hof concludeert dat “zonder een minimum aan vertrouwen uiteindelijk geen enkele samenleving – in het algemeen – mogelijk is, noch een opdracht zoals de voorliggende expertiseopdracht waarbij vertrouwelijke informatie moet kunnen worden gehanteerd”⁶².

2. Een belangenafweging is noodzakelijk

21. Hoewel er hierboven is aangetoond dat de bescherming van het zakengeheim in moeilijke verhouding staat met bepaalde elementaire procesrechtelijke beginselen, zijn de rechtspraak en rechtsleer het erover eens dat die principes elkaar niet a priori uitsluiten, maar dat er een afweging moet gebeuren⁶³. Zij stellen zich daarmee op hetzelfde punt als het Hof van Justitie deed in de arresten *Mobistar* en *Varec*. De belangen die de beschermde partij heeft bij de vrijwaring van de zakengeheimen moeten dus in de schaal worden gelegd met de belangen van de tegenpartij en van de goede procesorde. Indien een oplossing wordt uitgewerkt om het zakengeheim te beschermen, moet de rechter waarborgen dat de procedure op zijn geheel genomen eerlijk blijft, zodat doorgaans enige ‘compensatie’ aan de orde is⁶⁴.

22. Het probleem is echter dat er niet wettelijk bepaald is hoe die afweging precies moet gebeuren. Er kan enkel in

algemene termen gesteld worden dat maatregelen die de fundamentele grondrechten beperken slechts legitiem zijn in zoverre ze absoluut noodzakelijk zijn⁶⁵, en indien een minder beperkende maatregel kan volstaan, deze dient toegepast te worden⁶⁶. Bovendien komt die belangenafweging enkel en alleen aan de feitenrechter toe⁶⁷ en kan het Hof van Cassatie enkel maar tussenkomen wanneer de feitenrechter op een kunstmatige manier te werk gaat en daardoor een manifeste schending begaat van één van die fundamentele beginselen⁶⁸.

In het volgende deel zal duidelijk worden gesteld dat de precieze modaliteiten van de bescherming van het zakengeheim, telkens erg afhankelijk zijn van de exacte context. In een vonnis van de rechtbank van koophandel te Antwerpen van 20 december 2012, dat uitgesproken werd in verband met een beslag inzake namaak, vinden we enkele algemene criteria die bij de belangenafweging betrokken kunnen worden, zoals de al dan niet concurrentiële verhouding tussen de partijen, de waarde van de vertrouwelijke informatie voor de tegenpartij, de gegevens waarover de tegenpartij reeds beschikt, met inbegrip van de mogelijkheid om de gegevens te verkrijgen via een alternatieve weg en het risico dat bepaalde vertrouwelijke gegevens voor andere doeleinden zouden worden gebruikt⁶⁹. Daarnaast zullen ook het aantal documenten waarvoor de vertrouwelijkheid wordt gevraagd en de mogelijke kostprijs van de maatregelen om de vertrouwelijkheid te waarborgen, praktische overwegingen zijn. Bovendien moeten niet alle criteria eenzelfde gewicht krijgen in de belangenafweging en komt het opnieuw aan de rechter toe om dat *in concreto* te beoordelen.

3. Invloed van de aard van de procedure

23. In de discussie omtrent de bescherming van het zakengeheim wordt soms het argument naar voor gebracht dat er rekening moet worden gehouden met het onderscheid tussen het publiekrechtelijk en regulatorie contentieux aan de ene kant (bv. overheidsopdrachten, economische mededinging, beslissingen van de regulatoren in de communicatie- en energiesector) en het puur privaatrechtelijk contentieux aan de andere kant (waarbij twee individuen een geschil hebben over subjectieve rechten)⁷⁰. Volgens de klassieke opvatting spelen in een typisch aansprakelijkheidsgeding doorgaans vooral private belangen en wordt die rechtspleging eerder als accusatoir ervaren, terwijl in publiekrechtelijk en regulatorie contentieux publieke belangen op het spel staan en de rechts-

⁶². Gent 11 april 2011, nr. 2011/AR/732, *RW* 2012-13, 468.

⁶³. B. ALLEMEERSCH, “Zakengeheim in burgerlijk proces en bewijs” in B. ALLEMEERSCH *et al.*, *Zakengeheim*, Brugge, die Keure, 2012, (1) 15.

⁶⁴. In die zin Brussel 30 juni 2010, *JLMB* 2011, (1181) 1184 (met verwijzing naar EHRM 20 februari 1996, *Doorson / Nederland*).

⁶⁵. Cf. de feitenrechter in Duitsland in de zaak *Pfeiderer*, die het recht op zakengeheim beperkt tot de documenten die noodzakelijk zijn om het recht op schadevergoeding te staven (HvJ, C-360/09, *Pfeiderer AG / Bundeskartellamt*, *Jur.* 2011, I, 5161, nr. 15).

⁶⁶. Concl. A. VAN INGELGEM, bij Cass. 2 november 2012, 2-3.

⁶⁷. Cass. 2 november 2012, *Pas.* 2012, I, 2092, *JT* 2013, 174, noot E. DE LOPHEM, *TBO* 2013, 84, noot T. TOREMANS en F. DUPON en *P&B* 2013, 53.

⁶⁸. E. DE LOPHEM, “Couvrez cette pièce que je ne saurais voir” (noot onder Cass. 2 november 2012), *JT* 2013, (176) 179.

⁶⁹. Kh. Antwerpen 20 december 2012, C/12/00129, *onuitg.*, 9.

⁷⁰. E. BREWAEYS, “Zakengeheim verdraagt geen tegenspraak”, *Juristenkrant* 2013, afl. 269, 7.

pleging eerder inquisitoir van aard is. Men zou kunnen stellen dat in een accusatoire procedure de eisende partij, die de bewijslast draagt (*'actori incumbit probatio'*)⁷¹, haar verantwoordelijkheid moet nemen en daarvoor maar zo nodig haar zakengeheim moet opofferen. Dat speelt anders in een inquisitoire procedure met als eiser een overheid of toezichthouder die over veel ruimere bevoegdheden beschikt dan een private eiser en waar het allicht eerder de verweerder zal zijn die de bescherming van zijn zakengeheim inroept. Zo bekeken zou men kunnenponeren dat het logisch is om in het publiekrechtelijk en regulatorio contentieux meer tegemoet te komen aan de bescherming van het zakengeheim dan in het gemeenrechtelijk contentieux.

24. Deze benadering is o.i. echter zeer onvolmaakt. Het onderscheid inquisitoir-accusatoire is een weinig nuttige en zelfs misleidende indeling, omdat de omschrijving van deze begrippen absoluut niet sluitend is⁷². Bovendien, zelfs voor wie het onderscheid nog hanteert is intussen duidelijk dat onze gemeenrechtelijke rechtspleging, zoals die gevolgd wordt in een klassiek aansprakelijkheidsgeding, al lang niet meer zo accusatoire is als voorheen. In België, net als in de meeste landen van de Europese-continentele *'civil law'*-traditie, is al decennia een evolutie gaande die een grotere rol voor de rechter voorbehoudt in de burgerlijke rechtspleging⁷³. Daarnaast is het niet uitzonderlijk dat de toezichthouder in het regulatorio contentieux zich eerder passief opstelt en dat het de tussenkomende partijen zijn die de procedure werkelijk in handen hebben. Het is daarentegen wel belang-

rijk dat de rechter in de belangenafweging rekening houdt met de hoedanigheid van de betrokken partijen. Meer in het bijzonder verdient het zakengeheim meer bescherming naar gelang degene die de informatie verkrijgt, er effectief schade mee kan veroorzaken. Op het eerste gezicht is dat veeleer een private concurrent in een burgerlijke procedure dan de overheid of toezichthouder. Men mag evenwel niet vergeten dat ook de overheid soms private en, minstens onrechtstreeks, commerciële belangen heeft (bv. als grootaandeelhouder van ondernemingen of als afnemer van bepaalde producten en diensten). Bovendien kan in een inquisitoire procedure evengoed een concurrent optreden als tussenkomende partij of de overheid publiciteit geven aan de zaak.

Een tweede nuancering heeft te maken met de rolverdeling 'eiser-verweerder' in de burgerlijke procedure. Zowel een eiser als een verweerder worden fundamenteel met hetzelfde probleem geconfronteerd. Een eiser die om de omvang van zijn schade te bewijzen vertrouwelijke informatie moet vrijgeven, bevindt zich in dezelfde penibele situatie als een verweerder, die van oneerlijke concurrentie beschuldigd wordt en zijn zaak alleen maar kan redden door zijn marges vrij te geven. Bovendien kan de processuele positie van eiser of verweerder in grote mate artificieel zijn. Wanneer een partij naar de rechtbank stapt om een declaratief vonnis te verkrijgen met het oog op een verklaring dat zij niet aansprakelijk is voor een bepaald geval, is zij in werkelijkheid de verwerende partij, maar wordt zij toch als eiser beschouwd omdat zij als eerste een vordering heeft ingesteld.

II. DE MODALITEITEN VAN DE PROCES- EN BEWIJSRECHTELIJKE BEHANDELING VAN HET ZAKENGEHEIM

1. Het beginsel: het cassatiearrest van 2 november 2012

25. Op 2 november 2012 kreeg het Hof van Cassatie de mogelijkheid om een uitspraak te doen over de bescherming van het zakengeheim in de context van een deskundigenonderzoek. In dat arrest bevestigde het Hof de tendens dat het zakengeheim een inperking van het recht op tegenspraak kan inhouden, maar dat het aan de feitenrechter toekomt om aan de hand van een belangenafweging de precieze modaliteiten daarvan te bepalen⁷⁴. Daarnaast kreeg het Hof de mogelijkheid om enkele krijtlijnen uit te zetten met betrekking tot de problematiek.

De aanleiding was een aansprakelijkheidsvordering van een aantal ondernemingen tegen de Belgische Staat voor het afspringen van een project dat voorzag in de aanleg van een nieuw windturbinepark in de Noordzee. Om de omvang van hun schade te bewijzen, vorderden de betrokken onderne-

mingen voor de rechter de aanstelling van een deskundige. In de loop van het deskundigenonderzoek wensten ze echter de confidentialiteit van bepaalde stavingstukken gewaarborgd te zien. Ze meenden dat bepaalde stukken bedrijfsgevoelige informatie bevatten (zoals hun toekomststrategie, interne studies en prognoses die de evoluties op de elektriciteitsmarkt schetsen, alsook gegevens over hun personeelsleden).

(i) Voorgaanden

26. Om het cassatiearrest juist te kunnen interpreteren, is het noodzakelijk om ook in te gaan op de procedure voor het hof van beroep. De eerste rechter had het verzoek van de ondernemingen tot bescherming van hun bedrijfsgevoelige informatie afgewezen, op basis van de overweging dat elke partij effectief de mogelijkheid moet krijgen om haar verdediging met kennis van zaken te kunnen voorbereiden en

⁷¹. B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs. Een diepgaand en praktisch overzicht*, Gent, Story Publishers, 2012, 57-61 en S. STIJNS, *Verbindenissenrecht*, t. II, Brugge, die Keure, 2009, 162, nr. 215.

⁷². B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 3-6.

⁷³. B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 594.

⁷⁴. Cass. 2 november 2012, *Pas.* 2012, I, 2092, *JT* 2013, 176, noot E. DE LOPHEM, *TBO* 2013, 84, noot T. TOREMANS en F. DUPON en *P&B* 2013, 53.

tegenspraak te kunnen voeren. Het hof van beroep te Brussel erkende daarentegen wel dat de raadpleging van vertrouwelijke stukken in het raam van een deskundigenonderzoek door de partijen beperkt kan worden. *In casu* opteerden de appelrechters voor het fysiek afzonderen van documenten in een zogenaamde ‘data room’, wat een techniek is die afkomstig is uit de Angelsaksische rechtspraktijk en die in het Belgisch procedurerecht al ingang had gevonden via het regulatoire contentieux.

Met de techniek van de ‘data room’ wensten de appelrechters tegemoet te komen aan de vereisten van tegenspraak en van eerbiediging van het recht van verdediging. Het bestreden arrest voorzag in een inzageregeling gebaseerd op de ontvangst van een datakamerinventaris en in de mogelijkheid tot kennisname van de in de datakamer opgenomen documenten op de door het college van deskundigen bepaalde tijdstippen. Het hof van beroep was van oordeel dat het feit dat partijen van bepaalde stukken uit de datakamer geen kopie of nota konden nemen, niet van aard was om het algemene principe van de tegenspraak te schenden, aangezien voldoende (andere) waarborgen voor de tegenspraak voorhanden waren. Die waarborgen bestonden onder meer uit het feit dat er geen beperking was op het aantal en de duur van de kwestieuze bezoeken, noch voor wat betreft de identiteit van de bezoekers⁷⁵. Bovendien konden de niet-vertrouwelijke stukken wel het voorwerp uitmaken van een inzage en kopienamen en voorzag het datakamerreglement in de mogelijkheid tot vraagstelling aan de deskundige waarop binnen de zeven dagen een antwoord moest volgen⁷⁶.

Deze beoordeling werd bestreden in de rechtspleging voor het Hof van Cassatie.

27. Het Hof van Cassatie begint zijn arrest met de vaststelling dat het beginsel van tegenspraak in de zin van artikel 6 EVRM betrekking heeft op het geding voor de rechtbank en niet op het door de rechter bevolen deskundigenonderzoek. Het Hof overweegt evenwel dat het deskundigenonderzoek op zulke wijze moet verlopen dat de partijen de mogelijkheid krijgen om voor de rechter op doeltreffende wijze hun opmerkingen te formuleren op het deskundigenverslag. Dat impliceert dat de partijen de stukken die zij in het kader van het deskundigenonderzoek willen aanwenden in de regel aan elkaar moeten overleggen en dat zij in beginsel niet alleen het recht hebben inzage ervan te nemen, maar ook het recht deze af te schrijven of nog afschrift ervan te nemen.

Het Hof van Cassatie bevestigt dat de bescherming van het zakengeheim een belang is dat de rechter in aanmerking kan

nemen om te oordelen dat niet ieder stuk waarmee de deskundige rekening heeft gehouden, wordt meegedeeld aan de tegenpartij. Volgens het Hof moet er *in concreto* en in het licht van de zaak in haar geheel worden beoordeeld of bij het afwegen van de respectieve belangen de tegensprekelijkheid van het deskundigenonderzoek niet zodanig wordt beperkt dat daaruit een schending van het recht op een eerlijke behandeling van de zaak voortvloeit⁷⁷.

Het Hof neemt een duidelijk standpunt in met betrekking tot het argument van de Belgische Staat dat de ondernemingen geenszins gedwongen waren om de gegevens waarover ze beschikten mee te delen en dat het vrijgeven van de zakengeheimen louter een gevolg was van de op hen rustende bewijslast⁷⁸. Het Hof van Cassatie antwoordt hierop dat de omstandigheid dat een schadelijder de bewijslast draagt van het bestaan en de omvang van zijn schade, niet belet dat de rechter na een belangenafweging oordeelt dat de schadelijder een beroep kan doen op de bescherming van het zakengeheim dat door artikel 8 EVRM is gewaarborgd⁷⁹.

(ii) De analyse van het arrest

1° Het recht op tegenspraak

28. Op het vlak van de vrijwaring van het recht op tegenspraak herhaalt het Hof van Cassatie in zijn arrest van 2 november 2012 zijn visie dat partijen de mogelijkheid moeten krijgen om voor de rechter op doeltreffende wijze hun opmerkingen te formuleren op het deskundigenverslag. Partijen moeten dus tijdens de debatten op de terechtzitting tegenspraak kunnen voeren over de waarde van het onderzoek⁸⁰. Hoewel een niet-contradictoir deskundigenonderzoek nog kan gelden als loutere inlichting⁸¹, kan het belang van de tegenspraak op dit stuk niet onderschat worden, gelet op het feit dat het in technische materies slechts uitzonderlijk gebeurt dat de rechter het verslag van de deskundige niet volgt.

Daarenboven erkent het Hof dat partijen in beginsel niet alleen het recht hebben inzage te nemen van de stukken die worden aangewend in het kader van het deskundigenonderzoek, maar ook “*het recht deze af te schrijven of nog afschrift ervan te nemen*”. Daarmee erkent het Hof het principiële recht van afschrift. Vóór het arrest van 2 november 2012 was er daar immers verdeeldheid over in de rechtspraak en de rechtsleer. De ene strekking meende dat het recht van de partijen om in kennis te worden gesteld van de stukken die aan de deskundige worden meegedeeld, in hoofde van de andere

^{75.} Voor zover zij optreden als vertegenwoordigers of de juridische raadgevers van de partij die van het inzagerecht wil gebruik maken (Brussel 29 juni 2009, *RW* 2012-13, 388).

^{76.} Brussel 29 juni 2009, *RW* 2012-13, 388.

^{77.} Cass. 2 november 2012, *JT* 2013, 176, noot E. DE LOPHEM.

^{78.} Hetzelfde argument werd hierboven weergegeven (*supra*, nr. 24).

^{79.} Cass. 2 november 2012, *JT* 2013, 176, noot E. DE LOPHEM.

^{80.} Cass. 26 mei 1995, *Arr.Cass.* 1995, nr. 257, concl. A. BRESSELEERS en Cass. 11 december 1997, *Arr.Cass.* 1997, nr. 550.

^{81.} Cass. 11 december 1997, AR C.96.0374.N, *Arr.Cass.* 1997, nr. 550.

partij enkel het recht op inzage impliceerde⁸², terwijl anderen oordeelden dat het uitsluitend ter inzage neerleggen van stukken een tekortkoming vormde op de eisen die de goede trouw aan procespartijen stelt⁸³.

29. Toch is het in het licht van artikel 973 Ger.W te betreffen dat het hof van beroep in deze zaak geen bijkomende maatregelen heeft bevolen om de tegensprekelijkheid van de expertise nog meer te waarborgen, zoals de deskundige te verplichten onmiddellijk zijn vaststellingen aan de partijen mee te delen zodat ze hierop kunnen reageren⁸⁴. Op die manier zou de andere partij de vaststelling nog eens op hun juistheid kunnen gaan controleren in de datakamer. Een recente zaak van de rechtbank van koophandel van Brussel over een vordering tot schadevergoeding wegens een inbreuk op het mededingingsrecht kan in dat opzicht gelden als een te volgen voorbeeld. In dat arrest nodigde de rechter de partijen en de deskundige uit om de toepassing van artikel 973 Ger.W. te respecteren, zodat er een debat kon plaatsvinden en een oplossing kon gezocht worden voor ieder concreet probleem dat zich met betrekking tot de bescherming van de zakengeheimen stelde⁸⁵.

2° De bescherming van het zakengeheim

30. Over het zakengeheim luidt de uitspraak van het Hof van Cassatie als volgt:

“Overeenkomstig artikel 8 EVRM heeft eenieder recht op eerbiediging van zijn privéleven, zijn gezinsleven, zijn huis en zijn briefwisseling. Deze bepaling houdt ook de bescherming in van het zakengeheim en geldt ook voor rechtspersonen. De bescherming van het zakengeheim van een partij is derhalve een belang dat de rechter in aanmerking kan nemen om te oordelen dat niet ieder stuk waarmee de deskundige heeft rekening gehouden wordt meegedeeld aan de tegenpartij. Een dergelijke beoordeling houdt geen schending in van artikel 6 EVRM.”

Of bij het afwegen van de respectieve belangen de tegensprekelijkheid van het deskundigenonderzoek niet zodanig wordt beperkt dat daaruit een schending van het recht op een eerlijke behandeling van de zaak voortvloeit, moet *in concreto* en in het licht van de zaak in haar geheel worden beoordeeld.

Hiermee staat thans boven water dat het zakengeheim beschermenswaardig is in de processuele context, zelfs als de commercieel gevoelige informatie relevant is voor de oplossing van het geschil. De rechter hoeft de bescherming van het zakengeheim dus niet noodzakelijk te beperken tot de vertrouwelijke informatie die niet relevant is voor de bevindingen van de deskundige, zoals eerder soms gebeurde⁸⁶. Dat impliceerde dat wanneer de vertrouwelijke informatie essentieel was voor de besluitvorming, die informatie wel onderworpen werd aan het oordeel van de rechter en de andere partij. Het zakengeheim werd in dat geval dus opgeofferd, wat een bijzonder zware beslissing was voor degene die de confidentialiteit van bepaalde gegevens wenste te bewaren⁸⁷.

31. Het Hof van Cassatie heeft de concrete oplossing die het hof van beroep te Brussel in het bestreden arrest had uitgewerkt, bekrachtigd. Het zag daarin geen onevenredige inperking van het recht op tegenspraak. Het is nuttig om de oplossing van de appelrechters nog eens van nader te bekijken, om die elementen te identificeren die eventueel controverseeel hadden kunnen zijn maar die voor het hoogste Hof blijkbaar niet doorslaggevend waren.

Zo is het opvallend dat in het bestreden arrest geen eisen waren gesteld met betrekking tot de personen voor wie de vertrouwelijke informatie in de *dataroom* toegankelijk is, althans voor zover zij optreden als vertegenwoordigers of juridische en technische raadgevers van de partij die van het inzagegeheim gebruik wil maken. In eerdere zaken was men toch iets voorzichtiger en werd er enkel toegang tot vertrouwelijke informatie toegestaan aan een bedrijfsrevisor, die gebonden was door het beroepsgeheim⁸⁸. Zo overwoog het hof van beroep te Antwerpen op 20 november 2007 nog dat de deskundige de inhoudelijke cijfergegevens, voor zover ze nuttig waren voor de besluitvorming, enkel ter beschikking moest stellen van een bedrijfsrevisor die aangesteld was door de andere partij⁸⁹.

Een gelijkaardige oplossing werd uitgewerkt door het hof van beroep te Gent op 11 april 2011, toen het oordeelde dat elke partij het recht had om bij de expertisewerkzaamheden op eigen kosten een bedrijfsrevisor bij de hand te nemen en hierbij opdracht te geven haar respectievelijk belang te behartigen.

^{82.} T. TOREMANS en F. DUPON, “Over de tegenspraak, de mededeling van stukken en de bescherming van het zakengeheim tijdens het gerechtelijk deskundigenonderzoek” (noot onder Cass. 2 november 2012), *TBO* 2013, (85) 87; A. SMETS, *Het recht op tegenspraak in civiele geschillen*, Brugge, die Keure, 2009, 384, nr. 511; Kh. Tongeren 20 november 2001, *RW* 2003-04, 1699 en Kh. Leuven 19 februari 2002, *RABG* 2004, 1180, noot R. VERBEKE.

^{83.} M.E. STORME, “Goede trouw in geding en bewijs. De Goede trouw in het geding?”, *TPR* 1990, (353) 442, nr. 60.

^{84.} P. TAELEMAN, “Het deskundigenonderzoek in burgerlijke zaken” in G. DE LEVAL en B. TILLEMANS (eds.), *Gerechtelijk deskundigenonderzoek, de rol van de accountant en de belastingconsulent*, Brugge, die Keure, 2003, 87, nr. 42.

^{85.} Kh. Brussel 29 mei 2009, aangehaald door X. TATON, T. FRANCHOOT, N. BAETEN en I. ROOMS, “Chronique de jurisprudence. Les actions civiles pour infraction au droit de la concurrence (2004-2010)”, *TBH* 2013, 29.

^{86.} Antwerpen 20 november 2007, *P&B* 2009, 110, noot D. MOUGENOT. Die oplossing werd bevestigd in het cassatiearrest *Novartis / Glaxosmithkline Biologicals*, weliswaar in het kader van een beslag inzake namaak (Cass. 24 maart 2011, *TBH* 2011, 485 en *JLMB* 2011, 742).

^{87.} D. MOUGENOT, “Le secret d'affaires et ses implications en droit judiciaire”, *P&B* 2009, (112) 117.

^{88.} P.-O. DE BROUX, “La confidentialité des secrets d'affaires et les droits de la défense dans le contentieux administratif économique”, *TBH* 2007, (553) 564, nr. 25 en H. DECLERCQ, *Praktisch handboek inzake het deskundigenonderzoek*, Brugge, die Keure, 2001, 96. Zie ook het arbeidsrechtelijk conflict voor het hof van beroep van Luik, waarbij er evenzeer overleg moest worden gepleegd met een revisor (Luik 22 mei 2001, *RRD* 2001, 468).

^{89.} Antwerpen 20 november 2007, *P&B* 2009, 110, noot D. MOUGENOT.

gen. Hieraan voegde het hof van beroep toe dat de bedrijfsrevisoren het recht hadden om ten kantore van de gerechtelijke deskundige alle documenten in en na te zien die de deskundige bij zijn onderzoek aanwendde, zonder een recht van kopieneming te hebben. De bedrijfsrevisoren moesten over de op de lijsten vermelde klanten en omzetten in het algemeen een absolute zwijgplicht in acht nemen, in het bijzonder ten aanzien van hun cliënten. Om de tegensprekelijkheid van de expertise te waarborgen, hadden de revisoren het recht om opmerkingen te formuleren ten opzichte van de expert, die hierop op gemotiveerde wijze zou antwoorden⁹⁰.

32. Voorts is het opvallend dat het hof van beroep schijnbaar niet veel belang hechtte aan een jurisdictionele controle op de vertrouwelijkheid van de stukken. De verwerende partij had zich nochtans beroepen op het feit dat er geen enkele rechterlijke controle was voorzien, noch op de weergave van de stukken door de deskundigen, noch op de gevolgen die de deskundigen daaruit afleiden, noch op het werkelijk vertrouwelijk karakter ervan. Daarop antwoordde het hof van beroep dat de vraag om het confidentieel karakter van de stukken zelf ter discussie te stellen niet opportuun was, omdat zelfs de als confidencieel aangemerkte stukken onbeperkt ter inzage werden gesteld van de wederpartijen en het voeren van dergelijke discussies het deskundigenonderzoekodeloos zou verlammen⁹¹. Het Hof van Cassatie gaf enkel te kennen dat dit argument gericht was tegen de feitelijke beoordeling van de appelrechters, maar dat het recht van verdediging in deze zaak voldoende was gewaarborgd⁹².

In het publiekrechtelijk en regulatoire contentieux staat de controle van de rechter op de vertrouwelijkheid van de stukken nochtans wel centraal. In het arrest *Varec* oordeelde het Grondwettelijk Hof dat een onafhankelijke en onpartijdige rechter het aangevoerde vertrouwelijke karakter van die stukken moet kunnen controleren, alsmede het feit of ze juist en relevant zijn⁹³. In de procedures tegen de economische regulatoren wordt de juistheid van de aangevoerde vertrouwelijkheid evenzeer door het hof van beroep beoordeeld⁹⁴. Ook bepaalde rechtsleer gaat ervan uit dat de rechter het vertrouwelijk karakter van de betreffende stukken moet kunnen controleren en moet kunnen nagaan of deze stukken relevant zijn voor de oplossing van het geschil⁹⁵.

Het traditionele argument waarom de rechter geen uitspraak zou mogen doen over de vertrouwelijkheid van bepaalde stukken, bestaat erin dat hij zo inzage zou krijgen in het volledige dossier. Op die manier zou er een informatieasymmetrie ontstaan tussen de rechter en één van de partijen, wat in strijd is met het beginsel van de wapengelijkheid. In de burgerlijke rechtspleging is het immers nog steeds moeilijk te aanvaarden dat de rechter zou kunnen oordelen over een betwisting, terwijl niet alle partijen toegang hebben gehad tot dezelfde informatie als de rechter⁹⁶. Wanneer men gebruik maakt van de techniek van de *dataroom*, vormt de wapengelijkheid echter geen probleem voor een controle door de rechter op de vertrouwelijkheid, omdat alle partijen in die situatie toegang hebben gekregen tot de bedrijfsgevoelige informatie. Een alternatief dat in Nederland al wordt toegepast, zou erin kunnen bestaan om een andere rechter dan degene die in de zaak de beslissing ten gronde neemt, te laten oordelen over de confidentialiteit van bepaalde stukken⁹⁷.

Anderzijds is de vraag natuurlijk met hoeveel kennis van zaken de rechter een oordeel kan vellen over de vertrouwelijkheid van bepaalde gegevens. De Raad van State is in sommige technische materies ook niet bij machte om zonder deskundig advies te beslissen over de vraag of bepaalde stukken werkelijk als vertrouwelijk kunnen worden aangemerkt. In dergelijke gevallen gaat de Raad van State over tot de aanstelling van een deskundige, specifiek om een oordeel te vellen over de vertrouwelijkheid⁹⁸. Misschien zou de meest geschikte oplossing voor een zaak als die van 2 november 2012 erin kunnen bestaan om de deskundige de opdracht te geven om de vertrouwelijkheid van de stukken te onderzoeken, indien één van de partijen daartoe verzoekt⁹⁹. Uiteindelijk zou de rechter dan toch het laatste woord krijgen wanneer de deskundige op moeilijkheden stoot¹⁰⁰.

33. Op de grief van de Belgische Staat dat de tegenpartijen minstens een niet-vertrouwelijke versie van de stukken zouden moeten meedelen, wilde het Hof van Cassatie niet ingaan. De Belgische Staat had aangevoerd dat het anders voor hen enkel mogelijk was om de stukken te ‘aanschouwen’, zodat elk nuttig verweer tegen het deskundigenverslag was uitgesloten. Opnieuw oordeelde het Hof van Cassatie

⁹⁰. Gent 11 april 2011, nr. 2011/AR/732, *RW* 2012-13, 468.

⁹¹. Brussel 29 juni 2009, *RW* 2012-13, 388.

⁹². Cass. 2 november 2012, C.11.0018, *JT* 2013, 176.

⁹³. GwH nr. 118/2007, 19 september 2007, *RABG* 2008, 388, overw. B.9.3.

⁹⁴. G. DE BUYZER en L. SCHELLEKENS, “Stand van zaken en recente ontwikkelingen op het vlak van het eerlijk proces” in P. VAN ORSHOVEN (ed.), *Themis Gerechtelijk Recht*, Brugge, die Keure, 2010, (1) 24.

⁹⁵. A. SMETS, *Het recht op tegenspraak in civiele geschillen*, Brugge, die Keure, 2009, 302, nr. 402.

⁹⁶. B. ALLEMEERSCH, “Zakengeheim in burgerlijk proces en bewijs” in B. ALLEMEERSCH *et al.*, *Zakengeheim*, Brugge, die Keure, 2012, (1) 6.

⁹⁷. HR 20 december 2002, *NJ* 2004, 4 en HR 11 juli 2008, *NJ* 2009, 451, noot E.J. DOMMERING. Zie ook J.R. SIJMONSMA, *Het inzagerecht: artikel 843a van het Wetboek van burgerlijke rechtsvordering*, Deventer, Kluwer, 2010, 189-190.

⁹⁸. RvS 24 juni 2008, nr. 184.598, *Siemens Atea*, *RW* 2009-10, 839-844, noot J. DEBIÈVRE.

⁹⁹. In een zaak voor het hof van beroep van Antwerpen van 5 september 2007 vroeg het hof de deskundige om zijn standpunt kenbaar te maken over het mogelijke confidencieel karakter van bepaalde gevoelige informatie en over de mogelijke alternatieven om de opdracht te kunnen vervullen bij ontstentenis van die gegevens (Antwerpen 5 september 2007, nr. 2007/RK/32, *onuitg.*, 4). Het was de gerechtsdeskundige zelf die naar voor kwam met het voorstel van een confidentialiteitsovereenkomst (*cf. infra*, nr. 52).

¹⁰⁰. D. MOUGENOT, “Le secret d’affaires et ses implications en droit judiciaire”, *P&B* 2009, (112) 116-117.

dat dit middel gericht was tegen de feitelijke beoordeling van de zaak en mitsdien niet ontvankelijk.

De techniek van de opsplitsing in een vertrouwelijk dossier en een niet-vertrouwelijk dossier is eveneens afkomstig uit het administratiefrechtelijk en regulatoire contentieux¹⁰¹. Toch kan er in een ingewikkelde burgerlijke procedure als het voorliggende geval begrip worden opgebracht voor een dergelijk verzoek. Daarom kan er gesteld worden dat wanneer men in het kader van een deskundigenonderzoek gebruik maakt van de techniek van de dataroom, het op zich niet onevenredig is om de partij die de bescherming van haar zakengeheimen verzoekt, ook nog de additionele verplichting op te leggen een niet-vertrouwelijke versie van haar stukken te laten voorleggen. Die partij moet er immers alles aan doen om de nadelige gevolgen van de bescherming van haar zakengeheim zoveel mogelijk in te perken. Bovendien doet zij dat niet voor niets, maar om een zo volledig mogelijke vergoeding te bekomen voor de schade die zij heeft geleden.

(iii) Het belang van de context

34. Het arrest van het Hof van Cassatie van 2 november 2012 bekrachtigt de processuele bescherming van het zakengeheim in het kader van een deskundigenonderzoek. O.i. overstijgt het belang van het arrest het thema van het deskundigenonderzoek en moet de leer van het zakengeheim *mutatis mutandis* toegepast worden op andere situaties van bewijsgaring en bewijswaardering. Vandaar dat hierna naadloos de overgang zal gemaakt worden met de bescherming van het zakengeheim in het geval van voorlegging en overlegging van stukken (*cf. infra*).

Wat de concrete uitwerking ervan moet de uitspraak wel in zijn context geplaatst worden, namelijk in die van een eminente zaak van overheidsaansprakelijkheid met grote financiële gevolgen, die zich afspeelde in een voor de nationale economie strategisch belangrijke markt¹⁰². In procedures met een beperktere draagwijdte zal men niet zonder meer kunnen overgaan tot de techniek van de ‘dataroom’, wat een

vrij dure maatregel blijkt te zijn¹⁰³, en moet men op zoek gaan naar alternatieven (*cf. infra*). Het grote voordeel van de datakamer is echter dat iedereen in beginsel ‘toegang’ heeft gekregen tot de vertrouwelijke informatie, zodat problemen van informatieasymmetrie zich niet stellen. Bovendien heeft de partij die de bescherming van het zakengeheim inroept, de garantie dat de informatie niet voor andere doeleinden zal worden gebruikt. Idealiter krijgt de andere partij in dergelijke procedure nog een niet-vertrouwelijke versie van de bedrijfsgevoelige documenten mee, wat in het arrest van 2 november 2012 evenwel niet het geval was.

Los van de concrete techniek waarop een beroep wordt gedaan, rijst ook de vraag of het Hof een even verregaande afwijking op de regels van de tegensprekelijkheid zou hebben toegestaan in een strategisch veel minder belangrijk geschil. KEULERS waarschuwt er terecht voor dat het Hof bij de afweging van belangen een opportuniteitstoets heeft gehanteerd die niet zomaar toepasbaar is op andere betwistingen en zelfs gevaarlijk is te noemen, omdat zij de indruk wekt dat rechten van verdediging ‘à la tête du client’ en afhankelijk van de specifieke markt waarin de betwisting zich afspeelt, moduleerbaar zijn¹⁰⁴.

2. De problematiek van de gedwongen overlegging van vertrouwelijke stukken

35. De overlegging van stukken krachtens artikelen 871 en 877 van het Gerechtelijk Wetboek is een tweede onderzoeksmaatregel waarop geregeld een beroep gedaan wordt wanneer er bewijsproblemen opduiken in aansprakelijkheidsprocedures. Indien een partij een bepaald stuk onder zich houdt dat het bewijs inhoudt van een ter zake dienend feit, kan deze ertoe verplicht worden dat stuk in het debat te brengen¹⁰⁵. Het bevel tot overlegging is een illustratie van de macht van de rechter bij de bewijsgaring en hangt samen met het principe dat partijen loyaal moeten meewerken aan de zoektocht naar de waarheid¹⁰⁶.

De bescherming van het zakengeheim roept twee vragen op in het kader van een bevel tot overlegging van stukken. In de

¹⁰¹. G. DE BUYZER en L. SCHELLEKENS, “Stand van zaken en recente ontwikkelingen op het vlak van het eerlijk proces” in P. VAN ORSHOVEN (ed.), *Themis Gerechtelijk Recht*, Brugge, die Keure, 2010, (1) 24.

¹⁰². H. KEULERS, “De tegensprekelijkheid in het gerechtelijk deskundigenonderzoek versus de bescherming van bedrijfsgeheimen en knowhow: kunnen water en vuur verzoend worden?” in *Bestendig Handboek Deskundigenonderzoek*, Mechelen, Kluwer, 2012, losbl., III.8-7.

¹⁰³. E. DE LOPHEM, “Couvrez cette pièce que je ne saurais voir” (noot onder Cass. 2 november 2012), *JT* 2013, (176) 180.

¹⁰⁴. H. KEULERS, “De tegensprekelijkheid in het gerechtelijk deskundigenonderzoek versus de bescherming van bedrijfsgeheimen en knowhow: kunnen water en vuur verzoend worden?” in *Bestendig Handboek Deskundigenonderzoek*, Mechelen, Kluwer, 2012, losbl., III.8-7 en III.8-8.

¹⁰⁵. De verplichting tot overlegging van stukken wordt gehandhaafd door middel van een dwangsom. Alternatief is de veroordeling tot schadevergoeding op basis van art. 882 BW. Dat is echter geen ideale sanctie, omdat de schade niet makkelijk te bewijzen is. Dat werd onlangs nog bevestigd in een zaak voor de rechtbank van koophandel te Brussel waarin een partij die zich verzette tegen de overlegging van stukken omwille van zijn zakengeheim. De rechtbank oordeelde dat de partij die zich oorspronkelijk tegen de overlegging verzette, geen schadevergoeding verschuldigd was op grond van art. 882 Ger.W. De tegenpartij leverde immers niet het bewijs van enige andere schade dan de advocatenkosten, die sowieso al gedekt waren (Kh. Brussel 3 december 2009, nr. A/08/05692, *onuitg.*, 9). In die situaties zou men echter wel zijn toevlucht kunnen zoeken in het leerstuk van het verlies van een kans (B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 444-446).

¹⁰⁶. Verslag VAN REEPINGHEN, *Parl.St.* Senaat 1963-64, 212, nr. 60; B. VANLERBERGHE, “Actualia inzake de bewijsvoering, de overlegging van stukken en het deskundigenonderzoek” in *CBR Jaarboek 2006-2007*, Antwerpen, Intersentia, 2007, (459) 461; S. STIJNS, “De overlegging van stukken in het Gerechtelijk Wetboek”, *Jura Falc.* 1984-85, (199) 199 en W. VANDENBUSSCHE en I. SAMOY, “Uitkeringen tot onderhoud na echtscheiding en het recht op bewijs”, *T.Fam.* 2012, (152) 153.

eerste plaats of het zakengeheim een legitieme reden vormt om de overlegging van een stuk te weigeren. Ten tweede, indien dat niet het geval is, of de overlegging dan onverwijld moet gebeuren of op een gemoduleerde manier kan plaatsvinden.

(i) De weigering omwille van de bescherming van het zakengeheim

36. Artikel 882 Ger.W. bepaalt dat degene die zonder wettige reden weigert zich te schikken naar een bevel tot overlegging, kan worden veroordeeld tot een schadevergoeding¹⁰⁷. Het Gerechtelijk Wetboek laat dus nog een achterpoortje open om niet te moeten ingaan op een bevel van de rechter, namelijk wanneer er een wettige reden bestaat. Het is dan ook de vraag of de bescherming van een zakengeheim kan dienstdoen als een wettige reden. Terecht heeft MOUGENOT opgemerkt dat dit niet het geval is en het zakengeheim dus geen verschoningsgrond oplevert¹⁰⁸. De rechtbank van koophandel te Brussel volgde die redenering in een vonnis van 14 mei 2009¹⁰⁹.

37. Wel kan de rechter zelf weigeren de gedwongen overlegging van vertrouwelijke gegevens te bevelen. Hij oordeelt immers soeverein over de opportuniteit van de maatregel¹¹⁰. In het licht van de belangenafweging die zich opdringt wanneer een rechter geconfronteerd wordt met zakengeheimen, zal hij behoedzaam omgaan met zijn bijzondere macht en niet zomaar een maatregel bevelen die het zakengeheim kan compromitteren¹¹¹. In ieder geval dient hij een gedwongen overlegging te beperken tot wat werkelijk nuttig is, dat is tot de stukken waaromtrent gewichtige, bepaalde en met elkaar overeenstemmende vermoedens bestaan dat zij het bewijs inhouden van een ter zake dienend feit¹¹².

(ii) De “gemoduleerde” overlegging van stukken

38. In een vonnis van 14 mei 2009 probeerde de rechtbank van koophandel te Brussel de overlegging van stukken te verzoenen met de bescherming van het zakengeheim. De zaak handelde over twee concurrenten waartussen een geschil ontstaan was over de exploitatie van een bioscoop in

een multifunctioneel winkel- en ontspanningscomplex in Luik. In 1999 werd er een raamovereenkomst gesloten tussen de projectontwikkelaar en een geïnteresseerde bioscoopuitbater. Na verloop van tijd begon de ontwikkelaar zich echter vragen te stellen bij de financiële draagkracht van zijn contractant. Uiteindelijk besliste hij met diens voornaamste concurrent in zee te gaan. In een aansprakelijkheidsprocedure vorderde de bioscoopuitbater waaraan het project oorspronkelijk was toevertrouwd, de overlegging van het contract dat was afgesloten tussen de ontwikkelaar en zijn concurrent.

In eerste instantie betwiste de concurrent de overlegging, omdat hij van oordeel was dat enkel het bestaan van de overeenkomst pertinent was en niet de exacte inhoud ervan. Daaraan voegde hij toe dat de toepassing van artikel 877 Ger.W. veronderstelt dat degene die om de overlegging van een stuk verzoekt, moet aantonen dat het gevraagde document effectief het bewijs bevat van een ter zake dienend feit. De rechters hielden echter vast aan een ruime interpretatie van het pertinentie criterium¹¹³ en hielden geen rekening met de geformuleerde bezwaren omdat de eisende partij duidelijk had aangetoond dat verschillende elementen van die betwiste overeenkomst ter zake dienend waren om een uitspraak ten gronde te doen¹¹⁴.

39. Anderzijds toonde de rechtbank wel begrip voor het feit dat een contract over de exploitatie van een bioscoopcomplex commerciële geheimen kan bevatten. In dat opzicht oordeelde zij dat de verwerende partij niet gedwongen kan worden om haar zakengeheimen publiek te maken. Bijgevolg koos de rechtbank ervoor om een niet-vertrouwelijke versie van het contract te doen overleggen. Daarbij kwam het aan de verwerende partij toe om voor elk deel dat weggehaald werd uit de originele versie, een rechtvaardiging van het vertrouwelijk karakter toe te voegen¹¹⁵.

De oplossing die de rechtbank in deze zaak uitwerkte, verdient navolging en vindt o.i. steun in de wet. Artikel 879 Ger.W. bepaalt immers dat het vonnis waarbij de overlegging wordt bevolen, moet bepalen *op welke wijze* dit moet geschieden¹¹⁶.

40. Toch zorgde de voorgestelde regeling in de voormelde zaak nog voor problemen. Een kleine maand na het vonnis

¹⁰⁷. Cass. 13 november 2009, *Pas.* 2009, I, 2630 en *JLMB* 2011, 592.

¹⁰⁸. D. MOUGENOT, “Le charme discret des ‘petites’ mesures d’instruction”, *P&B* 2007, (239) 245, nr. 19.

¹⁰⁹. Kh. Brussel 14 mei 2009, nr. A/08/05692, *onuitg.*, 6.

¹¹⁰. Cass. 24 juni 2011, *T.Fam.* 2012, 151, noot W. VANDENBUSSCHE en I. SAMOY; Cass. 26 september 2008, C.07.0222.N, *onuitg.*; Cass. 5 november 2004, *Arr.Cass.* 2004, 1760; Cass. 3 oktober 2000, *Arr.Cass.* 2000, nr. 505 en Cass. 18 maart 1991, *Arr.Cass.* 1991, 747.

¹¹¹. Voor voorbeelden van een terughoudende benadering: Luik 14 januari 2000, *JLMB* 2001, 1289 (naar analogie, want in deze zaak betrof het geen zakengeheim *as such* doch wel gegevens die de privacy van de klanten raakten); Kort Ged. Kh. Nijvel 2 oktober 1991, *TRV* 1992, 474, noot. Raadpl. ook B. GILLIS, “Het bewijs in geschillen van handelspraktijken”, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging 2008*, (765) 767-768.

¹¹². B. ALLEMEERSCH, “Zakengeheim in burgerlijk proces en bewijs” in B. ALLEMEERSCH *et al.*, *Zakengeheim*, Brugge, die Keure, 2012, (1) 19.

¹¹³. Zie ook P. VAN LEYNSEELE en M. DAL, “Pour un modèle belge de la procédure discovery”, *JT* 1997, (225) 226, nr. 15.

¹¹⁴. Onder andere de exacte datum van de sluiting van de overeenkomst, de precieze identiteit van de partijen, de voorgeschiedenis van de onderhandelingen, de mogelijke vermeldingen met betrekking tot het geannuleerde project.

¹¹⁵. Kh. Brussel 14 mei 2009, nr. A/08/05692, *onuitg.*, 6.

¹¹⁶. In dezelfde zin: D. DESSARD, noot onder Voorz. Kh. Luik 3 februari 1978, *TBH* 1980, 393.

stuurde de verwerende partij een niet-vertrouwelijke versie van het contract en zijn bijlagen op, met een motivering waarom bepaalde elementen (waaronder bepaalde kalenderdata) waren verwijderd uit de oorspronkelijke versie. De eiser was van mening dat de verwerende partij het voormelde vonnis niet correct had uitgevoerd, omdat die niet alleen confidentiële passages had weggehaald maar ook alle informatie die ze als niet-pertinent beschouwde. De rechtbank van koophandel was het daarmee eens en stelde dat het pertinentiecriteria van artikel 877 Ger.W. een toelatingsvoorwaarde is, maar geenszins betrekking heeft op het vertrouwelijke karakter van de contractuele vermeldingen¹¹⁷. Daarnaast voerde de rechter een controle uit op de vertrouwelijkheid van de gegevens zelf en oordeelde hij dat niet was aangetoond dat de precieze kalenderdata die opgenomen waren in de overeenkomst tussen de verwerende partij en de projectontwikkelaar, confidentieel zouden zijn¹¹⁸.

3. De problematiek van de vrijwillige voorlegging van vertrouwelijke stukken

41. De hierboven beschreven zaak vormt een belangrijk precedent dat aantoonde dat de bescherming van het zakelijke geheim vaak oplossingen op maat vereist. De rechters zullen hierote enige creativiteit aan de dag moeten leggen en ‘*best practices*’ ontwikkelen. In een eerdere bijdrage somde ALLEMEERSCH al enkele oplossingen op die nuttig zijn voor de rechtspractici¹¹⁹. Hierna wordt een en ander opnieuw op een rijtje gezet. Daarbij is het niet onbelangrijk op te merken dat deze oplossingen ook nuttig kunnen zijn buiten de situatie van gedwongen overlegging van stukken, met name in geval van vrijwillige voorlegging. Dat is noodzakelijk om in te spelen op de toepassing van artikel 736 Ger.W., dat voorschrijft dat partijen hun stukken aan elkaar moeten mededelen alvorens er gebruik van te maken.

42. In de eerste plaats kan een rechter denken aan een (beperkte) verschuiving van de bewijslast. Dat is een optie wanneer een verweerder dreigt gedwongen te worden tot het vrijgeven van vertrouwelijke informatie teneinde zich te verweren tegen al te lichtzinnig geformuleerde claims. Die oplossing heeft het Hof van Justitie gehanteerd in de zaak *Van Doren Q. GmbH*. Volgens het Hof was het in eerste instantie aan een derde die gedagvaard was voor een inbreuk op een merkenrecht, om aan te tonen dat er een reëel gevaar bestond dat de markten waren afgeschermd. Pas daarna zou

de merkhouders de namen van zijn leveranciers moeten bekendmaken om aan te tonen dat er geen sprake was van een inbreuk op het Europees recht¹²⁰.

43. Indien een verschuiving van de bewijslast niet voldoende of niet haalbaar is, kan men de betrokken partij toestaan de vertrouwelijke informatie onleesbaar te maken (‘*blacklining*’) of er bepaalde delen uit te verwijderen¹²¹. De rechtbank van koophandel te Hasselt liet bijvoorbeeld toe om de vertrouwelijkheid van de aankooprijzen van bepaalde producten te bewaren, door de documenten deels onleesbaar te maken¹²². Bepaalde rechtsleer heeft een zeker wantrouwen ten opzichte van dergelijke maatregel, omdat de partij die gemachtigd wordt om vertrouwelijke informatie onleesbaar te maken, geneigd zal zijn om ook de gegevens die voor haar nadelig zijn onleesbaar te maken¹²³. Eisen dat de rechter een controle uitoefent op de niet-vertrouwelijke versie is dus een praktijk die in beginsel aanbeveling verdient, hoewel dan opnieuw het probleem rijst van de informatieasymmetrie tussen rechter en partijen en de mogelijke inbreuk op het beginsel van de wapengelijkheid (cf. *supra*). Bovendien moet men redelijkerwijs kunnen verwachten dat er ook niet-vertrouwelijke informatie in de stukken zal staan. In het andere geval ontvangt de tegenstrever een niet-vertrouwelijke versie die blanco is, wat uiteraard niet nuttig is.

Een stuk niet-vertrouwelijk maken hoeft overigens niet uitsluitend te gebeuren door het wissen van informatie. Soms kan dat ook door de informatie in beperkte mate te verhullen. Een illustratie: in de plaats van een vertrouwelijk cijfer helemaal te verwijderen, kan men het cijfer vervangen door een vork (bv. in plaats van “voor de aandelen werd 5.367.000 EUR betaald” schrijft men “voor de aandelen werd [tussen de 3 en 7 miljoen EUR] betaald”). Die praktijk is ingeburgerd bij de 18^{de} kamer van het hof van beroep te Brussel en verdient ongetwijfeld navolging omdat ze tegemoet komt aan de proportionaliteitsvereiste.

44. Geregeld gebeurt het ook dat een partij met toestemming van de rechter een stuk enkel ter zitting toont aan de rechter en de advocaat van de tegenpartij, zonder het als dusdanig neer te leggen en mee te delen, m.a.w. zonder het stuk formeel in het dossier te laten opnemen¹²⁴. Indien de rechter wenst te verwijzen naar het stuk, dient hij dan melding te maken van de verificatie *de visu* ter terechtzitting. Rekening houdend met de principiële erkenning van het ‘recht op

¹¹⁷. Net als in het cassatiearrest van 2 november 2012 is de relevantie van de gegevens niet meer van tel.

¹¹⁸. Kh. Brussel 3 december 2009, nr. A/08/05692, *onuitg.*, 8-9.

¹¹⁹. B. ALLEMEERSCH, “Zakelijke geheim in burgerlijk proces en bewijs” in B. ALLEMEERSCH *et al.*, *Zakelijke geheim*, Brugge, die Keure, 2012, (1) 20-21.

¹²⁰. HvJ, C-244/00, *Van Doren+Q GmbH / Lifestyle sports*, *Jur.* 2003, I, 3051, par. 35 en 41.

¹²¹. Toepassingen: Brussel 30 juni 2010, *JLMB* 2011, 1185; Kh. Hasselt 11 oktober 1996, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging 1996*, 293. Zie ook D. DESSARD, noot onder Voorz. Kh. Luik 3 februari 1978, *TBH* 1980, 393.

¹²². Kh. Hasselt 18 april 2001, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging 2001*, 284.

¹²³. D. MOUGENOT, “Le secret d’affaires et ses implications en droit judiciaire”, *P&B* 2009, (112) 116.

¹²⁴. Kh. Hasselt 11 oktober 1996, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging 1996*, 293 (partijen gingen ermee akkoord dat verweerster aan eiseres enkel mededeling deed van een bundel met aankoopfacturen waaruit de identiteit van de verkoper niet bleek, en de originele stukken mét vermelding van de verkoper uitsluitend ter zitting aan de rechter werden getoond).

afschrijf' in het arrest van het Hof van Cassatie van 2 november 2012 (*cf. supra*), moet men voorzichtig omspringen met deze oplossing. De rechter zal er moeten op toezien dat er nog voldoende (andere) waarborgen zijn voor de tegenspraak.

45. Minder courant is ook het voorleggen van vertrouwelijke stukken aan een gerechtsdeurwaarder die dan een proces-verbaal opmaakt waarin hij de vaststellingen opneemt die hij bij de raadpleging van de stukken heeft kunnen maken. Krachtens artikel 516, tweede lid Ger.W. is de gerechtsdeurwaarder gemachtigd vaststellingen te doen van louter materiële feiten.

46. In bepaalde technische materies (zoals het vaststellen van verkoop met verlies of verminderde opbrengst) kan ook gedacht worden aan het ter beschikking stellen van de boekhouding eerder dan de stukken¹²⁵. Dergelijke maatregel kan in de belangenafweging immers een minder zware inbreuk op het zakengeheim blijken dan het voorleggen van bedrijfsgevoelige documenten zelf. Bovendien kan de rechter ook bijzondere modaliteiten bepalen rond de afgifte van de boeken. Hij kan de draagwijdte beperken tot een gedeelte van de boekhouding, regels stellen voor de wijze van kennisname en de duur ervan of bevelen dat de boekhouding aan een rechter, scheidsrechter of aan een deskundige zal worden overgemaakt¹²⁶.

47. Er kan ook gedacht worden aan het laten inzien van de stukken door tussenpersonen die gemandateerd zijn door de procespartijen maar zich uitdrukkelijk verbinden tot geheimhouding ten aanzien van hun lastgevers¹²⁷. Voor advocaten ligt het vooralsnog niet voor de hand om deze rol op te nemen, omdat hun deontologie niet zomaar toelaat dat zij zich verbinden tot geheimhouding van mogelijks cruciale informatie ten aanzien van hun eigen cliënt. Daarom kan gedacht worden, zoals MOUGENOT suggereert, aan een techniek afkomstig uit Canada en het Verenigd Koninkrijk, namelijk die van de 'speciale advocaat'.

Het gaat om een *ad hoc*-advocaat, aangewezen om de rechten van één partij te verdedigen, zonder dat hij daarvoor alle informatie aan die partij moet communiceren. Zo'n advocaat staat de partijen niet persoonlijk bij in de debatten en heeft als voordeel dat men zowel aan de rechtbank als aan de tegenpartij een volledig dossier kan voorleggen, waaruit de

confidentiële informatie niet gedestilleerd is. Nadeel is natuurlijk dat de techniek heel duur is (de partijen worden verdedigd door twee advocaten), lang duurt (de speciale advocaat moet zich inwerken in een dossier waarin hij niet betrokken is geweest) en serieuze vragen doet rijzen wat betreft de rol van de advocaat, die maar deels verantwoording moet afleggen aan zijn cliënt¹²⁸.

48. In bepaalde omstandigheden bestaat een oplossing er soms in dat partijen hun medewerking aan de instaatstelling en de bewijsgaring afhankelijk maken van bijkomende confidentialiteitsverbintenissen in hoofde van de wederpartij. Een mooie illustratie daarvan vinden we in het arrest van het hof van beroep te Antwerpen van 5 september 2007. Tussen een bouwheer en een aannemer was er een conflict gerezen in verband met de afrekening van een belangrijk verbouwingsproject in een petrochemische fabriek. Er wordt een deskundige aangesteld die voor de uitvoering van zijn opdracht enkele vaststellingen ter plaatse wil doen. De bouwheer stelt de toegang tot de fabriek aan de aannemer, zijn personeelsleden en technische raadsleden echter afhankelijk van de voorafgaande ondertekening van een geheimhoudingsovereenkomst¹²⁹.

In dat verband kan de vraag gesteld worden of de vereiste van de voorafgaande ondertekening van een confidentialiteitsafspraken, vooraleer men een partij toegang geeft tot vertrouwelijke informatie (in een 'dataroom' of bij een plaatsbezoek tijdens een deskundigenonderzoek), in strijd is met de rechten van verdediging van die partij. De Belgische rechtspraak oordeelt momenteel dat dit niet het geval is. In een arrest van 5 september 2007 beslist het hof van beroep van Antwerpen dat de vereiste van het ondertekenen van een vertrouwelijkheidsovereenkomst geen afbreuk doet aan de rechten van verdediging van de aannemer en geen belemmering vormt voor de expertiseverrichtingen. Het hof heeft dus oog voor de bezorgdheid van de bouwheer dat de vertegenwoordigers en technische raadsleden van de aannemer tijdens het plaatsbezoek kennis zouden kunnen nemen van zijn belangrijke technische knowhow¹³⁰. Daarnaast erkent ook de Europese Commissie het belang van het ondertekenen van een confidentialiteitsafspraken in bepaalde situaties. In het *Groenboek* inzake oneerlijke handelspraktijken tussen ondernemingen in Europa beschouwt men de weigering om een geheimhoudingsovereenkomst te ondertekenen als een voorbeeld van een oneerlijke handelspraktijk¹³¹.

¹²⁵ D. MOUGENOT, "Le charme discret des 'petites' mesures d'instruction", *P&B* 2007, 245, nr. 19 en D. DESSARD, noot onder Voorz. Kh. Luik 3 februari 1978, *TBH* 1980, 395.

¹²⁶ G.L. BALLON, *Bewijs in handelszaken*, Gent, Story Publishers, 2012, 70.

¹²⁷ Kh. Brussel 4 november 2009, nr. A/08/02426, *onuitg.*

¹²⁸ D. MOUGENOT, "Le secret d'affaires et ses implications en droit judiciaire", *P&B* 2009, (112) 117.

¹²⁹ Zie Antwerpen 24 mei 2006, nr. 2005/RK/276, *onuitg.*, en Antwerpen 5 september 2007, nr. 2007/RK/32, *onuitg.*, aangehaald door H. KEULERS, "De tegensprekelijkheid in het gerechtelijk deskundigenonderzoek versus de bescherming van bedrijfsgeheimen en knowhow: kunnen water en vuur verzoend worden?" in *Bestendig Handboek Deskundigenonderzoek*, Mechelen, Kluwer, 2012, losbl., III.8-8.

¹³⁰ Antwerpen 24 mei 2006, nr. 2005/RK/276, *onuitg.*, 6. Zie ook Brussel 29 juni 2009, *RW* 2012-13, 388, waarin men stelde dat de toegang tot de dataroom afhankelijk stellen van het ondertekenen van een vertrouwelijkheidsovereenkomst geen inbreuk vormde op de rechten van verdediging.

¹³¹ Overw. 5.5. *Groenboek* inzake oneerlijke handelspraktijken in de food- en non-food toeleveringsketen tussen ondernemingen in Europa, COM/2013/037.

49. Tot slot kan het zakengeheim ook een inperking van de openbaarheid van de terechtzitting noodzaken. Doorgaans gebeurt dit informeel, met instemming van alle partijen, maar soms wordt ook uitdrukkelijk de behandeling in raadkamer bevolen. Voor de 18de kamer van het hof van beroep te Brus-

sel wordt in heel uitzonderlijke gevallen zelfs gepleit in afwezigheid van de advocaat van de tegenpartij, doch dit gebeurt enkel met wederzijdse toestemming van alle partijen. Allicht kan men voor een dergelijke afbreuk aan de tegenspraak ook minstens de voorwaarde van reciprociteit stellen¹³².

III. CONFIDENTIALITEITSAFSPRAKEN

50. Zoals hoger al aangehaald, zijn confidentialiteitsafspraken in handelszaken erg courant, het weze in de vorm van een confidentialiteitsclausule dan wel middels een afzonderlijke geheimhoudingsovereenkomst. In aansprakelijkheidsprocedures rijst soms de vraag of een dergelijke afspraak ook het gebruik in rechte van de beoogde informatie of stukken kan uitsluiten en zich langs die weg ook aan de rechter kan opdringen¹³³.

51. Men voelt onmiddellijk aan dat ook hier wrijving ontstaat met elementaire uitgangspunten van justitie: enerzijds het principe dat het proces er op gericht is zoveel als mogelijk alle feiten van de zaak naar boven te brengen¹³⁴, en anderzijds het beginsel houdende het recht van verdediging, dat het recht op bewijs en het tegensprekelijk karakter van de waarheidsvinding omvat¹³⁵. Dat een partij haar rechten niet adequaat zou kunnen handhaven omwille van een eerder, misschien argeloos aangenomen contractuele beperking van haar bewijsmogelijkheden, lijkt op het eerste gezicht niet te stroken met de procesrechtelijke uitgangspunten van onze rechtsorde¹³⁶. Dit geldt des te meer nu de procestheorie de rechter voor een groot deel uit de houdgreep van de wilsautonomie heeft gehaald door de actieve rol van die eerste te beklemtonen¹³⁷. Hieronder wordt een onderscheid gemaakt naar gelang de persoon die het confidentiële bewijs in het debat wil brengen. Dat kan de rechter zijn (1), één van de (contract)partijen bij de confidentialiteitsafspraken (2) of een derde (3).

1. Gedwongen overlegging op bevel van de rechter

52. Indien het de rechter is die de productie van het bewijs wil afdwingen middels een beroep op de gedwongen overlegging van stukken (art. 871 en 877 Ger.W.), rijst de vraag of het bestaan van een confidentialiteitsbeding of -overeenkomst daartoe een beletsel is. Niemand kan hard maken dat een confidentialiteitsovereenkomst van rechtswege in de weg staat aan elk bevel tot overlegging. K. ANDRIES meent niettemin dat een confidentialiteitsafspraken *kán* gelden als een 'wettige reden' om te weigeren het bevel na te komen, met die nuance dat de rechter daar discretionair over oordeelt met inachtneming van alle omstandigheden¹³⁸. Een meerderheid van de rechtsleer stelt daarentegen dat een louter contractuele confidentialiteitsafspraken niet aan een bevel tot overlegging in de weg kan staan¹³⁹. Die strekking kreeg recent navolging in een fraudezaak in Nederland over roterende en inklapbare sloopschroeven die verkocht waren tegen een vijfmaal te hoge prijs. Daarin meende één van de partijen dat er een gewichtige reden was om inzage en afschrift van een schikkingsovereenkomst te weigeren, omdat één van de voorwaarden van die overeenkomst was dat de inhoud vertrouwelijk zou blijven. Men wenste immers de naam en faam van de betrokkenen niet verder te schaden. De rechtbank oordeelde dat dit geen gewichtige reden opleverde, weliswaar ook omdat in de dagvaarding en de andere stukken evenmin rekening werd gehouden met de reputatie van de betrokkenen¹⁴⁰.

¹³². Zie bv. Brussel 30 juni 2010, *JLMB* 2011, 1185.

¹³³. Voor dit hoofdstuk werd in grote mate inspiratie gevonden in een eerdere bijdrage van één van de auteurs, nl. B. ALLEMEERSCH, "Controversiële bewijzen in handelszaken" in B. TILLEMEN en E. TERRYEN (eds.), *Handels- en economisch recht*, I, *Ondernemingsrecht in Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2011, (646) 656 *et seq.*

¹³⁴. Zie o.m. B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 345.

¹³⁵. *Cf. supra*, nrs. 18-20.

¹³⁶. In die zin ook S. RUTTEN, "Ongoorloofd bewijs en (ongoorloofde) bewijsclausules", in CBR (ed.), *CBR Jaarboek 2006-2007*, Antwerpen, Intersentia, 2007, (435) 449.

¹³⁷. B. ALLEMEERSCH, "Controversiële bewijzen in handelszaken" in B. TILLEMEN en E. TERRYEN (eds.), *Handels- en economisch recht*, I, *Ondernemingsrecht in Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2011, (646) 656.

¹³⁸. K. ANDRIES, *Geheimhoudingsovereenkomsten*, Brugge, die Keure, 2011, 311, nr. 319.

¹³⁹. M. FONTAINE en F. DE LY, *Droit des contrats internationaux. Analyse et rédaction de clauses*, 2^e ed., Brussel, Bruylant, 2003, 321; C. GUYOT, "Les clauses de non-concurrence et de confidentialité dans les cessions d'actifs et d'actions", *DAOR* 2001, (4) 7; J. MILQUET, "La production en justice, par un cocontractant, de renseignements et de documents protégés par une clause de confidentialité", *Revue de droit des affaires internationales* 1991, (153) 160; R. PRIoux en M. CALUWAERTS, "L'information légale des associés des SA, SPRL et SCRL" in M. COIPEL (ed.), *Droit des sociétés commerciales 2006-2007*, Deel I, Waterloo, Kluwer, 2006, 934-935.

¹⁴⁰. Rb. Rotterdam 3 juni 2009, *LJN* BI9158. Zie ook Rb. Amsterdam 11 september 2008, *LJN* BF0587 waarin de rechtbank oordeelt dat het feit dat partij A en partij B hebben afgesproken dat bepaalde informatie geheim moet blijven, geen gewichtige reden oplevert indien partij C inzage vordert.

53. De meerderheidsstrekking is allicht het meest in lijn met de heersende procestheorie, maar verdient toch enige nuance, waardoor de waarheid allicht in het midden ligt. De macht van de rechter om zijn onderzoeksmaatregel op te leggen aan partijen én aan derden heeft voorrang op de wilsautonomie van partijen en zeker die van derden. Dit volgt uit de actieve rol die de rechter is toebedeeld in de waarheidsvinding¹⁴¹. De ‘wettige reden’ met betrekking tot de weigering tot overlegging komt overigens enkel voor in artikel 882 Gerechtelijk Wetboek, dat de door de weigering getroffen partijen recht geeft op schadevergoeding, en wordt door de wetgever niet rechtstreeks in verband gebracht met de macht van de rechter om overlegging te eisen, desnoods op straffe van een dwangsom¹⁴².

Wat de meerderheid evenwel te weinig beklemtoont, is dat bij de beoordeling van de opportuniteit van een bevel tot overlegging de rechter rekening mag houden met de belangen van de persoon die het voorwerp is van de maatregel¹⁴³. Op die manier kan de confidentialiteit dus wel nog een rol spelen, want uiteraard zal de confidentialiteit een element kunnen zijn in zo’n belangenafweging. Het onderscheid met de stelling van ANDRIES ligt hierin dat de beoordeling van de opportuniteit van een bevel tot overlegging *vooraf* gebeurt terwijl de ‘wettige reden’ maar aan bod komt *achteraf*, na een eventuele weigering. Niet voor niets voorziet de wettelijke procedure trouwens in een voorafgaande consultatie van de derde, die de mogelijkheid krijgt om de rechter uit te leggen waarom een bevel tot overlegging niet aangewezen is (art. 878 Ger.W.), vooraleer de rechter de knoop doorhakt in het vonnis (art. 879 Ger.W.).

54. Een en ander betekent echter niet dat stukken gedekt door confidentialiteit zomaar in de openbaarheid worden gegooid. Naar analogie met wat het geval is voor stukken gedekt door het zakengeheim, kan de rechter bijzondere maatregelen treffen om het confidentiële karakter van het stuk zoveel als mogelijk te beschermen en ongeoorloofde verspreiding te voorkomen¹⁴⁴. Wel verdient SIJMONSMA navolging wanneer hij stelt dat een partij die aanvoert dat zij bij een veroordeling tot overlegging van stukken zou handelen in strijd met haar contractuele geheimhoudingsplicht, dat in elk geval op tweevoudige wijze moet toelichten. Ten eerste moet zij de inhoud van die geheimhoudingsplicht ver-

melden. Daarnaast moet het duidelijk zijn dat de persoon die de betreffende plicht heeft bedongen, nog aanspraak maakt op die geheimhouding¹⁴⁵.

2. Vrijwillige voorlegging door een derde

55. Indien diegene die het confidentiële bewijs wil voordragen slechts een derde is ten aanzien van de contractuele afspraak strekkende tot geheimhouding, is deze niet aan hem tegenstelbaar. Een bewijsovereenkomst is enkel bindend voor de partijen die ze hebben afgesloten (1165 BW) en dus kunnen derden zich nog steeds van dat bewijsstuk bedienen indien ze het rechtmatig in handen hebben gekregen of er de overlegging ervan laten bevelen indien dat stuk relevant voor hen kan zijn. De rechtsfiguur van de derde-medeplichtigheid laat zich niet zomaar overplanten naar de procestheorie¹⁴⁶.

3. Vrijwillige voorlegging door een contractspartij

56. Indien het één van de contractpartijen bij de confidentialiteitsafpraak is die het confidentiële stuk in het debat wil brengen, liggen de zaken iets moeilijker. Een deel van de rechtsleer verdedigde tot nu toe de stelling dat een partij die een confidentialiteitsverbintenis aanging niet het recht kan ontzegd worden het confidentiële stuk in rechte te gebruiken¹⁴⁷. Anderen menen dat een schending van een vertrouwelijkheidsclausule of -overeenkomst het bewijs sowieso ongeoorloofd maakt¹⁴⁸. Bij nader inzien is de kwestie iets ingewikkelder dan het op het eerste gezicht lijkt.

Het valt niet te ontkennen dat het recht van verdediging en het daaruit voortvloeiende recht op bewijs fundamentele waarborgen zijn. Bijgevolg is het niet onaannemelijk dat het om imperatieve normen gaat. Van een imperatieve norm kan enkel afstand worden gedaan door de partij die de norm beoogt te beschermen en wel pas vanaf het moment dat deze partij zich effectief in de werkingssfeer ervan bevindt. De werkingssfeer van het recht van verdediging is de rechtspleging. Men kan daaruit besluiten dat een afstand van het recht op bewijs vóór de aanvang van de rechtspleging prematuur en derhalve niet geldig of minstens tegenstelbaar is. Een

¹⁴¹. E. KRINGS, “Het ambt van de rechter bij de leiding van het rechtsgeding”, *RW* 1983-84, (338) 354. Zie ook R. PERROT, “Le droit à la preuve” in W.J. HABSCHIED (ed.), *Effectiveness of Judicial Protection and Constitutional Order*, Bielefeld, Giesecking, 1983, (91) 103.

¹⁴². B. ALLEMEERSCH, “Controversiële bewijzen in handelszaken” in B. TILLEMEN en E. TERRY (eds.), *Handels- en economisch recht*, I, *Ondernemingsrecht in Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2011, (646) 657, nr. 799.

¹⁴³. B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 419 en de verwijzingen aldaar.

¹⁴⁴. B. ALLEMEERSCH, “Controversiële bewijzen in handelszaken” in B. TILLEMEN en E. TERRY (eds.), *Handels- en economisch recht*, I, *Ondernemingsrecht in Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2011, (646) 657, nr. 799.

¹⁴⁵. J.R. SIJMONSMA, *Het inzage-recht: artikel 843a van het Wetboek van burgerlijke rechtsvordering*, Deventer, Kluwer, 2010, 187.

¹⁴⁶. B. ALLEMEERSCH, “Controversiële bewijzen in handelszaken” in B. TILLEMEN en E. TERRY (eds.), *Handels- en economisch recht*, I, *Ondernemingsrecht in Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2011, (646) 657-658, nr. 800.

¹⁴⁷. B. ALLEMEERSCH en P. SCHOLLEN, “Behoorlijk bewijs in burgerlijke zaken. Over de geoorloofdheidsvereiste in het burgerlijk bewijsrecht”, *RW* 2002-03, (41) 56-57, i.h.b. vn. 165.

¹⁴⁸. T. AFSCHRIFT, *Traité de la preuve en droit fiscal*, Brussel, Larcier, 1998, 167 en J. MILQUET, “La production en justice, par un cocontractant, de renseignements et de documents protégés par une clause de confidentialité”, *RDAI* 1991, (153) 167.

akkoord (om een bepaald stuk niet als bewijs aan te wenden) dat partijen in de loop van het geding hebben afgesloten, is wel geldig¹⁴⁹.

57. Bij nader inzien is die analyse misschien iets te rigide. Hoewel men dat op het eerste gezicht niet zou verwachten, is het juist uit mensenrechtelijke hoek dat de nuancering komt. Laat ons beginnen door terug te keren naar de juridische kwalificatie van grondrechten. Een meerderheid van de auteurs beschouwt deze niet als louter imperatieve normen, zoals hierboven gebeurde, maar plaatst ze in een nog hogere categorie: openbare orde¹⁵⁰. Men zou veronderstellen dat zulks de zaken er niet gemakkelijker op maakt, maar daar komt nu precies de kat op de koord. Hoewel men in beginsel niet kan verzaken aan de bescherming door een norm van openbare orde, wordt dit inzake grondrechten nochtans wél aanvaard, ten minste zolang het niet om ‘*non-derogable rights*’ gaat (rechten waarvan men niet kan afwijken) en het geen ‘disproportionele beperking’ is¹⁵¹. Het recht op eerlijk proces komt niet voor in de opsomming van rechten waarvan niet kan afwijken (art. 15 EVRM). De proportionaliteitstest is derhalve de enige sleutel tot het vraagstuk. Dat betekent dat een beperking van het recht op bewijs wel degelijk toelaatbaar is, mits de ernst van de beperking evenredig is met het nagestreefde doel, dat uiteraard ook legitiem moet zijn. Bovendien moet volgens de klassieke ‘*substance of a right*’-theorie de kern van het ingeperkte grondrecht altijd bewaard blijven¹⁵², wat met zich meebrengt dat de geheimhoudingsclausule een eerlijk proces niet volstrekt onmogelijk mag maken.

Op de keeper beschouwd is de juiste aanpak dus opnieuw de beproefde techniek van de belangenafweging. De rechter zal het respect voor een rechtsgeldig aangegane contractuele verbintenis moeten afwegen tegen de fundamentele waarborg van een eerlijk proces en het daaruit voortvloeiende recht op bewijs. Daarbij zullen de concrete omstandigheden de doorslaggevende factor zijn. De rechter kan rekening houden met alle omstandigheden, met inbegrip van de over-

blijvende bewijsmogelijkheden, de houding van de respectieve procespartijen, de in het geding zijnde belangen, het nut en het doel van de geheimhouding, het bestaan van alternatieven om hetzelfde doel op minder belastende manier te bereiken, enz.¹⁵³.

58. Bij wijze van voorbeeld kunnen *a priori* reeds enkele bijzondere situaties van elkaar onderscheiden worden. Ten eerste is er een onderscheid naargelang de confidentialiteitsclausule expliciet de voorlegging in rechte uitsluit of niet¹⁵⁴. Het recht op bewijs is dermate essentieel dat een conventionele afstand ervan niet vermoed kan worden: een restrictieve interpretatie van confidentialiteitsafspraken dringt zich op. Dat vloeit eigenlijk ook voort uit het onderscheid tussen een volwaardige bewijsovereenkomst en een geheimhoudingsovereenkomst. Een bewijsovereenkomst is een partij-instructie aan de rechter die de aanwezige bewijsmiddelen met betrekking tot een geschil moet waarderen¹⁵⁵. Een geheimhoudingsbeding daarentegen is veeleer een instructie overeengekomen tussen de partijen zelf en heeft een interne strekking¹⁵⁶. In een procedure tussen twee medecontractanten is het bovendien ook logisch dat het geheime karakter niet verhindert dat men zich in rechte op die overeenkomst beroept. Anders zou de ene partij naar believen kunnen beslissen om de overeenkomst al dan niet uit te voeren, terwijl de andere partij gehouden zou zijn tot het respecteren van de geheimhoudingsovereenkomst¹⁵⁷.

De Hoge Raad in Nederland stelt eveneens een restrictieve interpretatie van een confidentialiteitsafpraak voorop. In een zaak van 10 april 2010 over de rechtskracht van een vertrouwelijkheidsclausule in een bemiddelingsovereenkomst tussen de partijen en de bemiddelaar, oordeelde de Hoge Raad dat een rechter niet te snel mag aannemen dat een overeenkomst zonder een uitdrukkelijk daarop gerichte bepaling, een bewijsovereenkomst is die ertoe strekt de verklaring van de mediator als getuige in een rechtsgeding als bewijsmiddel uit te sluiten¹⁵⁸. Hebben de partijen dus niet met zoveel woorden afgesproken dat de confidentiële informatie ook

¹⁴⁹. B. ALLEMEERSCH, “Controversiële bewijzen in handelszaken” in B. TILLEMEN en E. TERRYEN (eds.), *Handels- en economisch recht, I, Ondernemingsrecht in Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2011, (646) 658, nr. 801.

¹⁵⁰. E. DIRIX, “Grondrechten en overeenkomsten” in K. RIMANQUE (ed.), *De toepasselijkheid van de grondrechten in de private verhoudingen*, Antwerpen, Kluwer, 1982, (36) 44; J. VANDEN LANOTTE en Y. HAECK, *Handboek EVRM*, Deel 1, Antwerpen, Intersentia, 2005, 97; W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, “L’ordre public et les droits de l’homme”, *JT* 1968, (658) 660.

¹⁵¹. N. VAN LEUVEN, *Contracten en mensenrechten. Een mensenrechtelijke lezing van het contractenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 371 en 372, randnrs. 635 en 637.

¹⁵². K. RIMANQUE en P. PEETERS, “De toepasselijkheid van grondrechten in de betrekkingen tussen private personen. Algemene probleemstellingen” in K. RIMANQUE (ed.), *De toepasselijkheid van de grondrechten in de private verhoudingen*, Antwerpen, Kluwer, 1982, (3) 22.

¹⁵³. B. ALLEMEERSCH, “Controversiële bewijzen in handelszaken” in B. TILLEMEN en E. TERRYEN (eds.), *Handels- en economisch recht, I, Ondernemingsrecht in Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2011, (646) 659, nr. 801.

¹⁵⁴. B.T.M. VAN DER WIEL, “De bewijsovereenkomst”, *WPNR* 2002, (221) 223.

¹⁵⁵. J.M. SCHELTMA, “Contractuele regelingen omtrent de toelaatbaarheid en de waardering van bewijsmiddelen en omtrent de uitsluiting van tegenbewijs”, *WNPR* 1935, (419) 419 en C. ASSER en A.S. HARTKAMP, *Verbindenissenrecht, 2, Algemene leer der overeenkomsten*, Deventer, W.E.J. Tjeenk Willink, 2005, 28.

¹⁵⁶. A.C. VAN SCHAICK, “Bewijsovereenkomsten en geheimhoudingsafspraken”, *NTBR* 2006, nr. 18.

¹⁵⁷. K. ANDRIES, *Geheimhoudingsovereenkomsten*, Brugge, die Keure, 2011, 317-318.

¹⁵⁸. HR 10 april 2010, *LJN* BG9470, nr. 3.3. In België speelt die discussie in het kader van een bemiddelingsovereenkomst niet, omdat art. 1728 Ger.W. uitdrukkelijk bepaalt dat documenten en mededelingen uit een bemiddeling niet mogen worden gebruikt als bewijsmateriaal en dat de bemiddelaar evenmin mag worden opgeroepen als getuige in een burgerrechtelijke procedure.

nooit aan een rechter mag worden voorgelegd, dan moet de voorlegging in rechte steeds toegelaten worden, als uitzondering op de generieke confidentialiteitsverbintenis.

Een tweede onderscheid dat men kan maken, is naargelang de voorlegging in rechte gebeurt in een geschil dat uitsluitend de partijen bij de confidentialiteitsafpraak tegenover elkaar stelt dan wel in een geschil waarin ook derden betrokken zijn. Het verschil tussen beide situaties ligt in de (in)discretie. In de eerste situatie is het enkel de rechter, zelf gehouden tot het ambtsgeheim, die kennis krijgt van het confidentiële stuk door de voorlegging ervan. In de tweede situatie krijgt ook de derde kennis ervan, zelfs al heeft deze geen uitstaans met het rechtsfeit dat men met het stuk probeert te bewijzen¹⁵⁹.

CONCLUSIE

60. Naar aanleiding van het arrest van het Hof van Cassatie van 2 november 2012 en enkele recente arresten van de hoven van beroep kunnen we concluderen dat het recht op de bescherming van vertrouwelijke informatie definitief ingang heeft gevonden in de Belgische burgerlijke rechtspleging. Hoewel de bescherming van het zakengeheim zeker het risico van een ‘instrumentalisatie’ inhoudt, kunnen zowel de eisende als de verwerende partij met hetzelfde fundamenteel probleem geconfronteerd worden, namelijk dat zij zonder de bescherming ervan hun rechten niet op een adequate manier zouden kunnen verdedigen in de rechtbank. Daarvoor bestaat nu een oplossing.

Natuurlijk heeft die bescherming van vertrouwelijke informatie ook zijn prijs, zowel in de figuurlijke als in de letterlijke betekenis. In de figuurlijke zin betekent het dat andere fundamentele rechten, in het bijzonder het recht op tegenspraak, geen absolute gelding meer kunnen krijgen en in een andere, meer genuanceerde vorm zullen moeten worden

59. Bij wijze van slotopmerking kan men de vraag stellen of een louter privaatrechtelijke analyse tot een heel ander resultaat zou geleid hebben. Een stuk voorleggen in weerwil van een geheimhoudingsclausule is in privaatrechtelijk opzicht een contractuele wanprestatie die, zoals hierboven al gezegd, aanleiding geeft tot herstel in natura, dat neerkomt op de wering uit de debatten. Maar de handhaving van een verbintenis kan ook rechtsmisbruik uitmaken, in welk geval de eisende partij op haar plaats kan gezet worden. Ongetwijfeld kan men de toets van het rechtsmisbruik theoretisch niet gelijkstellen met de evenredigheidstest uit het grondrechten-discours, maar in de praktijk zullen beide misschien niet zo ver van elkaar liggen ...¹⁶⁰.

gehandhaafd. In de letterlijke zin betekent het een verhoogde financiële kost. De kostprijs van een ‘dataroom’ valt niet te verwaarlozen, zodat de uitdaging erin bestaat om ook voor zaken met een geringere inzet een oplossing te vinden die alle betrokken belangen kan verzoenen. In het andere geval zijn we aan het evolueren naar een klassejustitie, waarbij de financiële draagwijdte en het economisch belang de graadmeter zijn van de grondigheid waarmee bepaalde fundamentele rechten kunnen worden gewaarborgd.

61. Bij de verwezenlijking van de bescherming van vertrouwelijke informatie ligt er een grote verantwoordelijkheid bij de rechters. Zij moeten de vele belangen betrekken in hun afweging en creatieve oplossingen uitwerken. Daarbij gaan we ervan uit dat ze dat op de meest billijke manier zullen doen, maar toch moeten we er ons van bewust zijn dat dit een niet onaanzienlijke verzwaring van hun werklast kan meebrengen.

¹⁵⁹. B. ALLEMEERSCH, “Controversiële bewijzen in handelszaken” in B. TILLEMEN en E. TERRYEN (eds.), *Handels- en economisch recht, I, Ondernemingsrecht in Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2011, (646) 660, nr. 801.

¹⁶⁰. *Ibid.*, 661, nr. 802.