

De reikwijdte van de geheimhoudingsplicht in NDA's na het verstrijken van een overeengekomen termijn

*Mr. drs. J. C. Tijink**

Inleiding

Bij *controlled auctions* (veilingfusies) wordt meerdere potentiële kopers gelijktijdig gevraagd of zij interesse hebben in de koop van een bepaalde vennootschap. Als zij deze vraag bevestigend beantwoorden, eist de verkoper doorgaans dat ze vooraf een *confidentiality agreement* of een *non-disclosure agreement* (hierna: NDA) tekenen waarin ze onder meer verklaren dat ze de aan hen verstrekte informatie met betrekking tot de te veilen vennootschap en het biedingsproces geheim zullen houden.¹ De potentiële kopers proberen vervolgens regelmatig om de verplichtingen onder de NDA in tijd te beperken door een termijn van bijvoorbeeld anderhalf of twee jaar uit te onderhandelen. Na het verstrijken van deze termijn zouden de verplichtingen als overeengekomen in de NDA dienen te vervallen.

Eenzijds is het begrijpelijk dat een potentiële koper huiverig zal zijn zich aan een ongelimiteerde en dus in beginsel eeuwigdurende geheimhoudingsplicht te onderwerpen, zeker als de potentiële koper een investeringsmaatschappij is. Investeringsmaatschappijen zijn immers veelal als een fonds gestructureerd en deze fondsen kennen een beperkte looptijd, waarna zij geliquideerd worden. Een aansprakelijkheid op grond van het schenden van een geheimhoudingsplicht zou aan de liquidatie van een fonds in de weg kunnen staan.² Anderzijds is er ook het nodige te zeggen voor het standpunt van de verkoper dat de geheimhoudingsplicht niet ingeperkt dient te worden door een termijn. De informatie die wordt verstrekt na het tekenen van de NDA is immers vertrouwelijk en openbaarmaking daarvan kan de concurrentiepositie van de *target*-vennootschap en/of de verkoper schaden. Voor een groot deel van de verschaft informatie zal dit ook na het verstrijken van een termijn van anderhalf of twee jaar nog steeds het geval zijn. In

dezelfde NDA zal weliswaar ook een bepaling zijn opgenomen dat alle verschaft materialen vernietigd moeten worden of worden teruggegeven aan de verkoper of de *target*, maar de kans is altijd aanwezig dat er informatie achterblijft. Bovendien ondervangt een dergelijke bepaling niet de openbaarmaking van kennis die niet is neergelegd in een document, zoals kennis over de strategie van de betrokken vennootschap. Echter, juist het gegeven dat de informatie niet minder vertrouwelijk wordt door het verstrijken van een overeengekomen termijn, maakt mijns inziens dat de kandidaat-koper ook na het verstrijken van de betreffende termijn nog steeds gehouden kan zijn om de informatie geheim te houden. Openbaarmaking van de informatie na het verstrijken van een termijn zal dan weliswaar geen wanprestatie meer opleveren, maar nog wel een onrechtmatige daad.

In deze bijdrage zal ik uiteenzetten waarom mijns inziens een kandidaat-koper ook na het verstrijken van een overeengekomen termijn nog gehouden zal zijn het vertrouwelijke karakter van de verkregen informatie te respecteren. Tevens zal ik een aantal suggesties doen hoe de geheimhoudingsplicht in het biedingsproces het beste vormgegeven kan worden.

Onrechtmatige daad

Onrechtmatigheid

Voor aansprakelijkheid op grond van artikel 6:162 Burgerlijk Wetboek (BW) is allereerst vereist dat er sprake is van een onrechtmatige daad, oftewel een inbreuk op een recht, een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht of met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betamelijk is. In welke categorie openbaarmaking van de in het kader van een *auction* verkregen informatie zal vallen, is afhankelijk van welke informatie precies is geopenbaard. Openbaarmaking van informatie waarop intellectuele eigendomsrechten rusten, zoals een octrooirecht of een auteursrecht, zal kwalificeren als een inbreuk op een recht. In het geval van een inbreuk op een dergelijk exclusief recht staat onrechtmatigheid van die gedraging vast (tenzij er sprake is

* Mr. drs. J.C. Tijink is werkzaam als advocaat bij Loyens & Loeff te Amsterdam.

1. D.A.M.H.W. Strik, *Bid-rigging: to play or not to play*, *Ondernemingsrecht* 2004, p. 204.
2. H.L. Kaemingk, *Private equity en haar plaats in het ondernemingsrecht*, *Ondernemingsrecht* 2005, p. 201.

van een rechtvaardigingsgrond).³ Ook openbaarmaking van privacygevoelige informatie, zoals de inhoud van een arbeidsovereenkomst, zal een inbreuk op een subjectief recht opleveren.⁴ Van een handelen in strijd met een wettelijke plicht zal bijvoorbeeld sprake zijn als de kandidaat-koper informatie over de door de *target*-vennootschap gehanteerde prijzen concurrentiebeperkend gebruikt.

De openbaarmaking van informatie na het verstrijken van de in de NDA overeengekomen termijn die niet kwalificeert als een inbreuk op een recht of een strijd met een wettelijke norm, zal mijns inziens onder omstandigheden echter ook onrechtmatig kunnen zijn als deze openbaarmaking strijdig is met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betamelijk is. Deze norm legt immers aan eenieder de plicht op die zorg te betrachten die van een zorgvuldig mens verwacht mag worden ten opzichte van een ander persoon of goed, of met betrekking tot iemands vermogensbelangen.⁵

De sterk casuïstische rechtspraak biedt een aantal handvatten ter invulling van deze norm.⁶ Van Maanen destilleert hieruit dat de mate van waarschijnlijkheid dat een bepaalde gedraging schade zal veroorzaken een rol speelt en ook hoe gevaarlijk die gedraging is.⁷ Iets specifieker is Van Dam: hij stelt dat voor het vaststellen van onrechtmatigheid van een gedraging de omvang van de zorg dient te worden afgewogen tegen de omvang van het risico.⁸ Zorg en risico kunnen volgens hem op hun beurt weer worden onderverdeeld in de Kelderluik-criteria: risico in ernst van de schade en waarschijnlijkheid van de schade, zorg in aard en nut van de gedraging en bezwaarlijkheid van voorzorgsmaatregelen.

Bezien in het licht van deze factoren lijkt de openbaarmaking van vertrouwelijke informatie niet anders dan als onrechtmatig gekwalificeerd te kunnen worden. De potentiële koper is immers door middel van het tekenen van de NDA bekend met het risico: hij is erop gewezen dat de informatie vertrouwelijk is en dat openbaarmaking ervan schadelijk zal zijn voor de *target*-vennootschap en/of de verkoper. De daadwerkelijke ernst en waarschijnlijkheid van de schade zijn wellicht afhankelijk van de specifieke geopenbaarde informatie, maar de bidder weet dat hij zich in een risicosfeer begeeft door de infor-

matie te openbaren. In ieder geval geldt dat de zorg die hij dient te betrachten om openbaarmaking te voorkomen in beginsel gering zal zijn: de gedraging is immers juist een niet-doen en het zou voor de bieder niet bezwaarlijk moeten zijn om de voorzorgsmaatregelen, die hij immers al getroffen zal hebben ten tijde van de NDA, te handhaven.

Bovendien rust mijns inziens een zwaardere zorgplicht op de bieder, aangezien deze immers met het tekenen van de NDA expliciet heeft erkend dat de verstrekte informatie vertrouwelijk is. Juist de kennis van het gegeven dat de verstrekte informatie vertrouwelijk is (of door de verkoper als zodanig wordt beschouwd), maakt dat de bieder meer zorg zal moeten betrachten om de informatie geheim te houden en de bieder eerder onrechtmatig zal handelen door openbaarmaking ervan dan een ander die de betrokken informatie niet in het kader van de *auction* heeft verkregen.

Daarnaast vindt het gehele biedingsproces plaats in een professionele sfeer waarin de nodige discretie van alle partijen verwacht mag worden. In ieder geval tijdens het biedingsproces wordt de rechtsverhouding tussen de deelnemers beheerst door de goede trouw.⁹ Hoewel het opnemen van een termijn erop gericht is dat er geen twijfel bestaat over het einde van deze rechtsverhouding, zou mijns inziens goed betoogd kunnen worden dat ook de beginselen van redelijkheid en billijkheid zich ertegen verzetten dat terstond na het verstrijken van de overeengekomen termijn alle verkregen informatie geopenbaard wordt.

Tegen bovengenoemd standpunt zou kunnen worden aangevoerd dat de verkoper en de bidders door middel van de NDA zwart-op-wit zijn overeengekomen dat met het verstrijken van de termijn alle mogelijke aansprakelijkheden komen te vervallen. De bidders hebben deze termijn juist uitonderhandeld om niet jaren later weer met aansprakelijkheden geconfronteerd te worden. Gezien het feit dat partijen zich in een professionele sfeer bewegen en zich veelal laten bijstaan door adviseurs, zou men met het oog op het arrest Meijer/Pontmeyer gemakkelijk kunnen betogen dat alle aansprakelijkheden zijn weggeschreven.¹⁰ Een dergelijk standpunt gaat echter voorbij aan het gegeven dat het overeenkomen van een termijn in een NDA in beginsel geen afbreuk doet aan aansprakelijkheden voortvloeiend uit een onrechtmatige daad. Om elke twijfel hierover weg te nemen zou het overigens aan te raden zijn om in de NDA nog expliciet op te nemen dat het eindigen van de overeengekomen termijn van de geheimhoudingsplicht geen afbreuk doet aan de aansprakelijkheden op grond van of voortvloeiend uit de wet.

3. HR 12 maart 2004, NJ 2009, 549 en HR 14 oktober 2005, NJ 2007, 270.

4. A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht: verbintenissenrecht. Verbintenissenrecht: de verbintenis in het algemeen, eerste gedeelte, Deventer: Kluwer 2011, nr. 53 en J. Spier e.a., Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding, Deventer: Kluwer 2009, nr. 34.

5. Parl. Gesch. Boek 6, p. 616.

6. O.a. HR 5 november 1965, NJ 1966, 136 m.nt. Scholten (Kelderluik), HR 8 januari 1982, NJ 1982, 614 m.nt. Brunner (De Rijk/Dorpshuis Kamerik), HR 9 december 1994, NJ 1996, 403 m.nt. Brunner (Zwiepen-de tak).

7. Spier e.a. 2009, nr. 42.

8. C.C. van Dam, Aansprakelijkheidsrecht, Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2000, nr. 801.

9. S. Mol, Top 10 juridische issues bij private equity transacties, TOP 2010, p. 147 en R.A.I. Snethlage, 'Controlled auctions': enige kanttekeningen, O&F 2003, p. 74.

10. HR 19 januari 2007, NJ 2007, 575 (Meijer/Pontmeyer).

Overige vereisten voor onrechtmatige daad

Naast onrechtmatigheid vereist een toerekenbare tekortkoming toerekenbaarheid, relativiteit, schade en causaal verband. De toerekenbaarheid levert in beginsel weinig problemen op – de openbaarmaking van de informatie is te wijten aan de bieder of komt krachtens artikel 6:170 BW voor zijn rekening. Hetzelfde geldt voor de relativiteit: in geval van inbreuk op een (subjectief) recht of het in strijd handelen met een zorgvuldigheidsnorm ten opzichte van de vennootschap spreekt de relativiteit voor zich.¹¹ Ook indien de verkregen informatie wordt gebruikt om de *target* de markt uit te prijzen (en er dus sprake is van handelen in strijd met een wettelijke norm), zal de relativiteit geen probleem zijn. In alle gevallen is de geschonden norm immers gericht op het beschermen van de *target* tegen de geleden schade.

De achilleshiel van dit betoog blijft echter de (ook onder de geheimhoudingsbepalingen van de NDA¹²) lastig te bewijzen schade. Wat is immers precies de schade als bijvoorbeeld de persoonsgegevens van werknemers of de strategie van de *target* publiekelijk bekend worden? Zeker als er al enige tijd verstreken is sinds de informatie verstrekt is, zullen de aard en omvang van de schade lastig te bewijzen zijn. Juist om deze problematiek te ondervangen neemt men in NDA's vaak een boeteclausule op. Aan een boeteclausule kleefte echter weer het gevaar dat de bieder de boete voor lief neemt als hij de verkregen informatie van grotere waarde schat.

Mogelijke oplossingen

Mede gezien de problemen die gepaard gaan met het vaststellen van de schade, verdient het de voorkeur niet te procederen over het schenden van geheimhoudingsplichten. Met het oog daarop zou kunnen worden getracht in een NDA een splitsing overeen te komen tussen de geheimhoudingsbepalingen en de overige bepalingen van de NDA.¹³ De geheimhoudingsbepalingen zouden dan kunnen worden uitgezonderd van de toepasselijkheid van de termijn. Zoals blijkt uit de in de inleiding genoemde bezwaren is het echter de vraag of bieders daarmee akkoord zullen gaan. Eventueel rest dan nog een meer pragmatische oplossing: de verkoper en de *target* verstrekken de informatie stapsgewijs, waarbij de meest gevoelige informatie pas in het laatste stadium van het biedingsproces beschikbaar komt, uitsluitend aan die (kleine) groep van bieders die dan nog aan het biedingsproces meedoen. Aan een dergelijke constructie kunnen echter ook weer bezwaren kleven, zoals het gegeven dat een verkoper bij een in financiële nood verkerende vennootschap wellicht juist in een vroeg stadium negatieve documentatie zal willen openbaren.

Conclusie

Het overeenkomen van een termijn in een NDA doet in beginsel geen afbreuk aan de zorgvuldigheid die een bieder dient te betrachten ten opzichte van de aan hem geopenbaarde informatie en dus aan diens aansprakelijkheden op grond van artikel 6:162 BW. Voor een groot deel van de informatie zal gelden dat openbaarmaking ervan een inbreuk op een recht of een strijd met een wettelijke plicht oplevert. Openbaarmaking van informatie die niet meteen in een van de hiervoor genoemde categorieën valt in te delen, levert naar mijn mening ook strijd met de zorgvuldigheidsnormen op. De bieder is immers expliciet gewezen op het vertrouwelijke karakter van de informatie en heeft dit karakter ook expliciet erkend.

11. Parl. Gesch. Boek 6, p. 616; Spier e.a. 2009, nr. 43 en HR 30 september 1994, NJ 1996,197.

12. H.J. de Kluiver, Overnamecontracten, letters of intent en garanties, O&F 2003, p. 36-45.

13. Zie ook Strik 2004, nr. 204.