

Informatie

JBPR 2009/59 Gerechtshof Leeuwarden, 04-08-2009, 200.019.452/01, 200.020.381/01, LJN BJ4901
 Bewijsbeslag, Huiszoeking, Opheffing, Gegevensdrager

Aflevering	2009 afl. 5
College	Gerechtshof Leeuwarden
Datum	4 augustus 2009
Rolnummer	200.019.452/01 200.020.381/01 LJN BJ4901
Rechter(s)	Mr. Kuiper Mr. Zandbergen Mr. Weening
Partijen	In de gevoegde zaken met de respectieve zaaknummers 200.019.452/01 Kohler Mira Limited te [plaats], appellante in het principaal en geïntimeerde in het incidenteel appel, in eerste aanleg: gevoegde partij in conventie en eiseres in reconventie, hierna te noemen: Kohler, advocaat: mr. J.V. van Ophem, kantoorhoudende te Leeuwarden, voor wie gepleit heeft mr. E.H.M. Bieleveld, advocaat te Amsterdam, tegen De Melker Sanitairtechniek BV te [plaats], geïntimeerde in het principaal en appellante in het incidenteel appel, in eerste aanleg: eiseres in conventie en verweerster in reconventie, hierna te noemen: De Melker, advocaat: mr. J.W.B. Baron van Till, kantoorhoudende te Amsterdam, die ook heeft gepleit, en 200.020.381/01 1. [appellant 1] te [woonplaats], 2. [appellant 2] te [woonplaats], appellanten in het principaal en geïntimeerden in het incidenteel appel, in eerste aanleg: gedaagden in conventie en eisers in reconventie, hierna gezamenlijk te noemen: [appellanten], advocaat: mr. B. Vaandrager, kantoorhoudende te Amsterdam, die ook heeft gepleit, tegen De Melker Sanitairtechniek BV te [plaats], geïntimeerde in het principaal en appellante in het incidenteel appel, in eerste aanleg: eiseres in conventie en verweerster in reconventie, hierna te noemen: De Melker, advocaat: mr. J.W.B. Baron van Till, kantoorhoudende te Amsterdam, die ook heeft gepleit.
Noot	<i>Mr. drs. T.S. Jansen</i>
Trefwoorden	Bewijsbeslag, Huiszoeking, Opheffing, Gegevensdrager
Regelgeving	Rv - 730; 843a EVRM - 8 Gw - 10 Algemene wet op het binnentreden - 10

» **Samenvatting**

Opheffing onrechtmatig bewijsbeslag nu voor de daaraan ten grondslag liggende civielrechtelijke huiszoeking een deugdelijke wettelijke grondslag ontbrak en deze een inbreuk op het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer opleverde.

» **Uitspraak****Het geding in eerste instantie**

(...; red.)

De gedingen in hoger beroep

(...; red.)

De grieven

(...; red.)

De beoordeling**Ten aanzien van de feiten**

1. Tussen partijen staan de volgende feiten vast als enerzijds gesteld en anderzijds onvoldoende weersproken.

1.1. De Melker is leverancier en importeur van sanitairtechnische producten in de Benelux en is ondermeer gespecialiseerd in legionellapreventie.

1.2. De Melker is sedert ongeveer 1960 exclusief distributeur van Kohler voor de Benelux geweest. Op de distributieovereenkomst, laatstelijk vastgelegd op 1 januari 1998, is Engels recht van toepassing en is uitsluitend de Engelse rechter bevoegd verklaard.

1.3. Tussen De Melker en Kohler is een conflict ontstaan over de ontwikkeling van een M-Guard (een beheer- en besturingssysteem voor collectieve douche-installaties) die volgens Kohler zou concurreren met haar product Pulse. Kohler heeft op 2 juli 2008 de exclusieve distributieovereenkomst opgezegd.

1.4. Na onderhandelingen is vervolgens tussen Kohler de Melker een niet-exclusieve distributieovereenkomst gesloten, die op 26 augustus 2008 als laatste door Kohler is ondertekend.

1.5. [Appellant 1] is op 1 april 1984 bij De Melker in dienst getreden. Laatstelijk was hij werkzaam als directeur Techniek en Ontwikkeling. [Appellant 1] heeft uit hoofde van zijn functie binnen De Melker intensief met Kohler samengewerkt.

1.6. [Appellant 2] is op 1 februari 1991 bij De Melker in dienst getreden. Laatstelijk was hij werkzaam als eindverantwoordelijke voor de commerciële binnendienst. Hij maakte evenals [appellant 1] deel uit van het management team van De Melker.

1.7. [Appellant 1] en [appellant 2] hebben op 29 augustus 2008 hun arbeidsovereenkomst met De Melker opgezegd per 1 oktober 2009. Zij zijn vervolgens in dienst getreden van Kohler. In de arbeidsovereenkomsten van [appellant 1] en [appellant 2] met De Melker was geen concurrentie- of relatiebeding opgenomen, en evenmin een geheimhoudingsbeding.

1.8. Na de opzegging van de arbeidsovereenkomst is de verstandhouding tussen [appellant 1] en [appellant 2] enerzijds en de directie van De Melker anderzijds verslechterd. [Appellant 1] en [appellant 2] hebben zich respectievelijk op 4 en 2 september 2008 ziek gemeld met psychische klachten.

1.9. De Melker heeft aan [persoonsnaam] Bedrijfsrecherche opdracht gegeven de werkplekken van [appellant 1] en [appellant 2] te onderzoeken, op verdenking dat [appellant 1] en [appellant 2] tijdens hun dienstverband met De Melker bewust met Kohler hebben samengewerkt en haar van informatie hebben voorzien opdat Kohler de exclusieve distributieovereenkomst kon beëindigen.

1.10. Op 24 september heeft De Melker bij de rechtbank Assen in een 15 pagina's tellend verzoekschrift "ex artikel 843a Rv" verlof gevraagd om conservatoir beslag te mogen leggen in de woonhuizen van [appellant 1] en [appellant 2] op

- (elektronische) gegevensdragers;
- schriftelijke bescheiden bevattende onderlinge en/of rechtstreekse correspondentie tussen [appellant 1], [appellant 2], Kohler, [betrokkene 2], [betrokkene 3], [betrokkene 6], Thorin Control B.V. en [betrokkene 4], betreffende De Melker, de beëindiging van de exclusieve distributie-overeenkomst tussen De Melker en Kohler, de producten van De Melker, de nieuwe in augustus 2008 tussen De Melker en Kohler gesloten niet-exclusieve distributieovereenkomst en de beëindiging door [appellant 2] en [appellant 1] van hun arbeidsovereenkomsten met De Melker;
- alle bedrijfsmaterieel van De Melker zelf waaronder klantenlijsten, prijslijsten, interne memo's, gegevens omtrent M-Net en M-Guard en alle overige gegevens waarvan is af te leiden dat deze van De Melker afkomstig zijn.

Voorts heeft De Melker verzocht dat een bewaarder wordt aangesteld en dat met toepassing van artikel 709 Rv, derde lid, wordt afgezien van het van tevoren horen van [appellant 1] en [appellant 2].

1.11. De voorzieningenrechter heeft dit verzoek, onder de daarop getypte regel "Toegestaan als verzocht en onder de voorwaarde dat De Melker een procedure ter verkrijging van een executoriale titel aanvangt binnen veertien (14) dagen na het leggen van het [beslag]" getekend op 24 september 2008, met de toevoeging "eerste beslag met afwijzing van de uitvoerbaarheid op de minuut".

1.12. De Melker had voor de indiening van dit beslagrekest aan [appellant 1] noch [appellant 2] om afgifte van enige van de in dat rekest aangeduide bescheiden verzocht.

1.13. Op 29 augustus heeft mr. Helga Manten, als toegevoegd kandidaat deurwaarder, om 11.07 uur, met behulp van een slotenmaker, de woning van [appellant 1] betreden, verder vergezeld van een politie-ambtenaar en een aantal medewerkers van het verhuisbedrijf [betrokkene 1] te Apeldoorn. Op dat moment waren [appellant 1] en zijn echtgenote niet in de woning, doch in het ziekenhuis. Zij zijn, nadat de deurwaarder hen had gebeld en had gezegd dat zij in hun woning was, gedurende de beslaglegging thuisgekomen.

Mr. Manten c.s. hebben gedurende enige uren de woning minutieus onderzocht, waarbij alle kasten en laden zijn geopend, en waarbij alle vormen van administratie, tot en met de zich bij [appellant 1] bevindende administratie van de plaatselijke toneelvereniging, en alle mogelijke gegevensdragers, inclusief de mobiele telefoon van de echtgenote van [appellant 1], in beslag zijn genomen en per verhuiswagen zijn afgevoerd naar het verhuisbedrijf Staal-Hargers te Apeldoorn.

1.14. Op die zelfde dag heeft mr. Arjen Rodmer Lambers, toegevoegd kandidaat deurwaarder, met een slotenmaker en een politieambtenaar en een aantal verhuizers, de woning van [appellant 2] intensief doorzocht, waarbij ondermeer nachtkastjes en het woonvertrek van de inwonende dochter uitgebreid zijn onderzocht. Ondermeer de administratie betreffende de ziektegeschiedenis van de dochter is in beslag genomen. Ook hier zijn alle computers meegenomen. De doorzoeking heeft ongeveer twee uur geduurd. Ook hier zijn de in beslag genomen voorwerpen per vrachtwagen afgevoerd naar het verhuisbedrijf [betrokkene 1] te Apeldoorn.

1.15. De bij [appellant 1] en [appellant 2] in beslag genomen computers zijn in opdracht van De Melker bij [betrokkene 1] onderzocht door [betrokkene 5] van [persoonsnaam] Bedrijfsrecherche. Deze heeft op 2 oktober 2008 een overzicht van aangetroffen bestanden aan de advocaat van De Melker toegezonden.

1.16. [Appellant 2] en [appellant 1] zijn door De Melker in staat gesteld om de in beslag genomen objecten waarvoor De Melker geen belangstelling had, dan wel waarvan inmiddels kopieën waren gemaakt, op te halen bij [betrokkene 1].

De procedure in eerste aanleg

2. De Melker heeft in kort geding, voor zover van belang en kort weergegeven, gevorderd dat haar inzage wordt verleend in de in beslaggenomen bescheiden, althans de daarvan gemaakte kopieën. De Melker heeft aangevoerd dat hij deze bescheiden nodig heeft om in de inmiddels tegen [appellant 1], [appellant 2], Kohler en [betrokkene 4] (belast met de ontwikkeling van het M-net systeem) gestarte bodemprocedure te kunnen aantonen dat [appellant 1] en [appellant 2] onrechtmatig jegens De Melker hebben gehandeld en aansprakelijk zijn voor de schade die het gevolg is van het opzeggen van de exclusieve distributieovereenkomst door Kohler.

2.1. [Appellant 2] en [appellant 1] hebben betwist dat zij onrechtmatig hebben gehandeld. Zij hebben aangevoerd dat zij hun banen hebben opgezegd omdat ten gevolge van wijzigingen in het management van De Melker de sfeer verslechterde en het met het bedrijf bergafwaarts ging.

2.2. Zij hebben aangevoerd dat De Melker hun huisrecht heeft geschonden. Zij hebben in reconventie opheffing van het gelegde beslag gevorderd. Kohler heeft zich aan hun zijde gevoegd. Zij heeft gesteld dat er bedrijfsgevoelige informatie van haar in beslag is genomen bij [appellant 1] en [appellant 2].

2.3. De voorzieningenrechter heeft geoordeeld dat niet summierlijk is gebleken van de ondeugdelijkheid van het ingeroepen recht of het onnodige van het gelegde beslag. De voorzieningenrechter heeft overwogen dat de stelling dat sprake is van bedrijfsgevoelige

informatie of van medische gegevens, niet kan leiden tot opheffing van het beslag. Volgens de voorzieningenrechter is niet aannemelijk geworden dat De Melker in strijd met geldende richtlijnen van het College Bescherming persoonsgegevens heeft gehandeld dan wel dat zij op ongeoorloofde wijze inzage in de in beslag genomen gegevens heeft gehad.

2.4. Tegen dit oordeel richten zich de grieven van [appellant 1], [appellant 2] en Kohler.

2.5. De voorzieningenrechter heeft ook de vordering van De Melker tot onmiddellijke inzage afgewezen. Daartoe heeft de voorzieningenrechter overwogen dat voorshands voldoende is gebleken dat de in beslag genomen gegevens van belang kunnen zijn voor het leveren van bewijs in een tegen [appellant 1] en [appellant 2] in te stellen procedure uit onrechtmatige daad, doch dat nu De Melker ook een voorlopig getuigenverhoor heeft geëntameerd, het mogelijk is dat de benodigde informatie ook op andere wijze kan worden verkregen, omdat voorshands niet aannemelijk is geworden dat inzage in de in beslag genomen gegevens noodzakelijk is om een behoorlijke rechtsbedeling te waarborgen. Volgens de voorzieningenrechter dienen de resultaten van het voorlopig getuigenverhoor afgewacht te worden.

2.6. Tegen dit oordeel richten zich de grieven van De Melker.

De beoordeling
In principaal appel

3. Het hof zal eerst de bezwaren van [appellant 1] en [appellant 2] tegen het gelegde beslag behandelen.

[Appellant 1] en [appellant 2] hebben, naar het hof oordeelt, als meest verstrekkende bezwaar tegen het vonnis waarvan beroep, in grief V betoogd dat de voorzieningenrechter hun beroep op artikel 8 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en artikel 10 van de Grondwet heeft miskend, nu de doorzoeking van de woning en het kennisnemen van de gehele inhoud van de (gezins)computers van [appellant 1] en [appellant 2] een inbreuk vormt op hun privacy en hun huisrecht. Gelet op hetgeen [appellant 1] en [appellant 2] ten pleidooie hebben betoogd, begrijpt het hof dat zij ook een beroep doen op het huisrecht als verwoord in artikel 12 van de Grondwet.

4. Het hof zal eerst beoordelen of de inbeslagname als zodanig zich verdraagt met deze bepalingen.

Het hof stelt vast dat de wijze waarop de woningen van [appellant 1] en [appellant 2] door de hiervoor genoemde deurwaarders zijn onderzocht op in beslag te nemen goederen, hiervoor weergegeven onder rechtsoverweging 1.13 en 1.14, overeenkomt met hetgeen in strafrechtelijke termen als huiszoeking wordt aangeduid.

5. Artikel 12 van de Grondwet bepaalt dat het binnentreden in een woning tegen de wil van de bewoner alleen is geoorloofd in de gevallen bij of krachtens de wet bepaald, door hen die daartoe bij of krachtens de wet zijn aangewezen.

Artikel 8 EVRM bepaalt dat een ieder recht heeft op respect voor zijn privéleven, zijn familie- en gezinsleven, zijn woning en zijn correspondentie. Geen inmenging van enig openbaar gezag is toegestaan in de uitoefening van dit recht, dan voor zover bij de wet is voorzien en in een democratische samenleving noodzakelijk is in het belang van de nationale veiligheid, de openbare veiligheid of het economisch welzijn van het land, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.

6. De beslagleggende deurwaarder is aan te merken als enig openbaar gezag in de zin van deze bepaling (vgl. HR 22 april 1994, NJ 1994, 560, conclusie mr. Asser 2. e.v.). De doorzoeking door de respectieve deurwaarders met de hunden in de woningen van [appellant 1] en [appellant 2] kan worden aangemerkt als een inbreuk op het huisrecht van [appellant 1] en [appellant 2], zodat het hof moet nagaan of is voldaan aan de verdere eisen die uit artikel 8 EVRM en artikel 12 van de Grondwet voortvloeien.

7. In de jurisprudentie van het Europese Hof van de Rechten voor de Mens (EHRM) is uitgemaakt dat het vereiste voor zover bij de wet voorzien "requires that the impugned measure should have some basis in domestic law and that the law in question should be accessible to the person concerned – who must moreover be able to foresee its consequences for him – and compatible with the rule of law" (EHRM 16-12-1997, NJ 1999/623, Camenzind). Voorts is, in het kader van de vraag of de inmenging noodzakelijk is in een democratische samenleving, van

belang dat “législation et la pratique en la matière offrissent des garanties adéquates et suffisantes contre les abus” (zie het hiervoor aangehaalde arrest en de daarin opgenomen verwijzingen, later ondermeer herhaald EHRM 16 april 2002, NJ 2003, 452, Colas Est). Voorts geldt dat de inmenging proportioneel moet zijn ten opzichte van het nagestreefte wettige doel. Uit het hiervoor aangehaalde arrest Camenzind kan verder worden afgeleid dat naar mate de inbreuk ernstiger is, hogere eisen gesteld worden aan de regeling die de inbreuk mogelijk maakt.

8. Het Nederlandse burgerlijke procesrecht kent geen algemene regeling voor bewijsbeslag. Wel is artikel 1019c Rv het bewijsbeslag geregeld voor zaken betreffende rechten van intellectuele eigendom.

Het hof constateert dat het gelegde beslag door De Melker is gebaseerd op artikel 843a Rv en kennelijk mede op artikel 730 Rv. Volgens De Melker kan dit artikel dienen als een wettelijke grondslag voor bewijsbeslag. Ook vóór de inwerkingtreding van 1019c Rv op 1 mei 2007 zijn conservatoire bewijsbeslagen in intellectuele eigendomszaken gelegd, waarbij de rechtsgrond werd gezocht in artikel 730 Rv. Ook in andere niet-intellectuele eigendomsprocedures is in die bepaling een voldoende grondslag aanwezig geacht voor bewijsbeslagen, ook door enige gerechtshoven. In de door verschillende rechtbanken gehanteerde beslagsyllabus, waaraan door [appellant 1] en [appellant 2] is gerefereerd, staat over dit type beslag het volgende te lezen (versie februari 2009, pagina 20):

“NB 8: Bewijsbeslag in niet-IE zaken (dat doorgaans wordt gebaseerd op artikel 730 Rv juncto 843a Rv) is naar de mening van het LOVC niet onmogelijk (besluit 13 juni 2008).”

9. Het hof stelt vast dat artikel 843a Rv alleen een vorderingsrecht toekent aan degene die daarbij rechtmatig belang heeft, om, op zijn kosten inzage, afschrift of uittreksel te vorderen van bepaalde bescheiden aangaande een rechtsbetrekking waarin hij of zijn rechtsvoorgangers partij zijn, van degene die deze bescheiden te zijner beschikking of onder zijn berusting heeft. Dit artikel kent geen bevoegdheid tot beslaglegging toe, laat staan een bevoegdheid om een woning te doorzoeken.

10. Artikel 730 Rv ziet op het conservatoire beslag tot afgifte van zaken en levering van goederen als zodanig. Het hof stelt vast dat deze bepaling niet aansluit op artikel 843a Rv, dat immers geen vorderingsrecht tot afgifte of levering toekent (zie ook Hof Den Haag, 24 augustus 2006, LJNAY7534).

Naar 's hofs oordeel kan het gelegde bewijsbeslag dan ook niet op de artikelen waarop De Melker zich heeft beroepen worden gebaseerd.

11. Het hof stelt voorts vast dat de wet amper regels stelt over hoe de beslaglegging in een woning in zijn werk dient te gaan en minimale waarborgen aan de bewoner toekent. Indien artikel 730 Rv als uitgangspunt wordt genomen, dan geldt de eis van het voorafgaand verlov van de voorzieningenrechter, voorgeschreven in artikel 700 Rv, eerste lid. Dit verlov betreft een summiere toets (artikel 700 Rv, tweede lid), waarbij het hof aantekent dat in het bekostigingsmodel voor de rechtspraak voor de beoordeling van een beslagrekest 7 minuten is gereserveerd voor de voorzieningenrechter, en 50 minuten voor ondersteunend personeel voor alle daarmee samenhangende handelingen. Het beslagrekest kan door elke advocaat worden ingediend, materiele eisen omtrent de juistheid van de inhoud zijn er niet. Voor de bevoegdheid tot het doorzoeken van een woning na een gegeven verlov geldt het volgende.

12. Artikel 444 Rv, eerste lid, bepaalt dat de deurwaarder ter inbeslagneming toegang tot elke plaats heeft en dat hij, mits aan het vereiste van het tweede lid is voldaan, gesloten deuren en kasten mag openen. Wel zijn de artikelen 10 en 11 van de Algemene Wet op het binnentreden van overeenkomstige toepassing verklaard. Een nauwkeurige regeling die bepaalt in welke gevallen een doorzoeking toelaatbaar is, waar de grenzen van de doorzoeking liggen, hoe omgegaan moet worden met de belangen van derden in de woning, wie brieven mag openen en dergelijke, vergelijkbaar met artikel 95-113 Wetboek van Strafvordering, ontbreekt in het burgerlijke recht.

13. Het hof constateert overigens dat beide betrokken deurwaarders de Algemene Wet op het binnentreden niet hebben nageleefd. Artikel 10 van deze wet schrijft voor dat wijze van binnentreden en het tijdstip waarop in de woning is binnentreden en waarop deze is verlaten alsmede hetgeen in de woning is verricht of overigens is voorgevallen, het aantal en de hoedanigheid van degenen die hem hebben vergezeld, de namen van de personen aan wie in de woning hun vrijheid is benomen en de voorwerpen die in de woning in beslag zijn genomen, in het proces-verbaal worden vermeld. In de overgelegde processen-verbaal staan de tijdstippen

van het verlaten van de woning en (in geval van [appellant 2]) ook van het binnentreden niet vermeld en wordt nergens gerept over degenen die de woning hebben doorzocht. Het hof laat daar of de wijze waarop de deurwaarder zich preventief van de bijstand van klaarblijkelijk een hulpofficier van justitie heeft verzekerd, in overeenstemming is met het stelsel van artikel 444, tweede lid, waarin een aantal alternatieven opgesomd worden, waarvan de hulpofficier de laatste in de rij is.

14. Het hof is, alles in ogenschouw nemende, van oordeel dat de wettelijke grondslag waarop de civielrechtelijke huiszoeking in het kader van het gelegde bewijsbeslag berust, als ondeugdelijk moet worden beoordeeld. Deze niet toereikende regeling kan een zo grote inbreuk op het huisrecht als in de gevallen van [appellant 1] en [appellant 2] heeft plaats gevonden, niet rechtvaardigen. Het hof oordeelt voorts dat deze regeling onvoldoende “garanties adéquates et suffisantes contre les abus” biedt en dat niet gezegd kan worden dat deze voldoet aan het criterium “noodzakelijk in een democratische samenleving”.

15. Het hof dient verder nog te onderzoeken of de in beslagname van de gegevensdragers van [appellant 1], [appellant 2] en hun huisgenoten een inbreuk oplevert van artikel 10 van de Grondwet. Dit artikel bepaalt dat ieder, behoudens bij of krachtens de wet te stellen beperkingen, recht op eerbiediging van zijn persoonlijke levenssfeer heeft.

Het hof is van oordeel dat de kennisneming, tegen de wil van de eigenaren van de inhoud van de computer, onder dit recht valt. Artikel 843a Rv is een wettelijke beperking op dit recht. Een wettelijke regeling die het mogelijk maakt dat, alvorens een rechterlijke beslissing op deze grondslag is gegeven, derden bij wege van conservatoire maatregel een computer op zijn inhoud mogen onderzoeken, ontbreekt evenwel. Voor het onderzoek door [betrokkene 5] van de computers van [appellant 1] en [appellant 2] ontbreekt dan ook een voldoende wettelijke grondslag, zodat op dit punt artikel 10 van de Grondwet is geschonden.

16. Het hof dient vervolgens de vraag te beantwoorden of deze schendingen ook doorwerken in de relatie tussen [appellant 1] en [appellant 2] enerzijds en De Melker anderzijds. Het hof beantwoordt ook deze vraag bevestigend. De Melker heeft het beslag geëntameerd, heeft bewerkstelligd dat van het voorafgaand horen van [appellant 1] en [appellant 2] op grond van artikel 709 Rv, derde lid, is afgezien, en heeft de deurwaarder opdracht gegeven om, met gebruikmaking van het van de voorzieningenrechter verkregen verlot, beslag te leggen en heeft de deurwaarder daarbij geïnstrueerd.

17. Het hof betreft in dit oordeel voorts nog dat De Melker eenzijdig Hofmann bedrijfsrecherche tot deskundige heeft benoemd die de in beslag genomen (gezins)computers heeft uitgelezen, terwijl zij zelf in het verlot had aangegeven dat dit door een onafhankelijk deskundige diende te geschieden. Nu [persoonsnaam] Bedrijfsrecherche in opdracht van De Melker reeds een onderzoek naar de integriteit van [appellant 1] en [appellant 2] verrichtte, kan zij geenszins als onafhankelijk deskundige worden aangemerkt.

18. Grief V zijdens [appellant 1] en [appellant 2] is terecht voorgedragen. Dit heeft tot gevolg dat de beslaglegging door De Melker als onrechtmatig moet worden aangemerkt en het gelegde beslag dient te worden opgeheven. Het bestreden vonnis kan, voor zover in reconventie gewezen, niet in stand blijven.

De overige door [appellant 1] en [appellant 2] voorgedragen grieven, alsmede de hen ondersteunende grieven van Kohler als gevoegde partij in eerste aanleg, behoeven in dit licht geen bespreking meer.

19. Het hof zal de reconventionele vordering als hierna volgt toewijzen.

De Melker heeft betoogd dat wanneer de gemaakte kopieën vernietigd worden, voor haar essentieel bewijs voor eeuwig verloren zou raken. Ten pleidooie is aangegeven dat feitelijk zich nog uitsluitend kopieën bij de bewaarder bevinden. Gesteld noch gebleken is dat het belang van [appellant 1] en [appellant 2] bij de teruggave van deze kopieën zodanig spoedeisend is dat dit onderdeel van het arrest uitvoerbaar bij voorraad moet worden verklaard. Derhalve zal het hof de uitvoerbaarheid bij voorraad bij dat deel van de vordering van [appellant 1] en [appellant 2] afwijzen.

In incidenteel appel

20. Met het slagen van het principaal appel is in wezen ook op het incidenteel appel beslist, aangezien de daarin te beoordelen vordering van De Melker uitsluitend betrekking heeft op de

in beslag genomen kopieën. Nu geen beslag meer rest en de teruggave van de kopieën is gelast, kan de inzage van die kopieën niet worden toegewezen.

21. Het hof voegt daar ten overvloede nog aan toe dat overigens niet is gebleken van een spoedeisend belang van De Melker bij afgifte van de in beslag genomen bescheiden in deze stand van de bodemprocedure en het daarmee samenhangende voorlopig getuigenverhoor.

22. Voorts, evenzeer ten overvloede, moet voor zover de door De Melker gevraagde voorziening is bedoeld om na te kunnen gaan of er voldoende feitelijke grondslag is voor een vordering tegen [appellant 1] en [appellant 2] op grond van onrechtmatige daad, de gevraagde voorziening worden aangemerkt als een “fishing expedition”, waarvoor 843a Rv niet is geschreven. [Appellant 1] en [appellant 2] waren niet door enig bijzonder beding jegens De Melker gebonden. Het stond hun dan op zich ook vrij om een dienstbetrekking bij Kohler aan te gaan en daarvoor tijdens hun dienstverband met De Melker voorbereidingen te treffen. Dat [appellant 1] en [appellant 2] in dat licht van De Melker afkomstige bedrijfsinformatie waarvan hen bekend was dat die vertrouwelijk was, doelbewust aan Kohler hebben doorgespeeld, is door [appellant 2] en [appellant 1] gemotiveerd betwist. Zij hebben erop gewezen dat de informatie over M-Guard ook aan anderen, bijvoorbeeld [betrokkene 4], bekend was en dat er contacten bestonden tussen [betrokkene 4] en Kohler. De rechtsbetrekking in de zin van artikel 843a Rv in de vorm van de onrechtmatige daad waarop de Melker zich jegens [appellant 1] en [appellant 2] heeft beroepen, is onvoldoende aannemelijk te achten.

23. Het hof zal ook de vorderingen van Kohler afwijzen, gelijk de voorzieningenrechter heeft gedaan, en daartoe het bestreden vonnis, voor zover in conventie gewezen, bekrachtigen met aanpassing van de gronden.

De slotsom

24. Het hof zal het vonnis waarvan appel, voor zover in conventie gewezen, onder aanpassing van de gronden bekrachtigen. Het hof zal dat vonnis, voor zover in reconventie gewezen, vernietigen en opnieuw rechtdoende, de vorderingen van [appellant 1] en [appellant 2] en de daarmee gelijklopende vorderingen van Kohler toewijzen, met dien verstande dat het hof de vordering tot het vernietigen van de kopieën niet uitvoerbaar bij voorraad zal verklaren. Het hof zal aan de gevorderde dwangsom een maximum verbinden als hierna te bepalen.

Het hof zal Kohler als de in overwegende mate in het ongelijk te stellen partij in de kosten van zowel de eerste aanleg als het hoger beroep veroordelen, voor wat de eerste aanleg betreft te begroten op het gebruikelijke tarief in kort geding en voor wat het salaris van de advocaat in appel betreft te begroten op 3 punten naar tarief II, zowel aan de zijde van [appellant 1] en [appellant 2] als aan de zijde van Kohler.

25. Het hof zal de gevorderde wettelijke rente over de proceskostenveroordeling afwijzen, als niet op de wet gebaseerd. Ingevolge artikel 6: 119 lid 1 BW is de schuldenaar wettelijke rente verschuldigd indien sprake is van verzuim. Voor het intreden van verzuim is, wanneer de nakoming niet blijvend onmogelijk is, een ingebrekestelling noodzakelijk (artikel 6: 82 BW), tenzij een ingebrekestelling op een van de in artikel 6: 83 BW aangegeven gronden dan wel op grond van de redelijkheid en billijkheid achterwege kan blijven of een beroep op het ontbreken van een ingebrekestelling naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Anders dan [appellant 1], [appellant 2] en Kohler lijken te veronderstellen, leidt alleen een veroordeling tot betaling van een geldsom niet tot een situatie van verzuim en, daarmee, tot de verschuldigdheid van wettelijke rente.

De beslissing

Het gerechtshof:

bekrachtigt, met aanpassing van gronden, het vonnis waarvan beroep, voor zover daarbij in conventie de vordering van De Melker tot inzage van de in beslag genomen zaken is afgewezen

vernietigt het vonnis waarvan beroep voor het overige, voor zover in appel aangevochten

en in zoverre opnieuw rechtdoende:

A. heft op de conservatoire beslagen die op 29 september 2008 ten laste van [appellant 1] en [appellant 2] zijn gelegd;

B. gelast, binnen zeven dagen na betekening van dit arrest, de teruggaaf aan [appellant 1] en [appellant 2] van alle goederen die in opdracht van De Melker in beslag zijn genomen, voor zover teruggaaf niet inmiddels heeft plaatsgevonden danwel daaromtrent een andere regeling tussen partijen is getroffen, zulks op straffe van verbeurte van een dwangsom van € 5.000,= per dag met een maximum van € 100.000,=;

C. veroordeelt De Melker om [betrokkene] opdracht te geven om de kopieën van de in beslag genomen goederen binnen zeven dagen na betekening van dit arrest te vernietigen, zulks op straffe van een direct opeisbare dwangsom van € 250,= per dag of gedeelte van een dag dat daarmee in gebreke wordt gebleven, met een maximum van € 100.000,=;

D. veroordeelt de Melker in de kosten van het geding in beide instanties en begroot die tot aan deze uitspraak aan de zijde van [appellant 1] en [appellant 2]:

in eerste aanleg op € 254,= aan verschotten en € 816,= aan geliquideerd salaris voor de advocaat,

in hoger beroep op € 303,= aan verschotten en € 2.682,= aan geliquideerd salaris voor de advocaat;

een aan de zijde van Kohler op in eerste aanleg op € 254,= aan verschotten en € 816,= aan geliquideerd salaris voor de advocaat,

in hoger beroep op € 374,80 aan verschotten en € 2.682,= aan geliquideerd salaris voor de advocaat;

verklaart dit arrest, voor zover het de onder A, B en D gegeven beslissingen betreft, uitvoerbaar bij voorraad;

wijst af het meer of anders gevorderde.

» Noot

Deze door het Hof Leeuwarden berechte zaak draait om vergaring van bewijs van het al dan niet onrechtmatig gebruik van bedrijfsgevoelige informatie van De Melker Sanitairtechniek BV (De Melker) door twee voormalige werknemers die thans in dienst zijn van een concurrent (Kohler). In dat verband heeft De Melker de Voorzieningenrechter Rechtbank Assen verlot gevraagd om in de woonhuizen van haar ex-werknemers beslag te leggen op elektronische gegevensdragers, ter zake doende correspondentie en aanwezige bedrijfsinformatie van De Melker, waaronder klantenlijsten en prijslijsten, met aanwijzing van een gerechtelijk bewaarder. Na verkregen verlot hebben de beslagleggende deurwaarders zich in aanwezigheid van slotenmaker en politie-ambtenaar toegang verschaft tot de woningen. De aldaar aangetroffen administratie, computers en andere gegevensdragers zijn beslagen en aan Hoffman Bedrijfsrecherche, het door De Melker ingeschakelde bedrijfsrecherchebureau, ter beschikking gesteld en onderzocht.

In het daaropvolgende kort geding zijn zowel de conventionele vorderingen van De Melker, tot inzage in de door haar beslagen bescheiden, als de reconventionele vorderingen van de ex-werknemers (met aan hun zijde gevoegd Kohler, gezamenlijk: Kohler c.s.), tot opheffing van de gelegde beslagen, afgewezen op de grondslag dat de voorzieningenrechter van een rechtmatig belang bij inzage niet was gebleken, noch van de summierlijke ondeugdelijkheid van het ingeroepen recht of de onnodigheid van de gelegde beslagen.

Tegen dit vonnis zijn Kohler c.s. met succes in principaal appel gekomen. Het Hof Leeuwarden is tot opheffing van de gelegde beslagen overgegaan op de grondslag dat deze als onrechtmatig moesten worden aangemerkt (r.o. 18) nu voor de daaraan ten grondslag liggende civielrechtelijke huiszoeking een deugdelijke wettelijke grondslag ontbrak (r.o. 14) en deze een inbreuk op het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer in de zin van art. 10 Gw van de ex-werknemers opleverde (r.o. 15 e.v.).

De argumentatie van het hof dat van een deugdelijke grondslag voor de huiszoeking geen sprake was, komt op het volgende neer. Uit art. 12 Gw volgt dat binnentreden in een woning tegen de wil van de bewoner alleen is geoorloofd in de gevallen bij of krachtens de wet bepaald, door hen die daartoe bij of krachtens de wet zijn aangewezen. Art. 8 EVRM bepaalt dat een inmenging van enig openbaar gezag in de uitoefening van het recht op privé-, familie- en gezinsleven een wettelijke grondslag vereist en noodzakelijk moet zijn in, kort gezegd, het openbaar belang. Het hof stelt vervolgens vast dat het Nederlands burgerlijk procesrecht geen wettelijke regeling voor bewijsbeslag kent, art. 1019c Rv voor zaken betreffende rechten van intellectuele eigendom daargelaten. Art. 843a Rv kent alleen een vorderingsrecht tot inzage, afschrift of uittreksel toe aan een rechtmatig belanghebbende, maar geen bevoegdheid tot conservatoir beslaglegging, terwijl art. 730 Rv enkel ziet op conservatoir beslag tot afgifte van zaken en levering van goederen. Volgens het hof kan het bewijsbeslag dan ook niet, anders dan De Melker heeft gesteld, op de art. 843a Rv jo. 730 Rv worden gebaseerd. Mede in aanmerking genomen dat verlof tot beslaglegging na een summiere toets wordt verleend, een nauwkeurige regeling die bepaalt in welke gevallen huiszoeking door een deurwaarder toelaatbaar is in civilibus ontbreekt, en beide bij de zaak betrokken deurwaarders de Algemene wet op het binnentreden niet hebben nageleefd, komt het hof tot zijn oordeel dat de civielrechtelijke huiszoeking op een ondeugdelijke wettelijke grondslag is gebaseerd. Daarbij biedt deze regeling naar 's hofs oordeel onvoldoende garantie tegen machtsmisbruik en kan niet gezegd worden dat voldoende gewaarborgd is dat aan het mensenrechtelijke noodzakelijkheidsvereiste wordt voldaan.

Ten aanzien van de inbreuk op het in art. 10 gegeven recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer oordeelt het hof dat het feit dat het door De Melker ingeschakelde Hoffman Bedrijfsrecherche de in beslag genomen computers heeft uitgelezen, terwijl in het beslagrekest was aangegeven dat dit door een onafhankelijk deskundige zou gebeuren, als een inbreuk op dit grondrecht kwalificeert. De in art. 843a Rv voorziene wettelijke beperking op dit recht doet zich in casu niet voor nu een daarop gestoeld recht op inzage nog niet in rechte was vastgesteld vóórdat Hoffman Bedrijfsrecherche kennis nam van de in beslag genomen bescheiden. Dit oordeel is in overeenstemming met het doel en de strekking van het conservatoir bewijsbeslag: conservering van bewijsmiddelen. Een recht op inzage volgt niet uit een verkregen verlof daartoe maar dient in de hoofdzaak te worden vastgesteld op grond van (bijvoorbeeld) art. 843a Rv (vgl. J.G.A. Linssen, 'Bewijsbeslag', in: *De reikwijdte van het beslag*, Nederlandse Vereniging voor Procesrecht, BJU Den Haag 2009, p. 22).

De centrale vraag bij lezing van dit arrest is in hoeverre in niet-IE-zaken bewijsbeslag op grond van de art. 843a Rv jo. 730 Rv mogelijk is. Zoals uit het arrest blijkt, doet deze vraag zich voor vanwege de tekstuele *mismatch* tussen art. 843a Rv, dat een recht op *inzage, afschrift of uittreksel* van bepaalde bescheiden behelst, en art. 730 Rv, dat een beslagbevoegdheid creëert in geval van een vermeend recht op *afgifte of levering*. Om deze reden is wel betwijfeld of een voldoende wettelijke grondslag bestaat voor bewijsbeslag en gesteld dat grote terughoudendheid geboden is bij het toestaan daarvan (vgl. J.G.A. Linssen in voormelde publicatie en het door hem aangehaalde niet-gepubliceerde arrest van het Hof Amsterdam van 12 september 2002). In literatuur (vgl. o.a. J.M. Barendrecht en W.A.J.P. van den Reek, *Exhibitieplicht en bewijsbeslag*, WPNR 1994/6155, p. 741 en J.R. Sijmonsma, 'Enkele aspecten van de inzageplicht van art. 843a Rv', *Praktisch Procederen* 2005, p. 151-152) en lagere jurisprudentie (vgl. de vermeldingen in J. Ekemans, *De exhibitieplicht in kort bestek*, p. 56 e.v.) is evenwel ook een welwillende houding ten aanzien van deze *mismatch* bepleit en aanvaard om aan de behoefte uit de praktijk te voldoen. In die lijn heeft het LOVC bij besluit van 13 juni 2008 aangenomen dat "bewijsbeslag in niet-IE zaken (dat doorgaans wordt gebaseerd op artikel 730 Rv juncto 843a Rv) (...) naar [zijn] mening niet onmogelijk" is (vgl. p. 20 van de *Beslagsyllabus*, versie februari 2009, weergegeven in r.o. 8 van het arrest). In navolging hiervan worden in de praktijk met regelmaat verloven verleend voor bewijsbeslag op deze grondslagen.

Het Hof Leeuwarden was in de berechte zaak in het geheel niet welwillend. Een algemene conclusie over de toelaatbaarheid van bewijsbeslag kan mijns inziens echter niet aan het arrest worden verbonden vanwege de wijze waarop de beslagen in dit geval in strijd met de fundamentele rechten van de beslagenen zijn gelegd en de onrechtmatige kennisname van de beslagen bescheiden door het ingeschakelde onderzoeksbureau. Deze feiten hebben zwaar

meegewogen in het oordeel van het hof. Totdat de Hoge Raad zich over deze rechtsvraag heeft gebogen, of de wet is gewijzigd, zal de juridische grondslag voor bewijsbeslagen in niet-IE-zaken voer voor discussie blijven. Nu geen beroep in cassatie is ingesteld tegen het besproken arrest en de Adviescommissie voor het Burgerlijk Procesrecht de wetgever een wetswijziging op dit punt heeft ontraden vanwege de gepercipieerde reële risico's van excessief gebruik of zelfs misbruik (vgl. par. 27 van het 'Advies over gegevensverstrekking in burgerrechtelijke zaken ('discovery')', in: TCR 2008, p. 123 e.v.) duurt deze onzekerheid voorlopig nog voort. Onder deze omstandigheden doet een bewijsbeslaglegger in spé er goed aan het opheffingsrisico zo veel mogelijk te beperken door het beslagrekest dusdanig te formuleren, en de beslaglegging dusdanig te effectueren, dat deze de toets van proportionaliteit en subsidiariteit kunnen doorstaan.

Timo Jansen, advocaat bij Eversheds Faasen te Amsterdam