

De geheimhoudingsovereenkomst: aandachtspunten voor de fusie- en overnamepraktijk

Mr. drs. J. Goettsch *

Inleiding

Binnen de fusie- en overnamepraktijk is een belangrijke rol weggelegd voor de geheimhoudingsovereenkomst, ook wel genoemd *non-disclosure agreement* (hierna: NDA). Onder zo'n NDA gaat een partij (hierna: Ontvanger) verbintenissen aan die zien op geheimhouding en beperkt gebruik van bepaalde informatie over een andere partij (hierna: Target). De aandeelhouder(s) van Target is (zijn) gewoonlijk de wederpartij(en) van Ontvanger bij de NDA en verstrek(t)(ken) de informatie (hierna: Verstrekker). Na ondertekening van de NDA zal een Ontvanger de informatie ontvangen om de Target te bestuderen, om zo – eventueel – een bod uit te brengen op de aandelen in Target. Zeker in de context van een *controlled auction* (waarover hierna meer) kunnen enkele tientallen NDA's worden overeengekomen.

Bij Verstrekkers bestaat soms zorg of Ontvangers wel secuur zijn in de naleving van de NDA. In de literatuur wordt ook kritisch gesproken over mogelijkheden voor Verstrekkers om schade te verhalen ingeval Ontvanger verbintenissen uit de NDA schendt.¹ Gelet op de veelheid aan NDA's die worden afgesloten, alsmede de hoeveelheid en gevoeligheid van de informatie die daaronder wordt verstrekt, vormt dit een aandachtspunt voor de praktijk. Biedt een NDA de Verstrekker wel meer dan bescherming op papier?

In deze bijdrage wordt achtereenvolgens bekeken welke bescherming een NDA biedt, welke rol een NDA speelt in een *controlled auction*, en welke problemen spelen bij schending van de NDA. Tot slot wordt besproken hoe een Verstrekker door middel van een NDA zijn belangen toch zo adequaat mogelijk kan beschermen. Hierbij blijven een wederkerige NDA (partijen verstrekken over en weer informatie), een NDA waarbij de Target zelf (ook) partij is, en een NDA in het kader van een activa-passivatransactie (*asset deal*) buiten beschouwing.

Aard van de bescherming onder een NDA

Welke informatie onder een NDA zal worden verstrekt, wordt vaak niet gespecificeerd. Integendeel, door gebruik van een uitvoerig gedefinieerde term wordt juist gepoogd een zo breed mogelijk palet aan gegevens hieronder te scharen (inclusief het bestaan van de NDA en de onderhandelingen tussen Verstrekker en Ontvanger), ongeacht de wijze van verstrekking (hierna: Vertrouwelijke Informatie). Verstrekker is hier gebaat bij een wijde definitie, waar Ontvanger zal proberen deze te beperken (bijvoorbeeld door uitsluiting van informatie die hem reeds bekend is dan wel publiekelijk bekend wordt).² Ook zullen partijen helder het doel willen formuleren waarvoor de Vertrouwelijke Informatie mag worden gebruikt, en zullen zij ook de duur van de NDA afspreken (doorgaans één tot drie jaar).

Verbintenissenrecht

Het in een overeenkomst definiëren van een hoeveelheid gegevens als 'Vertrouwelijke Informatie' brengt niet reeds daardoor een bescherming van deze gegevens met zich (al zal een beroep op onbekendheid met het vertrouwelijke karakter van de informatie lastiger worden). Op de Vertrouwelijke Informatie als zodanig rust namelijk geen afzonderlijk subjectief recht, en het houden ervan geeft de houder geen absoluut of exclusief recht.³ Het feitelijk in de macht van de Ontvanger brengen van de Vertrouwelijke Informatie is geen overdracht in de zin van artikel 3:83 van het Burgerlijk Wetboek (BW) en de Vertrouwelijke Informatie geniet geen goederenrechtelijke bescherming. Dit betekent dat een NDA slechts bescherming biedt tegen de manier waarop Vertrouwelijke Informatie wordt gebruikt of openbaar gemaakt op grond van daartoe strekkende bepalingen in de NDA.⁴ Deze verplichtingen gelden dan ook alleen tussen Verstrekker en Ontvanger.⁵ Bij schending van de NDA kan de Verstrekker schade vorderen op grond van een aan Ontvanger toerekenbare tekortkoming

* Mr. drs. J. Goettsch is werkzaam als advocaat bij Allen & Overy te Amsterdam.

1. Zie o.m. H.J. de Kluiver, Overnamecontracten, letters of intent en garanties, O&F 2003, afl. 58, p. 36-45.

2. De Kluiver 2003, p. 36-37.

3. F. de Wit, Bescherming van bedrijfsgeheimen: nieuwe richtlijn op komst, V&O 2014, p. 68-71.

4. J.L.R.A. Huydecoper, Knowhow en het vermogensrecht, MvV 2008, p. 158-162.

5. Vgl. Rb. Noord-Holland 15 november 2013, ECLI:NL:RBNHO:2013:11245.

in de nakoming van een verbintenis uit de NDA (ex art. 6:74 jo. art. 6:98 BW). Deze bescherming bestaat daarmee puur omdat partijen dit zo hebben afgesproken.

Onrechtmatige daad

Ook kan de Verstrekker bij schending van een NDA op grond van de onrechtmatige daad (art. 6:162 BW) een vordering instellen.⁶ Dit kan bijvoorbeeld uitkomst bieden ingeval een groepsmaatschappij van Ontvanger (die geen partij is bij de NDA) de onrechtmatige daad heeft begaan. Het verwijtbaar profiteren van wanprestatie van Ontvanger kan immers een onrechtmatige daad opleveren.⁷ Bij een samenloop van vorderingen zal de onrechtmatige daad los van de eventuele wanprestatie moeten worden bewezen.⁸

Bescherming van vertrouwelijke informatie via de onrechtmatige daad gaat in Nederland terug op het arrest Lindenbaum/Cohen.⁹ Het gaat om bescherming van zogeheten 'bedrijfsgeheimen' (ook wel *geheime informatie* of *knowhow* genoemd), zoals bepaalde technische formules, klantgegevens, recepten, enzovoort. Bedrijfsgeheimen lijken ergens wel op intellectuele eigendomsrechten, maar genieten niet dezelfde wettelijke bescherming. Belangrijk verschil is dat op bedrijfsgeheimen geen absolute rechten rusten maar slechts relatieve, wat betekent dat bescherming niet tegen eenieder kan worden ingeroepen. De toets die wordt aangelegd is of het verkrijgen, het gebruik of de openbaarmaking van een bedrijfsgeheim een doen of nalaten is, strijdig met de zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer dient te worden betracht (art. 6:162 lid 2 BW). Dat is een open norm, waar de rechter invulling aan geeft.¹⁰

Wat echter kwalificeert als 'bedrijfsgeheim' is niet geheel duidelijk naar Nederlands recht, en de jurisprudentie is niet eenduidig.¹¹ Blijkens de op handen zijnde EU-richtlijn voor de bescherming van bedrijfsgeheimen¹² (hierna: Richtlijn) kwalificeert informatie als 'bedrijfsgeheim' wanneer deze, kortweg, (1) geheim is, (2) daardoor een zekere handelswaarde vertegenwoordigt, en (3) door de houder is onderworpen aan redelijke geheimhoudingsmaatregelen.¹³ Bepaalde elementen besloten in de Vertrouwelijke Informatie zullen zeker onder de definitie 'bedrijfsgeheim' uit de Richtlijn vallen, andere

niet. Het overzicht met uitstaande vakantiedagen van medewerkers van Target waarschijnlijk niet; het overzicht met de bedongen quantumkortingen bij de tien grootste leveranciers wel, en de receptuur voor het maken van een belangrijk product waarschijnlijk ook.

Verder bepaalt de Richtlijn dat gebruik en openbaarmaking van een bedrijfsgeheim onder meer *onrechtmatig* is indien er sprake is van wanprestatie.¹⁴ Op basis hiervan meen ik dat vorderingen uit onrechtmatige daad en wanprestatie voor openbaarmaking en gebruik van Vertrouwelijke Informatie, in strijd met het daarover in de NDA bepaalde, voor zover de relevante Vertrouwelijke Informatie kwalificeert als bedrijfsgeheim, een grote mate van overlap zullen vertonen.

Wet op het financieel toezicht

Indien de Verstrekker een uitgevende instelling is, dan dienen de Ontvanger en de Verstrekker zich ervan bewust te zijn dat bepalingen uit de Wet op het financieel toezicht (Wft) van toepassing zijn en dat (elementen uit) de Vertrouwelijke Informatie kan (kunnen) kwalificeren als koersgevoelige informatie (als bedoeld in art. 5:53 Wft). Zo rust op de Ontvanger een wettelijk verbod om te handelen met ontvangen koersgevoelige informatie (art. 5:56 Wft) en om koersgevoelige informatie met anderen te delen (het zogeheten tipverbod van art. 5:57 Wft). Desalniettemin zal de Verstrekker de geheimhouding van de verkregen informatie en het verbod om te handelen in de genoteerde aandelen van de Verstrekker (de zogeheten *standstill*) ook expliciet in de NDA willen opnemen. Ik laat hierbij overigens overwegingen om koersgevoelige informatie te verstrekken onder de NDA buiten beschouwing.

Ook zal de op de Verstrekker rustende plicht tot het in stand houden van een zogeheten insiderslijst worden uitgebreid met de insiders aan de zijde van de Ontvanger (art. 5:59 lid 1 Wft), waarvoor partijen in de NDA een regeling zullen willen opnemen.¹⁵ Handhaving van genoemde wettelijke bepalingen uit de Wft vindt slechts plaats door de Autoriteit Financiële Markten (AFM), maar door in de NDA gelijkstreckende verbintenissen op te nemen houdt Verstrekker bij schending hiervan de mogelijkheid om Ontvanger aan te spreken op grond van wanprestatie (art. 6:74 BW).

NDA binnen de *controlled auction*

Bij een *controlled auction* poogt de verkoper van een onderneming meerdere geïnteresseerde partijen in een competitieve setting biedingen te laten uitbrengen. Op deze manier kan hij meerdere mogelijkheden tot verkoop tegelijk en naast elkaar inventariseren, waarbij het competitieve element aan de zijde van de bidders hem in staat stelt de hoogst mogelijke

6. HR 6 april 1990, NJ 1991/689 (Van Gend en Loos/Vitesse).

7. W. Pors, Bescherming van bedrijfsgeheimen. De stand van zaken en de toekomst, BIE mei 2013, p. 131.

8. A.J. Verheij, Onrechtmatige daad (Monografieën privaatrecht deel 4), Deventer: Kluwer 2005, p. 4.

9. HR 31 januari 1919, ECLI:NL:HR:1919:AG1776, NJ 1919, p. 161 (Lindenbaum/Cohen).

10. Pors 2013, p. 130.

11. M. Schut & S. van Loon, Bescherming van knowhow in Nederland: huidige stand van zaken en vooruitblik aan de hand van de ontwerp richtlijn bescherming bedrijfsgeheimen – Deel I, BIE juli/augustus 2014, p. 158.

12. 26 mei 2014 heeft de Raad van de Europese Unie een gewijzigd voorstel van deze richtlijn voorgelegd aan het Europees Parlement, zie <<http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=NL&f=ST%209870%202014%20INIT>>.

13. Art. 2 lid 1 Richtlijn, ST 9870 2014 INIT, zie <<http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=NL&f=ST%209870%202014%20INIT>>.

14. Art. 3 lid 3 Richtlijn, ST 9870 2014 INIT, zie <<http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=NL&f=ST%209870%202014%20INIT>>.

15. Zie <www.afm.nl/nl-nl/professionals/doelgroepen/effectenuitgevende-ondernemingen/meldingen/koersgevoelige-informatie>; zie ook Rb. Rotterdam 3 september 2008, JOR 2008/274; ik wijs hiernaast op de aannemende EU-Verordening marktmisbruik (EU) 596/2014, PbEU 2014, L 173/1.

opbrengst te realiseren tegen zo gunstig mogelijke verkoopvoorwaarden. Ondertekening van een NDA is gewoonlijk het startschot voor een geïnteresseerde partij om te gaan participeren in een dergelijke *controlled auction*.¹⁶

De verkoper heeft in de periode die hieraan voorafging vaak reeds fors geïnvesteerd (zowel financieel als in de vorm van managementaandacht) om externe financieel, commercieel en juridisch adviseurs een boekenonderzoek te laten uitvoeren op de te verkopen onderneming. De Vertrouwelijke Informatie ligt daarmee vaak klaar. Potentiële kopers hebben voorafgaand aan het tekenen van de NDA vaak nog niet dergelijke investeringen gedaan, en hun kennis van de te koop staande onderneming is daarmee nog beperkt. Bestudering van de reeds klaarliggende Vertrouwelijke Informatie bespaart hun dus tijd en geld, zeker nu het verkrijgen van de Vertrouwelijke Informatie via de NDA doorgaans zonder tegenprestatie geschiedt. Zowel de verkoper als mogelijke kopers hebben daarmee veel te winnen bij het afsluiten van de NDA.

Het is niet ongebruikelijk dat een Verstrekker in een *controlled auction* met twintig tot dertig Ontvangers een NDA afsluit. Daarnaast kunnen door Verstrekker vergelijkbare NDA's worden afgesloten met banken voor het verstrekken van schuldfinanciering voor de transactie, en eventueel nog met (brokers die contact hebben met) verzekeraars voor het verstrekken van een zogeheten *warranty & indemnity*-verzekering voor de af te geven garanties in de koopovereenkomst. Al deze partijen krijgen doorgaans onder de NDA het recht om de Vertrouwelijke Informatie op hun beurt te delen met adviseurs die hen ondersteunen bij het evalueren van de Vertrouwelijke Informatie. Gewoonlijk is in beginsel de Ontvanger aansprakelijk voor zijn adviseurs, maar hij zal deze aansprakelijkheid vaak beperken via een *back-to-back*-verklaring, waarin die adviseur zich verbindt jegens de Ontvanger – of zelfs de Verstrekker – zijn eigen aansprakelijkheid te dragen. Het gaat dan bijvoorbeeld om bankiers, advocaten en consultants. Een korte optelsom leert dat zo makkelijk bij meer dan honderd partijen Vertrouwelijke Informatie terecht kan komen, en daarmee uiteraard bij een veelvoud aan individuen.

Timing van informatieverstrekking

Strik beschrijft drie fasen waarbinnen in de *controlled auction* gewoonlijk informatie wordt verstrekt aan Ontvangers.¹⁷ Het is uiteraard volledig aan de Verstrekker om te bepalen welke informatie over de Target hij wil verstrekken, aan welke partijen, en wanneer hij dit wil doen. De NDA bevat geen rechtsgrond waarop Ontvanger kan vorderen dat de Verstrekker bepaalde informatie aan hem ter beschikking stelt; het is wat dat betreft eenrichtingsverkeer. Dit is een belangrijke constatering. Overigens is het goed om op te merken dat een NDA

geregeld de bepaling kent dat de Verstrekker niet garandeert dat de Vertrouwelijke Informatie compleet en accuraat is. Naar haar aard leent een dergelijke garantie bepaling zich ook niet voor een NDA, waarin immers slechts wordt bepaald wat de Ontvanger met de ontvangen informatie mag doen, en wat niet. Wel zal de Verstrekker in een met de uiteindelijke koper af te sluiten *share purchase agreement* (hierna: SPA) mogelijk bepaalde garanties afgeven, bijvoorbeeld dat de Ontvanger een volledig en juist beeld heeft kunnen vormen van de Target op basis van de hem beschikbaar gestelde informatie.

Het ligt in de rede aan te nemen dat de drie fasen een link hebben met de mate van vertrouwelijkheid van de te verstrekken informatie: hoe vertrouwelijker, aan hoe minder Ontvangers deze zal worden toevertrouwd en hoe later deze daarom ter beschikking zal worden gesteld. Dit kan echter wringen met het mechanisme van optimale prijsvorming binnen de *controlled auction*. Immers, Ontvangers onderhandelen met Verstrekker over de voorwaarden en prijs slechts op basis van de hun bekende gegevens over Target. Komt te elfder ure – en daarmee in de minder competitieve fase van de *controlled auction* – nog een negatief rapport over bodemverontreiniging of een slepende rechtszaak met een leverancier boven tafel, dan heeft een Ontvanger een sterke positie dit direct te vertalen in een lagere koopprijs, een vrijwaring in de SPA, of om anderszins concessies te bedingen.

Problemen met schade verhalen

Na verstrekking van de Vertrouwelijke Informatie aan de Ontvangers en doorzending aan hun adviseurs bevindt de Target zich in een kwetsbare positie. Komt er Vertrouwelijke Informatie in de openbaarheid, dan is door de veelheid aan betrokken partijen vaak niet te achterhalen welke NDA geschonden is. Zelfs al heeft men een idee, dan nog is het vaak lastig om de wanprestatie onder die NDA te bewijzen, en is het tevens ingewikkeld (zo niet onmogelijk) vast te stellen of schade is geleden en wat de omvang van de schadevergoeding dan zou moeten zijn.¹⁸ Ook heeft een Verstrekker hier soms weinig bij te winnen: met het in de openbaarheid komen van Vertrouwelijke Informatie is de geest uit de fles. Nakoming noch schadevergoeding verandert daar iets aan.

Dergelijke problemen ten aanzien van het bewijzen van wanprestatie en schade spelen ook bij vermoedens van ongeoorloofd gebruik van Vertrouwelijke Informatie. Deze zullen vaak pas na afloop van de *controlled auction* naar boven komen. Zelfs als een Ontvanger, bijvoorbeeld op basis van gedetailleerde inkooprijsoverzichten in de Verstrekte Informatie, in strijd met de NDA kortingen heeft bedongen voor zijn eigen inkoop, volgt uit die wanprestatie nog geen schade voor Target en/of Verstrekker.¹⁹

16. H.L. Kaemingk, Private equity en haar plaats in het ondernemingsrecht, Ondernemingsrecht 2005, p. 572-580; D.A.M.H.W. Strik, Bid-rigging: to play or not to play. Over spelregels ter bewaking van de effectiviteit van controlled auctions, Ondernemingsrecht 2004, p. 522-529.

17. Strik 2004, p. 520.

18. De Kluiver 2003, p. 37.

19. Vgl. Rb. Noord-Holland 15 november 2013, ECLI:NL:RBNHO:2013:11245.

Om deze problemen gedeeltelijk te omzeilen en de NDA 'tanden te geven' kan een boetebeding (art. 6:91 BW) worden opgenomen, zo mogelijk met een van artikel 6:92 lid 1 en 2 BW afwijkend beding (zodat naast de boete tevens nakoming of schadevergoeding kan worden gevorderd). In de literatuur wordt het boetebeding vaker als mogelijkheid aangedragen, nu het de noodzaak voor het bewijs van schade omzeilt.²⁰ De praktijk leert echter dat een dergelijk beding voor Ontvangers veelal onacceptabel is. Sterker nog: zij zetten juist vaak in op een beding dat hun aansprakelijkheid beperkt. Mogelijkheden hiertoe zijn het uitsluiten van gevolgschade, afgeleide schade of gedeerde winst,²¹ en daarnaast wordt ook wel gepoogd indirecte schade uit te sluiten.²² Ook kan een eventueel te vergoeden schadebedrag worden gelimiteerd in de NDA.

Stel dat het zou lukken zowel wanprestatie als schade te bewijzen, dan is het heel wel mogelijk dat deze schade door het aansprakelijkheidsbeperkende beding niet voor vergoeding in aanmerking komt. De schade die Verstrekker lijden onder een NDA zal vaak vooral uit gedeerde winst bestaan. Uitsluiting van aansprakelijkheid voor gedeerde winst betekent daarmee een fikse beperking van de schade die door middel van een vordering uit wanprestatie voor vergoeding in aanmerking zou komen. Aan de hand van de uitleg van het aansprakelijkheidsbeperkende beding moet daarnaast worden gezien of dit beding ook aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad beperkt.²³ In jurisprudentie²⁴ en literatuur²⁵ wordt daarbij aangenomen dat in beginsel in geval van samenloop van vorderingen uit wanprestatie en onrechtmatige daad de aangesprokene zich ook tegen de vordering uit onrechtmatige daad kan verweren met een beroep op het aansprakelijkheidsbeperkende beding.

Ten slotte leent de aard van eventuele schade zich niet per se voor een gang naar de burgerlijke rechter. Het is maar de vraag of een Verstrekker trek heeft in een procedure in de openbaarheid waarin de Vertrouwelijke Informatie centraal staat.²⁶ Arbitrage biedt uitkomst, maar dan moeten partijen wel een arbitragebeding in de NDA hebben opgenomen.

Bescherming tegen schending van de NDA

Hiervoor zijn de moeilijkheden beschreven voor een Verstrekker om een schending van een NDA en daaruit voortvloeiende schade te bewijzen, en om deze ook vergoed te krijgen. Dit doet niet af aan het feit dat de NDA in het zakelijke verkeer

tussen partijen, en in het bijzonder binnen de *controlled auction*, een belangrijke en ook instrumentele plaats inneemt. Tegen deze achtergrond bespreek ik vijftien aandachtspunten voor een Verstrekker om zo adequaat mogelijk bescherming te krijgen in de NDA:

1. *Delicate informatie*. Inventariseer voor de start van de *controlled auction* welke informatie met welke partijen in welk stadium zal worden gedeeld, in het bijzonder écht delicate informatie. Gefaseerde of beperkte informatieverstrekking is goed mogelijk, maar let wel op genoemde tactische aspecten. Andere mogelijkheden zijn een vervolgnDA met strengere afspraken over de verstrekking van specifieke gegevens, de Vertrouwelijke Informatie voorzien van een watermerk (herleidbaar tot de Ontvanger), slechts fysieke inzage toestaan van bepaalde gegevens, het printen van documenten onmogelijk maken of het instellen van een zogeheten *clean team* (een team dat doorgaans bestaat uit externe adviseurs van de Ontvanger die in beperkte mate mogen rapporteren over gegevens).
2. *Geen verplichting voor Verstrekker*. Neem op dat niets in de NDA de Verstrekker ertoe kan verplichten bepaalde informatie te verstrekken, en dat Verstrekker daarnaast geen garantie afgeeft dat de Vertrouwelijke Informatie compleet en accuraat is.
3. *Boetebeding*. Neem een boetebeding op (art. 6:91 BW), in de vorm van een bedrag dat direct opeisbaar is bij een schending van de NDA. Voeg hier een van artikel 6:92 lid 1 en 2 BW afwijkend beding aan toe, opdat deze boete mogelijkheden tot nakoming en volledige schadevergoeding niet consumeert.
4. *Beperking van aansprakelijkheid*. Wees terughoudend met het accepteren van een aansprakelijkheidsbeperkend beding.
5. *Bedrijfsgeheim*. Neem op dat partijen het erover eens zijn dat de Vertrouwelijke Informatie (1) geheim is, (2) waarde vertegenwoordigt en (3) adequate bescherming geniet door de bepalingen uit de NDA. Partijen brengen de Vertrouwelijke Informatie zo binnen de criteria van 'bedrijfsgeheim' uit de Richtlijn, hetgeen een vordering uit onrechtmatige daad kansrijker zou kunnen maken.
6. *Sans préjudice*. Neem op duidelijke wijze op dat partijen het erover eens zijn dat geen bepaling uit de NDA op enige wijze afbreuk doet aan verplichtingen die op de Ontvanger rusten op grond van bestaande wet- of regelgeving (zoals de Wft, de Wet bescherming persoonsgegevens, enzovoort), en dat Ontvanger deze, ten faveure van de Verstrekker, na zal leven.
7. *Assignment*. Bepaal dat de Verstrekker zijn rechten (via cessie ex art. 3:94 BW) of zijn rechten en verplichtingen (via contractoverneming ex art. 6:159 BW) onder de NDA kan overdragen aan de Target, in ieder geval bij de levering van de aandelen in Target aan een koper. Zo kan de Target in rechte opkomen tegen schendingen van een NDA door een Ontvanger die niet ook de koper is, nadat Verstrekker van het toneel is verdwenen.

20. De Kluiver 2003, p. 36-37.

21. J.M. Moller, De uitleg van het schadebegrip in overnamecontracten, V&O 2008, p. 31-35.

22. R.P.J.L. Tjittes, Uitleg van schriftelijke contracten, RM Themis 2005, p. 2-29; C.E. Drion, Internet en e-commerce (Boom modellen en commentaar), Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2003, p. 60.

23. HR 19 februari 1993, NJ 1994/290 m.nt. Brunner (Groningen/Zuidema).

24. Rb. Rotterdam 19 december 2002, S&S 2003/141.

25. HR 19 februari 1993, NJ 1994/290 m.nt. Brunner (Groningen/Zuidema).

26. Art. 8 Richtlijn zou hier overigens verandering in kunnen brengen, vgl. Schut & Van Loon 2014, p. 185.

8. *Arbitrage*. Neem een arbitragebeding op ter verzekering dat een eventuele procedure niet in de openbaarheid hoeft te geschieden. Ook biedt arbitrage voordelen ten aanzien van de erkenning en tenuitvoerlegging van een vonnis. Voor buitenlandse partijen kan het daarnaast aantrekkelijk zijn in dit beding te bepalen dat de procedure in de Engelse taal wordt gevoerd.
9. *Back-to-back-verklaring*. In beginsel dient de Ontvanger altijd volledig aansprakelijk te zijn voor derde partijen die hij onder de NDA de Vertrouwelijke Informatie verstrekt. Wil de Ontvanger door middel van *back-to-back*-verklaringen van deze derden zijn aansprakelijkheid beperken, let dan scherp op of Verstrekker als gevolg hiervan alle schade kan verhalen op de Ontvanger (die regres neemt op de derde), of dat hij zelf direct bij die derde de schade dient te claimen.
10. *Derdenbeding*. Neem een derdenbeding op (art. 6:253 lid 1 BW), zodat zowel Verstrekker, Target als dochterondernemingen van Target hun schade kunnen verhalen bij een schending van de NDA door Ontvanger.
11. *Geen sole remedy*. Neem op dat Verstrekker alle mogelijke rechtsmiddelen ter beschikking staan in geval van een schending van de NDA (en accepteer dus niet slechts een vergoeding van schade, ook wel met *sole remedy* aangeduid).
12. *Wijzen op verantwoordelijkheid*. Het kan zinvol zijn betrokken individuen bij de Ontvanger er bij tijd en wijle op te wijzen dat bepaalde informatie slechts gedeeld wordt onder de NDA en de daarin gemaakte afspraken. Zij zijn het immers die de bepalingen dienen na te leven, en voorkomen is in dezen uiteraard beter dan genezen.
13. *Ondertekening*. Zorg ervoor dat zowel Verstrekker als Ontvanger de NDA rechtsgeldig ondertekent. Het lijkt een open deur, maar de realiteit leert dat vaak slechts de Ontvanger de NDA ondertekent, en dat dit nog wel eens gebeurt door een niet-tekenbevoegd individu.
14. *Vernietiging en teruggave*. Zorg voor een duidelijke regeling voor de teruggave of vernietiging van de Vertrouwelijke Informatie (na een bepaalde termijn, of na een verzoek hiertoe van Verstrekker) en leef deze consequent na als Verstrekker.
15. *Vertrouwelijkheid*. Neem op dat de verplichting tot geheimhouden van de Vertrouwelijke Informatie het eindigen van de overeenkomst overleeft.