

arrest

GERECHTSHOF DEN HAAG

Afdeling Civiel recht

Zaaknummer : 200.225.181/01

Zaaknummer rechtbank : C/10/532515 / KG ZA 17-867

arrest in kort geding van 20 maart 2018

inzake

1. ORGANIK KIMYA NETHERLANDS B.V.,
gevestigd te Amsterdam,
2. ORGANIK KIMYA SAN. VE TIC A.Ş.,
gevestigd te Istanbul, Turkije,
3. ORGANIK HOLDING A.Ş.,
gevestigd te Istanbul, Turkije,
4. ORGANIK KIMYA US, INC.,
gevestigd te Burlington, Massachusetts, Verenigde Staten van Amerika,
5. CHEMORG NETHERLANDS B.V.,
gevestigd te Amsterdam,
appellanten,
hierna afzonderlijk te noemen respectievelijk Organik Netherlands, Organik Turkije, Organik Holding, Organik US en Chemorg en gezamenlijk Organik,
advocaat: mr. R.M. van der Velden te Amsterdam,

tegen

1. THE DOW CHEMICAL COMPANY,
gevestigd te Midland, Michigan, Verenigde Staten van Amerika,
2. ROHM AND HAAS COMPANY,
gevestigd te Philadelphia, Pennsylvania, Verenigde Staten van Amerika,
3. ROHM AND HAAS CHEMICALS LLC,
gevestigd te Philadelphia, Pennsylvania, Verenigde Staten van Amerika,
geïntimeerden,
hierna afzonderlijk te noemen respectievelijk Dow Chemical, R&H en R&H Chemicals en
gezamenlijk Dow,
advocaat: mr. R.E. Ebbink te Amsterdam.

1. De procedure

1.1. Bij exploit van 4 oktober 2017 is Organik in hoger beroep gekomen van een door de voorzieningenrechter in de rechtbank Rotterdam tussen partijen gewezen vonnis van 6 september 2017. In het exploit heeft Organik zes grieven aangevoerd en een productie overgelegd. Bij memorie van antwoord met producties heeft Dow de grieven bestreden.

1.2. Vervolgens hebben partijen op 29 januari 2018 de zaak doen bepleiten, Organik door

haar hiervoor genoemde advocaat en mr. M.H.R.N.Y. Cordewener en mr. C.C.A. van Rest, advocaten te Amsterdam, en Dow door de hiervoor genoemde advocaat en mr. M.G.R. van Gardingen, mr. H.W.J. Lambers, en mr. P. Marcelis, advocaten te Amsterdam, allen aan de hand van overgelegde pleitnotities. Organik heeft verzocht de zitting achter gesloten deuren te laten plaatsvinden vanwege het concurrentiegevoelige karakter van een deel van de informatie. Na het horen van Dow heeft het hof dat verzoek krachtens artikel 27 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (hierna: Rv) gehonoreerd. In dit arrest wordt de inhoud van de documenten die Organik als vertrouwelijk heeft aangemerkt niet weergegeven. Er bestaat dus geen grond voor beperking van de openbaarheid van het arrest.

1.3. Ter gelegenheid van het pleidooi heeft Organik drie aktes genomen, met respectievelijk producties 28 tot en met 37, producties 38 en 39 en producties 40 en 41. Dow heeft ter gelegenheid van het pleidooi twee aktes, met respectievelijk producties 21 tot en met 29 en een aanvullende productie 30, overgelegd. Ten slotte is arrest gevraagd.

2. De feiten

2.1. De door de voorzieningenrechter bij het vonnis van 6 september 2017 vastgestelde feiten zijn niet in geschil. Ook het hof zal uitgaan van die feiten, aangevuld met een aantal niet ter discussie staande feiten die het hof zelfstandig heeft vastgesteld.

2.2. Tussen partijen bestaat een geschil over, kort gezegd, de vraag of Organik onrechtmatig heeft gehandeld door gebruik te maken van bedrijfsgeheimen, niet zijnde intellectuele eigendomsrechten, van Dow.

2.3. In mei 2013 is Dow bij de U.S. International Trade Commission (hierna: ITC) tegen (één of meer vennootschappen uit de groep van) Organik een procedure gestart met betrekking tot het importeren in de Verenigde Staten van Organiks opaque emulsiepolymeer ORGAWHITE 2000. De ITC heeft Dow aangaande *spoliation* van bewijsmiddelen door (één of meer vennootschappen uit de groep van) Organik in het gelijk gesteld en Organik een boete en een importverbod in de Verenigde Staten van 25 jaar van opaque polymeren opgelegd. Het beroep tegen die beslissing door Organik bij de *Court of Appeal for the Federal District* is verworpen. Dit arrest is inmiddels onherroepelijk.

2.4. Dow heeft op 6 mei 2015 een verzoekschrift ingediend bij de voorzieningenrechter in de rechtbank Rotterdam om conservatoir bewijsbeslag te mogen leggen ten laste van Organik. De voorzieningenrechter heeft bij beschikking van 11 mei 2015 (zaak-/rekestnummer C/10/475546 / KG RK 15-906), onder in die beschikking genoemde voorwaarden, het verzochte verlot grotendeels verleend.

2.5. Op 19 mei, 21 mei en 17 juni 2015 zijn in en vanuit de locatie van Organik Netherlands ten laste van Organik bewijsmiddelen in (aanvullend) conservatoir bewijsbeslag genomen en in (tijdelijke) gerechtelijke bewaring gegeven.

2.6. Dow heeft tegen Organik een kort gedingprocedure aanhangig gemaakt bij de voorzieningenrechter van de rechtbank Rotterdam met een vordering strekkende tot verkrijging van recht op inzage op hetgeen door het beslag getroffen werd. Organik heeft in reconventie opheffing van de gelegde conservatoire beslagen gevorderd. De voorzieningenrechter van de rechtbank Rotterdam heeft bij vonnis van 12 oktober 2015 (ECLI:NL:RBROT:2015:7636) zowel de vorderingen in conventie als in reconventie

afgewezen.

2.7. Dow is beroep gekomen van voornoemd vonnis en Organik heeft daartegen incidenteel hoger beroep ingesteld. Het gerechtshof Den Haag heeft een tussenarrest gewezen op 19 juli 2016 (ECLI:NL:GHDHA:2016:2225, hierna: het tussenarrest) en een eindarrest op 17 januari 2017 (ECLI:NL:GHDHA:2017:57, hierna: het eindarrest). Het gerechtshof heeft beslist, samengevat, dat het bewijsbeslag gedeeltelijk dient te worden opgeheven en dat aan Dow inzage dient te worden verschaft in een deel van de beslagen bescheiden. De selectie van de voor opheffing en inzage in aanmerking komende bescheiden dient te worden gemaakt in vier stappen, de eerste twee stappen te nemen door BDO Investigations B.V. (hierna: BDO), als IT-deskundige, en de volgende twee stappen te nemen door professor Hungenberg (hierna: Hungenberg), als chemisch deskundige.

2.8. In het tussenarrest staat onder meer:

[...]

bescheiden op server in Turkije (grief 6)

5.8. Niet in geschil is dat, zoals de voorzieningenrechter heeft geoordeeld (r.o. 5.20 van het bestreden vonnis), de deurwaarder buiten het beslagverlof is getreden voor zover gegevens zijn beslagen die normalerwijze niet vanuit de fabriek van Organik in Rotterdam toegankelijk waren. Organik stemt uitdrukkelijk in met dat oordeel (memorie van antwoord tevens houdende incidenteel appèl, paragraaf 16.50) en ook Dow gaat bij haar verweer in incidenteel beroep uit van de door de voorzieningenrechter geformuleerde maatstaf (memorie van antwoord in incidenteel beroep, paragraaf 6.7). Partijen strijden alleen over het antwoord op de vraag of beslagen documenten die afkomstig zijn van een server van Organik in Turkije normalerwijze toegankelijk waren. De zesde grief van Organik heeft daarop betrekking. Met die grief bestrijdt Organik het oordeel van de voorzieningenrechter dat — samengevat — gebreken in de uitvoering van het beslag op dit punt niet vaststaan. Bij de beoordeling van die grief moet een onderscheid worden gemaakt tussen de e-mailboxen en de financiële administratie. Voor zover de grief ook ziet op ander beslagen materiaal, moet die worden verworpen omdat Organik onvoldoende inzichtelijk heeft gemaakt om welk materiaal het gaat.

e-mailboxen

5.9. Voorshands moet worden aangenomen dat de beslagen e-mailboxen normalerwijze vanuit de fabriek in Rotterdam toegankelijk waren. Een door Organik aangehaald rapport van haar IT-deskundige DigiJuris, die het netwerksysteem van Organik heeft onderzocht, vermeldt hierover het volgende (productie 14 van Organik in hoger beroep, pagina 4):

Het vanuit Rotterdam kopiëren van integrale mailboxen uit de Turkse server is normaal gesproken niet mogelijk. Dat kan alleen wanneer men de inlog-gegevens en het wachtwoord van de administrator account van het netwerk in Turkije of van individuele medewerkers in Turkije zou ontvangen.

Hieruit volgt dat de mailboxen normaal gesproken wel toegankelijk zijn met de inlog-gegevens en het wachtwoord van de betreffende medewerker. Het ligt overigens ook los van die verklaring voor de hand dat een medewerker zijn e-mail vanaf verschillende locaties kan benaderen. Dat gegeven brengt mee dat de mailboxen in dit geval moeten worden geacht normalerwijze toegankelijk te zijn vanuit de fabriek in Rotterdam voor zover het gaat om mailboxen van bestuurders of werknemers van de Rotterdamse vestiging van Organik. Dat aan die laatste voorwaarde is voldaan blijkt uit de verklaring van de deurwaarder waarnaar Dow in dit verband heeft verwezen. Blijkens die verklaring betreffen de beslagen mailboxen e-mailaccounts van bestuurders van Organik Kimya Netherlands en anderen van wie is vastgesteld dat die (ook) voor de Rotterdamse fabriek werken of hebben gewerkt (productie 40 van Dow, paragraaf 12). Dat die personen ten tijde van de beslaglegging mogelijk niet aanwezig waren in de Rotterdamse fabriek, is, anders dan Organik suggereert, niet relevant. Het volstaat dat de gegevens voor de betreffende bestuurders en werknemers normaal gesproken toegankelijk zijn vanuit de vestiging.

5.10. Organik stelt dat er ook mailboxen zijn beslagen van personen die niet werkten voor of vanuit Rotterdam. Het hof kan voorshands niet uitgaan van de juistheid van die stelling. Aangezien Organik

opheffing van het beslag vordert is het aan haar om op zijn minst te specificeren om welke personen het gaat, mede gelet op het feit dat i) Dow geen informatie heeft over de inhoud van het beslagen materiaal en dus zonder specificatie door Organik niet kan controleren om wiens mailboxen het gaat, en ii) de deurwaarder heeft verklaard dat uitsluitend mailboxen zijn beslagen van bestuurders van Organik Kimya Netherlands en anderen van wie is vastgesteld dat die (ook) voor de Rotterdamse fabriek werken of hebben gewerkt. Organik heeft de personen echter niet gespecificeerd.

5.11. Daarnaast heeft Organik in dit verband aangevoerd dat de mailboxen zijn gekopieerd via een server die bij een van de medewerkers van Organik thuis stond buiten aanwezigheid van de deurwaarder. In het midden kan blijven of die stelling juist is (Dow betwist de stelling bij gebrek aan wetenschap). Voor zover juist, volgt daaruit niet dat de deurwaarder buiten het beslagverlof is getreden. Anders dan Organik meent stelt het beslagverlof geen beperkingen aan de locatie waar kopieën worden gemaakt. Organik wijst op de voorwaarde dat documenten en informatie toegankelijk moesten zijn vanuit de Rotterdamse vestigingen van Organik. Die voorwaarde beperkt naar voorlopig oordeel echter alleen de categorie van documenten en informatie waarop beslag kan worden gelegd en niet de wijze waarop kopieën worden gemaakt.

5.12. Het maken van kopieën op een thuislocatie en buiten aanwezigheid van de deurwaarder kan ook anderszins niet leiden tot opheffing van het beslag op die kopieën, gelet op het feit dat uit de stellingen van Organik volgt dat voor het kopiëren op die locatie is gekozen op initiatief van Organik en met het oog op de bescherming van vertrouwelijke gegevens. Bovendien pleit een afweging van wederzijdse belangen tegen opheffing van dit deel van het bewijsbeslag (zie hierna r.o. 5.20).

5.13. Het beslag op de mailboxen moet wel worden opgeheven voor zover het gaat om correspondentie tussen Organik en haar advocaten. Zoals hiervoor is vastgesteld (zie r.o. 4.69), is niet in geschil dat Dow geen recht op inzage heeft in die correspondentie. Voor die correspondentie bestaat dus geen grond voor continuering van het beslag.”

2.9. In het eindarrest staat onder meer:

2. De verdere beoordeling

inleiding

2.1. Het hof neemt over hetgeen het hof bij het tussenarrest heeft geoordeeld en beslist en volhardt daarbij.

2.2. Bij het tussenarrest heeft het hof geoordeeld dat het bestreden vonnis in conventie voor zover het Organik Netherlands, Organik Luxembourg, Organik Holding en Chemorg betreft, en in reconventie moet worden vernietigd en dat, opnieuw rechtdoende, zowel de in conventie gevorderde inzage, als de in reconventie gevorderde opheffing van de bewarende maatregelen gedeeltelijk moet worden toegewezen. Het hof heeft beslist dat de selectie van de voor opheffing en inzage in aanmerking komende delen van het in bewaring genomen materiaal, in de in rechtsoverwegingen 6.3 tot en met 6.6 omschreven vier stappen moet worden uitgevoerd door een onafhankelijke deskundige. Het hof heeft partijen in de gelegenheid gesteld zich uit te laten over de persoon van de deskundige.

de deskundigen

[...]

procedure

2.7. Uit het debat tussen partijen in de aktes na het tussenarrest blijkt dat partijen op een aantal punten van mening verschillen over de wijze waarop de deskundigen de selecties zullen moeten uitvoeren. Ter voorkoming van executiegeschillen zal het hof hierna op die punten een beslissing geven.

[...]

2.9. Ten tweede twisten partijen over het antwoord op de vraag of de te selecteren correspondentie van Organik met haar advocaten ook interne correspondentie omvat waarin de correspondentie met een

advocaat is opgenomen (bijvoorbeeld een e-mailbericht waarbij een medewerker van Organik een bericht van een advocaat doorstuurt naar een collega). Het hof is met Organik van oordeel dat ook dergelijke correspondentie moet worden geselecteerd voor vernietiging. Er bestaat een reëel risico dat ook die interne correspondentie vertrouwelijk is en, voor zover dat niet zo zou zijn is voorshands onvoldoende aannemelijk dat dergelijke interne communicatie informatie bevat die kan worden aangemerkt als bescheiden aangaande de door Dow gestelde rechtsbetrekking.

2.10. Daarnaast heeft Organik in dit verband betoogd dat onder de 'geprivilegieerde data' ook moeten vallen interne correspondentie en documenten met betrekking tot de ITC procedure als bedoeld in rechtsoverwegingen 2.13 tot en met 2.15 van het tussenarrest, zoals concepten voor verklaringen en processtukken. Het betoog van Dow dat dit argument nieuw is en daarom buiten beschouwing moet worden gelaten vanwege strijd met de goede procesorde en tweeconclusieregel, treft geen doel. Al vanaf haar eerste processtuk in deze procedure heeft Organik het argument gevoerd dat het beslagen materiaal geprivilegieerde data omvat en heeft zij betoogd dat inzage in gegevens omtrent haar processtrategie in de Amerikaanse procedure strijdig is met een fair trial in de zin van artikel 6 EVRM. De invulling die Organik in haar akte geeft aan het begrip geprivilegieerde data, ligt zozeer in het verlengde van dat betoog, dat geen sprake is van strijd met de goede procesorde of de tweeconclusieregel. Dow heeft ook voldoende gelegenheid gehad op deze invulling van de stelling van Organik te reageren bij haar antwoordakte. Dat Dow niet, of maar beperkt van die gelegenheid gebruik heeft gemaakt komt voor haar eigen risico. Het betoog dat gewichtige redenen zich verzetten tegen inzage in de bedoelde informatie is naar voorlopig oordeel ook gegrond, gelet op het belang van Organik bij de mogelijkheid om vertrouwelijk te kunnen corresponderen over rechtszaken. Daarom zal het hof BDO opdragen ook interne correspondentie en documenten die duidelijk betrekking hebben op de ITC procedure te selecteren.

2.11. Ten derde betoogt Organik in haar akte dat het beslag ten aanzien van de mailbox van mevrouw A [REDACTED] moet worden opgeheven en dat de inzage daarin moet worden afgewezen omdat die mevrouw niet werkzaam is of was bij de Nederlandse vestigingen van Organik. Dow heeft terecht opgemerkt dat het hof in het tussenarrest al een afwijzende beslissing heeft genomen over de mailboxen. Het hof ziet geen aanleiding om terug te komen op die beslissing. Organik had dit argument naar voren kunnen en moeten brengen voordat het hof het tussenarrest wees. Zoals het hof in het tussenarrest heeft overwogen, had het op de weg van Organik gelegen om te specificeren van welke buitenlandse werknemers de mailboxen waren beslagen, mede gelet op het feit dat i) Dow geen informatie had over de inhoud van het beslagen materiaal en dus zonder specificatie door Organik niet kon controleren om wiens mailboxen het ging, en ii) de deurwaarder had verklaard dat uitsluitend mailboxen waren beslagen van bestuurders van Organik Kimya Netherlands en anderen van wie is vastgesteld dat die (ook) voor de Rotterdamse fabriek werken of hebben gewerkt.

[...]

2.13. Ten vijfde betoogt Organik dat haar de gelegenheid moet worden geboden de selecties die de deskundigen hebben gemaakt, te controleren voorafgaand aan de verstrekking aan Dow. Ook daarvoor geldt dat het hof op dit punt al een beslissing heeft genomen in het tussenarrest. In het tussenarrest heeft het hof voor de uitvoering van de toe te wijzen opheffing en inzage een procedure vastgesteld. Die procedure houdt in dat een onafhankelijke derde het betreffende materiaal selecteert, vertrouwelijke informatie eruit filtert en de relevantie van het resterende deel controleert, voordat Dow inzage krijgt. Daarnaast zal het hof Dow krachtens artikel 843a lid 2 Rv bevelen de verkregen informatie uitsluitend te gebruiken als bewijs in een gerechtelijke procedure. Daarmee is de bescherming van vertrouwelijke informatie naar het oordeel van het hof voldoende gewaarborgd. Hetgeen Organik daarover in haar akte naar voren brengt, kan niet leiden tot een ander oordeel. Daarbij weegt mee dat dit een kort geding procedure betreft en dus snel uitvoerbare maatregelen de voorkeur hebben. Bovendien zou de invoering van een controlemogelijkheid voor Organik meebrengen dat Organik inzage moet krijgen in vertrouwelijke informatie van Dow (de specificatie van de bedrijfsgeheimen) en zou, zeker als er geschillen ontstaan, Dow – in verband met de gelijkheid van procespartijen – eenzelfde controlemogelijkheid moeten worden geboden als Organik krijgt, waarbij Dow dus inzage moet krijgen in de informatie die Organik juist vertrouwelijk wil houden. De door Dow voorgestelde procedure, waarnaar Organik verwijst in haar aktes, omvatte een dergelijke controlemogelijkheid voor beide partijen, maar heeft het hof – mede naar aanleiding van bezwaren van Organik – afgewezen omdat daarmee de bescherming van vertrouwelijke informatie minder goed kon worden gewaarborgd.

[...]

2.20. Ten slotte heeft het hof ook al beslist over de uitvoerbaarheid-bij-voorraad van de toe te wijzen inzage (zie r.o. 4.78 van het tussenarrest). Het hof ziet in hetgeen Organik hierover in haar akte aanvoert, geen aanleiding om terug te komen op die beslissing.

2.21. Naar aanleiding van het voorstel van partijen om de deskundigen vragen over de uitvoering van dit arrest te kunnen laten voorleggen aan het hof of materiaal te verstrekken via het hof, merkt het hof op dat met dit arrest een einde komt aan deze procedure. Eventuele geschillen over de uitvoering zullen dus als executiegeschil aanhangig moeten worden gemaakt. Concreet betekent dit dat de deskundigen – met inachtneming van de vereiste vertrouwelijkheid – eventuele vragen over de uitvoering van hun opdrachten kunnen voorleggen aan (de advocaten van) partijen en dat als partijen het in overleg niet eens kunnen worden over het antwoord op die vragen, de meest gereede partij de kwestie in een executiegeschil kan voorleggen aan de rechter.

3. Beslissing

Het hof

in incidenteel beroep

3.1. vernietigt het tussen partijen gewezen vonnis in reconventie van de voorzieningenrechter in de rechtbank Rotterdam van 12 oktober 2015 en opnieuw rechtdoende,

3.1.1 heft de tegen Organik getroffen bewarende maatregelen op voor zover die betrekking hebben op het volgende materiaal:

- a. de gedetailleerde beschrijving;
- b. de USB-sticks 004 en 005 met daarop de financiële administratie van de buitenlandse gerekwestreerden die de deurwaarder op 21 mei 2015 in bewaring heeft genomen;
- c. alle correspondentie gewisseld tussen Organik en de advocaten genoemd in Annex A bij productie 50 bij de akte van Organik van 4 oktober 2016;
- d. alle correspondentie en documenten die duidelijk betrekking hebben op de ITC procedure;

3.1.2 beveelt Dow binnen 14 dagen na betekening van dit arrest BDO opdracht te geven op kosten van Dow zo spoedig mogelijk het in 3.1.1 genoemde materiaal te selecteren uit het materiaal dat de deurwaarder in bewaring heeft en die selectie te vernietigen;

3.1.3 beveelt Dow BDO bij de hiervoor bedoelde opdracht ook op te dragen ten behoeve van Organik i) de inhoud van het materiaal waarvan BDO kennis neemt in het kader van de uitvoering van de onder 3.1.2 beschreven opdracht geheim te houden ten opzichte van Dow en derden en ii) adequate maatregelen te nemen ter waarborging van de vertrouwelijkheid van dat materiaal gedurende de uitvoering van de opdracht;

3.1.4 bepaalt dat Dow een kopie van het dossier van de procedure in eerste aanleg en beroep zal verstrekken aan BDO;

3.1.5 bepaalt dat partijen aan beide zijden de deurwaarder zullen instrueren dat hij BDO moet toelaten de bedoelde werkzaamheden te verrichten;

3.1.6 bepaalt dat partijen aan beiden zijden medewerking moeten verlenen aan de uitvoering van de bedoelde werkzaamheden als BDO daarom vraagt;

3.1.7 bepaalt dat Dow een dwangsom verbeurt van € 1.000.000,- voor ieder handelen of nalaten in strijd met de hiervoor genoemde bevelen en bepalingen, althans – ter vrije keuze van Organik – voor iedere dag dat Dow in strijd handelt met deze bevelen en bepalingen, met een maximum van € 10.000.000,-;

3.1.8 wijst af het meer of anders gevorderde;

3.1.9 compenseert de proceskosten in eerste aanleg in reconventie in die zin dat elke partij zijn eigen kosten draagt;

3.2. compenseert de proceskosten in incidenteel beroep in die zin dat elke partij zijn eigen kosten

draagt;

in principaal beroep

in de zaken tegen Organik Netherlands, Organik Luxembourg, Organik Holding en Chemorg

3.3. vernietigt het tussen partijen gewezen vonnis in conventie van de voorzieningenrechter in de rechtbank Rotterdam van 12 oktober 2015 en opnieuw rechtdoende,

3.3.1 staat Dow toe conform de hierna te noemen bepalingen en bevelen inzage te nemen in en kopieën te krijgen van het hierna bepaalde deel van het materiaal dat door de deurwaarder in bewaring wordt gehouden;

3.3.2 bepaalt dat Dow BDO opdracht geeft op haar kosten op basis van zoektermen de volgende documenten te selecteren uit het deel van het door de deurwaarder in bewaring gehouden materiaal dat resteert na uitvoering van de hiervoor onder 3.1.2 genoemde selectie:

i) alle documenten (in geschreven of elektronische vorm, lokaal opgeslagen of op externe (netwerk) computers of andere gegevensdragers), waaronder maar niet beperkt tot rapporten, recepturen, productie-instructies, memoranda en correspondentie (waaronder e-mails), vanaf 1 januari 2008, waarin de termen 'Dow', 'Rohm and Haas', en/of 'R&H' voorkomen, waaronder begrepen voor de hand liggende variaties op die termen;

ii) alle documenten (in geschreven of elektronische vorm, lokaal opgeslagen of op externe (netwerk) computers of andere gegevensdragers), waaronder maar niet beperkt tot rapporten, recepturen, productie-instructies, memoranda en correspondentie (waaronder e-mails), vanaf 1 januari 2008, waarin een of meer van de volgende termen voorkomen, waaronder begrepen voor de hand liggende variaties op die termen:

- 'ROPAQUE' of 'ROPAQUE Ultra', of
- één van de 177 namen van non-opaque emulsie polymeren van Dow of één van de 354 bijbehorende merknamen genoemd in de filepath's die in de jump lists op de Organik laptops gevonden zijn (genoemd in Productie 13 van Dow);

iii) alle documenten (in geschreven of elektronische vorm, lokaal opgeslagen of op externe (netwerk) computers of andere gegevensdragers), waaronder maar niet beperkt tot rapporten, recepturen, productie-instructies, memoranda en correspondentie (waaronder e-mails), vanaf 1 januari 2008, waarin de naam 'Perez', 'Nene' en/of 'Strozzi' wordt genoemd;

iv) alle documenten (in geschreven of elektronische vorm, lokaal opgeslagen of op externe (netwerk) computers of andere gegevensdragers), waaronder maar niet beperkt tot rapporten, recepturen, productie-instructies, memoranda en correspondentie (waaronder e-mails), vanaf 1 januari 2008, waarin de term 'OPAC 103', 'OPAC 204x' of 'ORGAWHITE 2000' voorkomt, waaronder begrepen voor de hand liggende variaties op die termen;

3.3.3 bepaalt dat Dow BDO opdracht geeft op haar kosten de onder 3.3.2 bedoelde selectie van documenten op verzoek van Hungenberg aan Hungenberg te verstrekken en Hungenberg desgewenst te assisteren bij zijn onderzoek;

3.3.4 bepaalt dat Dow de specificatie van de 52 bedrijfsgeheimen die zij op 29 januari 2014 heeft ingediend in de ITC-procedure, ter beschikking stelt aan Hungenberg ;

3.3.5 bepaalt dat Dow Hungenberg opdracht geeft op haar kosten de volgende werkzaamheden te verrichten:

a) beoordelen in hoeverre de hiervoor onder 3.3.2 sub i) en ii) bedoelde documenten informatie verschaffen over (delen van de) de recepten of productieprocessen van Dow voor het maken van ROPAQUE, ROPAQUE Ultra of één van de 177 non-opaque emulsie polymeren van Dow genoemd in productie 13 van Dow;

b) aan beide partijen een afschrift verstrekken van uitsluitend die delen van de hiervoor onder 3.3.2 sub i) en ii) bedoelde documenten die naar het oordeel van Hungenberg informatie verschaffen over (delen van de) de recepten of productieprocessen van Dow voor het maken van ROPAQUE, ROPAQUE Ultra of één van de 177 non-opaque emulsie polymeren van Dow genoemd in productie 13 van Dow;

c) beoordelen in hoeverre de hiervoor onder 3.3.2 sub iii) en iv) bedoelde documenten ondersteunen dat (delen van) de recepten of productieprocessen die Organik heeft toegepast

bij de productie van OPAC 103, OPAC 204x of ORGAWHITE 2000, overeenstemmen met de onder 3.3.4 bedoelde specificatie van bedrijfsgeheimen van Dow;

d) aan beide partijen een afschrift verstrekken van uitsluitend die delen van de hiervoor onder 3.3.2 sub iii) en iv) bedoelde documenten die naar het oordeel van Hungenberg ondersteunen dat (delen van) de recepten of productieprocessen die Organik heeft toegepast bij de productie van OPAC 103, OPAC 204x of ORGAWHITE 2000, overeenstemmen met de onder 3.3.4 bedoelde specificatie van bedrijfsgeheimen van Dow;

3.3.6 beveelt Dow BDO en Hungenberg bij de hiervoor bedoelde opdrachten ook op te dragen i) de inhoud van het materiaal waarvan BDO en Hungenberg kennis nemen in het kader van de uitvoering van de onder 3.3.2 en 3.3.3, respectievelijk 3.3.5 beschreven opdrachten geheim te houden ten opzichte van partijen en derden, afgezien van de onder 3.3.5 sub b) en d) bedoelde verstrekking van afschriften, en ii) adequate maatregelen te nemen ter waarborging van de vertrouwelijkheid van dat materiaal gedurende de uitvoering van de opdrachten;

3.3.7 bepaalt dat Dow een kopie van het dossier van de procedure in eerste aanleg en beroep zal verstrekken aan Hungenberg;

3.3.8 bepaalt dat partijen aan beide zijden de deurwaarder zullen instrueren dat hij BDO en Hungenberg moet toelaten de bedoelde werkzaamheden te verrichten;

3.3.9 bepaalt dat partijen aan beide zijden medewerking moeten verlenen aan de uitvoering van de bedoelde werkzaamheden als BDO of Hungenberg daarom vraagt;

3.3.10 bepaalt dat Dow de afschriften van de (delen van) documenten die zij via Hungenberg verkrijgt en de inhoud daarvan uitsluitend mag gebruiken om de aard en omvang van het vermeende onrechtmatige handelen van Organik te bewijzen in gerechtelijke procedures en die informatie dus niet mag gebruiken voor eigen bedrijfsdoeleinden en ook niet beschikbaar mag stellen aan derden buiten het kader van die procedures;

3.3.11 bepaalt dat Dow een dwangsom verbeurt van € 1.000.000,- als zij in strijd handelt met het bepaalde in 3.3.6 tot en met 3.3.10, althans – ter vrije keuze van Organik Netherlands, Organik Luxembourg, Organik Holding en Chemorg – voor iedere dag dat Dow in strijd handelt met deze bevelen en bepalingen, met een maximum van € 10.000.000,-;

3.3.12 bepaalt dat als Organik Netherlands, Organik Luxembourg, Organik Holding of Chemorg in strijd handelt met het bepaalde in 3.3.8 en 3.3.9, de betreffende partij een dwangsom verbeurt van € 1.000.000,- voor elke overtreding, of – ter vrije keuze van Organik – voor iedere dag dat de betreffende partij in strijd handelt met deze bepalingen, met een maximum van € 10.000.000,-;

3.3.13 wijst af wat meer of anders is gevorderd;

3.3.14 compenseert de proceskosten in conventie in eerste aanleg in die zin dat elke partij zijn eigen kosten draagt;

3.4. compenseert de proceskosten in principaal appel in die zin dat elke partij zijn eigen kosten draagt;

in de zaken tegen Organik Turkije en Organik US

3.5. vernietigt het tussen partijen gewezen vonnis in conventie van de voorzieningenrechter in de rechtbank Rotterdam van 12 oktober 2015 voor zover het de proceskostenveroordeling betreft en bekrachtigt het vonnis voor het overige en in zoverre opnieuw rechtdoende

3.5.1 veroordeelt Dow in de proceskosten in eerste aanleg, aan de zijde van Organik Turkije en Organik US tot op heden begroot op € 476,33 (€ 1.429,00 × 2/6), te vermeerderen met de wettelijke rente indien voldoening niet plaatsvindt binnen 14 dagen na betekening van dit arrest;

3.6. veroordeelt Dow in de proceskosten in principaal beroep, aan de zijde van Organik Turkije en Organik US tot op heden begroot op € 894,00 (3 punten × € 894,00 × 2/6) aan advocaatkosten en

€ 237,00 (€ 711,00 × 2/6) aan griffierecht, te vermeerderen met de wettelijke rente indien voldoening niet plaatsvindt binnen 14 dagen na betekening van dit arrest;

in incidenteel en principaal arrest

3.7. verklaart dit arrest uitvoerbaar bij voorraad.

2.10. Dow heeft het tussenarrest en het eindarrest op 10 maart 2017 laten betekenen aan Organik.

2.11. Organik heeft op 13 maart 2017 cassatieberoep aangetekend tegen het tussenarrest en het eindarrest. Organik heeft verzocht om toestemming om de zaak als een spoedprocedure te behandelen. Dow heeft daartegen bezwaar gemaakt. De Hoge Raad heeft de termijnen voor het verweerschrift van Dow en de schriftelijke toelichtingen bepaald op 9 juni 2017 respectievelijk 1 september 2017. In het zaakoverzicht van de Hoge Raad is niet aangegeven dat in deze cassatiezaak toepassing wordt gegeven aan onderdeel 3.1.12. van het procesreglement van de Hoge Raad.

2.12. Op 14 maart 2017 heeft Dow BDO en Hungenberg geïnstrueerd om de in het eindarrest genoemde werkzaamheden uit te voeren.

2.13. De heer ████████ H███ (hierna: H███ van BDO heeft bij e-mailbericht van 7 augustus 2017 het volgende medegedeeld aan partijen:

Dear all,

Please let us inform you about the status of our work.

As mentioned earlier, we have labeled/tagged all data available based on the Court Decision 3.1.1 (to be deleted/destroyed) and 3.3.2 (set to be disclosed after deletion/destruction to prof. dr. K.D. Hungenberg).

The preparation of a 'clean' set of data (i.e. excluding the items as referred to in paragraph 3.1.1) that can be returned to the bailiff is still in progress. The 'clean' set will be returned based on a forensic standard on secured hard drives. Items marked for deletion will be handled in accordance with globally accepted forensic guidelines.

We will arrange a meeting with the bailiff in which we will hand over the 'clean' set. In exchange, we will receive the copy of the original set of data that is still kept in custody by the bailiff. This set will be destroyed by BDO, also according to globally accepted forensic guidelines.

The set to be disclosed to prof. dr. K.D. Hungenberg is ready and available for further analyses by him. A total of approximately 300.000 items (out of almost 9 million items) will be disclosed. Given the number of items, BDO will provide a fully secured and confidential web based environment to prof. dr. K.D. Hungenberg that can be used by him to perform his analyses.

We have informed prof. dr. K.D. Hungenberg about the numbers of items per labels/tags (based on 3.3.2).

In reaction prof. dr. K.D. Hungenberg posed a few questions and raised a few issues. He will inform you about these questions and issues separately.

We will await the response to these questions and issues because this reaction could mean that additional processing will be needed.

Kind regards,

M██████

2.9. Hungenberg heeft in een e-mailbericht van 8 augustus 2017 aan partijen het volgende medegedeeld, respectievelijk de navolgende vragen gesteld:

Dear all,

I have received information from BDO with regard to the numbers of potentially relevant items (based on Court Decision 3.3.2). Based on the numbers provided by BDO (about 300.000 items) I have a few questions / issues I would like you to respond to.

Basically, there are two search scenario's that can be applied to find potentially relevant documents and to assess them:

I. Scenario I — from narrow to less narrow (inverted funnel)

II. Scenario II— from broad to less broad (funnel)

Ad I) Scenario I (inverted funnel)

- I will start my analyses with combinations of key words based on combinations of (3.3.2 i and/or 3.3.2 ii) AND (3.3.2 iii and/or 3.3.2 iv). In this scenario the number of hits will be smaller than in a scenario of using just single key words.
- The results will be more likely to be potentially relevant.
- Depending on the number of hits combinations of more or less key words can be used.
- To apply the "inverted funnel" scenario BDO will label the data that will be disclosed based on possible combinations of (3.3.2 i and/or 3.3.2 ii) AND (3.3.2 iii and/or 3.3.2 iv); e.g.: 'Rohm and Haas' (i) combined with 'ORGAWHITE 2000' (iv).
- To expedite review, the search with (a combination of) "primary" keywords acc. to i), ii), iii) and iv) will be complemented with "technical" keywords (eg. recipe, trial, analysis...)
- The "inverted funnel" scenario is the scenario that is preferred by me. BDO can assist me by providing labels to all data based on the possible combinations of (i and/or ii) AND (iii and/or iv).
- Search will start with original keywords
- Depending on the number of hits with original keywords, the experts will include "obvious variations" (reasonable abbreviations eg. OW2000, 204x, ROVACE...)
- Orthographic variations will be disregarded first and evt. added in a later stage depending on the number of relevant documents
- Using this search scenario there is a risk that we will not find **all** potentially relevant documents

Ad II) Scenario II (funnel)

- This will be a time consuming and resource intensive scenario.
- If a document/item contains one of these keywords acc. to i), ii), iii) and iv) it is potentially relevant
- Per keyword mentioned in 3.3.2 all results have to be reviewed and labeled 'relevant' or 'not relevant'.

Questions/issues to all parties:

The scenario to be applied is strongly connected to the question, if the experts must find (nearly) **all documents**, if there are any, which are relevant with respect to 3.3.5.a and c (17.1.2017)

1. If yes, only scenario II is applicable:

The number of documents/items that contain at least one keyword is over 300.000. If this is the case, this cannot be done by me alone. If so, I suggest BDO resources are supporting me with this. Moreover, it might be necessary to engage additional personal with appropriate expertise.

2. If only partial results (i.e. finding some relevant documents/items) are necessary and sufficient for DOW as the plaintiff, scenario I is the method of choice. (The inclusion of "obvious variations" to the search is connected to the same question.)

3. Are Christian names of name 'Perez', 'Nene' and/or 'Strozzi' "obvious variations"?

Question/issue for Dow:

If I have the suspicion that a document acc. to 3.3.2 i) or 3.3.2 ii) may provide information about one of DOW's recipes for ROPAQUE, ROPAQUE Ultra or one of Dow's 177 nonopaque emulsion polymers mentioned in Dow's Exhibit 13 confidential access to the relevant recipe (and not only to the trade secrets which just concern the production of opaque polymers) must be granted to me to substantiate the suspicion.

Please let me know your reaction on the questions/issues mentioned. After receiving your reaction I can start my analyses.

Kind regards,

Prof. Dr. Klaus-Dieter Hungenberg

2.10. Namens Dow heeft mr. R.E. Ebbink in een e-mailbericht van 18 augustus 2017 het volgende geschreven aan Hungenberg :

Dear Prof. Hungenberg ,

Thank you for your email with practical and proportionate proposals about the ways you could comply with the Court of Appeal's instructions.

Dow is entitled to all documents seized at Organik which have been identified by BDO as potentially relevant and which in your independent expert opinion fulfil the criteria of order 3.3.5. Dow agrees, however, that your Scenario I (inverted funnel) will be the most time and cost efficient approach for the time being. After you provide us with the data you have selected using Scenario I, Dow can assess if Scenario II will still be necessary.

Dow also agrees with your suggestion to ask BDO to include any "obvious variations" of keywords that you deem appropriate as well. This approach will avoid unreasonable exclusion of relevant documents from the sub-selections of documents you will assess pursuant to orders 3.3.2. i), ii) and iv).

In response to your question about "obvious variations" of the names of Perez, Nene and Strozzi, we can advise you that the first name of Perez is Guillermo, of Nene is Dilip, and of Strozzi is Leonardo/Leo. You will appreciate that although their first names are not actually 'variations' to their family names, they are obvious references to the same persons of interest.

In response to your final question: We would request, at this time, you to focus on assessing documents for their relevance to Dow's opaque polymers. We think that, like your Scenario I approach, a focused approach on opaque products will lead to any relevant documents more quickly than an approach looking at all products because you will only need to be familiar with a subset of Dow's trade secret recipes while reviewing the documents.

Please start with your analysis and keep us updated on your progress.

Yours sincerely,

Richard Ebbink

2.14. Op 11 november 2017 en 19 december 2017 heeft Hungenberg een rapport met zijn bevindingen, met afschriften van documenten, aan de advocaten van partijen gestuurd.

3. Het geschil

3.1. Organik heeft in eerste aanleg, voor zover nog van belang in beroep, gevorderd bij vonnis, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

1. Dows executie van het eindarrest te schorsen voor zover het de afgifte en inzage in (delen van) de e-mailbox van mevrouw ██████ A ██████ betreft, totdat op het door Organik ingestelde cassatieberoep zal zijn beslist;
2. Dow te bevelen om, binnen 24 uur na betekening van het in dezen te wijzen vonnis, aan BDO en Hungenberg een kopie te zenden van dit vonnis;
3. Dow te bevelen om gelijktijdig aan de verzending van het vonnis bedoeld onder 2.:
 - (a) Hungenberg (met kopie aan BDO) te instrueren en te berichten, zonder daarbij enige aanvullende instructie te geven:

[...]

(ii) dat Hungenberg Scenario II (funnel) dient toe te passen tenzij Dow in de onderhavige procedure te kennen heeft gegeven voor Scenario I (inverted funnel) te kiezen, althans dat Hungenberg zelf kan kiezen of hij Scenario I (inverted funnel) of Scenario II (funnel) wenst toe te passen en dat partijen zijn keuze en de daaraan verbonden consequenties accepteren;

[...]

(vi) dat Dow haar non-opaque polymeerrecepten niet aan Hungenberg zal specificeren, omdat het hof heeft geoordeeld dat Dow onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt dat Organik gebruik zou hebben gemaakt van enige non-opaque polymeerbedrijfsgeheimen van Dow en het hof om die reden ook geen vergelijking heeft bevolen tussen enige vermeende non-opaque polymeerbedrijfsgeheimen van Dow en enige recepten of productieprocessen van Organik (rov. 4.14. en 5.51. van het tussenarrest), en dat Hungenberg de documenten bedoeld onder 3.3.2. i) en ii) derhalve zonder een dergelijke specificatie zal dienen te beoordelen;

[...]
 - (b) BDO te instrueren om:
 - (ii) aan Hungenberg geen e-mails, documenten en overige data te verstrekken die afkomstig zijn uit de e-mailbox van mevrouw ██████ A ██████, totdat op het door Organik ingestelde cassatieberoep zal zijn beslist; dan wel
 - (iii) indien verstrekking van documenten aan Hungenberg op grond van 3.3.3 van het eindarrest reeds heeft plaatsgevonden, de e-mails, documenten en overige data die afkomstig zijn uit de e-mailbox van mevrouw A ██████, van de verstrekte data te separeren en deze verstrekking ongedaan te maken, totdat op het door Organik ingestelde cassatieberoep zal zijn beslist; en
 - (c) BDO en Hungenberg te instrueren om aan Dow en haar advocaten geen e-mails, documenten en overige data te verstrekken die afkomstig zijn uit de e-mailbox van mevrouw ██████ A ██████, totdat op het door Organik ingestelde cassatieberoep zal zijn beslist;
 - (d) althans door de voorzieningenrechter in goede justitie te bepalen instructies of maatregelen;

[...]
5. Dow te veroordelen tot betaling aan Organik van een dwangsom van EUR 1.000.000, althans een door uw rechtbank in goede justitie te bepalen dwangsom voor elke dag of elk dagdeel dat Dow in strijd handelt met de schorsing bedoeld onder (1) en de bevelen onder (2), (3) en (4);
6. Dow te veroordelen in de kosten van dit geding, te vermeerderen met de nakosten ad EUR 131,- zonder betekening, dan wel EUR 199,- in het geval van betekening, een en ander te voldoen binnen veertien dagen na dagtekening van het in deze zaak te wijzen vonnis, en - voor het geval voldoening van de (na)kosten niet binnen de gestelde termijn plaatsvindt - te vermeerderen met de wettelijke rente over de (na)kosten, te rekenen vanaf bedoelde termijn voor voldoening.

3.2. Bij vonnis van 6 september 2017 heeft de voorzieningenrechter de vorderingen van

Organik afgewezen, met veroordeling van Organik in de proceskosten. Samengevat was de voorzieningenrechter van oordeel dat niet is voldaan aan de eisen voor de schorsing van de tenuitvoerlegging van een rechterlijke uitspraak. De overwegingen in het tussenarrest en eindarrest over de mailbox van mevrouw A■■■■ acht de voorzieningenrechter geen misslag. Het beroep van Organik op een belangenafweging verwierp de voorzieningenrechter omdat die in het licht van hetgeen daarover al is beslist in het tussenarrest en eindarrest niet in het voordeel van Organik uitvalt. Wat betreft de door Hungenberg voorgestelde scenario's was de voorzieningenrechter van oordeel dat het aan Dow is om te bepalen of zij eerst kiest voor scenario I en daarna ook nog voor scenario II. De vordering betreffende de recepten voor non-opaque polymeren achtte de voorzieningenrechter prematuur omdat Dow al had aangegeven die vooralsnog niet te zullen verstrekken.

3.3. In beroep vordert Organik dat het hof het bestreden vonnis vernietigt en, opnieuw rechtdoende, - samengevat - de hierboven genoemde vorderingen alsnog toewijst. Organik verklaart uitdrukkelijk dat zij de andere onderwerpen uit de procedure in eerste aanleg niet aan het hof voorlegt. Organik formuleert zes grieven. Met de grieven 1 tot en met 4 wenst Organik de kwestie omtrent de gevorderde schorsing van de executie op het punt van de mailbox van mevrouw A■■■■ geheel aan het hof voor te leggen. De grieven 5 en 6 zijn gericht tegen het oordeel van de voorzieningenrechter over respectievelijk de keuze tussen de scenario's en de verstrekking van recepten van de non-opaque polymeren van Dow. Daarnaast voert Organik in haar akte houdende overlegging producties (met toelichting) aan dat uit twee rapporten die Hungenberg inmiddels aan de advocaten van partijen heeft gezonden blijkt dat Hungenberg van BDO zeven documenten betreffende de ITC-procedure heeft verkregen die volgens Organik moeten worden aangemerkt als 'privileged' en/of 'attorney work product'. Organik heeft haar vorderingen daar niet op aangepast, maar verklaart in de akte dat deze stelling aanleiding zou moeten zijn om de vorderingen met betrekking tot de mailbox van mevrouw A■■■■ in ieder geval in beperkte vorm toe te wijzen en een specifieke invulling te geven aan de gevorderde 'in goede justitie te bepalen instructies en maatregelen'. Dow bestrijdt de grieven.

4. De beoordeling

mailbox A■■■■

4.1. De vordering tot schorsing van de executie van het bevel tot afgifte van en inzage in (delen) van de e-mailbox van mevrouw A■■■■ heeft de voorzieningenrechter terecht afgewezen.

4.2. Het betoog van Organik dat de beslissing tot het opleggen van dat bevel klaarblijkelijk berust op een feitelijke misslag in het tussenarrest, is gebaseerd op een onjuiste lezing van dat arrest en moet daarom worden verworpen. Het betoog is gebaseerd op veronderstelling dat het hof bij het tussenarrest zou hebben geoordeeld dat uitsluitend e-mailboxen van bestuurders en werknemers in strikte zin, dat wil zeggen personen die een arbeidsovereenkomsten hadden of hebben met Organik Netherlands, mochten worden beslagen. Een dergelijk oordeel is niet te lezen in rechtsoverweging 5.9 van het tussenarrest, waarnaar Organik in dit verband verwijst. Het hof beoordeelt in die rechtsoverweging of is voldaan aan de voorwaarde dat e-mailboxen zijn beslagen van bestuurders of 'werknemers' van Organik Netherlands, maar overweegt niet expliciet dat het daarbij moet gaan om personen met een (formele) arbeidsovereenkomst met Organik Netherlands. Het hof oordeelt vervolgens dat aan die voorwaarde is voldaan in het licht van de verklaring van de

deurwaarder dat de beslagen mailboxen e-mailaccounts betreffen van bestuurders van Organik Netherlands en van anderen van wie is vastgesteld dat die '(ook) voor de Rotterdamse fabriek werken of hebben gewerkt'. Bovendien beoordeelt het hof in de daaropvolgende overweging 5.10 de stelling van Organik dat er mailboxen zijn beslagen 'van personen die niet werkten voor of vanuit Rotterdam'. Beide oordelen duiden niet op een beperking tot werknemers in strikte zin.

4.3. Ook het betoog dat de gewraakte beslissing klaarblijkelijk berust op een juridische misslag over de mogelijkheid van beslag op mailboxen op buitenlandse servers, baseert Organik op een onjuiste lezing van het tussenarrest en moet dus worden verworpen. Het hof heeft, anders dan Organik in dit verband suggereert, in het tussenarrest niet geoordeeld dat mailboxen mogen worden beslagen van alle personen die voor of ten behoeve van Organik Netherlands werkten, met inbegrip van mailboxen van externe advocaten van die vennootschap. Zoals blijkt uit de rechtsoverwegingen 5.8 en 5.9 van het tussenarrest, ging de discussie tussen partijen in die kwestie over de vraag of mailboxen van medewerkers van Organik die op een server van Organik in Turkije stonden, normalerwijze toegankelijk waren vanuit de fabriek in Rotterdam. In dat licht is duidelijk dat het hof niet heeft geoordeeld dat beslag mocht worden gelegd op alle mailboxen van personen die voor of ten behoeve van Organik Netherlands werkten, maar op mailboxen die i) stonden op een server van een van de bedrijven van de groep waartoe Organik Netherlands behoort, en ii) personen betroffen die medewerker waren van een van de bedrijven van de groep waartoe Organik Netherlands behoort, waarbij iii) die personen (ook) voor of ten behoeve van Organik Netherlands werkten. Organik heeft terecht niet betoogd dat ook onder die voorwaarden sprake is van een juridische misslag. Het hof heeft met die voorwaarden invulling gegeven aan de, ook in dit executiegeschil, niet ter discussie staande afbakening van de territoriale reikwijdte van het beslag tot documenten die normalerwijze toegankelijk zijn vanuit een beslaglocatie in Nederland.

4.4. Organik heeft in dit executiegeschil niet, althans niet voldoende duidelijk het standpunt ingenomen dat het oordeel van het hof in het tussenarrest dat er geen mailboxen zijn beslagen van personen die niet werkten voor of ten behoeve van Organik Netherlands, een feitelijke misslag is. Voor zover Organik wel heeft bedoeld dat te betogen met haar stelling in de inleidende dagvaarding dat mevrouw A. [REDACTED] 'niet voor de Rotterdamse fabriek [heeft ge]werkt', moet dat betoog worden verworpen. Die stelling bestrijdt Dow uitdrukkelijk en staat op gespannen voet met de verklaring van de deurwaarder dat beslag is gelegd op correspondentie uit mailboxen van bestuurders van Organik Netherlands en anderen van wie de deurwaarder heeft vastgesteld dat die (ook) voor of ten behoeve van de Rotterdamse fabriek werken of hebben gewerkt. Daarnaast erkent Organik dat mevrouw A. [REDACTED] wel eens overleg heeft met werknemers van Organik in Rotterdam, dat mevrouw A. [REDACTED] de Rotterdams fabriek een aantal keer heeft bezocht (dagvaarding in spoedappel, paragraaf 5.17) en dat mevrouw A. [REDACTED] werkt voor de afdeling onderzoek en ontwikkeling die de producten ontwikkelt van de Organik Kimya Groep waarvan Organik Netherlands deel uitmaakt (inleidende dagvaarding, paragraaf 2.1). De stelling dat mevrouw A. [REDACTED] niet voor de Rotterdamse fabriek heeft gewerkt wordt ook niet ondersteund door de rapporten van DigiJuris waarnaar Organik verwijst. Uit die rapporten blijkt dat een aantal van de beslagen mailboxen 'uit het buitenland afkomstig' is, dat mailboxen van 'medewerkers in Turkije' niet in Rotterdam werden opgeslagen en dat bepaalde medewerkers geen 'Nederlandse mailbox' hadden. Deze verklaringen over (de locatie van) de beslagen mailboxen zeggen niets over de werkzaamheden ten behoeve van Organik Netherlands door de personen van wie de beslagen mailboxen waren.

4.5. Het betoog van Organik dat het hof in het eindarrest haar stellingen over mevrouw A■■■■ niet had mogen passeren op grond van de twee-conclusie-regel, kan geen doel treffen. Uit het voorgaande blijkt dat het hof ook inzage in de mailbox van mevrouw A■■■■ zou hebben toegestaan als het hof die stellingen inhoudelijk had beoordeeld. Daar komt bij dat de beslissing om die stellingen te weigeren, geen juridische misslag is. Anders dan Organik meent, wordt de mogelijkheid om in hoger beroep (nieuwe) argumenten aan te voeren niet alleen beperkt door de twee-conclusie-regel, maar ook door de algemene eisen van de goede procesorde. Dow heeft opgemerkt dat het naar voren brengen door Organik van haar stellingen over A■■■■ nadat bij tussenarrest al een beslissing was genomen over de mailboxen en partijen alleen de gelegenheid was gegeven zich bij akte nog uit te laten over de persoon van een te benoemen deskundige, in strijd is met procesregels en/of de goede procesorde. Die opmerking is, mede gelet op het feit dat het ging om een procedure in kort geding, juist. Op zijn minst kan in het licht daarvan niet worden geconcludeerd dat de beslissing om de stellingen buiten beschouwing te laten klaarblijkelijk berust op een juridische misslag.

4.6. Ook hetgeen Organik in dit executiegeschil heeft aangevoerd over de belangen van partijen bij inzage in de correspondentie uit de mailbox van A■■■■ kan niet leiden tot schorsing van de executie op dat punt. Voor schorsing van een rechterlijk bevel dat gemotiveerd uitvoerbaar-bij-voorraad is verklaard, is vereist dat de executant, mede gelet op de belangen aan de zijde van de geëxecuteerde die door de executie zullen worden geschaad, geen in redelijkheid te respecteren belang heeft bij gebruikmaking van zijn bevoegdheid om in afwachting van de uitslag van een rechtsmiddel tot tenuitvoerlegging over te gaan (vgl. HR 22 april 1983, NJ 1984, 145, Ritzen/Hoekstra). Dat zal het geval kunnen zijn indien het te executeren vonnis klaarblijkelijk op een juridische of feitelijke misslag berust of indien de tenuitvoerlegging op grond van na dit vonnis voorgevallen of aan het licht gekomen feiten klaarblijkelijk aan de zijde van de geëxecuteerde een noodtoestand zal doen ontstaan, waardoor een onverwijfde tenuitvoerlegging niet kan worden aanvaard. Uit het voorgaande blijkt dat er geen sprake is van dergelijke misslagen of nova. Als schorsing ook buiten het geval van misslagen of nova mogelijk zou zijn op grond van een belangenafweging, pleit die afweging in dit geval niet voor schorsing. Dow heeft een rechtmatig en spoedeisend belang bij inzage (zie r.o. 4.2 tot en met 4.6 en 4.63 tot en met 4.67 van het tussenarrest). Het betoog van Organik dat de mailbox van A■■■■ boordevol met bedrijfsgevoelige en vertrouwelijke informatie staat en de overige door Organik genoemde omstandigheden wegen daar niet tegenop, mede gelet op de waarborgen die in het eindarrest zijn getroffen ter bescherming van vertrouwelijke informatie van Organik, zoals de getrapte inzage via onafhankelijke deskundigen en het bevel aan Dow de verkregen informatie uitsluitend te gebruiken in gerechtelijke procedures.

4.7. Op grond van het voorgaande moet worden geconcludeerd dat de voorzieningenrechter de gevorderde schorsing van de executie op het punt van de inzage in de mailbox van mevrouw A■■■■ terecht heeft afgewezen. De grieven 1 tot en met 4, die zijn gericht tegen die beslissing en tegen de overwegingen waarop die beslissing is gebaseerd, zijn dus ongegrond of kunnen niet leiden tot vernietiging van het vonnis op dat punt.

documenten ITC-procedure

4.8. Het betoog van Organik dat de rapporten van Hungenberg mede zijn gebaseerd op zeven documenten die moeten worden aangemerkt als 'privileged' en 'attorney work

product' en de verwijzing naar verklaringen van een Amerikaanse en Turkse advocaat daarover, kan worden gepasseerd. Voor de beantwoording van de vraag of er grond is voor schorsing van het bevel tot inzage is, anders dan Organik lijkt te veronderstellen, niet beslissend of een document naar Amerikaanse recht of Turks (mededingings)recht kan worden aangemerkt als 'privileged' en 'attorney work product'.

4.9. Er zou wel grond kunnen zijn voor schorsing van de executie als aannemelijk zou zijn dat BDO tekort is geschoten bij de selectie van correspondentie gewisseld tussen Organik en advocaten of correspondentie en documenten die duidelijk betrekking hebben op de ITC-procedure in de zin van rechtsoverweging 3.1.1 sub c en d van het eindarrest. Gesteld noch gebleken is echter dat de betreffende documenten kunnen worden aangemerkt als correspondentie tussen Organik en advocaten, waaronder mede begrepen interne correspondentie waarin correspondentie met een advocaat is opgenomen als bedoeld in rechtsoverweging 2.9 van het eindarrest. Ook voor document 11, waarin de woorden 'Attorney' en 'Confidential&Privilege' voorkomen, en de bijlage daarbij, document 12, heeft Organik dat – terecht – niet gesteld. Daarnaast heeft Dow terecht bestreden dat de documenten duidelijk betrekking hebben op de ITC-procedure in de zin van rechtsoverweging 3.1.1 sub d van het eindarrest. In verband met de praktische uitvoerbaarheid van de selectie door BDO kan – anders dan Organik suggereert – de vereiste duidelijkheid van de betrekking met de ITC-procedure niet zo worden uitgelegd dat daaronder ook valt de situatie dat het verband met die procedure niet kan worden vastgesteld op basis van het document zelf, maar slechts uit een door Organik thans naar voren gebrachte *paper trail*. Dat BDO de documenten niet had hoeven te filteren, geldt ook voor de hiervoor genoemde documenten 11 en 12. Hoewel de hiervoor geciteerde woorden uit die documenten duiden op een verband met een advocaat, kan een redelijk denkend en handelend deskundige oordelen dat de documenten onvoldoende duidelijk betrekking hebben op de ITC-procedure, omdat er niet, althans niet uitdrukkelijk een verband wordt gelegd met de ITC-procedure en de inhoud van de documenten niet wijst op een verband met die procedure. Document 11 is een intern e-mailbericht zonder inhoud. Document 12 is een overzicht van wijzigingen in de recepten voor de 'seed' die gebruikt is bij de productie van bepaalde opaque polymeerproducten van Organik.

4.10. Er zou mogelijk ook grond voor schorsing van de executie zijn als zou vaststaan dat Dow door de executie inzage krijgt in documenten waarop zij op grond van artikel 843a Rv geen recht heeft. Voor zover Organik heeft bedoeld dat argument naar voren te brengen, heeft zij onvoldoende aannemelijk gemaakt dat die situatie zich in dit geval voordoet of dreigt voor te doen. Haar stelling dat documenten naar Amerikaanse recht of Turks mededingingsrecht kunnen worden aangemerkt als 'privileged' en 'attorney work product', brengt niet zonder meer mee dat gewichtige redenen in de zin van artikel 843a, vierde lid, Rv zich verzetten tegen inzage. Van gewichtige redenen in de zin van die bepaling kan slechts sprake zijn indien in de concrete omstandigheden van het geval de belangen bij vertrouwelijkheid zwaarder wegen dan het zwaarwegende maatschappelijk belang dat in rechte de waarheid aan het licht komt (vgl. HR 11 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC8421, r.o. 3.4.6). Gelet op het feit dat

- i) de documenten slechts feiten over de totstandkoming van het recept voor opaque polymeren bevatten;
- ii) die documenten naar het oordeel van een onafhankelijk deskundige ondersteunen dat (delen van) de recepten of productieprocessen die Organik heeft toegepast overeenstemmen met de specificatie van de 52 bedrijfsgeheimen die Dow heeft ingediend in de ITC-procedure; en

iii) die documenten niet kenbaar strategische juridische posities of stellingnames bevatten;

kan niet worden geconcludeerd dat gewichtige redenen zich verzetten tegen inzage van deze documenten door Dow.

keuze scenario's

4.11. Het hof deelt het oordeel van de voorzieningenrechter dat het gevorderde bevel dat, samengevat, Hungenberg uitsluitend scenario I of scenario II moet toepassen, moet worden afgewezen. Het hof verenigt zich met de motivering die de voorzieningenrechter voor dat oordeel heeft gegeven. De grief van Organik tegen dat oordeel en de motivering (grief 5), moet dus worden verworpen. Noch het eindarrest, noch het e-mailbericht van Hungenberg staat eraan in de weg dat Dow Hungenberg instrueert eerst het relatief beperkte onderzoek volgens scenario I uit te voeren en vervolgens, op basis van de resultaten van dat onderzoek, te bepalen of het uitgebreide onderzoek volgens scenario II nodig is. De mogelijkheid om op basis van de resultaten van het onderzoek conform scenario I al dan niet te kiezen voor de uitvoering van het onderzoek conform scenario II, biedt Dow, anders dan Organik suggereert, ook niet de controlemogelijkheid die het hof in het tussenarrest en het eindarrest heeft afgewezen. Die afgewezen controlemogelijkheid hield in dat niet een onafhankelijke deskundige, maar een groep vertegenwoordigers van Dow de relevantie van de beslagen documenten zou controleren en daartoe inzage zou krijgen in al het beslagen materiaal minus de rechtstreekse correspondentie met advocaten (memorie van grieven, paragraaf 176 sub ii).

recepten non-opaque polymeren

4.12. Ook het gevorderde verbod op de verstrekking van recepten van non-opaque polymeren aan Hungenberg is terecht afgewezen. Organik meent dat Hungenberg niet om die recepten mag vragen omdat in het tussenarrest is geoordeeld dat *het gebruik* van bedrijfsgeheimen met betrekking tot de non-opaquepolymeren van Dow onvoldoende aannemelijk is geacht. In het tussenarrest is *de verkrijging* van die bedrijfsgeheimen echter wel voldoende aannemelijk geacht (zie r.o. 4.47 tot en met 4.51 van het tussenarrest) en in overeenstemming daarmee is in het eindarrest bepaald dat Hungenberg dient te beoordelen in hoeverre de door BDO conform rechtsoverweging 3.3.2 sub i en ii geselecteerde documenten informatie verschaffen over de 177 non-opaque emulsie polymeren van Dow (r.o. 3.3.5 sub a van het eindarrest). Het is begrijpelijk dat Hungenberg kennis van de recepten van die polymeren nodig acht in het kader van de uitvoering van dat onderzoek. Het staat hem dus vrij om Dow te verzoeken die recepten te verstrekken en Dow zal op grond van het bepaalde in 3.3.9 van het eindarrest daaraan gevolg moeten geven, als Dow wil dat Hungenberg dat deel van zijn onderzoek uitvoert.

conclusie

4.13. Op grond van het voorgaande moet worden geconcludeerd dat de grieven van Organik geen doel treffen en dat het vonnis dus moet worden bekrachtigd.

4.14. Organik zal als de in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de kosten van het hoger beroep, aan de zijde van Dow tot op heden begroot op € 716,- aan griffierecht en € 2.682,- (3 punten × tarief II) aan advocaatkosten.

5. Beslissing

Het hof

5.1. bekrachtigt het tussen partijen gewezen vonnis van 6 september 2017 van de voorzieningenrechter in de rechtbank Rotterdam;

5.2. veroordeelt Organik als de in het ongelijk gestelde partij in de kosten van het geding in hoger beroep, tot op heden aan de zijde van Dow begroot op € 716,- aan verschotten, € 2.686 aan salaris voor de advocaat en op € 131,- aan nasalaris voor de advocaat, nog te verhogen met € 68,- indien niet binnen veertien dagen na aanschrijving in der minne aan dit arrest is voldaan en vervolgens betekening van dit arrest heeft plaatsgevonden, en bepaalt dat deze bedragen binnen 14 dagen na de dag van de uitspraak dan wel, wat betreft het bedrag van € 68,-, na de datum van betekening, moeten zijn voldaan, bij gebreke waarvan deze bedragen worden vermeerderd met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW vanaf het einde van genoemde termijn van 14 dagen;

5.3. verklaart de proceskostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

Dit arrest is gewezen door mr. P.H. Blok, mr. A.D. Kiens-Becking en mr. C.J.J.C. van Nispen en is uitgesproken ter openbare terechtzitting van 20 maart 2018 in aanwezigheid van de griffier.

Voor afschrift,
De Griffier van het Gerechtshof
te Den Haag