

III De onvoorspelbaarheid van de rechterlijke beslissing

Titia Deurvorst*

1. Inleiding

Vier jaar geleden kreeg ik het genoegen mij te scharen onder de redactie van dit tijdschrift. Het BIE verkeerde toen in een transitiefase, niet alleen omdat het blad uiterlijk en inhoudelijk een nieuw format kreeg, maar ook omdat verschillende redacteuren na een zeer lange staat van dienst plaats maakten voor een nieuwe generatie. Ook Toon Huydecoper en Paul Steinhauser gaven toen al aan dat dit moment zou naderen. Dat zo'n afscheid niet betekent dat oud-redacteuren via dit tijdschrift een verschil van inzicht ongezoeten etaleren, vind ik hoopgevend. Zo'n debat kan immers de voedingsbodem zijn voor verbetering.

In het bijzonder denk ik in dit verband aan de discussie tussen de oud-redacteuren Jan Brinkhof en Dirk Visser over de rol van de rechter in IE-procedures. Visser schreef in een boekje dat de motivering van de rechter in zijn beslissing helemaal geen weergave zou zijn van zijn werkelijke gedachtegang, dit ter ondersteuning van Vissers uitgangspunt dat het oordeel of wel of geen sprake is van inbreuk, in hoge mate subjectief is en afhankelijk van basisemoties.¹ Zijn boekje was bedoeld als aanklacht tegen de vaagheid en subjectiviteit van de inbreukcriteria en daarmee tegen de nietszeggenheid van de motivering van de gemiddelde IE-beslissing.²

Brinkhof bestreed deze stelling met verve. Vissers idee dat de rechter in staat zou zijn een sluitende motivering op te schrijven voor twee tegengestelde beslissingen zou een truc zijn; er zou dan sprake moeten zijn van twee zaken in die zin dat de feiten zouden verschillen.³

Uitgangspunt is immers dat de rechter bij de beslechting van een geschil het geldende recht toepast, zo nodig onder toepassing van gangbare interpretatiemethoden of rechtsvinding.⁴ De rechtsregel is de major; de feiten vormen de minorpremisse en de uitspraak het syllogisme. Subjectieve factoren die per rechter verschillen, zouden dan geen rol mogen spelen.

Brinkhof schreef: "Als het waar is dat het oordeel over wel of geen inbreuk 'hoogst subjectief' is, dan is er iets mis. De regels en/of de rechters deugen dan niet."⁵

In deze bijdrage wil ik nader ingaan op deze stelling, toegespitst op de meest opmerkelijke beslissingen van de hogere rechters over schadebegroting in IE-zaken. Na een korte introductie over schadebegroting in IE-zaken zal ik deze beslissingen beknopt bespreken en van enkele opmerkingen voorzien. Vervolgens kom ik toe aan een aantal gezichtspunten waarmee de ogenschijnlijke grilligheid van de rechter verklaard kan worden. Ik sluit af met twee suggesties.

2. Schadebegroting in IE-zaken

Voor een goed begrip van de hieronder te bespreken rechtspraak schets ik enkele kernpunten van de schadebegroting bij inbreuk op intellectuele eigendomsrechten.⁶ In het kort komt het erop neer dat als de rechter eenmaal heeft vastgesteld dat is voldaan aan de voorwaarden voor aansprakelijkheid,⁷ hij tot schadebegroting kan overgaan.

Daarvoor staan hem meerdere methoden ter beschikking: de concrete schadeberekening en de abstracte schadeberekening. De concrete schadeberekening houdt in dat bij de vaststelling van de schade, zoals gedefinieerd in artt. 6:95 en 96 BW, rekening moet worden gehouden met alle omstandigheden van de benadeelde in kwestie. Aangezien de omvang van de schade bij inbreuk op intellectuele eigendomsrechten van verschillende hypothesen afhankelijk is (de omzet die zou zijn behaald bij het wegdenken van de inbreuk; de prijs die de benadeelde dan in rekening zou hebben gebracht; de kosten die hij zou hebben gemaakt; de winst die dan zou zijn genoten) is deze methode veelal niet geschikt op dit terrein.

* Mr. T.E. Deurvorst is advocaat te Amsterdam, honorair onderzoeker bij het Molengraaff Instituut (CIER) en redacteur van dit blad.

1 Visser, *Motiveren in IE-zaken*, p. 63.

2 Visser, *Repliceren in IE-zaken*, BIE 2011, pp. 141-146.

3 Visser *Over motiveren in IE zaken, de kernvraag en basisemoties*, BIE 2011 p. 287.

4 Brinkhof, p. 292. Zie ook J.W.P. Verheugt, *Inleiding tot het Nederlandse recht*, Den Haag 2011, pp. 122-136.

5 Brinkhof, *Over motiveren in IE zaken, de kernvraag en basisemoties*, BIE 2011 p. 284-295.

6 Zie losbladige *Groene Serie Schadevergoeding* (Lindenbergh en Deurvorst), art. 6:96, aant. 96 e.v.

7 Grosso modo: een gepleegde inbreuk, bestaan van schade, een causaal verband tussen de inbreuk en de schade, toerekenbaarheid van de inbreukmaker, eiser en de vergoeding vallen binnen het persoonlijk en zakelijk beschermingsbereik van de overtreden norm. Zie T.E. Deurvorst, *Schadevergoeding, voldoening van een redelijke gebruiksvergoeding en winstafdracht bij inbreuk op intellectuele eigendomsrechten*, diss. Utrecht, 1994.

De abstracte schadeberekenningsmethode staat de rechter daarentegen toe te abstraheren van de concrete situatie (wat precies zou zijn gebeurd bij het wegdenken van de inbreuk), door bijvoorbeeld een inschatting te maken van wat waarschijnlijk zou zijn gebeurd of van de gebruikelijke schade in dit soort gevallen.

Art. 6:97 BW biedt de juridische grondslag voor abstracte schadeberekening: "De rechter begroot de schade op de wijze die het meest met de aard ervan in overeenstemming is. Kan de omvang niet nauwkeurig worden vastgesteld dan wordt zij geschat."

De bedoeling van de wetgever met deze bepaling was de rechter zoveel mogelijk vrijheid te bieden bij de begroting van de schade, de keuze van de methode, de beantwoording van de vraag of de schade nauwkeurig kan worden vastgesteld en de schatting.

De rechtspraak heeft een aantal abstracte schadeberekenningsmethoden ontwikkeld waarmee gevolg is gegeven aan deze bedoeling. Zo pleegt de rechter in zaken waarin sprake is van inbreuk op een recht van intellectuele eigendom dat de rechthebbende zelf exploiteert, bij de begroting van de schadepost 'gederfde winst' een inschatting te maken van de kans dat de rechthebbende in plaats van het door de inbreukmaker afgezette inbreukmakende voorwerp zijn eigen originele voorwerp zou hebben afgezet. De rechter vermenigvuldigt dan het kanspercentage met het aantal afgezette inbreukmakende voorwerpen en met de gebruikelijke afzetprijzen en winstmarge van de rechthebbende.⁸

Bij geschillen aangaande inbreuk op een IE-recht dat normaliter wordt gelicentieerd begroot de rechter de schade veelal op de gebruikelijke licentievergoeding die de IE-houder pleegt te bedingen bij het gebruik van zijn recht, vermenigvuldigd met het aantal inbreukmakende handelingen, zulks zonder zich te bekommeren omtrent de vraag of de inbreukmaker hiermee had ingestemd indien hij van tevoren om een licentie zou hebben gevraagd.⁹

De winstbegrotingsregeling van art. 6:104 BW en de voorziening voor de afdracht van winst ingevolge art. 27a Aw worden door de Hoge Raad ook beschouwd als schadeberekenningsmethoden. Deze bepalingen geven de rechter de mogelijkheid de schade te begroten op genoten winst.¹⁰

Ook art. 13 lid 1 sub b van de Handhavingsrichtlijn (HRL), inmiddels geïmplementeerd in de hier te lan-

de geldende IE-wetten,¹¹ biedt een methode voor abstracte schadeberekening: de rechter kan in passende gevallen de schadevergoeding vaststellen als een forfaitair bedrag, op basis van elementen als ten minste het bedrag aan royalty's of vergoedingen dat verschuldigd was geweest indien de inbreukmaker toestemming had gevraagd om de uitvinding, het merk, het werk enz. te gebruiken. Blijkens de considerans kan dit bedrag nog worden verhoogd met een opslag vanwege kosten van opsporing en onderzoek.¹² De ogenschijnlijke eenvoud van deze methode is aanlokkelijk. In de praktijk wordt er weinig gebruik van gemaakt.¹³

3. Verrassingsbeslissingen

*Rummykub (1996)*¹⁴

Rummykub betrof de slaafse nabootsing door Otto Simon (Bart Smit) op grote schaal van het zeer succesvolle spelletje. Begin jaren '80 werd een procedure ingezet door rechthebbende Hertzano. Bijna 15 jaar later leidde het arrest van het Hof Amsterdam ertoe dat de door deskundigen berekende schadevergoeding werd gereduceerd tot bijna 10% daarvan. De Hoge Raad sanctioneerde dit in 1996: De tot het vaststellen van een schadevergoeding geroepen rechter moet de schade begroten op de wijze die het meest met de aard ervan in overeenstemming is. De wijze van begroting is sterk met de feiten verweven en kan in zoverre in cassatie niet op juistheid worden getoetst. Aan de motivering op dit punt kunnen geen strenge eisen worden gesteld. Slechts een telfout werd rechtgezet door de Hoge Raad.

Opmerking: Met dit arrest werd de toon gezet voor de (te) grote vrijheid van de feitenrechter bij de schadebegroting en de passieve houding van de Hoge Raad bij de beoordeling daarvan; de door professionals berekende schade behoeft allesbehalve doorslaggevend te zijn. Schadebegroting geschiedt door de lagere rechter. De controle daarvan door de Hoge Raad is uiterst marginaal.

*Exota (1998)*¹⁵

Deze uitspraak betrof de schadestaatprocedure in de zogenoemde 'Exota-zaak'. Aanleiding was het in drie televisie-uitzendingen en een radio-uitzending door de 'VARA-ombudsman' aan de orde stellen van het exploderen van Exota limonadeflessen in de 70-er jaren, waarbij op televisie door onzichtbare manipulatie een Exota-fles tot explosie werd gebracht. Het publiek werd daardoor afkerig van Exota. De limonadefabriek ging failliet.

8 Losbladige *Groene Serie Schadevergoeding* aant. 96 bij art. 6:96 BW (Lindenbergh/Deurvorst).

9 Losbladige *Groene Serie Schadevergoeding* aant. 98 bij art. 6:96 BW (Lindenbergh/Deurvorst).

10 Zie voor wat betreft art. 6:104 losbladige *Groene Serie Schadevergoeding*, aantekeningen bij art. 6:104 (Deurvorst) en voor wat betreft de uitleg van art. 27a Aw HR 16 juni 2006, NJ 2006, 585 (J.H. Spoor), AMI 2006, p. 161 (A.A. Quaadvlieg), IER 2006, 54 (E.W. Grosheide).

11 Zie o.m. art. 70 lid 5 ROW, 2.21 lid 2b en 3.17 lid 2b BVIE, 27 lid 2 Aw, 6c Hnw.

12 Considerans 26 HRL.

13 *Groene Serie Schadevergoeding* (Lindenbergh en Deurvorst), art. 6:96 aant. 98.

14 HR 15 november 1996, BIE 1997, 178 (PS), NJ 1998, 314 (E.W. Grosheide).

15 HR 26 juni 1998, NJ 1998, 590, Mediaforum 1998, p. 230 (T.E. Deurvorst).

De door het Hof aangestelde deskundigen schatten de schade op ca. 4 miljoen gulden. Het Hof halveerde dit bedrag onder meer omdat de procedure buitensporig lang had geduurd.

De Hoge Raad verwerpt daartegen gerichte middelen op de gronden uiteengezet door het Openbaar Ministerie, dat had overwogen dat het Hof de vrijheid had tot het schatten van de schade.

Opmerking: Nogmaals maakt de Hoge Raad duidelijk dat een schadeberekening door registeraccountants gerust terzijde mag worden geschoven door de feitenrechter; zelfs als deze de Salomonsmethode hanteert op basis van een niet relevant argument (buitensporig lange duur van de procedure). De Hoge Raad houdt zich afzijdig van de inhoud van de schadebegroting.

Stam/Volkskrant (2006)¹⁶

De Volkskrant heeft door Stam als freelance journalist geschreven bijdragen (filmrecensies) zonder zijn toestemming op cd-rom uitgebracht en op haar internetwebsite geplaatst. De Volkskrant heeft Stam een hergebruikvergoeding aangeboden van 2% van het honorarium voor het eerste gebruik. Stam vordert 20% voor hergebruik. De rechtbank begroot het percentage op 4% voor de eerste uitgave van de cd-rom en 2% voor latere uitgaven. Voor het gebruik op de internetwebsite stelt de rechtbank de vergoeding vast op 3% van het jaarhonorarium voor het eerste jaar en 1,5% voor het volgende jaar. In hoger beroep benoemt het Hof een deskundige die na een uitvoerige weging komt tot een vergoeding van 20% van het oorspronkelijke honorarium. Het Hof stelt deze vergoeding echter bij, te weten op 1% voor gebruik op cd-rom en 6% voor gebruik op internet. Het Hof achtte beslissend hetgeen beide partijen zouden zijn overeengekomen in het hypothetische geval dat partijen van tevoren zouden hebben onderhandeld over een vergoeding. Naar het oordeel van het Hof was de deskundige ten onrechte uitgegaan van een voor beide partijen redelijke vergoeding en om die reden tot een hogere royalty gekomen. Voor de uitgave op cd-rom had een lagere vergoeding te gelden. De opslag op cd-rom betrof namelijk niet meer dan archivering. Voor wat betreft hergebruik op internet oordeelde het Hof dat niet aannemelijk was dat de Volkskrant met meer dan 6% akkoord zou zijn gegaan.

Opmerking: Rechtbank, deskundige en Hof hebben dus zeer uiteenlopende opvattingen over de hoogte van de schade. Uiteindelijk zal de procedure voor Stam waarschijnlijk niet kostendekkend zijn geweest. Alleen de advocatuur heeft waarschijnlijk goed verdiend aan deze zaak.

Sjopspel (2006)¹⁷

Super de Boer maakt een door De Vries ontwikkeld en door hem aan haar aangeboden, maar door haar afgekeurd, shopspel na en biedt dit aan haar klanten

aan in een actie. De Vries vordert schadevergoeding of winstafdracht. Het Hof acht aannemelijk dat Super de Boer geen winst heeft behaald met de actie en begroot de schade op de vergoeding die De Vries zou hebben gevraagd van De Boer, namelijk 10 procent van de productieprijzen, € 28.508,92.

Het Hof vindt dat bij zoveel onzekerheden ten aanzien van de vraag of De Boer wel winst heeft behaald met de 'Sjopspel'-actie en zo ja, hoeveel, moet worden volstaan met de berekening van de schade die De Vries door de auteursrechtinbreuk heeft geleden, nu die schade zich wél laat berekenen. De Hoge Raad casseert: Het hof had deze vrijheid niet, maar had eerst de winst moeten begroten en vervolgens het hoogste van de twee bedragen moeten toewijzen.

Opmerking: De Hoge Raad grijpt nu opeens in op een punt waar hij in de lijn van het Rummykub- en Exotarrest niet had moeten ingrijpen. In het Parfumarrest¹⁸ van enige maanden eerder had de Hoge Raad immers juist net overwogen dat de in art. 27a Aw opgenomen regeling enkel een methode voor schadebegroting betrof. De consequentie die de Hoge Raad naar mijn mening daaruit had moeten trekken is dat het Hof ingevolge art. 6:97 BW de vrijheid had deze beslissing te nemen. Door het arrest van de Hoge Raad werden partijen genoodzaakt opnieuw een enorme berekenings-exercitie te plegen, met alle vermoedelijke onenigheid en kosten van dien, terwijl deze vermoedelijk erop uit zou draaien dat De Boer geen winst had behaald.

Cassina/Van Roon (2011)¹⁹

Van Roon verkoopt enkele uit China geïmporteerde namaak Le Corbusier-meubelen waarvoor Cassina het agentschap heeft. De rechtbank wijst de vordering tot schadevergoeding van Cassina van ca EUR 8.000 af omdat zij vindt dat de berekeningsmethode van Cassina te ingewikkeld is en niet geschikt is, ofschoon de rechtbank het bestaan van gedeerde winst wel aannemelijk acht. Ook de vergoeding van reputatieschade – door Cassina gesteld op hetzelfde bedrag als de gedeerde winst wegens gemist debiet (ca EUR 4.000) – moet stranden omdat de rechtbank de berekeningsmethode niet geschikt vindt.²⁰

Het Haagse gerechtshof vernietigt. Het maakt een schatting van de kans dat Cassina een Le Corbusier-meubel zou hebben verkocht, als de namaak meubelen niet zouden zijn aangeboden. Het vermenigvuldigt deze kans met de gemiddelde verkoopprijs van Cassina en haar normale winstmarge. Evenwel anders dan Cassina stelt het hof die kans op één vierde in plaats van de door Cassina ingeschatte kans van 1 op 2. Gezien het grote prijsverschil tussen de meubelen van Cassina en die van Van Roon vond het hof het niet aannemelijk dat de helft van de kopers van de imitaties een duur Le Corbusier meubel zou hebben gekocht. De gedeerde

18 HR 16 juni 2006, NJ 2006, 585 (J.H. Spoor), AMI 2006, p. 161 (A.A. Quaadvlieg), IER 2006, 54 (F.W. Grosheide).

19 Hof Den Haag 11 oktober 2011, AMI 2012, 10.

20 Rb. Den Haag 24 februari 2010, IEF 8616.

16 Hof Amsterdam 27 juni 2006, AMI 2007, 17 (A.A. Quaadvlieg).

17 HR 8 december 2006, BIE 2007, 93, AMI 2007, 11 (T.E. Deurvorst).

winst wordt begroot op ca EUR 2.400. De reputatieschade stelt het hof ex aequo et bono op EUR 1.000,--

Opmerking: Cassina wordt in hoger beroep in het gelijk gesteld. De rechtbank had ten onrechte nagelaten een schatting van de schade te maken. Niettemin schat het Hof de kans wat lager in dat het publiek een originele stoel of bank had gekocht in plaats van een namaakmeubelstuk. De schadevergoeding valt daardoor lager (ca EUR 4.000) uit. Dit is er mede de oorzaak van dat de proceskostenveroordeling ex art. 1019h Rv. met ca 75% (ca EUR 23.000) wordt gematigd.²¹

4. Deugen de regels niet?

Uit de hiervoor genoemde beslissingen kan worden afgeleid dat, ook zonder nieuw aan het licht gekomen feiten, een verschil van inzicht van de rechter met een lagere rechter of met deskundigen over de omvang van de schade ertoe kan leiden dat de schadevergoedingsbeslissing aanzienlijk anders uitvalt dan in een vorige aanleg dan wel volgens de berekening van een financieel specialist.

Zo'n verrassingsbeslissing kan ook nog eens flinke gevolgen hebben voor de uitkomst van de vordering ex art. 1019h Rv tot vergoeding van volledige proceskosten. Dit is afhankelijk van de door de feitenrechter gehanteerde verdeelsleutel. Voor die verdeelsleutel bestaan verschillende methoden, zoals de pure verdeelsleutel op basis van gelijk (als de vordering ongeacht de modaliteit wordt toegewezen geldt de eiser als in het gelijk gesteld) of een gedifferentieerde verdeelsleutel op basis van gelijk (de verdeling van de proceskosten is afhankelijk van het aantal punten waarop een partij in het gelijk wordt gesteld). Er zijn echter nog meer verdeelsleutels.²² In veel beslissingen zien we als motivering dat de partij die in de proceskosten wordt veroordeeld "grotendeels" in het ongelijk wordt gesteld, waarbij in het midden blijft op welke punten wel en op welke punten niet. Daarenboven hanteren sommige rechters de indicatietarieven terwijl anderen een kostenveroordeling opleggen van de volledig opgevoerde proceskosten ook al worden de indicatietarieven daardoor overschreden.²³

De door inbreuk benadeelde partij dient er dus rekening mee te houden dat zij slechts een deel van haar schade en daarmee soms slechts een fractie van haar proceskosten vergoed krijgt. De kans is daardoor aanwezig dat de baten van de schadevergoedingsprocedure

de kosten niet zullen overtreffen.²⁴ Voor de aansprakelijke partij is de uitkomst van de schadebegrotingsprocedure gecombineerd met de onzekere uitkomst van de volledige proceskostenveroordeling ex art. 1019h Rv bijna te vergelijken met het tekenen van een blanco cheque ten behoeve van de wederpartij.

De mogelijkheden van de Hoge Raad om de juistheid van de schadebegroting te controleren zijn beperkt gezien de grote aan de feitenrechter gegunde vrijheid ingevolge art. 6:97 BW. Bovendien wordt de schadevaststelling nogal eens te feitelijk geacht voor beoordeling in cassatie. Duidelijke handvaten voor de feitenrechter ontbreken.

Ons systeem, gericht op de compensatie van door inbreuk van intellectuele eigendom geleden schade, is dus instabiel. Mijn – aanvankelijk – hooggespannen verwachtingen over de eenvoud en bruikbaarheid van de forfaitaire schadevergoeding – zoals gezegd ingevoerd ingevolge art. 13 lid 1 sub b HRL – zijn daarmee ook tot onder het vriespunt gedaald: de praktijk laat immers zien dat royaltyperecentages aanzienlijk verschillen per industrie, per type intellectuele eigendom, afhankelijk zijn van de financiële vitaliteit van de betrokken partijen, of van andere voordelen en (kruis)licenties en zelfs bij min of meer gelijke omstandigheden maar op een ander moment.²⁵ Gezien de onvoorspelbaarheid van de uitkomst van een gewone schadevergoedingsprocedure valt niet te verwachten dat de rechtspraak bij de hantering van deze nieuwe schadeberekeningsmethode opeens meer continuïteit en stabiliteit zal opleveren.

Onderzocht zou daarom moeten worden of een nadere invulling van art. 6:97 BW – bijvoorbeeld door het opstellen van richtlijnen voor de schadeberekening bij wijze van landelijke regeling – tot minder onderlinge verschillen tussen rechters in verschillende instanties en financiële deskundigen zou leiden.

5. Zijn de beslissingen subjectief?

Of met een dergelijke maatregel het rechtssysteem wordt verbeterd, valt echter te bezien. Niet alleen Visser poneert de stelling dat rechterlijke beslissingen subjectief zijn. Dit is ook de centrale stelling van de rechtseconoom en raadsheer Richard Posner. In zijn boek 'How judges think'²⁶ zet hij uitvoerig uiteen dat de Amerikaanse rechter bij complexere geschillen zodanig veel vrijheid heeft dat zijn beslissing grote invloed ondergaat van zijn achtergrond, opleiding, eerdere carrière, voorkeuren, motieven, onbewuste angsten, carrière-doel, machtsspelletjes etc.²⁷

Posner onderscheidt negen typen verklaringen waarmee rechterlijke beslissingen begrepen kunnen wor-

21 T.E. Deurvorst, *Schadevergoeding en proceskostenveroordeling bij inbreuk op auteursrecht*, AMI 2012, pp. 85-89. Zie ook Hof Leeuwarden 10 juli 2012, LJN BX 0988, IER 2013, p. 213 (Foto in tijdschrift en als banner).

22 Zie P. Sluijter, *De veroordeling in de proceskosten op basis van procedureel gedrag*, Den Haag 2008 en T.E. Deurvorst *Schadevergoeding en proceskostenveroordeling bij inbreuk op auteursrecht*, AMI 2012, pp. 85-89.

23 Zie ook C. Vrendenburg, *De volledige proceskostenveroordeling in IE-zaken*, BIE 2013, pp. 160-169.

24 Vgl. ook Mon. BW (Van Nispen), aant. 6-7.

25 Zie R. Parr, *Royalty rates for licensing intellectual property*, New Jersey 2007.

26 R.A. Posner, *How judges think*, London 2008.

27 Posner p. 217.

den. Deze kunnen ook onderling met elkaar worden gecombineerd. Zo bespreekt hij de *attitudinale* verklaring, volgens welke een rechterlijke beslissing zich het beste laat verklaren op grond van de politieke voorkeur van de rechter. Als tweede verklaring noemt Posner het *strategische* gezichtspunt. Dit gaat ervan uit dat rechters strategisch beslissen. Zo kan de rechter een impopulaire of spraakmakende beslissing uit de weg gaan door het geschil op een ander doorslaggevend punt te beslissen.²⁸ Ook de *sociologische* insteek kan een verklaring vormen voor een bepaalde rechterlijke beslissing, aldus Posner. Volgens dit gezichtspunt is de uitkomst van een beslissing afhankelijk van de samenstelling van het rechterlijke college (meestal in hoger beroep). Zijn alle rechters bijv. mannelijk of vrouwelijk of heeft de meerderheid dezelfde politieke voorkeur of ethnische afkomst dat zal de uitkomst verschillen van de situatie waarin dat niet het geval zou zijn. De oorzaak hiervan is volgens Posner dat rechters een aversie hebben tegen onenigheid. Dit zorgt voor onderlinge irritaties en zou slecht zijn voor de collegiale sfeer.²⁹ Men is er daarom veel aan gelegen om met elkaar op een lijn te zitten. De *psychologische* verklaring richt zich op onbewuste reacties waarmee een rechter omgaat met onzekerheden. Volgens Posner zou de sterk academisch gevormde rechter een voorkeur hebben voor de legistische aanpak en rigide zijn in de rechtstoepassing. Koestert de rechter bewondering voor of aversie tegen de overheid dan zou dit kunnen doorspelen in zijn beslissing waar een overheidsorgaan bij betrokken is.³⁰ Posner geeft in dit verband ook als voorbeeld de (rol)rechter met een eerdere opleiding als wetenschappelijk docent, die weinig oog heeft voor de tijdsdruk en belangen van advocaten en zeer strikt is in de handhaving van termijnen en andere formaliteiten. Een rechter die eerder als advocaat heeft gewerkt zou de balie daarentegen soepeler tegemoet treden.³¹

Een ander voor Posner als rechtseconoom belangrijk gezichtspunt is de *economische* verklaring voor de uitkomst van een rechterlijke beslissing. Deze gaat ervan uit dat de rechter een rationeel, op zijn eigenbelang gerichte persoon is. Zijn prioriteiten zoals inkomen, vrije tijd, macht, prestige, reputatie, zelfrespect, voldoening zullen direct of indirect terug te vinden zijn in zijn beslissingen. Posner noemt ter illustratie de voorliefde van de op vrije tijd gerichte rechter tot het treffen van een schikking tussen procespartijen, of het honoreren van een verweer van rechtsverwerking of afstand van recht.³²

De *pragmatische* verklaring gaat ervan uit dat de rechterlijke beslissing niet meer is gebaseerd op logisch redeneren maar beleidsgeoriënteerd met inachtneming van de juridische en andere al dan niet maatschappelijke gevolgen daarvan.³³

28 Posner, p. 29-30.

29 Posner p. 31-33.

30 Posner p. 35, 73, 96.

31 Posner p. 35 en 74.

32 Posner p. 36.

33 Posner p. 40.

De *organisationele* verklaring zet de relatie tussen de rechter en de overheid voorop, te vergelijken met de haat-liefde verhouding tussen een agent en zijn principaal. De principaal wil een organisationele structuur opzetten waarbinnen de agent moet functioneren. De agent zal zich tegen deze structuur verzetten.

De *fenomenologische* verklaring gaat uit van het gevoel dat de rechter heeft bij het nemen van een beslissing. De rechter zal zich afvragen: hoe voelt het wanneer ik de vorderingen van de eiser zou toe- of afwijzen?³⁴

Posner beschrijft ten slotte de heersende, *legalistische* verklaring. Volgens deze wordt de beslissing bepaald door het recht, een bestaande verzameling van regels die in diverse rechtsbronnen worden gevonden. De feiten zijn de minorpremissie. Door logisch redeneren volgt de conclusie, zijnde het syllogisme.

Deze legalistische aanpak zou volgens Posner worden verdrongen door een pragmatische aanpak van de rechter.³⁵ Door een steeds heterogener wordende samenstelling van de rechterlijke macht wordt de diversiteit van de beslissingen steeds groter en de uitkomst daarmee steeds minder voorspelbaar.³⁶

De uiteenzetting van Posner is naar mijn mening belangrijk. Posner is een gerenommeerd wetenschapper met een enorm oeuvre en hij heeft een lange staat van dienst als beroepsrechter bij het United States Court of Appeals for the Seventh Circuit. Zouden zijn veronderstellingen juist zijn en van toepassing in Nederland dan zijn er wel honderdduizenden typen van rechtsvinding.³⁷ Behalve bij Visser zijn hier te lande wel meer geluiden te horen dat rechterlijke intuïtie en emoties een rol (moeten) spelen bij het beslissen,³⁸ zij het ingekaderd door een toetsing aan juridische criteria.³⁹ Voor justitiabelen is dit hoe dan ook belangrijke informatie voor hun beslissing te procederen, toe te geven aan de wederpartij dan wel te schikken.

Grote zwakte van zijn boek is evenwel dat Posner's stellingen nagenoeg niet op onderzoek van concrete beslissingen en feiten zijn gebaseerd maar meer op veronderstellingen. Dat maakt zijn betoog niet overtuigend. Van belang is bovendien – zoals Kerckmeester en Visscher aangeven – dat een aantal basale verschillen bestaat tussen het Amerikaanse en Nederlandse stelsel.⁴⁰

34 Posner p. 41.

35 Posner, pp. 230-265.

36 Posner p. 256.

37 G.J. Wiarda (T. Koopmans), *Drie typen van rechtsvinding*, 4^e druk Zwolle 1999.

38 Zie J. Rachlinski, *Judicial Psychology*, *Rechtstreeks* 2012, 2, p. 15-34 en M. Ijzermans, *De rol van rechterlijke emoties bij het oordelen*, *Rechtstreeks* 2012, p. 15-40.

39 Lezing A.D. Kiers-Becking, *Beslissing in merkenzaken*, Leiden Revisited 2012.

40 H. Kerckmeester, L. Visscher, *Hoe rechters denken: Richard Posner over het werk van de rechterlijke macht*, *Rechtstreeks* 2010, pp. 9-21. Zie over deze verschillen ook Posner, pp. 133, 153, 161, 198.

De enige manier om vast te stellen of subjectieve factoren inderdaad een rol spelen in de rechterlijke beslissingen en zo ja in welke mate, is het verrichten van empirisch onderzoek. Hier is een rol weggelegd voor bijvoorbeeld een pilot: meerdere (colleges van) beroepsrechters zouden, na afgifte van hun profiel, in eenzelfde lopende zaak een beslissing moeten wijzen. Door middel van loting zou de ene dan wel de andere beslissing worden gebruikt ter beslechting van het geschil indien de uitkomst van beslissingen blijkt te verschillen. Vervolgens zou moeten worden onderzocht of er en zo ja hoe groot, de onderlinge verschillen zijn en wat daarvan de (vermoedelijke) oorzaak is geweest.

6. Conclusie

De discussie tussen Visser en Brinkhof is niet alleen relevant voor de inbreukcriteria bij een IE-inbreuk maar ook voor de schadevaststelling in (semi-) IE-zaken. De uitkomst van de schadebegroting stelt partijen immers geregeld voor verrassingen en kan ook nog eens een flinke weerslag hebben op de volledige proceskostenveroordeling ex art. 1019h Rv. Onderzocht zou moeten worden of de rechtsbedeling beter verloopt indien de met art. 6:97 BW aan de rechter gegunde vrijheid wordt ingeperkt door bijvoorbeeld een landelijke richtlijn voor de schadebegroting.

Mogelijk zijn de verrassingsbeslissingen echter ook een gevolg van subjectieve factoren, maar mogelijk ook niet. Om te beoordelen wat de oorzaak is van het verrassingseffect van de schadebegrotingsprocedure in (semi-) IE-zaken zou empirisch onderzoek moeten worden verricht.

Amsterdam, 27 juni 2013.