

Auteursrecht

Nr. 2

Rechtbank Rotterdam 4 oktober 2017

IEF 17155; ECLI:NL:RBROT:2017:7560

(Track/Vijverberg)

Mrs. Heevel, Santema en Diekman

Track Innovations B.V.

tegen

Vijverberg Medical Consultants B.V.

Samenvatting

Art. 27 lid 2 Aw, 1019h en 233 Rv

Forfaitaire schadevergoeding begroot op hypothetische licentie-vergoeding plus € 10.000 voor andere schadeposten.

Aanzienlijke proceskostenveroordeling ex art. 1019h Rv toegewezen.

Bezwaar tegen uitvoerbaar bij voorraad verklaring verworpen ondanks waarschijnlijk faillissement als gevolg van uitvoering van het vonnis.

De rechtbank

(...)

2 De verdere beoordeling

2.1. Bij voormeld tussenvonnis heeft de rechtbank in rechtsoverwegingen 4.15 tot en met 4.18. geoordeeld dat Vijverberg met het gebruik van D-Care in de periode april 2005 tot eind augustus 2010 inbreuk heeft gemaakt op het aan Track toekomend auteursrecht op Track Verzuim en daarmee onrechtmatig heeft gehandeld jegens Track en dat deze inbreuk haar ook is toe te rekenen, althans met ingang van 1 januari 2006, zodat Vijverberg gehouden is de dientengevolge door Track geleden schade over de periode januari 2006 tot eind augustus 2010 te vergoeden.

2.2. Ter zitting, bij gelegenheid van pleidooi gehouden op 23 september 2016, heeft Track zich bereid verklaard haar vordering tot vergoeding van de schade te beperken tot het voordeel dat [ex-werknemer Track] in het "Projectvoorstel D-Office en D-Care" van december 2004 (productie 53 Track) aan Vijverberg heeft voorgerekend, te vermeerderen met een fixed fee van € 10.000,- per jaar. Track heeft daarbij opgemerkt dat als de rechtbank op deze wijze de schade zou kunnen begroten, verwijzing naar de schadestaat niet nodig is. Daarop is namens Vijverberg verklaard dat zij zich – in het geval de rechtbank van oordeel zou zijn dat Vijverberg aansprakelijk is voor de door Track geleden schade – akkoord verklaart met het voorstel van de rechtbank alsdan Track in de gelegenheid te stellen haar eis te wijzigen in voormelde zin.

2.3. Gelet hierop heeft de rechtbank bij voormeld tussenvonnis de zaak naar de rol verwezen en Track in de gelegenheid gesteld een akte wijziging eis te nemen. Track heeft op 16 mei 2017 een akte genomen en haar eis als weergegeven in voormeld tussenvonnis onder 3.1. sub 8 daarbij gewijzigd als volgt:

8. Vijverberg te veroordelen de door Track als gevolg van de inbreuk geleden schade te vergoeden te begroten op een bedrag van EUR 25.825,- per kalenderjaar waarin toerekenbaar inbreuk is gemaakt, te vermeerderen met de wettelijke rente over dat schadebedrag vanaf de laatste dag van ieder van die kalenderjaren en voor het jaar vanaf 2010 vanaf 27 augustus van dat jaar, althans ten aanzien van de wettelijke rente subsidiair, vanaf 20 november 2009 (datum sommatie).

2.4. Vijverberg heeft bij antwoordakte voorop gesteld dat haar akkoord als gegeven ter zitting betrekking had op de feitelijke wijziging, dat wil zeggen dat Track de door haar beweerdelijk geleden schade niet meer in een separate schadestaat procedure wenst vast te stellen maar nu reeds in het eindvonnis wenst te begroten, maar daarmee geen akkoord heeft gegeven op de inhoud daarvan. Vijverberg heeft vervolgens de gestelde omvang van de schade, zowel ter zake het ter zitting genoemde voordeel dat [ex-werknemer Track] in het "Projectvoorstel D-Office en D-Care" van december 2004 (productie 53 Track) aan Vijverberg heeft voorgerekend als de ter zitting reeds aangegeven vermeerdering met een fixed fee van € 10.000,- per jaar, inhoudelijk betwist en gesteld dat voor de begroting van de schade niet zomaar kan worden aangeknoopt bij de door een derde (Devotus) opgevoerde berekening in een commerciële offerte. Vijverberg bepleit daarom primair de door Track geëiste schadevergoeding af te wijzen en alsnog te verwijzen naar een aparte schadestaatprocedure. Subsidiair heeft zij betoogd dat de daadwerkelijke schade 0 is, althans hooguit kan worden gesteld op een bedrag van € 5.866,14 (tot juni 2006), althans op een bedrag van € 25.419,93 in totaal voor de periode van april 2005 tot eind augustus 2010.

2.5. De rechtbank ziet geen reden alsnog naar de schadestaat te verwijzen, nu deze schade zich heel wel reeds thans laat begroten en overweegt daartoe als volgt.

Schade

2.6. Voorop staat dat krachtens het bepaalde in artikel 6:97 BW de rechter de schade dient te begroten op een wijze die het meest met de aard ervan in overeenstemming is, waarbij als uitgangspunt heeft te gelden dat de benadeelde zoveel mogelijk in de toestand wordt gebracht waarin hij zou hebben verkeerd indien de schadeveroorzakende gebeurtenis zou zijn uitgebleven en dus dat zoveel als mogelijk de schade wordt berekend met inachtneming van alle omstandigheden van het geval. Als de omvang van de schade niet nauwkeurig kan worden vastgesteld, dan wordt zij geschat. Daarnaast en bovenal moet in het onderhavige geval rekenschap worden gegeven van hetgeen op Europees niveau is bepaald in de Richtlijn 2004/48/EU betreffende de handhaving van de intellectuele eigendomsrechten (hierna: Handhavingsrichtlijn). In artikel 13 van deze richtlijn is bepaald dat de begroting van de schade kan plaatsvinden op concrete wijze (lid 1 sub a) dan wel als alternatief voor het bepaalde onder a, in passende gevallen kan worden vastgesteld op 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 het desbetreffende intellectuele eigendomsrecht te gebruiken (lid 1 sub b). Laatstgenoemde 'b-grond' kan worden geacht te zijn geïmplementeerd in (onder meer) artikel 27 lid 2 Aw zij het dat de hele laatste zinsnede (na forfaitair bedrag) daar ontbreekt. Dit laat onverlet dat krachtens de Handhavingsrichtlijn een forfaitair bedrag aan schadevergoeding minimaal moet worden begroot op het bedrag aan gedeelde licentievergoedingen.

2.7. Het begroten van de schade op een forfaitair bedrag gerelateerd aan de gederfde licentievergoeding acht de rechtbank – anders dan Vijverberg meent – voor een geval als het onderhavige passend. Zoals te doen gebruikelijk heeft Track immers steeds de verzuimsoftware aan haar klanten in licentie gegeven. Track is bij de berekening van haar thans gevorderde schadebedrag allereerst uitgegaan van de berekening door [ex-werknemer Track] (ex-werknemer van Track, op dat moment werkzaam bij Devotus aanbieder van D-Care) van de kosten voor de licenties die Vijverberg aan Track zou moeten hebben betalen voor het gebruik van de programmatuur indien zij de overeenkomst met Track niet zou hebben opgezegd. Deze kosten zijn door hem naar de stand van zaken van eind 2004 in totaal begroot op € 15.825,- per jaar. Track heeft daarbij opgemerkt dat haar werkelijke schade veel hoger is onder verwijzing naar haar eerder bij dagvaarding reeds overgelegde berekeningen. Vijverberg acht het door [ex-werknemer Track] genoemde bedrag geen reëel / waarheidsgetrouw uitgangspunt, omdat het hier betreft een inschatting van een commerciële concurrent, die wel gunstiger moet zijn dan de werkelijk door Track aangeboden tarieven. Dit verweer faalt. [ex-werknemer Track] was als ex-werknemer van Track op de hoogte van de door Track gehanteerde tarieven. Evenzo was Vijverberg zelf als klant van Track daarvan op de hoogte. Het ligt dan ook niet in de rede te veronderstellen dat [ex-werknemer Track] Vijverberg dienaangaande een niet realistisch beeld heeft voorgehouden. Nu Vijverberg haar verweer op dit punt ook verder niet heeft onderbouwd, wordt daaraan voorbij gegaan. Voor de door Vijverberg voorts nog bepleite vermindering van het licentiebedrag in verband met mogelijk verleende kortingen en of uitgespaarde investerings- en/of bedrijfskosten, ziet de rechtbank geen reden. Zoals Track terecht heeft aangevoerd kan in zijn algemeenheid niet worden gezegd dat dergelijke kosten dalen omdat één van de klanten vertrekt. Bovendien moet in ogenschouw worden genomen dat Track de gederfde licentievergoeding heeft gefixeerd op een bedrag naar de stand van zaken eind 2004 alsmede dat op basis van de Handhavingsrichtlijn een forfaitair bedrag aan schadevergoeding minimaal moet worden begroot op het bedrag aan gederfde licentievergoedingen. Op grond van hetgeen hiervoor is overwogen acht de rechtbank het passend en reëel om bij de begroting van de schade uit te gaan van een gederfde licentievergoeding ten bedrage van € 15.825,- per jaar.

2.8. Track legt aan de door haar bovenop het bedrag van € 15.825,- per jaar gevorderde surplus van € 10.000,- per jaar ten grondslag dat haar werkelijke schade bij wege van gederfde licentievergoeding veel hoger is, daarbij verwijzend naar haar eerdere berekening bij brief van 20 november 2009 met bijlagen (productie 7 Track). Bij deze eerdere berekening was Track uitgegaan van hogere en jaarlijks stijgende licentievergoedingen (van € 19.106,- voor 2005 olopend tot € 58.766,- voor 2009 alsmede van een jaarlijkse winstderving van € 5.000,- dan wel € 2.500,- wegens gemiste support en consultancy werkzaamheden samenhangend met het gebruik van de programmatuur. Over de in 2009 gehanteerde wijze van berekening van de schade is in de begeleidende brief gemeld dat de berekening is gemaakt op basis van de licentievergoeding van oktober 2004 en trend-schattingen rond aantal gebruikers, ontwikkeling van het aantal werknemers en prijsontwikkeling, echter zonder de gehanteerde parameters nader te onderbouwen, zodat niet zonder meer van deze veel hogere cijfers dan berekend door [ex-werknemer Track] (zie 2.7) kan worden uitgegaan. Anderzijds acht de rechtbank het, gelet op de gestelde – en onbetwist gebleven – groei in de periode 2005-2008 aan aantal werknemers/dossiers bij Vijverberg van 5331 naar 6587 en het aantal medewerkers/gebruikers in dienst van Vijverberg van 14 naar 29, op basis waarvan een flinke – zij het geleidelijke – stijging van de gederfde licentievergoeding reëel is, voldoende aan-

nemelijk dat Track in werkelijkheid meer schade heeft geleden dan de hiervoor op basis van de door [ex-werknemer Track] opgevoerde cijfers begrote licentievergoeding. Daar komt bij de omstandigheid dat in het bedrag van € 15.825,- nog niet de gederfde licentievergoeding als gevolg van het wegvallen van de support en consultancy werkzaamheden is verdisconteerd. Zoals hiervoor reeds is vermeld, heeft Track de gederfde winst wegens gemiste support en consultancy (ervan uitgaande dat de helft van de omzet ter zake marge zou zijn) destijds gesteld op € 5.000 (oude model Track 2) dan wel € 2.500 (nieuwe Track 3) per jaar. Gegeven het feit dat precieze vaststelling van een redelijk bedrag aan surplus niet mogelijk is, acht de rechtbank – uitgaande van een basislicentievergoeding van € 15.825,- als gefixeerd in 2004 en al het vorenstaande in ogenschouw nemend, in het bijzonder gelet op de onbetwist gebleven verdubbeling van het aantal gebruikers – het door Track gevorderde surplus van € 10.000,- per jaar niet onredelijk.

2.9. Een en ander leidt er toe dat de rechtbank de schade zal begroten op een forfaitair bedrag van € 25.825,- per jaar. De periode waarover deze vergoeding verschuldigd is betreft de periode januari 2006 tot eind augustus 2010 (zie hiervoor onder 2.1). Het nogmaals door Vijverberg opgeworpen verweer dat de inbreuk zou zijn geëindigd in 2006, is reeds onder 4.13.6 in voormeld tussenvonnissen verworpen. De vordering onder sub 8 zal daarom als voormeld worden toegewezen, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 20 november 2009 (datum sommatie).

Proceskosten

2.10. Nu Vijverberg in het ongelijk zal worden gesteld dienen de proceskosten voor haar rekening te komen.

2.11. Track heeft op grond van artikel 1019h Rv vergoeding van de volledige proceskosten gevorderd (weergegeven in voormeld tussenvonnissen onder sub 9). Artikel 1019h Rv, dat de implementatie vormt van artikel 14 van de Handhavingsrichtlijn, bepaalt dat de in het ongelijk te stellen partij desgevorderd wordt veroordeeld in de redelijke en evenredige proceskosten en andere kosten die de in het gelijk te stellen partij heeft gemaakt, tenzij de redelijkheid en billijkheid zich daartegen verzet. Bij arrest van 28 juli 2016 (United Video Properties) heeft het HvJEU ten aanzien van de billijkheidscorrectie overwogen dat minstens een significant en passend deel van de redelijke kosten die de in het gelijk gestelde partij daadwerkelijk heeft gemaakt door de verliezende partij dient te worden vergoed. Daarnaast heeft de Hoge Raad geoordeeld dat de rechter de taak heeft ambtshalve te beslissen over de toewijsbaarheid van de proceskosten en de hoogte daarvan (HR 4 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3477).

2.12. Track heeft de kosten voor haar advocaat, onder verwijzing naar haar specificatie overgelegd als productie 65 bij gelegenheid van pleidooi, gesteld op € 176.231,86. Vijverberg heeft de omvang van deze kosten betwist daartoe aanvoerende dat deze niet redelijk en evenredig zijn, althans op grond van de billijkheid dienen te worden gematigd tot een bedrag van maximaal € 5.000,- subsidiair € 25.000,-.

2.13. De rechtbank merkt allereerst op dat in de door Track gevorderde advocaatkosten de kosten van de advocaat in verband met de opgeworpen incidenten zijn inbegrepen. Met betrekking daartoe wordt overwogen als volgt. De advocaatkosten voor het aan beide zijden (vergeefs) opgeworpen incident tot het treffen van een voorlopige voorziening zijn bij vonnis van deze rechtbank van 27 oktober 2010 over en weer reeds toegewezen

tot een bedrag van € 452,-. De kostenveroordeling in de overige nog door Vijverberg opgeworpen incidenten tot oproeping in vrijwaring en tot verwijzing wegens connexiteit zijn bij vonnis van 27 oktober 2010 (eerste vrijwaringsincident), 3 augustus 2011 (incident tot verwijzing) en 23 september 2011 (tweede vrijwaringsincident) aangehouden. De kosten van deze incidenten komen voor rekening van Vijverberg als de in het ongelijk gestelde partij in het incident tot verwijzing en de in het ongelijk te stellen partij in de onderhavige procedure. In deze incidenten heeft Track steeds vergoeding van haar volledige proceskosten gevorderd op grond van artikel 1019h Rv.

Het voorafgaande brengt met zich dat ter zake van de incidenten een bedrag van € 452,- in mindering strekt op de gevorderde proceskosten.

2.14. Vijverberg heeft ter onderbouwing van haar verweer dat de door Track gevorderde kosten niet redelijk zijn, althans behoren te worden gematigd, allereerst aangevoerd dat sprake is van een wanverhouding tussen de door Track gestelde schade en de kosten ter verkrijging van die schade. Dit verweer kan Vijverberg niet baten, reeds omdat een door haar gestelde wanverhouding, gelet op hetgeen hiervoor is overwogen ter zake de omvang van de schade, het bedrag waarop dit per jaar is begroot en de periode waarover een vergoeding betaald dient te worden, zich niet voordoet. Wel kan met Vijverberg worden vastgesteld dat het gevorderde bedrag substantieel is. Dat is echter ook het door Vijverberg zelf gestelde bedrag aan kosten advocaat (producties 17 en F Vijverberg), in totaal uitkomende op € 122.120,79. Bovendien is dat een onvermijdelijke consequentie van het feit dat de procedure zich al jaren voortsleept, mede veroorzaakt door de wijze waarop partijen hebben verkozen te procederen. Er is een niet gering verschil van meer dan € 50.000,- tussen de advocaatkosten van beide partijen, hetgeen zich deels laat verklaren door het verschil in omvang van de aangeleverde stukken. In dit verband is relevant het verweer van Vijverberg dat de hoge kosten van Track naar zij veronderstelt mede te wijten zijn aan het feit dat maar liefst zeven medewerkers / advocaten werkzaamheden zouden hebben verricht, waardoor waarschijnlijk dubbele kosten zijn gemaakt. Track heeft op dit verwijt niet gereageerd, alhoewel zij daartoe bij akte na tussenvonnis de gelegenheid had. Dat had wel op haar weg gelegen. Nu zij dit heeft nagelaten ziet de rechtbank reden tot matiging van de proceskosten over te gaan door daarop een bedrag van € 25.000,- in mindering te brengen.

Mede de aftrek van € 452,- in ogenschouw nemend zullen de advocaatkosten afgerond worden bepaald op € 150.000,-.

2.15. Onder de proceskosten vallen buiten de hiervoor bepaalde advocaatkosten voorts de kosten van het griffierecht en de exploitkosten in de hoofdzaak aan de zijde van Track bestaande uit:

- griffierecht	€ 262,00
- exploitkosten dagvaarding	€ 73,89
- exploitkosten beslag	€ 280,94
- taxe getuigen	€ 393,00
Totaal	€ 1.009,83

Slotsom t.a.v. vorderingen

(...)

2.17. Ten slotte ligt nog ter beoordeling voor het voor het eerst bij pleidooi gedane verzoek van Vijverberg aan de rechtbank om, mocht enige vordering van Track worden toegewezen, dergelijke vorderingen en de toe te wijzen kostenveroordeling niet uitvoerbaar bij voorraad te verklaren. Vijverberg stelt dat zij bij toewijzing van enige vordering zeker hoger

beroep zal aantekenen en dat uitvoering van een voor Vijverberg negatief vonnis tot het faillissement van Vijverberg zal leiden en daarmee tot niet meer te herstellen en definitieve gevolgen.

2.18. Dit verweer kan Vijverberg niet baten. De rechtbank overweegt daartoe als volgt.

2.19. Bij de beoordeling van een vordering op grond van artikel 233 Rv dienen de belangen van partijen te worden afgewogen in het licht van de omstandigheden van het geval. Indien het betreft een vordering tot betaling van een geldsom is het belang bij uitvoerbaar bij voorraadverklaring in beginsel gegeven (vergelijk HR 27 februari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2602 en HR 20 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:688). Daarnaast heeft te gelden dat bij de belangenafweging de kans van slagen van een eventueel aan te wenden rechtsmiddel in de regel buiten beschouwing dient te blijven (HR 29 november 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2216). Voorts staat de omstandigheid dat een voorlopige tenuitvoerlegging ingrijpende gevolgen kan hebben, die moeilijk ongedaan gemaakt kunnen worden, op zichzelf niet aan uitvoerbaarverklaring bij voorraad in de weg; wel moet dit worden meegewogen bij de belangenafweging (HR 28 mei 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0976).

2.20. Track heeft niet meer gereageerd op het verweer van Vijverberg. Echter, nu Vijverberg slechts heeft gesteld dat tenuitvoerlegging van een voor haar negatief vonnis zeker tot haar faillissement zal leiden en zij die stelling op geen enkele wijze heeft toegelicht of onderbouwd kan het enkele feit dat Track daar niet op heeft gereageerd – gelet op het hiervoor geschetste beoordelingskader en mede gezien het late tijdstip waarop het verweer naar voren is gebracht – er niet toe leiden dat het verweer wordt gehonoreerd.

3. De beslissing

De rechtbank

(...)

3.3. verklaart voor recht dat de D-Care programmatuur een auteursrechtelijke verveelvoudiging is van de Track Verzuim programmatuur;

3.4. verklaart voor recht dat Vijverberg met de aanschaf en het gebruik van de D-Care software inbreuk (heeft ge)maakt op auteursrechten van Track;

3.5. veroordeelt Vijverberg tot vergoeding van de door Track als gevolg van de inbreuk geleden schade tot een bedrag van € 25.825,- per jaar over de periode januari 2006 tot eind augustus 2010, te vermeerderen met de wettelijke rente over dit bedrag vanaf 20 november 2009 (datum sommatie);

3.6. veroordeelt Vijverberg in de kosten van deze procedure tot aan dit vonnis aan de zijde van Track begroot op € 151.009,83 in totaal;

3.7. verklaart dit vonnis voor zover het de veroordelingen betreft (3.1., 3.2., 3.5. en 3.6.) uitvoerbaar bij voorraad;

3.8. wijst af het meer of anders gevorderde.

(...)

- 1 Considerans 26 bij Richtlijn 2004/48/EG.
- 2 Rb. Breda 25 oktober 2006, ECLI:NL:RBBRE:2006:AZ5955, *Computerrecht* 2007/47, m.nt. T.E. Deurvorst (*Autodesk/Aztec*).
- 3 Dezelfde gedachte is recentelijk te vinden bij A-G Rank-Berenschot bij HR 17 juni 2016, ECLI:NL:HR2016:1229 (beroep verworpen ovg art. 81 RO).
- 4 Zie over deze bezwaren mijn noot in *Computerrecht* 2007/47.
- 5 Rb. Overijssel 17 februari 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:800, *BIE* 2016/20 (*Siemens/Holimax*).
- 6 HvJ EU 17 maart 2016, ECLI:EU:C:2016:173, *AMI* 2016, afl. 4, nr. 5, m.nt. T.E. Deurvorst (*Liffers/Mediaset*); HvJ EU 9 juni 2016, ECLI:EU:C:2016:419, *IEF* 16010, *BIE* 2016/32, m.nt. T.E. Deurvorst (*Hansson/Jungpflanzen*).
- 7 HvJ EU 25 januari 2017, ECLI:EU:C:2017:36, *AMI* 2018, afl. 1, nr. 1, m.nt. T.E. Deurvorst (*Otawska Telewizja Kablowa/Filmowców Polskich*).

Noot

Forfaitaire schadevergoeding op maat

1. Ingevolge art. 13 lid 1 sub b Handhavingsrichtlijn (HRL) kan de schade bij inbreuk op een intellectueel eigendomsrecht in passende gevallen worden vastgesteld op een forfaitair bedrag op basis van elementen als ten minste het bedrag aan royalty's dat verschuldigd was geweest indien de inbreukmaker om toestemming had gevraagd om het recht van intellectuele eigendom te gebruiken. Naast deze royalty's bestaat ruimte voor een opslag wegens kosten zoals die van opsporing en onderzoek. Doel van de forfaitaire vergoeding is de vereenvoudiging van de schadeberekening, en wel op een objectieve grondslag, zulks als alternatief voor de berekening van daadwerkelijk geleden schade.¹ Art. 13 lid 1 sub b HRL is al geruime tijd geleden geïmplementeerd in, onder meer, art. 27 lid 2 van de Auteurswet.

Ondanks de beoogde vereenvoudiging van de sanctie schadevergoeding bij inbreuk op intellectuele eigendomsrechten is de toewijzing van de forfaitaire vergoeding hier te lande nog niet op grote schaal in zwang. Bovenstaande uitspraak vormt dan ook een aanwinst, ook vanwege de grondige motivering.

2. In deze zaak baseert de Rechtbank Rotterdam de forfaitaire vergoeding op de jaarlijkse licentievergoeding die de auteursrechthebbende vermoedelijk van de gedaagde ontvangen zou hebben indien de gedaagde de rechthebbende vooraf om toestemming zou hebben gevraagd. Bovendien verhoogt de rechtbank deze gedeelde jaarlijkse vergoeding met een opslag voor overige schadeposten. De rechtbank laat de verschillende posten de revue passeren: de gemiste vergoeding voor gebruikstoename vanwege persoonsuitbreiding en gedeelde inkomsten wegens gemiste support en consultancyopdrachten. Een vergoeding voor deze schadeposten van € 10.000 per jaar dat inbreuk is gepleegd, komt de rechtbank niet onredelijk voor.

3. Ten opzichte van de jurisprudentie van tien jaar geleden op het gebied van inbreukmakend gebruik van software is deze uitspraak een stuk verfijnder.

4. In 2006 wees de Rechtbank Breda in de zaak *Autodesk/Aztec*² winstafdracht toe, die werd begroot op de bespaarde licentievergoeding van Aztec (€ 23.550). Het bedrag werd verdubbeld teneinde ook een vergoeding te bieden voor de aantasting en uitholling van exclusiviteit, neerwaartse prijsdruk en de algemene bewakingskosten die Autodesk had moeten maken. De gehanteerde methode om de af te dragen winst te begroten op een bespaarde vergoeding is op zijn zachtst gezegd discutabel (een besparing leidt niet zonder meer tot hetzelfde bedrag aan winst).³ De verdubbeling van dit bedrag wegens uitholling van

auteursrecht en gemaakte kosten was bovendien willekeurig. Aztec moest dus een flinke opslag betalen.⁴

5. Zo'n tien jaar later worden er andere keuzes gemaakt. Evenals in *Track/Vijverberg* stelt de Rechtbank Overijssel in *Siemens/Holimax*⁵ de door de inbreukmaker te vergoeden schade allereerst op het bedrag dat hij zou moeten hebben betalen wanneer hij de software via een aanbieder/marktpartij zou hebben aangeschaft (€ 3.233). Dit zou volgens de rechtbank anders zijn als aannemelijk zou zijn dat de inbreukmaker daar nooit mee zou hebben ingestemd. Daar was in deze zaak geen sprake van. Bovendien bestond ruimte, aldus de rechtbank, voor een opslag wegens kosten zoals die van opsporing en onderzoek. De rechtbank weerstond evenwel de verleiding om de overige schade (kosten ter bestrijding van verslechterde licentie- en betalingsmoraal, schade door toename illegaal gebruik bij derden) zonder meer op 100% te stellen van de gedeelde licentievergoeding, zoals de rechtbank dat in *Autodesk/Aztec* had gedaan.

6. De rechtbank overwoog dienaangaande dat naar Nederlands recht de toewijzing van punitive damages (nog) niet mogelijk is. Aan ons schadevergoedingsrecht ligt het beginsel van volledige schadevergoeding ten grondslag, welk beginsel meebrengt dat benadeelden enerzijds niet meer vergoed kunnen krijgen dan de werkelijk geleden schade, maar anderzijds ook niet minder, aldus de rechtbank. De totale vergoeding werd begroot op € 5.000 (inclusief opslag).

7. De op maat gemaakte beslissingen van de Rechterbanken Rotterdam en Overijssel worden gedragen door de rechtspraak uit 2016 van het Europese Hof van Justitie in de zaken *Liffers/Mediaset* en *Hansson/Jungpflanzen*.⁶ In deze arresten heeft het Hof van Justitie herhaaldelijk voorop gesteld dat met art. 13 lid 1 HRL een passende schadevergoeding tot herstel van daadwerkelijk geleden schade wordt beoogd. De aan de orde zijnde rechtsvragen werden steeds in dat licht beantwoord. Zelfs waar het punitief gekleurde Gemeenschapskewersrecht flink leek te botsen met deze doelstelling deed het Hof in *Hansson/Jungpflanzen* het uiterste om art. 94 Vo. 2100/94 binnen de traditionele grenzen van het schadevergoedingsrecht uit te leggen, zij het met de nodige kunstgrepen.

8. Spannend was dan ook de uitkomst van de recentere zaak bij het Europese Hof van Justitie inzake *Otawska Telewizja Kablowa/Filmowców Polskich*⁷ begin 2017 aangaande de vraag naar de verenigbaarheid met de HRL van de in de Poolse wetgeving geboden mogelijkheid om bij auteursrechtinbreuk een gefixeerde verhoging toe te wijzen van 100% van de passende vergoeding die verschuldigd zou zijn geweest indien de rechthebbende toestemming zou hebben verleend. Indien die verhoging wordt opgelegd ongeacht het bestaan van en de hoogte van de

onderliggende schade, zou deze kunnen worden beschouwd als punitieve sanctie.

9. Aangezien art. 2 lid 1 HRL uitdrukkelijk bepaalt dat de HRL niet in de weg staat aan een regeling die gunstiger is voor de positie van de rechthebbende, oordeelde het Hof van Justitie dat art. 13 van de HRL zich niet verzet tegen een nationale regeling als de betreffende Poolse die het vorderen van een dubbele vergoeding mogelijk maakt.

10. Het Hof achtte het echter niet noodzakelijk een uitspraak te doen over de vraag of de invoering van een niet-compensatoire schadevergoeding in strijd zou zijn met art. 13 HRL omdat de Poolse regeling naar zijn mening niet als zodanig moest worden beschouwd. De loutere betaling van de hypothetische royalty's kan – aldus het Hof van Justitie – niet waarborgen dat de volledige daadwerkelijk geleden schade wordt vergoed, aangezien deze vergoeding van royalty's niet de kosten voor onderzoek en opsporing van mogelijke inbreukmakende handelingen omvat. Voorts kan de toewijzing van de hypothetische vergoeding evenmin waarborgen dat eventuele morele schade wordt vergoed zoals aan de orde was in het arrest *Liffers/Mediaset*,⁸ of nog dat rente over de verschuldigde bedragen wordt betaald. Op deze redengeving valt wel wat af te dingen. Soms zijn die posten namelijk wel bij voorbaat verdisconteerd in de licentievergoeding. Vooral rechthebbenden die standaard licenties verlenen, plegen bij voorbaat rekening te houden met dit soort typen kosten en gevolgschade bij de vaststelling van hun tarieven.⁹ Behalve de genoemde kosten van onderzoek, morele schade en rente valt te denken aan prijsbederf, gemiste parallelafzet en waardevermindering.

11. De Poolse regeling die in toewijzing van een dubbele licentievergoeding voorzag, bewerkte in de praktijk – zo was het Hof voorgelicht – namelijk niet dat meer dan de daadwerkelijke schade zou worden vergoed. De Poolse rechter zou niet gebonden zijn aan de vordering tot vergoeding van de dubbele vergoeding indien deze de daadwerkelijk geleden schade duidelijk en aanzienlijk zou overstijgen. Ook overwoog het Hof van Justitie dat zo'n vordering verboden rechtsmisbruik in de zin van art. 3 lid 2 HRL zou opleveren.

12. Opnieuw wringt het Hof zich dus in bochten om te voorkomen dat de hoogte van de schadevergoeding los komt te staan van die van de daadwerkelijk geleden schade.

13. De conclusie dringt zich op dat het toewijzen van schadevergoeding bij inbreuk op de daadwerkelijk geleden schade toegesneden maatwerk behoort te blijven, zelfs wanneer een forfaitaire vergoeding wordt toegewezen. In het laatste geval heeft de rechter wel een grotere marge, die ophoudt daar waar de daadwerkelijk geleden schade duidelijk en aanzienlijk wordt overstegen.¹⁰

14. De mening van Meurkens¹¹ dat met het arrest van het Hof van Justitie inzake *Otawska Telewizja Kablowa/Filmowców Polskich* de deur nu op een kier staat voor de oplegging van punitieve damages deel ik dan ook niet.

*T.E. Deurvorst**

* *Mr. T.E. Deurvorst is advocaat te Amsterdam en redacteur van dit blad.*

8 HvJ EU 17 maart 2016, C-99/15, EU:C:2016:173, punt 26, AMI 2016, afl. 4, nr. 5, m.nt. T.E. Deurvorst (*Liffers/Mediaset*).

9 R.L. Parr, *Royalty rates for licensing intellectual property*, John Wiley & Sons 2007, hoofdstuk 9.

10 Zie p. 5 Leidraad aangaande bepaalde aspecten van de Handhavingsrichtlijn van 29 november 2017 (COM (2017) 708 te vinden via http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-4942_nl.htm)

11 R.C. Meurkens, 'Punitive damages ter handhaving van intellectuele eigendomsrechten', *IER* 2017/34.