

Hoge Raad, 8 december 2006, Shoppingspel II**AUTEURSRECHT****Artikel 27a(1) Aw – Auteursrechthebbende heeft recht op het hoogste van hetzij schadevergoeding hetzij winstafdracht.**

Bij de beoordeling van deze klacht moet worden vooropgesteld dat indien, zoals hier, behalve vergoeding van schade (in dit geval bestaande in de door de auteursrechthebbende gederfde winst), tevens afdracht wordt gevorderd van de door de inbreukmaker genoten winst, slechts één van beide vorderingen voor toewijzing vatbaar is, met dien verstande dat de rechter de hoogste van beide vorderingen zal dienen toe te wijzen (vgl. HR 14 april 2000, nr. C98/270, NJ 2000, 489).

Nu winst in het midden is gelaten dient in cassatie aangenomen te worden dat de winst de schadevergoeding overtreft en slaagt het middel.

Het hof heeft in het midden gelaten of De Boer met de Sjopselactie winst heeft behaald, zodat in cassatie veronderstellenderwijs ervan moet worden uitgegaan dat De Boer als gevolg van de inbreuk op het auteursrecht een winst heeft behaald die de door het hof toegewezen schadevergoeding overtreft. Nu, naar uit het hiervoor overwogene volgt, in een zodanig geval de auteursrechthebbende aanspraak kan maken op afdracht van de ten gevolge van de inbreuk behaalde winst, is de klacht terecht voorgesteld.

Vindplaatsen: LJN: [AY8286](#); AMI 2007, nr. 11, p. 89, m.nt. Deurvorst; IER 2007, nr. 21, p. 96; BIE 2007, nr. 93, p. 447

Hoge Raad, 8 december 2006

(J.B. Fleers, O. de Savornin Lohman, A.M.J. van Buchem-Spapens, P.C. Kop en W.D.H. Asser).

Arrest

in de zaak van:

[Eiser],

wonende te [woonplaats],

EISER tot cassatie,

advocaat: mr. H.A. Groen,

t e g e n

LAURUS N.V., (rechtsopvolgster van DE BOER UNIGRO N.V., voorheen DE BOER WINKELBEDRIJVEN N.V.),

gevestigd te 's-Hertogenbosch,

VERWEERSTER in cassatie,

advocaat: mr. T. Cohen Jehoram.

1. Het verloop van het geding

De Hoge Raad verwijst voor het verloop van dit geding tussen eiser tot cassatie - verder te noemen: [eiser] - en (de rechtsvoorgangster van) verweerster in cassatie - verder te noemen: De Boer - naar zijn arrest van 18 februari 2000, nr. C98/212HR, NJ 2000, 309.

Bij dat arrest heeft de Hoge Raad het arrest van het gerechtshof te Leeuwarden van 25 maart 1998 vernietigd

en het geding naar het gerechtshof te Arnhem verwezen ter verdere behandeling en beslissing.

Na verwijzing heeft [eiser] zijn eis onder (D) gewijzigd, in die zin dat de gevorderde winstafdracht is gepreciseerd op ? 637.773,-- excl. BTW, te vermeerderen met compensatoire interessen.

Bij tussenarrest van 27 augustus 2002 heeft het hof De Boer een bewijsopdracht gegeven. Na getuigenverhoor en een tussenarrest van 21 oktober 2003, heeft het hof bij tussenarrest van 7 september 2004 De Boer toegelaten feiten en omstandigheden te bewijzen waaruit blijkt dat met het "Sjopsel" geen winst is gemaakt en dat een aanzienlijke partij spellen is overgebleven, die aan bejaardencentra en ziekenhuizen e.d. is geschonken. Na getuigenverhoor heeft het hof bij eindarrest van 19 april 2005 het vonnis van de rechtbank Assen van 26 juli 1994 vernietigd en, opnieuw rechtdoende, De Boer veroordeeld om aan [eiser] te betalen het bedrag van €28.508,92, te vermeerderen met compensatoire interessen. Het meer of anders gevorderde heeft het hof afgewezen.

Het arrest van het hof is aan dit arrest gehecht.

2. Het tweede geding in cassatie

Tegen het arrest van het hof heeft [eiser] beroep in cassatie ingesteld. De cassatiedagvaarding is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.

De Boer heeft geconcludeerd tot verwerping van het beroep.

De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten, voor [eiser] mede door mr. T.F.E. Tjong Tjin Tai, en voor De Boer mede door mr. V.A.J. Gassler, beiden advocaat bij de Hoge Raad.

De conclusie van de Advocaat-Generaal F.F. Langemeijer strekt tot vernietiging van het bestreden arrest en tot verwijzing van de zaak naar een ander gerechtshof.

De advocaat van [eiser] heeft bij brief van 28 september 2006 op die conclusie gereageerd.

3. Beoordeling van het middel

3.1 In deze zaak, waarin het in cassatie thans gaat over de vordering van [eiser] tot winstafdracht op grond van art. 27a Auteurswet 1912, kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) [Eiser] heeft in oktober en november 1986 samen met [betrokkene 1] het zogenoemde "Shoppingspel" ontwikkeld. [Betrokkene 1] heeft zijn auteursrechten op dit spel overgedragen aan [eiser].

(ii) Het spel is in het voorjaar van 1987 getoond aan De Boer, de rechtsvoorgangster van Laurus, die het enige tijd in haar kantoor te Beilen onder zich heeft gehouden en vervolgens heeft laten weten voor het spel geen belangstelling te hebben. In september 1989 heeft De Boer het spel geretourneerd aan [eiser].

(iii) De Boer heeft in 1989 - en nadien - in haar winkels via een spaaractie het "Sjopsel" aan haar klanten ter beschikking gesteld. Dit spel is in opdracht van De Boer ontworpen door Score Promotions.

(iv) [Eiser] heeft in 1991 een procedure aanhangig gemaakt tegen De Boer. Stellende dat sprake is van inbreuk op zijn auteursrecht, vorderde [eiser] na wijziging van eis onder meer de veroordeling van De Boer tot vergoeding van de door hem geleden schade alsme-

de tot afdracht van de ten gevolge van de inbreuk door De Boer genoten winst.

(v) Nadat de vorderingen van [eiser] in eerste aanleg en in hoger beroep waren afgewezen, heeft de Hoge Raad in zijn arrest van 18 februari 2000, nr. C98/212, NJ 2000, 309 het arrest van het hof te Leeuwarden vernietigd en het geding ter verdere behandeling en beslissing verwezen naar het hof te Arnhem.

3.2 In de procedure na verwijzing heeft het hof vastgesteld dat inbreuk is gemaakt op het auteursrecht van [eiser]. Het hof heeft vervolgens, kort gezegd, de vordering tot schadevergoeding deels toegewezen en die tot winstafdracht afgewezen. Het overwoog daartoe in rov. 2.4 als volgt:

"Gelet op bovenvermelde getuigenverklaringen acht het hof het bewijs geleverd dat de actie met het Sjopspel geen succes is geweest (...). Het is echter onduidelijk of de Sjopspelactie wel of niet tot extra omzet en daarmee tot extra winst voor De Boer heeft geleid (...).

(...) bij zoveel onzekerheden ten aanzien van de vraag of De Boer wel winst heeft behaald met de Sjopspelactie en zo ja, hoeveel, dient te worden volstaan met de berekening van de schade die [eiser] door de auteursrechtinbreuk heeft geleden, nu die schade zich wel laat berekenen."

3.3 Onderdeel 1.1, dat hiertegen onder meer met een rechtsklacht opkomt, betoogt dat het hof heeft miskend dat de rechter verplicht is de vordering tot winstafdracht als bedoeld in art. 27a Auteurswet 1912 toe te wijzen, indien daartoe voldoende feiten zijn komen vast te staan.

Bij de beoordeling van deze klacht moet worden vooropgesteld dat indien, zoals hier, behalve vergoeding van schade (in dit geval bestaande in de door de auteursrechthebbende gederfde winst), tevens afdracht wordt gevorderd van de door de inbreukmaker genoten winst, slechts één van beide vorderingen voor toewijzing vatbaar is, met dien verstande dat de rechter de hoogste van beide vorderingen zal dienen toe te wijzen (vgl. HR 14 april 2000, nr. C98/270, NJ 2000, 489).

Het hof heeft in het midden gelaten of De Boer met de Sjopspelactie winst heeft behaald, zodat in cassatie veronderstellenderwijs ervan moet worden uitgegaan dat De Boer als gevolg van de inbreuk op het auteursrecht een winst heeft behaald die de door het hof toegewezen schadevergoeding overtreft. Nu, naar uit het hiervoor overwogene volgt, in een zodanig geval de auteursrechthebbende aanspraak kan maken op afdracht van de ten gevolge van de inbreuk behaalde winst, is de klacht terecht voorgesteld. De overige klachten van het middel behoeven geen behandeling.

4. Beslissing

De Hoge Raad:

vernietigt het arrest van het gerechtshof te Arnhem van 19 april 2005;

verwijst het geding naar het gerechtshof te Amsterdam ter verdere behandeling en beslissing;

veroordeelt Laurus in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van [eiser] begroot op ? 5.897,78 aan verschotten en ? 2.600,- voor salaris.

Conclusie Advocaat-Generaal F.F. Langemeijer

In deze zaak gaat het om een vordering tot winstafdracht na inbreuk op een auteursrecht (art. 27a Aw).

1. De feiten en het procesverloop

1.1. Deze zaak is eerder bij de Hoge Raad geweest: zie HR 18 februari 2000, NJ 2000, 309(1). Het ging toen om de vraag of inbreuk is gemaakt op het auteursrecht van [eiser] (thans eiser tot cassatie). Voor het verloop van de procedure tot dien zij verwezen naar dat arrest. In de procedure na verwijzing heeft het gerechtshof vastgesteld dat inderdaad inbreuk op het auteursrecht is gemaakt. In het huidige cassatieberoep is de vraag aan de orde welke rechtsgevolgen aan deze inbreuk worden verbonden.

1.2. In het arrest van 18 februari 2000 is de Hoge Raad uitgegaan van het volgende:

1.2.1. [Eiser] heeft in oktober en november 1986 tezamen met [betrokkene 1] het zogenoemde "Shoppingspel" ontwikkeld. [Betrokkene 1] heeft zijn auteursrechten op dit spel overgedragen aan [eiser].

1.2.2. Het spel is in het voorjaar van 1987 op verzoek van [eiser] door [betrokkene 2] getoond aan De Boer, die dit spel gedurende enige tijd in haar kantoor te Beilen onder zich heeft gehouden en vervolgens heeft laten weten voor dit spel geen belangstelling te hebben. [Bedoeld is hier: De Boer Winkelbedrijven N.V., later De Boer Unigro N.V., nadien Laurus N.V., de huidige verweerster in cassatie, noot A-G]. De Boer heeft het spel in september 1989 op verzoek van [eiser] aan hem geretourneerd.

1.2.3. De Boer heeft in 1989, en ook nog wel nadien, in haar winkels via een spaaractie het "Sjopspel" aan haar klanten ter beschikking gesteld. Dit spel is in opdracht van De Boer door Score Promotions ontworpen.

1.3. [Eiser] heeft in dit geding gesteld dat sprake is van een inbreuk op zijn auteursrecht. Hij heeft, samengevat, gevorderd dat de rechter De Boer zal gelasten de inbreuk op zijn auteursrecht te staken en de geleden schade te vergoeden, op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet. Nadat deze vorderingen in eerste aanleg waren afgewezen, heeft [eiser] hoger beroep ingesteld bij het gerechtshof te Leeuwarden. Na de tweede wijziging van eis hield de vordering, voor zover hier van belang, in (A) dat aan De Boer zal worden gelast elke vorm van openbaarmaking en/of verveelvoudiging van het "Shoppingspel" te staken en gestaakt te houden op straffe van verbeurte van een dwangsom, en voorts:

B. De Boer te veroordelen om aan [eiser] een schadevergoeding te betalen, nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet;

C. De Boer te veroordelen om aan [eiser] het bedrag van f 238.824,-, te vermeerderen met compensatoire interessen (...), ten titel van gedeeltelijke schadevergoeding te betalen;

D. De Boer te veroordelen de door deze ten gevolge van de inbreuk genoten winst aan [eiser] af te dragen en

dienaangaande rekening en verantwoording af te leggen;

E. (...).

F. (...).

1.4. Bij arrest van 25 maart 1998 heeft het hof te Leeuwarden op het principaal hoger beroep het (afwijzende) eindvonnis van de rechtbank bekrachtigd en afgewezen hetgeen de Vries in hoger beroep meer of anders had gevorderd.

1.5. Dit arrest is op 18 februari 2000 door de Hoge Raad vernietigd. De Hoge Raad stelde in rov. 3.4 voor op dat vaststaat (i) dat het "Shoppingspel" een auteursrechtelijk beschermd werk is, en (ii) dat De Boer bijzondere omstandigheden moet bewijzen waaruit kan volgen dat, ondanks de door het hof aangenomen overeenstemming tussen beide spellen, het "Sjopspel" een zelfstandige schepping is die niet de vrucht is van (onbewuste) ontlening. Na gegrondverklaring van ??n van de klachten besloot de Hoge Raad dat na verwijzing opnieuw zal moeten worden beoordeeld of De Boer in het haar opgedragen bewijs is geslaagd (rov. 3.7). De zaak is ter verdere behandeling verwezen naar het gerechtshof te Arnhem.

1.6. Na verwijzing heeft [eiser] zijn eis wederom gewijzigd, in die zin dat de onder (D) gevorderde winstafdracht is gepreciseerd op f 637.773,- excl. BTW, te vermeerderen met compensatoire interesses.

1.7. Bij tussenarrest van 27 augustus 2002 heeft het gerechtshof te Arnhem beslist dat De Boer niet in het aan haar opgedragen bewijs is geslaagd (rov. 3.2 - 3.3). Bij pleidooi na verwijzing heeft De Boer zich beroepen op een nieuw feit dat, indien juist, aan de door [eiser] gepretendeerde auteursrechtelijke bescherming in de weg zou kunnen staan. Het hof heeft hieromtrent aan De Boer een bewijsopdracht gegeven(2).

1.8. Bij tussenarrest van 21 oktober 2003 heeft het hof vastgesteld dat het bewijs van het gestelde nieuwe feit niet is geleverd (rov. 2.3). Daarmee stond vast dat De Boer zich schuldig heeft gemaakt aan een inbreuk op het auteursrecht van [eiser]. Vervolgens kwam het hof toe aan de vraag naar de toewijsbaarheid van de vorderingen. Het hof besprak eerst de vordering tot winstafdracht (art. 27a Aw 1912).

Volgens [eiser] heeft De Boer van Score Promotions 50.100 "Sjopsellen" afgenomen voor f 12,54 excl. BTW per stuk en deze spellen aan klanten doorverkocht voor f 25,27 excl. BTW, zodat De Boer met de auteursrechtinbreuk een winst heeft behaald van f 12,73 excl. BTW per spel, dat wil zeggen f 637.773,- in totaal (rov. 2.5). De Boer heeft deze stelling bestreden. Het zou slechts gaan om een zgn. promotie-artikel: klanten konden gratis zegels sparen waarmee zij het spel konden krijgen met f 2,50 bijbetaling. Deze promotie-actie is geen succes geworden: De Boer is na afloop met een grote hoeveelheid "Sjopsellen" blijven zitten, die zij uiteindelijk gratis heeft weggegeven aan tehuizen en instellingen (rov. 2.6). Het hof heeft De Boer gelegenheid gegeven om de juistheid van deze stellingen te staven met een rapport van een externe accountant.

1.9. De Boer heeft laten weten niet aan dit verzoek van het hof te kunnen voldoen, omdat met betrekking tot de

relevante periode geen (financiële) gegevens meer aanwezig waren. De Boer heeft echter bewijs door getuigen aangeboden. Bij tussenarrest van 7 september 2004 heeft het hof De Boer toegelaten feiten en omstandigheden te bewijzen waaruit blijkt dat met het "Sjopspel" geen winst is gemaakt en dat een aanzienlijke partij spellen is overgebleven, die aan bejaardencentra, ziekenhuizen e.d. geschonken is.

1.10. Bij eindarrest van 19 april 2005 heeft het hof na getuigenverhoor bewezen geacht dat de actie met het "Sjopspel" geen succes is geweest. Volgens het hof is onduidelijk of de "Sjopspel"-actie tot extra omzet en daarmee tot extra winst voor De Boer heeft geleid. Duidelijkheid hierover is niet meer te verkrijgen vanwege de omstandigheid dat De Boer haar (financiële) gegevens uit 1989 niet heeft bewaard. De keuze om deze gegevens niet te bewaren dient voor rekening van De Boer te blijven. Dit betekent echter niet dat in dit geding moet worden uitgegaan van de berekening die [eiser] had gemaakt van de vermoedelijk door De Boer ten gevolge van de inbreuk behaalde winst. Het hof noemt die berekening te speculatief, voor wat betreft de aanname dat de hiermee door De Boer behaalde extra omzet circa vijf procent heeft bedragen(3). Bovendien acht het hof onjuist dat in die berekening de gemiddelde winstmarge in de gehele detailhandel wordt gehanteerd; het gaat hier om de winstmarge in een supermarkt. Wat daarvan zij, bij zoveel onzekerheden ten aanzien van de vraag of De Boer winst heeft behaald met de "Sjopspel"-actie en, zo ja, hoeveel, dient volgens het hof te worden volstaan met de berekening van de schade die [eiser] zelf heeft geleden door de auteursrechtinbreuk. Die schade laat zich w?l berekenen (rov. 2.4). Het hof heeft de winstderving van [eiser] berekend op f 62.825,40 (= ? 28.508,92; rov. 2.5 - 2.6). Na vernietiging van het eindvonnis van de rechtbank heeft het hof, opnieuw rechtdoende, De Boer veroordeeld om een schadevergoeding van ? 28.508,92 aan [eiser] te betalen, te vermeerderen met een compensatoire rente gelijk aan de wettelijke rente. Het hof heeft het meer of anders gevorderde afgewezen. Het hof heeft de proceskosten in eerste aanleg, in hoger beroep en in de fase na verwijzing gecompenseerd(4).

1.11. [Eiser] heeft - tijdig - cassatieberoep ingesteld tegen het eindarrest. De Boer heeft geconcludeerd tot verwerping van het beroep. Beide partijen hebben hun standpunten schriftelijk laten toelichten, waarna [eiser] heeft gerepliceerd.

2. Bespreking van het cassatieberoep

2.1. Het middel valt uiteen in twee onderdelen. Het eerste onderdeel heeft betrekking op de afwijzing van de vordering tot winstafdracht. Het tweede is uitsluitend gericht tegen de beslissing tot compensatie van de proceskosten.

2.2. In het algemene vermogensrecht bepaalt art. 6:104 BW dat wanneer iemand die op grond van een onrechtmatige daad jegens een ander aansprakelijk is door die daad winst heeft genoten, de rechter op vordering van die ander de schade kan begroten op het bedrag van die winst of een gedeelte ervan. In HR 24 december 1993, NJ 1995, 421 m.nt. CJHB, is uitgemaakt dat art.

6:104 BW niet ertoe strekt aan degene jegens wie onrechtmatig is gehandeld een zelfstandige vordering tot winstafdracht te geven. Art. 6:104 BW vormt blijkens zijn plaatsing, zijn bewoordingen en de parlementaire geschiedenis slechts een uitwerking voor een bijzonder geval van de regel van art. 6:97 BW. Ingeval schadevergoeding is gevorderd, verleent art. 6:104 BW aan de rechter een discretionaire bevoegdheid om de schade te begroten op het bedrag van de door het onrechtmatig handelen genoten winst of een gedeelte daarvan. In het Nederlandse schadevergoedingsrecht geldt het beginsel dat de schade moet worden vergoed: niet meer en niet minder. Zo is er geen plaats voor toekenning van punitive damages(5).

2.3. In het Nederlandse intellectuele eigendomsrecht is de vordering tot winstafdracht bij wet van 12 januari 1977, Stb. 160, opgenomen in de toenmalige Rijsoctrooiwet als art. 43 lid 3. In de wet werd de vordering tot winstafdracht geformuleerd als een alternatief voor schadevergoeding(6). De toelichting beschouwde dit vooral als een faciliteit van bewijsrechtelijke aard voor de benadeelde octrooihouder: bij een vordering tot winstafdracht is de octrooihouder ontslagen van het leveren van bewijs van de door hem geleden schade en ligt het in de rede de inbreukmaker rekening en verantwoording te doen afleggen van de als gevolg van de inbreuk gemaakte winst. De toelichting vervolgt:

"Weliswaar kan men tegen deze vordering aanvoeren, dat de gemaakte winst mede het gevolg is van factoren, die de verdienste zijn van de inbreukmaker, zoals bijv. diens kennis en inspanning, doch hiertegenover staat dat de uitvinding van de octrooihouder, op wiens octrooi inbreuk wordt gepleegd, voor deze winst de basis vormde. Het is evenwel denkbaar, dat er gevallen zijn, waarin de winst in zodanige mate bepaald wordt door factoren, die de inbreukmaker kunnen worden toegerekend, dat het onredelijk zou zijn deze winst aan de octrooihouder ten goede te doen komen."(7)

2.4. Bij een daarop volgende herziening van de Auteurswet 1912 werd aanvankelijk een bepaling voorgesteld die inhoudelijk aansloot bij het bestaande art. 43 lid 3 ROW(8). Echter, als gevolg van een amendement van het Tweede Kamerlid Koetje(9) werd het zinsdeel "In plaats van schadevergoeding" vervangen door de formulering: "Naast schadevergoeding". De toelichting op dit amendement luidde:

"Het amendement strekt ertoe de maker of zijn rechtverkrijgende in de gelegenheid te stellen om naast schadevergoeding ook een afdracht van de gemaakte winst te vorderen van de inbreukmaker. Ook wanneer de gemaakte winst niet geheel kan worden toegerekend aan het inbreukmakend voorwerp zelf heeft de rechter op basis van dit artikel de mogelijkheid de vordering tot winstafdracht gedeeltelijk toe te wijzen, gecumuleerd met een schadevergoeding."

Het amendement is aangenomen. Sedert de inwerking-treding(10) bepaalt art. 27a, eerste lid, Aw 1912:

"Naast schadevergoeding kan de maker of zijn rechtverkrijgende vorderen dat degene die inbreuk op het auteursrecht heeft gemaakt, wordt veroordeeld de door deze ten gevolge van de inbreuk genoten winst af te

dragen en dienaangaande rekening en verantwoording af te leggen."

2.5. Gedurende enige tijd heeft onzekerheid bestaan over de vraag of een vordering van de benadeelde tot schadevergoeding kan worden toegewezen naast een vordering tot winstafdracht als bedoeld in art. 27a Aw 1912. Het gevaar van dubbeltelling ligt voor de hand, omdat de winst van de inbreukmaker (de inbreukmaker) tevens de winstderving van de ander (de auteursrechthebbende) kan zijn. In HR 14 april 2000, NJ 2000, 489 m.nt. DWFV(11), werd omtrent de uitleg van deze wettelijke bepaling overwogen:

"Indien, zoals hier, behalve vergoeding van schade bestaande in gedeelde licentievergoedingen tevens afdracht van winst wordt gevorderd, brengt een redelijke, binnen het algemene stelsel van het vermogensrecht passende, uitleg van die bepaling mee dat niet meer dan een bedrag gelijk aan het grootste van die beide bedragen kan worden toegewezen. Dit laat overigens onverlet dat schade van andere aard, niet bestaande in gedeelde winst met betrekking tot de verkochte inbreukmakende producten, wel toewijsbaar kan zijn naast het bedrag van de tengevolge van de inbreuk genoten winst."

2.6. Met de zojuist geciteerde beslissing was het maximum aangegeven dat de rechter kan toewijzen (te weten: niet meer dan het hoogste van de twee: eigen schade of winstafdracht). Daarmee was niet het minimum aangegeven. Anders gezegd: daarmee was nog niet beslist of de auteursrechthebbende recht heeft op afdracht van de winst die de inbreukmaker als gevolg van de inbreuk heeft behaald. Het verschil tussen beide bedragen hangt samen met de commerciële werkelijkheid, die meebrengt dat het ene bedrijf nu eenmaal beter in staat is met de exploitatie van een product of dienst voor te maken dan het andere bedrijf, namelijk door schaalvoordelen, zijn relatiernetwerk, een efficiëntere bedrijfsvoering etc. Het is hierdoor mogelijk dat de inbreukmaker als gevolg van de inbreuk een (veel) hogere winst behaalt dan de winst die de auteursrechthebbende zou hebben behaald indien hij het beschermde werk zelf had geëxploiteerd of een licentie tot exploitatie had verstrekt. Anderzijds mag ook weer niet uit het oog worden verloren dat de winst van de inbreukmaker niet noodzakelijkerwijs de schade van de auteursrechthebbende overtreft.

2.7. Ik heb me even afgevraagd of het probleem te ondervangen is met een vordering tot schadevergoeding uit ongerechtvaardigde verrijking (art. 6:212 BW). Ik meen van niet. Weliswaar is in geval van een auteursrechtinbreuk sprake van een ongerechtvaardigde verrijking aan de zijde van de inbreukmaker wanneer deze winst maakt, maar diens verrijking gaat - zoals hiervoor uiteengezet - niet steeds gepaard met een evenredige materiële verarming aan de zijde van de auteursrechthebbende: de auteursrechthebbende is dikwijls niet in staat door middel van exploitatie van het auteursrecht eenzelfde winst te behalen als de inbreukmaker kan behalen door middel van de inbreuk. De verarming van de auteursrechthebbende bestaat uit zijn vermogensschade (zoals inkomstderving en

eventueel andere vermogensschade); die schade kan hij reeds vergoed krijgen op grond van de onrechtmatige daad, bestaande in de inbreuk op het auteursrecht. Daarnaast lijdt de auteursrechthebbende immaterieel nadeel: hij moet met lede ogen toezien dat een ander 'er met zijn werk vandoor gaat'. Vooralsnog acht ik niet aannemelijk dat dit immaterieel nadeel voor de toepassing van art. 6:212 BW als 'verarming' in aanmerking komt(12).

2.8. Een vordering tot winstafdracht komt ook elders in het intellectueel eigendomsrecht voor. In art. 70 lid 4 Rijksoctrooiwet 1995 is een aan art. 27a Aw 1912 ontleende bepaling opgenomen(13). In het eenvormige Benelux-merkenrecht bepaalde art. 13.A lid 5 BMW dat de merkhouder naast of in plaats van een vordering tot schadevergoeding een vordering kan instellen tot het afdragen van ten gevolge van dit gebruik genoten winst alsmede tot het afleggen van rekening en verantwoording dienaangaande. Indien de rechter van oordeel is dat dit gebruik niet te kwader trouw is of dat de omstandigheden van het geval tot zulk een veroordeling geen aanleiding geven, wijst de rechter de vordering af(14). Het Benelux-verdrag inzake de intellectuele eigendom (merken en tekeningen of modellen) brengt hierin geen verandering(15). De uitleg van het begrip 'winst' in art. 13.A lid 5 BMW was aan de orde in BenGH 24 oktober 2005 (Delhaize/Dior)(16). De term 'winst' moet volgens het Benelux-gerechtshof worden uitgelegd naar het normale spraakgebruik. Dit brengt mee dat wanneer een onderneming een door de merkhouder geproduceerde waar onrechtmatig heeft verkocht, onder 'winst' niet het verschil tussen de verkoopprijs en de aankoopprijs moet worden verstaan, maar de door de onderneming genoten nettowinst, die wordt berekend door niet alleen de aankoopprijs maar ook bepaalde belastingen en kosten van de verkoopprijs af te trekken. Uitsluitend de belastingen en kosten die rechtstreeks samenhangen met de verkoop van de desbetreffende waren komen voor aftrek in aanmerking. Daarbij gaat het, aldus het Benelux-gerechtshof, om de gedachte dat de onderneming die te kwader trouw onrechtmatig van een merk gebruik heeft gemaakt, ontmoedigd dient te worden opnieuw merkinbreuk te plegen.

2.9. Het TRIPs-verdrag verplicht alleen tot toekenning van compensatoire schadevergoeding(17). De mogelijkheid van een vordering tot winstafdracht is uitdrukkelijk overgelaten aan de wetgever in de lidstaten; zie art. 45 lid 2:

"In passende gevallen kunnen de Leden de rechterlijke autoriteiten de bevoegdheid verlenen om invordering van winsten en/of betaling van vooraf vastgestelde schadevergoeding te gelasten, zelfs wanneer de inbreukmaker niet wist of geen redelijke gronden had om te weten dat hij inbreuk pleegde."

2.10. Een rechtstreekse verplichting om de benadeelde een vordering tot winstafdracht te geven is evenmin te vinden in de EG-richtlijn betreffende de handhaving van intellectuele eigendomsrechten(18). Wel bevat deze richtlijn voor ons onderwerp relevante bepalingen

over de vaststelling van schade(19). Artikel 13 van de richtlijn luidt:

"1. De lidstaten dragen er zorg voor dat de bevoegde rechterlijke instanties op verzoek van de benadeelde partij de inbreukmaker die wist of redelijkerwijs had moeten weten dat hij inbreuk pleegde, gelasten de rechthebbende een passende vergoeding te betalen tot herstel van de schade die deze wegens de inbreuk heeft geleden.

De rechterlijke instanties die de schadevergoeding vaststellen:

a. houden rekening met alle passende aspecten, zoals de negatieve economische gevolgen, waaronder winstderving, die de benadeelde partij heeft ondervonden, de onrechtmatige winst die de inbreukmaker heeft genoten en, in passende gevallen, andere elementen dan economische factoren, onder meer de morele schade die de rechthebbende door de inbreuk heeft geleden, of

b. kunnen, als alternatief voor het bepaalde onder a), in passende gevallen de schadevergoeding vaststellen als een forfaitair bedrag, op basis van elementen zoals 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.

2. De lidstaten kunnen bepalen dat de rechterlijke instanties invordering van winsten of betaling van een vooraf vastgestelde schadevergoeding kunnen gelasten, indien de inbreukmaker niet wist of niet redelijkerwijs had moeten weten dat hij inbreuk pleegde."

2.11. In HR 16 juni 2006 (LJN: AU8940) kwam dit vraagstuk aan de orde. In cassatie werd opgekomen tegen een beslissing tot toewijzing van een vordering tot winstafdracht. Het middel behelsde de klacht dat een redelijke uitleg van art. 27 (lees: 27a) Aw 1912 meebrengt dat een vordering tot winstafdracht niet toewijsbaar is indien niet voldoende aannemelijk is geworden dat de auteursrechthebbende door de inbreuk daadwerkelijk verlies heeft geleden of winst heeft gederfd. De Hoge Raad overwoog dienaangaande:

"De klacht onder (a) faalt. Art. 27a Aw, waaraan mede dezelfde gedachte ten grondslag ligt als aan art. 6:104 BW, biedt de auteursrechthebbende de mogelijkheid in geval van inbreuk schadevergoeding te verkrijgen, begroot op het bedrag van de door de inbreukmaker met de inbreuk behaalde winst, juist teneinde de rechthebbende tegemoet te komen indien zijn schade moeilijk aantoonbaar is, maar de aanwezigheid van enige (vorm van) schade aannemelijk is." (rov. 3.5.2).

2.12. Op zichzelf is helder dat art. 27a Aw beoogt de rechthebbende tegemoet te komen indien zijn schade moeilijk aantoonbaar is. Het strookt bovendien met de gedachte in art. 13, lid 1 onder a, van de Richtlijn, dat bij de vaststelling van de schade mede rekening mag worden gehouden met de onrechtmatige winst die de inbreukmaker heeft genoten. Meer moeite heb ik met de juiste uitleg van de tussenzin ("waaraan mede dezelfde gedachte ten grondslag ligt als aan art. 6:104 BW"). Indien hiermee bedoeld zou zijn dat aan de auteursrechthebbende nimmer een hoger bedrag kan

worden toegewezen dan de schade die deze werkelijk heeft geleden (vgl. alinea 2.2 hiervoor), zou deze tussenzin op gespannen voet staan met het amendement-Koetje, dat nu juist beoogde dat naast schadevergoeding ook een vordering tot afdracht van de winst kan worden toegewezen - mits, zo voeg ik toe, ervoor wordt gewaakt dat geen dubbeltelling plaatsvindt (dit laatste vloeit voort uit het arrest van 14 april 2000). De wettekst geeft, wanneer een inbreukmaker winst heeft behaald als gevolg van de inbreuk op het auteursrecht, de auteursrechthebbende in beginsel een aanspraak op de afdracht van die winst, ook al zou die winst het bedrag van de eigen vermogensschade van de auteursrechthebbende overtreffen(20). De verwerping van de bovengenoemde klacht in het arrest van 16 juni 2006 duidt m.i. erop dat de Hoge Raad zich bij deze wettekst heeft aangesloten.

2.13. Subonderdeel 1.1 klaagt dat het hof in rov. 2.4 van het eindarrest heeft miskend dat de rechter, indien daartoe voldoende feiten zijn komen vast te staan, verplicht is de vordering tot winstafdracht toe te wijzen. Voor zover 's hofs oordeel hierop berust dat de door De Boer als gevolg van de inbreuk op het auteursrecht gemaakte winst niet, of niet voldoende nauwkeurig, kan worden berekend, heeft het hof volgens het middelonderdeel miskend dat de door De Boer behaalde winst kan worden geschat en, gelet op het imperatieve karakter, zelfs moet worden geschat mits daartoe voldoende feiten en omstandigheden zijn gesteld en zijn komen vast te staan, althans aannemelijk bevonden.

2.14. Het hof heeft in rov. 2.4 van het eindarrest bewezen geacht dat de 'Sjospel'-actie geen succes is geweest en heeft in het midden gelaten of De Boer winst heeft behaald met de 'Sjospel'-actie, en zo ja, hoeveel. Indien in deze rechtsoverweging het impliciete oordeel wordt gelezen dat de door De Boer als gevolg van de inbreuk op het auteursrecht behaalde winst lager moet zijn geweest dan het (toegewezen) bedrag van de door [eiser] geleden winstderving, en daarom geen onderzoek behoeft, zou [eiser] geen belang hebben bij zijn klacht.

2.15. Ik lees de bestreden rechtsoverweging anders. Het hof heeft onduidelijk geacht of de 'Sjospel'-actie wel of niet tot extra omzet en daarmee tot extra winst voor De Boer heeft geleid. Het hof heeft mitsdien in het midden gelaten of De Boer hiermee winst heeft behaald, en zo ja, hoeveel. Dit in het midden laten brengt mee, dat het cassatiemiddel dient te worden beoordeeld op een hypothetische grondslag, namelijk op basis van de stelling dat De Boer als gevolg van de inbreuk op het auteursrecht een winst heeft behaald die de toegewezen vergoeding voor winstderving overtreft. In een zodanig geval biedt art. 27a Aw de auteursrechthebbende een aanspraak op afdracht van de tengevolge van de inbreuk behaalde winst. Het hof heeft dit miskend, zodat de rechtsklacht slaagt.

2.16. Voor zover het hier bestreden oordeel slechts op de gedachte berust dat het, bij gebreke van de benodigde gegevens, praktisch onmogelijk is de omvang van de door De Boer hiermee behaalde winst vast te stellen, komt de tweede klacht van dit middelonderdeel mij ge-

grond voor. Zonder nadere uitwerking, welke ontbreekt, is ongewis waarop het oordeel is gebaseerd dat elke vorm van winstafdracht achterwege dient te blijven. Het hof heeft vooropgesteld dat het niet-bewaren van de gegevens voor rekening van De Boer dient te komen. Een aantal basisgegevens (aantal ingekochte spellen e.d.) was bekend. Het hof had zich zo nodig kunnen laten voorlichten door deskundigen omtrent de winst die op dit type producten wordt gemaakt, respectievelijk omtrent de extra omzet die uit dit type promotie-acties is te verwachten.

2.17. Na een gegrondbevinding van de vorige klachten behoeft subonderdeel 1.2 geen behandeling meer. Ten overvloede volgt een korte bespreking. In dit subonderdeel wordt geklaagd dat, voor zover in 's hofs overwegingen besloten ligt dat onvoldoende gegevens aanwezig waren om zelfs maar een schatting te maken van de door De Boer als gevolg van de inbreuk behaalde winst, dit oordeel onjuist althans onbegrijpelijk is. In het subonderdeel is een aantal feiten en omstandigheden opgesomd, aan de hand waarvan het hof een schatting van de behaalde winst had kunnen maken.

2.18. De berekening, die [eiser] heeft gemaakt van de zijns inziens door De Boer behaalde winst(21), gaat uit van de gedachte dat 'Ile door De Boer ingekochte 'Sjospellen' aan klanten zijn verkocht, hetzij tegen de winkelwaarde hetzij voor f 2,50 met een bepaald aantal zegels. Voor zover de klacht berust op de veronderstelling dat De Boer deze berekening van [eiser] niet voldoende gemotiveerd heeft betwist, faalt zij bij gebreke van feitelijke grondslag. Voor het overige berust de klacht op het standpunt dat het nauwelijks verschil maakt, of de winst van De Boer nu wordt berekend aan de hand van een verkoopprijs van f 29,95 dan wel aan de hand van het uitgangspunt dat de 'Sjospellen' aan klanten werden verstrekt tegen inlevering van 45 spaarzegels en f 2,50 bijbetaling: tegenover de ingeleverde spaarzegels staat een omzetvermeerdering, die volgens [eiser] kan worden gesteld op 5 %, waarover de gebruikelijke winstmarge kan worden berekend.

2.19. Het hof heeft overwogen dat deze schatting van 5 % te speculatief is. Dit oordeel is voorbehouden aan de rechter die over de feiten oordeelt. Het is niet onbegrijpelijk. Hetzelfde geldt voor de verwerping door het hof van de stelling van [eiser], dat de gemiddelde winstmarge in de detailhandel 100 % bedraagt. Voor zover de klacht ertoe strekt dat onbegrijpelijk is waarom het hof de berekening van [eiser] niet heeft gevolgd, faalt zij dan ook. Voor zover de klacht inhoudt dat het hof, na te hebben beslist dat het de berekening van [eiser] niet kon overnemen, heeft nagelaten zelf een schatting te maken van de extra omzet en de extra winst die De Boer heeft genereerd door de 'Sjospellen' voor spaarzegels en f 2,50,- bijbetaling te verstrekken aan klanten te verstrekken, is zij gegrond om de bij subonderdeel 1.1 besproken redenen.

2.20. In subonderdeel 1.3 wordt - subsidiair - betoogd dat de door het hof gehanteerde argumenten voor het afwijzen van de door [eiser] gemaakte berekening onbegrijpelijk zijn. In de eerste plaats valt volgens het middel niet in te zien waarom een afzet van 30.000 -

50.000 spellen als weinig succesvol is aangemerkt. Voor zover de Hoge Raad hieraan toekomt, faalt deze klacht. Het hof heeft uiteengezet dat het voor De Boer nodig was, extra zegels te geven bij een aantal producten en dat "vele duizenden" exemplaren van het spel zijn overgebleven. Daarmee heeft het hof een begrijpelijke motivering gegeven van zijn oordeel dat de reclame-actie met de zegels en 'Sjopspellen' weinig succesvol is geweest.

2.21. Daarnaast wordt in dit middelonderdeel geklaagd dat de argumentatie niet concludent is, omdat de gestelde 5 % niet ziet op de totale omzet van De Boer, maar op de omzet per gespaard spel: de aanname is, dat de spaarders 5 % meer inkopen deden dan zij gedaan zouden hebben zonder de premie van het 'Sjopspel'. Ook deze klacht faalt. Het bestreden arrest noch de gedingstukken bieden een aanknopingspunt voor de veronderstelling dat het hof dit onderscheid over het hoofd heeft gezien.

2.22. Tenslotte wordt geklaagd dat het hof het verweer van De Boer ontoelaatbaar heeft aangevuld (art. 24 Rv). Volgens het middel heeft De Boer de winstmarge die [eiser] in zijn berekening van de door De Boer behaalde winst heeft gehanteerd, nimmer bestreden. Deze klacht mist m.i. feitelijke grondslag. De Boer heeft, na de wijziging van de eis van [eiser], de door [eiser] gemaakte winstberekening bestreden, waarbij niet alleen de berekeningsmethodiek als zodanig werd aangevochten maar ook is aangevoerd dat in de berekening van [eiser] ten onrechte alleen met directe productiekosten rekening is gehouden en niet met indirecte kosten(22). Het hof heeft hierin een betwisting door De Boer van de door [eiser] gehanteerde winstmarge mogen lezen.

2.23. Subonderdeel 1.4 herhaalt de klacht dat het hof, zo het de door [eiser] gemaakte winstberekening niet wilde aanvaarden, ten minste een eigen schatting had moeten maken van de door De Boer behaalde winst als gevolg van de inbreuk. Deze klacht behoeft na het voorgaande geen afzonderlijke bespreking.

2.24. Onderdeel 2 richt een motiveringsklacht tegen rov. 2.10. Het hof heeft beslist dat de proceskosten in eerste aanleg, in hoger beroep en in het geding na verwijzing worden gecompenseerd, nu de vorderingen van [eiser] slechts voor een beperkt deel zijn toegewezen. In het middelonderdeel wordt primair aangevoerd, dat indien middelonderdeel 1 slaagt, dit ook gevolgen moet hebben voor de beslissing over de proceskosten. Dat is juist. In zoverre deelt dit onderdeel het lot van onderdeel 1.

2.25. Subsidiair wordt in onderdeel 2 geklaagd dat de beslissing om de proceskosten te compenseren onbegrijpelijk is zonder nadere motivering, welke ontbreekt. De klacht vermeldt dat alle vorderingen van [eiser] waren gegrond op een inbreuk op het auteursrecht die in dit geding uiteindelijk is komen vast te staan. Van de diverse, door [eiser] ingestelde vorderingen is in ieder geval de vordering tot schadevergoeding toegewezen. De vordering tot rekening en verantwoording lag op zich voor toewijzing gereed, maar is uiteindelijk niet toegewezen nu De Boer de desbetreffende gegevens niet heeft bewaard. De afwijzing van de gevorderde

winstafdracht is volgens [eiser] ten onrechte geschied, in welk verband [eiser] naar onderdeel 1 verwijst. Slechts door de lange duur van de procedure bleek toewijzing van de overige vorderingen (te weten: een verbod van verdere inbreuk en aanvullende schadevergoeding, op te maken bij staat) niet langer aangewezen. Dit neemt volgens het middelonderdeel niet weg dat destijds het instellen van deze vorderingen gerechtvaardigd was.

2.26. Aangenomen dat de Hoge Raad aan deze klacht toekomt, behoort zij te worden verworpen. Voorop staat dat de wetgever de rechter de bevoegdheid heeft verleend om proceskosten te compenseren indien partijen over en weer op enkele punten in het ongelijk zijn gesteld; zie art. 237 lid 1 Rv. Aan deze wettelijke voorwaarde is in dit geding voldaan: een gedeelte van de vorderingen is wel toegewezen, een ander gedeelte niet.

2.27. Bij de beslissing, welke partij kan worden aangemerkt als 'in het ongelijk gesteld', komt het in beginsel aan op een vergelijking van de vordering (het petitum) met hetgeen uiteindelijk door de rechter is toegewezen. Niet beslissend is of bepaalde ten processe aangevoerde argumenten door de rechter zijn aanvaard of verworpen(23). Getoetst aan deze maatstaf, is de beslissing tot compensatie van de proceskosten niet onbegrijpelijk: slechts een gedeelte van de door [eiser] ingestelde vorderingen is toegewezen.

2.28. Aan de steller van het middel kan worden toegegeven, dat deze regels voor de proceskostenveroordeling niet behoeven te worden toegepast als ware het een wet van Meden en Perzen. Uit de rechtspraak over de hoofdregel van art. 237 Rv(24) dat de in het ongelijk gestelde partij in de kosten wordt veroordeeld, kan worden afgeleid dat de rechter met een globale beoordeling mag volstaan. Indien bijvoorbeeld 95 % van het gevorderde bedrag is toegewezen, mag de rechter de veroordeelde gedaagde beschouwen als degene die 'in wezen' of 'in hoofdzaak' in het ongelijk is gesteld(25); de rechter behoeft in dit voorbeeld niet de proceskosten gedeeltelijk te compenseren (95 / 5 %).

2.29. Voor zover het middelonderdeel bedoelt dat onbegrijpelijk is waarom het hof De Boer niet heeft beschouwd als de - ten minste op hoofdpunten - in het ongelijk gestelde partij, leidt de klacht niet tot cassatie: de waardering hiervan is voorbehouden aan het hof als rechter die over de feiten oordeelt. De uitkomst is niet onbegrijpelijk wanneer het petitum met het dictum van het toewijzend vonnis wordt vergeleken. De bewering dat de proceskosten zijn opgelopen doordat De Boer in het stadium na verwijzing een nieuw verweer heeft opgeworpen, dat tot een nader feitenonderzoek en uiteindelijk tot verwerping van dat verweer heeft geleid, brengt hierin geen verandering. Overigens heeft de rechter steeds een mogelijkheid om nodeloos gemaakte kosten - ongeacht de uitkomst van het geschil - voor rekening te brengen van de partij die deze heeft veroorzaakt. Klaarblijkelijk heeft het hof geen aanleiding gezien van deze bevoegdheid gebruik te maken.

2.30. Met het oog op de toekomst kan tot slot nog worden gewezen op een voorgesteld nieuw art. 1019h Rv, dat tot implementatie van de in alinea 2.9 genoemde Richtlijn strekt(26).

3. Conclusie

De conclusie strekt tot vernietiging van het bestreden arrest en tot verwijzing van de zaak naar een ander gerechtshof.

Noten bij Conclusie A.-G.

1 Het arrest is ook gepubliceerd in Informatierecht/AMI 2000, blz. 89 e.v. m.nt. F.W. Grosheide.

2 Ik zal niet gedetailleerd ingaan op deze kwestie, nu zij in cassatie geen rol meer speelt.

3 Zie pleitnota zijdens [eiser] van 17 juni 2002, blz. 11-12.

4 Over de proceskosten in het eerste cassatieberoep had de Hoge Raad al een beslissing genomen.

5 Zie over dit onderwerp: A.J. Verheij, Punitive damages, immateriële schade en fundamentele rechtsbeginselen, *Ars Aequi* 1997 p. 71-81; A.T. Bolt en J.A.W. Lensing, *Privaatrechtelijke boete*, preadvies Ned. Ver. voor Rechtsvergelijking 1993; C.J.J.C. van Nispen, *Sancties in het vermogensrecht*, Mon. NBW A-11, 2003. Punitive damages worden doorgaans verklaard vanuit een preventieve functie van het onrechtmatige daadsrecht. Dit wil niet zeggen dat elke verplichting tot schadevergoeding uit hoofde van onrechtmatige daad de benadeelde tevens aanspraak geeft op winstafdracht. Internationaal wordt aan schadevergoeding, naast een compensatoire functie, een preventieve functie toegekend. Zie bijv. art. 10:101 van de *Principles of European Tort Law*: "Damages are a money payment to compensate the victim, that is to say, to restore him, so far as money can, to the position he would have been in if the wrong complained of had not been committed. Damages also serve the aim of preventing harm." De *Principles* verplichten niet tot winstafdracht; de toelichting wijst wel op de bestaande vorderingen tot winstafdracht bij inbreuk op intellectuele eigendom; *European Group on Tort Law, Principles of European Tort Law, Text and Commentary*, 2005 (ISBN-10 3-211-23084-X), blz. 152.

6 Art. 43 lid 3 ROW: "In plaats van schadevergoeding kan worden gevorderd, dat de gedaagde veroordeeld wordt de door de inbreuk genoten winst af te dragen en dienaangaande rekening en verantwoording af te leggen; indien de rechter evenwel van oordeel is, dat de omstandigheden van het geval tot zulk een veroordeling geen aanleiding geven, zal hij de gedaagde tot schadevergoeding kunnen veroordelen." Zie over dit voorschrift: HR 9 november 1990, NJ 1991, 169 m.nt. DWFV.

7 Kamerstukken II 1974/75, 13 209 (R 967), nr. 3, blz. 58-59.

8 Uit de MvT: "De aan de maker of zijn rechtverkrijgenden toekomstige vordering tot schadevergoeding behoeft in de praktijk niet altijd doeltreffend te zijn, aangezien de schade soms moeilijk is vast te stellen. (...) Een en ander kan ertoe leiden dat de inbreukmaker de door hem onrechtmatig genoten winst geheel of ge-

deeltelijk kan behouden. In verband hiermee wordt voorgesteld om de maker of zijn rechtverkrijgenden naar analogie van artikel 43 Rijksoctrooiwet de mogelijkheid te geven om in plaats van schadevergoeding afdracht van de door de inbreuk genoten winst te vorderen. De rechthebbende ziet zich bij deze laatste vordering niet geplaagd voor de problemen die zich kunnen voordoen bij een vordering tot vergoeding van de geleden schade. De rechthebbende is bij deze vordering immers niet gehouden de door hem geleden schade te bewijzen. De inbreukmaker zal rekening en verantwoording moeten afleggen van de door hem als gevolg van de inbreuk gemaakte winst." (Kamerstukken II 1986/87, 19 921, nr. 3, blz. 9).

9 Kamerstukken II, 1987/88, 19 921, nr. 11.

10 Per 1 oktober 1989. In de feitelijke instanties is door partijen kort gestreden over de vraag of dit artikel temporeel wel van toepassing is: de beweerdelijke inbreuk is gedeeltelijk vóór die datum begaan. Zie akte uitlating producties (De Boer) d.d. 7 mei 1997, punt 13, en de reactie daarop van de zijde van [eiser], conclusie na verwijzing, punt 15 (kort samengevat: ook na 1 oktober 1989 zou het beschermde werk nog door De Boer zijn verhandeld). Nadien is deze kwestie uit het zicht verdwenen. Het hof heeft zonder meer aangenomen dat art. 27a Auteurswet 1912 van toepassing is; in cassatie is daarover niet geklaagd.

11 Zie ook: AMI 2000, 134 m.nt. T.E. Deurvorst.

12 Zie over de vereisten van verrijking en verarming: Asser-Hartkamp, 4-III, 2006, nrs. 354-355. Nu in het onderhavige geding geen beroep is gedaan op ongerechtvaardigde verrijking, volsta ik met deze korte aantekening.

13 "Naast schadevergoeding kan worden gevorderd, dat de gedaagde veroordeeld wordt de door de inbreuk genoten winst af te dragen en dienaangaande rekening en verantwoording af te leggen; indien de rechter evenwel van oordeel is, dat de omstandigheden van het geval tot zulk een veroordeling geen aanleiding geven, zal hij de gedaagde tot schadevergoeding kunnen veroordelen."

14 Zie ook art. 14 lid 3 eenvormige Beneluxwet inzake tekeningen of modellen en art. 16 van de Wet op de naburige rechten.

15 Trb. 2005, 96; zie art. 2.21 lid 2 m.b.t. de merkhouders resp. art. 3.17 lid 2 m.b.t. tekeningen of modellen.

16 Zaak A 2004/5, *Jurisprudentie/jurisprudence* 2005, blz. 34 e.v.

17 Trb. 1995, 130. Art. 45 lid 1: "De rechterlijke autoriteiten hebben de bevoegdheid de inbreukmaker te gelasten aan de houder van het recht een toereikende schadevergoeding te betalen ter compensatie van de schade die de houder van het recht heeft geleden (...)"

18 Richtlijn 2004/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004, Pb EG L 157 resp. L 195. De implementatietermijn van deze richtlijn is op 29 april 2006 verstrekken.

19 De considerans van de Richtlijn vermeldt onder 26 onder meer: "De bedoeling is niet een verplichting te introduceren om te voorzien in een niet-compensatoire schadevergoeding, maar wel schadeloosstelling moge-

lijk te maken die op een objectieve grondslag berust (...)"

20 Vgl. Spoor/Verkade/Visser, Auteursrecht, 2005, blz. 504: "Als de eiser winstafdracht wil, moet de rechter die toewijzen."

21 Zie de pleitnota namens [eiser] d.d. 17 juni 2002.

22 Akte uitlating producties d.d. 7 mei 1997, punt 13; pleitnota aan de zijde van Laurus N.V. d.d. 17 juni 2002, punten 4.4 - 4.8.

23 Vgl. mijn ambtgenoot Verkade in (alinea 3.19 van) zijn conclusie voor HR 31 januari 2003, LJN: AF1305.

24 Voorheen art. 56 (oud) Rv. Zie i.h.a. over compensatie van proceskosten: losbl. Burgerlijke Rechtsvordering, aant. 8 op art. 237 (E.J. Numann).

25 Vgl. HR 8 mei 1998, NJ 1998, 640; HR 10 september 1985, NJ 1986, 199.

26 Het voorgestelde artikel luidt: "Voor zover nodig in afwijking van de tweede paragraaf van de twaalfde afdeling van de tweede titel van het eerste Boek en in afwijking van artikel 843a, eerste lid, wordt de in het ongelijk gestelde partij desgevorderd veroordeeld in redelijke en evenredige gerechtskosten en andere kosten die de in het gelijk gestelde partij heeft gemaakt, tenzij de billijkheid zich daartegen verzet." Deze bepaling kan gevolgen hebben voor de hoogte van de te liquideren proceskosten (zie daarover: D.J.G. Visser, in AMI 2006, blz. 17).