

Rb Middelburg, 17 maart 2010, Microsoft



## AUTEURSRECHT – MERKENRECHT

### Geen toestemming tot verveelvoudigen van software en gebruik Certificate of Authenticity

- In rechte moet het ervoor worden gehouden dat [gedaagde] in ieder geval geen officiële toestemming heeft verkregen van Microsoft voor het verveelvoudigen van de software van Microsoft (door deze op door hem te verkopen computers te installeren en door deze op DVD's te branden) en voor het van een COA-sticker voorzien van die computers en/of DVD's.

Dat die COA's daadwerkelijk van Microsoft afkomstig zijn geweest en dat [gedaagde] naar zijn zeggen daar een hoge prijs voor heeft betaald, doet aan een en ander niet af. Een COA is immers, zoals hiervoor overwogen, niet als een licentie aan te merken en evenmin is een COA bedoeld voor losse verkoop. Dat Microsoft niet gedetailleerd heeft uiteengezet hoe die COA's in het verkeer terecht kunnen zijn gekomen, zoals [gedaagde] heeft aangevoerd, is dan ook voor de beoordeling van de onrechtmatigheid van het handelen van [gedaagde] niet relevant. [...].

De conclusie uit het vorenstaande luidt dat het zonder toestemming van Microsoft verkopen van computers, waarop een besturingssysteem van Microsoft is geïnstalleerd, en waarop een COA-sticker is aangebracht, onder meelevering van een zelfgebrande kopie-DVD van het computerprogramma (dus zonder meelevering van het origineel van het exemplaar van het computerprogramma, waarvan de COA de echtheid beoogt te garanderen) onrechtmatig is.

### Toerekenbare inbreuk: onderzoeksplicht

- Van een handelaar in computers mag worden verwacht dat hij zich ervan bewust is dat op de software waarmee hij werkt auteurs- en merkrecht rust.

Alvorens de door hem van CTC aangeschafte COA-stickers te gaan gebruiken, had [gedaagde] zich er dan ook van moeten vergewissen dat hem dit door Microsoft werd toegestaan (anders gezegd: dat hem daartoe licentie werd verleend). [gedaagde] heeft zich kennelijk niet, althans niet afdoende, vergewist van de visie van Microsoft op dit punt. Dit moet hem worden toegerekend.

### Schade begroot op €60.000

- De rechtbank zal dan ook van een licentiewaarde van 80 euro per softwarepakket uitgaan. Rekening

houdend met een veronderstelde kostprijs van enkele euro's per product, zal zij de schade aan de zijde van Microsoft begrooten op €60.000,--.

Vindplaatsen: LJN: [BO3809](#)

Rb Middelburg, 17 maart 2010

(H.A. Witsiers)

Sector civiel recht

zaaknummer / rolnummer: 61526 / HA ZA 08-74

Vonnis van 17 maart 2010

in de zaak van

de rechtspersoon naar het recht van de staat Washington, Verenigde Staten van Amerika, MICROSOFT CORPORATION, gevestigd en kantoorhoudende te Redmond, Washington (V.S.), eiseres, advocaat: mr. C.J. IJdema te Middelburg, tegen

[gedaagde], handelende onder de naam [A.], tevens handelende onder de naam [B.], wonende en kantoorhoudende te [woonplaats], gemeente Hulst, gedaagde, advocaat mr. R.M.A. Lensen te Terneuzen.

### De procedure

Het verloop van de procedure blijkt uit:

- het tussenvonnis van 21 januari 2009,
- het proces-verbaal van comparitie van 23 maart 2009.

### De feiten

Microsoft is auteursrechthebbende op diverse computerprogramma's in diverse versies en talen, waaronder de programma's Microsoft Windows en Microsoft Office en op de op deze computerprogramma's betrekking hebbende handleidingen en sjablonen. Tevens is zij houdster van het merk Microsoft, dat onder verscheidene klassen is ingeschreven bij het Benelux Merkenbureau.

2.2. [gedaagde] voert onder de naam [A.] (en ook onder de naam [B.]) een eenmanszaak. Hij houdt zich sinds enkele jaren in hoofdzaak bezig met de assemblage en de verkoop van personal computers aan bedrijven en particulieren.

2.3. Microsoft levert bij haar software een zogenaamd Echtheidscertificaat (een Certificate of Authenticity: hierna te noemen een COA) dat de echtheid van het computerprogramma waarmee het wordt gedistribueerd, garandeert en waarmee wordt beoogd originele en van Microsoft afkomstige computerprogramma's te kunnen onderscheiden van gekopieerde of vervalste computerprogramma's.

2.4. [gedaagde] heeft op verscheidene data in de jaren 2006 en 2007 in totaal 830 losse COA-stickers gekocht van Computer Trading Company BV (nader: CTC) te Utrecht. Hij betaalde daar per COA €43,50 voor (en vanaf november 2006 €42,50). Die aankopen werden steeds verricht door de (voormalige) inkoopmedewerker van [gedaagde], [C.].

2.5. Toen [gedaagde] omstreeks mei 2007 door Microsoft werd benaderd heeft hij van voormelde 830 COA's 30 stuks afgegeven aan Microsoft. Ook heeft hij Microsoft toen openheid verschaft met betrekking tot de vraag hoe hij in het bezit is gekomen van de COA's, de prijs die hij daarvoor heeft betaald en dergelijke.

2.6. Microsoft heeft op 11 mei 2007 ten laste van [gedaagde] conservatoir derdenbeslag gelegd onder de ABN AMRO.

#### Het geschil

Na vermeerdering van haar eis bij akte van 20 februari 2008 vordert Microsoft, bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad, [gedaagde]:

I. te bevelen met ingang van de datum van betekening van het ten deze te wijzen vonnis, iedere openbaarmaking en/of verveelvoudiging van de computerprogramma's Microsoft Windows en Microsoft Office alsmede van de in de dagvaarding bedoelde Echtheidscertificaten, waaronder begrepen maar niet beperkt tot het in voorraad houden, te koop aanbieden, verkopen en/of leveren van Microsoft Windows, waardoor inbreuk wordt gemaakt op de aan Microsoft toekomende auteursrechten en merkrechten, of handelingen die anderszins onrechtmatig zijn jegens Microsoft te staken en gestaakt te houden;

II. te bevelen om binnen vijf dagen na betekening van het ten deze te wijzen vonnis aan de raadsman van Microsoft schriftelijk en gedetailleerd opgave te doen van:

- het aantal bij [gedaagde] aanwezige computerprogramma's en Echtheidscertificaten die inbreuk maken op de aan Microsoft toekomende auteursrechten en/of merkrechten,

- de wijze waarop [gedaagde] de inbreukmakende computerprogramma's en Echtheidscertificaten heeft verkregen en, indien deze intern zijn gekopieerd,

- namen en adressen van de personen en/of bedrijven van wie [gedaagde] deze inbreukmakende computerprogramma's en/of Echtheidscertificaten heeft verkregen, een en ander onder overlegging van facturen en/of andere deugdelijke bewijsstukken;

III. te bevelen om binnen twee dagen na betekening van het te dezen te wijzen vonnis de bij [gedaagde] aanwezige computerprogramma's en Echtheidscertificaten die inbreuk maken op de aan Microsoft toekomende auteursrechten en/of merkrechten aan de raadsman van Microsoft ter vernietiging c.q. ter onbruikbaarmaking af te geven, alsmede deze, voor zover voorkomend op een harde schijf van een bij [gedaagde] aanwezige personal computer, binnen dezelfde termijn op kosten van gedaagde te wissen in de aanwezigheid van een deurwaarder en een door hem aan te wijzen informaticadeskundige;

IV. te bevelen om binnen vijf dagen na betekening van het te dezen te wijzen vonnis aan de raadsman van Microsoft op te geven welke afnemers (zowel zakelijk als privé) [gedaagde] personal computers met daarop onrechtmatig geïnstalleerde computerprogramma's of voorzien van dvd's waarop onrechtmatig genoemde computerprogramma's zijn gebracht, heeft verkocht en/of geleverd, onder vermelding van naam en adres en met opgave van aantallen per afnemer en onder overlegging van facturen of andere bewijsstukken;

V. te bevelen om binnen vijf dagen na betekening van het ten deze te wijzen vonnis aan alle afnemers een brief te verzenden – met de tekst, zoals in de dagvaarding weergegeven, althans een brief met zodanige tekst als door de rechtbank in goede justitie te bepalen – on-

der toezending van het ten deze te wijzen vonnis met gelijktijdige verzending van een kopie aan de raadsman van Microsoft,

VI. te veroordelen om aan Microsoft ten titel van dwangsom te betalen een bedrag van € 1.000,00 per overtreding van een van de hiervoor onder I tot en met V genoemde bevelen, dan wel, naar keuze van Microsoft, voor iedere dag – een gedeelte van een dag daaronder begrepen – dat [gedaagde] in strijd met enig bovengenoemd bevel handelt, dan wel, eveneens naar keuze van Microsoft, voor ieder computerprogramma en Echtheidscertificaat ten aanzien waarvan [gedaagde] geheel of gedeeltelijk in strijd met één van de hiervoor onder I tot en met V bedoelde bevelen handelt;

VII. te bevelen om binnen dertig dagen na betekening van het te dezen te wijzen vonnis aan de raadsman van Microsoft rekening en verantwoording af te leggen van de winst die [gedaagde] ten gevolge van de in de dagvaarding bedoelde auteursrechtinbreuk heeft genoten;

VIII. te veroordelen om aan Microsoft de winst zoals bedoeld onder VII binnen dertig dagen na betekening van het te dezen te wijzen vonnis af te dragen, dan wel, ter keuze van Microsoft, [gedaagde] te veroordelen om aan Microsoft te vergoeden de door Microsoft geleden schade ad € 96.000,00, te vermeerderen met de wettelijke rente over het toe te wijzen bedrag vanaf de dag der dagvaarding tot die der algehele voldoening;

IX. te veroordelen om aan Microsoft te vergoeden de redelijke en evenredige buitengerechterlijke en gerechtelijke kosten gemaakt in het kader van deze procedure (tot en met 12 februari 2008 ad € 17.815,72), te vermeerderen met de wettelijke rente over het toe te wijzen bedrag vanaf de dag der dagvaarding tot die der algehele voldoening.

3.2. Microsoft baseert haar vordering op een door [gedaagde] ten opzichte van haar gepleegde onrechtmatige daad, meer in het bijzonder: handelen in strijd met de auteurs- en merkrechten van Microsoft. [gedaagde] heeft namelijk – zo heeft Microsoft na een tip aan de hand van een testaankoop vastgesteld - zonder de vereiste toestemming van Microsoft computerprogramma's, waarvan Microsoft auteursrechthebbende is en welke waren voorzien van de merken van Microsoft, in het economisch verkeer gebruikt, openbaar gemaakt en verveelvoudigd, een en ander door die computerprogramma's te installeren op door hem ([gedaagde]) verkochte computers. Bovendien heeft [gedaagde] die computerprogramma's op dvd's gebrand, welke dvd's waren voorzien van onder meer de merken van Microsoft. Deze dvd's heeft hij vervolgens aan derden ter beschikking gesteld. Om de aldus zonder toestemming van Microsoft vervaardigde (inbreukmakende) kopieën een zweem van echtheid te geven, heeft [gedaagde] los zogenaamde 'echtheidscertificaten' meegeleverd. Die certificaten, die bovendien zonder toestemming van Microsoft in de Europese Economische Ruimte zijn geïmporteerd – zijn niet bedoeld, en mogen ook niet worden gebruikt, om onbevoegdlijk vervaardigde kopieën als van Microsoft afkomstig te doen lijken.

3.3. Microsoft stelt dat [gedaagde] in 2006 en 2007 minstens 830 losse echtheidscertificaten betreffende Windows XP Home heeft gekocht van CTC voor een totaalbedrag van € 42.408,08, inclusief btw. Van die certificaten heeft hij er 30 aan Microsoft overhandigd. Tengevolge van de door [gedaagde] gepleegde onrechtmatige daad heeft Microsoft schade geleden in de vorm van misgelopen royaltyvergoedingen, reputatieschade en schade als gevolg van verwatering van haar auteurs- en merkenrechten. Microsoft begroot haar schade op  $800 \times € 80,00$  (licentiewaarde per COA)  $\times 1,5$  de licentiewaarde, ofwel op een bedrag van € 96.000,00. Voorts stelt zij in het kader van deze procedure redelijke en evenredige buitengerechterechte en gerechtelijke kosten te hebben gemaakt tot een totaalbedrag van – berekend tot en met 12 februari 2008 – € 17.815,72. Die kosten komen op grond van artikel 1019h Rv volledig voor rekening van [gedaagde], aldus Microsoft.

3.4. [gedaagde] voert verweer. Hij betwist dat hij – waar het door hem van CTC verkregen en verder door hem aan zijn afnemers verhandelde producten betreft – enige inbreuk op een aan Microsoft toekomend auteursrecht heeft gemaakt. Hij meent dat Microsoft dat ook niet heeft aangetoond. In dat verband wijst [gedaagde] erop dat de betreffende COA's daadwerkelijk van Microsoft afkomstig waren. Daarmee heeft Microsoft in de markt het beeld doen ontstaan dat afnemers zoals hij ([gedaagde]), door en met verkrijging van een dergelijk COA, hunnerzijds gerechtigd waren in de verhouding tot Microsoft, om de Microsoft programmatuur op de door hen aan derden te leveren hardware te installeren, althans dat hij ([gedaagde]) daarvan redelijkerwijs mocht uitgaan. [gedaagde] stelt niet te hebben geweten dat de levering door derden van COA's niet gebaseerd was op toestemming van Microsoft in het geval deze certificaten eventueel los werden verkregen. Hij heeft immers voor die COA's een zodanig hoog bedrag betaald dat hij niet behoefde te vermoeden dat met die losse verkoop inbreuk op enig auteursrecht of merkenrecht werd gemaakt. Microsoft laat ook na toe te lichten hoe die COA's bij [gedaagde] (en ook bij anderen) in het verkeer terecht zijn kunnen komen. Het is zeer wel denkbaar – en [gedaagde] gaat daarvan ook uit – dat Microsoft de COA's op een rechtmatige wijze buiten de Europese Economische Ruimte in het verkeer heeft doen komen, waarna die COA's vervolgens ook op een even zo rechtmatige wijze binnen die Europese Economische Ruimte zijn kunnen komen. [gedaagde] betwist voorts dat hij zich schuldig heeft gemaakt aan inbreuk op een aan Microsoft toekomend merkrecht. Microsoft heeft die stelling ook niet, althans niet voldoende onderbouwd, aldus [gedaagde].

3.5. Wat betreft de door Microsoft gevorderde schadevergoeding voert [gedaagde] eveneens verweer. Hij stelt primair dat de voor een verplichting tot schadevergoeding respectievelijk winstafdracht vereiste toerekenbaarheid (zie art 6:162 BW) ontbreekt. Hij handelde immers volkomen te goeder trouw. [gedaagde] wijst er in dat verband op dat hij niet is aan te merken als een professionele exploitant van werken

van Microsoft en dat hij is afgegaan op een aanbod van een – vanuit zijn perspectief, en gelet op de ervaringen van zijn inkoper Ten Seldam met dit bedrijf – als betrouwbaar aan te merken derde in de markt. [gedaagde] stelt voorts (subsidiar) dat hij door Microsoft zelf op het verkeerde been is gezet, zodat de schadevergoedingsvorderingen van Microsoft dienen af te stuiten op eigen schuld in de zin van artikel 6:101 BW, dan wel op het geven van impliciete toestemming of het wekken van de toerekenbare schijn daartoe, waarop Microsoft niet meer kan terugkomen. Ook toerekening van de schade in de zin van artikel 6:98 BW is niet mogelijk. Dat geldt in ieder geval voor de elementen 'verwatering' en 'reputatieschade', welke posten niet zijn aangetoond door Microsoft. Bij een toerekening naar redelijkheid van de door Microsoft ingeroepen royaltyvergoedingen dient wat [gedaagde] betreft in ogenschouw te worden genomen dat hij zelf reeds bedragen van respectievelijk € 42,50 en € 43,50 heeft voldaan voor de verwerving van CTC van de (gewraakte) zaken. Meer subsidiar beroept [gedaagde] zich op artikel 6:109 BW. Hij verzoekt de gevorderde schadevergoeding te matigen. Daartoe verwijst hij naar de onaanvaardbare gevolgen van die schadevergoeding, zowel in het algemeen (de concrete feiten en omstandigheden waaronder de COA's in het verkeer zijn gekomen) als in concreto (de desastreuze effecten die toewijzing van de vorderingen van Microsoft zal hebben voor de continuïteit van zijn onderneming). Voorts voert [gedaagde] met betrekking tot de door Microsoft gevorderde schadevergoeding aan dat Microsoft – in strijd met de [uitspraak van de Hoge Raad in de zaak Danestyle/HBS \(NJ 2000/489\)](#) – zowel vergoeding van (een gecorrigeerde) royalty-vergoeding vordert als winstafdracht. Cumulatie van die sporen is niet mogelijk. Bovendien is voor winstafdracht slechts aanleiding ingeval sprake is van een inbreukmaker te kwader trouw. Microsoft stelt – terecht – niet dat [gedaagde] zich als zodanig kwalificeert. Tot slot bestrijdt [gedaagde] dat hij 800 pakketten heeft verhandeld en dat uitgegaan zou moeten worden van een licentiewaarde van € 80,--, waarop een factor van 1,5 zou moeten worden toegepast. Voor toewijzing van buitengerechterechte kosten als door Microsoft gevorderd, acht [gedaagde] geen plaats.

#### **De beoordeling**

4.1. Allereerst stelt de rechtbank ter voldoening aan het bepaalde in artikel 4.6. van het Benelux-verdrag inzake de intellectuele eigendom (merken en tekeningen of modellen) haar bevoegdheid vast met betrekking tot de gestelde merkinbreuk, op grond van het feit dat [gedaagde] woonachtig is binnen het arrondissement Middelburg.

4.2. De vordering van Microsoft terzake het staken en gestaakt houden van de inbreuk op de auteurs- en merkenrechten van Microsoft (vgl overweging 3.1. onder I) en de vordering van Microsoft tot het doen van opgave omtrent de wijze van verkrijging van (onder meer) de COA's (vgl overweging 3.1. onder II) kunnen niet worden toegewezen. Tussen partijen staat immers vast dat [gedaagde] in mei 2007, toen hij door Microsoft

werd benaderd met de stelling dat sprake was van inbreukmakende handelingen, alle nog in zijn bezit zijnde COA's aan Microsoft heeft afgegeven, dat hij toen onmiddellijk is gestopt met het gebruik van die COA's en dat hij Microsoft toen spontaan en uitgebreid toegelicht heeft hoe hij in het bezit is gekomen van de COA's, de prijs die hij daarvoor heeft betaald, hoe hij bij de verkoop tewerk is gegaan et cetera. Microsoft heeft dan ook geen belang meer bij deze vorderingen. In het licht van de hiervoor bedoelde coöperatieve opstelling van [gedaagde], heeft Microsoft onvoldoende gesteld om vast te kunnen stellen dat zij nog wel belang heeft bij haar in overweging 3.1. onder III genoemde vorderingen. In rechte moet het er daarom voor worden gehouden dat Microsoft ook daar geen belang meer bij heeft. Ook die vorderingen zullen daarom worden afgewezen.

4.3. De rechtbank zal eerst beoordelen of sprake is (geweest) van inbreuk op een aan Microsoft toekomend auteurs- en/of merkrecht. Zij stelt daarbij voorop dat de vraag naar de toerekenbaarheid van een eventuele inbreuk alleen van belang is voor de – later te bespreken – kwestie van de toewijsbaarheid van de gevorderde schadevergoeding.

4.4. Het auteursrecht geeft volgens de definitie van artikel 1 Auteurswet (nader: Aw) de exclusieve bevoegdheid aan de maker van het werk, dan wel diens rechtverkrijgenden, het werk (in dit geval de betreffende computerprogramma's) openbaar te maken en te verveelvoudigen. Dit uitsluitende recht gaat grotendeels op in de negatieve bevoegdheid derden te beletten de aan de auteursrechthebbende voorbehouden handelingen (het openbaar maken en de verveelvoudiging van het werk) te verrichten, met als positief complement de bevoegdheid derden toe te staan die handelingen onder bepaalde voorwaarden te verrichten.

4.5. In de onderhavige zaak draait het in de kern om de vraag of het [gedaagde] geoorloofd was om computers te verkopen, waarop door hem het besturingssysteem van Microsoft was geïnstalleerd, en waarop door hem een COA-sticker was aangebracht, onder meelevring van een zelfgebrande kopie-DVD van het computerprogramma, een en ander dus zonder meelevring van het origineel van het exemplaar van het computerprogramma, waarvan de COA-sticker de echtheid beoogt te garanderen.

4.6. Microsoft heeft niet – althans onvoldoende – weersproken gesteld dat zij geen losse COA-stickers in het verkeer brengt. Haar besturingssystemen voor computers worden maar op twee manieren geleverd. De ene manier is een (origineel) besturingssysteem dat al op de computer is geïnstalleerd (OEM). De COA bevindt zich dan op de computer en de afnemer ontvangt een handleiding en een licentieovereenkomst, terwijl dan ook meestal een recovery cd-rom wordt meegeleverd die kan worden gebruikt als de computer is gecrasht. De andere manier betreft levering van een zogenaamd full package product (FFP). Zo'n FPP wordt los geleverd en bestaat uit een cd-rom, een boekje en een COA.

4.7. De rechtbank neemt – nu [gedaagde] dat ook niet, althans onvoldoende, heeft betwist – als uitgangspunt

dat COA's zijn bedoeld om de echtheid van de geleverde software te garanderen en dat zij niet als een licentie zijn te beschouwen. Een COA wordt immers door of vanwege Microsoft steeds in combinatie met een handboek, de licentieovereenkomst en de software (al dan niet geïnstalleerd op een computer) in het verkeer gebracht en is niet bedoeld om los verhandeld te worden. In dat verband is ook van belang dat niet is gesteld of gebleken welk doel gediend zou worden met het verhandelen van losse COA's, anders dan het faciliteren van de handel in illegale software. Met een COA wordt het immers mogelijk ongeautoriseerde kopieën of niet van Microsoft afkomstige software als van Microsoft afkomstig voor te wenden.

4.8. [gedaagde] stelt dat hij zich, vóórdat hij de COA-stickers bij CTC kocht, heeft geïntereerd op de vraag of dat zo wel kon en dat hij toen ook contact heeft gehad met Microsoft. Nu hij echter niet heeft aangegeven tot welke conclusies hij in het kader van zijn oriëntatie is gekomen en evenmin wat hem in dat beweerdelijke contact met Microsoft met betrekking tot het gebruik van losse COA-stickers is gezegd, zal dat verweer als onvoldoende onderbouwd worden verworpen. In rechte moet het ervoor worden gehouden dat [gedaagde] in ieder geval geen officiële toestemming heeft verkregen van Microsoft voor het verveelvoudigen van de software van Microsoft (door deze op door hem te verkopen computers te installeren en door deze op DVD's te branden) en voor het van een COA-sticker voorzien van die computers en/of DVD's. Dat die COA's daadwerkelijk van Microsoft afkomstig zijn geweest en dat [gedaagde] naar zijn zeggen daar een hoge prijs voor heeft betaald, doet aan een en ander niet af. Een COA is immers, zoals hiervoor overwogen, niet als een licentie aan te merken en evenmin is een COA bedoeld voor losse verkoop. Dat Microsoft niet gedetailleerd heeft uiteengezet hoe die COA's in het verkeer terecht kunnen zijn gekomen, zoals [gedaagde] heeft aangevoerd, is dan ook voor de beoordeling van de onrechtmatigheid van het handelen van [gedaagde] niet relevant.

Voor zover [gedaagde] met zijn betoog dat de COA's mogelijkterwils op rechtmatige wijze binnen de Europese Economische Ruimte in het verkeer zijn gekomen, een beroep heeft willen doen op uitputting van het merkenrecht en/of het auteursrecht van Microsoft, slaagt dit verweer even. Van uitputting van het merkenrecht kan geen sprake zijn. Uitputting ziet immers op het in het verkeer brengen van een bepaald exemplaar en hier kan onder exemplaar uitsluitend worden begrepen een compleet softwarepakket, bestaande uit een COA, software, handleiding en licentieovereenkomst. Door slechts een onderdeel van zo'n exemplaar (zonder toestemming van Microsoft) verder te verspreiden, wordt inbreuk gemaakt op het merkenrecht van Microsoft, omdat sprake is van een gewijzigd exemplaar. Uitputting van de auteursrechten van Microsoft is evenmin aan de orde. Er is immers sprake van een nieuwe vorm van openbaarmaking. Daarvoor had [gedaagde] de toestemming van Microsoft nodig en die had hij niet.

4.9. De conclusie uit het vorenstaande luidt dat het zonder toestemming van Microsoft verkopen van computers, waarop een besturingssysteem van Microsoft is geïnstalleerd, en waarop een COA-sticker is aangebracht, onder meelevering van een zelfgebrande kopie-DVD van het computerprogramma (dus zonder meelevering van het origineel van het exemplaar van het computerprogramma, waarvan de COA de echtheid beoogt te garanderen) onrechtmatig is.

4.10. De rechtbank is van oordeel dat dit handelen aan [gedaagde] kan worden toegerekend. Van een handelaar in computers mag worden verwacht dat hij zich ervan bewust is dat op de software waarmee hij werkt auteurs- en merkrecht rust. Alvorens de door hem van CTC aangeschafte COA-stickers te gaan gebruiken, had [gedaagde] zich er dan ook van moeten vergewissen dat hem dit door Microsoft werd toegestaan (anders gezegd: dat hem daartoe licentie werd verleend). [gedaagde] heeft zich kennelijk niet, althans niet afdoende, vergewist van de visie van Microsoft op dit punt. Dit moet hem worden toegerekend. Dat [gedaagde] zichzelf niet als een professionele verkoper van Microsoftproducten beschouwt – welk verweer hij overigens verder niet heeft onderbouwd – maakt dat niet anders. De omstandigheid dat de aankoop van de stickers door zijn medewerker Ten Seldam werd verricht, maakt dat evenmin anders. [gedaagde] is als werkgever op de voet van artikel 6:170 BW aansprakelijk voor fouten van zijn ondergeschikte(n). Dat dit in het onderhavige geval anders is, is niet gesteld of gebleken.

4.11. Voor toewijzing van schadevergoeding is vereist dat aannemelijk is dat door de inbreuk tenminste enige schade is geleden. De rechtbank is van oordeel dat Microsoft aannemelijk heeft gemaakt dat zij enige schade heeft geleden door het gebruik door [gedaagde] van de COA-stickers en door het kopiëren op DVD's van haar software. Dit betekent dat [gedaagde] gehouden is Microsoft schadeloos te stellen.

#### **De omvang van de schadevergoeding**

4.12. Microsoft vordert vergoeding van de door haar geleden schade. Voorts vordert Microsoft veroordeling van [gedaagde] tot het afleggen van rekening en verantwoording met betrekking tot de tengevolge van de inbreuk gerealiseerde winst. Dit laatste, zo begrijpt de rechtbank, in het kader van een mogelijke vordering tot winstafdracht als bedoeld in artikel 27a Auteurswet.

4.13. In het algemene vermogensrecht bepaalt artikel 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 schade begroot kan worden op het bedrag van die winst of een gedeelte ervan. In het Nederlands intellectuele eigendomsrecht is de vordering tot winstafdracht bij wet van 12 januari 1977, Stb. 160 opgenomen in de toenmalige Rijksocrooiwet als artikel 43, derde lid. In deze wet werd de vordering tot winstafdracht geformuleerd als een alternatief voor schadevergoeding. Bij een daarop volgende herziening van de Auteurswet 1912 is in artikel 27a, eerste lid, Auteurswet bepaald: "Naast schadevergoeding kan de maker of zijn rechtsverkrijgende vorderen dat degene die inbreuk op het auteursrecht heeft ge-

maakt, wordt veroordeeld de door deze ten gevolge van de inbreuk genoten winst af te dragen en dienaangaande rekening en verantwoording af te leggen". De [Hoge Raad heeft vervolgens bepaald op 14 april 2000 \(NJ 2000, 489\)](#) dat, indien zoals in het onderhavige geval, behalve vergoeding van schade tevens afdracht wordt gevorderd van de door de inbreukmaker genoten winst, slechts één van deze vorderingen toegewezen kan worden, waarbij de hoogste daarvan kan worden toegewezen.

4.14. Uit het vorenstaande vloeit voort dat beoordeeld moet worden welke van de twee schadeberekeningen tot het hoogste resultaat leidt. Toewijsbaar is dan de berekening met de hoogste uitkomst. Berekening van de werkelijke schade als door Microsoft gesteld

4.15. Microsoft stelt dat de door haar geleden (werkelijke) schade moet worden gesteld op €80,00 per COA maal het aantal door [gedaagde] ingekochte en doorverkochte COA's (= 800), ofwel op een bedrag van €64.000,-. Vervolgens dient in haar visie daarop een correctiefactor van 1,5 te worden toegepast. De rechtbank begrijpt de door Microsoft op dit punt gegeven toelichting aldus dat door toepassing van die correctiefactor een vergoeding wordt bepaald voor de door haar gemaakte kosten, voor de door haar geleden reputatieschade en voor de schade die zij lijdt als gevolg van verwatering van haar rechten.

4.16. [gedaagde] daarentegen stelt dat het geenszins vast staat dat hij 800 COA's heeft verhandeld. Ook heeft Microsoft niet aangetoond dat de licentiewaarde per computer-programma € 80,00 bedraagt. Voorts heeft [gedaagde] aangevoerd dat er geen reden is de door Microsoft gestelde licentiewaarde van €80,00 te vermenigvuldigen met een factor 1,5. Microsoft heeft immers de beweerdelijk geleden reputatieschade en verwatering van rechten niet toegelicht. Tot slot wijst [gedaagde] erop dat Microsoft met CTC een schadevergoedings-regeling heeft getroffen.

4.17. Artikel 6:97 BW bepaalt dat de rechter de schade begroot op de wijze die het meest met de aard ervan in overeenstemming is en dat, indien de schade niet nauwkeurig kan worden vastgesteld, zij wordt geschat.

4.18. In het onderhavige geval zal de rechtbank de schade schattenderwijs begroten. Zij ziet daartoe aanleiding omdat de door partijen geproduceerde stukken onvoldoende informatie bevat om de schade exact te kunnen berekenen. Zo ontbreekt bijvoorbeeld informatie over de kostprijs van de softwarepakketten van Microsoft. Hoewel aannemelijk is dat die kostprijs – gezien de hoge oplage ervan - relatief laag zal zijn, kan deze niet geheel genegeerd worden.

4.19. De rechtbank is van oordeel dat [gedaagde] zijn verweer dat hij geen 800 COA's heeft verhandeld onvoldoende heeft onderbouwd. Dat verweer moet dan ook worden verworpen. De rechtbank zal voormeld aantal daarom wel als basis nemen bij haar begroting van de schade. Microsoft heeft gesteld dat de licentiewaarde van een softwarepakket 80 euro bedraagt. [gedaagde] heeft zijn betwisting van die waarde onvoldoende gemotiveerd. De rechtbank zal dan ook van een licentiewaarde van 80 euro per softwarepakket uitgaan.

Rekening houdend met een veronderstelde kostprijs van enkele euro's per product, zal zij de schade aan de zijde van Microsoft begroten op €60.000,-. Met [gedaagde] is de rechtbank van oordeel dat er in het onderhavige geval geen aanleiding bestaat de waarde van de door [gedaagde] verhandelde computerprogramma te vermenigvuldigen met 1,5. Microsoft heeft niet, althans onvoldoende, onderbouwd dat zij werkelijk reputatieschade en/of schade als gevolg van verwatering van rechten heeft geleden. Ook van gemaakte kosten is niet gebleken, althans een voldoende onderbouwing daarvan ontbreekt.

4.20. De rechtbank acht het voorshands aannemelijk dat Microsoft, die ten aanzien van de verkoop van losse COA's reeds een minnelijke regeling heeft getroffen met CTC, reeds een deel van haar schade vergoed heeft gekregen. Zij heeft daarom behoefte aan een nadere toelichting van Microsoft op die met CTC getroffen regeling. De rechtbank zal Microsoft opdragen bij conclusie ter rolle nadere informatie te verstrekken omtrent (de inhoud van) die regeling en daarbij dan een afschrift in het geding te brengen van de vaststellingsovereenkomst die zij met CTC heeft gesloten. Zij overweegt in dat verband dat – nu de rechtbank zelf voormelde stukken opvraagt om die te betrekken bij haar oordeel omtrent de omvang van de schade – [gedaagde] geen belang meer heeft bij het in het lichaam van de conclusie van antwoord genoemde (maar niet in het petitum met zoveel woorden gedane) verzoek om een beslissing ex artikel 843a Rv.

#### **Winstafdracht ex artikel 27a Auteurswet**

4.21. Microsoft vordert onder VII van haar dagvaarding dat de rechtbank [gedaagde] zal veroordelen tot het afleggen van rekening en verantwoording van de winst die hij tengevolge van de inbreuk op haar auteursrechten heeft genoten.

4.22. De rechtbank zal de bespreking van deze vordering vooralsnog laten rusten. Zij gaat er vooralsnog vanuit dat deze wijze van berekening van de door [gedaagde] aan Microsoft te betalen vergoeding eerst van belang wordt in het geval de rechtbank tot het oordeel komt dat de werkelijk door Microsoft geleden schade aanmerkelijk lager is dan door Microsoft gevorderd en het (dan) aannemelijk is (wordt) dat [gedaagde] met de door hem gepleegde inbreukmakende handelingen zoveel winst heeft gemaakt dat die winst een hoger bedrag vertegenwoordigt dan die werkelijke schade. Wel overweegt de rechtbank reeds thans dat zij het, indien de vordering tot winstafdracht te zijner tijd moet worden beoordeeld, aangewezen acht om een deskundige – meer bepaald: een registeraccountant – te benoemen om onderzoek te doen naar de door [gedaagde] gerealiseerde winst.

4.23. Iedere verdere beslissing zal worden aangehouden.

#### **De beslissing**

De rechtbank

bepaalt dat Microsoft op de rolzitting van woensdag 31 maart 2010 een akte kan nemen als bedoeld in overweging 4.20; houdt iedere verdere beslissing aan. Dit

vonnissen is gewezen door mr. H.A. Witsiers en in het openbaar uitgesproken op 17 maart 2010.

---