

*T.E. Deurvorst*

## **De tandeloze wolf in het intellectuele eigendomsrecht**

Het proefschrift 'Schadevergoeding bij onrechtmatige daad' leert ons dat schade kan worden onderverdeeld in persoonsschade, zaakschade of zuivere vermogensschade. Zevenendertig jaar later is dit onderscheid nog steeds zeer bruikbaar. Er is immers een opvallend verschil te constateren in de ontwikkeling van de vergoedbaarheid van de eerste twee categorieën schade en die van de laatste.

Op het terrein van persoonsschade floreert het schadevergoedingsrecht in het voordeel van de benadeelde. Nieuwe aanspraken worden geschapen door de rechter: ouders die hun gewonde kind thuis verplegen hebben aanspraak op een uurvergoeding; angstsschade wordt vergoedbaar geacht. Bestaande aanspraken worden verruimd: De onzekerheid van het causaal verband bij schade door een bedrijfsongeval of beroepsziekte wordt afgewenteld op de werkgever; bij schending van een verkeers- en veiligheidsnorm is het gepast de schade ruim toe te rekenen aan de aansprakelijke. De wetgever ondersteunt deze slachtoffer-vriendelijkheid. Affectieschade wordt binnenkort vergoedbaar gesteld.

Ook op het gebied van zaakschade ziet de gelaedeerde zich door het recht beschermd. Al vele jaren bestaat het uitgangspunt dat de door zaakschade benadeelde partij, onafhankelijk van verkoop, aanspraak kan maken op waardevermindering van de zaak. Ofschoon dit uitgangspunt rigide mag worden genoemd – getuige het conflict in het arrest Gemeente Dordrecht/Stokvast (HR 20 april 2000, NJ 2000, 690, ARB) – heeft het de eenvoud van de schaderegeling als groot voordeel.

Op het terrein van vergoeding van zuivere vermogensschade is de Nederlandse rechter een stuk minder vriendelijk voor de benadeelde. In het bijzonder geldt dit op het terrein van de schade die wordt geleden bij inbreuk op intellectuele eigendomsrechten. Welke zijn de oorzaken van deze stiefmoederlijke behandeling van de benadeelde?

Allereerst heeft de Hoge Raad met het arrest HBS/Danestyle (HR 14 april 2000, NJ 2000, 489 DWFV, AMI 2000, 134 T.E. Deurvorst) een halt toegevoerd aan de eind jaren '80 ingeluide praktijk van de kort-geding-rechter om naast een inbreukverbod een voorschot op schadevergoeding toe te wij-

zen zonder veel acht te slaan op het vereiste van spoedeisendheid (Schadevergoeding (losbl.), art. 6:96 aant. 93).

Weliswaar was dit voorschot over het algemeen bescheiden te noemen (meestal enkele duizenden, soms enkele tienduizenden guldens) maar het vormde in ieder geval een snelle genoegdoening voor een deel van de aan bestrijding van de inbreuk bestede (advocaten)kosten.

Voor verhaal van schade is de benadeelde tegenwoordig nagenoeg geheel aangewezen op de bodemprocedure, welke – bij voortvarend procederen – tot dusverre zo'n 2 jaar beslaat voor één instantie. Er worden hoge verwachtingen gekoesterd van het nieuwe procesrecht, maar het is evenwel de vraag of de benadeelde daar veel mee op vooruit zal gaan. Niet te verwachten valt namelijk dat het nieuwe procesrecht ook zal leiden tot vermindering van kosten van tijdverlet, rechtsbijstand en deskundigenadvies, besteed aan de oeverloze twistpunten op dit gebied. Over het algemeen overtreffen deze kosten de baten.

Het tweede obstakel vormt het bewijs van een causaal verband tussen de inbreuk en de schade. De rechter moet zich een oordeel vormen over de marktplaats bij het wegdenken van de inbreuk, welk oordeel nagenoeg alleen is voorbehouden aan hen die de markt goed kennen. De vergoeding van rechtstreeks gederfde marges is nog tamelijk eenvoudig vast te stellen aan de hand van de formule 'Afzet Inbreukmaker vermenigvuldigd met Marge Gelaedeerde vermenigvuldigd met Bijzondere Factoren (vanwege bijvoorbeeld prijs- of kwaliteitsverschillen)'. De berekening van de gederfde winst is echter een onderwerp dat zich steeds leent voor discussies in rechte. Telkens weer wordt de rechter geconfronteerd met de vraag of een variabele kostprijsberekeningsmethode moet worden toegepast dan wel of een deel van de overhead in mindering moet worden gebracht. Dienen fiscale heffingen, afschrijvingen, rente-aflossingen in de kostprijs te worden verwerkt? Het laatste woord daarover is nog niet gesproken.

De moeilijkheden dienen zich pas echt aan wanneer een geringe omzet van de inbreukmaker tot een veelvoud van gederfde marges heeft geleid of toekomstig te derven winst (waardevermindering). Bij inbreuk op intellectuele eigendom is overigens bijna steeds sprake van extra winstderving, los van de afzet van de inbreukmaker, wanneer de markt heeft opgemerkt dat inbreukmakend materiaal aanwezig is. Het originele voorwerp wordt dan als 'besmet' beschouwd. Het causaal verband tussen de inbreuk en deze vormen van gederfde c.q. te derven winst is zeer moeilijk aan te tonen. De gevolgen van huiver van afnemers, navolging van derden etc. kunnen niet worden afgemeten aan de hoeveelheid afzet van de inbreukmaker. Analyses van de

product life cycle van het originele voorwerp vóór en na de inbreuk kunnen uitkomst brengen, maar wanneer – zoals vaak het geval is bij succesvolle innovatie – het originele voorwerp nog niet lang op de markt is, heeft de product life cycle van vóór de inbreuk nog onvoldoende gestalte om daaruit conclusies te trekken. Bij mijn weten wordt geen gebruik gemaakt van de mogelijkheid van een bewijslastomkering ingevolge art. 177 Rv (zie mijn dissertatie, Schadevergoeding, voldoening van een redelijke gebruiksvergoeding en winstafdracht bij inbreuk op intellectuele eigendomsrechten, Deventer 1994, blz. 53-54). Startende ondernemers maken derhalve weinig kans met een vordering wegens indirecte winstderving of waardevermindering.

Ook de terughoudendheid van de rechter bij het toekennen van schadevergoeding blijft een belemmering de volledig geleden schade in rechte te verhalen. De rechter lijkt geneigd de schadevergoeding te matigen tot het bedrag dat een inbreukmaker redelijkerwijs kan betalen. In het arrest Rummikub II betreffende slaafse nabootsing (HR 15 november 1996, BIE 1998, 178, NJ 1998, 314 (F.W. Grosheide) werd de door deskundigen berekende schadevergoeding gereduceerd tot circa 10% daarvan. In het Exotaa- arrest, betreffende het ruïneren van een merk door onrechtmatige uitlatingen (HR 26 juni 1998, Mediaforum 1998, 230 T.E. Deurvorst), werd 50% van het door deskundigen begrote bedrag toegekend.

De Hoge Raad heeft zich in stilzwijgen gehuld omtrent belangrijke vragen die in deze zaken aan de orde waren. Middelen tegen overwegingen van het Hof in Rummikub II omtrent causaal verband werden afgedaan met een zinsede als 'de wijze van begroting is sterk met de feiten verweven en kan in zoverre in cassatie niet op juistheid worden getoetst'. Zo achtte het Hof (r.o. 22 en 34) voor de vaststelling van het causaal verband tussen de onrechtmatig veroorzaakte verwarring en de (lagere) prijsstelling van de gelaedeerde mede van belang de zich niet voordoende mogelijkheid dat derden op de markt zouden komen met niet onrechtmatig nagebootste Rummy-spelen. Ook werd voor de vaststelling van dit causale verband waarde gehecht aan de omstandigheid dat andere slaafse nabootsers de markt hadden betreden. Deze overwegingen zijn kwetsief te noemen. Bij het ontkrachten van een feitelijk causaal verband dient de dader zich niet te kunnen beroepen op zuivere hypothesen of dezelfde onrechtmatige handelingen van derden. Wellicht speelt de laatstgenoemde factor wel een rol bij de toerekening van schade aan de dader (juridisch causaal verband ex art. 6:98 BW).

In het Exotaa-arrest halveerde het Hof het door de accountants berekende bedrag, mede omdat de hoofdprocedure 'buitensporig lang heeft geduurd'. De Hoge Raad schaarde zich achter de conclusie van P-G Ten Kate: 'Hiertoe had het hof de vrijheid: men zie art. 6:97'.

T.E. DEURVORST

De Hoge Raad had deze argumenten best naar zich toe kunnen trekken: gaat niet achter iedere berekening een argumentatie schuil die door het recht moet zijn ingegeven?

Ondanks alle mooie wettelijke voorzieningen lijkt de aanspraak op schadevergoeding bij inbreuk op intellectuele eigendomsrechten dus een dode letter geworden. Ofschoon het verbod in kort geding als sanctie effectief mag worden genoemd, mogen de maatschappelijke kosten van schade door een gepleegde inbreuk niet uit het oog worden verloren. Geschat wordt dat 3 tot 6% van de handel bestaat uit inbreuk (J.A.L. Sterling, *Trips Agreement, Enforcement of intellectual property rights, European Communities 2000*, blz. 3 en R.M. Feinberg, D.J. Rousslang, *The Economic Effects of Intellectual Property Right Infringements, New World Order Series Vol. 15, Part I, BR Delhi 1999*, blz. 504-506). De benadeelde loopt in deze gevallen zijn vergoeding mis voor investeringen in innovatie, prestaties, c.q. naams- of merkbekendheid. Inbreuk loont voor een calculerende inbreukmaker. Kleinere bedrijven kunnen op deze wijze eenvoudig uit de markt worden gedrukt. De bank zal hen geen geld blijven lenen voor een langdurige procedure waar niets valt te halen. Gezien de aard van de bezwaren waarop het geldend maken van schadevergoeding stuit, is van de redelijke gebruiksvergoeding of winstafracht niet meer heil te verwachten.

Een van de oplossingen voor het gesignaleerde probleem wordt ingegeven door het onderscheid persoonsschade, zaakschade, zuivere vermogensschade. Opvallend is immers dat de meeste verzekeringen alleen dekking bieden voor de eerste twee categorieën.

Mijn eerste suggestie betreft daarom de introductie van een bedrijfsschadeverzekering voor schade en rechtstbijstandskosten wegens inbreuk op intellectuele eigendomsrechten. Deze verzekering kan in het bijzonder de kleinere bedrijven beschermen tegen ondergang als gevolg van inbreuk op hun intellectuele eigendomsrechten.

Betaalbaar en gangbaar wordt zo'n verzekering alleen wanneer daar – via regres – een zeker en voorspelbaar rendement op valt te verwachten. Gezien de noodzaak van meer rendement van de schadevergoedingsprocedure en die van rechtszekerheid zou de Hoge Raad in het voorkomende geval het tot zijn taak moeten rekenen duidelijke richtlijnen te formuleren.