

Conclusie mr. J. Spier

inzake



tegen

Jumbo Groep Holding B.V., als
rechtsoptvolgster onder bijzondere titel
van SdB N.V., voorheen Super de
Boer N.V, daarvoor genaamd Laurus
N.V., rechtsoptvolgster van De Boer
Unigro N.V., op haar beurt rechtsopt-
volgster van De Boer Winkelbedrijven
N.V.
(hierna De Boer)

1. Voorgeschiedenis

1.1 Deze zaak heeft een (te) lange voorgeschiedenis. Zij belandt thans voor de derde maal bij Uw Raad (het eerste arrest van Uw Raad is meer dan 14 jaar en zes maanden geleden geweest). Over en weer vuren partijen thans (een reeks) pijlen af op 's Hofs arresten.

1.2 Kern van de zaak in het principale beroep is de berekening van de genoten winst als gevolg van de auteursrechtinbreuk door De Boer. Na het inwinnen van verschillende deskundigenberichten heeft het Hof, bij gebreke van voldoende houvast biedende gegevens, aan de hand van het laatste deskundigenrapport een schatting gemaakt.

is daarmee ontevreden. Hij vindt dat hij te weinig krijgt. Over en weer klagen partijen over 's Hofs oordeel over de door De Boer te betalen rente.

1.3 Ook speelt nog een aantal andere kwesties. Partijen kunnen er kennelijk geen genoeg van krijgen. Over de vraag of het werkelijk de moeite loont (loonde) om zo lang te blijven procederen, kan men wellicht twijfels koesteren, maar dat is uiteindelijk aan partijen (of één hunner).

2. Feiten

2.1 Met betrekking tot de feiten in deze zaak dient te worden uitgegaan van het laatste arrest van Uw Raad in deze zaak van 8 december 2006 (rov. 3).¹

2.2 [] heeft in oktober en november 1986 samen met [] het zogenoemde "Shoppingspel" ontwikkeld. [] heeft zijn auteursrechten op dit spel overgedragen aan [].

2.3 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 [].

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

3. Procesverloop

3.1 Voor het verloop van de procedure tot aan het arrest van Uw Raad van 8 december 2006 verwijs ik naar rov. 1 van dat arrest. In rov. 3.1 sub iv en v wordt gememoreerd dat [] in 1991 een procedure aanhangig heeft gemaakt tegen De Boer. Stellende

¹ HR 8 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY8286, RvdW 2006/1145. Het eerste arrest van uw Raad in deze zaak is HR 18 februari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4872, NJ 2000/309.

dat sprake is van inbreuk op zijn auteursrecht, vorderde [] na wijziging van eis, onder meer veroordeling van De Boer tot vergoeding van de door hem geleden schade alsmede tot afdracht van de ten gevolge van de inbreuk door De Boer genoten winst. Nadat de vorderingen van [] in eerste aanleg en in hoger beroep waren afgewezen, heeft de Hoge Raad in zijn arrest van 18 februari 2000 het arrest van het Hof te Leeuwarden vernietigd en het geding ter verdere behandeling en beslissing verwezen naar het Hof Amsterdam.

3.2 Uw Raad oordeelde in het arrest van 2006:

"3.2 In de procedure na verwijzing heeft het hof vastgesteld dat inbreuk is gemaakt op het auteursrecht van []. 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 [] door de auteursrechtinbreuk heeft geleden, nu die schade zich wèl laat berekenen."

3.3 Onderdeel 1.1, dat hiertegen onder meer met een rechtsklacht opkomt, beoogt 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.”

3.3 Na verwijzing heeft het Hof Amsterdam in zijn bij tussenarrest van 13 maart 2008 overwogen:

“3.3 Partijen verschillen van mening over de beantwoording van de vraag of De Boer winst heeft gemaakt door de ten processe bedoelde auteursrechtinbreuk en zo ja, wat de omvang van deze winst is. Vast staat dat De Boer de financiële gegevens uit 1989 niet heeft bewaard zodat niet aan de hand van de administratie van De Boer bepaald kan worden of De Boer in deze - en zo ja tot welk bedrag - winst heeft gemaakt. Wel staat vast dat De Boer 50.100 spellen heeft laten vervaardigen (arrest van het gerechtshof Arnhem van 19 april 2005, pag. 4 onder 2.5). Eveneens staat vast (arrest van de Hoge Raad van 8 december 2006, pag. 4 onder (iii)) dat de Boer in 1989 in haar winkels via een spaaractie het "Sjopspel" aan haar klanten ter beschikking heeft gesteld.

3.4 Het hof acht zich nog onvoldoende voorgelicht om in deze te kunnen beslissen. Gelet hierop acht het hof het noodzakelijk dat een deskundigenbericht wordt ingewonnen.”

3.4 Na twee verdere tussenarresten heeft het Hof in zijn tussenarrest van 22 februari 2011 overwogen dat beide partijen het uitgebrachte rapport van de deskundige Wasser ondeugdelijk achten. Het Hof zag daarin aanleiding de geformuleerde vragen aan andere deskundigen voor te leggen. Het Hof oordeelde dat De Boer, die in beginsel de te dezer zake de bewijslast draagt, de voor de beantwoording van die vraag benodigde gegevens ter inzage dient te verstrekken (rov. 2.4-2.5).²

3.5 In zijn tussenarrest van 17 januari 2012 heeft het Hof drie deskundigen benoemd. Na het tussenarrest heeft nog een akte- en memoriewisseling plaatsgevonden waarbij

² Zie ook rov. 3.7 van het tussenarrest van 13 maart 2008.

[] zijn eis heeft gewijzigd. [] vordert na zijn eiswijzigingen thans, zo begrijpt het Hof,³ dat het Hof het vonnis van de Rechtbank Assen van 26 juli 1994 zal vernietigen en, opnieuw rechtdoende, De Boer zal veroordelen tot betaling aan hem van € 461.119, althans € 359.552 (telkens exclusief btw), te vermeerderen met compensatoire interessen (gelijk te stellen met wettelijke rente) vanaf 1 november 1989 en met bepaling dat De Boer op het door haar verschuldigde bedrag € 28.508,92 in mindering mag brengen, alles met veroordeling van De Boer in de proceskosten.

3.6 Het Hof heeft in zijn eindarrest van 23 juli 2013 het vonnis van de Rechtbank Assen van 26 juli 1994 vernietigd en, opnieuw rechtdoende, De Boer veroordeeld tot betaling aan [] van € 86.840 te vermeerderen met compensatoire interessen ter hoogte van de geldende wettelijke rente vanaf 9 april 1997, alsmede met bepaling dat De Boer op het door haar aan [] verschuldigde € 28.508,92 in mindering mag brengen. Het Hof heeft de proceskosten tussen partijen gecompenseerd, des dat elk van hen de eigen proceskosten draagt, met dien verstande dat de kosten van de deskundigenberichten, die De Boer bij wijze van voorschot reeds heeft voldaan, voor rekening van De Boer blijven. Het Hof heeft daartoe het volgende overwogen:

“2.1 Het hof blijft bij hetgeen het in zijn tussenarrest van 17 januari 2012 heeft overwogen en beslist. Het hof brengt in herinnering dat tussen partijen inmiddels is vastgesteld dat De Boer inbreuk heeft gemaakt op het auteursrecht van [] op het zogenoemde “Shoppingspel” door in haar winkels via een spaaractie het “Sjopspeel” aan haar klanten ter beschikking te stellen en dat [] als gevolg daarvan tot een bedrag groot € 28.508,92 schade heeft geleden. [] vordert op de voet van het bepaalde in artikel 27a Auteurswet dat De Boer wordt veroordeeld om aan hem winst af te dragen. Volgens [] is die winst hoger dan de door hem geleden schade.

2.2 In genoemd tussenarrest heeft het hof met het oog op die kwestie een deskundigenonderzoek gelast met benoeming van prof. dr. M.G. de Jong, dr. E.C. Osinga en prof. mr. S.D. Lindenbergh als deskundigen.

Het hof heeft de volgende vragen aan de deskundigen voorgelegd:

³ Rov. 1 eindarrest van 23 juli 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:2243.

- hoe groot is de winst die doorgaans met het ten processe bedoelde type producten (spellen) wordt gemaakt?
- hoe groot is de extra omzet die in het algemeen uit promotie-acties of spaaracties als waar het in deze om gaat is te verwachten?
- heeft u overigens nog opmerkingen die voor de beoordeling van deze zaak van belang kunnen zijn?

2.3.1 De deskundigen hebben in hun concept rapport het volgende vooropgesteld:

- zij hebben eerst de vraag naar de omzet beantwoord omdat zij daarna pas in staat waren de vraag naar de winst te beantwoorden;
- zij hebben in de literatuur beschikbare informatie geïnventariseerd teneinde te achterhalen welke componenten van betekenis zijn voor bepaling van de extra omzet en winst van acties als hier aan de orde; daadwerkelijke beantwoording van de gestelde vragen vergde concrete invulling, gerelateerd aan de omstandigheden van de situatie; de benodigde gegevens moesten vaak worden geschat en er bestond onzekerheid over de daadwerkelijke waarden;
- zij hebben een berekende schatting gemaakt van de extra omzet en van de extra winst in het onderhavige geval; daarnaast hebben zij een gevoeligheidsanalyse uitgevoerd teneinde vast te stellen welke (relatieve) invloed de inputgegevens hebben op het eindresultaat; ook hebben zij een zogenaamde Monte Carlo analyse uitgevoerd om, met inachtneming van de onzekerheid rond een groot aantal waarden, een schatting van de extra omzet en extra winst te kunnen geven.

2.3.2 Wat betreft de *extra omzet* hebben de deskundigen uit hun bevindingen de volgende concept conclusies getrokken:

- De vraag hoe groot de extra omzet is die in het algemeen uit promotie-acties of spaaracties als waar het in deze om gaat te verwachten is, kan in formulevorm worden bepaald. Echter, voor berekening van een specifiek bedrag zijn de gegevens van de specifieke actie nodig.
- De extra omzet is substantieel. Onder de aannames van de deskundigen is de extra omzet van de spaaractie waar het in deze om gaat, € 1.825.673,-.
- Het aantal verkochte promotieartikelen heeft invloed op de extra omzet. Echter, zelfs indien promotieartikelen overblijven kan de extra omzet substantieel zijn. Er kan dus niet simpelweg worden geconcludeerd dat omdat er promotieartikelen zijn overgebleven er geen extra omzet is gegenereerd.
- Het aantal aangetrokken secundaire klanten (d.w.z. klanten die normaal gesproken bij een andere supermarkt hun inkopen doen) heeft een positief effect op de extra omzet. Echter, indien er niet veel media-aandacht is geweest voor de promotionele actie, hebben zij de conservatieve schatting gemaakt dat met grote waarschijnlijkheid slechts 1 op de 200 deelnemers aan de promotionele actie

secundaire klant was die zijn/haar boodschappen volledig bij de betreffende supermarkt deed gedurende de weken van de actie.

- Of promotieartikelen direct zijn verkocht, of via de zegelactie maakt niet veel uit voor de extra omzet (zo'n 2,8% minder omzet bij 4% meer directe verkoop).
- De gemiddelde wekelijkse bestedingen in een supermarkt hebben een bescheiden invloed op de omzet (zo'n 2,7%).

2.3.3 Wat betreft de *extra winst* hebben de deskundigen uit hun bevindingen de volgende concept conclusies getrokken:

- De vraag hoe groot de extra winst is die doorgaans met het ten processe bedoelde type producten (spellen) wordt gemaakt kan in formulevorm worden bepaald. Echter, voor berekening van een specifiek bedrag zijn de gegevens van de specifieke actie nodig. Wel is duidelijk dat de extra winst altijd beduidend lager zal zijn dan de extra omzet.
- Onder de aannames van de deskundigen is de extra winst van een spaaractie op basis van het ten processe bedoelde type producten (spellen) gelijk aan € 161.954,-.
- Het aantal verkochte promotionele artikelen heeft invloed op de extra winst. Echter, zelfs indien promotieartikelen overblijven kan er extra winst zijn. Er kan dus niet simpelweg worden geconcludeerd dat als er promotieartikelen overblijven er geen extra winst is gegenereerd.
- Het aantal aangetrokken secundaire klanten (d.w.z. klanten die normaal gesproken bij een andere supermarkt hun inkopen doen) heeft een positief effect op de extra winst. Echter, indien er niet veel media-aandacht is geweest voor de promotionele actie, hebben zij de conservatieve schatting gemaakt dat met grote waarschijnlijkheid slechts 1 op de 200 deelnemers aan de promotionele actie secundaire klant was die zijn/haar boodschappen volledig bij de betreffende supermarkt deed gedurende de weken van de actie.
- Of promotieartikelen direct zijn verkocht, of via de zegelactie maakt voor de winstberekeningen wat meer uit dan voor de omzet. Een 4% toename in het aantal direct verkochte promotieartikelen levert bijvoorbeeld 4,5% meer winst op (bij gelijkblijvende overige aannames). Toch is het onwaarschijnlijk dat er veel promotieartikelen direct werden verkocht, omdat het doel van een spaaractie is om mensen juist via zegels een promotieartikel te laten bemachtigen in plaats van dat ze het direct kopen.
- De gemiddelde wekelijkse bestedingen in een supermarkt hebben een behoorlijke invloed op de winst (zo'n 8% toename van de winst bij gemiddelde wekelijkse bestedingen van f 140 in plaats van f 120).
- De bruto winstmarge speelt een grote rol bij de uiteindelijke winst. In hun berekeningen hebben ze aangenomen dat de winstmarge tussen de 20% en 25% ligt. De eigen bruto winstmarge is echter bekend bij Laurus.

2.3.4 Naar aanleiding van de derde vraag hebben de deskundigen nog een aantal opmerkingen gemaakt, onder meer:

- Pre- en post-promotion dips (lagere verkopen voor en na een promotionele actie als gevolg van anticipatie van de actie en hamstergedrag) zijn niet erg relevant voor dit type promoties.
- Een spaaractie kan een fors omzeteffect hebben, zo blijkt uit de academische literatuur en uit vakliteratuur.

2.3.5 Naar aanleiding van het commentaar dat en De Boer op het concept rapport hebben geleverd, hebben de deskundigen hun antwoorden grotendeels gehandhaafd, deels voorzien van aanvullende toelichting.

Zij hebben de additionele kosten die De Boer heeft gemaakt voor de spaaractie naar aanleiding van het commentaar van De Boer hoger begroot, te weten op € 35.000,- in plaats van € 5.000,-. Zij hebben de begroting van de extra winst gegenereerd door de Sjops spel actie dienovereenkomstig bijgesteld.

Verder hebben zij uiteengezet dat zij hebben gekozen voor een 95% betrouwbaarheidsinterval zodat de waarden die voortkomen uit een zeer onwaarschijnlijke combinatie van aannames buiten beschouwing worden gelaten.

2.3.6 De eindconclusies van de deskundigen luiden als volgt:

“Hoe groot is de extra omzet die in het algemeen uit promotie-acties of spaaracties als waar het in deze om gaat is te verwachten?”

- De vraag hoe groot de extra omzet is die in het algemeen uit promotie-acties of spaaracties als waar het in deze om gaat is te verwachten, kan in formulevorm worden bepaald. Echter, voor berekening van een specifiek bedrag zijn de gegevens van de specifieke actie nodig.
- De extra omzet is substantieel, maar hangt wel af van het aantal verkochte spellen. We hebben daarom de extra omzet berekend voor een verschillend aantal verkochte spellen. Onder onze aannames ligt de extra omzet van de spaaractie waar het in deze om gaat tussen de 1.825.673 euro (...) bij 50.100 verkochte spellen, en 1.096.861 euro (...).

Hoe groot is de winst die doorgaans met het ten processe bedoelde type producten (spellen) wordt gemaakt?

- De vraag hoe groot de winst is die doorgaans met het ten processe bedoelde type producten (spellen) wordt gemaakt kan in formulevorm worden bepaald. Echter, voor berekening van een specifiek bedrag zijn de gegevens van de specifieke actie nodig. Wel is duidelijk dat de extra winst altijd beduidend lager zal zijn dan de extra omzet.
- De extra winst hangt af van het aantal verkochte spellen. Onder onze aannames ligt de extra winst van een spaaractie op basis van het ten processe bedoel-

de type producten (spellen) tussen de + 131.954 euro (...) bij 50.100 verkochte spellen, en een verlies van 48.503 (...) bij 30.100 verkochte spellen.

Heeft u overigens nog opmerkingen die voor de beoordeling van deze zaak van belang kunnen zijn?

- Wij hebben ons niet uitgesproken over het aantal verkochte spellen.
- Wij hebben ons niet gebogen over de schadevergoeding (bijv. de winst die Score Promotions zou hebben gemaakt). In de processtukken wordt gediscussieerd over schadevergoeding en winstafdracht. Wij hebben volstaan met het beantwoorden van de aan ons gestelde vragen over de extra omzet en winst van Laurus bij een actie als deze.
- De bedragen die wij hebben bepaald zijn in termen van 1989. Wij hebben deze bedragen niet omgerekend naar hun huidige waarde.
- De extra omzet en extra winst zijn op basis van onderliggende waarden exclusief BTW. Wij hebben geen verdere belastingen, zoals winstbelasting, meegenomen in onze berekeningen.”

2.4 Partijen hebben over en weer aangevoerd dat er grond is om de conclusies van de deskundigen niet zonder meer te volgen. Het hof overweegt daarover als volgt.

2.5 Bij de bespreking van hetgeen partijen naar aanleiding van het rapport van de deskundigen hebben betoogd stelt het hof voorop dat de door De Boer als gevolg van de inbreuk op het auteursrecht van behaalde winst moet worden geschat. Bij de schatting van die winst dient zoveel mogelijk gebruik te worden gemaakt van de feiten en omstandigheden die tussen partijen zijn komen vast te staan althans aannemelijk zijn. Het hof heeft voor ogen gestaan dat voorlichting door deskundigen een meer algemeen aanknopingspunt zou kunnen bieden voor de van het hof verlangde schatting. Het hof heeft thans de vraag te beantwoorden of de winst van De Boer met behulp van het rapport van de deskundigen redelijkerwijs kan worden begroot. Het rapport laat zien dat bij de begroting van de winst van De Boer een groot aantal stappen moet worden gezet. Een fors gedeelte van deze stappen kan slechts worden gezet op basis van beredeneerde aannames. Dat alles dwingt tot behoedzaamheid.

2.6 Bij de begroting van de winst waarom het tussen partijen gaat, is uitgangspunt dat de term “winst” moet worden uitgelegd naar het normale spraakgebruik. Dat betekent dat met winst nettowinst wordt bedoeld. Relevante kosten mogen derhalve in mindering worden gebracht op het bruto resultaat. Kosten die in een te ver verwijderd verband staan worden niet tot de relevante kosten gerekend.

2.6.1 Tot de kosten die in mindering mogen worden gebracht, behoort het bedrag dat De Boer aan Score Promotions B.V. heeft betaald voor de 50.100 exemplaren van het Sjopspel die zij van Score Promotions B.V. heeft betrokken. Dat zijn kosten die rechtstreeks verband houden met de sjopspelactie.

_____ heeft betoogd dat de door Score Promotions B.V. in rekening gebrachte winstopslag groot NLG 223.824,- in dit verband buiten beschouwing zou moeten blijven. Het hof verwerpt dat betoog. De totale aankoopprijs van de spellen die De Boer heeft betaald aan Score Promotions B.V. levert een relevante kostenpost op, met inbegrip van de winstopslag die deel uitmaakte van de aankoopprijs. De inbreuk op het auteursrecht van _____ die in dit geding centraal staat, maakt dat niet anders en brengt in het bijzonder niet mee dat de door Score Promotions B.V. toegepaste winstopslag niet als een relevante kostenpost zou moeten worden beschouwd. Dat Score Promotions B.V. naast De Boer als mede-inbreukmaker zou moeten worden beschouwd, maakt voor de omvang van de afdrachtverplichting van De Boer verder geen verschil.

2.6.2 De Boer heeft verdedigd dat de deskundigen bij de begroting van de door haar behaalde winst met te weinig kosten rekening hebben gehouden. De deskundigen hebben de kosten geschat op € 35.000,- maar dat zou volgens De Boer ten minste € 45.000,- moeten zijn. De Boer heeft zich ter ondersteuning van dit standpunt beroepen op de brief van H-J Stoter, voormalig controller tevens lid van de hoofddirectie van De Boer, gedateerd 2 oktober 2012.

De stellingen van De Boer bieden onvoldoende aanknopingspunt om aan te nemen dat de deskundigen de in dit verband relevante kosten te laag hebben begroot. De tabel van De Boer op pagina 5 van haar memorie na deskundigenbericht van 9 oktober 2012 lijkt in te houden dat de spaaractie hoe dan ook verliesgevend was, ook als alle spellen zouden zijn afgezet. Dat overtuigt niet. Niet zonder meer is aannemelijk dat een ondernemer als De Boer voor een verliesgevende spaaractie zou hebben gekozen. Toereikende toelichting op grond waarvan daarover anders zou moeten worden gedacht, ontbreekt. De inhoud van de brief van genoemde Stoter maakt het al evenmin anders. Zijn visie dat de inschatting in het rapport wel erg laag is biedt onvoldoende houvast voor de gevolgtrekking dat die kosten te laag zijn begroot; zijn uitleg dat omzetvergroting extra kosten oplevert, bijvoorbeeld voor het vervoer van de extra verkochte goederen alsmede voor de handeling zowel in de winkel als aan de kassa, snijdt geen hout omdat die kosten niet behoren te worden gerekend tot de rechtstreekse kosten van de spaaractie die in mindering mogen worden gebracht. Bovendien wordt met die kosten rekening gehouden, doordat de deskundigen uitgaan van een winstmarge bij het berekenen van de winst. Dat De Boer de brief van Stoter tardief in het geding zou hebben gebracht, behoeft verder geen afzonderlijke bespreking meer.

2.7 Op basis van het rapport van de deskundigen moet worden aanvaard dat de door De Boer met de Sjopspelactie geboekte winst afhankelijk is van het aantal afgezette spellen.

2.7.1. De Boer heeft betoogd, zo begrijpt het hof haar standpunt na verwijzing, dat in deze fase van het geding bij de begroting van de winst gelet op de procedurele voorgeschiedenis moet worden gerekend met niet meer dan 30.000 afgezette spellen. Het hof deelt die visie niet.

_____ heeft in het cassatieberoep dat hij heeft ingesteld tegen het arrest van het gerechtshof te Arnhem van 19 april 2005, welk arrest voorafging aan de verwijzing naar dit hof, aan de orde gesteld dat de door het gerechtshof te Arnhem gekozen voorstelling van zaken dat de sjopspelactie geen succes is geworden onjuist is. In die stelling ligt onmiskenbaar besloten dat _____ ook de getalsmatige onderbouwing van deze voorstelling van zaken heeft bestreden. Na verwijzing heeft dit hof daarom te onderzoeken met hoeveel overgebleven spellen het bij de berekening van de door De Boer met de sjopspelactie geboekte winst rekening heeft te houden.

2.7.2 Op basis van de getuigenverklaringen die zijn afgelegd ten overstaan van het gerechtshof te Arnhem dient in elk geval te worden aanvaard dat een gedeelte van de 50.100 vervaardigde spellen niet is afgezet alsmede dat deze spellen zijn weggegeven aan bijvoorbeeld verenigingen, ziekenhuizen, bejaardenhuizen en dergelijke. Hetgeen door de getuigen is verklaard over de omvang van dit gedeelte loopt aanzienlijk uiteen: tussen enkele duizenden en bijna 20.000. De inhoud van die verklaringen biedt daarom ontoereikende grond om het gedeelte dat is overgebleven nauwkeuriger vast te stellen. De bijkomende omstandigheden helpen in dit verband onvoldoende. Het moge zo zijn dat de overgebleven spellen niet mochten worden afgezet omdat De Boer begin 1990 een nieuw logo heeft ingevoerd en de spellen van een oud logo waren voorzien, daartegenover staat dat _____ nog in de zomer van 1991 in een winkel van De Boer spellen met een verouderd logo heeft aangetroffen en De Boer zich enige tijd heeft gegund om het gebruik van haar oude logo af te bouwen. Verder is hier vermeldenswaard dat de algemene kwalificatie waarvan getuigen zich bedienen welke kwalificatie erop neerkomt dat de sjopspelactie geen succes is geworden, niet zonder betekenis is maar overigens te algemeen van aard om in dit verband een doeltreffend houvast te bieden.

Mede in aanmerking genomen dat het niet-bewaren van gegevens voor rekening van De Boer komt, voert dit alles tot de slotsom dat het aantal overgebleven spellen niet hoger moet worden geschat dan enkele duizenden.

_____ heeft onder meer onder verwijzing naar het resultaat dat een dergelijke spaaractie in het algemeen pleegt op te leveren, en de afweging die een ondernemer vooraf pleegt te doen gaan aan een dergelijke spaaractie, bepleit de winstafdracht te begroten met inachtneming van 50.100 spellen. De door De

Vries gegeven toelichting rechtvaardigt echter niet althans onvoldoende om ondanks de anders luidende getuigenverklaringen ervan uit te gaan dat alle spellen zijn afgezet.

Het hof zal bij deze stand van zaken de winst die De Boer heeft gerealiseerd met de sjopspelactie begroten met inachtneming van 45.100 verkochte spellen, waarbij dus 5.000 spellen zijn overgebleven.

2.8 Op de voet van het de door de deskundigen ontwikkelde visie aanvaardt het hof dat de sjopspelactie van invloed is geweest op de door De Boer behaalde omzet en op de door De Boer behaalde winst.

De waarden vermeld in het deskundigenbericht zijn voor zover hierboven niet besproken door beide partijen aanvaard en kunnen tot leidraad dienen. Dat geldt in het bijzonder ook voor de winstmarge van De Boer waarmee de deskundigen hebben gerekend. Ook overigens heeft al hetgeen in het rapport is vervat het hof overtuigd.

In aanmerking genomen de behoedzaamheid die het hof heeft te betrachten kan de gemiddelde grootte van de door de deskundigen gevonden extra winst bij een aantal afgezette spellen groot 45.100 als aannemelijk worden aangemerkt, zijnde een bedrag groot € 86.840,-. Aan het betoog van [] dat in dit geval de maximale winst leidraad zou moeten zijn, gaat het hof dan ook voorbij.

2.9 [] heeft succes met zijn hoger beroep. Bij gebreke van ter zake dienende stellingen kan bewijslevering verder achterwege blijven. Het vonnis van de rechtbank te Assen van 26 juli 1994 moet worden vernietigd.

De door de deskundigen berekende met het Sjopspel behaalde winst is, in zoverre deze door het hof is aanvaard, groter dan de schade die [] heeft geleden. De Boer dient die winst, een bedrag groot € 86.840,-, aan [] af te dragen, onder aftrek van het reeds uitgekeerde bedrag aan schadevergoeding. Voor matiging bestaat geen grond.

Er bestaat evenmin toereikende grond voor de veronderstelling dat [] door toekenning van een dergelijk bedrag ten laste van De Boer ongerechtvaardigd zou worden verrijkt.

2.10 [] heeft bij conclusie na enquête houdende verandering en vermeerdering van eis d.d. 9 april 1997 compensatoire interessen gevorderd over het bedrag aan winstafdracht groot NLG 594.186,- exclusief btw vanaf 1 november 1989, zijnde het midden van de actieperiode. Bij akte rectificatie van 7 mei 1997 heeft [] toegelicht bedoeld te hebben te vorderen compensatoire rente over een bedrag aan winstafdracht groot NLG 637.773,- vanaf 1 november 1989. In het exploit waarbij [] De Boer na verwijzing door de Hoge Raad heeft opgeroepen voor het gerechtshof te Arnhem heeft [] compensatoire rente gevorderd over een bedrag aan winstafdracht groot

NLG 637.773,-. Bij gelegenheid van de ten overstaan van het gerechtshof te Arnhem op 3 mei 2004 gehouden pleidooien heeft [] zijn rentevorderingen (ook die met betrekking tot de door hem gevorderde schadevergoeding) aanvullend toegelicht door te verwijzen naar de specifieke betekenis van dit type rentevordering als schadevordering en ervoor gepleit de compensatoire rente samengesteld te berekenen naar de voet van de wettelijke rente. Het gerechtshof te Arnhem heeft in zijn eindarrest van 19 april 2005 geconstateerd dat De Boer geen verweer heeft gevoerd tegen de over de schadevergoeding gevorderde compensatoire rente en deze vervolgens toegewezen en de vordering tot winstafdracht met inbegrip van de rentevordering afgewezen. In het daarop volgende cassatieberoep is wat betreft de winstafdracht de rentevordering niet afzonderlijk aan de orde gesteld. Ten overstaan van dit hof heeft [] een paar maal wijziging gebracht in de omvang van de winstafdracht waarop hij recht meent te hebben en heeft [] telkens zijn rentevordering gehandhaafd vanaf 1 november 1989. De Boer heeft zich daartegen verweerd met de stelling dat compensatoire rente pas vanaf 7 mei 1997 toewijsbaar is.

Bij deze stand van zaken is de gevolgtrekking gerechtvaardigd dat de vordering van [] die strekt tot vergoeding van compensatoire rente over het bedrag aan winstafdracht toewijsbaar is en wel vanaf 9 april 1997. Dat is immers de dag dat deze vordering voor het eerst door [] in rechte aan de orde werd gesteld. Gesteld noch gebleken is dat [] eerder voldoende kenbaar voor De Boer aanspraak heeft gemaakt op compensatoire rente over het bedrag aan winstafdracht, hetgeen aan toewijzing met ingang van een eerdere datum in de weg staat.

Over het bedrag aan winstafdracht is De Boer aan [] compensatoire interessen verschuldigd ter hoogte van de wettelijke rente. De hoogte van de rentevordering is ontoereikend bestreden met de enkele stelling van De Boer dat er geen enkele reden is om deze rentevoet ex aequo et bono vast te stellen op die van de wettelijke rente.

2.11 Het resterende deel van de vordering van [] zal worden afgewezen.

2.12 De eisvermeerdering van [] bij akte van 13 maart 2012 behoeft bij deze stand van zaken geen afzonderlijke bespreking meer.

2.13 [] heeft betoogd dat alle proceskosten ten laste van De Boer moeten worden gebracht. Het hof volgt hem daarin slechts gedeeltelijk. [] heeft immers, naar door het hof is vastgesteld, slechts gedeeltelijk het gelijk aan zijn zijde. De inbreuk op zijn auteursrecht is komen vast te staan maar de geldvordering die hij daarop heeft gegrond is maar voor een relatief klein gedeelte toegewezen. In zover hebben partijen als over en weer in het ongelijk gesteld te gelden.

Voor de kosten van de twee deskundigenonderzoeken maakt het hof een uitzondering. Deze kosten zijn in hoge mate veroorzaakt, doordat De Boer ten onrechte de in dit verband relevante gegevens niet heeft bewaard. Daarbij past deze kosten, die De Boer al heeft voorgeschoten, voor haar rekening te laten. Het hof zal dus de proceskosten tussen partijen compenseren in die zin dat ieder de eigen proceskosten moet dragen, met dien verstande dat het hof de deskundigenkosten voor rekening van De Boer zal brengen.”

3.7 [] heeft tijdig cassatieberoep ingesteld tegen 's Hofs arresten van 13 maart 2008 en 23 juli 2013. Na een verwikkeling die thans niet meer ter zake doet, heeft De Boer geconcludeerd tot verwerping van het beroep; zij heeft incidenteel cassatieberoep ingesteld, dat door [] is tegengesproken. Partijen hebben hun standpunten ampel doen toelichten, waarna nog is gere- en geduplicateerd.

4. Bespreking van het principale middel

4.1 Het cassatiemiddel bevat vijf onderdelen. Blijkens de inleiding richt het zich in de eerste plaats tegen de maatstaven die het Hof op een aantal punten heeft aangelegd voor het bepalen van de omvang van de winst van De Boer. Naar [] meent, heeft het Hof met name geen, althans te weinig, in aanmerking genomen dat de omstandigheid dat De Boer de relevante financiële gegevens met betrekking tot deze winst niet heeft bewaard, voor haar rekening dient te komen. De Boer behoort immers geen voordeel te (kunnen) genieten uit het feit dat zij - ten onrechte - de relevante financiële gegevens niet heeft bewaard. Dit brengt mee dat onduidelijkheden en onzekerheden bij het vaststellen van de omvang van de winst in beginsel voor rekening van De Boer (althans in elk geval niet ten laste van []) dienen te komen. In de tweede plaats richten de klachten zich tegen 's Hofs oordeel omtrent de ingangsdatum van de gevorderde compensatoire interessen en tot slot tegen de compensatie van proceskosten waartoe het Hof in zijn eindarrest heeft beslist.

4.2.1 *Onderdeel 1* memoreert in de inleiding dat het Hof in rov. 2.5 tot en met 2.9 van het eindarrest tot het oordeel komt dat de winst die De Boer met het Sjopspeel heeft

behaald € 86.840 bedraagt. Het Hof stelt daarbij in rov. 2.5 (samengevat) voorop dat de winst (als bedoeld in art. 27a Auteurswet) die De Boer met de inbreuk op het auteursrecht van [] heeft behaald, dient te worden geschat, dat het Hof voor ogen heeft gestaan om die schatting (mede) te verrichten aan de hand van voorlichting door deskundigen, dat het rapport van deskundigen laat zien dat bij de begroting van de winst van De Boer een groot aantal stappen moet worden gezet, dat een fors gedeelte van deze stappen slechts kan worden gezet op basis van beredeneerde aannames en dat dit alles dwingt tot behoedzaamheid.

4.2.2 *Onderdeel 1a* stelt dat bij de vaststelling van de winst die De Boer met de auteursrechtinbreuk heeft behaald, tot uitgangspunt dient - zoals het Hof Arnhem in de eerste verwijzingsprocedure heeft beslist en in het daaropvolgende cassatieberoep door geen van partijen is bestreden - dat De Boer ten onrechte de relevante (financiële) gegevens met betrekking tot de Sjopspelactie niet heeft bewaard, dat de gevolgen hiervan voor rekening van De Boer dienen te komen en dat dit (onder meer) meebrengt dat bij de beoordeling van eventueel door De Boer te leveren getuigenbewijs, (eveneens) voor rekening van De Boer dient te komen dat De Boer wegens het ontbreken van de bedoelde financiële gegevens niet kan voldoen aan de verplichting ex art. 27a Auteurswet om ter zake van de al dan niet genoten winst, rekening en verantwoording af te leggen. Voorts dient tot uitgangspunt dat art. 27a Auteurswet (mede) ertoe strekt om inbreuk op het auteursrecht te ontmoedigen door het voordeel dat met de auteursrechtinbreuk is behaald af te romen. Dit een en ander brengt - mede gelet op de te dezen vereiste effectieve auteursrechtelijke bescherming - mee dat een schatting van de door De Boer behaalde winst niet tot het resultaat behoort te (kunnen) leiden dat De Boer (mogelijk) voordeel geniet van het feit dat zij verwijtbaar de financiële gegevens met betrekking tot de Sjopspelactie niet heeft bewaard. Anders zou het immers aantrekkelijk (kunnen) zijn voor een inbreukmaker om de relevante (financiële of andere) gegevens verloren te doen gaan en zich te onttrekken aan de verplichting tot het afleggen van rekening en verantwoording uit hoofde van art. 27a Auteurswet. Zoals in de na-

volgende subonderdelen wordt uitgewerkt, heeft het Hof bij zijn oordeel in rov. 2.5 tot en met 2.9 de hiervóór genoemde uitgangspunten miskend, althans is zijn oordeel in het licht van die uitgangspunten en hetgeen [] in dat verband heeft aangevoerd onvoldoende (begrijpelijk) gemotiveerd, aldus nog steeds het onderdeel.

4.2.3 *Onderdeel 1b* betoogt dat het Hof ten onrechte, althans zonder voldoende (begrijpelijke) motivering, in rov. 2.7.2 oordeelt dat de winst die De Boer met de Sjopspelactie heeft gerealiseerd, moet worden bepaald uitgaande van een aantal van 45.100 verkochte spellen. Zoals in onderdeel 1a al is aangevoerd, vereisen ratio en doelstelling van art. 27a Auteurswet, mede in verband met het realiseren van een effectieve auteursrechtelijke bescherming, dat De Boer geen voordeel behoort te (kunnen) genieten van het feit dat zij verwijtbaar de relevante financiële gegevens met betrekking tot de Sjopspelactie verloren heeft doen gaan en derhalve niet voldoet aan haar verplichting uit hoofde van art. 27a Auteurswet tot het afleggen van rekening en verantwoording. Dit uitgangspunt brengt mee dat bij de bepaling van de winst die De Boer met de inbreuk op het auteursrecht van [] heeft behaald, (in beginsel) dient te worden uitgegaan van de maximaal mogelijke behaalde winst. Voor afwijking van dit uitgangspunt dienen hoge eisen te worden gesteld aan het bewijs (dat in beginsel door De Boer dient te worden geleverd, althans in welk kader op De Boer een verzwaarde stelplicht dient te rusten) dat de feitelijk behaalde winst lager ligt, en/of dienen eventuele onduidelijkheden in dat bewijs voor rekening te komen van De Boer. Bij zijn oordeel in rov. 2.7.2 heeft het Hof een en ander miskend. Het Hof vermeldt in rov. 2.7.2 weliswaar dat het niet bewaren van gegevens voor rekening van De Boer komt, maar neemt vervolgens uitsluitend op basis van de afgelegde getuigenverklaringen aan dat van de 50.100 vervaardigde spellen enkele duizenden exemplaren zijn overgebleven. Gelet op de (ook door [] naar voren gebrachte) omstandigheden dat:

- als getuigen uitsluitend (ex-)werknemers van de inbreukmaker De Boer zijn gehoord;

- [] (ook) in dit verband als auteursrechthebbende zich in een achterstandspositie bevindt, nu hij niet bekend is met (ex-)werknemers van De Boer die uit eigen wetenschap over de resultaten van de Sjopspelactie zouden kunnen verklaren;
- de getuigenverklaringen betrekking hebben op gebeurtenissen die ten tijde van het afleggen van die verklaringen vijftien jaar geleden waren (zodat de verklaringen ook om die reden minder betrouwbaar kunnen worden geacht);
- de getuigenverklaringen op veel punten geen betrekking hebben op "de getuige uit eigen waarneming bekende feiten" (art. 163 Rv), maar op veronderstellingen, inschattingen en gissingen;
- bovendien ten processe vaststaat en/of [] heeft aangevoerd (en niet ongegrond is bevonden) dat het Sjopspel ook ná december 1989 (het einde van de actieperiode, waarover de getuigen hebben verklaard) nog door De Boer aan haar klanten ter beschikking is gesteld,

heeft het Hof niet, althans niet zonder nadere motivering (die ontbreekt), kunnen oordelen dat 45.100 spellen zijn verkocht. In het licht van de hiervóór vermelde omstandigheden valt immers zonder nadere motivering niet in te zien dat (met de in het licht van de hiervoor vermelde uitgangspunten vereiste mate van zekerheid) is aangetoond dat 45.100 spellen, althans niet het maximale aantal van 50.100 spellen, zijn (is) verkocht. Met zijn oordeel in rov. 2.7.2 heeft het Hof derhalve hetzij blijkt gegeven van een onjuiste rechtsopvatting omtrent de in dit verband aan te leggen beoordelingsmaatstaven, hetzij zijn oordeel in het licht van die maatstaven en hetgeen [] in dat verband heeft aangevoerd, onvoldoende gemotiveerd.

4.2.4 *Onderdeel 1c* strekt ten betoge dat het Hof ten onrechte, althans zonder voldoende (begrijpelijke) motivering, voorts in rov. 2.8 oordeelt dat bij de bepaling van de door De Boer met de inbreuk behaalde winst, moet worden uitgegaan van de "gemiddelde grootte" van de door deskundigen berekende winst. Zoals in onderdeel 1b al is uiteengezet, brengen de in het onderhavige geval te hanteren uitgangspunten evenwel mee dat bij de bepaling van de winst die De Boer met de inbreuk op het auteursrecht

van [] heeft behaald, (in beginsel) dient te worden uitgegaan van de maximaal mogelijke behaalde winst. Alleen dan (althans in beginsel alleen dan) wordt immers, naar [] ook heeft aangevoerd, recht gedaan aan het uitgangspunt dat De Boer geen voordeel mag (kunnen) trekken uit het feit dat zij verwijtbaar de financiële gegevens met betrekking tot de Sjopselactie verloren heeft doen gaan en derhalve niet kan voldoen aan haar verplichting uit hoofde van art. 27a Auteurswet om rekening en verantwoording af te leggen met betrekking tot de winst die zij met de auteursrechtinbreuk heeft behaald. Gelet hierop had het Hof behoren uit te gaan van de door deskundigen berekende maximale winst, althans van de berekende winst op basis van het 97,5e percentiel van de simulaties, althans in elk geval van een hogere winst dan de door deskundigen berekende gemiddelde winst. Nu het Hof dit heeft nagelaten, geeft zijn oordeel blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Althans is dat oordeel onvoldoende gemotiveerd, nu het Hof in rov. 2.8 geen omstandigheden vermeldt en/of redenen geeft die afwijking (kunnen) rechtvaardigen van het uitgangspunt dat - gelet op het verwijtbaar verloren laten gaan van de relevante financiële gegevens door De Boer, hetgeen voor haar risico komt - in beginsel dient te worden uitgegaan van de maximale winst die De Boer met de auteursrechtinbreuk kan hebben behaald, aldus de litanie.

4.2.5 *Onderdeel 1d* klaagt dat voor zover het Hof zijn oordelen in rov. 2.7 en 2.8 (mede) heeft gebaseerd op de gedachte dat bij het vaststellen van de door De Boer behaalde winst en/of bij de interpretatie van de conclusies van deskundigen "behoedzaamheid" dient te worden betracht (vgl. rov. 2.5 en 2.8, waarin het Hof van zodanige behoedzaamheid spreekt) geldt dat de in de voorgaande onderdelen genoemde uitgangspunten die in het onderhavige geval in aanmerking zijn te nemen, meebrengen dat voor de door het Hof genoemde behoedzaamheid geen grond bestaat. Met betrekking tot de bevindingen van deskundigen geldt dit nog eens te meer, nu de deskundigen bij hun berekeningen al zijn uitgegaan van conservatieve aannames c.q. schattingen (waarin derhalve al een mate van behoedzaamheid is verdisconteerd). De genoemde oordelen van het Hof zijn derhalve ook onjuist en/of zonder nadere motivering niet begrijpelijk.

4.2.6 *Onderdeel 1e* verwijt het Hof in rov. 3.3 van het eerste tussenarrest enkele punten te vermelden die in de onderhavige (tweede) verwijzingsprocedure vast staan, maar het Hof vermeldt daarbij niet dat de gevolgen van het niet bewaren van de relevante financiële gegevens door De Boer voor haar rekening dienen te komen, (ook) bij de waardering van af te leggen getuigenverklaringen. Indien het Hof mocht hebben willen oordelen dat dit laatste in de tweede verwijzingsprocedure géén vaststaand uitgangspunt vormde, heeft het Hof miskend dat het Hof Arnhem dit in zijn arrest van 7 september 2004 (rov. 2.4) reeds had geoordeeld en beide partijen daartegen in (de tweede) cassatie niet zijn opgekomen. In dat geval heeft het Hof derhalve de grenzen van de rechtsstrijd na cassatie en verwijzing miskend en/of heeft het een onbegrijpelijke uitleg aan het genoemde oordeel van het Hof Arnhem gegeven.

4.3 De klachten komen er, tot de kern teruggebracht, op neer dat de ratio van de winstafdracht in de Auteurswet ertoe noopt om uit te gaan van de juistheid van de stellingen van eiser omtrent de beweerdelijk genoten winst in een situatie waarin de verweerder relevante gegevens aan de hand waarvan de winst zou kunnen worden begroot in het ongerede heeft doen geraken.

4.4 Ik kan daarover kort zijn: die stelling vindt geen steun in het recht en dat is maar goed ook. Voor zover nodig wordt dat hierna onder 4.12 nader uitgewerkt.

4.5 Mogelijk moeten de klachten, in onderlinge samenhang, zo worden gelezen dat ze een iets subtielere stelling verdedigen: in een situatie waarin de verweerder relevante gegevens aan de hand waarvan de winst zou kunnen worden begroot in het ongerede heeft doen geraken en waarin deskundigen ten aanzien van de genoten winst aangeven dat deze zich beweegt tussen twee uitersten, zou van het hoogste door hen genoemde bedrag moeten worden uitgegaan. Klaarblijkelijk ook in een situatie waarin deskundigen menen dat (heel) onaannemelijk is dat de winst inderdaad ligt in de buurt van de bovengrens.

4.6.1 Ook deze stelling snijdt geen hout. Hoe verwerpelijk het in voorkomende gevallen ook kan zijn om relevante gegevens in het ongerede te doen geraken, daaraan kan niet, laat staan zonder meer, de door bepleite sanctie worden verbonden. Ook figuren die zich aan onwenselijk gedrag schuldig maken, zijn daarmee nog niet aan de heidenen overgeleverd. Er zijn wellicht tijden geweest waarin dat anders was (dat gold trouwens ook voor personen die slechts op wankelende gronden van euveldaden werden verdacht), maar we leven inmiddels in elk geval in zoverre in een tijd van verlichting.

4.6.2 Hieraan doet niet af dat onder meer art. 21 Rv. de rechter een handvat biedt om in situaties als daar genoemd desverkiezend een bepaalde partij te hulp te schieten, maar hij is daartoe niet gehouden. Voor een dergelijke gehoudenheid zijn ook geen goede argumenten aan te voeren. Ik haast mij hieraan toe te voegen dat het Hof uitvoerig stilstaat bij en ook rekening houdt met de omstandigheid waarom de klachten zijn gevlochten.

4.7.1 Opmerking verdient nog dat er een vloeiende grens is tussen het *in het geheel* doen verdwijnen van gegevens en het slechts in beperkte mate overleggen daarvan. Bij dit laatste doet zich een moeilijkheid gevoelen. Het kan mogelijk, maar zal vaak moeilijk zoal niet bijkans onmogelijk, zijn om vast te stellen welke gegevens een bepaalde partij onder haar beheer heeft, maar niet worden overgelegd. Zeker in een niet inquisitoriaal stelsel als het onze moet dus steeds rekening worden gehouden met de allerminst theoretische – en naar de ervaring lijkt uit te wijzen: héél realistische – kans dat een partij slechts deel van het verhaal vertelt en alleen de daarbij behorende stukken produceert. Dat moge moreel verwerpelijk zijn - het is ook in strijd met de waarheidsplicht - maar het is wel de rauwe werkelijkheid.

4.7.2 Aanvaarding van de door voorgestane regel zou tot veel ellende (kunnen) leiden in dergelijke situaties, met name wanneer vast zou staan – of wellicht: heel aannemelijk is – dat niet alle ter zake dienende gegevens worden overgelegd, maar

waarin duister blijft wat precies wordt achtergehouden. Enerzijds zou moeilijk zijn te verdedigen waarom in dergelijke gevallen wezenlijk anders zou moeten worden geoordeeld als in situaties als bedoeld onder 4.3 en 4.5, maar anderzijds zou de andere partij dan vaak een niet op inhoudelijke gronden te rechtvaardigen voordeel in de schoot geworpen krijgen. Dat is trouwens sowieso het gevolg van de door bepleite regel.

4.8.1 Dit alles klemmt te meer wanneer we de zaak bezien vanuit een wat breder perspectief. In veel gevallen verkeren eisers (of gedaagden) in bewijsnood. Soms gaat het om triviale geschillen, maar het kan ook gaan om kwesties die voor betrokkenen héél ingrijpend zijn, zoals ernstig letsel, ontslag zonder uitzicht op ander werk en zakelijke geschillen die een partij in de financiële afgrond duwen, zoals vergaande contractuele aansprakelijkheden, geschillen over verzekeringsdekkingen en allerhande schuldsaneringskwesties. De partij op wie de bewijslast rust, draagt gemeenlijk ook het bewijsrisico.⁴ Dat risico verwezenlijkt zich niet zelden met alle ingrijpende gevolgen van dien. Dat is hoogst onbevredigend, maar er is geen panacee voor.

4.8.2 Zeker niet steeds, maar vermoedelijk wel vaak, spelen in settingen als vermeld onder 4.8.1 kwesties als aangevoerd onder 4.7.1 een rol. Vaak zal dat onbewijsbaar zijn, in andere gevallen is het in mindere of meerdere mate aannemelijk. Maatwerk is dan de oplossing. Zoals vaker in het recht is de botte bijl niet het juiste wapen.

4.9 Het onderdeel behelst twee enigszins concrete klachten; daarop ga ik hieronder sub 4.14 e.v. in. Voor het overige meen ik dat de klachten na het voorafgaande geen verdere bespreking behoeven. Voor het geval Uw Raad daarover anders mocht oordelen nog een enkel woord.

⁴ Dat ligt wat anders bij schuldsaneringskwesties, maar daarop behoeft ik thans niet in te gaan.

4.10 Het onderdeel berust gedeeltelijk op een verkeerde lezing van 's Hof's arrest. Anders dan [] wil doen geloven, heeft het Hof wel degelijk tot uitgangspunt genomen dat de gevolgen van het ten onrechte niet bewaren de relevante financiële gegevens met betrekking tot de Sjopspelactie door De Boer voor haar rekening dienen te komen. Het Hof heeft de stelplicht en bewijslast bij De Boer gelegd.⁵ Op verschillende plaatsen in het eindarrest komen de consequenties van dat uitgangspunt tot uitdrukking. In rov. 2.6.2 verwerpt het Hof het betoog van De Boer dat de deskundigen bij het begroten van de door haar behaalde winst met te weinig kosten rekening hebben gehouden. Het Hof verwerpt vervolgens in rov. 2.7 de stelling van De Boer dat bij de begroting van de winst met niet meer dan 30.000 afgezette spellen moet worden gerekend. In rov. 2.7.2 komt het Hof, mede op basis van de afgelegde getuigenverklaringen, tot de slotsom dat het aantal overgebleven spellen niet hoger moet worden geschat dan enkele duizenden, terwijl De Boer van een véél hoger aantal was uitgegaan (rov. 2.7.1). Het Hof neemt daarbij in aanmerking dat het niet-bewaren van gegevens voor rekening van De Boer komt. In rov. 2.8 aanvaardt het Hof de door de deskundigen ontwikkelde visie dat de Sjopspelactie van invloed is geweest op de door De Boer behaalde omzet en op de door De Boer behaalde winst. In rov. 2.9 overweegt het Hof onder meer dat bij gebreke van ter zake dienende stellingen bewijslevering verder achterwege kan blijven, de door de deskundigen met het Sjopspel behaalde winst, in zoverre deze door het Hof is aanvaard, groter is dan de schade die [] heeft geleden en dat De Boer die winst, begroot op € 86.840, aan [] dient af te dragen, onder aftrek van het reeds uitgekeerde bedrag aan schadevergoeding. Voor matiging bestaat volgens het Hof geen grond, evenmin voor de veronderstelling dat [] door toekenning van een dergelijk bedrag ten laste van De Boer ongerechtvaardigd zou worden verrijkt. Het Hof laat in rov. 2.13 de kosten van de twee deskundigenonderzoeken voor rekening van De Boer omdat deze kosten in hoge mate zijn veroorzaakt doordat De Boer ten onrechte in dit verband relevante gegevens niet heeft bewaard.

⁵ Arrest 13 maart 2008, rov. 3.7 en 3.10; arrest 22 februari 2011, rov. 2.8.

4.11 Gezien het voorgaande kan evenmin worden gezegd dat het Hof zou hebben miskend dat art. 27a Aw (mede) ertoe strekt om inbreuk op het auteursrecht te ontmoedigen door het voordeel dat met de auteursrechtinbreuk is behaald af te romen, een stelling die [] in zijn s.t. vrij uitvoerig heeft uitgewerkt.⁶

4.12 Het onderdeel staat blijkbaar verdergaande consequenties voor ogen dan door het Hof aanvaard. Volgens de *onderdelen 1b en 1c* moet worden uitgegaan van de *maximaal mogelijke* behaalde winst. Het onderdeel bepleit een processuele sanctie op het niet bewaren van de relevante financiële gegevens voor De Boer respectievelijk het niet afleggen van rekening en verantwoording. Ik gaf al aan dat deze benadering geen steun vindt in het recht.⁷ Art. 27a Aw gaat uit van de afdracht van de *daadwerkelijk genoten* winst.⁸ Het Hof heeft in rov. 2.5 dus terecht tot uitgangspunt genomen dat bij de schatting van de winst zo veel mogelijk gebruik moet worden gemaakt van de feiten en omstandigheden die tussen partijen zijn komen vast te staan, althans aannemelijk zijn.

4.13 Bovendien laboreert de klacht aan ontoelaatbare vaagheid. Wat wordt bedoeld met de maximaal mogelijke (behaalde⁹) winst? Die winst lijkt in theorie onbegrensd. Gaat het om door [] zelf becijferde winst? Of om hetgeen hij uit de losse pols vordert? Als dat zo is, dan veroordeelt het betoog zich zelf.

4.14 Als ik het goed begrijp, ventileert het onderdeel twee specifieke klachten. Uit het betoog in de *onderdelen 1b en 1c* blijkt dat [] lijkt te doelen op de in het des-

⁶ Zie onder 3.1-3.6.

⁷ Zie HR 30 januari 2009, ECLI:NL:HR:2009:BF7411, NJ 2009/84 (rov. 3.2.2) alsmede nrs. 2.14 en 2.20-2.22 van de conclusie van mijn ambtgenoot Langemeijer voor dat arrest.

⁸ Hetgeen [] in zijn s.t. onder o.m. 3.2, 3.10 en 3.21 ook lijkt te onderkennen.

⁹ In de s.t. van [] onder 3.11 en 3.17 vervalt dit woord.

kundigenrapport genoemde maximale winst.¹⁰ Ik leid dat af uit *onderdeel 1b* dat opkomt tegen het door het Hof in rov. 2.7 tot uitgangspunt genomen aantal van 45.100 verkochte spellen (in plaats van het “maximale aantal” van 50.100 spellen), terwijl *onderdeel 1c* opkomt tegen het oordeel in rov. 2.8 waarbij het Hof is uitgegaan van de gemiddelde grootte van de door de deskundigen gevonden extra winst bij 45.100 afgezette spellen.

4.15 Ik stel voorop dat de begroting van schade, respectievelijk het vaststellen van de wijze van winstberekening, sterk is verweven met de waardering van de feiten zodat voor klachten daarover in cassatie nauwelijks ruimte is.¹¹ De aard van de bevoegdheid om de omvang van de schade te schatten indien zij niet nauwkeurig kan worden vastgesteld, brengt mee dat de motivering van het geschatte bedrag niet aan hoge eisen behoeft te voldoen.¹² Ter zake de uitleg en waardering van het deskundigenrapport geldt eveneens dat oordelen daarover slechts in beperkte mate in cassatie kunnen worden getoetst, terwijl, voor zover het die waardering betreft, de rechter daarbij een grote mate van vrijheid heeft. In beginsel heeft de rechter op dat punt een beperkte motiveringsplicht, ook wat betreft zijn beslissing de zienswijze van de deskundige al dan niet te volgen.¹³

4.16.1 Het Hof heeft de winst in casu geschat; het heeft het (tweede) deskundigenrapport daarbij tot richtsnoer genomen. Het Hof heeft zich aangesloten bij de door de deskundigen getrokken conclusies met betrekking tot de winst. Een factor ter bepaling

¹⁰ De s.t. van onder nr. 2.13 verwijst naar de maximale extra winst bij 50.100 verkochte spellen ad € 324.552.

¹¹ Vgl. HR 12 april 2013, ECLI:NL:HR:2012:BY1533, NJ 2013/503 P.B. Hugenholtz rov. 5.2.2; losbladige Schadevergoeding (Lindenbergh), art. 6:95, aant. 8 en art. 6:97, aant. 19-20; A-G Verkade voor HR 16 juni 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU8940, NJ 2006/585 J.H. Spoor onder 6.39, alsook mijn toenmalige ambtgenoot Bakels voor HR 14 april 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5519, NJ 2000/489 DFWV onder 2.25-2.26.

¹² HR 16 februari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU9717, NJ 2006/378 MMM.

¹³ HR 15 mei 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH3148, RvdW 2009/633.

van de winst (waarover de deskundigen zich niet hebben uitgesproken¹⁴) betrof de hoeveelheid overgebleven spellen.¹⁵ Hierover bestond discussie tussen partijen. Het Hof Arnhem oordeelde in zijn arrest van 7 september 2004 (rov. 2.4) dat de gevolgen van het niet bewaren van alle (financiële) gegevens met betrekking tot het Sjopspel voor rekening van De Boer dienen te komen. Dit betekende echter niet dat het bewijsaanbod van De Boer om door middel van getuigen te bewijzen dat met het De Boer Sjopspel geen winst is gemaakt en dat een aanzienlijke partij spellen is overgebleven die geschonken is aan bejaardencentra en ziekenhuizen gepasseerd dient te worden. Bewijs mag immers met alle middelen rechtens geleverd worden. Bij de beoordeling van het bewijs zal het Hof uiteraard voor rekening van De Boer laten komen dat De Boer wegens het ontbreken van de door het verzochte (financiële) gegevens in zoverre niet kan voldoen aan de in artikel 27a Auteurswet neergelegde plicht om ter zake van de (al dan niet) genoten winst rekening en verantwoording af te leggen, aldus het arrest. Dit uitgangspunt is destijds in cassatie niet bestreden.

4.16.2 In zijn arrest van 19 april 2005 heeft het Hof Arnhem in rov. 2.4 eerste volzin aangenomen dat er vele duizenden spellen over waren (op basis van de getuigenverklaringen concludeert het Hof Arnhem in rov. 2.3 dat er aan het eind van de actie enkele duizenden, doch hoogstens 20.000 spellen over waren). In de meest voor de hand liggende lezing, neemt zulks op p. 3 derde regel van de cassatiedagvaarding van 19 juli 2005 zelf eveneens tot uitgangspunt; zie heel duidelijk en met name ook onderdeel 1.3 p. 3 bovenaan na tweede liggend streepje.

4.16.3 Het Hof Amsterdam heeft zich in rov. 2.7 van zijn (thans bestreden) eindarrest eveneens gebogen over het aantal verkochte spellen.¹⁶ Het Hof oordeelt in rov. 2.7.2

¹⁴ Rov. 2.3.6 eindarrest.

¹⁵ Rov. 2.7 eindarrest.

¹⁶ Ik laat rusten of het Hof die vrijheid na cassatie en verwijzing nog had, zoals het Hof in rov. 2.7.1 vooropstelt.

dat op basis van de getuigenverklaringen die zijn afgelegd ten overstaan van het Hof Arnhem in elk geval dient te worden aanvaard dat een gedeelte van de 50.100 vervaardigde spellen niet is afgezet alsmede dat deze spellen zijn weggegeven aan bijvoorbeeld verenigingen, ziekenhuizen, bejaardenhuizen en dergelijke. Het Hof overweegt voorts dat hetgeen door de getuigen is verklaard over de omvang van dit gedeelte aanzienlijk uiteenloopt: tussen enkele duizenden en bijna 20.000. Zoals eerder aangegeven, heeft het Hof de onduidelijkheid omtrent het exacte overgebleven aantal spellen ten laste van De Boer gebracht door uit te gaan van 45.100 verkochte spellen in plaats van een lager aantal zoals door De Boer bepleit (rov. 2.7.2).

4.17 Dat het Hof het aantal overgebleven spellen niet op nul heeft gesteld, zoals onderdeel 1b blijkbaar voorstaat, is geheel in lijn met het beschreven verloop van het processuele debat en trouwens ook met de zojuist gememoreerde eigen stellingen van . Bovendien en ten overvloede: het oordeel berust op een aan het Hof als feitenrechter voorbehouden waardering van het getuigenbewijs. 's Hof's oordeel is niet onjuist en geenszins onbegrijpelijk of onvoldoende gemotiveerd, ook niet gelet op de door het onderdeel opgesomde omstandigheden. Die omstandigheden maken immers niet duidelijk waarom niet zou mogen worden uitgegaan van hetgeen zelf heeft aangevoerd; zie hierboven onder 4.16.2.

4.18.1 *Onderdeel 1c* vindt in het voorafgaande zijn Waterloo.

4.18.2 Ten overvloede: het Hof sluit zich met de keuze voor de “gemiddelde grootte” van de door deskundigen berekende winst aan bij de conclusies van de deskundigen.¹⁷ De deskundigen geven aan dat ze kiezen voor “een 95% betrouwbaarheidsinterval zodat de waarden uit een *zeer onwaarschijnlijke* combinatie van aannames buiten be-

¹⁷ Vgl. tabel 14 op p. 43 van het deskundigenrapport, derde kolom in combinatie met de eindconclusies op p. 44.

schouwing worden gelaten” (cursivering toegevoegd).¹⁸ Dat oordeel is feitelijk en al-
lerminst onbegrijpelijk. Waarom het Hof had moeten kiezen voor het percentage van
97,5% maakt het onderdeel niet duidelijk. Dit valt ook met de beste wil van de wereld
niet in te zien nu het Hof in rov. 2.3.5 van het eindarrest memoreert dat de deskundi-
gen hebben uiteengezet dat zij hebben gekozen voor een 95% betrouwbaarheidsinter-
val zodat de waarden die voortkomen uit een *zeer onwaarschijnlijke combinatie* van
aannames buiten beschouwing worden gelaten.

4.19 *Onderdeel 1d* voegt niets nuttigs toe en behoeft daarom geen (afzonderlijke) be-
spreking.

4.20 *Onderdeel 1e* berust op een volstrekt verkeerde lezing van de arresten nu het Hof
blijkens rov. 2.7.2 van het eindarrest bij de waardering van de getuigenverklaringen in
aanmerking heeft genomen dat het niet-bewaren van gegevens voor rekening van De
Boer komt.

4.21.1 *Onderdeel 2a* betoogt dat het Hof ten onrechte en/of zonder toereikende moti-
vering in rov. 2.6.1 van het eindarrest oordeelt dat de winstopslag ad fl. 223.824 die
door Score Promotions aan De Boer in rekening is gebracht (als onderdeel van de aan-
schafkosten van in totaal fl. 628.254 die De Boer aan Score Promotions heeft betaald
voor de 50.100 afgenomen exemplaren van het Sjopspel), behoort tot de kosten die bij
de vaststelling van de door De Boer genoten netto winst op het bruto resultaat in min-
dering mogen worden gebracht. [] heeft in dit geding aangevoerd (hetgeen door
het Hof niet ongegrond is bevonden) dat Score Promotions dient te worden beschouwd
als mede-inbreukmaker te kwader trouw, (onder meer) omdat [] en (de oor-
spronkelijk mede-auteursrechthebbende) [] al vóór de start van de
Sjopspelactie, namelijk bij aangetekende brieven van 17 juli 1989 en 11 augustus

¹⁸ Deskundigenrapport p. 43 aan het slot, omkaderd (door deskundigen).

1989, de auteursrechten op het onderhavige spel hebben opgeëist jegens De Boer, respectievelijk Score Promotions, en zij Score Promotions bij aangetekende brief van 2 oktober 1989 nog eens hebben gewezen op de auteursrechtinbreuk. Naar [] voorts heeft aangevoerd behoort een inbreukmakende partij - mede gelet op de te dezen vereiste effectieve auteursrechtelijke bescherming haar (op de voet van art. 27a Auteurswet aan de rechthebbende af te dragen) winst niet te kunnen drukken door deze, althans een deel daarvan, te kunnen "wegsluizen" naar een mede-inbreukmaker te kwader trouw. Gelet op dit een en ander dient de winstopslag die Score Promotions (bovenop de productiekosten van het spel) aan De Boer in rekening heeft gebracht, buiten beschouwing te worden gelaten bij de vaststelling van de (netto) winst die De Boer met de auteursrechtinbreuk heeft behaald. 's Hofs andersluidende oordeel geeft derhalve blijk van een onjuiste rechtsopvatting, althans is dat oordeel, in het licht van de hiervoor weergegeven (essentiële) stellingen die [], zonder nadere motivering - die ontbreekt – niet begrijpelijk.

4.21.2 Indien 's Hofs oordeel erop mocht berusten dat het Hof in de stellingen van [] niet mocht hebben gelezen dat [] zich erop heeft beroepen dat Score Promotions als mede-inbreukmaker te kwader trouw heeft te gelden - het Hof vermeldt dit laatste immers niet bij zijn weergave van de stellingname van [] in rov. 2.6.1 - heeft het Hof (voorts) een onbegrijpelijke uitleg aan die stellingen gegeven, nu [] zich blijkens die stellingen onmiskenbaar wél op auteursrechtinbreuk te kwader trouw van Score Promotions heeft beroepen.

4.22 *Onderdeel 2b* klaagt dat het Hof voorts in rov. 2.6.2 van het eindarrest ten onrechte, bij zijn oordeel omtrent de hoogte van de "extra kosten" van De Boer, zonder enige motivering voorbij gaat aan het (gemotiveerde) betoog van [], dat de genoemde kosten bij de bepaling van de winst die De Boer op de voet van art. 27a Auteurswet dient af te dragen, buiten beschouwing dienen te blijven c.q. niet op de winst in mindering mogen worden gebracht. Naar [] heeft aangevoerd gaat het hier

immers om kosten, gemaakt ter facilitering en maximalisering van de verdiensten van De Boer uit auteursrechtinbreuk, zodat het in mindering brengen van deze kosten op de winst zou meebrengen dat de auteursrechthebbende feitelijk wordt gedwongen de inbreuk op zijn eigen product mede te financieren. 's Hofs oordeel geeft daarom blijk van een onjuiste rechtsopvatting, althans is dat oordeel in het licht van de genoemde stellingname van onvoldoende gemotiveerd.

4.23 *Onderdeel 2a* faalt. Zelfs als (veronderstellenderwijs) wordt aangenomen dat Score Promotions als mede-inbreukmaker te kwader trouw moet worden gekwalificeerd, doet zulks niet af aan het oordeel van het Hof dat de totale aankoopprijs van de spellen die de Boer heeft betaald aan Score Promotions een relevante kostenpost oplevert, met inbegrip van de winstopslag die deel uitmaakte van de aankoopprijs. Niet valt in te zien waarom de betreffende kosten niet, als onderdeel van de door De Boer aan Score Promotions verrichte betalingen, door De Boer in aanmerking zouden mogen worden genomen bij de bepaling van de winst van De Boer en waarom de winstopslag van Score Promotions als winst van De Boer zou kunnen worden gekwalificeerd respectievelijk aan haar zou kunnen worden toegerekend. Een tegengestelde opvatting miskent de afzonderlijke rechtspersoonlijkheid van De Boer en Score Promotions.

4.24 Het onderdeel en ook de s.t. onder 3.23 rept weliswaar van “wegsluizen”, maar geen beroep wordt gedaan op enige concrete stelling die deze kwalificatie waarmaakt.

4.25.1 Bij deze stand van zaken kan blijven rusten of eventuele “kwade trouw” van Score Productions rechtens relevant is¹⁹ en eveneens of van belang zou zijn of De Boer van die veronderstelde kwade trouw op de hoogte was.

¹⁹ Waarover vrij uitvoerig de s.t. van mrs. Cohen Jehoram en Rörsch onder 3.47 e.v.

4.25.2 Het onderdeel is niet gesteld in de sleutel van art. 6:102 BW. De eventuele gevolgen van deze bepaling voor de onderhavige kwestie kunnen daarom blijven rusten.²⁰

4.26 *Onderdeel 2b* is gestoeld op een exposé te vinden in het laatste processtuk in feitelijke aard (ruim 21 jaar na het begin van de procedure en na twee eerdere verwijzingen door Uw Raad). Het komt mij voor dat, voor zover het Hof al de vrijheid had om daarmee rekening te houden, het daartoe in elk geval niet was gehouden. Het onderdeel behelst geen (duidelijke) rechtsklacht, te weten een klacht die niet wordt opgehangen aan het niet ingaan op een stelling van . Het loopt hierop stuk.

4.27 Ten overvloede: het Hof heeft in rov. 2.6 geoordeeld dat bij de begroting van de winst waarom het tussen partijen gaat, uitgangspunt is dat de term “winst” moet worden uitgelegd naar het normale spraakgebruik. Dat betekent dat met winst netto-winst wordt bedoeld. Relevante kosten mogen derhalve in mindering worden gebracht op het bruto resultaat. Kosten die in een te ver verwijderd verband staan worden niet tot de relevante kosten gerekend, aldus het Hof. Het oordeel van het Hof in rov. 2.6.2 dat de daar bedoelde kosten in aanmerking worden genomen bij het bepalen van de winst is feitelijk en zeker niet onbegrijpelijk. Onder omstandigheden kan discussie bestaan over de vraag welke, met name indirecte of niet variabele, kosten van de inbreukmaker bij het bepalen van de winst in aanmerking dienen te worden genomen,²¹ maar die dis-

²⁰ Zie losbladige Schadevergoeding (Deurvorst), art. 6:104 BW, aant. 17.

²¹ Zie over het winstbegrip in art. 6:104 BW, HR 18 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL9662, RvdW 2010/772: “Onder ‘winst’ in de zin van art. 6:104 dient te worden verstaan: ieder financieel voordeel dat de schuldenaar door zijn onrechtmatig handelen of tekortkoming heeft genoten. Een beperktere opvatting zou zonder goede grond tot gevolg kunnen hebben dat de bepaling niet zou kunnen worden toegepast, in het bijzonder indien de onderneming van schuldenaar niet winstgevend is. Voor de begroting van de winst in bovenvermelde zin moet worden uitgegaan van het netto-voordeel, dat wil zeggen het voordeel dat resulteert na aftrek van de kosten en lasten die aan het verkrijgen daarvan verbonden zijn geweest. Evenals dat het geval

cussie is niet, althans niet voldoende kenbaar gevoerd in de door het cassatiemiddel genoemde vindplaats;²² voor zover de schriftelijke toelichting dit onderwerp aansnijdt, is zulks tardief. Ten overvloede merk ik op dat afgaande op de omschrijving van de door de deskundigen meegenomen kosten²³ ik de neiging heb om te veronderstellen dat er voldoende rechtstreeks verband bestaat tussen de kosten en het voordeel dat met de inbreukmakende gedraging door De Boer is verkregen.

4.28 Het onderdeel doet geen beroep op bijzondere omstandigheden aan de zijde van De Boer die tot een ander – voor [] gunstiger – oordeel zouden moeten leiden. Heel in het bijzonder wordt geen beroep gedaan op een (ernstig) verwijt aan de kant van De Boer of op wat [] in het kader van onderdeel 2a aanduidt als “kwade trouw”. Daarop behoef ik dan ook niet in te gaan.

4.29.1 *Onderdeel 3* acht rechtens onjuist en/of onvoldoende (begrijpelijk) gemotiveerd 's Hofs oordeel in rov. 2.10 van het eindarrest dat de compensatoire rente die [] heeft gevorderd over het bedrag aan winstafdracht, (pas) vanaf 9 april 1997 toewijsbaar is, nu deze vordering op 9 april 1997 voor het eerst in rechte aan de orde is gesteld door [] en gesteld noch gebleken is dat [] eerder voldoende kenbaar voor De Boer aanspraak heeft gemaakt op compensatoire rente over het bedrag aan winstafdracht.

is met de eerder vermelde winstafdracht op de voet van art. 2.21 lid 4 BVIE, gaat het daarbij in elk geval om de kosten en lasten — belastingen daaronder begrepen — die rechtstreeks samenhangen met het door het onrechtmatig handelen van de schuldenaar behaalde voordeel. Of in een concreet geval aanleiding bestaat om voor de bepaling van de winst ook andere — indirecte — kosten in aftrek te brengen, zoals de algemene kosten van de onderneming, is ter beoordeling van de rechter die de schade vaststelt, die daarbij alle omstandigheden van het geval in aanmerking kan nemen, waaronder de mate van verwijtbaarheid.” Zie tevens losbladige Schadevergoeding (Deurvorst), art. 6:104 BW, aant. 10.

²² Memorie na deskundigenbericht, tevens houdende wijziging van eis, § 8 (p. 5-6).

²³ P. 41-42.

4.29.2 *Onderdeel 3a* betoogt dat het Hof met dit oordeel miskent dat in een geval als het onderhavige, waarin schadevergoeding op grond van onrechtmatige daad wordt gevorderd (waarbij de omvang van die schade op de voet van art. 27a Auteurswet kan worden begroot op de winst die De Boer met de auteursrechtinbreuk heeft behaald), naar het te dezen toepasselijke oud BW zogeheten "compensatoire interessen" kunnen worden gevorderd voor zover de onrechtmatige daad heeft geleid tot het gemis van een vermogensbestanddeel (waaronder, zoals in casu, een geldsom). Anders dan het Hof klaarblijkelijk heeft gemeend, gelden voor het tijdstip waarop deze compensatoire rente verschuldigd wordt niet de in art. 1286 oud BW neergelegde vereisten (inhoudende, voor zover hier van belang, dat de rente in rechte moet zijn gevorderd), óók niet indien de hoogte van de gevorderde compensatoire rente door de schuldeiser wordt gesteld op de wettelijke rente. Het genoemde oordeel van het Hof geeft daarom blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Indien het Hof het vorenstaande niet heeft miskend, heeft het althans zijn oordeel omtrent de ingangsdatum van de compensatoire rente onvoldoende (begrijpelijk) gemotiveerd. [] vordert in dit geding (na wijziging van eis) vergoeding van schade en/of afdracht ex art. 27a Auteurswet van de winst die De Boer heeft behaald met haar inbreuk op het auteursrecht van []. Het gaat dus om een vordering tot schadevergoeding op grond van een door De Boer gepleegde onrechtmatige daad (auteursrechtinbreuk). In het licht hiervan valt zonder nadere motivering - die ontbreekt - niet in te zien dat [] ter zake geen compensatoire rente zou kunnen vorderen vanaf (voor zover het de winstafdracht ex art. 27a Auteurswet betreft) 1 november 1989, zijnde het midden van de periode waarbinnen De Boer de inbreukmakende spellen heeft verkocht. Indien 's Hof's kennelijke toepassing van de eisen van art. 1286 oud BW aldus moet worden begrepen, dat het Hof heeft gemeend dat de vordering van [] uitsluitend zag op de niet-tijdige betaling van een geldsom (in welk geval art. 1286 oud BW bij uitsluiting van toepassing zou zijn) is dat oordeel evenzeer onbegrijpelijk. In het licht van de (hiervóór omschreven) vordering tot schadevergoeding wegens onrechtmatige daad (auteursrechtinbreuk) die [] in dit geding heeft ingesteld.

4.29.3 *Onderdeel 3b* betoogt dat het Hof met zijn oordeel omtrent de ingangsdatum van de door [] gevorderde compensatoire rente bovendien buiten de grenzen van de rechtsstrijd na cassatie en verwijzing is getreden. In de eerste verwijzingsprocedure heeft het Hof Arnhem bij eindarrest van 19 april 2005 immers geoordeeld dat de door [] gevorderde compensatoire rente, waarvan de rentevoet ex aequo et bono moet worden vastgesteld op de wettelijke rente, toewijsbaar is nu De Boer hier- tegen geen verweer heeft gevoerd; het Hof heeft deze rente (dus) vanaf de door [] gevorderde ingangsdata toegewezen. Dit oordeel van het Hof Arnhem is in (de tweede) cassatie door geen van beide partijen bestreden. Gelet hierop had het Hof in de onderhavige (tweede) verwijzingsprocedure niet de vrijheid om de gevorderde compensatoire rente (alsnog) vanaf een andere - en veel latere - ingangsdatum dan door [] gevorderd toe te wijzen. De omstandigheid dat het Hof Arnhem de wer- kelijk door [] geleden schade toewees, terwijl het Hof thans in de tweede ver- wijzingsprocedure winstafdracht ex art. 27a Auteurswet heeft toegewezen, kan het voorgaande niet anders maken: in de tweede verwijzingsprocedure was immers nog slechts de vraag aan de orde op welk bedrag de door De Boer te betalen schadevergoe- ding diende te worden begroot (hetzij op de werkelijk door [] geleden schade, hetzij op het bedrag van de winst die De Boer met de auteursrechtinbreuk heeft be- haald). De overige beslissingen van het Hof Arnhem die in (de tweede) cassatie niet door partijen waren bestreden - zoals die terzake van de verschuldigdheid van de com- pensatoire rente vanaf de door [] gevorderde ingangsdatum, welke beslissing ook niet onverbrekkelijk samenhang met het (in de tweede cassatieprocedure vernietig- de) oordeel van het Hof Arnhem omtrent de hoogte van de toe te kennen schadever- goeding - stonden derhalve in deze tweede verwijzingsprocedure vast.

4.29.4 *Onderdeel 3c* klaagt dat het Hof voorts, en in elk geval, in de tweede verwij- zingsprocedure niet heeft kunnen oordelen dat de door [] gevorderde compen- satoire rente pas vanaf 9 april 1997 kon worden toegewezen, nu het verweer van De Boer tegen (de ingangsdatum van) de gevorderde compensatoire rente tardief naar vo-

ren is gebracht. De Boer heeft immers voor het eerst bij memorie na verwijzing in de tweede verwijzingsprocedure enig verweer gevoerd tegen de gevorderde compensatoire rente en de ingangsdatum van die rente, terwijl [] reeds in de eerste fase van de appelinstantie (dus al vóór de eerste cassatieprocedure) compensatoire rente over de gevorderde schadevergoeding en winstafdracht heeft gevorderd vanaf (voor zover het de winstafdracht betreft) 1 november 1989. In het licht hiervan had het Hof de compensatoire rente vanaf de door [] gestelde ingangsdatum behoren toe te wijzen als niet (tijdig) weersproken door De Boer. Nu het Hof dit heeft nagelaten geeft 's Hofs oordeel omtrent de ingangsdatum van de compensatoire rente ook daarom blijk van een onjuiste rechtsopvatting, althans is dat oordeel onbegrijpelijk indien het Hof in de stellingen van De Boer wél een tijdig verweer tegen de ingangsdatum van de compensatoire rente mocht hebben gelezen.

4.30 's Hofs oordeel moet worden begrepen tegen de achtergrond van het navolgende. Ingevolge het ten deze toepasselijke oude recht begon de wettelijke rente niet en de compensatoire rente wel van rechtswege te lopen.²⁴ [] heeft bij conclusie na enquête aanspraak gemaakt op de rente die hij heeft aangeduid als "compensatoir". [] heeft *geen enkel* inzicht geboden in de door hem daadwerkelijk geleden renteschade, hoewel onder het oude recht algemeen werd aangenomen dat de benadeelde bestaan en omvang van die schade wel moest bewijzen.²⁵

4.31.1 In rov. 2.10 van het eindarrest brengt het Hof, in heel beleefde bewoordingen, het volgende tot uitdrukking; zie, tegen de achtergrond van hetgeen daaraan voorafgaat, vooral de tweede alinea. [] heeft zich in zijn conclusie na enquête klaar-

²⁴ Zie nader oude losbladige Onrechtmatige daad II nrs. 131, 132, 134, 138 e.v. en met name ook 141 met verdere bronnen. Zie voorts HR 11 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD0658, NJ 2008/415 rov. 3.4.2 (en ook A-G Huydecoper voor dat arrest onder 47-52) alsmede HR 21 december 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD4499, NJ 2005/96, S.C.J.J. Kortmann (rov. 5.5.2).

²⁵ Oude losbladige Onrechtmatige daad II nr. 137 met verdere verwijzingen.

blijkkelijk gerealiseerd dat hij had verzuimd aanspraak te maken op de *wettelijke* rente. Hij heeft geprobeerd dat verzuim goed te maken door *compensatoire* interessen te vorderen. Omdat, bij gebreke van nuttige stellingen die op het tegendeel wijzen,²⁶ moet worden aangenomen dat zijn werkelijke renteschade (veel) lager lag dan de wettelijke rente heeft [] aangegeven dat voor de berekening van de hoogte van de *compensatoire* interessen kon worden uitgegaan van het percentage van de wettelijke rente. Aldus zou, als zijn opzet zou slagen, zijn verzuim om de wettelijke rente tijdig aan te zeggen van tafel zijn.

4.31.2 Het Hof heeft de door [] opgetuigde constructie niet willen aanvaarden. Of, iets beter gezegd, het Hof de stellingen van [] zo verstaan als ze zijn bedoeld onder het weggakken van wat “versiering”. Het Hof heeft aangenomen dat het [] erom te doen was om in feite de *wettelijke* rente binnen te slepen vanaf 1989. Het heeft door de daartoe gepresenteerde schijnconstructie, waarin sprake is van een “Etikettenschwindel”, om dat resultaat te bereiken heen geprikt. Dat sprake was van een – op zich creatieve – schijnconstructie brengt het Hof subtiel tot uitdrukking door erop te wijzen dat:

* [] in zijn akte van rectificatie van 7 mei 1997 heeft toegelicht wat hij heeft bedoeld;

* hij “zijn rentevorderingen” ten pleidooie van 3 mei 2004 “aanvullend [heeft] toegelicht door te verwijzen naar de specifieke betekenis van dit type rentevordering”.

²⁶ Het Hof signaleert met juistheid dat [] bij pleidooi voor het Hof Arnhem op 3 mei 2004 iets heeft gezegd over de *compensatoire* rente. Uit de pleitnota blijkt dat [] zich realiseerde dat er beperkingen waren aan het vorderen van wettelijke rente; ook dat het op zijn weg lag om “de hoegrootheid van de schade (de gederfde rente) te bewijzen” wanneer *compensatoire* rente wordt gevorderd. Zonder verdere omhaal van woorden maakt [] vervolgens aanspraak op de *ex aequo et bono* te begroten *compensatoire* rente op de voet van de wettelijke rente (onder 2, p. 7 en 8). Ik denk dat het Hof deze uiteenzetting juist heeft begrepen wanneer we uitgaan van de parafrase in de tekst onder 4.31.

Uit deze omtrekkende bewegingen heeft het Hof afgeleid dat [] welbewust een schijnconstructie aan het optuigen was en dat het hem er in werkelijkheid om te doen was om de *wettelijke rente vanaf 1989* te incasseren.

4.32.1 In 's Hofs visie was het van tweeën één: ofwel De Boer moest de wettelijke rente betalen, maar dan vanaf 9 april 1997, of de compensatoire interessen maar dan op basis van de daadwerkelijke renteschade. Nu [] op dat laatste punt niets ter zake dienend heeft aangevoerd, moet zijn vordering, naar de kennelijke strekking, zo worden verstaan dat hij in werkelijkheid *wettelijke* rente vorderde vanaf de dag dat dit rechtens mogelijk was. Die rente wordt toegewezen vanaf de datum dat daarop (in rechte) aanspraak is gemaakt. Voor zover aanspraak wordt gemaakt op wettelijke rente die op een eerder tijdstip ingaat, moet de vordering worden afgewezen omdat deze geen steun vindt in het toen geldende recht.

4.32.2 Met dit op een uitleg van de []' vordering gebaseerde oordeel krijgt [] waar hij recht op heeft en moet De Boer niet meer betalen dan zij verschuldigd is.

4.33.1 De klachten gaan langs 's Hofs zojuist geparafraseerd weergegeven gedachtegang heen. Zij mislukken daarom.

4.33.2 Ten overvloede: 's Hofs oordeel is, wanneer men juridisch technisch heel scherp slijpt en eraan voorbij ziet dat het gaat om een uitleg van de vordering, wellicht wat gewaagd, maar onbegrijpelijk is het niet. Nog minder kan worden gezegd dat het leidt tot een onbevredigende uitkomst. Niet valt uit te sluiten dat [], aansluitend bij 's Hofs gedachtegang, "recht had" op een hoger rentebedrag dan het Hof heeft toegewezen, maar zijn stellingen over de compensatoire rente boden en bieden geen enkel aanknopingspunt om dat te beoordelen. Het middel doet daarop dan ook geen beroep.

4.34 *Onderdeel 4* richt zich tegen rov. 2.13 van het eindarrest waarin het Hof beslist dat de proceskosten van de onderhavige procedure (met uitzondering van de kosten van de twee deskundigenonderzoeken) tussen partijen worden gecompenseerd. Aan deze beslissing legt het Hof ten grondslag dat [] slechts gedeeltelijk het gelijk aan zijn zijde heeft, nu de inbreuk op zijn auteursrecht is komen vast te staan maar de geldvordering die hij daarop heeft gegrond maar voor een relatief klein gedeelte is toegewezen; "in zover" hebben volgens het Hof beide partijen als over en weer in het ongelijk te gelden. Het onderdeel ventileert daartegen twee klachten:

a. gegrondbevinding van één of meer van de in het hiervoor behandelde klachten vitiëert ook 's Hofs oordeel omtrent de compensatie van de proceskosten tussen partijen;

b. bovendien is 's Hofs oordeel rechtens onjuist en/of onbegrijpelijk. De vorderingen van [] in dit geding zijn alle gebaseerd op de inbreuk op het auteursrecht van [] die door De Boer is gemaakt. In de procedure in appel (met inbegrip van de twee verwijzingen na uitspraken van de Hoge Raad) is komen vast te staan (i) dat De Boer inbreuk heeft gemaakt op het auteursrecht van [] (Hof Arnhem 27 augustus 2002, rov. 3.3 en Hof Arnhem 21 oktober 2003, rov. 2.3-2.4), (ii) dat [] aanspraak heeft op winstafdracht ex art. 27a Auteurswet door De Boer (rov. 2.9 EA) en (iii) dat de door De Boer behaalde winst € 86.840 bedraagt (rov. 2.9 EA). Onder deze omstandigheden heeft [] te gelden als de partij die (materieel) (geheel) in het gelijk is gesteld. De (enkele) omstandigheid dat de omvang van de toegewezen winstafdracht een (volgens het Hof: relatief klein) deel van de gevorderde winstafdracht bedraagt kan dat, anders dan het Hof oordeelt, niet anders maken. Derhalve berust 's Hofs oordeel tot compensatie van de proceskosten op een onjuiste rechtsopvatting. Althans is dat oordeel in het licht van de hiervóór vermelde omstandigheden zonder nadere motivering - die ontbreekt - onbegrijpelijk. Dat 's Hofs beslissing om de proceskosten te compenseren in dit geval nadere motivering behoefde (die het Hof evenwel niet heeft gegeven) geldt nog te meer nu, zoals [] ook heeft betoogd, de kosten van de procedure in feitelijke instanties door toedoen van De Boer tot (zeer) aanzienlijke hoogte zijn opgelopen. [] heeft in dat verband erop gewezen dat

De Boer op de valreep van de eerste verwijzingsprocedure nog een - naar nadien bleek: ongefundeerd - verweer opwierp dat noodzaakte tot het houden van extra getuigenverhoren (na afloop waarvan De Boer erkende niet in het leveren van bewijs van dat verweer te zijn geslaagd), alsmede op het feit dat De Boer verwijtbaar niet de (financiële) gegevens met betrekking tot de inbreuk heeft bewaard, hetgeen eveneens leidde tot extra getuigenverhoren.

4.35 In hun s.t. onder 3.46 betogen mrs. Teuben en Jansen, ingeleid door een duister “Vergelijk”, dat Deurvorst in een annotatie onder het arrest a quo het “een misstand” zou noemen

“dat na een “ellenlange” procedure over de inbreuk op het auteursrecht van [] slechts “een fractie van het gevorderde bedrag” is toegewezen, waarbij “ook nog eens de proceskosten gecompenseerd” zijn.”

4.36.1 Het is niet onmogelijk dat Deurvorst bedoelt wat de s.t. haar toedicht, maar heel erg helder is dat zeker niet. Dat komt omdat tamelijk duister is waarop de door Deurvorst gesignaleerde “misstand” nauwkeurig betrekking heeft.²⁷ Evenmin is helemaal duidelijk waarom *dit alles* in de ogen van Deurvorst een misstand zou zijn.

4.36.2 Ik veroorloof me andermaal in herinnering te roepen dat veel juristen zich blindstaren op het vaak heel beperkte terrein van hun specialisatie. Er zijn, anders dan [] en sommige geleerden lijken te menen, héél veel situaties in het recht waarin slachtoffers aanzienlijk ernstiger worden getroffen dan degene op wiens auteursrecht inbreuk wordt gemaakt. Veel van die andere slachtoffers ondervinden veel grotere problemen om hun schade vergoed te krijgen, terwijl ze, als ze winnen, slechts een heel klein deel van de advocatenkosten vergoed krijgen. Bezien tegen die achtergrond vind ik het spreken over een misstand in het auteursrecht, dat de mogelijkheid biedt om méér dan de werkelijke schade vergoed te krijgen, niet erg overtuigend.

²⁷ Noot onder het arrest a quo, BIE februari 2014/4 p. 56.

4.36.3 Het is bovendien de eigen keuze van geweest om, op basis van een in mijn ogen onhoudbaar uitgangspunt dat ik in het kader van onderdeel 1 mocht bespreken, eindeloos door te blijven procederen. Wie te dicht bij het vuur gaat zitten, loopt het risico op brandwonden. Wie daarna blijft zitten, moet er niet over klagen dat deze ernstiger worden.

4.37 Hoe dit ook zij: de voortbouwende klacht, weergegeven onder 4.34 sub a, mislukt wanneer Uw Raad, met mij, zou menen dat de eerdere onderdelen falen.

4.38 Voor het overige is het onderdeel geen beter lot beschoren. 's Hofs oordeel is (zeker) niet onbegrijpelijk of onvoldoende gemotiveerd. Ik moge voor motivering verwijzen naar de conclusie van mijn ambtgenoot Langemeijer voor het arrest van 8 december 2006 van Uw Raad in deze zaak.²⁸

4.39 Anders dan het onderdeel veronderstelt, kan ook de omvang van het uiteindelijk door de rechter toegewezen deel van de vordering een rol spelen bij de beslissing de kosten te compenseren.²⁹

4.40 *Onderdeel 5* vertolkt louter een voortbouwende klacht. Deze is gedoemd het lot van haar voorgangers te delen.

5. Behandeling van het incidentele cassatieberoep

5.1 *Onderdeel 1* komt op tegen rov. 2.10 van het eindarrest. Het komt er, tot de kern teruggebracht, op neer dat het Hof wordt verweten de compensatoire rente te hebben begroot op basis van de wettelijke rente.

²⁸ Zie 2.25-2.30.

²⁹ Zie nader Asser Procesrecht/Van Schaick 2 2011/125.

5.2 Deze klacht berust op een miskenning van 's Hofs oordeel op de hiervoor onder 4.31 en 4.32 genoemde gronden. Zij loopt daarop stuk.

5.3 *Onderdeel II* keert zich tegen het dictum van het eindarrest. Rechtens onjuist, althans onvoldoende (begrijpelijk) gemotiveerd, zou zijn 's Hofs oordeel dat De Boer over het bedrag aan winstafdracht groot € 86.840 compensatoire rente verschuldigd is en dat De Boer op het te betalen bedrag (slechts) € 28.508,92 in mindering mag brengen. Ten gevolge van een kennelijke misslag heeft het Hof onvoldoende rekening gehouden met het feit dat De Boer naar aanleiding van het (bij voorraad uitvoerbaar verklaarde) arrest van Hof Arnhem van 19 april 2005 aan [] reeds op 26 mei 2005 € 92.172,05 (€ 28.508,92 verhoogd met de op dat moment verschuldigde rente) heeft voldaan. Over die totale betaling is De Boer vanaf 26 mei 2005 vanzelfsprekend geen compensatoire rente meer verschuldigd, nu [] daarover vanaf dat moment "geen renteverlies meer heeft gederfd". Dit klemmt te meer waar [] - zich baserend op deze tekst van het dictum - aanspraak heeft gemaakt op compensatoire rente over het volledige bedrag van € 86.840.

5.4 Deze klacht voldoet niet aan de eisen van art. 410 lid 1 Rv. nu niet wordt aangegeven waar in feitelijke aanleg zou zijn betoogd dat De Boer de "op dat moment verschuldigde rente" over genoemde € 28.508,92 al had betaald. Aldus ontbreekt de basis voor beoordeling van de klacht.

6. Afdoening

Op de hiervoor genoemde gronden kan het beroep m.i. worden verworpen. Het eerste principale onderdeel vertolkt, in zekere zin, een enigszins principieel probleem. Voor de door mrs. Teuben en Jansen bepleite oplossing is m.i. evenwel niets of hooguit héél weinig te zeggen. Voor het overige worden geen kwesties aan de orde gesteld die van belang zijn voor de rechtsontwikkeling of rechtseenheid. Wanneer Uw Raad tot verworping zou komen, ware afdoening op de voet van art. 81 RO te overwegen.

Conclusie

Deze conclusie strekt zowel in het principale als in het incidentele cassatieberoep tot verwerping.

De Procureur-Generaal bij de
Hoge Raad der Nederlanden,



Advocaat-Generaal