

SOFTWARE/LOGICIELS

*Hof van Beroep te Antwerpen, 5 oktober 2009,
Cour d'appel d'Anvers, 5 octobre 2009
(Autodesk)*

ILLEGAAL GEBRUIK VAN SOFTWARE LAAT EEN EX AEQUO ET BONO SCHADEVERGOEDING TOE VAN 200% VAN DE VERKOOP-SADVIESPRIJS

L'UTILISATION ILLÉGALE D'UN LOGICIEL DONNE DROIT À UNE INDEMNITÉ DE 200 % DU PRIX DE VENTE

Raadsheren: Bax (Voorzitter), Bleyenbergh, Lyen
Advocaten: S. De Coster en J. Greeve

Autodesk Inc. en B.V. Autodesk vs. C.V. Inox & Staal
Creaties, B. T. en V. J.

In de zaak 2008/AR/2227

(...)

Schadevergoeding

Appellanten gaan niet akkoord met de door de eerste rechter begrote schadevergoeding tot beloop van 2.250 EUR, zijnde 50% van de door de deskundige

begrote listprijs aan 4.500 EUR. Zij vorderen opnieuw 18.000 EUR op basis van een schadecoëfficiënt van 200% en dit voor twee inbreuken.

Van hun kant betwisten geïntimeerden de door appellanten gedane schaderaming.

Terecht laten appellanten gelden dat zij recht hebben op vergoeding voor de geleden schade. De omstandigheid dat geïntimeerden zich naar de toekomst in regel hebben gesteld doet daaraan geen afbreuk. Er is dan ook geen reden om de verschuldigde schadevergoeding te beperken tot 50% van de verkoopadviesprijs, vastgesteld door de deskundige op 4.500 EUR (p.18 deskundigenverslag).

Het is duidelijk dat geïntimeerden geen legale versie van het software programma AutoCAD 2004 hebben aangekocht, waardoor licentierechten werden ontdoken. Appellanten hebben daardoor winstderving geleden. Bovendien tast die namaak de goede naam van appellanten aan. Verder verliezen appellanten daardoor elke controle op de kwaliteit van het product en hebben zij kosten moeten maken om de inbreukmakende software op te sporen en te vervolgen. Die schade kan niet exact worden begroot. Een *ex aequo et bono* begroting dringt zich op. In tegenstelling tot de eerste rechter past het Hof als schadebegrotingscoëfficiënt 200% toe. Bijgevolg hebben appellanten recht op een bedrag in redelijkheid en billijkheid begroot op 2 X 4.500 EUR = 9.000 EUR in hoofdsom.

De 200% regel: Om piraten 'ex aequo et bono' te kapen?

In het geannoteerde arrest kent het hof van beroep te Antwerpen een *ex aequo et bono* schadevergoeding toe die ze bepaalt op 200% van de verkoop(advies)prijs. Het hof neemt dezelfde stelling in als deze ontwikkeld door het hof te Gent die we elders al van commentaar hebben voorzien (zie 'Schadevergoeding voor inbreuken op intellectuele rechten: *ex aequo et malo*', noot onder Gent, 19 januari 2009, *Computerrecht* 2009, p. 219, 226-229). Dat een inbreuk een schadevergoeding rechtvaardigt dient o.i. uiteraard te worden beaamd. Een *ex aequo et bono* vergoeding van 200% van een zogenaamde 'basisprijs' is o.i. echter niet gemotiveerd en staat in schril contrast met de rechtspraak die strenge eisen stelt aan het bewijs van schade voor schendingen van intellectuele rechten.

In deze zaak betreft de inbreuk het gebruik van software zonder betaling van een licentievergoeding. Na de vaststelling van de inbreuk kan toekomstig gebruik enkel mits de betaling van de gepaste licentievergoeding. De schade voor het verleden bestaat enerzijds uit de betaling van een gederfde winst en van een geleden verlies.

De gederfde winst komt overeen met het bedrag dat de licentiegever in gelijke omstandigheden zou hebben ontvangen van de gebruiker, verminderd met de kosten die de licentiegever heeft gedragen voor het mogelijk maken van de licentie. In de praktijk genieten grote gebruikers kortingen en softwareleveranciers hebben elk eigen persoonlijke ingewikkelde tariefschalen. Het in rekening te brengen bedrag is dus niet noodzakelijk gelijk aan een in het kader van de procedure meegedeelde ver-

koop(advies)prijs. Het is zaak in de eerste plaats te bepalen welk tarief er voor de gebruiker in kwestie zou toegepast zijn indien deze gebruiker een licentie zou verworven hebben. Om de grootte van de gederfde winst te bepalen, dienen van dat bedrag de kosten afgetrokken die de licentiegever zou hebben moeten dragen om de software aan de man te brengen (onderzoek en ontwikkeling, merchandising, ...). Het is dus inherent aan ons schadevergoedingssysteem dat niet zomaar een verkoopprijs kan toegekend worden als schadevergoeding maar wel enkel de winst die een dergelijke prijs oplevert.

Het geleden verlies is de kost die de softwareleverancier heeft moeten dragen om een inbreuk op te sporen, vast te stellen en stop te zetten, evenals de eventueel geleden reputatieschade. Alleen buitengerechtelijke kosten kunnen er deel van uitmaken. Zij kunnen gedeeltelijk aangevoerd worden aan de hand van facturen, zoals die van een deurwaarder, deskundige, slotenmaker, e.d.m. Advocatenkosten – althans voor bijstand tijdens de procedure – vallen er traditioneel buiten aangezien deze in het kader van de gerechtelijke procedure gerecupereerd worden via de rechtsplegingsvergoeding, die erg precies geregeld zijn.

Beide, gederfde winst en geleden verlies, moeten in ons rechtssysteem concreet worden bewezen ingevolge het principe van equivalentie tussen schade en herstel, dat in België meermaals bevestigd werd (Cf. Cass. 13 mei 2009, *A.M.* 2009/2, p. 384; Rb. Antwerpen, 19 maart 2010, onuitgegeven).

Vanzelfsprekend zal de som van de gederfde winst en het geleden verlies minstens gelijk zijn aan de prijs die de gebruiker had moeten betalen voor een legaal gebruik in dezelfde omstandigheden. Elk lager bedrag zou inbreuk alleen maar aanmoedigen.

Net zomin als de gederfde winst kan het geleden verlies gelijkgesteld worden met de eenheidsverkoopprijs. Anders oordelen zou impliceren dat de kost die de softwareleverancier heeft moeten dragen om een inbreuk op te sporen, vast te stellen en stop te zetten evenals de reputatieschade, afhankelijk wordt van de grootte van de inbreuk en de verkoopprijs van de software. Zo zou er impliciet van uitgegaan worden dat grote inbreuken van dure software automatisch meer kosten met zich meebrengen dan kleine inbreuken van goedkope software. Daarin ligt nochtans geen enkele logica. Doorgaans is het immers eenvoudiger om grote inbreuken op te sporen dan kleine. Bovendien zijn de kosten van een deurwaarder, deskundige, slotenmaker e.d.m. niet afhankelijk van de omvang van de inbreuk of de kostprijs van de eenheidsverkoopprijs, maar van de prestaties die zij elk hebben moeten leveren. Ook de reputatieschade zal moeten worden aangevoerd en het is maar zeer de vraag waar de reputatie-

schade is bij het gebruik van illegale software. Ook hier is geen verband tussen de omvang van de inbreuk en de verkoopprijs enerzijds en de schade anderzijds.

Een schadevergoeding van 100% van de eenheidsverkoopprijs als gederfde winst + 100% van hetzelfde bedrag als geleden verlies is dus een al te snelle conclusie die juridisch niet is onderbouwd en geen enkele voeling vertoont met de prijsbepaling in de praktijk noch met de vereiste om schade concreet aan te tonen. Bovendien steekt deze rechtspraak schril af tegen de strenge (soms te strenge) eisen die rechtbanken en hoven stellen bij de beoordeling van schadevorderingen in geval van andere en vaak foutloze inbreuken van intellectuele rechten.

We besluiten door te wijzen op de agressieve onderhandelingsmethode waartoe de 200%-rechtspraak aanleiding heeft gegeven in de praktijk. Het is alom gekend dat de softwareleveranciers in de zaken die uitmondten in de rechtspraak van het hof te Antwerpen en het hof te Gent, thans wekelijks overgaan tot enkele beslagen inzake namaak omdat er vermoeden is van gebruik van illegale software. Wanneer tijdens het beschrijvend beslag effectief illegale versies gevonden worden, krijgt de betrokken ondernemer de keuze tussen ofwel de betaling op basis van de 200% regel ofwel het beslag van de computer (vaak een server) waardoor de activiteit van de ondernemer onrecht dreigt stil te vallen (Volgens sommigen is het dreigen met beslag in dergelijke omstandigheden een vorm van chantage (A. Cruquenaire en J.F. Henrotte, 'Tribune Libre: La saisie-description en matière informatique: appel à une plus grande pondération et à la juste mesure des magistrats', in *R.D.T.I.*, nr 38/2010, p. 13)). Kwade trouw is nochtans niet per definitie aanwezig. Een gebruiker die al te hard op zijn strepen staat zou wel eens veel meer nare gevolgen kunnen ondergaan dan het voordeel dat het beslag voor de leverancier oplevert. De leveranciers worden zo zelf kapers door niet alleen de buit van de piraten te heroveren maar ook hun schip. Een dergelijk beslag lijkt ons onnodig. Het volstaat technisch om de harde schijf van de relevante hardware te kopiëren om de inbreuk vast te leggen en het debat over vergoeding voor de rechter te voeren. Zo wordt de proportionaliteit van het effect van het beslag inzake namaak gerespecteerd en wordt deze maatregel niet uitgehold ten nadele van de vele andere niet-software gerelateerde zaken waar bijkomende maatregelen bovenop de beschrijving wel verantwoord zijn.

We sluiten daarom af met de stelling dat schadevergoeding uiteraard wenselijk is maar dan wel op een juridisch correcte basis zonder te vervallen in de gemakkelijke *ex aequo et bono* beoordeling als *lender of last resort*.

Flip Petillion