

arrest

GERECHTSHOF ARNHEM-LEEWARDEN

locatie Leeuwarden

afdeling civiel recht

zaaknummer gerechtshof 200.158.230/01
(zaaknummer rechtbank Midden-Nederland C/16/350481)



arrest van 12 november 2019

in de zaak van

de rechtspersoon naar vreemd recht
Siemens Product Lifecycle Management Software Inc.,
gevestigd te Plano, Texas, Verenigde Staten,
appellante in het principaal hoger beroep,
geïntimeerde in het incidenteel hoger beroep,
in eerste aanleg: eiseres in conventie, verweerster in reconventie,
hierna: Siemens,
advocaat: mr. T.F.W. Overdijk, te Amsterdam,

tegen:

1. de (ontbonden) vennootschap onder firma
Almteq v.o.f.,
gevestigd te Marknesse,
 2. de (ontbonden) vennootschap onder firma
3D 4Every1 v.o.f.,
gevestigd te Marknesse,
geïntimeerden in het principaal hoger beroep,
in eerste aanleg: gedaagden in conventie, eiseressen in reconventie,
niet verschenen,
 3. **W**
mede handelende onder de naam **W Engineering**,
tevens in zijn hoedanigheid van (voormalig) vennoot van **Almteq** en **3D 4Every1**,
wonende te
 4. **W**
tevens in zijn hoedanigheid van (voormalig) vennoot van **3D 4Every1**,
wonende te
- geïntimeerden in het principaal hoger beroep,
appellanten in het incidenteel hoger beroep,
in eerste aanleg: gedaagden in conventie, eiseressen in reconventie,
advocaat: mr. M. Russchen, te Amersfoort,
hierna: Almteq, 3D 4Every1, W sr. en Westr allen gezamenlijk: Almteq c.s.;
W sr., en W jr. gezamenlijk: W c.s.

1 Het verdere verloop van het geding in hoger beroep

- 1.1 Het hof neemt de inhoud van het tussenarrest van 24 april 2018 hier over.
- 1.2 Het verdere verloop blijkt uit:
- het proces-verbaal van getuigenverhoor van 2 juli 2018;
 - het proces-verbaal van getuigenverhoor van 3 oktober 2018;
 - de memorie na enquête van Siemens;
 - de antwoordmemorie na enquête van W c.s.;
 - de doorhaling van de zaak tussen Siemens en E op 31 juli 2019;
 - de pleidooien van partijen overeenkomstig de pleitnota's van hun advocaten, waarbij akte is verleend van de stukken die Mr. Overdijk op 13 augustus 2019 namens Siemens en Mr. Russchen op 23 augustus 2019 namens W c.s. heeft toegezonden.
- 1.3 Vervolgens heeft het hof arrest bepaald.

2 De verdere beoordeling van het principaal en incidenteel hoger beroep

- 2.1 Het hof heeft in zijn tussenarrest Siemens toegelaten tot het bewijs van feiten en omstandigheden waaruit blijkt dat:
1. opdrachten van klanten van Almt eq en 3D 4EveryI met behulp van de illegale kopie van de NX programmatuur zijn uitgevoerd;
 2. W sr. en/of W jr. meer modules van de NX-programmatuur op de computers hebben geïnstalleerd en/of gebruikt dan de Advanced Designer Bundle;
- 2.2 Siemens heeft als getuigen laten horen W sr., W jr., E V, echtgenote van W sr. en M, accountmanager van Siemens. W c.s. hebben afgezien van contra-enquête.
- 2.3 W sr. heeft voor zover van belang het volgende verklaard:
- "Ik heb de programmatuur een paar keer geopend en bekeken. Ik wilde weten of het veel beter en veel sterker was dan Unigraphics. Daarom heb ik vormen getekend. Unigraphics was bekend om de splines: dubbel gekromde curven waar een vlak van werd gemaakt. Ik weet niet meer of ik dergelijke splines met de nieuwe programmatuur heb gemaakt.*
- U vertelt mij dat in het arrest staat dat er negen meldingen bij Siemens zijn binnengekomen. Ik denk dat het klopt dat ik negen keer het programma heb bekeken. Ik had het heel druk, omdat we midden in een ontwikkeling met Almt eq zaten en omdat ik 3D 4everyI moest aansturen. Ik kwam helemaal niet toe aan werkzaamheden voor W Engineering. Ik had geen tijd voor spelerei. Ik heb hooguit een halfuur per keer de software geopend en bekeken.*
- Ik heb de software niet gebruikt voor de uitvoering van opdrachten. Ik weet dat honderd procent zeker en ik weet dat ik onder ede sta. Ik heb kort na de dag waarop er beslag is gelegd Siemens uitgenodigd om mijn boekhouding te bekijken, maar zij hebben van die uitnodiging geen gebruik gemaakt.*
- U vraagt mij wat ik heb bekeken. Voor zover ik weet heb ik alleen de Advanced Designer Bundle bekeken. Mijn kennis bepaalde de grenzen van wat ik kon raadplegen. Ik vergelijk het met een vrachtauto vol met legosteentjes waar ik naast sta met een klein bord waarop ik maar een klein deel van die stenen kan gebruiken. Ik heb*

een MBO opleiding gevolgd. De andere modules van het programma gingen mijn kennis te boven. Later heb ik van [] gehoord dat mijn laptop niet de capaciteit (werkgeheugen en rekenkracht) had om de andere modules te raadplegen. Na downloaden en installeren was er een icoon op het beeldscherm dat NX8 heette. Als ik de programmatuur wilde bekijken, klikte ik op dat icoontje. Ik weet niet of ik dan automatisch in de module Advanced Designer Bundle terecht kwam. Ik weet niet meer of de module in de nieuwe programmatuur ook zo heet. Er verschijnt dan een bladzijde die in de opmaak van Word of vergelijkbaar daarmee is. Je kunt dan iconen aanklikken en daarmee aan de slag gaan. U vraagt mij of ik dan niet in alle modules van de NX-programmatuur kon komen. Ik antwoord dat dat niet zo is. De module voor vliegtuigbouw of scheepsbouw heeft andere iconen. Ik heb alleen de basisiconen gebruikt waarmee je start. Daar kon ik tules (slangen) en kubussen, etc. van maken, die in 3D weer geven en er gaatjes in boren. De gebruiksmogelijkheden waren identiek aan de versie UGS18, alleen de icoontjes waren anders. Ik heb niet in de programmatuur gezocht naar verdergaande mogelijkheden.

U vraagt mij productie zeven bij de dagvaarding door te lopen. We stoppen bij bladzijde 33, waar een aantal documenten met de prt-extensie zijn weergegeven. U vraagt mij vooral te kijken naar de documenten van 24 mei 2013 en later. Documenten met de prt-extensie zijn cad-documenten. Deze documenten zouden kunnen zijn gemaakt met de illegale kopie. Maar ik heb ze niet gemaakt met de illegale kopie. U wijst mij op nog een aantal documenten die zijn bewaard in de periode van 19 mei 2013 tot 23 juni 2013. Ik ben de enige die deze documenten kan hebben gemaakt. Bij sommige namen heb ik een vage herinnering aan een opdracht uit die tijd, bij andere heb ik geen herinnering. Het hoeft niet zo te zijn dat ik al die documenten in die periode heb aangemaakt, het kan ook zijn dat ik ze slechts heb geopend. Ook al bij opening worden ze automatisch opgeslagen.

(...)

Almteq is opgericht in 2010 of 2011. (...) Ik deed de technische ondersteuning (installaties). Almteq verkocht niet alleen 3D-printers, maar ook scanners en daarnaast software om de apparaten aan te sturen en software om stl-files te repareren. Onze werkwijze was dat wij van onze klant een stl-file vroegen van het voorwerp dat zij wilden kopiëren. Dan maakten wij de print op ons bedrijf en lieten deze vervolgens zien aan de klant. Als zij een 3D-printer in bedrijf wilden zien, dan kwamen de klanten naar de showroom in Vollenhoven. Veel lieten we ook zien op de beurs. Dan hadden we het van tevoren druk met modellen maken.

3D 4every1 maakte 3D-prints en scans voor klanten. Bij dat proces hadden we geen prt-bestanden nodig. Dat kan helemaal niet. In een 3D-printer passen alleen stl-files en ook ply-files, geen prt-files. Het is mogelijk om prt-files te converteren naar stl-files, om zodoende een 3D-print van het ontwerp te maken.

Ik had het zo druk met Almteq en 3D 4every1 dat ik geen tijd had voor W Engineering.

(...)

U vraagt mij te kijken naar p. 30 van productie 8 bij de inleidende dagvaarding en in het bijzonder naar de map die eindigt op CAD-files. U vraagt mij of dit een map van Almteq is. Ik antwoord dat het niet een map van Almteq is maar van 3D 4every1. Het zal hier gaan om werkzaamheden van 3D 4every1 voor een klant van Almteq. Het kwam voor dat 3D 4every1 prints maakte voor een klant van Almteq die overwoog om een machine te kopen. Als bijvoorbeeld Philips een machine bij Almteq zou willen kopen, wilde zij eerst weten wat de machine kon. Zij stuurde een file van een voorwerp

op, waarvan 3D 4every1 een 3D-print maakte, waarvoor Philips betaalde aan Almt eq. Als Philips de machine bestelde, bracht 3D 4every1 de kosten van de prints in rekening bij Almt eq. Als u dit nu zo voorleest, merk ik dat ik het kennelijk eerst niet goed heb verklaard. Het is zo dat Almt eq de opdracht verstrekt aan 3D 4every1 om bijvoorbeeld van vier voorwerpen een 3D-print te maken. Almt eq betaalt daar dan voor aan 3D 4every1. Je zou kunnen zeggen dat 3D 4every1 een onderaannemer is van Almt eq.

(...)

U vraagt mij te kijken naar p. 32 van productie 7 bij de inleidende dagvaarding, en dan in het bijzonder de map die eindigt op Dobla beer. Het betreft prt-bestanden. 3D 4every1 had de opdracht van Dobla gekregen om 3D-prints te maken. Dobla leverde stl-bestanden aan die wij in de machine invoerden, zodat een 3D-print werd gemaakt. Wij konden deze stl-bestanden niet wijzigen. Dat kan überhaupt niet. Als ik op mijn laptop een stl-bestand opende, zorgde UGS of NX ervoor dat het automatisch werd opgeslagen als een prt-bestand. Ik heb echter niks met deze bestanden gedaan, anders dan een 3D-print maken. Ik heb geen ontwerpactiviteiten met Advanced Bundle verricht met deze bestanden. Deze 3D-prints hebben wij uitbesteed aan een bedrijf in Venlo waarvan mij de naam niet te binnen schiet. Over het algemeen konden wij de 3D-prints zelf maken. Ik weet niet meer wie de contactpersoon was bij Dobla.

U vraagt mij te kijken naar p. 33, en in het bijzonder naar de mappen waarvan de naam eindigt op Medical2market. Deze naam zegt mij niets meer, ook niet als u mij vertelt dat het een bedrijf in Zwolle is. De bestandsnamen wekken bij mij ook geen herinneringen. De naam [redacted] zegt mij ook niets. Ik dacht er even aan dat het misschien een klant van mijn zoon zou kunnen zijn. Als ik er over doordenk is dat toch niet aannemelijk, want deze bestanden komen voor op mijn laptop en daarop werkte mijn zoon niet.

Het voorgaande geldt ook voor de map die eindigt op [redacted] en [redacted] op p. 34. [redacted] kan ik mij meer herinneren, maar ik weet niet met wie ik daar contact had. De opdrachten verliepen via de e-mail.

WHZ is van Windesheim Hogeschool Zwolle. Ik denk dat we voor de hogeschool iets hebben gemaakt dat wij voor niets hebben gedaan. Tricas is ook een klant, in Zwolle. Ik weet niet met wie ik daar contact had. De naam [redacted] zegt mij iets. Dat was mijn contactpersoon bij Tricas. Ook kende ik daar een [redacted] maar ik weet zijn achternaam niet.

Thule Towing maakt fietsdragers en is gevestigd in Staphorst. [redacted] is Philips ontwikkeling, naar ik meen de koffieafdeling. [redacted] is de naam van mijn contactpersoon. [redacted] is de verwijzing naar [redacted] in Zwolle, een beeld in Zwolle. We hebben dit bestand gemaakt voor een club die replica's verkoopt. Ik weet de naam niet meer.

Eerder heb ik verklaard dat stl-files niet zijn te wijzigen. U wijst mij erop dat ik ook heb verklaard dat wij software verkopen waarmee stl-files kunnen worden gerepareerd. Dat is niet tegenstrijdig met elkaar. De reparatie software zorgt ervoor dat gaten in de stl-files (holes) werden opgevuld zodat een goede 3D-print kon worden gemaakt.

(...)

U vraagt mij of ik mij weet te herinneren aan wie het modelleren van objecten werd uitbesteed als er geen CAD-bestanden waren. Ik antwoord dat dit sporadisch voorkwam, zo'n 1 promille van het totaal. Ik kan mij geen concrete opdracht meer voor de geest halen en ik weet niet meer aan wie wij dat hebben uitbesteed. Er waren

wel klanten die dat van ons vroegen en dan stuurden wij een offerte waaruit bleek dat dit zo duur was dat de cliënt de er vanaf zag."

2.4 W jr. heeft voor zover van belang het volgende verklaard:

"Mijn vader vroeg mij te helpen bij het installeren van een update van een programma. Ik heb hem daarbij geholpen. Ik wist niet dat het om een illegale kopie ging. Dat is mij bij het downloaden en installeren niet opgevallen. Er kwamen geen meldingen dat het niet legaal was wat we deden. Ik werk zelf niet met CAD-programmatuur. Mijn vader haalde mij er bij omdat het hem niet lukte het grote programma te installeren. Ik heb de instellingen van de videokaart aangepast, waarna het installeren wel lukte. Mij viel toen op de lange lijst met opties: het was een belachelijk lange lijst met opties, die allemaal niet nodig waren. Er was bijvoorbeeld een optie voor de NASA en vliegtuigbouwers en die had mijn vader helemaal niet nodig. Ik heb hem nog wel gevraagd waarom hij zo'n groot pakket wilde installeren. Hij antwoordde toen dat hij alleen de basis nodig had: we liepen de opties door en ik vroeg mijn vader wat er moest gebeuren en hij antwoordde dat hij alleen de basis nodig had. Ik heb dus alleen maar de optie voor het basisprogramma aangevinkt, de andere opties niet. Volgens mij is er alleen het basisprogramma geïnstalleerd en de rest niet. Het is dus volgens mij niet zo dat de rest wel is geïnstalleerd en inactief is gebleven.

Mijn vader had op zijn kantoor op de bovenverdieping een oude pc staan. Ik heb toen niet geprobeerd de programmatuur op die pc te installeren. Ik heb begrepen dat de capaciteit van die pc niet voldoende was om de programmatuur op te installeren. Wij hadden de taken aldus verdeeld dat ik was belast met het uitvoeren van de prints en de nabewerking daarvan en het onderhoud van de printer. Mijn vader deed de zakelijke kant zoals de acquisitie en het bezoek aan klanten.

3D 4every1 was ongeveer twee jaar daarvoor opgericht. Almt eq verkocht 3D-printers. Ik kon daar worden ingezet als monteur. Beide ondernemingen zaten bij elkaar in dezelfde bedrijfsruimte.

Ik heb zelf niet met de programmatuur gewerkt die ik samen met mijn vader heb geïnstalleerd. Mijn vader maakte de CAD-bestanden. Ik maakte 3D-prints en dat gebeurde vanuit stl-bestanden. Stl-bestanden kun je niet wijzigen. Je kunt ze hooguit repareren of een klein beetje aanpassen. Dat is niet te vergelijken met CAD-bestanden. U vraagt mij of de CAD-bestanden na installatie van het programma er anders uitzagen dan daarvoor, ik antwoord dat ik de CAD-bestanden van mijn vader niet heb gezien, daarvoor en daarna ook niet. Dat deed mijn vader vanuit W Engineering en dat had niets met 3D 4every1 te maken.

Ik weet niet welke modules mijn vader heeft gebruikt van de apparatuur.

U vraagt mij om naar de mappenlijst te kijken op p. 32 van productie 7 bij de inleidende dagvaarding, meer in het bijzonder naar de mappen met de naam Dobla. Volgens mij gaat het hier om opdrachten om mallen voor chocolade voorwerpen in 3D te printen. Ik kan mij herinneren dat ik bij Dobla op bezoek ben geweest. U vraagt mij waarom deze bestanden met prt-extensie op de computer van mijn vader staan. Ik antwoord dat ik daar een beetje naar moet gissen, maar het zou kunnen zijn dat de bestanden met een prt-extensie door de klant werden aangeleverd, in dit geval door Dobla en dat ze vervolgens zouden moeten worden omgezet naar een stl-bestand. Meestal vroegen we dat aan de klant zelf om te doen, het zou kunnen zijn dat mijn vader dat wel converteerde. Er was een freeware pakket op de markt dat hij zou kunnen hebben gebruikt.

U noemt mij de namen Medical2market, Tricas, WHZ, Thule Towing, Philips en . De bedrijven Tricas en Philips ken ik, de overige namen zeggen mij niets.

(...)

Mijn vader wilde alleen het basisprogramma, de minimumopties gebruiken. Dat stond automatisch aan en kon je niet wegvinken, voor zover ik mij kan herinneren. Het staat mij niet bij dat dat programma Advanced Designer Bundle heette. Bij het basisprogramma stonden bij mijn weten geen vinkjes en ook geen onderverdelingen in modules.

Het modelleren van objecten kwam niet vaak voor, de klant leverde meestal zelf het bestand aan. Modelleren werd uitbesteed aan een kennis in ons netwerk. Ik weet zijn naam niet meer."

2.5 E heeft voor zover van belang het volgende verklaard:

"Almteq en 3D 4every1 opereerden onafhankelijk van elkaar. U vraagt mij of 3D 4every1 betrokken was bij nieuwe klanten van Almteq in die zin dat 3D 4every1 3D-prints maakte om te laten zien hoe mooi ze waren. Ik antwoord dat dat voor zover ik weet niet het geval is."

2.6 M heeft voor zover van belang het volgende verklaard:

"Ik licht mijn verklaring over het tweede bewijsthema toe aan de hand van twee door mr. Overdijk op voorhand toegestuurde documenten, te weten 'Archived License File' en 'Schermafdrukken ter ondersteuning van verhoor ' M . Ik hoor u zeggen dat deze documenten aan het proces-verbaal worden gehecht.

Ik verklaar over het document 'Archived License File' dat dit de licentie samenvat die W sr. in 2003 had. Met name zijn interessant de features (functies) die het programma had en die zijn opgesomd rechtsonder op pagina 1 en rechtsboven op pagina 2.

W jr. heeft verklaard dat de laptop onvoldoende capaciteit had om het gehele programma te installeren. Hij heeft daarom gekozen voor de handmatige installatie. Die installatie activeer je door op het eerste scherm het rondje voor 'Custom' aan te klikken. In zoverre klopt de verklaring van W jr. Na het aanklikken van 'Custom' en het klikken op 'Next' kom je op een scherm, waarin alle features onder elkaar zijn gezet. De basis 'UGII' staat standaard aangeklikt. De andere features hebben een rood kruis voor de naam staan. Als je dat rode kruis aanklikt selecteer je deze feature om te installeren en wordt dat rode kruis een computericoon. Door te scrollen loop je alle features na en dat kunt u zien op de zes schermen die zijn getoond op pagina's 2, 3 en 4. Op pagina 5 ziet u welke bestandsmappen wij hebben aangetroffen op de laptop van W sr. In de bestandsmappen kunnen de programma's worden teruggevonden waarmee de features kunnen worden gebruikt. Op pagina 6 zijn de submappen weergegeven van de bestandmap NXCAE_EXTRAS. Er is dus meer geïnstalleerd van de programmatuur dan slechts het basisprogramma. In vergelijking tot de licentie die W sr. had, heeft hij drie extra bestandsmappen geïnstalleerd en één minder. Het gaat om de extra bestandsmappen CATIAV5, NXNASTRAN, NXCAE_EXTRAS. De bestandsmap die ontbreekt is NXASSEMBLY. In de licentie van 2003 heet dat assemblies.

CATIAV5 is een vertaalmodule waarmee je bestanden met de extensie CATIA kunt uitwisselen. CATIA is een ontwerpprogramma dat niet van Siemens is. Wat NXCAE_EXTRAS betreft verklaar ik dat CAE staat voor Computer Aided

Engineering. Op pagina 6 ziet u de submappen. Wat de module precies inhoudt weet ik niet. NXNASTRAN is een module voor sterkteberekeningen voor alle soorten materialen. NXASSEMBLY is een module waarmee je samenstellingen kunt maken, bijvoorbeeld niet alleen onderdelen van een machine maar een hele machine. De licentie voor de geïnstalleerde modules zou neerkomen op € 111.000,-. Daarbij is uitgegaan van de licentie die W sr. had met Unigraphics en daarbij opgeteld de drie zo even genoemde modules en daarvan afgetrokken de module assemblies. Dit lijkt misschien een beetje complex maar op een andere manier is het moeilijk te berekenen. Niet iedere bestandsmap correspondeert met een module die apart als licentie te verkrijgen is. Daarom heb ik gekozen voor een berekening uitgaande van de in 2003 verkregen licentie.

U ziet in de kolom 'Aanmaakdatum' dat de bestandsmappen op twee verschillende data zijn geïnstalleerd, op 10 mei 2013 en 16 mei 2013. Dat betekent dat W op 16 mei nog een keer terug gegaan is naar de installatiewizard om bijvoorbeeld CATIAV5 te installeren. De map 'ugalliance' betreft de besturing van een 3D_muis en is software die niet van Siemens is. Deze bestandsmap is op 13 juni 2013 geïnstalleerd.

Er zijn, hoor ik u zeggen, 9 meldingen bij Siemens binnengekomen. Siemens krijgt geen melding als een module wordt geïnstalleerd of als met een module een bestand wordt geopend en bijvoorbeeld geplot (geprint). Siemens krijgt alleen een melding als een bestand is bewerkt met een van de modules van NX of als er een nieuw bestand is aangemaakt met een module.

Ik ben het niet eens met W sr. waar hij verklaart dat het openen van een bestand en het vervolgens weer wegklikken van het bestand zou leiden tot een nieuwe opslag van het bestand. Daarvoor moet je het bestand eerst gewijzigd hebben.

De schermafdruck op pagina 6 komt niet van de in beslag genomen laptop, maar is een schermafdruck van de computer van een collega van mij."

Almteq

- 2.7 Tijdens het pleidooi heeft Siemens aangegeven dat de eerste bewijsopdracht door de regeling die zij met E heeft getroffen niet meer relevant is ten aanzien van Almteq. Het hof leidt daaruit af dat Siemens haar grieven tegen het vonnis niet handhaaft voor zover het ziet op de afwijzing van de tegen Almteq ingestelde vordering.

3D 4Every1

- 2.8 Het hof beslist dat mede op basis van de getuigenverklaringen is komen vast te staan dat de onrechtmatige daden van W c.s. kunnen worden toegerekend aan 3D 4Every1. Tussen partijen is niet in geschil dat W sr. een onrechtmatige daad heeft gepleegd door een illegale kopie van de NX-programmatuur te downloaden en te installeren. Het hof heeft in rechtsoverweging 4.6 van het tussenarrest beslist dat ook W jr. een onrechtmatige daad heeft gepleegd door de illegale kopie op de laptop van W sr. te installeren. Verder is op grond van de verklaringen van W c.s. en op basis van de lijst van bestanden die zijn aangetroffen op de laptop van W sr. (productie 7 eerste aanleg) voldoende komen vast te staan dat ten behoeve van de bedrijfsvoering van 3D 4Every1 ontwerpactiviteiten met CAD-programmatuur werden verricht en dat er in de periode dat de illegale software op de laptop van

W sr. was geïnstalleerd CAD-bestanden met de extensie .prt zijn bewaard, de extensie die ook kenmerkend is voor de NX-programmatuur. M heeft verklaard dat Siemens in die periode 9 meldingen heeft ontvangen en dat zij alleen meldingen krijgt als er bestanden met de NX-programmatuur worden bewerkt of aangemaakt. Dat betekent dat het programma is gebruikt. Omdat Almq 3D-printers verkocht en W sr. het te druk had om werkzaamheden ten behoeve van W Engineering te verrichten, moeten de activiteiten ten behoeve van 3D 4Everyl zijn geweest. Voor het hof is daarmee voldoende komen vast te staan dat de NX-programmatuur gebruikt is voor de bedrijfsvoering van 3D 4Everyl. W c.s. hebben wel gesteld dat de bestanden met een .prt-extensie ook vanuit een ander programma kunnen zijn opgeslagen. Zij hebben dat verweer echter onvoldoende uitgewerkt, zodat het hof daaraan voorbijgaat. Gelet op het feit dat i) W sr. en jr. onrechtmatig hebben gehandeld door een illegale kopie te installeren, ii) beidenvennoten zijn van 3D4 Every l en iii) het programma – zo blijkt uit de verklaringen – is gebruikt ten behoeven van 3D4 Everyl, hebben de gedragingen van W sr. en jr. in het maatschappelijk verkeer te gelden als gedragingen van 3D 4Everyl zodat de inbreukmakende gedragingen aan 3D 4Everyl kunnen worden toegerekend. Grief 2 is daarom ook gegrond, voor zover het de afwijzing van de vordering tegen 3D 4Everyl betreft. Voor de volledigheid merkt het hof nog op dat W jr. - overigens evenals W sr. - daarom zowel persoonlijk als in zijn hoedanigheid van vennoot van 3D 4Everyl aansprakelijk zijn. Hetgeen Siemens heeft betoogd in de memorie na enquête over de te beperkte formulering van de bewijsopdracht, behoeft geen behandeling. De slotsom is dat W sr., W jr. en 3D 4Everyl hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de schade die Siemens heeft geleden door de auteursrechtinbreuk.

- 2.9 Het hof heeft in rechtsoverweging 4.4 van zijn tussenarrest overwogen dat de devolutieve werking van het hoger beroep meebrengt dat de in eerste aanleg door 3D 4Everyl gevoerde verweren worden betrokken bij de tegen haar gerichte grieven in het principaal hoger beroep. Daarbij zal het hof ook acht slaan op het in hoger beroep verzamelde bewijsmateriaal.
- 2.10 Siemens heeft in grief 3 geklaagd over het passeren van haar bewijsaanbod. Het hof heeft haar alsnog toegelaten tot bewijslevering. De grief behoeft daarom geen verdere behandeling.

Omvang van de illegale download

- 2.11 Tussen partijen is niet in geschil dat W c.s. de basismodule van de NX-programmatuur hebben gedownload en geïnstalleerd. Siemens is toegelaten tot het bewijs van haar stelling dat W c.s. meer modules hebben gedownload en geïnstalleerd. Aan de hand van een printscreen van de laptop van W sr. en een toelichting door getuige M heeft Siemens geprobeerd te bewijzen dat W sr. naast de basismodule, die UGII is genaamd, ook de modules CATIAV5, NXNASTRAN EN NXCAE_EXTRAS heeft gedownload en geïnstalleerd. Het hof trekt weliswaar niet in twijfel dat de overgelegde printscreen daadwerkelijk afkomstig is van de laptop van W sr., ook al kan aan W c.s. worden toegegeven dat het opmerkelijk is dat die printscreen niet is overgelegd met de andere printscreens bij inleidende dagvaarding. Het hof is er echter op basis van de printscreens van de

aanwezige mappen er onvoldoende van overtuigd geraakt dat de modules ook daadwerkelijk zijn geïnstalleerd. Siemens heeft ook geen verband aangelegd tussen de als producties 7 en 8 overgelegde lijst van de op de computer aangetroffen bestanden en gebruik van de drie genoemde modules. Het komt voor risico van Siemens dat zij geen kopie heeft bewaard van de aangetroffen illegale download, alvorens zij de laptop heeft geretourneerd aan W sr. Het hof acht Siemens daarom niet geslaagd in het bewijs dat ook de drie modules zijn gedownload en geïnstalleerd op de laptop van W sr.

Omvang van de licentievergoeding

- 2.12 W c.s. hebben als productie 28 bij conclusie van antwoord in conventie en van eis in reconventie een prijslijst van Siemens overgelegd, waaruit volgt dat de licentievergoeding voor de basismodule € 18.600,- per jaar bedraagt en het onderhoudscontract € 3.535,-, beide bedragen exclusief BTW. Dit bedrag vormt het uitgangspunt voor de berekening van de aan Siemens toekomende schadevergoeding (rechtsoverweging 4.10 van het tussenarrest). Siemens heeft het verweer van W c.s. dat de prijslijst adviesprijzen aan de dealers van Siemens bevat en dat dealers de programmatuur voor lagere bedragen aanboden onvoldoende weersproken. Hoewel het hof Siemens in rechtsoverweging 4.13 van het tussenarrest heeft uitgenodigd gegevens te verschaffen over de hoogte van de licentievergoeding die aan afnemers in mei 2013 in rekening werden gebracht, heeft Siemens daarover geen informatie verschaft. Het hof acht het gangbaar dat op de markt een korting op de adviesprijs wordt gehanteerd en schat daarom de omvang van de licentievergoeding, die in mei 2013 gebruikelijk was, op 75% van de adviesprijs. Dat betekent dat het hof uitkomt op een door W c.s. en 3D 4Every1 verschuldigde schadevergoeding van $0,75 (18.600 + 3.535) = € 16.601,25 \times 1,21$ (BTW-tarief) = € 20.088,-.

Omvang van de opslag

- 2.13 Het hof heeft in rechtsoverwegingen 4.14 en 4.15 van zijn tussenarrest Siemens uitgenodigd specifiekere gegevens over te leggen van de door haar gemaakte onderzoeks- en opsporingskosten wegens illegaal gebruik van haar software en inzichtelijk te maken op welke schaal inbreuken op de NX-programmatuur worden gepleegd en welke neerwaartse druk dat op de licentievergoeding heeft. Siemens heeft daarop in haar memorie na enquête uiteengezet dat de jaarlijkse kosten voor Piracy Prevention en License Compliance tenminste € 15 miljoen bedragen, dat zij geen details wil prijsgeven over de frequentie van inbreuken op de NX-programmatuur, dat minder dan 5% van de kosten wordt goedge maakt uit preventie- en handhavingsacties en dat een opslag van 10% redelijk is als omslag onder de inbreukmakers van haar kosten. Ten aanzien van de neerwaartse druk op de licentievergoeding heeft Siemens uiteengezet dat zij gegevens over de frequentie van auteursrechtinbreuken op NX-programmatuur en haar tariefstelling beschouwt als bedrijfsvertrouwelijke informatie en dat de geschatte percentages illegaal gebruik van software wereldwijd liggen tussen 39 en 43%. Verder heeft zij gewezen op het effect van prijselasticiteit: naarmate de software goedkoper is, zal het illegaal gebruik afnemen. Alles in aanmerking nemende komt Siemens uit op totale opslag van 53%. W c.s. hebben aangevoerd dat de bedragen en getallen die Siemens noemt, niet zijn gespecificeerd en uitgewerkt en

daarom onvoldoende zijn onderbouwd. Bovendien zijn de stellingen van Siemens op deze punten volgens hen niet consistent.

- 2.14 Het hof overweegt als volgt. Siemens heeft ervoor gekozen slechts aan de hand van globale cijfers te berekenen wat volgens haar de opslag zou moeten zijn. W c.s. hebben er terecht op gewezen dat deze opstellingen te weinig onderbouwd zijn en daarom onvoldoende zijn te controleren. Het hof ziet in deze stellingen geen aanleiding om van de door de rechtbank gekozen opslag van 10% af te wijken. Het hof voegt daar nog het volgende aan toe. Tussen partijen is niet in geschil dat W sr. vóór het uitbrengen van de dagvaarding in deze procedure € 20.000,- heeft aangeboden om het geschil te beëindigen. Siemens heeft dit aanbod afgeslagen en in deze procedure een bedrag van meer dan € 1 miljoen gevorderd. Thans blijkt dat aan Siemens ongeveer zal worden toegewezen het bedrag dat W sr. vóór de procedure heeft aangeboden. Verder heeft Siemens het vonnis van 25 juni 2014 ten uitvoer gelegd door de gehele inboedel van W sr. te veilen (bijv. een Miele wasmachine voor € 25,-, 66 cd's voor € 20,-, een koffiezetapparaat voor € 25,- en een accordeon voor € 90,-). In 2.18 hieronder zal worden vastgesteld dat Siemens bij deze beslaglegging W sr. niet alleen stevig heeft aangepakt, maar ook onrechtmatig heeft gehandeld. Op grond van dit een en ander ziet het hof aanleiding de grief van Siemens tegen de door de rechtbank gekozen opslag van 10% ongegrond te verklaren en de opslag van 10%, waartegen W c.s. in hoger beroep niet zijn opgekomen, te handhaven.

Hoofdsom

- 2.15 Het voorgaande brengt mee dat aan Siemens toekomt een bedrag van € 22.097,- (€ 20.088,- x 1,1) en dat het bedrag dat de rechtbank onder 5.3 van het dictum heeft toegewezen tot dit bedrag moet worden verminderd. De ingangsdatum van de wettelijke rente blijft gehandhaafd, alleen al omdat daartegen geen grieven zijn gericht. Het voorgaande brengt verder mee dat grief 4 in het principaal hoger beroep faalt en de grieven 1 tot en met 5 in het incidenteel hoger beroep in zoverre slagen.

Nog niet behandelde grieven in het principaal en incidenteel hoger beroep en de vermeerdering van eis in reconventie

- 2.16 W sr. heeft als vermeerdering van eis in reconventie gevorderd dat hem wordt toegestaan vorderingen die hij op Siemens heeft te verrekenen met de vorderingen die Siemens op hem heeft. Deze verklaring voor recht zal worden gegeven. Het hof zal daarom de over en weer verschuldigde bedragen niet salderen, ook niet voor zover het gaat om Almteq of 3D 4Every1. Dat betekent dat de rechtbank in onderdeel 5.10 van het dictum Siemens terecht heeft veroordeeld om aan Almteq het onverschuldigd betaalde bedrag van € 4.410,- te restitueren. Grief 6 in het principaal hoger beroep is daarom ongegrond. Het hof zal verder de opheffing bevelen van het door Siemens gelegde eigenbeslag ter zake van de proceskostenveroordeling in het vonnis van 19 augustus 2013, opdat een eventuele verrekening daadwerkelijk rechtsgevolg heeft.
- 2.17 Omdat W jr. in hoger beroep alsnog is veroordeeld tot betaling van schadevergoeding aan Siemens, heeft Siemens niet onrechtmatig gehandeld door het beslag op de inboedel van W jr. gedurende de duur van het hoger beroep te

handhaven. Bovendien heeft W jr. niets gesteld omtrent schade die hij door handhaving van het conservatoire beslag op zijn inboedel zou hebben geleden. Ook om die reden zouden de gevorderde verklaring voor recht en verwijzing naar de schadestaatprocedure niet voor toewijzing in aanmerking komen. Grief 7 in het incidenteel hoger beroep is ongegrond.

- 2.18 Het hof oordeelt dat Siemens onrechtmatig tegenover W sr. heeft gehandeld door het vonnis van 25 juni 2014 te executeren. Er was geen aanleiding om over te gaan tot deze zeer belastende executiemaatregel tegenover W sr., omdat hij daarvóór een bedrag had aangeboden dat nagenoeg overeenkomt met het bedrag dat nu aan Siemens wordt toegewezen. Siemens had daarom, gegeven de belangen van W sr. bij behoud van zijn inboedel en gezien het door hem gedane schikkingsaanbod, geen in redelijkheid te respecteren belang bij het te gelde maken van de inboedel van W sr. en heeft daarom misbruik van haar executiebevoegdheid gemaakt en daarmee onrechtmatig tegenover W sr. gehandeld (HR 22 april 1984, ECLI:NL:HR:1984:AG4575, *NJ* 1984/145). De gevorderde verklaring voor recht en verwijzing naar de schadestaat zullen worden toegewezen nu aannemelijk is dat W sr. mogelijk schade heeft geleden als gevolg van de executie.

3 Slotsom in het principaal en incidenteel hoger beroep

- 3.1 De grieven 2 en 3 in het principaal hoger beroep en de grieven 1, 2, 3, 4 en 5 in het incidenteel hoger beroep slagen, zodat het bestreden vonnis moet worden vernietigd.
- 3.2 Omdat partijen in conventie en in reconventie over en weer gedeeltelijk in het ongelijk zijn gesteld, zal het hof de proceskosten van de eerste instantie tussen partijen compenseren. Dat brengt mee dat de door Siemens gemaakte beslagkosten voor haar rekening blijven. Daaruit volgt verder dat grief 5 in het principaal hoger beroep ongegrond is.
- 3.3 Omdat Siemens enerzijds en W en 3D 4Every1 over en weer gedeeltelijk in het ongelijk zijn gesteld, zal het hof de kosten van het hoger beroep tussen hen compenseren.
- 3.4 Als de overwegend in het ongelijk gestelde partij zal het hof Siemens in de kosten van het hoger beroep van W sr. veroordelen. De kosten voor de procedure in hoger beroep aan de zijde van W sr. zullen conform opgave, maar met een aftrek voor aan West en 3D 4Every1 toe te rekenen proceskosten, aan de hand van artikel 1019h Rv worden vastgesteld op € 23.000,-.

4 De beslissing in het principaal en incidenteel hoger beroep

Het hof, recht doende in hoger beroep:

vernietigt het vonnis van 25 juni 2014, en opnieuw rechtdoende:

in conventie

- 4.1 verklaart voor recht dat W sr., W jr. en 3D 4Every1 inbreuk hebben gemaakt op het auteursrecht van Siemens en op die grond tegenover Siemens schadeplichtig is,
- 4.2 beveelt W sr., W jr. en 3D 4Every1 zich binnen 24 uur na betekening van dit arrest te onthouden van iedere inbreuk op het auteursrecht van Siemens op het programma NX 4.0 en NX 8.5.1.3,
- 4.3 veroordeelt W sr., W jr. en 3D 4Every1 om aan Siemens te betalen een bedrag van € 22.097,-, vermeerderd met de wettelijke rente als bedoeld in art. 6:119 BW vanaf 8 juli 2013 tot de dag van volledige betaling,

in reconventie

- 4.4 veroordeelt Siemens om aan Almtcq te betalen een bedrag van € 4.410,-,
- 4.5 verklaart voor recht dat Siemens onrechtmatig heeft gehandeld door over te gaan tot executie van het vonnis van 25 juni 2014 en de inboedel van W sr. te veilen en veroordeelt Siemens tegenover W sr. tot schadevergoeding, nader op te maken bij staat,
- 4.6 verklaart voor recht dat W sr. gerechtigd is over te gaan tot verrekening van de vorderingen die hij op Siemens heeft met vorderingen die Siemens op hem heeft,
- 4.7 heft op het beslag dat Siemens onder zichzelf heeft gelegd ter zake van de proceskostenveroordeling uit hoofde van het vonnis van 19 augustus 2013 van de voorzieningenrechter van de rechtbank Midden-Nederland met zaaknummer C/16/348860,

in conventie en in reconventie voorts

- 4.8 compenseert de kosten van de procedure in eerste aanleg tussen partijen aldus, dat iedere partij de eigen kosten draagt,
- 4.9 compenseert de kosten van de procedure in hoger beroep tussen Siemens enerzijds en W jr. en 3D 4Every1 anderzijds aldus, dat iedere partij de eigen kosten draagt,
- 4.10 veroordeelt Siemens in de kosten van het hoger beroep van W sr., tot aan deze uitspraak aan de zijde van W sr. vastgesteld op € 23.000,-,
- 4.11 wijst af het anders of meer gevorderde,
- 4.12 verklaart dit arrest ten aanzien van de daarin vervatte veroordelingen uitvoerbaar bij voorraad.

Dit arrest is gewezen door mr. R.E. Weening, mr. F.J. de Vries en mr. I.F. Clement, en is in tegenwoordigheid van de griffier in het openbaar uitgesproken op 12 november 2019.

 Uitgegeven voor grosse
op 12-11-2019
door de griffier van het Gerechtshof van Arnhem-Leeuwarden
