

# Winstafdracht: einde aan slapend bestaan van artikel 6:104 BW

*T.E. Deurvorst*

## 1 Inleiding

Het is alweer bijna twintig jaar geleden dat artikel 6:104 werd ingevoerd in ons Burgerlijk Wetboek (BW). Dit artikel biedt de rechter de mogelijkheid de schade wegens een tekortkoming of onrechtmatige daad te begroten op (een deel van) de winst van de aansprakelijke partij.

Tot dusverre vond het artikel weinig toepassing in de praktijk. Het komt immers zelden voor dat geleden schade kan worden *begroot* op genoten winst. Geleden schade en genoten winst vormen zelden elkaars spiegelbeeld in die zin dat sprake is van een vermogensverschuiving tussen de benadeelde en de aansprakelijke die heeft geleid tot schade bij de een en winst bij de ander. En zelfs al is daar wel sprake van, dan nog is de omvang van de genoten winst niet noodzakelijkerwijs net zo groot als die van de geleden schade. Voor de vaststelling van het bestaan van geleden schade en genoten winst, en de begroting daarvan, worden ook nog eens verschillende methoden gebruikt. Het begroten van schade op de genoten winst, laat staan op een deel daarvan, is dan ook bijna altijd willekeurig.

Op 18 juni 2010 heeft de Hoge Raad artikel 6:104 BW in twee arresten – *Setel/AVR* en *Ymere/X* – aanzienlijk extensiever geïnterpreteerd dan voorheen. Dit betekent dat er in het civiele recht nu ruimte is voor een verdergaande abstraehering van de omvang van de daadwerkelijk geleden schade dan tot dusverre werd aangenomen. Bovendien heeft de Hoge Raad het begrip ‘winst’ een zeer ruime betekenis gegeven. De rechter wordt ook nog eens veel vrijheid gegund om uit twee berekeningsmethoden te kiezen ter vaststelling van de genoten winst, dit terwijl de keuze voor de een dan wel de andere grote invloed heeft op de omvang van de te betalen vergoeding.

Te verwachten valt daarom dat justitiabelen nu geen flauw idee zullen hebben hoe groot de vergoeding zal zijn wanneer de rechter overgaat tot toepassing van artikel 6:104 BW. Daardoor komen de rechtszekerheid en eerlijke rechtsbedeling bij de toewijzing van schadevergoeding op de tocht te staan. In het navolgende zal ik de ontwikkelingen schetsen, mijn bedenkingen uiteenzetten en een suggestie doen voor verbetering van een winstafdrachtregeling onder het gemene recht.

## 2 Wat vooraf ging aan de arresten *Setel/AVR* en *Ymere/X*

Artikel 6:104 BW dateert pas van 1992. Het artikel had geen voorganger in het voorheen geldende BW.

In Duitsland wees de rechter wel eens een vordering tot ‘Gewinnherausgabe’ toe op basis van ‘Unechte Geschäftsführung ohne Auftrag’ (oneigenlijke zaakwaarne-

T.E. Deurvorst

ming) wanneer sprake was van het welbewust, maar ter bevordering van het eigen belang, zich met een anders belang bemoeien, zoals het innen van de huur van het huis van een ander.

Meijers zag echter niets in zo een gekunstelde constructie:

‘De bepalingen betreffende de onrechtmatige daad bieden de belanghebbende de middelen om zijn schade vergoed te krijgen; hij behoeft niet met behulp van de zaakwaarnemingsconstructie recht te hebben op eventueel door de dader gemaakte winst die zijn schade te boven gaat.’<sup>1</sup>

De tekst voor artikel 6:104 BW werd pas middenin het wetgevingsproces voor het Nieuw Burgerlijk Wetboek (NBW) voorgesteld. Inspiratie voor invoering van dit artikel werd ontleend aan artikel 43 lid 4 Rijsoctrooiwet (oud) en artikel 27a Auteurswet (Aw), die voorzagen in de afroaming van onrechtmatig behaalde winst bij inbreuk op octrooi- en auteursrecht, ongeacht de omvang van de schade. Vanwege het feit dat de omvang van de vergoeding ingevolge deze *sui generis*-regelingen losstaat van de omvang van de geleden schade, worden deze regelingen ook wel ‘eigenlijke winstafdrachtregelingen’ genoemd.<sup>2</sup>

Artikel 6:104 BW was – en is – echter een ongelukkig geformuleerd stukje wetgeving. Het is zoals gezegd zelden mogelijk de schade van de benadeelde partij te ‘begroten’ op de winst van de aansprakelijke partij, aangezien schade en winst verschillende eenheden zijn. Het begrip ‘schade’ bestaat, behalve uit gederfde winst, uit geleden verlies en ander nadeel (art. 6:95 en 96 BW), alsmede uit een toekomstige vorm daarvan (art. 6:105 BW). Het begrip ‘genoten winst’ vormt hooguit het spiegelbeeld van één deel van de schadesoorten en omvat evenmin een toekomstige variant. Afgezien van het verschil qua aard en samenstelling, zal het in de praktijk zelden voorkomen dat de gederfde winst van het ene bedrijf min of meer hetzelfde zal zijn als de genoten winst van een ander bedrijf. De bedrijfscultuur is in geen bedrijf dezelfde, laat staan de voor de winstberekening benodigde kostprijsberekening.

Bovendien hoorde – en hoort – artikel 6:104 BW niet thuis tussen de artikelen aangaande de inhoud en omvang van de schade. Een belangrijk argument voor invoering was immers dat het onbevredigend was een aansprakelijke partij te laten profiteren van haar onrechtmatige daad of tekortkoming. Een sanctie die daaraan tegemoet wil komen heeft in beginsel niets van doen met schadevergoeding. Maar zelfs al zou de innerlijke tegenstrijdigheid van artikel 6:104 door extensieve interpretatie – het woord ‘begroten’ op te vatten als ‘fixeren’ – worden verholpen, dan nog moet de vraag worden gesteld: hoort een min of meer punitieve voorziening als deze wel thuis in afdeling 6.1 BW? Tevens komt dan de vraag op of de punitieve aard niet meebrengt dat zo’n voorziening beperkt behoort te worden tot specifieke (ernstige) gevallen van onrechtmatige daad of tekortkomingen. Zou winstafdracht sowieso niet gereserveerd moeten worden tot opzet of grove schuld van de aansprakelijke partij?

1 PG Boek 6, p. 790 (TM).

2 Zie nader Deurvorst, Groene Serie Schadevergoeding, Deventer: Kluwer (losbl.), art. 6:104.

De toelichtende parlementaire stukken op artikel 6:104 konden de rechtspraak evenmin een richtsnoer verschaffen bij de toepassing van deze bepaling. De wetgever noemde een tweeledige strekking: het was onredelijk om de ongeoorloofd ten koste van een ander verkregen winst bij de verkrijger te laten waar die ander vermoedelijk wel schade had geleden maar deze naar haar aard niet goed bewijsbaar was. Hij liet echter na de consequentie te bezien van deze tweeledige strekking. Het tegengaan dat ongeoorloofd ten koste van de ander verkregen winst bij de verkrijger blijft, veronderstelt dat de winst van de verkrijger het plafond is van de af te dragen vergoeding. Het compenseren van niet goed bewijsbare schade veronderstelt daarentegen dat de schade van de benadeelde de bovengrens vormt. In 1993 schiep de Hoge Raad meer duidelijkheid in het arrest *Wayen/Naus*:

‘Art. 6:104 geeft niet aan degene jegens wie onrechtmatig is gehandeld of wanprestatie is gepleegd, een “vordering tot winstafdracht”, doch verleent aan de rechter een discretionaire bevoegdheid om, ingeval schadevergoeding is gevorderd, de schade te begroten op het bedrag van de door dit handelen of die wanprestatie genoten winst of op een gedeelte daarvan. Het artikel vormt blijkens zijn plaatsing, zijn bewoordingen en zijn parlementaire geschiedenis een uitwerking voor een bijzonder geval van de algemene regel van art. 6:97. De in het artikel bedoelde wijze van begroting komt neer op een vorm van abstracte schadeberekening, waarbij wordt geabstraheerd van de vraag of concreet nadeel is komen vast te staan, zodat zodanig nadeel bij onzekerheid niet door de eiser behoeft te worden aangetoond. Dit neemt echter niet weg dat, zo de rechter vaststelt dat in het gegeven geval in het geheel geen schade is geleden, daarmee de weg naar toepassing van art. 6:104 is afgesneden. In een en ander ligt tevens besloten dat de rechter niet tot toepassing van art. 6:104 kan overgaan, indien de aangesprokene bewijst dat door de gedragingen waarvoor hij aansprakelijk gesteld wordt, geen schade ontstaan kan zijn.’<sup>3</sup>

Volgens de Hoge Raad betrof artikel 6:104 BW dus slechts een abstracte schadeberekeningsmethode. Het artikel vormde volgens de Hoge Raad een uitwerking van de abstracte schadeberekeningsmethode van artikel 6:97 BW. Bij abstracte schadeberekening abstraheert de rechter van de vraag of concreet nadeel is komen vast te staan, zodat zodanig nadeel bij onzekerheid niet door de benadeelde behoeft te worden aangetoond, aldus de Hoge Raad in *Wayen/Naus*. Artikel 6:104 vindt echter geen toepassing als wordt vastgesteld dat in het geheel geen schade is geleden, aldus de Hoge Raad in dit arrest. In het arrest *Gemeente Dordrecht/Stokvast* verwoordt de Hoge Raad de abstracte schadeberekening overigens anders: volgens de Hoge Raad rechtvaardigt, mede met het oog op de hanterbaarheid van de methode van schadebegroting, de aard van bepaald nadeel dat het de rechter vrijstaat bij het begroten daarvan te abstraheren van bepaalde, de bijzondere situatie van de benadeelde betreffende omstandigheden. Voorko-

3 HR 24 december 1993, NJ 1995, 421 (C.J.H. Brunner) inzake *Wayen/Naus*.

T.E. Deurvorst

men moet evenwel worden dat meer dan de werkelijk geleden schade wordt vergoed.<sup>4</sup>

Overigens werd het in het arrest Wayen/Naus aan de orde zijnde geschil beheerst door het oude burgerlijk recht, dat, zoals gezegd, een bepaling als artikel 6:104 BW niet kende. Dit stond er volgens de Hoge Raad echter niet aan in de weg dat artikel 6:104 ook onder het oude recht kon worden toegepast voor zover dit artikel ook naar dat oude recht een goede maatstaf opleverde voor de reëel geleden schade.

‘In het onderhavige geval is ingevolge art. 182 Overgangswet Nieuw BW op de gevolgen van de overtredingen van Naus in beginsel het vòòr 1 jan. 1992 geldende recht van toepassing. Dit staat er echter, zoals de rechtbank terecht heeft overwogen, niet aan in de weg dat art. 6:104 reeds kan worden toegepast, voor zover dit artikel ook naar dat recht een goede maatstaf oplevert voor de reëel geleden schade...’

Dat de genoten winst representatief is voor de geleden schade is, zoals gezegd, zelden het geval. Het arrest Wayen/Naus betekende een genadeslag voor de toepassing van artikel 6:104 BW in de praktijk.

De laatste jaren gingen er echter stemmen op om artikel 6:104 BW nieuw leven in te blazen. Met name op het terrein van de onrechtmatige boulevardjournalistiek – voor welk terrein geen eigenlijke winstafdrachtregeling geldt zoals bijvoorbeeld die in de intellectuele eigendom – werd het als onbevredigend ervaren dat de daarmee behaalde winst niet kon worden afgeroomd.<sup>5</sup> Ook op het terrein van het mededingingsrecht werd gesuggereerd de regeling van artikel 6:104 een grotere rol toe te bedelen vanwege onvolkomenheden van de bestuursrechtelijke sanctiëring.<sup>6</sup>

Deze stemmen zijn klaarblijkelijk gehoord door de rechter. De Hoge Raad vaart nu klaarblijkelijk een andere koers dan in 1993; niet langer stelt de Hoge Raad eis dat de winst een goede maatstaf oplevert voor de reëel geleden schade.

Thans geldt enkel dat, indien aannemelijk is dat het door de schuldenaar behaalde financiële voordeel de vermoedelijke omvang van de schade *aanmerkelijk* te boven gaat, de schade in beginsel wordt begroot op een door de rechter te bepalen gedeelte van de winst.

4 HR 28 april 2000, NJ 2000, 690 (A.R. Bloembergen) inzake Gemeente Dodrecht/Stokvast.

5 Zie o.m. T. Hartlief, ‘Gij zult handhaven!’, NJB 2007-15; M.H. Wissink, ‘Verrijkingsafdracht en aansprakelijkheid’, in: W.H. van Boom & M.H. Wissink, Aspecten van ongerechtvaardigde verrijking. Preadvies NVBR, Deventer: Kluwer 2002, p. 73 e.v.; C.H. Sieburgh, ‘Gerechtigheid en rechtshandhaving’, WPNR 2010, p. 393-395. Zie ook T.E. Deurvorst, ‘Schadevergoeding bij schending van commercieel portretrecht’, in: D.J. Visser e.a. Commercieel portretrecht. 30 jaar ‘t Schaep met de 5 pooten, Amsterdam: deLex 2009, p. 130.

6 M. Freudenthal, ‘Privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht’, in: I. Giesen, Handhaving van en door het privaatrecht, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 65, 90-91; E.J. Zippro, Privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2009, p. 379 e.v.

### 3 HR 18 juni 2010, LJN BL9662 (Setel/AVR)

De casus is in het kort als volgt:

Setel en Curaçao Telecom N.V. (hierna: CT) zijn aanbieders van telefoondiensten op de Nederlandse Antillen. Setel biedt vaste en mobiele telefonie aan, CT alleen mobiele. Beide partijen zijn concessiehouders als bedoeld in de Landsverordening op de Telecommunicatievoorzieningen. Krachtens de hen verleende concessies waren Setel en CT verplicht om interconnectie (koppeling) tussen hun netten te verlenen teneinde de gebruiker via het net van de een in staat te stellen het net van de ander te bereiken en vice versa. De minister van Verkeer en Vervoer bepaalde daarbij dat Setel aan CT een vergoeding van 36 cent per minuut moest betalen voor gesprekken die op haar vaste of haar mobiele netwerk zouden beginnen (en dus door haarzelf aan de abonneehouder in rekening werd gebracht) en op het netwerk van CT eindigden, terwijl CT andersom een vergoeding van 15 cent per minuut aan Setel diende te betalen.

Setel (althans haar moedermaatschappij) heeft aan de minister meegedeeld dat het tarief dat de eindgebruikers in rekening zou worden gebracht voor een gesprek vanuit een van de netwerken van Setel naar het mobiele netwerk van CT, zou worden verhoogd met 21 cent per minuut. Setel heeft vervolgens, niettegenstaande herhaaldelijk verzoek van de minister om de oude tarifiering te handhaven en niettegenstaande de aansprakelijkstelling door CT voor de door CT als gevolg van de tariefdifferentiatie te lijden schade, de aangekondigde tariefsverhoging voor bellen naar CT doorgevoerd en gehandhaafd, zelfs nadat de minister bij beschikking had bepaald dat Setel gehouden was om de oude tariefsituatie te herstellen. Na ongeveer een halfjaar heeft Setel de tariefsdifferentiatie ongedaan gemaakt. CT heeft haar aanspraak op schadevergoeding aan AVR (haar moedermaatschappij) gecedeerd.

AVR vordert in dit geding van Setel (primair) betaling van totaal Naf 5.130.556 (circa € 2.052.222) als vergoeding van de schade die CT stelt te hebben geleden. De schade bestaat volgens AVR deels uit omzetsderving wegens het gemis van CT-abonnees: gedurende het eerste half jaar van 2002 – de periode van de gewraakte tariefsverhoging – daalde het aantal nieuwe CT-abonnees van 1000 naar 250, welk aantal in het tweede halfjaar van 2002 – nadat de tariefsverhoging ongedaan was gemaakt – weer opliep tot 800 per maand. Bovendien zou de tariefsverhoging hebben geleid tot een voor CT lager saldo aan door Setel te betalen interconnectievergoedingen; Setel-bellers zouden na de tariefsverhoging terughoudender zijn geweest CT-nummers te bellen.

De schadevergoeding omvatte ook een vergoeding voor de waardedaling van AVR's CT-aandelen ad Naf 1.178.000.

Subsidiair vorderde AVR Naf 3.897.066 (circa € 1.558.826), bestaande uit de door Setel genoten winst (18.557.460 belminuten vermenigvuldigd met Naf 0,21).<sup>7</sup>

In eerste aanleg oordeelde het gerecht dat Setel door de introductie van de tariefsdifferentiatie onrechtmatig had gehandeld. Het achtte voldoende aannemelijk dat

<sup>7</sup> Gerecht in Eerste Aanleg van de Nederlandse Antillen 14 mei 2007, AR 1092/2005 <<http://jure.nl/bk1794>>.

T.E. Deurvorst

AVR door dat onrechtmatig handelen schade had geleden, maar dat de omvang daarvan niet kon worden vastgesteld.

‘3.7 In de op basis van AVR’s gegevens door CT’s accountant CAS in haar brief van 23 mei 2005 neergelegde “inschatting geleden schade”, wordt in het eerste halfjaar van 2002 – de periode van de gewraakte tariefsverhoging – een daling van het aantal nieuwe CT-abonnees genoemd van 1000 naar 250 per maand ten opzichte van 2001, welk aantal vervolgens in het tweede halfjaar van 2002 – nadat de tariefsverhoging ongedaan was gemaakt – weer opliep tot gemiddeld 800 per maand. Setel heeft weliswaar de nodige vraagtekens geplaatst bij de uitgangspunten, aannames en conclusies van CAS, maar het Gerecht acht voldoende aannemelijk geworden dat CT door de onrechtmatige tariefsverhoging schade heeft geleden. Het voorzienbare gevolg van de tariefsverhoging was dat CT bij het publiek de naam kreeg het duurdere netwerk te zijn. De tariefsverhoging zal CT ongetwijfeld (nieuwe) klanten hebben gekost. Het ligt immers voor de hand dat consumenten die de keuze hebben tussen een CT-toestel dat hun via Setelbellende relaties (daaronder begrepen hun gezinsleden die vanuit huis via de vaste Setel-aansluiting bellen) op extra kosten jaagt enerzijds en een Setel-toestel waarbij dat niet het geval is anderzijds, veelal voor dat laatste zullen kiezen, met voor CT een gemis aan abonnees (daaronder begrepen pre-paid bellers) en dus omzet tot gevolg. De redenering van Setel dat zich eerder een omgekeerd beeld zou hebben kunnen voordoen – Setel-abonnees werden geconfronteerd met een prijsverhoging voor bellen naar CT en zouden die ontlopen als zij zelf overstapten naar CT – miskent dat dit slechts zou kunnen opgaan voor louter mobiel bellende Setel-abonnees. Dat een relevant aantal (per definitie Setel-) abonnees met een vaste aansluiting een dergelijke overstap naar een mobiele CT-aansluiting heeft gemaakt, komt het Gerecht onwaarschijnlijk voor. Aanwijzingen daarvoor ontbreken. Setel heeft een aantal andere mogelijke oorzaken geopperd van de terugval bij CT in de aantallen nieuwe abonnees. Dat uitsluitend de door haar genoemde factoren de terugval hebben veroorzaakt – en niet Setels tariefsverhoging – is niet aannemelijk geworden.

Het Gerecht acht voorts aannemelijk dat de tariefsverhoging heeft geleid tot een voor CT lager saldo aan door Setel te betalen interconnectievergoedingen. Setel-bellers zullen na de tariefsverhoging terughoudender zijn geweest om CT-nummers te bellen (of, zoals door de ter pleitzitting aanwezige adviseur van Setel uitgedrukt: ‘die kijken wel uit’). Ook hierbij betreft het Gerecht het feit van algemene bekendheid dat consumenten hun consumptie mede laten afhangen van de door hen te betalen prijs en dat een hogere prijs een drukkend effect heeft op de consumptie. Bewijslevering of deskundigenonderzoek is daarvoor niet nodig.’

De post ter zake de lagere verkoopopbrengst van de CT-aandelen hoorde volgens het gerecht sowieso niet thuis in de schadeopstelling en zou leiden tot een dubbeltelling.

‘3.8 AVR vordert primair een schadevergoeding conform de schatting door CAS, althans begroot op basis van artikel 6:104 BW. Zoals Setel terecht stelt en ook AVR en CAS zelf onderkennen, is op de schatting van CAS, die komt tot een bedrag van Naf. 5.130.556, wel wat aan te merken. In elk geval hoort de post van Naf. 1.780.000 terzake lagere verkoopopbrengst aandelen op de door Setel genoemde gronden niet thuis in de schadeopstelling en zou deze leiden tot een dubbeltelling. Van het geschatte schadebedrag dat resteert heeft het overgrote deel betrekking op “omzetderving door gemis subscribers” en “doorwerking gemis subscribers”. Een belangrijke moeilijkheid bij deze schadeposten is dat onzeker en niet vast te stellen is wat consumenten zouden hebben gedaan indien Setel de tariefsverhoging achterwege zou hebben gelaten, waarbij geldt dat ook andere factoren een rol kunnen hebben gespeeld bij de tijdelijke daling van het aantal nieuwe abonnees van CT. Geen van partijen heeft gesteld dat de impact voor CT van de tariefsverhoging – al dan niet na inschakeling van een deskundige – kan worden vastgesteld. Dát schade is veroorzaakt door de tariefsverhoging acht het Gerecht, zoals hiervoor reeds overwogen, echter gegeven. Naar het oordeel van het Gerecht leent deze zaak zich er dan ook voor om voor de begroting van de schade te kijken naar de door Setel met haar onrechtmatig handelen gemaakte winst als bedoeld in artikel 6:104BW.<sup>8</sup>

Het gerecht oordeelde dat de zaak zich daarom ervoor leende de schade te begroten op de voet van artikel 6:104 BWNA (gelijkluidend aan art. 6:104 BW). Het door Setel met de onrechtmatige tariefmaatregel behaalde voordeel (waarbij het gerecht in het midden liet of dit nu bestond in winst of verliesbeperking) werd door het gerecht begroot op Naf 3.897.066,60. In verband met de in het vonnis weergegeven indicaties van de lagere omvang van de schade begrootte het gerecht de schade uiteindelijk op een gedeelte van dat voordeel, en wel op Naf 3.000.000 (circa € 1.200.000).

Het hof bevestigde het vonnis van het gerecht, met overneming van het oordeel van het gerecht, waaraan het onder meer toevoegde dat Setel had gehandeld in strijd met een wettelijke plicht als bedoeld in artikel 6:162 lid 2 BW en hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, zoals bedoeld in artikel 6:162 lid 2 BW. Op onbehoorlijke wijze werd volgens het hof bewerkstelligd dat CT minder aantrekkelijk werd voor veel consumenten en dat minder gebeld werd naar het mobiele netwerk van CT. Het hof nam bovendien in aanmerking dat voor tariefwijziging een speciale bezwaarprocedure bestond. Setel had deze procedure niet gevolgd en niet aannemelijk gemaakt dat zulks niet van haar kon worden gevergd. Onder deze omstandigheid leverde een onjuistheid in het tarief, zoals door Setel te bewijzen was aangeboden (de interconnectievergoeding van 36 cent per minuut zou volgens Setel niet kostengeoriënteerd zijn), geen rechtvaardigingsgrond op als bedoeld in artikel 6:162 lid 2 BW of onaanvaardbaarheid naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid. Hetzelfde gold volgens

8 Gerecht in Eerste Aanleg van de Nederlandse Antillen 14 mei 2007, AR 1092/2005 <<http://jure.nl/bk1794>>.

T.E. Deurvorst

het hof voor een eventuele ongerechtvaardigde ongelijkheid tussen de interconnectievergoedingen.

Aannemelijk was dat er schade is geleden. Gelet op het feit, aldus het hof, dat de tariefsverhoging rechtstreeks de klanten van Setel zelf trof, op de vele onzekerheden (ten aanzien van het consumentengedrag) en op het verdere verweer van Setel, was de gevorderde omvang van de schade niet aannemelijk en evenmin, met voldoende nauwkeurigheid, enige andere lagere omvang.

Ook niet aannemelijk was echter dat de schade in elk geval hoger is dan de Naf 3 miljoen die het gerecht met toepassing van artikel 6:104 BW had toegewezen.

Toepassing van artikel 6:104 was volgens het hof het meest met de aard van de schade in overeenstemming.

Setel stelt cassatieberoep in. De Hoge Raad overweegt kort gezegd als volgt:

- a. Artikel 6:104 BWNA – dat gelijkkluidend is aan artikel 6:104 BW – geeft niet aan degene jegens wie onrechtmatig is gehandeld of wanprestatie is gepleegd een ‘vordering tot winstafracht’, maar verleent aan de rechter een discretionaire bevoegdheid om, ingeval schadevergoeding is gevorderd, de schade te begroten op het bedrag van de door dit handelen of die wanprestatie genoten winst of op een gedeelte daarvan.
- b. Artikel 6:104 BW vormt blijkens zijn plaatsing, zijn bewoordingen en zijn parlementaire geschiedenis een uitwerking voor een bijzonder geval van de algemene regel van artikel 6:97 BW.
- c. De bepaling brengt mee dat niet noodzakelijk is dat concreet nadeel door de benadeelde wordt aangetoond; voldoende is dat de aanwezigheid van enige (vorm van) schade aannemelijk is. In een en ander ligt besloten dat de rechter niet tot toepassing van artikel 6:104 kan overgaan indien de aangesprokene aannemelijk maakt dat door de gedragingen waarvoor hij aansprakelijk gesteld wordt, geen schade kan zijn ontstaan.
- d. Aangezien de wijze van schadebegroting waarin artikel 6:104 voorziet niet, ook niet mede, het karakter heeft van een punitieve maatregel – zoals blijkens het arrest van het BenGH van 24 oktober 2005, NJ 2006, 442 (Delhaize/Dior) wel het geval is met de vordering tot winstafracht van artikel 2.21 lid 4 van het Benelux-verdrag inzake de intellectuele eigendom (BVIE) – behoort de rechter bij de toepassing van dit voorschrift in zoverre terughoudendheid in acht te nemen dat, indien aannemelijk is dat het door de schuldenaar behaalde financiële voordeel de vermoedelijke omvang van de schade aanmerkelijk te boven gaat, de schade in beginsel wordt begroot op een door de rechter te bepalen gedeelte van de winst.
- e. Mede gelet op het niet-punitieve karakter van de voorziening gelden voor toewijzing van een vordering tot winstafracht op de voet van artikel 6:104 niet meer of andere vereisten dan ingevolge artikel 6:162 of 6:74 BW voor toewijzing van schadevergoeding in het algemeen. Dat brengt onder meer mee dat het schadetoebrenge handelen aan de aansprakelijke persoon kan worden toegerekend op de voet van artikel 6:162 lid 3 onderscheidenlijk artikel 6:75 BW, en dat tussen dat handelen en de schade naast een *condicio sine qua non*-verband tevens voldoende verband als bedoeld in artikel 6:98 BW



- bestaat. In het bijzonder is voor toepassing van artikel 6:104 niet een bijzondere mate van verwijtbaarheid van het schadetoebrengende handelen vereist.
- f. Wel mag de rechter bij beantwoording van de vraag of hij toepassing zal geven aan artikel 6:104, en zo ja, of hij de schade op het volledige bedrag van de winst zal begroten, aan de mate van verwijtbaarheid gewicht toekennen.
  - g. Onder 'winst' in de zin van artikel 6:104 dient te worden verstaan: ieder financieel voordeel dat de aansprakelijke partij door haar 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 aansprakelijke partij niet winstgevend is.
  - h. Voor de begroting van de winst in voormelde zin moet worden uitgegaan van het nettovoordeel, 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 is met de eerder vermelde winstafdracht op de voet van artikel 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.
  - i. 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.
  - j. Voor de toepassing van artikel 6:104 is niet vereist dat er een verband bestaat tussen de aldus te begroten winst en de omvang van de schade van de benadeelde. De bedoelde winst behoeft dan ook niet ten koste van de benadeelde te zijn gemaakt.
  - k. Onjuist is de opvatting dat beperking van geleden verlies niet als winst in de zin van artikel 6:104 kan worden aangemerkt.

#### 4 Kanttekeningen bij het arrest Setel/AVR

##### *Uitkomst lijkt niet bij voorbaat onredelijk*

In grote lijnen lijkt de uitkomst van deze zaak mij niet bij voorbaat onredelijk: Setel heeft (als monopoliehouder) de door de minister verboden tariefsdifferentiatie opzettelijk doorgezet en daardoor de introductie van CT als nieuwkomer op de mobiele telefonie markt bemoeilijkt. Dit heeft CT gedurende enige tijd nieuwe klanten gekost, alsmede interconnectievergoedingen. CT wordt daarvoor gecompenseerd. De compensatie brengt bovendien mee dat Setel geen voordeel overhoudt aan haar flagrante daad, terwijl concurrente CT steviger in het zadel komt te zitten.

##### *Schade niet te begroten op gebruikelijke wijze?*

De schade van CT bestaat uit de post gederfde winst wegens gemiste abonnementen, alsmede gederfde interconnectievergoedingen. Volgens het tot dusverre

T.E. Deurvorst

geldende schadevergoedingsrecht worden deze schadeposten concreet berekend: rekening moet worden gehouden met alle omstandigheden aan de kant van de benadeelde. Voor vergoeding komt in aanmerking de winst waarvan redelijkerwijs mag worden aangenomen dat de benadeelde haar werkelijk zou hebben gemaakt.<sup>9</sup> Ofschoon dit niet in cassatie aan de orde is geweest,<sup>10</sup> ga ik voor de navolgende gedachtevorming na hoe de rechter deze posten had kunnen begroten op de gebruikelijke wijze.

Volgens het vonnis van het gerecht bestond de schade van CT uit de volgende factoren:

- a. Gemis nieuwe abonnees gedurende een kleine zeven maanden. De rechter had deze schadepost kunnen schatten op het gemiddelde aantal gemiste nieuwe abonnementen per maand gedurende zeven maanden en het aantal gederfde belmaanden kunnen vermenigvuldigen met de gemiddelde nettowinst van CT per abonnee gedurende deze periode;
- b. Vertraagd herstel aantal abonnees tot oude niveau. Uit de stukken valt af te leiden dat het aantal nieuwe abonnees nadat de tariefsdifferentiatie ongedaan werd gemaakt, weer opliep tot gemiddeld 800 per maand. Goed denkbaar is dat het volledige herstel tot het oude niveau nog enige maanden heeft gekost. De boeken van CT konden hierover eenvoudig uitsluitsel geven. Ook deze schadepost had geschat kunnen worden op het aantal gederfde belmaanden vermenigvuldigd met de gemiddelde nettowinst van CT per abonnee gedurende deze periode.
- c. Gemis interconnectievergoedingen. De omvang van deze schadepost kon worden geschat door het totale aantal door CT gemiste belmaanden te vermenigvuldigen met de gemiddelde ontvangsten aan interconnectievergoedingen per belmaand. Tevens zou een schatting moeten worden gemaakt van de kans dat een bestaande Setel-abonnee als gevolg van de prijsverhoging minder genegen zal zijn geweest een CT-nummer te draaien.

Zonder feitelijke informatie is het niet mogelijk te controleren of het door het gerecht toegewezen deel van het door Setel genoten voordeel – uiteindelijk neerkomende op een bedrag ad Naf 3.000.000 (circa € 1.200.000) – de hiervoor weergegeven schadeberekening benadert. Dat zou best het geval kunnen zijn, maar ook best niet. De door CT primair opgevoerde schade bestond overigens voor een groot deel uit *omzetderving* en niet uit *winstderving*. Het door CT opgevoerde bedrag aan gemiste omzet had dus eerst met de toepasselijke winstmarge vermenigvuldigd moeten worden om de vermoedelijke schade (bestaande uit gederfde winst) te berekenen. Niet is gebleken dat de rechter dit heeft gedaan.

De tekst van artikel 6:104 BW en de instructies van de Hoge Raad dwingen de rechter eigenlijk ook eerst een berekening van de vermoedelijke schade te maken alvorens over te gaan tot toepassing van artikel 6:104 BW. Dus veel schiet de

9 Lindenbergh, *Groene Serie Schadevergoeding*, Deventer: Kluwer (losbl.), art. 6:96, aant. 132 en 6: 97, aant. 27.

10 In cassatie kan de schadebegroting door de feitenrechter slechts beperkt worden getoetst, aldus onder meer HR 15 november 1996, NJ 1998, 314 (Herzano/Simon).

rechter niet op met artikel 6:104 qua eenvoud, tenzij hij gebruikmaakt van nietszeggende woorden zoals die van het gerecht:

‘In de schatting door AVR van de daadwerkelijke schade en in hetgeen hiervoor onder 3.8 is opgemerkt over de (vermoedelijke) omvang daarvan, ziet het Gerecht aanleiding de (totale) schade te begroten op een deel van het door Setel behaalde voordeel, en wel op Naf 3.000.000.’

Kortom denk ik dat een concrete schadeberekening wel degelijk tot de mogelijkheden behoorde. Uiteraard is het eenvoudiger de bruto-omzet van de aansprakelijke partij tot uitgangspunt te nemen zonder zich te bekommeren om de omzet en kostprijs c.q. (in de mobiele telefonie hoge) winstmarges van de benadeelde, maar of hier sprake is geweest van een juiste toepassing van artikel 6:104 BW kan niemand nu controleren.

#### *Geen abstracte schadeberekening*

Vergelijking met het arrest Wayen/Naus uit 1993 leidt tot de slotsom dat de Hoge Raad artikel 6:104 BW nu niet langer (uitdrukkelijk) bestempelt als ‘methode van abstracte schadeberekening’. Evenmin stelt de Hoge Raad nog expliciet de – positief geformuleerde – voorwaarde voor toepassing van het artikel dat de winst een goede maatstaf oplevert voor de reëel geleden schade. Thans geldt de negatief geformuleerde eis dat de winst de vermoedelijke omvang van de schade niet *aanmerkelijk* te boven mag gaan, aangezien de rechter in dat geval de schade mag begroten op een gedeelte van de winst. Onduidelijk is evenwel welke leidraad geldt bij de toewijzing van een deel van de genoten winst. Ik neem aan dat toewijzing van dat winstdeel de vermoedelijke schade evenmin *aanmerkelijk* mag overschrijden. Zoals gezegd ontkomt de rechter ook in dat geval niet aan het maken van een – in ieder geval globale – schadeberekening.

#### *Grens bij aanmerkelijke overschrijding van de vermoedelijke schade*

Artikel 6:104 BW mag niet – zelfs niet mede – worden beschouwd als punitief volgens de Hoge Raad. Winstafdracht ingevolge artikel 2.21 lid 4 BVIE wordt door de Hoge Raad wel als zodanig beschouwd. Het is klaarblijkelijk niet de bedoeling dat artikel 6:104 tot een niet-compensatoire sanctie verwordt.<sup>11</sup> Daarvan is dus pas sprake als de vergoeding de vermoedelijke schade *aanmerkelijk* overschrijdt.

De vraag komt dus op wat met ‘aanmerkelijk’ wordt bedoeld. In het hierna te bespreken arrest Eiseres/Ymere bedroeg het verschil tussen een schadeberekening volgens de gebruikelijke methoden en de uiteindelijk door het hof toegekende winst volgens mijn berekening 90 procent. Dit verschil mag best *aanmerkelijk* worden genoemd. Door de weinig concrete eisen van de Hoge Raad is niemand in staat de juistheid van een rechterlijke beslissing te controleren als deze nalaat aan te geven hoe hij de omvang van de vermoedelijke schade schat.

11 C.J.J.C. van Nispen, noot bij HR 18 juni 2010, LJN BL9662 (Setel/AVR), *Bulletin Industriële Eigendom* 2010, 83.

T.E. Deurvorst

### *Winst = voordeel*

De Hoge Raad formuleert in het Setel/AVR-arrest tevens een aantal instructies voor het bepalen van de omvang van de winst.

Setel is door haar onrechtmatige tariefsverhoging van een verlieslatende situatie naar een kostendekkende situatie gegaan. Desalniettemin vindt de Hoge Raad dat Setel 'winst' heeft behaald.

Volgens de Hoge Raad mag ieder voordeel worden opgevat als 'winst', zelfs wanneer het voordeel slechts heeft geleid tot een beperking van geleden verlies. Met deze ruime opvatting wordt afgeweken van de uitdrukkelijke intentie van de wetgever om een beperking van verlies niet als winst te beschouwen.<sup>12</sup> De Hoge Raad wijkt hiermee ook af van de gebruikelijke definitie van het begrip 'winst' (opbrengst minus kosten).

In zijn conclusie bij dit arrest rechtvaardigt A-G Spier sub 5.25.2 de door de Hoge Raad gevolgde ruime opvatting door een vereenzelviging van de begrippen 'geleden verlies' en 'geleden schade'. Het begrip 'schade' omvat echter volgens de wet veel meer dan alleen verlies, te weten gederfde winst, niet-vermogensschade of een toekomstige variant van een van deze schadesoorten (art. 6:95, 96 en 105 BW). Een beperking van verlies kan weliswaar worden opgevat als het spiegelbeeld van geleden schade, voor zover deze uit geleden verlies bestaat, maar niet als het spiegelbeeld van gederfde winst.

Spier verdedigt een ruime opvatting van het begrip winst voorts door te wijzen op de artikelen 6:100 en 212 BW aangaande voordeelsverrekening respectievelijk ongerechtvaardigde verrijking en artikel 36e Wetboek van Strafrecht (Sr) betreffende de ontneming van wederrechtelijk voordeel. In deze bepalingen wordt echter gebruikgemaakt van andere woorden, te weten 'verrijking' en 'voordeel'. Deze begrippen zijn terminologisch dus ruimer dan 'winst'.

Naar mijn mening heeft de Hoge Raad hier een uitgelezen moment voorbij laten gaan om te groeien naar een geharmoniseerde terminologie en een – naar mijn mening dringend gewenste – versimpeling van het recht.

### *Kostprijsberekening naar keuze*

Tot slot de vraag welke kostprijsberekeningsmethode kan worden toegepast om de af te dragen winst mee te begroten. Volgens de Hoge Raad komen in elk geval de kosten en lasten in aanmerking – belastingen daaronder begrepen – die rechtstreeks samenhangen met het door het onrechtmatig handelen van de schuldenaar behaalde voordeel, net zoals het Benelux Gerechtshof heeft uitgemaakt in Delhaize/Dior aangaande winstafdracht ingevolge artikel 2.21 lid 4 BVIE (merk-inbreuk).

De Hoge Raad komt echter met een verruiming van de mogelijkheden wanneer artikel 6:104 wordt toegepast: in een concreet geval kan er echter aanleiding bestaan om voor de bepaling van de winst ook andere – indirecte – kosten in aftrek te brengen, zoals de algemene kosten van de onderneming (overhead). Dit is ter beoordeling van de rechter die de schade vaststelt, die daarbij alle

<sup>12</sup> Antwoorden II, PG Inv. W 6, p. 1269.

omstandigheden van het geval in aanmerking kan nemen, waaronder de mate van verwijtbaarheid van de aansprakelijke partij.

#### *Punitieve aspecten*

Indien de aansprakelijke partij opzet of grove schuld te verwijten valt, mogen dus slechts de variabele kosten in mindering worden gebracht en zal een hogere winst voor afdracht in aanmerking komen dan wanneer haar slechts (lichte) schuld kan worden verweten. Overhead komt dus wel mogelijk voor aftrek in aanmerking als de aansprakelijke partij slechts een (licht) verwijt van schuld kan worden gemaakt. Tot de overhead worden veelal gerekend de kosten van een bedrijfspand, rentelasten, verzekeringspremies en directiekosten, alsmede kosten van algemene acquisitie.

Indien de aansprakelijke partij opzet of grove schuld kan worden verweten, zal de rechter vermoedelijk volstaan met aftrek van variabele kosten, dat wil zeggen enkel de kosten die variëren met de bedrijfsdrukke.

Kortom, al is artikel 6:104 BW volgens de Hoge Raad een compensatoire bepaling, toch speelt de verwijtbaarheid een rol bij de vaststelling van de omvang van de af te trekken kosten en dus de omvang van de vergoeding. Deze benadering is niet erg consistent.

#### *Meerdere aanspraakgerechtigden*

Tot slot, niet onaannemelijk is dat de tariefsdifferentiatie niet alleen onrechtmatig was jegens CT, maar ook jegens de Setel-abonnees die onnodig op kosten zijn gejaagd bij het bellen naar CT-nummers. Als zij (gezamenlijk) ook aanspraak zouden maken op vergoeding van het verlies (de kosten) bestaande uit de onrechtmatig geïncasseerde gelden of de door Setel genoten 'winst', is er sprake van een dubbele afdracht. Ter voorkoming daarvan zal de rechter waarschijnlijk geneigd zijn hun schade concreet te begroten. Maar moet deze keuze afhankelijk zijn van de toevallige omstandigheid dat CT het voordeel reeds heeft afgeroomd? Ik betwijfel of de Hoge Raad de consequenties heeft overzien van het bestaan van meerdere aanspraakgerechtigden jegens Setel uit hoofde van de onrechtmatige tariefsdifferentiatie.

### **5 HR 18 juni 2010, LJN BM0893 (Eiseres/Ymere)**

In het kort is het geval als volgt:

Eiseres, hierna 'X', huurt van de (rechtsvoorganger van) sociale woningcorporatie Stichting Ymere een sociale woning voor een lage huurprijs. Onderhuur is contractueel verboden. X heeft de woning niettemin gedurende minstens drie jaar onderverhuurd aan drie studenten en behaalde daarmee – na aftrek van de door haar te betalen huur, water, gas, elektra – een voordeel van € 345 per maand. Ymere vordert schadevergoeding op grond van artikel 6:104 BW ten bedrage van € 13.800 (40 maanden vermenigvuldigd met het voordeel uit de verboden onderverhuur).

T.E. Deurvorst

De kantonrechter in kort geding is van oordeel dat de in artikel 6:104 neergelegde mogelijkheid zich niet leent voor toepassing in een geval als het onderhavige. Hij begroot de schade op de hogere huur die Ymere had kunnen bedingen als X de huurovereenkomst had opgezegd en Ymere de woning vervolgens had verhuurd aan een derde (voor een hogere huurprijs). De schade wegens het gemis van deze hogere huur bedraagt volgens hem € 5698.

‘De in artikel 6:104 van het Burgerlijk Wetboek neergelegde mogelijkheid van schadebegroting [leent] zich niet [...] voor toepassing in een geval als het onderhavige. Van belang voor het komen tot dat oordeel is dat de betreffende bepaling – anders dan de in het strafrecht gangbare “pluk-ze-kaal”-methode – niet ten doel heeft om aan de eigenaar van illegaal onderverhuurde woningen meer te vergoeden dan de daadwerkelijk door hem geleden schade. Weliswaar heeft Ymere aannemelijk gemaakt dat zij schade lijdt door illegale onderverhuur in het algemeen en dat zij schade heeft geleden door de onderhavige onderverhuur in het bijzonder, maar naar het oordeel van de kantonrechter is voorshands in het bijzonder onvoldoende aannemelijk geworden dat het in stand houden van een apart team om illegale onderverhuurpraktijken op te sporen in een direct verband staat met het handelen van Doerga [X; bew.]. Veeleer is het houden van het door Ymere bedoelde toezicht een van de kerntaken van haar onderneming, die zij uit haar normale exploitatie zal moeten bekostigen. Voorts geldt dat juist uit het sociale karakter van de door Ymere gedreven onderneming volgt dat zij de winst, die Doerga mogelijk heeft gemaakt, niet zelf zou hebben willen behalen, zodat het niet-behalen daarvan niet als schade is aan te merken.... Ter gelegenheid van de mondelinge behandeling is uit de in zoverre onvoldoende weersproken stellingen van Ymere echter voldoende komen vast te staan dat de maximale netto huurprijs voor het gehuurde volgens de puntentelling op € 524,88 is te stellen en dat zij, zodra het gehuurde zou zijn vrijgekomen, de huurprijs tot dat niveau zou hebben opgetrokken....

Een procedure als de onderhavige leent zich niet voor een nauwkeurige schadevaststelling, zodat die *ex aequo et bono* dient te worden begroot, vooruitlopend op een eventuele bodemprocedure. De kantonrechter begroot die schade voorshands aldus dat die in 2007 € 105,87 per maand – zijnde het verschil tussen de maximale netto huurprijs en de overeengekomen netto huurprijs – heeft bedragen gedurende acht maanden en in de daaraan voorafgegane vier jaren telkens gedurende 12 maanden 2% minder.’

Het hof wijst in hoger beroep de vordering van Ymere alsnog volledig toe. Zijn motivering voor toepassing van artikel 6:104 komt erop neer dat Ymere schade lijdt door illegale onderverhuur in het algemeen en dat zij schade heeft geleden door de onderverhuur door X in het bijzonder. X heeft anderzijds door haar wanprestatie winst genoten. Contractueel verboden onderhuur van sociale woningen komt in Amsterdam op grote schaal voor, waardoor de huurwoningen worden onttrokken aan de doelgroepen van de verhurende woningcorporatie. De hierdoor veroorzaakte schade van Ymere bestaat uit aanzienlijke extra kosten die zij moet

maken om de nadelen daarvan op te heffen. Die kosten houden onder meer verband met het sneller realiseren van de beschikbaarheid van (extra) woningen in de sociale sector, alsmede het waarborgen van de woonomgeving die door groot-schalige onderverhuur kan worden (en vaak wordt) aangetast. Voor deze schade is X mede aansprakelijk te achten. Nu de omvang van deze schade naar zijn aard niet in concreto is vast te stellen, evenmin als de mate waarin X daaraan heeft bijgedragen, is een schadeberekening op de voet van artikel 6:104 BW passend te achten. De wetgever heeft expliciet gedacht aan toepassing van artikel 6:104 bij 'het onbevoegd uitbaten van zaken door een houder'. Het feit dat Ymere als sociale woningcorporatie de door X behaalde winst niet zelf zou hebben willen behalen, is dan ook niet van betekenis.

De Hoge Raad sanctioneert de beslissing van het Hof.

De Hoge Raad herhaalt allereerst de hiervoor in Eiseres/Ymere weergegeven overwegingen sub (a) tot en met (f) en vervolgt:

- g. Onjuist is de opvatting dat de in artikel 6:104 bedoelde winst betrekking moet hebben op winst die de benadeelde zelf had kunnen realiseren. Deze bepaling behelst immers, ook in een geval als het onderhavige waarin het gaat om het 'onbevoegd uitbaten van een zaak door een houder', een begroting van schade van de benadeelde die mede kan bestaan in ander nadeel dan gederfde winst.
- h. Voorts kan in zijn algemeenheid niet de eis gesteld worden dat (de rechter motiveert dat) de ingevolge artikel 6:104 op te leggen schadevergoeding in een reële verhouding staat tot de daadwerkelijk geleden schade. Artikel 6:104 BW leent zich immers juist voor toepassing in gevallen waarin niet vastgesteld kan worden wat de omvang van de daadwerkelijk geleden schade is, gelijk ook het hof in dit geval (in cassatie onbestreden) heeft geoordeeld dat de door de contractueel verboden onderverhuur aan Ymere toegebrachte schade naar zijn aard niet in concreto is vast te stellen, en evenmin als de mate waarin [eiseres] aan het ontstaan van die schade heeft bijgedragen.
- i. Dit neemt overigens niet weg dat de rechter, zoals hiervoor in 3.6 overwogen, bij de toepassing van artikel 6:104 vanwege het niet-punitieve karakter daarvan in zoverre terughoudendheid in acht behoort te nemen dat, indien aannemelijk is dat het door de schuldenaar behaalde financiële voordeel de vermoedelijke omvang van de schade aanmerkelijk te boven gaat, de rechter de schade in beginsel begroot op een door hem te bepalen gedeelte van de winst. Het hof heeft evenwel niet blijk gegeven dat te hebben miskend.

## 6 Kanttekeningen bij Eiseres/Ymere

### *Uitkomst niet bij voorbaat onredelijk*

Ook in deze zaak is sprake van het opzettelijk c.q. door grove schuld treden van regels. Voor de sociale woningcorporatie leidt dit tot uitholling van haar doelstellingen en tot extra kosten. Daarvan wordt nu (vermoedelijk slechts) een klein deel gecompenseerd.

T.E. Deurvorst

Eiseres moet nu met terugwerkende kracht een (vermoedelijk voor haar) niet onaanzienlijk bedrag betalen. Hier zal een ontmoedigende werking van uitgaan voor alle illegale onderverhuurders.

*Geleden verlies te begroten op genoten winst*

Volgens de Hoge Raad behoeft de schadesoort die de rechter op de genoten winst begroot, niet noodzakelijkerwijs gederfde winst te betreffen. In dit geval zijn het met name de kosten van Ymere die verband houden met het sneller realiseren van de beschikbaarheid van (extra) woningen in de sociale sector, alsmede het waarborgen van de woonomgeving die door grootschalige onderverhuur kan worden (en vaak wordt) aangetast.

Deze schadeposten kunnen dus worden begroot aan de hand van het voordeel van X. Er hoeft klaarblijkelijk geen enkele relatie te zijn tussen de winst van Eiseres en de kosten van Ymere. Noch een vermogensverschuiving, noch enige representativiteit qua omvang van deze twee eenheden is vereist. Deze opmerkelijke interpretatie van het begrip ‘schadebegroting’ vloeit ook voort uit rechtsoverweging 3.3.4 van de Hoge Raad in het arrest Setel/CT.

*Artikel 6:104 ter facilitering van een ruime toerekening*

Schade is een causaal begrip. Waar een eiser normaliter de aan zijn eis ten grondslag liggende feiten behoort te stellen en te bewijzen, kan Ymere nu klaarblijkelijk volstaan met vaagheden in die zin dat zij enkel hoeft te stellen dat zij mede door de onderverhuur van X extra woningen moest realiseren en extra kosten moest maken om de woonomgeving schoon te houden. Een discussie was echter op zijn plaats geweest over de vraag of deze kosten van het realiseren van extra woningen en onderhoudskosten wel in causaal verband stonden met de verboden onderhuur door X. De rechter neemt dit klaarblijkelijk voetstoots aan. De Hoge Raad sanctioneert dit: artikel 6:104 BW leent zich immers juist voor toepassing in gevallen waarin niet vastgesteld kan worden wat de omvang van de daadwerkelijk geleden schade is, evenmin als de mate waarin eiseres aan het ontstaan van die schade heeft bijgedragen. Uit deze woorden zou kunnen worden afgeleid dat artikel 6:104 niet alleen kan leiden tot abstrahering van de omvang van de schade, maar ook tot een ruime toerekening van de schade. Dit impliceert een extra verruiming van aansprakelijkheid.

De vraag was bovendien gewettigd of deze kosten – aangenomen dat wel een causaal verband aanwezig was – niet voor een groot deel aan de eigen schuld van Ymere waren te wijten (art. 6:101 BW). De illegale onderverhuur heeft minstens drie jaar geduurd. Kon de verboden onderhuur en het uitwonen van de woningen en omgeving niet beter worden bestreden met het opnemen in het huurcontract van de nodige boetevoorzieningen, uitgebreide controlemogelijkheden bijvoorbeeld gecombineerd met een actieve controle en bewaking van het terrein? Het realiseren van nieuwe woningen en het gedogen van verboden onderhuur zijn naar mijn idee geen geëigende middelen voor de bestrijding van dit (hardnekkige) probleem. Volgens de heersende leer zou een evenredig deel van dergelijke controle- en bewakingskosten in beginsel voor vergoeding in aanmerking komen, ook



al ontbreekt een *condicio sine qua non*-verband.<sup>13</sup> De eigen schuld van Ymere kwam in cassatie overigens niet aan de orde.

In de intellectuele eigendom speelt een vergelijkbaar geval van verhaalbaarheid van kosten die niet noodzakelijkerwijs in een causaal verband staan tot de aansprakelijkheidsscheppende gebeurtenis omdat zij veelal vooraf zijn gemaakt ter controle en opsporing van deze en andere inbreuken. De vraag is gerezen of een evenredig deel van de bewakings- en instandhoudingskosten van auteursrechtenbureaus als Burafo en Beeldrecht (Pictoright) verhaald kunnen worden op de aansprakelijke partij indien deze inbreuk pleegt op de bij hen in beheer zijnde rechten. De lagere rechtspraak heeft deze vraag herhaaldelijk bevestigend beantwoord.<sup>14</sup>

*Schade naar zijn aard niet in concreto vast te stellen?*

De Hoge Raad is van oordeel dat artikel 6:104 zich juist voor toepassing leent in gevallen waarin niet vastgesteld kan worden wat de omvang van de daadwerkelijk geleden schade is. In cassatie werd de aanname van het hof, dat de omvang van de daadwerkelijk geleden schade niet kon worden vastgesteld, niet ter discussie gesteld.

Voor de gedachtevorming zal ik hierna nagaan hoe de rechter de schade van Ymere had kunnen begroten op de gebruikelijke wijze.

Volgens het vonnis van de kantonrechter en het arrest van het hof heeft Ymere de volgende schadeposten genoemd:

- a. Gederfde huurverhoging. Het is zeer gebruikelijk deze post te begroten op de gederfde huurverhoging per maand vermenigvuldigd met het aantal maanden gedurende welke deze in rekening zou zijn gebracht bij het wegdenken van de tekortkoming door X. De kantonrechter begroot deze schadepost op € 5698.
- b. Kosten van bewaking en controle op verboden onderhuur. Een forfaitair bedrag van bijvoorbeeld € 50 per maand per woning zou geschikt moeten zijn om deze kosten te dekken (uitgaande van een gemiddeld salaris van een vastgoedcontroleur en/of honorarium van een woonfraudebureau). De afwenteling van deze kosten zou dan neerkomen op 40 maanden x € 50 = € 2000.<sup>15</sup>
- c. Kosten vanwege het realiseren van extra sociale woningen en van extra onderhoud. Deze kosten zijn ongetwijfeld aanzienlijk hoger geweest dan de winst van X. Daargelaten dat het causaal verband tussen deze kosten en de illegale onderhuur (nagenoeg) niet uit de verf is gekomen en – naar mijn mening kostenefficiëntere methoden Ymere ten dienste stonden om deze kosten te bestrijden – zijn deze kosten vermoedelijk verdisconteerd in de huurverhogingen van alle woningen. Door toepassing van artikel 6:104 werd mijns inziens ten onrechte de vraag terzijde gelaten of deze kosten überhaupt een vergoedbare schadepost vormden.

13 Lindenbergh, *Groene Serie Schadevergoeding*, Deventer: Kluwer (losbl.), art. 96 aant. 172.

14 Deurvorst, *Groene Serie Schadevergoeding*, Deventer: Kluwer (losbl.), art. 96 aant. 106 sub b.

15 Ik heb mij overigens laten vertellen dat dit aan de hoge kant is.

T.E. Deurvorst

Volgens de gebruikelijke berekening van de concrete schade zou X aan Ymere vermoedelijk een bedrag van ongeveer € 5698 + € 2000 = € 7698 aan schadevergoeding verschuldigd zijn. Naar mijn idee stond de rechter niet voor onoverkomelijke problemen deze schatting te maken.

#### *Grens bij aanmerkelijke overschrijding van de vermoedelijke schade*

Het verschil tussen de vermoedelijke schade en de toegewezen winstafdracht bedraagt volgens mijn begroting ongeveer 90 procent en volgens de berekening van de kantonrechter meer dan 100 procent. Inhoudelijk komt het oordeel merkwaardig over dat niet was miskend dat de winst de vermoedelijke omvang van de schade niet aanmerkelijk te boven mocht gaan, zonder dat daartoe enige schatting van de schade heeft plaatsgehad. Waarschijnlijk zijn cassatietechnische obstakels er de oorzaak van dat deze lacune werd gesanctioneerd. Met het oog op een effectievere controle van de gegunde vrijheid was wellicht meer creativiteit van de Hoge Raad op haar plaats geweest.

## 7 Concluderende opmerkingen

De uitleg die de Hoge Raad geeft aan artikel 6:104 BW noodzaakt 'outside the box' te denken.

Zo vormt niet langer de vermoedelijk geleden schade de bovengrens bij toepassing van artikel 6:104 BW – zoals wij dat gewend waren onder het stelsel van abstracte schadeberekening –, maar een bedrag dat deze schade niet 'aanmerkelijk' te boven gaat.

Voorts is het begrip 'winst', anders dan in het normale spraakgebruik, nu door de Hoge Raad opgerekt tot voordeel, en kan dit ook de beperking van verlies inhouden.

Bovendien is het begroten van de geleden schade op de genoten winst ingevolge artikel 6:104 ook mogelijk wanneer de schadesoort van de benadeelde uit iets anders bestaat dan gederfde winst. Ook (een deel van) de schadepost geleden verlies (veelal: kosten) kan worden begroot op de genoten winst, ook al is deze post aanzienlijk hoger dan de winst en hebben geleden verlies en genoten winst een verschillende samenstelling.

Ook staat het de rechter vrij, afhankelijk van de verwijtbaarheid van de aansprakelijke partij, een voor de benadeelde meer of minder gunstige berekeningsmethode van de aan hem toe te kennen vergoeding te kiezen. Niettemin is artikel 6:104 BW volgens de Hoge Raad niet als punitieve sanctie te beschouwen.

Voorts lijkt de Hoge Raad te impliceren dat de methode van artikel 6:104 BW niet alleen mag worden toegepast wanneer de schade moeilijk is vast te stellen maar ook wanneer het causaal verband tussen de onrechtmatige daad en de tekortkoming en die schade moeilijk kan worden geïdentificeerd. Indien dit vermoeden juist is, kan artikel 6:104 dus niet alleen leiden tot abstrahering van de schadeomvang, maar ook tot een verruimde toerekening van schade.

De rechter wordt aldus zeer veel vrijheid gegund bij het bepalen van een vergoeding in het geval dat de benadeelde partij schade heeft geleden en de aan-

sprakelijke partij winst heeft genoten, mits de vergoeding de vermoedelijke schade niet aanmerkelijk overschrijdt.

Nu met de sanctie van artikel 6:104 ingrijpend wordt afgeweken van de gebruikelijke schadevaststelling en schadebegroting, wordt de rechtszekerheid en de met schadevergoeding beoogde eerlijke rechtsbedeling bedreigd.

Om die reden lijkt het mij noodzakelijk om – mede in het licht van Europese harmonisatie en de Principles of European Tort Law (PETL) die geen winstafdrachtregeling bevatten – in heroverweging te nemen of artikel 6:104 wel een plek verdient in het burgerlijke schadevergoedingsrecht.

Uitgangspunt van sanctionering dient te zijn dat de inhoud, omvang en de gevolgen van een sanctie consistent zijn met de daaraan ten grondslag liggende doelstelling. Het toepassingsgebied, de vereiste verwijtbaarheid van de aansprakelijke, de kring van aanspraakgerechtigden, de inhoud van het sanctieobject en de vaststelling van de omvang dienen allemaal met dit doel te stroken.<sup>16</sup>

Eerder verdedigde ik dat winstafdracht – mede vanwege de moeilijkheden die gepaard gaan met de vaststelling van de af te dragen winst – gezien haar ratio beperkt zou moeten blijven tot ernstige gevallen van onrecht, grove schuld of opzet, met een beperkte kring van aanspraakgerechtigden en beperkt tot een bedrijfseconomisch zuivere winstberekening.<sup>17</sup>

Gezien het eigen karakter van de sanctie zou daarvoor een aparte plek in het Burgerlijk Wetboek moeten worden ingeruimd.

16 Vgl. M.U. Walker, *What is reparative justice? The Aquina Lecture*, Milwaukee: Marquette 2010, p. 14. Zie ook noot T.E. Deurvorst bij Gerechtshof Amsterdam, 19 januari 2010, BIE 391.2010 (Baby Club) en noot bij HR 8 december 2006, AMI 2007, p.11 (Sjopspeel).

17 Zie o.m. T.E. Deurvorst, 'Is winstafdracht een bruikbare sanctie?', in: J.M. van Buuren-Dee, *Privaatrecht en Gros*, Antwerpen: *Intersentia* 1999, p. 147-159, en T.E. Deurvorst, *Schadevergoeding, voldoening van een redelijke gebruiksvergoeding en winstafdracht bij inbreuk op intellectuele eigendomsrechten* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1994, p. 221-223.