

Het begroten van schade en de 'vordering tot winstafdracht' nader ingevuld

MR. R.A. WOLF

Het Doerga/Ymere-arrest en het Setel/AVR-arrest leren het volgende. Artikel 6:104 BW kent een ruim toepassingsgebied qua aard van de onrechtmatige daad of tekortkoming. Het artikel moet worden gezien in het kader van de (abstracte) schadebegroting. In het kader van die schadebegroting geldt een ruim winstbegrip. De discretionaire bevoegdheid van de rechter en zijn vrijheid bij het begroten van de schade, het ruime winstbegrip en het feit dat de mate van verwijtbaarheid van de gedragingen waarop de aansprakelijkheid berust wel degelijk een rol kan spelen bij het begroten en vaststellen van de schade komen echter de rechtszekerheid niet ten goede.

Inleiding

Medio 2010 heeft de Hoge Raad twee arresten over de vordering tot winstafdracht gewezen: het Doerga/Ymere-arrest¹ en het Setel/AVR-arrest.² In deze bijdrage bespreek ik deze arresten. Allereerst zal ik het wettelijk kader van artikel 6:104 BW schetsen. Daarna komen de arresten aan de orde. Vervolgens plaats ik kanttekeningen bij de arresten en maak ik een aantal opmerkingen voor de rechtspraktijk. Ik sluit af met een conclusie.

Wettelijk kader

Artikel 6:104 BW bepaalt: *"Indien iemand die op grond van onrechtmatige daad of een tekortkoming in de nakoming van een verbintenis jegens een ander aansprakelijk is, door die daad of tekortkoming winst heeft genoten, kan de rechter op vordering van die ander de schade begroten op het bedrag van die winst of op een gedeelte daarvan."* Artikel 6:104 BW vormt een nadere uitwerking van artikel 6:97 BW en is pas bij de Invoeringswet geïntroduceerd. Artikel 6:97 BW bepaalt: *"De rechter begroot de schade op de wijze die het meest met de aard ervan in overeenstemming is. Kan de omvang van de schade niet nauwkeurig worden*

vastgesteld, dan wordt zij geschat." De achtergrond van artikel 6:104 BW is dat het *onredelijk geacht is om ongeoorloofd ten koste van een ander verkregen winst aan de verkrijger te laten, waar door die ander vermoedelijk wel schade is geleden, maar deze naar haar aard niet goed bewijsbaar is.*³ Van een punitief karakter is geen sprake. Op dit aspect kom ik terug.

Voor toepassing van artikel 6:104 BW geldt een aantal vereisten. Het moet gaan om (i) aansprakelijkheid op grond van een onrechtmatige daad of een tekortkoming in de nakoming van een verbintenis, (ii) genoten winst door de aansprakelijke, (iii) een vordering van de benadeelde en (iv) schade. In deze paragraaf zal ik deze vereisten aan de hand van de parlementaire geschiedenis bespreken.

Het artikel geldt niet bij andere aansprakelijkheidsgronden, zoals ongerechtvaardigde verrijking,⁴ dan een onrechtmatige daad of een tekortkoming.⁵ Bij de onrechtmatige daad heeft de wetgever gedacht aan inbreuken op intellectuele

3 Antwoorden II, Parl. Gesch. InvW 6, p. 1269. Zie ook HR 16 juni 2006, LJN AU8940, NJ 2006, 585, m.nt. JHS. Fruytier stelt dat deze passage uit de parlementaire geschiedenis in de literatuur verschillend is geïnterpreteerd, zie P.A. Fruytier, 'De ruime benadering van de Hoge Raad bij schadebegroting op winst: een stap te ver?', *MvV* 2010-10, p. 274 en de aldaar aangehaalde literatuur.

4 Nota II, Parl. Gesch. InvW 6, p. 1268.

5 Uitgezonderd toepassing van artikel 6:78 BW; zie MvA II, Parl. Gesch. InvW 6, p. 1267.

1 HR 18 juni 2010, LJN BM0893.

2 HR 18 juni 2010, LJN BL9662.

eigendomsrechten, zoals een merkrecht, een handelsnaamrecht of een auteursrecht, maar ook aan ongeoorloofde mededinging. Daarnaast noemt de wetgever het onbevoegd verhuren aan een derde door een houder van een zaak.⁶ Dat sluit aan bij het Doerga/Ymere-arrest. Het artikel is niet beperkt tot de hiervoor genoemde exclusieve rechten. Ook strijd met ongeschreven zorgvuldigheidnormen kan tot situaties leiden waarin winst wordt gemaakt, zo stelt de parlementaire geschiedenis.⁷ Voor aansprakelijkheid jegens de benadeelde gelden de normale vereisten, zoals artikel 6:162 en 6:74 BW die stellen.

Bij 'winst' gaat het om de nettowinst die het bedrijf dankzij de betreffende gedragingen heeft gemaakt. Bespaarde kosten en beperking van verlies vallen daar niet onder. De winst kan worden geschat aan de hand van boekenonderzoek en goed koopmansgebruik, waarbij rekening gehouden moet worden met de aard van het geval. Een dergelijke schatting is niet steeds eenvoudig en geschiedt in elk geval op grond van meer concrete gegevens dan de schatting van de winst die aan de benadeelde ontgaan is, zo de gedraging van de aansprakelijke achterwege zou zijn gebleven. Bij die schatting zal ook rekening gehouden moeten worden met een evenredig deel van de kosten en de verschuldigde belastingen.⁸

Hoewel het instellen van een vordering vereist is, geeft artikel 6:104 BW de benadeelde geen vordering tot winstafdracht.⁹ Het artikel brengt de discretionaire bevoegdheid van de rechter tot het begroten van de schade op de winst of een gedeelte daarvan tot uitdrukking ('*kan de rechter*'), waarmee hij terughoudend moet omgaan. Van die bevoegdheid hoeft de rechter geen gebruik te maken indien hem dat niet redelijk voorkomt.¹⁰ De mate van verwijtbaarheid van de gedragingen waarop de aansprakelijkheid berust, kan een belangrijke reden zijn om de rechter te doen besluiten tot toepassing van het artikel.¹¹ Ik kom op dit aspect terug.

Het artikel ziet alleen op de wijze van begroting van geleden schade door de rechter.¹² Stelt de benadeelde geen vordering ex artikel 6:104 BW in, dan geldt de algemene regel van artikel 6:97 BW. Aarzelt de benadeelde, dan hoeft hij niet tussen een vordering tot schadevergoeding gebaseerd op artikel 6:97 of artikel 6:104 BW te kiezen. Hij kan volstaan de hoogte van de schadevergoeding en zijn eis te onderbouwen met feiten die voor ieder van deze wijzen van begroting een grondslag kunnen opleveren. Wel zal de benadeelde aan zijn stelplicht moeten voldoen, zodat de rechter de schade ook kan begroten op grond van artikel 6:104 BW.¹³ De rechter moet dan de keuze maken welke wijze van begroting van de schade het meest op haar plaats is. De rechter kan echter niet naast het vaststellen van de schade op de door de aansprakelijke genoten winst op grond van dezelfde gedraging ook schadevergoeding ter zake van de door de benadeelde gederfde winst toewijzen. Hij zal tevens moeten nagaan welke methode tot toewijzing van het hoogste bedrag leidt. De schadestaatprocedure kan ook, al dan niet ambtshalve, in de schadevaststelling voorzien.¹⁴ Voor de toepassing van artikel 6:104 BW geldt dat er vermogensschade moet zijn geleden. Vermogensschade bestaat uit gederfde winst of geleden verlies en ander nadeel, al dan niet toekomstig.¹⁵ Het Waeyen-Scheers/Naus-arrest geeft meer duidelijkheid over de schadebegroting. De Hoge Raad haalt deels de parlementaire geschiedenis aan en overweegt onder meer:¹⁶

"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."

Daarnaast overweegt de Hoge Raad dat de vrijheid van de rechter bij het begroten van de schade meebrengt dat hij, indien hij dit in verband met de aard van de gevorderde schade redelijk acht, met het oog op die begroting bewijs van nadere feiten kan eisen.¹⁷ Het Waeyen-Scheers/Naus-arrest gaat aldus in op de begroting van de schade door de rechter en de bewijslastverdeling ter zake van de schade. Bij niet goed bewijsbare schade kan van de concrete schade worden geabstraheerd. In feite hinkt artikel 6:104 BW op twee gedachten: enerzijds winstafdracht door de aanspra-

6 MvA II, Parl. Gesch. InvW 6, p. 1266-1267.

7 MvA II, Parl. Gesch. InvW 6, p. 1267.

8 Voor dit alles: Antwoorden II, Parl. Gesch. InvW 6, p. 1269.

9 In feite is de benaming 'vordering tot winstafdracht' als verwijzing naar artikel 6:104 BW geen juiste. Anders dan in het algemene verbintenisrecht kent het intellectuele eigendomsrecht wel een 'echte' vordering tot winstafdracht, die een punitief karakter heeft. Die vordering tot winstafdracht kan naast of tezamen met een vordering tot schadevergoeding worden ingesteld. Zie bijvoorbeeld artikel 70, lid 5 Rijksoctrooiwet 1995, artikel 2.21, lid 4 en 3.17, lid 4 BVIE, artikel 27a, lid 1 Aw en artikel 16, lid 2 Wet op de naburige rechten. Voor het intellectuele eigendomsrecht heeft artikel 6:104 BW dus geen bijzondere betekenis. Zie ook BenGH 24 oktober 2005, NJ 2006, 442 (Delhaize/Dior), r.o. 11, met betrekking tot het punitieve karakter. Zie HR 16 juni 2006, NJ 2006, 585 (Kecofa/Lancôme), r.o. 3.5.2: 'Art. 27a Aw, waaraan mede dezelfde gedachte ten grondslag ligt als aan art. 6:104 BW, biedt de auteursrechthebbende de mogelijkheid in geval van inbreuk schadevergoeding te verkrijgen, begroot op het bedrag van de door de inbreukmaker met de inbreuk behaalde winst, juist teneinde de rechthebbende tegemoet te komen indien zijn schade moeilijk aantoonbaar is, maar de aanwezigheid van enige (vorm van) schade aannemelijk is.' Zie voor een voorbeeld van mogelijke samenloop tussen artikel 70, lid 4 Rijksoctrooiwet en artikel 6:104 BW: Rb. 's-Gravenhage 25 augustus 2004, LJV AQ8582, noot van de rechter.

10 MvA II, Parl. Gesch. InvW 6, p. 1267.

11 Antwoorden II, Parl. Gesch. InvW 6, p. 1269; MvA I, Parl. Gesch. InvW 6, p. 1270. 'Desbewustheid' in de zin van artikel 43 Rijksoctrooiwet 1910

(nu: artikel 70, lid 5 Rijksoctrooiwet 1995) is niet vereist.

12 MvA I, Parl. Gesch. InvW 6, p. 1270.

13 De rechter kan artikel 6:104 BW niet ambtshalve toepassen. Het artikel spreekt immers over 'op vordering'.

14 MvA I, Parl. Gesch. InvW 6, p. 1270.

15 Artikel 6:95, 6:96 en 6:105 BW.

16 HR 24 december 1993, NJ 1995, 421, m.nt. CJHB, LJV ZC1202, r.o. 3.4.

17 r.o. 3.5.

kelijke, anderzijds schade die de benadeelde heeft geleden.¹⁸ Voor zover mij bekend, heeft artikel 6:104 BW in de praktijk niet veel toepassing gevonden.

Het Doerga/Ymere-arrest

De casus van het Doerga/Ymere-arrest¹⁹ is als volgt. Woningcorporatie Ymere verhuurt een woning aan een particulier. Tussen partijen is overeengekomen dat onderhuur verboden is. Doerga verhuurt echter de woning onder aan derden en behaalt daarmee een maandelijks voordeel van € 345. Ymere betreft de huurder in kort geding en vordert ontbinding van de huurovereenkomst en schadevergoeding op grond van artikel 6:104 BW (winstafdracht) ad € 13.800. De kantonrechter heeft schadevergoeding op grond van artikel 6:104 BW afgewezen, omdat die wijze van schadebegroting zich niet leent voor dit geval. De huurder is echter wel gehouden de door Ymere gederfde huurinkomsten te vergoeden vanaf het moment dat zij niet meer in het gehuurde woonde. De gederfde huurinkomsten be dragen het verschil tussen de door Ymere ontvangen huur en de hogere huur die Ymere van een opvolgend huurder had kunnen ontvangen. De huurder had op grond van goed huurderschap namelijk de huurovereenkomst met Ymere moeten opzeggen. Nu zij dat heeft nagelaten, heeft zij in strijd met goed huurderschap gehandeld, aldus de kantonrechter.

Het hof heeft de vordering tot schadevergoeding ex artikel 6:104 BW alsnog geheel toegewezen. Het hof acht van belang dat Ymere schade lijdt door illegale onderverhuur in het algemeen en onderhavige onderverhuur in het bijzonder. Het is een feit van algemene bekendheid dat contractueel verboden onderverhuur van sociale woningen in Amsterdam op grote schaal voorkomt. Zo zijn minder woningen beschikbaar voor de doelgroepen waarop Ymere zich richt. De schade van Ymere bestaat uit de extra kosten die zij moet maken om de nadelen op te heffen die aan onderverhuur verbonden zijn. Die kosten houden onder meer verband met het sneller realiseren van de beschikbaarheid van (extra) woningen om in de woonbehoeften te kunnen voorzien en het waarborgen van de leefbaarheid van de woonomgeving. Nu de omvang van deze schade naar zijn aard niet in concreto is vast te stellen, evenmin als de mate waarin de huurder aan het ontstaan van die schade heeft bijgedragen, is het hof van oordeel dat een schadeberekening op de voet van artikel 6:104 BW passend is. Ymere heeft nog aangevoerd dat zij met vordering beoogt zo spoedig mogelijk een extra en effectief instrument te verkrijgen in de strijd tegen onderverhuur, zodat een krachtig signaal wordt afgegeven dat illegale onderverhuur van sociale woningen onaantrekkelijk is. Gelet daarop heeft Ymere voldoende spoedeisend

belang, aldus het hof. In cassatie speelt alleen de vordering tot schadevergoeding een rol. Het cassatiemiddel²⁰ stelt dat (i) de schadevergoeding ex artikel 6:104 BW in reële verhouding moet staan tot de daadwerkelijk geleden schade, (ii) het 'onbevoegde uitbaten'²¹ in beginsel ziet op de winst die anders door de rechthebbende zou zijn gemaakt, (iii) kosten die een woningbouwvereniging moet maken om te komen tot een zo goed mogelijke naleving van de in de huurovereenkomst opgenomen bepalingen, alsmede een huurprijs die de woningbouwvereniging zelf nooit zou vragen, niet kunnen worden beschouwd als schade die in het kader van artikel 6:104 BW kan worden gevorderd, (iv) artikel 6:104 BW geen punitief karakter heeft, (v) slechts schade voor vergoeding in aanmerking komt die in recht-

De rechter kan bij het vaststellen van de schade alle omstandigheden in aanmerking nemen, waaronder de mate van verwijtbaarheid

streeks en voldoende causaal verband staat met de onrechtmatige daad of toerekenbare tekortkoming.

De Hoge Raad verwerpt het cassatieberoep, conform de conclusie van A-G Wissink. In r.o. 3.6 van het arrest herhaalt de Hoge Raad allereerst het uitgangspunt, zoals geformuleerd in het Waeyen-Scheers/Naus-arrest. Vervolgens memoreert de Hoge Raad het niet-punitieve karakter van artikel 6:104 BW. De rechter behoort bij toepassing van artikel 6:104 BW terughoudendheid in acht te nemen in zoverre dat, zo overweegt de Hoge Raad:

"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. Mede gelet op het niet-punitieve karakter van de voorziening gelden voor toewijzing van een vordering tot winstafdracht op de voet van art. 6:104 niet meer of andere vereisten dan ingevolge art. 6:162 of 6:74 BW voor toewijzing van schadevergoeding in het algemeen. Dat brengt onder meer mee dat het schadetoebren gende handelen aan de aansprakelijke persoon kan worden toegerekend op de voet van art. 6:162 lid 3 onderscheidenlijk art. 6:75 BW, en dat tussen dat handelen en de schade naast condicio sine qua non-verband tevens voldoende verband als bedoeld in art. 6:98 BW bestaat. In het bijzonder is voor toepassing van art. 6:104 niet een bijzondere mate van verwijtbaarheid van het schadetoebren gende handelen vereist. Wel mag de rechter bij beantwoording van de vraag of hij toepassing zal geven aan art. 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."

In r.o. 3.7 overweegt de Hoge Raad voorts dat het onjuist is dat de 'winst' als bedoeld in artikel 6:104 BW betrekking

18 In de literatuur heeft dat tot veel discussie geleid. Zie voor literatuurverwijzingen: T.E. Deurvorst, *Schadevergoeding*, Groene Serie Privaatrecht, Deventer: Kluwer, aant. 4 bij artikel 6:104 BW. Zie verder J.G.A. Linssen, *Voordeelsafgifte en ongerechtvaardigde verrijking* (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2001.

19 HR 18 juni 2010, LJN BM0893.

20 In cassatie werd ook geklaagd over het door het hof aangenomen spoedeisend belang. De spoedeisendheid van een geldvordering in kort geding gaat het onderwerp van deze bijdrage te buiten, zodat ik dat onbesproken laat.

21 Ontleend aan de parlementaire geschiedenis: MvA II, Parl. Gesch. InvW 6, p. 1266-1267.

moet hebben op winst die de benadeelde zelf had kunnen realiseren. Het gaat immers om het begroten van schade van de benadeelde die mede kan bestaan in ander nadeel dan gederfde winst. Daarnaast kan in zijn algemeenheid

Het verdient aanbeveling in overeenkomsten artikel 6:104 BW uit te sluiten of een daarvan afwijkende regeling te treffen

niet worden gesteld dat de schadevergoeding in een reële verhouding tot de daadwerkelijk geleden schade staat, juist in gevallen waarin niet kan worden vastgesteld wat de omvang van de daadwerkelijk geleden schade is, aldus de Hoge Raad.

Het Setel/AVR-arrest

In het Setel/AVR-arrest²² gaat het om het volgende. Setel en Curaçao Telecom (CT) zijn concessiehouders voor telecommunicatie. CT, een dochter van AVR, exploiteert een net voor mobiele telefonie. Setel exploiteert een net voor vaste en mobiele telefonie. Op grond van de concessie zijn Setel en CT over en weer verplicht een interconnectie tussen hun netten te verlenen, zodat communicatie tussen die netten mogelijk is. In 1999 heeft de betreffende minister bepaald dat Setel aan CT een interconnectievergoeding van 36 cent per minuut moet betalen voor gesprekken die op haar vaste of haar mobiele netwerk beginnen en op het netwerk van CT eindigen. Omgekeerd moet CT een vergoeding van 15 cent per minuut aan Setel betalen. Setel heeft CT medegedeeld de door CT aan haar te betalen vergoeding met ingang van 2002 te verhogen met 21 cent per minuut. CT heeft Setel gesommeerd af te zien van deze naar haar mening onrechtmatige tariefdifferentiatie en Setel aansprakelijk gesteld voor de door haar te lijden schade. Setel heeft niet afgezien van haar voornemen. Begin 2002 heeft de minister bij beschikkingen besloten dat Setel gehouden is de oude tarifiering te handhaven. CT heeft Setel in kort geding betrokken. Naar aanleiding daarvan heeft Setel per 30 juli 2002 de tariefsverhoging ongedaan gemaakt. In augustus 2002 heeft de kortgedingrechter Setel bevolen de beschikkingen van de minister na te leven. Setel heeft tegen de beschikkingen van de minister beroep en hoger beroep ingesteld, welke beroepen zijn verworpen. Nadat AVR de vordering van CT via cessie heeft verworven, vordert AVR schadevergoeding van Setel als gevolg van de onrechtmatige tariefsdifferentiatie. Het gerecht in eerste aanleg heeft de vordering toegewezen en de schade begroot op de voet van artikel 6:104 BWNA. Het Gemeenschappelijk Hof heeft het vonnis van het gerecht bekrachtigd onder aanvulling van gronden. Van de primair gevorderde schade van ruim vijf miljoen NAF (en subsidiair bijna vier miljoen NAF) is drie miljoen NAF als schadevergoeding toegewezen. Setel stelt beroep in cassatie in. Het cassatiemiddel komt op te-

gen de begroting van de door CT geleden schade op de voet van artikel 6:104 BWNA en de wijze waarop het hof toepassing aan dat artikel heeft gegeven.

De Hoge Raad constateert eerst dat artikel 6:104 BWNA gelijklopend is aan artikel 6:104 BW en overweegt gelijk het Waeyen-Scheers/Naus-arrest en het Doerga/Ymere-arrest.²³ Ik verwijs naar de hiervoor geciteerde passages uit die arresten. In r.o. 3.3.3 gaat de Hoge Raad vervolgens in op het winstbegrip als bedoeld in artikel 6:104 BW en overweegt daartoe:

"Onder 'winst' in de zin van art. 6:104 dient te worden verstaan: ieder financieel voordeel dat de schuldenaar door zijn onrechtmatig handelen of tekortkoming heeft genoten. Een beperktere opvatting zou zonder goede grond tot gevolg kunnen hebben dat de bepaling niet zou kunnen worden toegepast, in het bijzonder indien de onderneming van schuldenaar niet winstgevend is. Voor de begroting van de winst in bovenvermelde zin moet worden uitgegaan van het netto-voordeel, dat wil zeggen het voordeel dat resulteert na aftrek van de kosten en lasten die aan het verkrijgen daarvan verbonden zijn geweest. Evenals dat het geval is met de eerdervermelde winstafracht op de voet van art. 2:21 lid 4 BVIE, gaat het daarbij in elk geval om de kosten en lasten – belastingen daaronder begrepen – die rechtstreeks samenhangen met het door het onrechtmatig handelen van de schuldenaar behaalde voordeel. Of in een concreet geval aanleiding bestaat om voor de bepaling van de winst ook andere – indirecte – kosten in aftrek te brengen, zoals de algemene kosten van de onderneming, is ter beoordeling van de rechter die de schade vaststelt, die daarbij alle omstandigheden van het geval in aanmerking kan nemen, waaronder de mate van verwijtbaarheid."

In r.o. 3.3.4 brengt de Hoge Raad tot uitdrukking dat artikel 6:104 BW een vorm van schadebegroting behelst. Bovendien is voor de toepassing van artikel 6:104 BW niet vereist dat 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. Daarnaast is onjuist dat beperking van geleden verlies niet als winst in de zin van artikel 6:104 kan worden aangemerkt. De Hoge Raad wijkt daarmee af van de parlementaire geschiedenis en volgt A-G Spier in zijn conclusie.²⁴ De Hoge Raad overweegt voorts dat beperking van geleden verlies als winst in de zin van artikel 6:104 kan worden aangemerkt. De Hoge Raad verwerpt aldus het cassatieberoep.

Kanttekeningen en opmerkingen voor de rechtspraak

Naar aanleiding van het Waeyen-Scheers/Naus-arrest is in de literatuur discussie gevoerd of artikel 6:104 BW gezien moet worden als een vorm van abstracte schadeberekening of dat het artikel een bewijsvermoeden geeft.²⁵ A-G Wissink gaat in zijn conclusie bij het Doerga/Ymere-arrest op deze

22 HR 18 juni 2010, LJN BL9662.

23 r.o. 3.3.2.

24 Zie sub 4.13, 4.20.1, 5.24 en 5.25.1 van de concl. A-G.

25 Zie de tekst van de hiervoor geciteerde overweging uit het arrest.

discussie in,²⁶ gelijk A-G Spier dat doet in zijn conclusie bij het Setel/AVR-arrest.²⁷ Uit beide arresten is af te leiden dat het artikel 6:104 BW te plaatsen is in het kader van schadebegroting. Daarnaast was er discussie of 'winst' als bedoeld in artikel 6:104 BW ziet op de winst die door de benadeelde zelf gerealiseerd had kunnen worden of op de winst die door de aansprakelijke was genoten.²⁸ Het Doerga/Ymere-arrest heeft een einde gemaakt aan deze discussie. De Hoge Raad gaat uit van een zeer ruim – ruimer dan de wetgever doet – winstbegrip bij het begroten van de schade.

Het Doerga/Ymere-arrest heeft in lagere rechtspraak navolging gevonden.²⁹ In reacties op het arrest wordt veelal gesteld dat het een steun in de rug voor woningcorporaties in hun strijd tegen illegale onderverhuur in de sociale huursector is, omdat het een einde maakt aan de discussie of artikel 6:104 BW kan worden toegepast bij illegale onderverhuur.

Mijns inziens gaat de reikwijdte van het arrest echter verder dan onderverhuur. Denk bijvoorbeeld aan de verhuur van bedrijfs- en kantoorruimte³⁰ of particuliere verhuur,³¹ maar ook aan handelen in strijd met de corporate opportunitydoctrine,³² geschillen over een co-investeringsrecht,³³ overtreding van een concurrentie-

beding,³⁴ en winstafdracht bij het niet doorgaan van een vastgoedtransactie.³⁵ Bij het maken van winst als gevolg van een onrechtmatige perspublicatie hoeft artikel 6:104 BW niet direct toepassing te vinden.³⁶ Uit het Setel/AVR-arrest blijkt dat artikel 6:104 BW ook toepassing kan vinden bij het in strijd handelen met een overheidsbeschikking.

De Hoge Raad overweegt dat de rechter bij het vaststellen van de schade alle omstandigheden in aanmerking kan nemen, waaronder de *mate van verwijtbaarheid*. Naar mijn mening komt daarmee het punitieve karakter van artikel 6:104 BW via de achterdeur binnen, terwijl de Hoge Raad dat karakter via de voordeur in zijn overwegingen op grond van de parlementaire geschiedenis heeft tegengehouden. Dat lijkt tegenstrijdig.³⁷ Bij de toepassing van artikel 6:104 BW maakt de wetgever geen onderscheid naar de mate van het verwijt dat de dader ter zake van zijn onrechtmatige daad of tekortkoming treft.³⁸ In die zin heeft het artikel geen straf- of boetekarakter. Anderzijds stelt de wetgever dat de mate van verwijtbaarheid van de betreffende gedraging een belangrijke reden kan zijn om de rechter tot toepassing van artikel 6:104 BW te doen besluiten. Als voorbeeld haalt de wetgever artikel 43, lid 3 Rijksoctrooiwet aan en stelt dat dit artikel op een soortgelijke gedachte berust en desbewustheid van de inbreuk eist.³⁹ Duidelijker wordt het daarmee mijns inziens niet. Ik vraag me dan ook af of de wetgever niet toch, wellicht onbewust, een punitief karakter in artikel 6:104 BW heeft (willen) gezien, te meer hij de koppeling met de desbewuste octrooiinbreuk maakt. Voor toepassing van artikel 6:104 BW wordt, zoals gezegd, de aanwezigheid van schade echter wel verondersteld.⁴⁰ Daaraan zal dus moeten zijn voldaan, wil de rechter aan schadebegroting toekomen.⁴¹

Uit de parlementaire geschiedenis en de arresten valt naar mijn mening wel af te leiden dat de rechter bij het begroten van de winstafdracht, uitgaande van het niet-punitieve

- 26 Concl. A-G, sub 3.26.1-3.26.5 en de aldaar aangehaalde meningen en literatuur. Brunner stelt in zijn NJ-noot onder het Waeyen-Scheers/Naus-arrest dat het arrest vooral duidelijkheid geeft over de bewijslast.
- 27 Concl. A-G, sub 4.9, 4.12 en 5.10 en de aldaar aangehaalde meningen en literatuur.
- 28 A.W. Jongbloed, annotatie bij HR 18 juni 2010 (Doerga/Ymere), *Tijdschrift voor Huurrecht Bedrijfsruimte* 2010-4, p. 170-174, meer in het bijzonder de op p. 172, linkerkolom, aangehaalde literatuur.
- 29 Ontbinding van huurovereenkomst bij het inrichten van een hennepkwekerij door een huurder in het gehuurde en winstafdracht: Rb. 's-Gravenhage, sector kanton 24 november 2010, LJN BP2204, r.o. 6.4.3. Zie ook Rb. Breda, sector kanton 10 maart 2010, LJN BL7229, waarin het arrest van het hof, waartegen in het Doerga/Ymere-arrest cassatie was ingesteld navolging vond. De vordering tot schadevergoeding ex artikel 6:104 BW werd echter afgewezen, omdat niet vaststond dat door de onderhuur winst was gemaakt.
- 30 E.T. de Boer en N. Eeken, 'Winst als schadevergoeding? Over de bruikbaarheid van artikel 6:104 BW in het huurrecht', *Tijdschrift voor Huurrecht Bedrijfsruimte* 2008-5, p. 175. Naast toepassing van artikel 6:104 BW bij bedrijfs- en kantoorruimte achten zij het artikel ook toepasselijk bij illegale hennepkwekerij in het gehuurde, overtreding van een concurrentieverbod door de huurder, in strijd handelen met de bestemming van het gehuurde door de huurder en het niet-nakomen van de exploitatieplicht door de huurder, zie p. 176.
- 31 A.W. Jongbloed, a.w., p. 174.
- 32 Een mogelijkheid voor de vennootschap om een transactie aan te gaan die past binnen het kader van haar (toekomstige) ondernemingsactiviteiten of die anderszins in verband staat met de activiteiten van de vennootschap. Indien de bestuurder van de vennootschap die mogelijkheid ten behoeve van zichzelf in plaats van de vennootschap benut, handelt hij daarmee (mogelijk) in strijd met artikel 2:8 en 2:9 BW en kan dat leiden tot schadeplichtigheid, bijvoorbeeld in de vorm van artikel 6:104 BW. Zie E.M. Soerjatin, 'Begemann: tegenstrijdig belang en corporate opportunity', *TOP* 2007-2, p. 82.
- 33 Bijvoorbeeld Rb. Utrecht 19 december 2007, LJN BC0686 en «JOR» 2008/187. Het ging in dit vonnis kort gezegd om een samenwerkingsovereenkomst tussen twee private equitypartijen, waarbij door de ene aan de andere partij het recht was toegekend in haar investeringen te participeren.

- 34 Het aangehaalde arrest Waeyen-Scheers/Naus HR 24 december 1993, NJ 1995, 421.
- 35 Zie MvA II, Parl. Gesch. InvW 6, p. 1267-1268 en bijvoorbeeld Rb. Amsterdam 22 oktober 2008, LJN BH1590, r.o. 4.9-4.11. Zie verder S.D. Lindenberg, *Smartengeld* (diss. Leiden), Kluwer: Deventer 1998, p. 291-294 en A.J. Verheij, *Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon* (diss. Amsterdam VU), Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002, hoofdstuk VI.
- 36 MvA II, Parl. Gesch. InvW 6, p. 1267-1268. Artikel 6:106 BW geeft daarvoor al een regel. Wel brengt artikel 6:104 BW tot uitdrukking dat ook aan materiële voordelen betekenis mag worden toegekend. Zie voor een geval waarin artikel 6:104 BW bij onrechtmatige perspublicaties niet is toegepast, maar artikel 6:106 BW wel: Rb. Amsterdam 29 maart 2006, LJN AV7581, r.o. 5.4.
- 37 Deurvorst acht de benadering niet erg consistent, zie T.E. Deurvorst, 'Winstafdracht: einde aan slapend bestaan van artikel 6:104 BW', in: *Vermogensrechtelijke Analyses* 2010-3, Den Haag: Sdu Uitgevers 2010, p. 69. Zie ook R. Rijnhout, 'Kroniek Schadevergoedingsrecht', *AV&S* 2010/29, par. 7.
- 38 MvA II, Parl. Gesch. InvW 6, p. 1267.
- 39 Antwoorden II, Parl. Gesch. InvW 6, p. 1269 en MvA I, Parl. Gesch. InvW 6, p. 1270.
- 40 Vgl. HR 16 juni 2006, NJ 2006, 585 (Kecofa/Lancôme), m.nt. Spoor, r.o. 3.5.2.
- 41 Zie Brunner in zijn NJ-noot onder het Waeyen-Scheers/Naus-arrest, sub 4.

karakter van artikel 6:104 BW, niet een factor⁴² voor verwijtbaarheid kan toepassen. Feit blijft dat in algemene zin conform artikel 6:97 BW de rechter een grote vrijheid toekomt bij het begroten van de schade. Daarbij is niet uit te sluiten dat de rechter op grond van feiten en omstandigheden 'naar boven afrondt'. Blijkens de overwegingen van de Hoge Raad mag immers aan de mate van verwijtbaarheid gewicht worden toegekend.⁴³

Die vrijheid neemt verder toe, doordat de Hoge Raad blijkens de arresten artikel 6:104 BW ruim interpreteert. Enerzijds door de vrijheid van de rechter bij het begroten van de schade te benadrukken; anderzijds door het zeer ruime winstbegrip, zoals de Hoge Raad dat omschrijft,⁴⁴ waaronder beperking van geleden verlies. Onder 'winst' kunnen zelfs (indirecte) kosten en lasten, waaronder belastingen worden gerekend. In economische zin wordt winst veelal gedefinieerd als opbrengst minus kosten. Van een zuiver omljnd winstbegrip in de zin van artikel 6:104 BW is geen sprake.

Dit alles staat mijns inziens op gespannen voet met de strekking van artikel 6:98 BW:⁴⁵

"Voor vergoeding komt slechts in aanmerking schade die in zodanig verband staat met de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid van de schuldenaar berust, dat zij hem, mede gezien de aard van de aansprakelijkheid en van de schade, als een gevolg van deze gebeurtenis kan worden toegerekend." (onderstreping auteur).

De woorden 'slechts' en 'in zodanig verband' vullen mede het causale verband in en daaruit blijkt dat bij toerekening van de schade de eerder genoemde vrijheid niet of minder aan de orde is. Bij de toerekeningsleer van artikel 6:98 BW is de hoofdregel dat de redelijkerwijs voorzienbare schade die het directe gevolg is van de aansprakelijkheid scheppende gebeurtenis als schadevergoeding wordt toegerekend.⁴⁶ Natuurlijk betreft artikel 6:104 BW het begroten van de schade, maar uit de arresten volgt dat bij niet goed bewijsbare schade van de concrete schade kan worden geabstraheerd. De vraag is dan in hoeverre causaal verband vereist is, meer in het bijzonder of niet eerder of ruimer toegerekend zal worden.⁴⁷

Ik wijs echter ook het Gemeente Dordrecht/Stokvast-arrest.⁴⁸ In dat arrest vordert koper vergoeding van waardevermindering van woningen doordat de grond die zij van de gemeente heeft gekocht en waarop zij woningen heeft gebouwd, verontreinigd bleek te zijn. Hoewel anders dan in de arresten Doerga/Ymere en Setel/AVR de schade in dit geval concreet – althans concreter – is, oordeelt de Hoge Raad dat het de rechter vrijstaat bij het begroten van de schade te abstraheren van bepaalde omstandigheden, doch dat voorkomen moet worden dat meer dan de werkelijk geleden schade wordt vergoed.⁴⁹ De Hoge Raad sluit hierop kennelijk aan door in de arresten Doerga/Ymere en Setel/AVR te overwegen dat vanwege het niet-punitieve karakter van artikel 6:104 BW de rechter terughoudendheid past dat waar het bepaalde voordeel de vermoedelijke omvang van de schade aanmerkelijk te boven gaat de schade in beginsel wordt begroot op een gedeelte van de winst.⁵⁰ Daarin schuilt aldus de beperking.

Conclusie

Het Doerga/Ymere-arrest en het Setel/AVR-arrest leren het volgende. Artikel 6:104 BW kent een ruim toepassingsgebied qua aard van de onrechtmatige daad of tekortkoming. Het artikel moet worden gezien in het kader van de (abstracte) schadebegroting. In het kader van die schadebegroting geldt een ruim winstbegrip. De discretionaire bevoegdheid en de vrijheid bij het begroten van de schade, het ruime winstbegrip en het feit dat de mate van verwijtbaarheid wel degelijk een rol kan spelen bij het begroten en vaststellen van de schade komen echter de rechtszekerheid niet ten goede. Dat geldt zowel voor de eisende als gedaagde partij. Het is de vraag of de arresten een richtlijn voor lagere rechters voor toepassing van artikel 6:104 BW hebben gegeven. Mijns inziens is dat niet of te weinig het geval. De arresten laten (te) veel ruimte voor interpretaties en verschillende schadebegrotingen, welke zodanig met de feiten verbonden zullen zijn dat zij niet in cassatie kunnen worden getoetst, terwijl bovendien de motiveringsplicht beperkt is.⁵¹ Het verdient dan ook aanbeveling in overeenkomsten artikel 6:104 BW uit te sluiten of een daarvan afwijkende regeling te treffen, waarbij de contractspartijen meer rechtszekerheid wordt gegeven. Artikel 6:104 BW is immers niet van dwingend recht.

Over de auteur

Mr. R.A. Wolf is advocaat en partner bij TeekensKarstens advocaten notarissen N.V. en als buitenpromovendus verbonden aan het Institute for Corporate Law, Governance and Innovation Policies (ICGI) van de Universiteit Maastricht.

42 Bijvoorbeeld anderhalf, zoals in het arbeidsrecht bij toepassing van de kantonrechtformule in het kader het vaststellen van de ontbindingsvergoeding, waarbij de mate van verwijtbaarheid van de werkgever tot uitdrukking wordt gebracht.

43 Dat wordt ook in de literatuur betoogd, althans gesignaleerd: zie T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Winstafdracht', *Bb* 2010-18, p. 128-130; R. Rijnhout, a.w., par. 7; E.J.H. Schrage, 'Steekpenningen voor het Forum van het Privaatrecht', *NTBR* 2011/6 en H.J. Boukema, 'Roddel, Schuld & Boete. Een pleidooi voor stevige schadevergoedingen', *NJB* 2008/1173, p. 1464-1470.

44 A-G Spier gaat in zijn conclusie bij het Setel/AVR-arrest uitvoerig op 'winst' in de zin van artikel 6:104 BW in en zet de meningen over het winstbegrip op een rijtje, zie sub 4.13-4.20.

45 MvA II, Parl. Gesch. 6, p. 344-345.

46 HR 20 maart 1970, *NJ* 1970, 251, m.nt. GJS en HR 28 januari 2005, *NJ* 2008, 55, m.nt. Hijma.

47 Zie Deurvorst, a.w., p. 74.

48 HR 28 april 2000, *NJ* 2000, 690, m.nt. ARB.

49 r.o. 3.4.2.

50 Zie r.o. 3.6 van het Doerga/Ymere-arrest en r.o. 3.3.2 van het Setel/AVR-arrest.

51 HR 15 november 1996, *NJ* 1998, 314, m.nt. FWG.