

WINSTAFDRACHT: EEN TWEESLACHTIG PAARD VAN TROJE?

Mr R.M. Blaauw

De trein van het Nieuw Burgerlijk Wetboek lijkt nu eindelijk niet meer te stoppen en dat acht ik - al zie ik zeker op tegen de onvermijdelijke om-, her-, na- en bijscholing - per saldo een goede zaak, al was het maar omdat daarmee een eind lijkt te zijn gekomen aan de periode van onzekerheid, die met name voor het juridisch onderwijs in al zijn gedaanten rampzalige gevolgen leek te gaan krijgen. Evenzeer valt toe te juichen dat men ten departemente niet aarzelt ook te elfder ure nog verbeteringen aan te brengen, wanneer de - ongetwijfeld ten dele wat laat wakker geworden "praktijk" - de aandacht vestigt op mogelijke gebreken in de tot dan toe voorgestelde regeling.¹⁾ In een enkel geval echter leidt de bewonderenswaardige ijver om het ontwerp te blijven vervolmaken tot een wat minder gelukkige uitkomst, wellicht mede omdat de tijd voor een degelijke - al dan niet "brede" - wetenschappelijke discussie korter wordt naarmate het eindstation nadert. Zo hoop ik in deze bijdrage aan te tonen dat in elk geval één van de wagonnetjes, die recentelijk²⁾ nog aan de TGV zijn gekoppeld, nog maar eens de werkplaats in moet, zo al niet besloten wordt tot bijzetting in het spoorwegmuseum. Ik heb dan het oog op de vordering tot afgifte van winst (of: tot winstafdracht), neergelegd in art. 6.1.9.9a, luidend:

"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".

Voordat ik echt van wal steek een waarschuwing: het kan zijn dat toon en argumenten een enkele lezer bekend voorkomen. Een van de mogelijke verklaringen - vele zijn denkbaar - zou dan kunnen zijn, dat ik mij ooit³⁾ nogal krachtig in negatieve zin heb uitgelaten over het instituut dwangsom, en dat met - ten dele - vrij gelijksoortige argumenten.⁴⁾ Mocht u mij in zoverre willen betichten van, om maar

wat te noemen, monomane Prinzipienreiterei, dan hebt u gelijk; daaruit volgt echter nog niet dat ik het niet heb.

De rechtsgrond en de consequenties daarvan

In de - betrekkelijk schaarse - literatuur die tot dusverre in Nederland aan de onderhavige actie is gewijd⁵⁾ vindt men als mogelijke grondslagen voor een dergelijke rechtsvordering eigenlijk slechts twee motieven, die veelal naast elkaar worden aangevoerd. Het eerste, meest principiële motief komt, hoezeer het ook in verschillende bevoordingen wordt gekleed, neer op de eenvoudige stelling dat het niet aangaat dat de pleger van een onrechtmatige daad (waaronder hier en in het vervolg wanprestatie mede wordt begrepen) van zijn "wandaad" zou kunnen profiteren.⁶⁾

Een meer praktisch getint motief dat pleegt te worden aangevoerd vloeit voort uit de bewijsnood waarin eisers - en met name eisers in procedures terzake van inbreuken op intellectuele eigendomsrechten - zich plegen te bevinden waar het de omvang van de geleden schade betreft. Deze bewijsnood zou in een aantal gevallen aanzienlijk worden verlicht, wanneer - al of niet bij wijze van vermoeden - aangenomen zou kunnen worden dat de schade gelijk is aan het door de laedens door de inbreuk behaalde profijt.

Voor de goede orde zij nog opgemerkt dat de meeste auteurs zich geheel of goeddeels beperken tot het gebied van de intellectuele eigendom, een gebied waar de actie in beperkte mate al bestaat⁷⁾, ook waar zij invoering op ruimere schaal van de actie tot winstafdracht bepleiten.

Trachten wij vanuit de - korte - parlementaire geschiedenis te destilleren welke rechtsgrond de minister bij zijn voorstel voor ogen heeft gestaan, dan is de oogst nogal mager. Het tweede motief wordt in de Memorie van Antwoord (MvA) niet genoemd; kennelijk - een andere grondslag wordt niet aangevoerd - heeft de minister uitsluitend het eerste argument voor ogen gestaan. Dat kan althans worden afgeleid uit zijn opmerking (geplaatst in het kader van de vraag op welke normschendingen een regeling als de onderhavige van toepassing zou moeten zijn), dat "moeilijk te rechtvaardigen zou zijn dat juist deze winst aan de dader zou mogen verblijven".

Deugt dit motief - dat zonder bezwaar kan worden vertaald als:

voorkomen moet worden dat iemand kan profiteren van een door hem gepleegde onrechtmatige daad - nu als rechtvaardiging voor een regeling als de onderhavige? Ik meen van niet, en wel om een drietal onderling verweven redenen: niet valt in te zien waarom bedoeld "gevaar" in beginsel zou moeten worden voorkomen; indien dat al anders zou zijn, leidt dat niet zonder meer tot een bepaling als 6.1.9.9a en tenslotte: de praktische bezwaren tegen deze regeling overschaduwden de mogelijke voordelen verre.

Waarom zou het "kwaad" niet bestrijdenswaard zijn? Eenvoudigweg omdat het niet zonder meer een kwaad is. Wanneer we het hebben over welbewust (met "dolus malus") uit winstbejag gepleegde onrechtmatige daden zullen we het snel eens zijn: het feit dat dergelijke daden kunnen lonen lijkt in zichzelf een kwaad en de kans dat de winst weer zal moeten worden afgestaan (de vraag aan wie even daargelaten) kan preventief en dus heilzaam werken; medelijden lijkt niet erg op zijn plaats. "Voordeelontneming" lijkt een passende sanctie. Aan de andere kant van de schaal is die evidentie echter geheel afwezig; ik kan althans niet inzien dat de rechtvaardigheid zonder meer zou eisen dat de "licht culpose" laedens - de pianoleraar die, naar de rechter achteraf vaststelt, zijn burens onrechtmatiglijk hindert door ook somtijds na zessen onderricht te geven - het tengevolge daarvan behaalde voordeel, ongeacht de door zijn slachtoffer geleden schade, af zou moeten staan; ik laat dan nog daar dat de voorgestelde bepaling ook toepasselijk is bij risico-aansprakelijkheden. Natuurlijk zijn deze voorbeelden extremen, maar zij illustreren dat de innerlijke overtuigingskracht van het motief niet in alle gevallen groot is. Bovendien, en dat is mijns inziens nog belangrijker, maken zij duidelijk dat het motief slechts wordt gedragen door rechtspolitieke overwegingen (trefwoorden: preventie en vergelding van maatschappelijk onrecht) van meer strafrechtelijke dan civielrechtelijke aard: als zodanig bedoelde ontneming van voordeel bij normschendingen is niets anders een straf, een opzettelijk toevoegen van leed. Dat betekent wellicht niet zonder meer dat deze sanctie niet in een burgerlijk wetboek thuishoort, maar wel dat we ons van die strafrechtelijke aard bewust moeten zijn, hetgeen onder veel meer betekent dat - anders dan de MvA lijkt te betogen - de mate van verwijtbaarheid een grote rol behoort te spelen bij de vraag of veroordeling tot winstafdracht een "passende" reactie is. Er zij in dit verband op gewezen dat we de voordeelontneming (zij het in een zeer specifieke vorm) reeds aantref-

fen in het arsenaal aan strafrechtelijke sancties.⁸⁾ We moeten evenmin uit het oog verliezen dat het aansprakelijkheidsrecht, zeker onder het NBW, tot op grote hoogte slechts beoogt risico's op een aanvaardbare wijze te alloceren: van een reactie op gepleegd onrecht behoeft in het geheel geen sprake te zijn; de negatieve morele connotaties van het door de minister steevast gebruikte begrip "dader" kunnen ons het zicht op deze werkelijkheid al te spoedig doen verliezen.

Tenslotte: het individuele slachtoffer staat buiten beeld: dat heeft - uiteraard - recht op schadevergoeding, maar van schadevergoeding is juist geen sprake, indien en voorzover de af te dragen winst de geleden schade overtreft, in welk geval de bepaling pas haar beoogde materiële betekenis krijgt. Voorzover de aangevoerde rechtsgrond op zichzelf al onderschreven zou kunnen worden, blijft dan ook in elk geval onverklaard waarom hij zou moeten leiden tot toedeling van de te ontnemen winst aan de gelaedeerde.

Op de bezwaren van meer praktische aard kom ik hieronder terug.

De plaats van de bepaling

Artikel 6.1.9.9a is toegevoegd aan afdeling 6.1.9: "wettelijke verplichtingen tot schadevergoeding", mijns inziens - wederom gezien de aangevoerde rechtsgrond - een uiterst ongelukkige keuze. Van schadevergoeding is - zoals de minister ook bijna toegeeft - immers geen sprake. Mijn beroepsorganisatie, het Nederlands Genootschap van Bedrijfsjuristen (NGB), heeft er dan ook voor gepleit meer aansluiting te zoeken met de regeling van de ongerechtvaardigde verrijking (art. 6.4.3.1)⁹⁾, een opmerking die blijkens de Nota naar aanleiding van het Eindverslag helaas bij de minister tot misverstanden heeft geleid. Indien men al een bepaling als de onderhavige in het NBW zou wensen op te nemen, ligt het toch veel meer voor de hand haar toe te voegen aan de afdeling, die nu juist in haar geheel gewijd is aan hetzelfde doel: het ongedaan maken van ongerechtvaardigde verrijking. Daarbij zou uiteraard niets eraan in de weg staan dezelfde beperking (tot onrechtmatige daad en wanprestatie) en dezelfde verruiming (geen beperking tot de verarming) ten opzichte van art. 6.4.3.1 op te nemen. Merkwaardig is overigens dat de reden, die de minister geeft voor plaatsing in afdeling 6.1.9 (toepasselijkheid van de overige bepalingen van die afdeling, waarvan enkele met name worden ge-

noemd), mijns inziens juist krachtig tegen deze plaatsing pleit: art. 6.1.9.4 is onbruikbaar, tenzij men voor "schade" "winst" leest, hetgeen mij zacht gezegd wat ver gaat; waarom het aan de gelaedeerde opgekomen voordeel op de af te dragen winst in mindering zou moeten worden gebracht (art. 6.1.9.5) valt niet in te zien, nu art. 6.1.9.9a juist welbewust de gelaedeerde een voordeel in de schoot werpt; toepassing van de artikelen 6.1.9.8 en 9 ligt evenmin voor de hand wanneer men niets anders wenst dan de laedens zijn winst te ontnemen en art. 6.1.9.12a kan slechts aan de orde komen wanneer de laedens zijn winst inmiddels heeft verteerd, voor welk geval nu juist art. 6.4.3.1 een meer afgewogen regeling geeft.

Toepassingsgebied

De minister is over de door vele schrijvers bepleite beperking van de afgiftevordering tot inbreuken op intellectuele eigendomsrechten (althans: op exclusieve rechten) nogal kort: hij ziet niet in dat de door andere normschendingen behaalde winst aan de dader zou mogen verblijven. Op het eerste gezicht valt dat inderdaad niet in te zien, maar wanneer wij het motief - in hoofdzaak: preventie - en de strafrechtelijke aard van de sanctie wederom voor ogen halen, is er veel voor te zeggen de actie (vooralsnog) alleen daar in te voeren waar er werkelijk behoefte aan lijkt te bestaan, dus op het terrein van de "piraterij": (ernstige) inbreuken op rechten van intellectuele eigendom. Er is ook een vrij wezenlijk verschil tussen dergelijke inbreuken en de meeste andere onrechtmatige daden; zoals Hermann¹⁰⁾ betoogt is er in de eerstbedoelde gevallen wel en de overige gevallen meestal geen sprake van een bij de gelaedeerde aanwezige "potentiële winstfactor", waarop wordt geparasiteerd. Of dit verschil, dat ook enigszins aansluit bij "zaakwaarnemingstheorieën", zoals men die in het buitenland wel aantreft als dogmatisch fundament van de actie tot winstafgifte, een belangrijke rol behoort te spelen, weet ik eerlijk gezegd niet. Wel meen ik dat het vraagstuk in elk geval nadere overweging verdient.

"Winst"

Art. 6.1.9.9a spreekt van "winst". Waarom? Waarom niet van "verrijking" (vergelijk art. 6.4.3.1) of van "voordeel" (vergelijk de artt.

6.1.9.5 en 6.1.8.4)? Zijn bespaarde kosten (steeds) "winst"? Is beperking van verlies "winst"? Is wellicht toch alleen gedacht aan normschendingen in het economisch verkeer, of zelfs slechts aan uit winstbejag gepleegd "onrecht"? Ik hoop het, maar word van de MvA niet wijzer; een nadere verklaring lijkt gewenst. Overigens is de bepaling van de winst meestal bepaald geen eenvoudige zaak, zoals door Hermann en Haardt al overtuigend is aangetoond.¹¹⁾ Vele moeilijk oplosbare causaliteitsvragen kunnen rijzen. Bepaald misleidend is dan ook de suggestie in de MvA, dat de vaststelling van de winst vooral op het terrein van de exclusieve rechten eenvoudig zou zijn. Juist bij merkinbreuk - het aangevoerde voorbeeld - valt uiterst lastig te berekenen wat het resultaat zou zijn geweest, wanneer de dader binnen de grenzen van het recht zou zijn gebleven. Ook dit noopt tot terughoudendheid.

Discretionaire bevoegdheid

De rechter "kan", zegt art. 6.1.9.9a. Welnu, zult u wellicht zeggen, zal de rechter niet zo wijs zijn van zijn discretionaire bevoegdheid een terughoudend gebruik te maken, geheel in overeenstemming met de rechtsgrond van de regeling, zodat de meesten van uw bezwaren slechts in theorie zullen blijken te bestaan? Ik hoop vurig dat het antwoord bevestigend zal zijn, maar de minister maakt het de rechter bepaald niet makkelijk: in tekst en MvA valt voor de rechter geen enkel richtsnoer te vinden. Meer dan de weinig verhelderende opmerking "dat de vraag of de afgifte van winst in het gegeven geval een goede oplossing (waarvan eigenlijk? RMB) vormt, van de omstandigheden van het geval afhangt", gevolgd door de even nietzeggende mededeling dat hij van de bepaling "geen gebruik hoeft te maken in de gevallen dat zulks niet redelijk voorkomt" treffen we niet aan. De rechtsonzekerheid zal dus vermoedelijk decennia lang groot blijven; de Hoge Raad zal bovendien - het betreft immers een discretionaire bevoegdheid! - aan rechtsvorming en rechtseenheid zo goed als niets kunnen bijdragen. Jammer. Voor het geval art. 6.1.9.9a toch ongewijzigd (en onopgehelderd) de eindstreep mocht halen, zou ik de rechterlijke macht alvast dit willen "meegeven": gezien - wederom - de rechtsgrond, is er in elk geval geen aanleiding de bepaling toe te passen wanneer daardoor de verrijking niet ongedaan zou worden gemaakt, hetgeen bijvoorbeeld het geval is wanneer een verzekeraar

(of een andere derde) het te "vergoeden" bedrag uiteindelijk draagt; een wellicht wat ongegronde, maar niettemin uit de (veronderstelde) rechtsgrond voortvloeiende consequentie.

Inflatie

Het NGB¹²⁾ heeft zich beducht betoond voor de inflerende werking die van art. 6.1.9.9a zou kunnen uitgaan op de hoogte van de toe te kennen bedragen aan smartegeld: denkbaar is immers dat, bijvoorbeeld in gevallen van belediging in "roddelbladen", de benadeelde langs de weg van art. 6.1.9.9a terzake van een geringe schade een zeer aanzienlijk hoger bedrag aan schadevergoeding ontvangt dan het geval zou zijn geweest wanneer slechts naar de ernst van de "krenking" (de schade) zou zijn gekeken, terwijl anderzijds ernstig gedupeerden (zoals slachtoffers van verkeersongevallen) een relatief bescheiden bedrag aan smartegeld blijven ontvangen. De rechtsongelijkheid die hierin door velen geproefd zal worden zou kunnen leiden tot een ongewenste opwaartse druk op de hoogte van smartegeldveroordelingen in Nederland. Helaas heeft ook deze kritiek bij de minister tot een misverstand geleid; de reactie in de Nota naar aanleiding van het Eindverslag gaat althans geheel langs het betoog van het NGB heen. Wel zij de minister toegegeven - als hij dat althans bedoelde - dat bedoeld gevaar minder sterk speelt bij winstafdracht bij inbreuken op exclusieve rechten en (andere gevallen van) oneerlijke concurrentie. Dit is echter eens te meer een reden om het toepassingsgebied daartoe te beperken. Voor het overige lijkt de vrees mij gerechtvaardigd en in elk geval pleiten tegen plaatsing in afdeling 6.1.9.

Wat dan?

Misschien heb ik de minister wel geheel verkeerd begrepen en bedoelt hij toch niet meer dan een regeling te geven, die eisers onder omstandigheden uit te hoge bewijsnood kan redden. Veel van de hierboven gesignaleerde tekortkomingen in de MvA worden dan begrijpelijker. Met een dergelijke regeling zou ik vrede kunnen hebben, mits maar volstrekt duidelijk wordt gemaakt dat het hier inderdaad slechts een zaak van bewijs (en wellicht van schatting) van schade betreft. De omstandigheid dat de kans bestaat dat eiser meer krijgt dan hem,

gezien zijn schade, toekomt, wordt immers voldoende gerechtvaardigd door de overweging dat de laedens slechts een voordeel wordt ontomen; "voordeelontneming" is dan echter niet het doel van de regeling, doch slechts een niet ongewenst gevolg ervan. Noodzakelijk is dan uiteraard wel dat volstrekt duidelijk wordt gemaakt dat tegenbevijs steeds mogelijk blijft. Bovendien: de beperking hoort dan, als zij al in het NBW opgenomen zou worden, hetgeen niet noodzakelijk lijkt, thuis in art. 6.1.9.3. Daarmee zou dan tevens aansluiting worden bereikt met "de aard van de schade", hetgeen vermoedelijk - terecht - zou leiden tot een beperking van de toepassing tot - in hoofdzaak - het gebied van de intellectuele eigendom; ook zou dit veel meer stroken met de - overigens door mij niet, maar door de minister kennelijk wel onderschreven - opvatting van Bloembergen, die bij inbreuken op exclusieve rechten - ten onrechte spant de minister hem voor een veel grotere wagon - "winstafdracht" construeert als een abstracte wijze van schadevergoeding.

Slotsom

Uiteraard heb ik de wijsheid niet in pacht. Misschien is art. 6.1.9.9a per saldo toch de meest wijze van de denkbare varianten. Ik hoop echter met het bovenstaande in elk geval bereikt te hebben dat de (aspirant) wetgever zich wat meer rekenschap zal geven van doel, nut, gevaren en beperkingen van een actie tot winstafdracht; ik hoop dat wetenschap en praktijk daaraan zullen bijdragen. Vooralsnog meen ik echter dat van invoering van art. 6.1.9.9a moet worden afgezien, zolang niet opgehelderd is wat de rechtsgrond zou zijn en zolang de consequenties - die zeer ingrijpend kunnen zijn - ons onvoldoende voor ogen staan. Het onderwerp verdient een zorgvuldiger behandeling. Mocht het "point of no return" op het moment dat dit jaarboek het daglicht ziet al bereikt zijn, dan rest mij voorlopig niets dan de rechterlijke macht veel wijsheid toe te wensen

Ceterum censeo dwangom delendam esse.

Noten

- 1) Zie het interview met W. Snijders, NJB 1986, blz. 4 e.v.

- 2) Invoeringswet Boeken 3, 5 en 6 (vijfde gedeelte), tweede nota van wijziging (Kamerstuk 17541, nr. 9).
- 3) En met recht, zou ik hieraan willen toevoegen voor diegenen die mochten hopen dat ik inmiddels wijzer zou zijn geworden.
- 4) Executiemiddelen, preadvies Nederlandse Vereniging van Rechtsvergelijking nr. 31, Deventer 1980 (met name de nrs. 2.3.2, 4.2.1, 4.2.2 en 7.1 e.v.), Tijdschrift voor Privaatrecht 1980, blz. 989, 995 en 996 en Praktijkgids 1980, blz. 502.
- 5) Zie met name de in Onrechtmatige Daad II (Van Nispen) nr. 190a genoemde literatuur, waaraan toe te voegen het Rapport van de interdepartementale werkgroep piraterij, 1985, nrs. 5.3 en 8 en bijlage 8 (waarover Ch. Gielen, NJB 1986, blz. 281 e.v.). Vooral het in de volgende noot vermelde artikel verdient de aandacht.
- 6) Zie bijvoorbeeld R. Hermann, Afgifte van winst uit onrechtmatig handelen in het bijzonder op het terrein van de intellectuele en industriële eigendom, RMTh 1970, blz. 6.
- 7) Art. 43 lid 3 Rijksoctrooiwet, art. 28 lid 1 Auteurswet 1912.
- 8) Art. 6 Wet op de economische delicten.
- 9) Zie het Eindverslag (Kamerstuk 17541, nr. 10) alsmede een op het moment van afsluiten van deze kopij nog niet verschenen bijdrage van J. Spier aan het Kwartaalbericht NBW.
- 10) O.c. (noot 6) onder E.
- 11) O.c. (noot 6), blz. 19-20 en de aldaar genoemde buitenlandse literatuur resp. W.L. Haardt, Schadevergoeding bij inbreuk op rechten van industriële eigendom, Op de grenzen van komend recht, blz. 501-502.
- 12) Zie noot 8.