



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Recht, plicht, remedie: of De belofte van de norm
Nuninga, W.T.

Citation

Nuninga, W. T. (2022, September 22). *Recht, plicht, remedie: of De belofte van de norm*. *Recht en Praktijk - Contracten- en aansprakelijkheidsrecht*. Wolters Kluwer, Nederland. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3463747>

Version: Publisher's Version

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3463747>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

7.1 Inleiding

De schadevergoeding is een remedie die zich nadrukkelijk richt op de positie van de gerechtigde en hoe die anders zou zijn geweest in afwezigheid van de normschending. De winstafdracht doet het omgekeerde: die remedie richt zich juist op de positie van gedaagde en draait om de vraag of de voordelen die hij met de normschending heeft behaald hem wel toekomen.

Vooropgesteld: het Nederlandse recht kent eigenlijk geen algemene vordering tot winstafdracht. Er zijn wel wat bijzondere bepalingen in het IE-recht die zo'n vordering mogelijk maken, maar het algemene vermogensrecht is sterk op schade georiënteerd. De ongerechtvaardigde verrijking geeft – anders dan in de landen om ons heen – slechts aanleiding tot een vergoeding van schade met de winst als plafond,¹ een met wanprestatie wegens overmacht behaald voordeel hoeft ook slechts tot de hoogte van de schade te worden afgedragen,² en artikel 6:104 BW biedt slechts de mogelijkheid de winst van de wanprestant of pleger van een onrechtmatige daad (hierna samen: normschender) te gebruiken om de schade van de benadeelde te begroten.³

Toch lijkt artikel 6:104 BW de laatste jaren in beweging: een verdedigbaar verband tussen schade en winst wordt losgelaten⁴ en in de literatuur wordt wel de vraag gesteld of hier niet langzamerhand een Nederlandse vordering tot winstafdracht ontstaat.⁵ Met deze ontwikkeling rijst dan wel de vraag in welke gevallen zo'n ogenschijnlijk systeemvreemde vordering op haar plaats is. Zou het *Kelderluik*-slachtoffer afdracht kunnen vorderen van de arbeidsuren die zijn uitgespaard door kelderluiken open te laten staan? Zou de buur van een hinder veroorzakende fabriek afdracht kunnen vorderen van de winst die met die hinder wordt veroorzaakt? Of is dat alleen mogelijk waar inbreuk wordt gemaakt op exclusieve rechten of waar de onrechtmatige daad opzettelijk gepleegd is? Op dit moment lijken rechters en partijen aangewezen op intuïtie. In dit hoofdstuk staat de vraag in

1 Art. 6:212 BW. Anders: § 812 e.v. BGB (Duitsland) en bijv. *Lipkin Gorman v. Karpnale Ltd* [1988] UKHL 12 (Engeland).

2 Art. 6:78 BW, zie ook § 285 BGB.

3 Zie naast de tekst van art. 6:104 BW: MvA I Inv., *Parl. Gesch. Inv. Boek 6*, p. 1270; HR 24 december 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1202, *NJ* 1995/421, m.nt. C.J.H. Brunner (*Waeyen-Scheers/Naus*).

4 HR 18 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM0893, *NJ* 2015/32, m.nt T. Hartlief (*Doerga/Ymere*).

5 Zie bijv. Van Kogelenberg 2014, p. 845.

centraal of en in hoeverre een zelfstandige verklaring gegeven kan worden voor de toepassing van artikel 6:104 BW in de praktijk, die zowel richting geeft voor de toekomst als de vordering inpast in het vermogensrecht.

Om tot een meer formeel en materieel rechtszeker systeem te komen is het geven van een typologie van gevallen van winstafdracht onvoldoende; dat zou toepassing te rigide en weinig overtuigend maken.⁶ Om een meer voorspelbare toepassing van het artikel mogelijk te maken, is het nodig een verklaring te vinden die zowel past binnen het systeem van ons vermogensrecht als aansluit bij de praktijk rondom artikel 6:104 BW. Een eerste stap in die analyse is het scherp trekken van het onderscheid tussen de vordering op grond van ongerechtvaardigde verrijking en artikel 6:104 BW (§ 7.2). Vervolgens analyseer (en verwerp) ik het karakter van artikel 6:104 BW als begrotingsmaatstaf (§ 7.3.1), als gedragssturend handhavingsmiddel (§ 7.3.2) en als logisch uitvloeisel van inbreuk op exclusieve rechten (§ 7.3.3). In paragraaf 7.4 ontwikkel ik op basis van inzichten uit binnen- en buitenland vervolgens een benadering die de huidige toepassing kan verklaren en rechters kan bijstaan in het uitoefenen van hun discretionaire bevoegdheid. In de kern is de gedachte dat wie het in onderlinge verhouding verboden is winsten te behalen, deze bij schending van dat verbod af zal moeten dragen. Omgekeerd: wie onderling een betere aanspraak op de winsten geldend kan maken, zal afdracht moeten kunnen vorderen.

7.2 Onrechtmatig behaalde winst en ongerechtvaardigde verrijking

Artikel 6:104 BW is een bijzondere bepaling. Het artikel biedt de rechter een bevoegdheid de winst van de gedaagde te gebruiken om de schade van de eiser te begroten. Vanwege de vorm van de uiteindelijke remedie – het afdragen van winst in plaats van het vergoeden van schade – ligt het voor de hand een verband te zoeken met het leerstuk van de ongerechtvaardigde verrijking (artikel 6:212 BW). Toch is die parallel niet helemaal terecht. Artikel 6:212 BW heeft weliswaar iets met winst te maken, maar zowel de *grondslag* van die vordering als *wat* gevorderd kan worden, verschilt van de vordering van artikel 6:104 BW.

Artikel 6:212 BW schept een vordering tot schadevergoeding waar de een ten koste van een ander is verrijkt. De vermogensaanwas aan de zijde van de verrijkte is het startpunt (de ‘grondslag’) van de vestiging van de ‘aansprakelijkheid.’ Een breed scala aan gevallen valt hieronder: een huis dat A bouwt op het land van C ter uitvoering van A’s overeenkomst met B,⁷ het verkrijgen van een vergunning ten koste van een ander als gevolg van een gebrekkig vergunningssysteem,⁸ het onder omstandigheden verkrijgen van een door een huurder opgeknapte woning,⁹

6 Zo’n typologie is bovendien eenvoudig: (i) wanprestatie door middel van illegale onderhuur en (ii) oneerlijke concurrentie, zie HR 18 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM0893, NJ 2015/32, m.nt. T. Hartlief (*Doerga/Ymere*); HR 18 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL9662, NJ 2015/33, m.nt. T. Hartlief (*Setel NV/AVR Holding NV*) en HR 24 december 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1202, NJ 1995/421, m.nt. C.J.H. Brunner (*Waeyen-Scheers/Naus*). De lagere rechtspraak van de afgelopen tien jaar volgt grotendeels deze lijnen, zie verder § 7.4.2.

7 HR 29 januari 1993, NJ 1994/172 (*Vermobo/Van Rijswijk*).

8 HR 15 maart 1996, NJ 1997/3 (*Van der Tuuk Adriani/Batelaan*).

9 HR 30 september 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR7928, NJ 2007/154, m.nt. J.B.M. Vranken (*Koker/Cornelius*).

de door een gebruiker ontvangen winst uit een Ponzi scheme,¹⁰ het verlengd gebruik van een bedrijfspand,¹¹ enzovoort. Gegeven dit brede toepassingsbereik verrast het niet dat het karakter van de actie notoir lastig te duiden is.¹² Het is hier ook niet nodig dat te doen. Wel belangrijk is dat de focus bij deze actie ligt op een verrijking aan de zijde van de gedaagde; irrelevant is of die verrijking middels een prestatie van eiser naar gedaagde is gevloeid of dat de gedaagde onrechtmatig gedrag heeft vertoond.¹³ Bovendien leidt een geslaagd beroep op artikel 6:212 BW – anders dan bij ongerechtvaardigde verrijkingsoverdrachten in Engeland en Duitsland¹⁴ – niet tot restitutie (winstafdracht), maar tot een schadevergoedingsvordering met de winst van de ontvanger als plafond. Resultaat is dat de verarmde altijd het laagste bedrag krijgt toegewezen.

Artikel 6:104 BW is van andere aard. Dit artikel bepaalt dat de rechter op vordering van de eiser diens schade mag begroten op (een deel van) de winst van degene die jegens hem wanpresteerde of een onrechtmatige daad pleegde. Grondslag voor deze bepaling is dus noodzakelijkerwijs een toerekenbare normschending. Anders dan bij de ongerechtvaardigde verrijking is de grondslag van de vordering hier dus niet gelegen in een verschuiving of aanwas van vermogen. Wat gevorderd kan worden is eveneens anders: waar onder artikel 6:212 BW de af te dragen winst begrensd wordt door de geleden schade, kan bij een succesvol beroep op artikel 6:104 BW de gedaagde worden veroordeeld zijn volledige winst af te dragen.¹⁵ Kortom: waar artikel 6:212 BW een grondslag voor een schadevergoedingsvordering biedt, biedt artikel 6:104 BW slechts een methode om de omvang en inhoud van een remedie voor normschending te bepalen.

7.3 Winst, schade, gedrag en exclusiviteit

7.3.1 Winst en schade

Het meest opvallende aan artikel 6:104 BW is dat het de rechter een *schadebe-grotingsmaatstaf* biedt en niet een daadwerkelijke vordering tot winstafdracht bij onrechtmatig handelen in het leven roept. Dat is een bijzondere keuze bij de invoering van het huidige BW geweest. Het Ontwerp Meijers kende geen met artikel 6:104 BW vergelijkbare bepaling.¹⁶ Pas vlak voor de invoering rees vanuit de commissie de vraag of geen behoefte bestond aan een vordering tot winstaf-

10 HR 28 oktober 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ5986, NJ 2012/495, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Ponzi scheme*).

11 HR 24 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ1782, NJ 2013/540, m.nt. J.L.R.A. Huydecoper (*Credit Suisse/Subway*).

12 Zie voor een overzicht Van der Linden 2019, p. 86-101 en Wissink 2002, p. 37 e.v.

13 Dat wil niet zeggen dat een geslaagde vordering wegens ongerechtvaardigde verrijking nooit gepaard gaat met onrechtmatig gedrag, slechts dat het niet vereist is. Zie bijv. Meijer 2007, p. 52.

14 Zie § 812 e.v. BGB en *Lipkin Gorman v. Karpnale Ltd* [1988] UKHL 12.

15 Nog wel vereist is dat aannemelijk wordt gemaakt dat *enige* schade wordt geleden, zie HR 18 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM0893, NJ 2015/32, m.nt. T. Hartlief (*Doerga/Ymere*), r.o. 3.6. Aanvankelijk werd nog wel getwijfeld of ook hier een beperking tot schade bestond. Zie bijv. Van Boom 2002, p. 77-80. In *Doerga/Ymere* liet de Hoge Raad dat echter los: de schade van woningcorporatie Ymere bestond uit opsporingskosten en de noodzaak nieuwe woningen te bouwen, de winst van huurder en onderverhuurder Doerga bestond uit geïnde onderhuurpenningen. Die twee posten hebben niks met elkaar te maken, maar toch werd afdracht van het volledige bedrag toegewezen.

16 VV II Inv., *Parl. Gesch. Inv. Boek 6*, p. 1266. Zie ook de toelichting van Meijers op de zaakwaarneming, waar hij de Duitse *Geschäftsführung ohne Auftrag* (zaakwaarneming-te-kwader-trouw)-constructie, waarbij de eiser afdracht van de behaalde winst kan vorderen, van de hand wijst, TM, *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 790.

dracht.¹⁷ De minister stelde daarop wat nu artikel 6:104 BW is voor. De vraag rees uiteraard waarom deze bepaling in de schadevergoedingsafdeling geplaatst werd en als begrotingsmaatstaf gepresenteerd werd. Het antwoord van de minister was aanvankelijk dat het hier slechts om een wetstechnische keuze ging: deze plaatsing zou toepassing van bepalingen zoals die over eigen schuld, hoofdelijkheid, redelijke toerekening, enzovoort. eenvoudiger maken.¹⁸ Later, in de tweede memorie van antwoord, duidde hij het artikel heel expliciet als een schadebegrotingsmaatstaf waar de rechter gebruik van *kan* maken wanneer hem dit goeddunkt.¹⁹ Dit hinken op twee gedachten duidt Deurvorst als “het tweeslachtige karakter” van die bepaling.²⁰

Dit tweeslachtige karakter is niet alleen terug te zien in de wetsgeschiedenis, maar ook in de toepassing van het artikel. De tekst van artikel 6:104 BW positioneert de vordering expliciet als een wijze van begroten. In *Waeyen-Scheers/Naus* werd artikel 6:104 BW ook toegepast op een manier die past bij dit schadebegrotingskarakter. Werknemer Naus had in strijd met het non-concurrentiebeding dat hij overeen was gekomen met de maatschap Waeyen-Scheers voor zichzelf klanten bediend. De precieze schade die de maatschap door deze wanprestatie had geleden, was lastig te begroten en de Hoge Raad paste artikel 6:104 BW toe om die schade te begroten. Dat was ook verdedigbaar: hier kon nog wel volgehouden worden dat als Naus de klanten niet bediend had, de maatschap dat had kunnen doen. Brunner meent in zijn noot bij het arrest dan ook dat de Hoge Raad hiermee artikel 6:104 BW als een dubbel vermoeden uitlegt: eerst het vermoeden dát schade is geleden en vervolgens het vermoeden dat die schade gelijkstaat aan de door de gedaagde behaalde winst.²¹ Op dat moment sloot de praktijk dus goed aan bij het schadevergoedingskarakter dat de minister in de tweede memorie van antwoord presenteert.

De meer winstgeoriënteerde gedachte won echter aan terrein met de in 2010 gewezen arresten *Doerga/Ymere* en *Setel/AVR*.²² In *Doerga/Ymere* had woningcorporatie Ymere moeite met het bewijzen van de precieze omvang van de schade die zij als gevolg van illegale onderverhuur door huurder Doerga leed. Aannemelijk was dat Ymere als gevolg van de wijdverbreide onderhuurpraktijk extra woningen zou moeten bouwen en in haar strijd tegen deze praktijk opsporingskosten had gemaakt en zou moeten maken. De precieze omvang van die kosten en de mate waarin die het gevolg zouden zijn van dit specifieke geval van onderhuur waren minder goed te duiden. Het beroep van Ymere op artikel 6:104 BW werd gehonoreerd en afdracht van de volledige winst (ontvangen onderhuur minus betaalde huur) werd toegewezen. Anders dan bij *Waeyen-Scheers/Naus* kan hier moeilijk worden volgehouden dat die schade best wel eens gelijk zou kunnen zijn aan die winst. Die twee bedragen hebben eigenlijk niets met elkaar te maken. Daar komt nog bij dat zelfs het argument dat de schade praktisch niet te

17 VV II Inv., *Parl. Gesch. Inv. Boek 6*, p. 1266.

18 MvA II Inv., *Parl. Gesch. Inv. Boek 6*, p. 1266-1267.

19 MvA I Inv., *Parl. Gesch. Inv. Boek 6*, p. 1270. Beide stukken zijn getekend door F. Korthals Altes (zie *Parl. Gesch. Inv.*, p. XVIII en XXII). Het verschil in benadering lijkt dus niet te wijten aan een wisseling in personeel.

20 *GS Schadevergoeding*, art. 6:104 BW, aant. 2. Zie ook conclusie A-G Spier, ECLI:NL:PHR:2010:BL9662 bij HR 18 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL9662, NJ 2015/33, m.nt. T. Hartlief (*Setel NV/AVR Holding NV*).

21 C.J.H. Brunner, annotatie bij HR 24 december 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1202, NJ 1995/421 (*Waeyen-Scheers/Naus*).

22 HR 18 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM0893, NJ 2015/32, m.nt. T. Hartlief (*Doerga/Ymere*); HR 18 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL9662, NJ 2015/33, m.nt. T. Hartlief (*Setel NV/AVR Holding NV*).

begroten zou zijn niet heel sterk is. Zoals Deurvorst terecht opmerkt zijn alle mogelijke kosten (opsporingskosten, gederfde huur, enz.) met wat moeite best concreet te berekenen.²³

In *Setel/AVR* is dezelfde loskoppeling waar te nemen. Het ging in deze zaak om twee telefoonmaatschappijen op de Antillen die vaste tarieven opgelegd hadden gekregen voor gesprekken die beginnen op het eigen netwerk en eindigen op het andere. Setel is verplicht 36 cent per minuut te betalen aan CT als het gesprek bij Setel begint en bij CT eindigt. In het omgekeerde geval is CT verplicht 15 cent per minuut te betalen aan Setel. Op enig moment laat Setel weten dat het voor gesprekken die beginnen op haar eigen netwerk en eindigen op dat van CT 21 cent per minuut méér dan gebruikelijk aan klanten in rekening zal brengen. AVR (cessionaris van CT's vermeende vordering) vordert schadevergoeding. Het Gerecht in eerste aanleg en het Gemeenschappelijk Hof van Justitie maken gebruik van artikel 6:104 BWNA om de schade te begroten. De Hoge Raad laat toepassing van dat artikel toe. Er is ook hier echter geen enkele reden om aan te nemen dat de kosten die CT in rekening heeft gebracht ertoe hebben geleid dat Setel eenzelfde (of zelfs maar een vergelijkbaar) bedrag kwijtraakte.

Hoewel de Hoge Raad in beide arresten in zijn *overwegingen* vasthoudt aan de gedachte dat de winst slechts een begroting van de schade is, neemt hij met zijn daadwerkelijke *beslissing* afstand van die karakterisering. Van Kogelenberg stelt dan ook terecht de vraag of dit niet een eerste stap is weg van de karakterisering als schadebegrotingsmaatstaf en naar een werkelijke winstafdracht.²⁴ Dat lijkt heel goed mogelijk. Maar als het gebruiken van winst als begrotingsmaatstaf voor schade niet meer overtuigt, rijst natuurlijk de vraag hoe het artikel wel geïnduid moet worden.

7.3.2 *Winstafdracht als preventiemaatregel*

Hoewel artikel 6:104 BW door de Hoge Raad nog altijd wordt gepresenteerd als begrotingsmaatstaf,²⁵ heeft de toepassing van dat artikel in de praktijk steeds minder met concreet geleden nadeel te maken. De vraag zou dan ook kunnen rijzen of dit niet, anders dan in hoofdstuk 2 verdedigd, een voorbeeld is van een remedie die ertoe strekt generale preventie te bewerkstelligen.²⁶ Waar schadevergoeding niet mogelijk is zou winstafdracht wellicht nog enig afschrikwekkend effect kunnen hebben. De gedachte is dat waar schadevergoeding zou worden afgewezen of te laag uit zou pakken om preventieve werking te hebben, de win-

23 Zij acht dat voor alle door Ymere aangevoerde schadeposten haalbaar. Zie Deurvorst 2010, p. 73-74.

24 Van Kogelenberg 2014, p. 845.

25 HR 18 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM0893, r.o. 3.7, *NJ* 2015/32, m.nt. T. Hartlief (*Doerga/Ymere*); HR 18 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL9662, r.o. 3.3.2, *NJ* 2015/33, m.nt. T. Hartlief (*Setel NV/AVR Holding NV*).

26 Zie bijv. Deurvorst 1994, p. 174 en Van Boom 2002, p. 93.

stafdracht die functie zou kunnen vervullen.²⁷ Hoewel deze duiding past binnen de invulling die momenteel aan het artikel wordt gegeven, kent zij twee problemen.

Ten eerste is het maar zeer de vraag of, als gedragssturing inderdaad het doel is, deze remedie haar eigen doel wel bereikt. Hoe afschrikwekkend is het om bij ontdekking van een onrechtmatige daad of wanprestatie de nettowinst²⁸ af te moeten dragen? Gelet op het feit dat de pakkans bijna nooit 100% is, zou een rationele actor juist doorgaan met het schenden van de norm. De winstafdracht doet zijn gehele winst slinken, maar wordt niet tot nihil gereduceerd. Tel daarbij op dat lang niet altijd duidelijk is wat winst is en wanneer artikel 6:104 BW überhaupt toegepast mag worden en de bepaling verliest nog meer aan afschrikwekkend karakter.²⁹ Het lijkt aannemelijker dat sturing van gedrag pas echt plaats zal vinden als bedragen hoger dan de winst zouden kunnen worden toegewezen of aan de sanctie publicitaire gevolgen verbonden worden.³⁰ De tekst en geest van artikel 6:104 BW bieden echter geen ruimte om de bepaling uit te laten te groeien tot een punitieve maatregel.³¹

Ten tweede is het de vraag of deze duiding op zichzelf de rechter voldoende steun biedt bij de beslissing al dan niet gebruik te maken van zijn discretionaire bevoegdheid winstafdracht toe te wijzen. De discretionaire bevoegdheid uit artikel 6:104 BW ontstaat als de gedaagde zich schuldig heeft gemaakt aan wanprestatie of onrechtmatige daad. Op het moment dat die bevoegdheid ontstaat, met andere woorden, staat al vast dat men te maken heeft met een gedaagde die een zekere vorm van laakbaar gedrag heeft vertoond. Het is goed denkbaar dat de rechter in een groot aantal gevallen gedrag zal willen sturen, maar het is eveneens duidelijk dat winstafdracht niet altijd past. Denk aan het bewust negeren van veiligheidsstandaarden binnen een bedrijf: dat is zonder meer laakbaar en idealiter worden de standaarden in de toekomst nageleefd, maar de werknemer die een eerstegraads brandwond oploopt heeft niet ineens een aanspraak op de winst gemaakt als gevolg van het nalaten van veiligheidsmaatregelen. Hij heeft recht op schadevergoeding. Willen we een duiding vinden die de rechter helpt in zijn beslissing, dan is de duiding als preventiemaatregel dus weinig behulpzaam.

Toegegeven, tegen dit punt zou nog ingebracht kunnen worden dat niet bedoeld is de winstafdracht toe te staan in alle gevallen, maar alleen in die gevallen

27 Zie Van Boom 2002, p. 93, 109. Overigens is dat voor Van Boom niet het enige criterium. Hij acht – net als hieronder verdedigd zal worden – winstafdracht met name gepast waar de geschonden norm het behalen van winst op deze wijze verbiedt: “Zo kan een verrijkingsafdracht het ‘falen’ van het schadevergoedingsrecht rechtzetten: daar waar vergoeding van concreet geleden vermogensschade als prikkel tot zorgvuldig gedrag stelselmatig tekortschiet, is soms het alternatief van daarbovenuit stijgende verrijkingsafdracht te verkiezen. Een aantal van deze gevallen treft men bijvoorbeeld aan in art. 6:106 BW. Iemand die in de boulevardpers beledigd is, kan binnen de grenzen van art. 106 aanspraak maken op vergoeding van zijn immateriële schade. Een krachtiger prikkel tot zorgvuldige journalistiek zou gelegen kunnen zijn in een verrijkingsafdracht.” Zie Van Boom 2002, p. 109 (verwijzingen uit origineel weggelaten – WThN). Zie daarover bijv. ook Schlechtriem 2001, p. 87 (Duitsland), en Edelman 2002, p. 216 en Davies & Virgo 2013, p. 648, 806 (Engeland). Wat mij betreft is dat een iets te ruimhartige lezing van het relativiteitsvereiste. Het feit dat de norm strekt tot het voorkomen van onrechtmatige winsten betekent mijns inziens niet ineens dat de remedie een instrument tot handhaving in de brede zin van het woord wordt.

28 Wat het uitgangspunt is, zie L.v.Antw. II Inv., *Parl. Gesch. Inv. Boek 6*, p. 1269; HR 18 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL9662, *NJ* 2015/33, m.nt. T. Hartlief (*Setel NV/AVR Holding NV*).

29 Meurkens 2017, p. 258.

30 Zie hierover Meurkens 2017, p. 258. Molengraaff erkende al in 1887 de noodzaak na te denken over andere remedies dan de schadevergoeding als repressie voor oneerlijke concurrentie. Zie Molengraaff 1887, p. 412-419.

31 HR 18 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM0893, r.o. 3.6, *NJ* 2015/32, m.nt T. Hartlief (*Doerga/Ymere*). Zie ook Meurkens 2017, p. 258.

waarin van schadevergoeding weinig preventieve werking kan worden verwacht. Het staat weliswaar niet met zoveel woorden in de arresten van de Hoge Raad, maar een dergelijk subsidiair karakter zou nog wel kunnen worden afgeleid uit de opmerking van de Hoge Raad dat de rechter “met name gebruik zal willen maken” van zijn in artikel 6:104 BW vervatte bevoegdheid als schade lastig te bewijzen is.³² Het vreemde aan die gedachte is echter dat de toepassing op die manier afhankelijk wordt gemaakt van bewijsproblematiek en niet van de laakbaarheid van gedrag. Bij een vordering gericht op gedragssturing ligt dat laatste echter meer voor de hand. Deze subsidiaire benadering zou de toepassing van artikel 6:104 BW bovendien een tamelijk arbitrair karakter geven en zou ertoe kunnen leiden dat toepassing zowel mogelijk wordt in gevallen waar gedragssturing niet het primaire doel is als onmogelijk wordt in gevallen waar dat wel het geval is.

7.3.3 Winstafdracht bij inbreuk op exclusieve rechten

7.3.3.1 EEN WIJDVERBREIDE GEDACHTE ...

Tot slot is er dan de wijdverbreide gedachte dat de winstafdracht een vordering is die vooral goed past bij inbreuken op exclusieve rechten. In zijn nog voor de invoering van het Nieuw BW gevoerde pleidooi voor erkenning van de winstafdracht, ging Hermann er al van uit dat die vordering beperkt moest worden tot inbreuken op exclusieve rechten en parasiteren op bedrijfsresultaten.³³ Die gedachte is vaak terug te zien: het verzoek van de commissie om aan het Ontwerp Meijers een vordering tot winstafdracht toe te voegen kwam voort uit de behoefte inbreuken op exclusieve rechten anders te sanctioneren,³⁴ de rechtspraak aangaande artikel 6:104 BW heeft vaak betrekking op geschillen waar exclusieve rechten bij betrokken zijn³⁵ en de enige gevallen van ‘echte’ winstafdracht in het Nederlandse recht zijn te vinden in het IE-recht³⁶ –het rechtsgebied dat zich bezighoudt met exclusieve rechten op voortbrengselen van de geest.

Ook in het buitenland wordt zo wel tegen winstafdrachten aangekeken. Duitsland kent geen algemene winstafdrachtsvordering voor *onrechtmatig gedrag*, maar binnen het algehele verrijktingsrecht bestaan twee acties die daar in meer of mindere mate mee vergelijkbaar zijn. Een eerste voorbeeld is de oneigenlijke zaakwaarneming. In het Duitse recht is het mogelijk een vordering uit ongerechtvaardigde verrijking in te stellen jegens iemand die zonder toestemming de zaken

32 HR 18 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM0893, r.o. 3.6, NJ 2015/32, m.nt T. Hartlief (*Doerga/Ymere*).

33 Hermann 1970, p. 5.

34 VV II Inv., *Parl. Gesch. Inv. Boek 6*, p. 1266. Al duidt de minister zijn uiteindelijke voorstel uitdrukkelijk als een bepaling die ook toegepast kan worden bij schendingen van zorgplichten, zie *MvA II Inv., Parl. Gesch. Inv. Boek 6*, p. 1266-2167.

35 Zie bijv. de zaken over onderhuur: HR 18 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM0893, NJ 2015/32, m.nt T. Hartlief (*Doerga/Ymere*); HR 17 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1229, RvdW 2016/717 (*Ymere/Een arts*); Hof 's-Hertogenbosch 28 februari 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BV7721 (*X/Stichting Trudo*); Hof Arnhem 13 november 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BY4601 (*X/Stichting Eigen Haard*); Hof Amsterdam 28 januari 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:222 (*Particuliere verhuurder/Huurder*); Hof Den Haag 15 augustus 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:2197, NJF 2017/455; Rb. 's-Gravenhage 16 februari 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BQ3506; Rb. Amsterdam 5 februari 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:3567; Rb. Amsterdam 22 januari 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:275. Ten aanzien van oneerlijke concurrentie: HR 18 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL9662, NJ 2015/33, m.nt. T. Hartlief (*Setel NV/AVR Holding NV*); Hof 's-Hertogenbosch 9 juni 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:2080.

36 Zie bijv. art. 27a Aw, art. 70 ROW 1995, art. 2.21 lid 4 BVIE.

van de eiser heeft waargenomen voor eigen gewin.³⁷ Het praktische bereik van deze vordering is beperkt, omdat sprake moet zijn van opzettelijke inmenging voor eigen gewin, zodat hier geen algemene vordering tot winstafdracht op te stoelen valt.³⁸ Vergelijkbaarder is de *Eingriffskondiktion*. De *Eingriffskondiktion* biedt een aanspraak uit ongerechtvaardigde verrijking waar sprake is van de aantasting (*Eingriff*) van een beschermde rechtspositie. Bepalend is niet of deze positie door § 823 BGB beschermd wordt of dat schending laakbaar is, maar of de aangetaste rechtspositie *Zuweisungsgehalt* heeft.³⁹ De gedachte is dat bepaalde voordelen door de rechtsorde worden toegeschreven aan bepaalde personen en dat een winstafdracht gepast is waar ze bij de verkeerde persoon zijn beland. Dat is meestal het geval als sprake is van het trekken van voordeel uit exclusieve – of in ieder geval met bevel en verbod beschermde – rechten door een ander dan de rechthebbende.⁴⁰ Hoewel dit strikt genomen een ongerechtvaardigde verrijking actie betreft, ligt de actie wel dicht tegen delictuele aansprakelijkheid aan. Interessant is dan ook dat de Duitse actie die het meest lijkt op winstafdracht wegens onrechtmatige daad sterk aansluiting zoekt bij exclusieve rechten.

Ook het Engelse recht vertoont een zekere hang naar de inbreuk op een exclusief recht als basis voor winstafdracht. Ten eerste kent ook het Engelse recht de winstafdracht voor inbreuken op IE-rechten.⁴¹ Ten tweede kan de gedaagde worden veroordeeld tot betaling van een zekere vergoeding voor het hebben mogen maken van (i) inbreuken op eigendomsrechten⁴² en (ii) wanprestaties in overeenkomsten waar sprake is van een *property or analogous right*.⁴³ Deze remedie staat bekend als *negotiating damages* en is in de kern een vergoeding gebaseerd op wat partijen overeengekomen zouden zijn om de inbreuk of wanprestatie toe te staan.⁴⁴ Hoewel *negotiating damages* strikt genomen door het Supreme Court als compensatoire maatregel worden gepresenteerd,⁴⁵ zijn zij wel vaak geduid als restitutiemaatregel.⁴⁶ Een overkoepelende theorie zoals de *Zuweisungstheorie* bestaat in het Engelse recht niet, maar het is in ieder geval opvallend dat ook daar de aanwezigheid van een exclusief recht vaak als voorwaarde gezien wordt voor winstafdracht en daar nauw aan verwante remedies.

37 § 687 II jo. § 681 jo. § 667 BGB. Een gedachte afkomstig uit het Romeinse recht, die in Nederland als zodanig geen wortel heeft geschoten (*TM, Parl. Gesch. Boek 6*, p. 709); in Nederland worden deze gevallen normaliter geduid als vorderingen uit ongerechtvaardigde verrijking, zie Zwolve 1995, p. 158-159.

38 Schäfer 2020, randnummers 10-12.

39 Schwab 2020, randnummers 287-296.

40 *Ibid.* randnummer 289. Dat is evenwel niet voldoende, zie *ibid.* randnummer 290.

41 S. 61(1)(d) Patents Act 1977; s. 96(2), 229(2), en 1911(2) Copyrights, Designs and Patents Act 1988; *Edelsten v. Edelsten* (1863) 1 De GJ & SM 185; *Slazenger & Sons v. Spalding & Bros* [1910] 1 Ch 257; *Lever v. Goodwin* (1887) 36 Ch D 1; *My Kinda Town Ltd v. Soll* [1982] FSR 147.

42 *Burrows* 2019, p. 329-331; *Wrotham Park Estate v. Parkside Homes* [1974] 1 WLR 798.

43 *Morris-Garner and another (Appellants) v. One Step (Support) Ltd (Respondent)* [2018] UKSC 20.

44 Zie hierover Van Kogelenberg 2018.

45 *Morris-Garner and another (Appellants) v. One Step (Support) Ltd (Respondent)* [2018] UKSC 20. Dat onderscheid doet er overigens niet heel erg toe, omdat ten aanzien van deze maatregel kan worden gesteld dat waarmee de gedaagde is verrijkt (een bevoegdheid die hij niet had) en waar de eiser mee is verarmd (het verlies van een recht dat hij had) aan elkaar gelijk zijn. Zie in deze zin ten aanzien van het Duitse recht Raue 2017, p. 283, 460-468).

46 Zie bijv. *Burrows* 2013, p. 1299.

7.3.3.2 ... DIE NERGENS EEN VOLLEDIGE VERKLARING KAN GEVEN

Toch is de focus op inbreuken op exclusieve rechten te beperkt. Zelfs als we – in de geest van artikel 6:104 BW en anders dan bij de *Eingriffskondition* – het toepassingsbereik beperken tot *onrechtmatige* inbreuken op exclusieve rechten en zelfs als we illegale onderhuur kwalificeren als inbreuk op een eigendomsrecht, dan valt nog altijd een deel van de Nederlandse praktijk buiten de boot. Het artikel is bijvoorbeeld toegepast op een schending van een non-concurrentiebeding,⁴⁷ onrechtmatig gebruik van bedrijfsgeheimen,⁴⁸ de schending van vergunningsvoorwaarden,⁴⁹ en het onrechtmatig verkopen van melkquota.⁵⁰ Geen van deze onrechtmatige handelingen kwalificeert naar de heersende mening als inbreuk op een exclusief recht.

Ook in Duitsland en Engeland is winstafdracht mogelijk in gevallen waar wel sprake is van onrechtmatig gedrag, maar niet van een inbreuk op een exclusief recht. In Duitsland is winstafdracht mogelijk waar de debiteur winst maakt door een aan de crediteur verkochte zaak snel aan een ander te verkopen⁵¹ en waar een bestuurder winst maakt door te concurreren met de vennootschap.⁵² In Engeland gaat de winstafdracht verder: afdracht is in zeldzame gevallen mogelijk voor wanprestatie⁵³ en bij schendingen van *fiduciary duties*.⁵⁴ In die gevallen heeft het slachtoffer geen exclusieve aanspraak, maar wordt toch een winstafdracht mogelijk geacht. Wil men de toepassing van artikel 6:104 BW van theoretische duiding en richting voorzien, dan moet dus een meer genuanceerde theorie worden gezocht.

7.4 Het onderling betere recht op winst

7.4.1 *Een combinatie van inzichten*

Wat opvalt aan zowel de Nederlandse praktijk als aan die van het buitenland is dat hoewel de inbreuk op het exclusieve recht niet het enige voorbeeld is waarin winstafdracht mogelijk is, het vaak wel gaat om gevallen die daar nauw aan verwant zijn. De voornaamste toepassingen van winstafdracht zijn te vinden bij in-

47 HR 24 december 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1202, NJ 1995/421, m.nt. C.J.H. Brunner (*Waeyen-Scheers/Naus*).

48 Hof 's-Hertogenbosch 9 juni 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:2080.

49 HR 18 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL9662, NJ 2015/33, m.nt. T. Hartlief (*Setel NV/AVR Holding NV*).

50 Bijv. Hof Arnhem 13 november 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BY4601; Hof Arnhem-Leeuwarden 24 januari 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:484; Rb. Rotterdam 23 juni 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:4740.

51 § 285 BGB; Emmerich 2019, randnummer 1.

52 § 61, § 113 HGB; § 88 AktG.

53 Burrows breekt een lans voor bredere beschikbaarheid (Burrows 2019, p. 359), maar toepassing lijkt vooralsnog beperkt. Burrows zelf noemt slechts twee succesvolle vorderingen tot winstafdracht voor wanprestatie: *Attorney General v. Blake* [2000] UKHL 45, [2001] 1 AC 268; *Esso Petroleum Co Ltd v. Niad* [2001] All ER (D) 324 (Nov), zie Burrows 2019, p. 356-359.

54 Zie Burrows 2019, p. 525. Zie ook Smith 2014.

breuken op IE-rechten en gebruikmaking van andermans eigendom.⁵⁵ Bovendien valt op dat als het niet gaat om een exclusief recht, het toch vaak gaat om rechten of posities die daar sterk aan doen denken. Een voorbeeld is de winstafdracht bij het gebruik van bedrijfsgeheimen:⁵⁶ zeker voor de invoering van de Wet bescherming bedrijfsgeheimen kwalificeerden die niet als exclusieve rechten,⁵⁷ maar het beschermingsbereik heeft daar wel veel van weg.⁵⁸

Kennelijk hebben absolute rechten dus iets wat ze bijzonder geschikt maakt als grondslag voor een vordering tot winstafdracht. Daargelaten dat de *Eingriffskondiktion* een actie uit ongerechtvaardigde verrijking is, geeft de in dat kader ontwikkelde *Zuweisungstheorie* daar wel een goede verklaring voor. In sommige gevallen is het nu eenmaal aan één partij voorbehouden uit een bepaald goed winst te trekken.⁵⁹ Waar bij sommige schendingen rechtsherstel het best bereikt kan worden door de door het slachtoffer geleden schade te vergoeden, wordt rechtsherstel in andere gevallen beter bereikt door te bewerkstelligen dat de reeds behaalde winst komt te liggen bij de persoon die ten aanzien daarvan beter gerechtigd was. De normen die exclusieve rechten beschermen zijn daar een voorbeeld van. Toch is dat niet het hele verhaal van de winstafdracht.

Een belangrijke groep gevallen waarin winstafdracht mogelijk is zonder dat een exclusief recht geschonden is, is die van de oneerlijke concurrentie door werknemers of bestuurders. Dit geval is een van de eerste toepassingen van artikel 6:104 BW⁶⁰ en in zowel Engeland als Duitsland kan een vennootschap met succes afdracht van de door een bestuurder in strijd met zijn verplichtingen tegenover de vennootschap behaalde winst vorderen.⁶¹ In deze gevallen is uiteraard geen sprake van een inbreuk op een exclusief recht. Toch kan in die gevallen wel een vergelijkbare gedachte aan de winstafdracht ten grondslag worden gelegd: het is niet zo dat de vennootschap een exclusief recht op de winst had, maar wel dat het de werknemer in het bijzonder verboden was die winst te behalen. In Engeland wordt hier een interessante fictie voor gebruikt. Een bestuurder is een bijzondere vertrouweling van de vennootschap: een *fiduciary*.⁶² *Fiduciaries* zijn personen die op basis van hun positie of bepaalde afspraken bijzonder vertrouwd worden door een ander en om die reden een plicht van trouw jegens die ander

55 In de vorm van illegale onderhuur, om precies te zijn, zie sinds 2010: HR 18 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM0893, *NJ* 2015/32, m.nt. T. Hartlief (*Doerga/Ymere*); HR 17 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1229, *RvdW* 2016/717 (*Ymere/Een arts*); Hof 's-Hertogenbosch 28 februari 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BV7721 (*X/Stichting Trudo*); Hof Arnhem 13 november 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BY4601 (*X/Stichting Eigen Haard*); Hof Amsterdam 28 januari 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:222 (*Particuliere verhuurder/Huurder*); Hof Den Haag 15 augustus 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:2197, *NJF* 2017/455; Rb. 's-Gravenhage 16 februari 2011, ECLI:NL:RBGR:2011:BQ3506; Rb. Amsterdam 5 februari 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:3567; Rb. Amsterdam 22 januari 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:275.

56 Hof 's-Hertogenbosch 9 juni 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:2080.

57 Het karakter van het bedrijfsgeheim als 'vermogensrecht' onder de Wet bescherming bedrijfsgeheimen is niet geheel duidelijk. Enerzijds laat de wetgever de vermogensrechtelijke status nadrukkelijk achterwege (*Kamerstukken II* 2017/18, 34821, nr. 3, p. 4), anderzijds doen de beschikbare maatregelen in hoofdstuk 3 van de wet wel sterk aan exclusieve rechten denken.

58 Zie bijv. de reeks aan ge- en verbodsacties in art. 6 Wet bescherming bedrijfsgeheimen.

59 Overigens ontstaat natuurlijk wel een discussie over in hoeverre het goed voordelen toewijst; welke voordelen vallen er nu wel en niet onder? Zie bijv. Van Nispen 2010, p. 344-346. Zie ook Van Nispen 2018, p. 45. Zie verder § 7.4.3.

60 HR 24 december 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1202, *NJ* 1995/421, m.nt. Brunner (*Waeyen-Scheers/Naus*).

61 In Duitsland kan dat middels het *Eintrittsrecht* (§ 61, § 113 HGB; § 88 AktG. Hoewel die terminologie suggereert dat de vennootschap in de plaats van het bestuurslid treedt, is het in wezen slechts een aanspraak op de door de bestuurder behaalde voordelen. Zie Raue 2017, p. 405. In Engeland kan dat op basis van de *equitable wrong* van *breach of fiduciary duty* (zie Conaglen 2020, p. 194-195; Davies & Virgo 2013, p. 806).

62 Conaglen 2020, p. 146.

hebben.⁶³ Om aan die gedachte uiting te geven, wordt een *fiduciary* geacht alle in strijd met de *fiduciary duty* behaalde winst te hebben behaald voor de principaal.⁶⁴ De passende remedie is dan dat de principaal winstafdracht kan voorderen.⁶⁵

In deze benaderingen wordt gebruikgemaakt van een fictie. Natuurlijk was de winst die de eiser niet had kunnen behalen niet altijd al aan hem toebedeeld en uiteraard is een onbetrouwbare bestuurder niet ‘eigenlijk’ bezig zijn vennootschap te verrijken. Maar die ficties zeggen wel veel over waarom winstafdracht in dit soort gevallen mogelijk moest zijn. Beide redeneringen vertrekken vanuit de verdeling zoals die is ná de normschending. In beide gevallen wordt het feit dat winst is behaald als een gegeven beschouwd⁶⁶ en wordt de aandacht verlegd naar wie van die twee partijen de beter gerechtigde is. Bij inbreuken op exclusieve rechten is dat antwoord snel gevonden: de rechthebbende is tegenover de hele wereld gerechtigd voordeel uit zijn goed te trekken en heeft dus ook tegenover de gedaagde een beter recht. In gevallen zoals die van de zojuist beschreven oneerlijke concurrentie heeft de eiser weliswaar niet tegenover de hele wereld een recht op de behaalde voordelen, maar heeft hij dat tegenover de gedaagde wel. In beide gevallen kan de eiser in de onderlinge verhouding een beter recht op de winst doen gelden dan de gedaagde.

Zo bezien is steeds bepalend of de norm enerzijds en het geschonden recht anderzijds er in samenspel toe strekken eventuele winsten aan één partij te laten. Daarmee is de essentiële exercitie er één in relativiteit:⁶⁷ was het de gedaagde tegenover eiser verboden *deze* winsten op *deze wijze* te behalen? Dat strookt ook met de toepassing van het relativiteitsvereiste bij een schadevergoedingsactie wegens onrechtmatige daad: een verplichting tot schadevergoeding bestaat alleen, wanneer de geschonden norm strekt tot bescherming tegen de schade zoals de benadeelde die heeft geleden. Niet iedere normschending leidt tot schadevergoeding. En waarom zou het anders zijn bij winstafdracht? Niet iedere norm verbiedt de geadresseerde winst te behalen en winstafdracht is dan ook niet altijd gepast.

Strekte de zorgvuldigheidsnorm in het *Kelderluik*-arrest ertoe te voorkomen dat Coca-Cola arbeidskosten zou besparen? Uiteraard niet: die norm strekte ertoe te voorkomen dat voorbijgangers onnodig schade zou worden berokkend. Strekt de norm die hinder verbiedt ertoe te voorkomen dat de ene buur winst maakt? Natuurlijk niet: die norm strekt ertoe de andere buur in een drukke samenleving zo ongestoord mogelijk van zijn woning te laten genieten.⁶⁸ Anders ligt dat echter bij illegale onderhuur en schending van een non-concurrentiebeding. Wie is verboden de woning onder te verhuren is tegenover de eigenaar verboden winsten te behalen. Wie belooft niet te concurreren met zijn werkgever kan niet alsnog concurreren en beweren dat de gemaakte winst hem toekomt: *tegenover de werk-*

63 *Ibid.* p. 151.

64 Davies & Virgo 2013, p. 806.

65 Conaglen 2020, p. 194; *Industrial Development Consultants Ltd v. Cooley* [1972] 1 W.L.R. 443, p. 454.

66 Let op; daarmee wordt niet bedoeld dat de normschending wordt ‘goedgekeurd.’ Vroeger werden *restitutory remedies* in de *common law* ook wel geschaard onder de categorie ‘waiver of tort’. Die kwalificering heeft men inmiddels losgelaten, omdat niet de indruk gewekt moest worden dat de *tort* (onrechtmatige daad) zélf goedgekeurd was.

67 Zie in vergelijkbare zin Van Boom 2002, p. 82, 110.

68 Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/127.

gever had hij zich verbonden deze winst alleen te behalen voor die werkgever en niet voor zichzelf. In dit soort gevallen biedt winstafdracht een beter rechtsherstel dan schadevergoeding.

Behalve dat deze redenering de huidige praktijk rondom artikel 6:104 BW kan verklaren – waarover hieronder meer – heeft zij nog twee voordelen. Ten eerste kan de weinig overtuigende gedachte dat de winstafdracht een vergoeding van nadeel zou zijn worden losgelaten. De winst is gecreëerd met de normschending en zou in afwezigheid daarvan nooit hebben bestaan. Het zal niet vaak voorkomen dat de eiser hard kan maken dat als de gedaagde die winsten niet had gemaakt, hij ze zou hebben gemaakt. In plaats daarvan kan men de huidige stand van zaken als uitgangspunt nemen en de vraag stellen hoe de tussen eiser en gedaagde ontstane verstoring van de verhouding hersteld kan worden. Als de geschonden norm de eiser in onderlinge verhouding een beter recht geeft op de behaalde winst, dan is de aangewezen route voor rechtsherstel de afdracht van die winst.

Tegelijkertijd – en dat is het tweede voordeel – blijft het wel mogelijk deze vordering, die niets met schade en nadeel te maken heeft, toch te plaatsen in het herstelgerichte paradigma van titel 6.1.10 BW. Hoewel niet de situatie zoals die bestond *voor* de normschending wordt hersteld, wordt de situatie zoals die bestaat *na* de normschending wel zo veel mogelijk in lijn gebracht met een rechtmatige stand van zaken. Strekt de norm er (tevens of uitsluitend) toe te beschermen tegen schade, dan stellen we de vraag wat er zou zijn gebeurd als de norm niet was geschonden. Maar strekt de norm er (tevens of uitsluitend) toe te garanderen dat slechts één partij mag proberen winst te behalen, dan ligt het meer voor de hand te vragen welk bedrag afgedragen moet worden om aan die positie zo veel mogelijk recht te doen.⁶⁹ In plaats van feitelijk herstel wordt, met andere woorden, rechtsherstel bewerkstelligd.

Daarmee verschilt de winstafdracht niet eens zo veel van de schadevergoedingsvordering. Hoewel uitgangspunt is dat de eiser met schadevergoeding moet worden gebracht in de positie waarin hij zou hebben verkeerd als de normschending niet had plaatsgevonden, gaat dat niet zozeer over het *terugbrengen* in een bepaalde situatie, maar om het alsnog verschaffen waar hij recht op heeft. Als A verplicht is de auto van B niet te beschadigen en hij doet dat toch, dan ligt het vergoeden van de waardedaling voor de hand.⁷⁰ Die verandering mag best als uitgangspunt gelden; de vraag is of de normschending een voldoende basis biedt om de schade te verschuiven van A naar B. De winstafdracht kan op deze manier eenzelfde structuur volgen, maar dan spiegelbeeldig.

69 Vroeger werd in Engeland wel de terminologie ‘waiver of tort’ gebezigd. Een van de mogelijke verklaringen daarvoor is dat de eiser met dit instrument als het ware het gedrag van de gedaagde overnam en de vruchten daarvan kon plukken (zie Birks 1988, p. 315-316). Die terminologie is losgelaten, omdat de betekenis ervan niet volledig zuiver was; de onrechtmatige daad werd niet daadwerkelijk ‘goedgekeurd’ (zie Burrows 2009, p. 643). Naar huidig recht is een vergelijkbare benadering waar te nemen waar het gaat om *negotiating damages* (Engels recht, zie *Morris-Garner and another (Appellants) v. One Step (Support) Ltd (Respondent)* [2018] UKSC 20), de *übliche Lizenzgebühr* (Duits recht, zie Raue 2017, p. 284) en de licentievergoeding bij inbreuken op, bijvoorbeeld, het persoonlijkheidsrecht (Nederlands recht, zie bijv. Rb. Amsterdam 6 september 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:6395, *NJF* 2017/437 (*Max Verstappen/Picnic*)).

70 HR 13 december 1963, ECLI:NL:HR:1963:61, *NJ* 1964/449, m.nt. G.J. Scholten (*Schreuder/Driesten*).

7.4.2 *Het onderling betere recht in de praktijk*

Tot dusver heb ik de winstafdracht vooral op theoretische gronden als zelfstandige remedie neergezet. Of deze abstracte gedachte van pas kan komen bij het geven van toepassing aan artikel 6:104 BW, hangt in grote mate ervan af of zij de huidige praktijk kan verklaren. Hieronder leg ik uit hoe de gedachte eenvoudig aansluit bij de typische winstafdrachtzaak (§ 7.4.2.1), handvatten geeft de huidige praktijk te bekritisieren (§ 7.4.2.2), en de potentie heeft ook in moeilijkere gevallen het toepassingsbereik van de winstafdracht te sturen (§ 7.4.2.3). Conclusie zal zijn dat winstafdracht in die moeilijkere gevallen vaak mogelijk is, maar dat een correctie aangebracht moet worden op de omvang van de winstafdracht. Het bepalen van de omvang is onderwerp van paragraaf 7.4.3.

7.4.2.1 ZAKEN WAAR WINSTAFDRACHT MOGELIJK IS EN DAT MOET BLIJVEN

Het meest voorkomende geval van winstafdracht in de lagere rechtspraak sinds 2010, is dat van illegale onderhuur.⁷¹ Winstafdracht is hier eigenlijk weinig controversieel. Hoewel de grondslag van de vordering wanprestatie is, levert het gedrag ook een inbreuk van het eigendomsrecht op. Immers, gebruik is slechts toegestaan als huurder, niet als onderverhuurder. De norm die voorschrijft alleen met toestemming gebruik te maken van de eigendom strekt er juist toe dat het aan de eigenaar is of en in hoeverre winst gemaakt wordt met de woning. Het maken van winst met die woning is de huurder, met andere woorden, *tegenover de eigenaar* verboden. Handelt hij daarmee in strijd, dan komt die winst aan de eigenaar toe. Het feit dat de eigenaar die winst zelf niet zou hebben behaald of niet had mogen behalen (zoals bij woningcorporaties het geval is⁷²) doet er dan niet meer toe: in de onderlinge verhouding heeft de eigenaar het betere recht. En zelfs als de vordering enkel wordt gestoeld op de wanprestatie kan dit resultaat worden bereikt: een onderverhuurverbod strekt er onder meer toe de huurder *tegenover de eigenaar* te verbieden winst te trekken uit de woning. Het handelen in strijd met die relatieve plicht geeft aanleiding tot winstafdracht.

Bijkomend voordeel van deze redenering is dat niet langer gesteggeld hoeft te worden over de vraag of de eigenaar deze winst wel behaald zou kunnen hebben. In *Doerga/Ymere* was dat bijvoorbeeld een punt van discussie omdat Ymere als woningcorporatie nooit de hoge huur die Doerga ontving had mogen rekenen, maar eigenlijk is dat altijd problematisch. Bij vaststelling van schadevergoeding moet immers het werkelijke scenario niet vergeleken worden met een scenario waarin de eigenaar zelf een beter betalende huurder had kunnen zoeken, maar met het scenario waarin geen verboden onderhuur had plaatsgevonden. Tenzij

71 Zie bijv. HR 18 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM0893, *NJ* 2015/32, m.nt T. Hartlief (*Doerga/Ymere*); HR 17 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1229, *RvdW* 2016/717 (*Ymere/Een arts*); Hof 's-Hertogenbosch 28 februari 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BV7721 (*X/Stichting Trudo*); Hof Arnhem 13 november 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BY4601 (*X/Stichting Eigen Haard*); Hof Amsterdam 28 januari 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:222 (*Particuliere verhuurder/Huurder*); Hof Den Haag 15 augustus 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:2197, *NJF* 2017/455; Rb. 's-Gravenhage 16 februari 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BQ3506; Rb. Amsterdam 5 februari 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:3567; Rb. Amsterdam 22 januari 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:275.

72 Een van de twistpunten in HR 18 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM0893, *NJ* 2015/32, m.nt T. Hartlief (*Doerga/Ymere*).

duidelijk is dat de huurder de huur dan zelf opgezegd zou hebben, is dat hypothetische scenario voor wat betreft de vermogenspositie van de eigenaar identiek aan het werkelijke: hij ontvangt maandelijks de huur van zijn huurder. Voordeel van de hier verdedigde opvatting is dat de vraag of die winsten in afwezigheid van de normschending door de eigenaar behaald zouden zijn niet meer gesteld hoeft te worden. Het feit dat winst behaald is, mag worden beschouwd als een gegeven. De enige vraag is of de norm die is geschonden, maakt dat de ene partij (Ymere) er een betere aanspraak op heeft dan de andere (Doerga). Dat is hier zonder meer het geval. Het was Doerga *tegenover* Ymere verboden deze winst te maken. Het zou Ymere weliswaar publiekrechtelijk verboden zijn die winst te maken, maar dat doet in haar relatie tot Doerga niet ter zake.

Met deze redenering kan bovendien een vreemde lijn in de rechtspraak hersteld worden. In de lagere rechtspraak wordt wel de eis gesteld dat de eiser enige vorm van schade aannemelijk maakt: de heersende uitleg van artikel 6:104 BW dicteert immers dat het hier gaat om ‘schadevergoeding’.⁷³ Toepassing van deze regel leidt tot inconsistente resultaten: waar een particulier die kon aantonen dat hij een werknemster had die een deel van haar tijd had besteed aan het opsporen van illegale onderhuur zijn beroep op artikel 6:104 BW zag slagen,⁷⁴ hadden particulieren die dat niet konden aantonen het nakijken.⁷⁵ Gelet op het feit dat ook die eerste particulier een bedrag toegewezen krijgt dat veel hoger ligt dan zijn concrete schade, lijkt dit verschil in uitkomst lastig te billijken. Waarom kan iemand die misschien een uurtje heeft besteed (of heeft laten besteden) aan het opsporen van illegale onderhuur wel de volle winst vorderen en een ander niet?⁷⁶ Nemen we de theorie van de beter gerechtigde als grondslag voor de winstafdracht, dan wordt in al deze gevallen hetzelfde resultaat bereikt: in onderlinge verhouding is de eigenaar de beter gerechtigde ten aanzien van de winst.

Ook de gevallen van oneerlijke concurrentie zijn eenvoudig te verklaren. Neem het arrest van het hof 's-Hertogenbosch van 9 juni 2015 hierover.⁷⁷ Een medewerker van een houtverwerkingsbedrijf heeft op enig moment samen met de gedaagde een v.o.f. opgericht. De werknemer heeft in strijd met zijn geheimhoudingsplicht bedrijfsgeheimen aan de v.o.f. en aan gedaagde verstrekt. Gedaagde handelt sinds 2009 alleen. Het houtverwerkingsbedrijf vordert nu winstafdracht, dan wel schadevergoeding voor misgelopen winst. Het hof wijst de winstafdracht toe: het deel van de winst dat wordt geacht te zijn behaald als gevolg van gebruik van de bedrijfsgeheimen (in dit geval: klantgegevens) leent zich voor afdracht op grond van artikel 6:104 BW.⁷⁸ Bedrijfsgeheimen zijn geen exclusieve IE-rechten; de bescherming geschiedt via zorgvuldigheidsnormen ten

73 Hof Amsterdam 28 januari 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:222, r.o. 3.4.4; Rb. Amsterdam 5 februari 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:3567.

74 Rb. Amsterdam 5 februari 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:3567.

75 Hof Amsterdam 13 september 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:3741; Rb. Utrecht 28 maart 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BW0572.

76 Deze kritiek is al eerder geuit door Jaap Spier, zie concl. A-G J. Spier, ECLI:NL:PHR:2010:BL9662, punt-par. 4.9.2 bij HR 18 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL9662, *NJ* 2015/33, m.nt. T. Hartlief (*Setel NV/AVR Holding NV*); Spier 1994, p. 90-91.

77 Hof 's-Hertogenbosch 9 juni 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:2080.

78 *Ibid.* r.o. 9.5-9.6.

aanzien van geheime gegevens.⁷⁹ In die normstelling zit echter iets bijzonders. Anders dan bij bijvoorbeeld een gevaarzettings situatie is het gebod niet alleen ‘berokken een ander geen schade’ maar ook ‘gebruik andermans geheimen niet voor eigen gewin’.⁸⁰ Een winstafdracht is in dit soort gevallen goed verdedigbaar.

7.4.2.2 ZAKEN WAAR WINSTAFDRACHT MOGELIJK IS, MAAR DAT NIET ZOU MOETEN ZIJN

De gedachte van de onderling betere aanspraak geeft ook aanleiding de huidige benadering van de Hoge Raad te bekritisieren. De Hoge Raad heeft in *Setel/AVR* winstafdracht mogelijk geacht in een geval waarin geen onderling winstverbod bestond en waar de geschonden norm in het bijzonder op schade gericht is. Dit lijkt een geval waar concrete schadeberekening (eventueel door schatting) gepaster was geweest. Ter herinnering: het ging hier om het geval waarin één telecom-aanbieder (Setel) in strijd met zijn vergunning hogere kosten ging rekenen voor gesprekken die op het eigen netwerk beginnen, maar op het vreemde eindigen. Onder toepassing van de correctie Langemeijer werd de aanbieder hier aansprakelijk gehouden voor schade van de ander (CT, later AVR). Omdat schade lastig te berekenen was, werd deze begroot aan de hand van de door Setel behaalde winst.⁸¹

Dit resultaat is lastig te rechtvaardigen. Juist toepassing van de correctie Langemeijer zou bloot moeten leggen waarom dit geval zich eigenlijk slecht leent voor winstafdracht. De correctie schrijft voor dat waar de schending van een publiekrechtelijke norm *niet* strekt ter bescherming van slachtoffers, deze schending *an sich* wel een factor kan zijn bij het vinden van een zelfstandige zorgvuldigheidnorm.⁸² Die nieuwgevonden zorgvuldigheidnorm strekt er dan toe te beschermen tegen *schade*. En dat is de crux in deze zaak: de nieuwgevonden zorgvuldigheidnorm verbood Setel niet om winst te maken, maar om schade te berokkenen. De betere oplossing in dit geval zou zijn geweest de schade zo veel mogelijk concreet te berekenen en desnoods te schatten. Net als in *Doerga/Ymere* was dat met de getroosting van wat moeite waarschijnlijk best mogelijk geweest. Anders dan in *Doerga/Ymere*, echter, is een schadevergoedingsvordering ook het *enige* waar CT (AVR) aanspraak op zou moeten kunnen maken. Een relatief winstverbod bestond niet.

7.4.2.3 ZAKEN WAAR WINSTAFDRACHT TWIJFELACHTIG IS, MAAR ONDER VOORWAARDEN MOGELIJK ZOU MOETEN ZIJN

De idee van de onderling betere aanspraak biedt aldus een grondslag om de toepassing in het gros van de gevallen te rechtvaardigen, maar biedt eveneens de

79 In 2015 geschiedde dat nog via het ongeschreven recht. Inmiddels zijn deze zorgvuldigheidsplichten nauwkeuriger omschreven in de Wet bescherming bedrijfsgeheimen, waarmee het bedrijfsgeheim een meer exclusief karakter krijgt.

80 Overigens is het natuurlijk *ook* onbetamelijk om bedrijfsgeheimen te gebruiken op een manier die de ‘rechthebbende’ schade toebrengt, maar dat is, strikt genomen, een andere norm. Daar is schadevergoeding uiteraard wel gepast.

81 Zie r.o. 4.4 van het Gemeenschappelijk Hof van Justitie, tekennen uit HR 18 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL9662, NJ 2015/33, m.nt. T. Hartlief (*Setel NV/AVR Holding NV*), r.o. 3.2.

82 Asser/Sieburgh 6-IV 2019/138; HR 17 januari 1958, ECLI:NL:HR:1958:AG2051, NJ 1961/568 (*Beukers/Doerenbos*).

handvatten om die toepassing te bekritisieren in twijfelachtige gevallen. Daartussenin liggen echter nog de gevallen waarin winstafdracht vooralsnog niet mogelijk wordt geacht, maar waar de idee van de onderling betere aanspraak die mogelijkheid wel suggereert. De prangende vraag is daar natuurlijk of uitbreiding naar die gevallen al te zeer in strijd komt met het rechtsgevoel.

Neem de gevallen waarin de roddelpers onrechtmatig publiceert over het privéleven van een bekendheid. Als het roddelblad winst maakt met die publicatie zou een winstafdracht geen gekke oplossing zijn. Theoretisch is best verdedigbaar dat een persoonlijkheidsrecht dezelfde behandeling verdient als een exclusief recht van intellectuele eigendom.⁸³ Als iemand recht op de aldus behaalde winsten heeft, is het degene over wie geroddeld wordt wel. Toch kleven daar wel wat bezwaren aan. Problematisch is namelijk dat juist het roddelkarakter van de privéinformatie maakt dat (i) de bekende persoon de informatie meestal niet zal willen delen en (ii) zelfs als hij of zij dit zou doen, daarmee bijna nooit de winst behaald zou kunnen worden die het roddelblad behaalt. Het roddelblad heeft immers een publiek verworven, reclamepartners aan zich gebonden en kan het verhaal brengen 'als roddel', wat waarschijnlijk beter verkoopt dan een door de bekendheid zelf geopenbaard persbericht. Hoe onfatsoenlijk de roddelpers ook kan zijn, er kleeft toch iets vreemds aan de gedachte om klakkeloos de winst aan de besprokene toe te kennen.

Eenzelfde probleem ontstaat bij lucratieve wanprestatie. Neem het geval waar A een zeldzaam kunstobject verkoopt aan amateurverzamelaar B voor € 80.000. Voordat A aan B levert, levert het marktonderzoek dat A maanden eerder had uitgezet ineens een resultaat op: het blijkt dat de van de samenleving afgezonderde verzamelaar C het object eigenlijk best zou willen hebben. A neemt contact op met C en na een korte onderhandeling verkoopt en levert zij het aan C voor € 120.000. Het feit dat A het object aan B had beloofd suggereert dat ondanks het feit dat A in beginsel absoluut gerechtigd is, B *onderling* wel beter gerechtigd is.⁸⁴ Maar ook hier geldt dat afdracht van de volle € 40.000 ruimhartig klinkt. Hoe onfatsoenlijk het niet nakomen van beloftes ook is, er kleeft toch iets vreemds aan de gedachte een passieve koper B een winst toe te kennen die alleen maar gerealiseerd is door verkoper A's eigen inspanningen (i.e. het uitzetten van marktonderzoek).

Dat lijkt een probleem voor de gedachte dat bepalend moet zijn wie van de twee onderling het betere recht heeft. Zonder nuance dicteert die gedachte namelijk dat winstafdracht in beide gevallen mogelijk zou moeten zijn. Dat probleem zit er mijns inziens echter niet in dat winstafdracht in die gevallen *per se* onwenselijk of ongepast is, maar dat het te ver lijkt te gaan om de gedaagde *alle* winst af te laten dragen. Een oplossing kan dan ook zijn gelegen in het zoeken van nuance. Net zoals men bij schadevergoeding wel moet nagaan of en in hoeverre de schade is veroorzaakt door de normschending, ligt het bij winstafdracht voor de hand na te gaan of en in hoeverre de winst aan de normschending is toe te schrijven. Er moet, met andere woorden, een causaliteitstoets worden aangelegd.

83 Sieburgh 2010, p. 294.

84 B had immers ex art. 3:296 BW nakoming kunnen afdwingen.

7.4.3 *De causaliteitstoets*

7.4.3.1 NUT EN NOODZAAK VAN EEN CAUSALITEITSTOETS

Dat een causaliteitstoets nodig is, wordt het makkelijkst duidelijk in die gevallen waar de normschending geen voorwaarde lijkt te zijn voor het behalen van de winsten. Denk bijvoorbeeld aan de telefoonfabrikant die inbreuk maakt op een octrooi voor kleine speakers: hoewel de verbeterde geluidskwaliteit ongetwijfeld heeft bijgedragen aan de winst, zal toch zeker niet alle met de telefoonverkoop behaalde winst aan die inbreuk toe te schrijven zijn. Een deel zal de fabrikant zelf toekomen omdat de winst berust op eigen innovatie, eigen octrooien of – waar de gedaagde bijzonder onzuiver op de graat is – op octrooien of bedrijfsgeheimen van derden. Hoewel winstafdracht hier zonder meer mogelijk moet zijn, zal niemand volhouden dat alle met de verkoop van telefoons behaalde winst voor afdracht in aanmerking komt; slechts een klein deel van de winst wordt ‘veroorzaakt’ door de normschending.⁸⁵

Of stel dat A zich schuldig maakt aan de verkoop van goederen *die al aan B toebehoren*. Denk bijvoorbeeld aan een geval waarin A en B gezamenlijk goederen opslaan in één loods en de onzorgvuldige A per ongeluk de partij van B aan een te goeder trouw zijnde C verkoopt en levert. Voor de goederen die van B waren, ontvangt hij € 12.000 terwijl de marktwaarde € 10.000 was. Hoewel A niet beschikkingsbevoegd was, is C door de werking van artikel 3:86 BW toch eigenaar geworden. B zal een vordering uit onrechtmatige daad moeten instellen jegens A. Ervan uitgaande dat de rechter winstafdracht wil toepassen, rijst de vraag hoe groot die winst is: € 10.000 of € 12.000? De normschending is zonder meer een csqn voor het behalen van de winst, maar is dat genoeg? Stel dat B een uitzonderlijk goede marketeer is. Is die € 2.000 dan niet zijn verdienste? Meer juridisch geformuleerd: kan die extra € 2.000 wel worden ‘toegerekend’ aan de normschending? En hoe zit het dan met het geval waarin B C heeft gevonden door gebruik te maken van (bedrijfsgeheime) klantenbestanden van D? Is die € 2.000 dan niet beter toe te schrijven aan diens verdienste in het opstellen van het klantenbestand?

Bij de bespreking van deze problematiek wijst Van Nispen⁸⁶ op de Engelse benadering van Laddie J in *Celanese International Corp v. BP Chemicals*.⁸⁷ In die uitspraak ging het om een octrooi voor de productie van een bepaalde stof. De gedaagde maakte inbreuk op dat octrooi bij de productie van een azijnzuur. Dat proces omvatte uiteraard veel meer dan alleen het geoctrooieerde. Laddie J besliste dat een volledige winstafdracht hier niet gepast zou zijn. De winst kan maar één keer afgedragen worden. Dat betekent dat de ‘pot’ winst beschikbaar moet blijven voor eventuele vorderingen tot winstafdracht van derden. Zou hier *geen* proportionele afdracht mogelijk zijn, dan zou de rechthebbende die als eerste vordert te veel krijgen en de rest het nakijken hebben. Deze proportionele benadering strookt met de gedachte van de onderling betere aanspraak: alleen dat deel waar het slachtoffer een beter recht op kan doen gelden komt voor afdracht in aanmerking. Het is dan ook zaak bij toepassing van artikel 6:104 BW niet alleen artikel 6:163

85 Dit is een variant op het door Van Nispen gegeven voorbeeld in Van Nispen 2018, p. 46.

86 Van Nispen 2010, p. 344-346; Van Nispen 2018, p. 45.

87 [1999] RPC 203.

BW, maar ook artikel 6:98 BW analoog toe te passen: eiser zou alleen dat deel moeten kunnen vorderen dat kan worden toegerekend aan de normschending.

Deze benadering maakt dat de beantwoording van de digitale vraag ('wel of geen winstafdracht') niet een digitaal, maar een gradueel antwoord ('ja, voor een deel') kent. De gedachte dat winstafdracht in de hiervoor beschreven 'atypische gevallen' mogelijk moet zijn, wordt daarmee minder lastig verteerbaar. Het slachtoffer van de roddelpers hoeft immers niet *alle* winst te krijgen; daar heeft hij ook helemaal geen recht op. Zo ook het slachtoffer van de wanprestatie: voor zover hij kan aantonen dat de door verkoper A behaalde winst volledig voortvloeit uit de zaak zelf, ligt volledige winstafdracht voor de hand. Toont A echter aan dat de behaalde winst voor een deel is toe te schrijven aan zijn uitzonderlijke koopmanskwaliteiten, dan ligt afdracht van een kleiner deel voor de hand.

7.4.3.2 PROBLEMEN BIJ TOEREKENING

Het steeds moeten nagaan welk deel van de winst kan worden toegerekend aan de normschending levert op zichzelf natuurlijk ook problemen op. Een eerste nadeel is bijvoorbeeld dat eisers niet altijd inzichtelijk kunnen maken welke winst het gevolg is van de normschending omdat zij geen beeld hebben van de precieze bedrijfsvoering van de normschender. Een tweede nadeel is dat waar een gedaagde meerdere winstverboden tegenover meerdere rechthebbenden overtreedt, de gedaagde die onrechtmatig behaalde winst zal mogen behouden tot hij tot afdracht wordt aangesproken.

Toch zouden deze problemen niet in de weg moeten staan aan het uitvoeren van deze exercitie. Het ligt veel meer voor de hand deze problemen op te lossen met de instrumenten die al bestaan. Zo kan de lastige bewijspositie van de eiser verlicht worden met een weerlegbaar bewijsvermoeden dat alle winst behaald is met de normschending. Voor de gedaagde uit het telefoonvoorbeeld hierboven is dat geen probleem; die kan eenvoudig aantonen dat de speaker slechts een minuscuul onderdeel van het product is en slechts in beperkte mate heeft bijgedragen aan de algehele winst. En wie van oordeel is dat winst behaald met schending van meerdere normen tegenover meerdere potentiële eisers niet door de normschender behouden mag worden, kan conform de parlementaire geschiedenis⁸⁸ een invers analoge toepassing van de hoofdelijkheidsbepalingen overwegen: het bedrag wordt afgedragen aan de eerste eiser, waarna andere eisers regres kunnen nemen op die eerste.

Hier bestaat uiteraard ruimte voor discussie: niet iedereen zal deze oplossingen wenselijk vinden en degenen die de oplossingen op zichzelf aantrekkelijk vinden kunnen van mening verschillen over de precieze invulling. Wat van de genoemde problemen ook zij; aan het uitgangspunt van winstafdracht volgens toerekening mogen zij niet in de weg staan. Uitgangspunt moet zijn dat de gedaagde alleen die winst af moet dragen waarvan het hem tegenover de eiser verboden was haar te maken. Omgekeerd geldt dat de eiser alleen die winst kan vorderen waar hij een beter recht op kan doen gelden; niet meer en niet minder. De geschonden norm kan, net als bij de andere remedies, juist heel veel informatie bieden over hoe die toerekening vorm moet krijgen.

88 VV II Inv., *Parl. Gesch. Inv. Boek 6*, p. 1266. Zie ook § 7.3.1.

7.5 Conclusie

Artikel 6:104 BW heeft weinig met concreet geleden nadeel te maken. Langzaam maar zeker lijkt deze bepaling zich te ontwikkelen tot een zelfstandige vordering tot winstafdracht bij normschending. Toepassing ervan behoort weliswaar nog tot de discretionaire bevoegdheid van de rechter, maar ook bij uitoefening van een discretionaire bevoegdheid kan behoefte bestaan aan enige richting. In dit hoofdstuk is verkend hoe een vordering tot winstafdracht bij onrechtmatige daad en wanprestatie gerechtvaardigd en ingepast zou kunnen worden.

Opvallend aan zowel de binnen- als buitenlandse praktijk is dat winstafdracht vaak wordt toegekend bij normschendingen die in ieder geval doen denken aan inbreuken op exclusieve rechten. Wat al die posities gemeen hebben, is dat de eiser steeds met succes kan aanvoeren dat het de gedaagde *tegenover* de eiser verboden was deze winst te maken. Omgekeerd: de eiser kan zich steeds beroepen op een *onderling* beter recht. In het Engelse en Duitse recht wordt met soortgelijke redeneringen gewerkt: aan een *fiduciary* is het tegenover zijn principaal verboden zelf winst te behalen en dus wordt hij geacht dat te hebben gedaan voor zijn principaal en moet die winst dus afdragen; degene die inbreuk maakt op een goed dat *Zuweisungsgehalt* heeft, eigent zich iets toe dat eigenlijk aan een ander toebehoort en moet dat dus afgeven. Trekken we die gedachte breder dan blijft over de cruciale vraag of de norm enerzijds en het geschonden recht anderzijds er in samenspel toe strekken eventuele winsten aan één partij te laten. Daarmee is de essentiële exercitie er één in relativiteit: was het de gedaagde *tegenover* eiser verboden *deze* winsten op *deze wijze* te behalen?

Deze gedachte trekt het toepassingsbereik van artikel 6:104 BW breder dan alleen de schendingen van exclusieve rechten, maar houdt een groot deel van de normschendingen buiten de deur. Zo vallen de meeste zorgplichten, verkeersregels en hindernormen daar vanzelfsprekend buiten. Die normen strekken er uitsluitend toe bepaalde anderen te behoeden voor schade. Sommige andere normen, zoals die aangaande eigendom, privacy of bedrijfsgeheimen, gaan verder en zien niet alleen op het voorkomen van schade, maar ook op het verbieden van winsten. In dat soort gevallen zou de eiser moeten kunnen kiezen voor winstafdracht.

Bovendien wordt de winstafdracht daarmee in een op herstel gericht paradigma geplaatst. In die zin verschilt de winstafdracht dus niet zoveel van de schadevergoeding. In het ene geval wordt de vraag gesteld: wie zou dit nadeel moeten dragen? In het andere geval wordt de vraag gesteld: aan wie komen deze voordelen toe? Dat is een onorthodox voorstel, maar eigenlijk is het een vreemde gedachte dat het recht zich wel met de eerste, maar niet met de tweede vraag zou bezighouden. Normen gaan niet alleen over het voorkomen en vergoeden van schade en waarom zou het voor het remediarsenaal anders zijn? We zijn elkaar veel meer verschuldigd dan het voorkomen dan schade alleen en het remediarsenaal reageert daarop. Ook hier geldt weer dat de geschonden norm veel informatie kan geven over welke remedie in welk geval beschikbaar zou moeten zijn. Daarmee wordt veel inzichtelijker in welke gevallen en in hoeverre de winstafdracht mogelijk zou moeten zijn. Alle onzekerheden worden er niet mee uitgebannen, maar de benadering wordt wel een stuk voorspelbaarder.

