



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Negotiating damages': Nederlandse schadevaststelling door een Engelse lens gezien

Wissink, A.E.C.; Breedveld-de Voogd, C.G.; Castermans, A.G.; Krans, H.B.; Wissink, A.E.C.

Citation

Wissink, A. E. C. (2020). Negotiating damages': Nederlandse schadevaststelling door een Engelse lens gezien. In C. G. Breedveld-de Voogd, A. G. Castermans, H. B. Krans, & A. E. C. Wissink (Eds.), *Sluiterijd: Reflecties op het werk van Jaap Hijma* (pp. 169-179). Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3464033>

Version: Publisher's Version

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3464033>

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

‘Negotiating damages’: Nederlandse schadevaststelling door een Engelse lens bezien

Annelieke Wissink

“Dames en heren, een rechthartelijk welkom.” Met deze woorden begon Jaap Hijma elke week de colleges Transnationaal Vermogensrecht die ik tijdens mijn master Civiel Recht volgde. Na afloop van die colleges belandde ik als student-assistent bij het Instituut voor Privaatrecht van de Leidse rechtenfaculteit wel eens achter het toevallig lege bureau van Professor Hijma. Daar las ik, vooruitlopend op mijn masterscriptie, over de Engelse *negotiating damages*. Deze wijze van schadebegroting houdt in het vaststellen van de schade (na wanprestatie of onrechtmatige daad) op het bedrag waarvoor de benadeelde zijn recht of contractuele aanspraak prijs wilde geven aan de inbreukmaker in de hypothetische situatie dat zij daarover met elkaar hadden kunnen onderhandelen. Kortom, het gaat om een ‘hypothetische onderhandelingsschadevergoeding’. Deze vorm van schadebegroting biedt uitkomst in bepaalde situaties van wanprestatie of onrechtmatige daad waarin de omvang van de schade lastig te bepalen is.

In Nederland kennen we een dergelijke figuur nog niet.¹ Kan een door wanprestatie of onrechtmatige daad benadeelde persoon ook bij de Nederlandse rechter zijn schade vergoed krijgen op basis van zo’n hypothetische onderhandelingsschadevergoeding? Met andere woorden: is het naar huidig Nederlands recht mogelijk de schade op deze manier te begroten en is dat wenselijk voor partijen?

Voor het antwoord richt ik eerst de lens op het Engelse schadevergoedingsrecht. Daarna verleg ik de focus naar het Nederlandse schadevergoedingsrecht in twee specifieke gevallen: schending van een contractueel concurrentie- of geheimhoudingsbeding enerzijds en ontneming van de gebruiksmogelijkheid van een zaak of exclusief recht anderzijds. In die gevallen zijn de *negotiating damages* in Engeland uitgekristalliseerd en het ligt voor de hand eerst vergelijkbare gevallen te bekijken. Vervolgens komen drie Nederlandse rechtsfiguren aan bod die aan de hypothetische onderhandelingsschadevergoeding kunnen raken. Daarbij zullen we zien dat deze vorm van schadevergoeding ook voor fotografen interessant kan zijn.

¹ Naar mijn weten heeft alleen M. van Kogelenberg over dit onderwerp geschreven: ‘Minder ruimte voor hypothetische ‘onderhandelingsschadevergoeding’ bij schadevergoeding na ‘breach of contract’ in het Verenigd Koninkrijk, *Contracteren* 2018/4, p. 132-138.

1. De *negotiating damages* in Engeland

De *negotiating damages* zijn in Engeland geïntroduceerd in de uitspraak *Wrotham Park Estate Co Ltd v. Parkside Homes Ltd*.² Een projectontwikkelaar had een groep woningeigenaren beloofd dat hij niet in het uitzicht van hun huizen zou bouwen. In strijd met dit zogeheten 'restrictive covenant' deed hij dat toch en de eigenaren stapten naar de rechter. Er was sprake van contractbreuk en de wanprestant had daaruit voordeel getrokken, maar het zou economisch onverantwoord zijn de nieuwe huizen af te breken. Bovendien hadden de eigenaren niet direct financiële schade geleden. Daarom begrootte de rechter de schade op het bedrag dat de woningeigenaren redelijkerwijs hadden kunnen vragen als zij over het doen van afstand van de contractuele bepaling hadden onderhandeld. Het maakte daarbij niet uit of de benadeelde wel had willen onderhandelen. Dat bedrag was volgens de rechter in dit geval 5% van de winst die de projectontwikkelaar had genoten uit de woningbouw.³ De focus op de winst van de wanprestant is niet zo gek, omdat de *negotiating damages* volgens sommige Engelse juristen een '*restitutionary character*' hebben.⁴ In dat geval ligt de rechtvaardiging van de schadebegroting niet in het nadeel van de benadeelde (zoals bij de *compensatory damages*), maar in de ongedaanmaking van het door de wanprestant verkregen voordeel.⁵ Zeker na de zaak *Attorney General v. Blake* kreeg deze gedachtegang bijval.⁶ Daarin stond de schending van een contractueel geheimhoudingsbeding centraal. De voormalige Engelse overheidsspion Blake had, in strijd met dat beding, een boek gepubliceerd over zijn werk als dubbelspion voor de Sovjetunie. Op het moment van publiceren was de informatie niet meer vertrouwelijk of '*damaging to the public interest*'. Bovendien was Blake niet meer in dienst. Er was duidelijk sprake van wanprestatie, maar had de overheid wel schade geleden en zo ja, hoe moest die dan begroot worden? De House of Lords oordeelde dat de overheid gerechtigd was tot alle winst die Blake aan het boek verdiend had: een *account of profits*. De House of Lords bracht daarbij een connectie aan met de *negotiating damages*: in de *Wrotham Park*-zaak was volgens het rechtscollege ook sprake van een op het voordeel van de inbreukmaker gebaseerde benadering van schadevergoeding.

Sinds deze zaak zijn de *negotiating damages* bij gevallen van contractbreuk veelvuldig gebruikt, totdat de Supreme Court in 2018 in de zaak *Morris-Garner* een streep door dat extensieve gebruik trok.⁷ Aanleiding voor die uitspraak was een

² [1974] 1 WLR 798.

³ *Wrotham Park Estate Co Ltd v. Parkside Homes Ltd and Others* [1974] 1 WLR 798, p. 816.

⁴ Daarover o.a. A. Burrows, *A Restatement of the English Law of Contract*, Oxford: Oxford University Press 2016, p. 135; A. Kramer, *The law of contract damages* (2nd ed.), Oxford: Hart Publishing 2017, p. 590-593.

⁵ Zie bijvoorbeeld Kramer, *The law of contract damages* 2017, p. 591-592 en J. Edelman (red.), *McGregor on Damages* (20th ed.), Londen: Sweet & Maxwell 2018, p. 463 en 467-469.

⁶ *Attorney General v. Blake* [2000] UKHL 45.

⁷ *Morris-Garner and another v. One Step (Support) Ltd* [2018] UKSC 20 (hierna: *Morris-Garner v. One step*).

geschil tussen partners Karen en Andrea Morris-Garner en het bedrijf One Step, dat zorg en onderdak verleende aan hulpbehoevende jongvolwassenen in Londen. Dat bedrijf was opgericht door de Morris-Garners, die later hun aandelen in het bedrijf verkocht hebben. In dat overnamecontract was onder andere een concurrentie- en geheimhoudingsbeding opgenomen. Dat beding weerhield de partners Morris-Garner er echter niet van een nieuw bedrijf op te richten, Positive Living, dat min of meer dezelfde werkzaamheden verrichtte als One Step. Ondertussen zag One Step haar omzet en winst dalen. Zij sprak de Morris-Garners aan voor geleden verlies en gederfde winst als gevolg van schending van het concurrentie- en geheimhoudingsbeding, maar kon niet hard maken welk deel van haar schade te wijten was aan de concurrerende handelingen.⁸

Zowel in eerste aanleg als in hoger beroep werd de schade door de rechters daarom begroot op de vergoeding die One Step had kunnen vragen in het hypothetische geval dat zij over het afstand doen van het concurrentie- en geheimhoudingsbeding had onderhandeld, mede omdat de Morris-Garners winst hadden genoten als gevolg van hun wanprestatie.

De Supreme Court dacht daar anders over. *Negotiating damages* zijn volgens de Supreme Court compensatoir van aard en schadevergoeding bij contractbreuk kan niet worden toegewezen met slechts het doel om de wanprestant zijn winst te ontnemen, waarop in *Attorney General v. Blake* bedoeld leek te worden.⁹ De Supreme Court heeft het gebruik van de *negotiating damages* bovendien flink ingekaderd: zij kunnen gebruikt worden bij contractbreuk als dat contract een 'valuable asset' creëerde of beschermde, welke door de contractbreuk verloren is gegaan.¹⁰ Dat is onder andere het geval bij geheimhoudingsbedingen of IE-rechten: die contracten beschermen geheime informatie of bijvoorbeeld een foto.¹¹ De 'imaginary negotiation' is vervolgens een instrument om de economische waarde van het recht waarop inbreuk is gemaakt (de *valuable asset*), vast te stellen. In dit soort zaken heeft de dader wat 'gepakt' waarvoor de benadeelde een vergoeding had kunnen vragen. Dit alles is volgens de Supreme Court niet het geval bij het schenden van een non-concurrentiebeding, zoals in *Morris-Garner* aan de orde. De schade die One Step leed als gevolg van de schending van dat beding was winstderving en verlies van goodwill. Zulke schadeposten zijn 'a familiar type of loss' en het is 'possible to quantify it in a conventional manner', ook al is de schade niet precies te begroten. De rechters in eerste aanleg en appel hadden 'gewoon' een hypothetische vermogensvergelijking moeten maken.¹²

⁸ *Morris-Garner v. One Step*, par. 6-15.

⁹ *Morris-Garner v. One Step*, par. 91 resp. 95(11); vgl. *Lunn Poly Ltd v. Liverpool & Lancashire Properties Ltd* [2006] EWCA Civ 430, par. 29. *Negotiating damages* en een *account of profits* zijn twee verschillende dingen.

¹⁰ *Morris-Garner v. One Step*, par. 95(10).

¹¹ Zie bijvoorbeeld *Representative Claimants (Gulati) v. MGN Ltd* [2015] EWCA Civ 1291 respectievelijk *WWF v. World Wrestling Federation Entertainment Inc.* [2008] 1 W.L.R. 445 CA.

¹² *Morris-Garner v. One Step*, par. 92 en 98.

In het kader van een ontneming van de gebruiksmogelijkheid van eigendom zonder aan de zaak zelf schade te berokkenen, heeft het Engelse recht een vergelijkbare methode ontwikkeld om de schade te begroten: de *user damages*. Volgens het *user principle* is een persoon die onrechtmatig gebruik heeft gemaakt van eens anders eigendom zonder daarbij ‘*pecuniary loss*’ te veroorzaken, verplicht een redelijk bedrag voor dat gebruik te betalen.¹³ In *Morris-Garner* bepaalde het Supreme Court dat ook *user damages*, die een vorm van de *negotiating damages* zijn, een compensatoir karakter hebben. De *user damages* komen vooral van pas bij onrechtmatig gebruik van zaken en inbreuk op exclusieve rechten (onrechtmatige daad). De schade is in dat soort gevallen het gevolg van de belemmering van de benadeelde om de economische waarde van het gebruiksrecht van zijn zaak te verkrijgen.¹⁴

2. Schadebegroting in de twee gevallen

De *negotiating damages* kunnen in Engeland dus uitkomst bieden in twee moeilijke gevallen van schadebegroting.¹⁵ Dergelijke gevallen, schending van geheimhoudings- en concurrentiebedingen en ontneming van de gebruiksmogelijkheid van andermans zaak of recht, doen zich ook in Nederland voor. En ook hier is de schadebegroting dan soms moeilijk.¹⁶

Begroting van de schade, geleden als gevolg van schending van een concurrentiebeding (gederfde winst of verlies), zal dikwijls op een waarschijnlijkheidsberekening uitlopen.¹⁷ Die schade-omvang zal in ieder geval mede afhangen van de uitleg die aan dat beding wordt gegeven, zoals wat betreft de duur van de schendingen.¹⁸ Soms acht de rechter zelfs de enkele schending van het concurrentiebeding voldoende voor de aannemelijkheid van schade.¹⁹ Men kan zich voorstellen dat concrete schadebegroting dan lastig kan worden, omdat met de schending van een dergelijk beding nog niet per se wat gezegd is over de verschillende schadeposten. Heeft de schending bijvoorbeeld geleid tot winstderving of tot direct verlies? En welk deel van de omzet of de winst wordt dan door de concurrerende handelingen geraakt?

Bij het tweede geval kan de vraag opkomen of de benadeelde wel schade heeft geleden, als de zaak of het recht door het onrechtmatige gebruik niet beschadigd is of in waarde

¹³ *Stoke-on-Trent City Council v. W & J Wass Ltd* [1988] 1 WLR 1406 (CA), p. 1416.

¹⁴ *Morris-Garner v. One Step*, par. 30 en 66.

¹⁵ Hoewel de Supreme Court dat ten aanzien van schending van concurrentiebedingen dus geen oplossing vindt.

¹⁶ Contractuele boete- of schadevergoedingsclausules daargelaten.

¹⁷ W.H. van Boom, ‘Twee arresten over ‘winstafoming’ ex artikel 6:104 BW’, AA 2011/2, p. 122; Asser/Sieburgh 6-II 2017/31 en 34.

¹⁸ HR 18 november 1983, ECLI:NL:HR:1983:AG4691 (*Klufft*), r.o. 3.1. De uitleg van concurrentiebedingen geschiedt aan de hand van de Haviltex-norm. Vgl. Rb Noord-Nederland 28 augustus 2019, ECLI:NL:RBNNE:2019:3570, r.o. 4.13, waarin de rechtbank moeite had met de schadebegroting als gevolg van schending van een concurrentiebeding.

¹⁹ Rb Noord-Nederland 24 september 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:4675, r.o. 4.36.

is verminderd.²⁰ Wat denkt men bijvoorbeeld van de eigenaar aan wiens meerpalen jarenlang duwbakken aangemeerd zijn zonder vergoeding, terwijl hij niet kan aantonen dat hij de palen zelf had willen gebruiken of had willen verhuren?²¹ Wat is de schade van een BV die het exclusieve recht heeft om haar producten te verkopen in een bepaald gebied, maar die dat niet doet en geconfronteerd wordt met een ander bedrijf dat daar vergelijkbare producten gaat aanbieden?²²

Momenteel kan de rechter de schade in deze gevallen schattenderwijs ('ex aequo et bono') vaststellen of in meer of mindere mate abstract begroten.²³ Deze schadevaststelling 'uit de losse pols' leidt niet altijd tot bevredigende resultaten en wijkt af van het uitgangspunt van een zo concreet mogelijke schadebegroting. Zou een hypothetische onderhandelings schadevergoeding een goede aanvulling zijn? De rechterlijke vrijheid van artikel 6:97 BW biedt mijns inziens in ieder geval ruimte voor nieuwe manieren van schadebegroting. In het huidige schadevergoedingsrecht bestaan bovendien een aantal figuren die, denk ik, aan de hypothetische onderhandelings schadevergoeding kunnen raken. Deze figuren komen de benadeelde tegemoet in zijn bewijsnood omtrent de schade en de omvang daarvan, en kunnen in de twee hierboven genoemde gevallen gebruikt worden.

3. Van winstafgifte, verrijkingsafdracht en licentievergoedingen naar een hypothetische onderhandelingsvergoeding?

Winstafgifte

Indien iemand door zijn onrechtmatige daad of wanprestatie winst heeft genoten, kan de rechter op vordering van de benadeelde de schade begroten op het bedrag van die winst of op een gedeelte daarvan, aldus artikel 6:104 BW. Deze bepaling stoelt enerzijds op de gedachte dat de inbreukmaker geen voordeel uit zijn fout mag genieten en anderzijds op het tegemoetkomen aan de bewijsnood van de benadeelde die met betrekking tot diens schade kan ontstaan.²⁴ Voor toepassing van deze abstracte begrotingsmanier moet aannemelijk zijn dat er enige schade is geleden. Er is geen sprake van een zelfstandige vordering tot winstafdracht en artikel 6:104 BW heeft geen punitief karakter.²⁵

20 S.D. Lindenbergh, *Schadevergoeding: algemeen, deel 1* (Monografieën BW nr. B34), Deventer: Kluwer 2014, nr. 43; Asser/Sieburgh 6-II 2017/105.

21 Die heeft geen schade, vond de Rb Oost-Brabant 8 juni 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:2854 (*Meerpalen*).

22 Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/31-32.

23 Zie artikel 6:97 BW.

24 *Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 6* 1990, p. 1266-1270; M. van Kogelenberg, 'Winstafdracht na wanprestatie: een rechtsvergelijkende analyse', *WPNR* 2014/7031, p. 836-837.

25 HR 18 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BMO893, *NJ* 2015/32 (*Doerga/Ymere*), r.o. 3.6-3.7; HR 18 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL9662, *NJ* 2015/33 (*Setel/AVR*), r.o. 3.3.2-3.3.3; HR 24 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1309, *NJ* 2016/300 (*Vitesse/Provincie Gelderland*).

Over dit karakter van de regeling – is er nog wel te spreken van *schadevergoeding* – bestaat discussie.²⁶ Immers, de focus ligt bij artikel 6:104 BW niet op de schade van de benadeelde, maar op het voordeel van de dader.²⁷ Eerder bleek al dat deze focus ook in Engeland door sommigen gekozen werd om de *negotiating damages* te duiden. In Nederland is de vraag opgeworpen of deze schade-eis niet een te strikte hantering van artikel 6:104 BW is en die discussie is interessant voor de introductie van een hypothetische onderhandelingsvergoeding in de twee gevallen. Immers, in het geval van ontneming van gebruiksmogelijkheden kan de benadeelde vaak niet aantonen dat hij schade heeft geleden als zijn zaak of recht niet in waarde is verminderd of als hij die niet had geëxploiteerd. Daarnaast is na de schending van een concurrentiebeding de schade meestal moeilijk te concretiseren.

Van Boom bepleit bijvoorbeeld een ruimere mogelijkheid tot, in zijn woorden, winstafroming. Inherent aan abstracte schadevergoeding is volgens hem dat de vergoeding soms wordt toegekend als er in werkelijkheid geen vergoedbare schade is geleden. Bovendien wordt artikel 6:104 BW ook wel eens gebruikt als de directe schade eigenlijk goed te concretiseren is, maar bijvoorbeeld de indirecte schade niet.²⁸ Van Boom trekt de discussie door naar het verrijksrecht en acht een verrijksafdracht op grond van artikelen 6:104 of 6:212 BW ook mogelijk “waar de concrete vermogensachteruitgang minder groot is of – sterker – in het geheel afwezig is”.

Verrijksafdracht

In het verrijksrecht van artikel 6:212 BW speelt een soortgelijke discussie.²⁹ Dat artikel gaat er ook vanuit dat men zich niet mag verrijken ten koste van een ander zonder diens schade te vergoeden. Dit artikel kent zelfs een ‘dubbel plafond’: de schadevergoeding mag niet meer dan de verrijking zijn, maar ook niet meer dan de verarming. Vooral bij het ontbreken van concrete verarming kan dit plafond tot onwenselijke resultaten leiden.³⁰ Als de benadeelde zijn schade niet aannemelijk kan maken, mag de verrijkte zijn ongerechtvaardigd verkregen voordeel immers behouden. Dat voordeel zal vaak opzettelijk behaald zijn.³¹ Maar ook als dat niet het geval is, kan men zich afvragen of het altijd de ‘betere’ keuze is om het ongerechtvaardigd verkregen voordeel bij de verrijkte te laten, terwijl er wel inbreuk is

26 Ook bij de invoering daarvan al, *Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 6* 1990, p. 1266. Zie verder J. Spier, *Schadevergoeding: algemeen, deel 3 (Monografieën Nieuw BW nr. B36)*, Deventer: Kluwer 1992, nrs. 35-36.

27 W.H. van Boom, ‘Beter schadevergoedingsrecht begint bij beter onderscheid’, *NTBR* 2011/22, p. 164.

28 Van Boom, *AA* 2011/2, p. 122. Vgl. ook T.E. Deurvorst, ‘Winstafdracht: einde aan slapend bestaan van artikel 6:104 BW’, *Vermogensrechtelijke Analyses* 2010/(7)3, p. 65-67 en 73-74.

29 W.H. van Boom & M.H. Wissink, *Aspecten van ongerechtvaardigde verrijking* (Preadviezen voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht), Deventer: Kluwer 2002, p. 80-82.

30 J. Spier e.a., *Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 380.

31 In dit kader wordt wel gesproken van de ongerechtvaardigde verrijking als sanctie op ‘unclean hands’, zie Van Boom & Wissink, *Aspecten van ongerechtvaardigde verrijking* 2002, p. 65-67.

gemaakt op het eigendomsrecht of de al dan niet contractuele rechten van de benadeelde.

Voor het geval van ontneming van gebruiksmogelijkheden is in de literatuur daarom al eens een redelijke gebruiksvergoeding geopperd.³² Dit lijkt op een wat objectievere versie van een hypothetische onderhandelingsvergoeding, gebaseerd op de marktwaarde van het gebruik en op het voordeel van de inbreukmaker. De redelijke gebruiksvergoeding wordt gezien als abstracte schadebegroting: geabstraheerd wordt van de omstandigheid dat de benadeelde zijn zaak of recht niet kon of wilde exploiteren. In het midden wordt daarbij gelaten of er concrete schade is geleden.³³ Van der Linden gaat verder en stelt voor te abstraheren van het ongerechtvaardigde *karakter* van de verrijking. De werkelijke situatie na de ongerechtvaardigde verrijking wordt dan vergeleken met de hypothetische situatie waarin de eiser zich zou bevinden indien de gedaagde over het gebruik van het recht of de zaak zou hebben gecontracteerd.³⁴ Ik denk dat een hypothetische onderhandelingsvergoeding ook op deze gedachte rust: niet de wanprestatie of de onrechtmatige daad, maar het onrechtmatige karakter daarvan moet worden weggedacht. Eigenlijk wordt *de inbreukmaker* gebracht in de toestand waarin hij zou hebben verkeerd zonder het onrechtmatige karakter van de onrechtmatige daad of wanprestatie, namelijk wanneer hij toestemming had gevraagd voor de inbreuk.³⁵

De licentievergoeding

In het IE-recht hebben dergelijke overwegingen over het bestaan van schade zelfs al tot toepassing van een soort onderhandelingsvergoeding geleid. Inbreuk op IE-rechten leidt meestal tot gederfde winst, bijvoorbeeld vanwege gemiste royalty's of gemiste afzet.³⁶ Concrete vaststelling van deze schade is vaak lastig of zelfs onmogelijk.³⁷ Daarom wordt de schadevergoeding wel eens gebaseerd op het bedrag aan royalty's dat verschuldigd zou zijn geweest als de inbreukmaker toestemming had gevraagd om het geschonden IE-recht te gebruiken. De rechter neemt bij toepassing van deze zogeheten licentievergoeding aan dat de benadeelde, in de hypothetische situatie dat hem om een licentie gevraagd was, deze zou hebben verleend.

Wat betreft de hoogte van de licentievergoeding wordt over het algemeen gekeken naar een redelijke marktprijs en de gebruikelijke tarieven van de benadeelde. Een goed voorbeeld van de meerwaarde van een licentievergoeding is een zaak van de Rechtbank Amersfoort uit 2016.³⁸ Een benadeelde fotograaf sprak daarin een

32 T. van der Linden, *Aanvullend Verrijktingsrecht* (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridisch 2019, p. 180-181. Vgl. ook HR 24 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ1782, NJ 2013/450 (*Credit Suisse/ Subway*).

33 H.C.F. Schoordijk, *Nogmaals: ongegronde vermogensvermeerdering*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1986, p. 13; Van Boom & Wissink, *Aspecten van ongerechtvaardigde verrijking* 2002, p. 103-104.

34 Van der Linden, *Aanvullend Verrijktingsrecht* 2019, p. 183-184.

35 Vgl. Van Boom, *NTBR* 2011/22, p. 164.

36 S.D. Lindenbergh, in: *GS Schadevergoeding*, art. 6:96 BW, aant. 4.2.1

37 T.E. Deurvorst, *Schadevergoeding, voldoening van een redelijke gebruiksvergoeding en winstafdracht bij inbreuk op intellectuele eigendomsrechten* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1994, p. 1-3.

bedrijf aan dat zonder toestemming een van diens foto's op haar site had gepubliceerd. De kantonrechter overwoog: "nu de schade niet exact is vast te stellen, zal deze begroot moeten worden op een wijze die het meest in overeenstemming is met de aard van de geleden schade".³⁹ Dat was in dit geval de gebruikelijke licentievergoeding die gedaagde verschuldigd zou zijn geweest als hij toestemming voor de plaatsing had gevraagd plus een opslag van 25% als vergoeding voor o.a. de aangebrachte wijzigingen in de foto. Zonder deze begrotingstechniek was de gedupeerde fotograaf misschien wel met lege of niet goed gevulde handen achtergebleven.

Deze meer objectieve vaststelling – de gebruikelijke tarieven – verschilt van de hypothetische onderhandelingsvergoeding, die de focus legt op wat *deze partijen* in het *specifieke geval* hadden uitonderhandeld. Het lijkt mijns inziens niet onredelijk dat IE-rechthebbenden een wat hogere prijs dan normaal vragen aan een wederpartij die eerst onrechtmatig geprobeerd heeft gebruik te maken van hun IE-rechten. Bovendien valt er vanuit het oogpunt van een zo concreet mogelijke schadebegroting wat voor te zeggen dat de benadeelde mag aantonen dat hij in dit geval een hogere prijs had gevraagd, of dat de inbreukmaker juist hard mag maken dat er in dit geval een lagere prijs betaald was. Zou de fotograaf meer gebaat zijn geweest bij een hypothetische onderhandelingschadevergoeding?

De hypothetische onderhandelingschadevergoeding

Alle besproken figuren trachten iemand wiens rechten geschonden zijn, maar die zijn schade niet aannemelijk kan maken of kan concretiseren, een steuntje in de rug te geven. Dit gebeurt mede met het oog op het feit dat de inbreukmaker voordeel heeft genoten uit zijn wanprestatie of onrechtmatige daad en hij die vaak opzettelijk zal hebben gepleegd. Dat is mijns inziens ook de gedachte achter een hypothetische onderhandelingsvergoeding: het zou onbillijk zijn als de inbreukmaker in een gunstiger positie zou komen te verkeren dan degene die aan de benadeelde toestemming voor zijn handelingen heeft gevraagd. Daarom moet van die toestemming uitgegaan worden. De hypothetische onderhandelingschadevergoeding is dus ook een abstracte begrotingsmanier.

In plaats van de blik te richten op de inbreukmaker, zoals bij de drie hierboven besproken figuren, zou de schade ook vastgesteld kunnen worden door naar *beide partijen* te kijken: wat hadden zij voor bedrag willen afspreken als zij over het toestaan van het inbreukmakend handelen onderhandeld hadden? Het maakt daarbij niet uit dat partijen daadwerkelijk hadden willen of kunnen onderhandelen.⁴⁰ Ik denk overigens dat het voor de benadeelde wel mogelijk moet zijn om zich tegen de *omvang* van de onderhandelingsvergoeding te verweren, bijvoorbeeld door

³⁸ Rb. Midden-Nederland 2 november 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:5518.

³⁹ R.o. 4.4.

⁴⁰ Bij de Engelse *negotiating* en *user damages* vindt die abstractie ook plaats, P. Jaffey, 'Licence fee damages', *Restitution Law Review* 2011/19, p. 96. Datzelfde geldt voor de redelijke gebruiksvergoeding in het IE-recht en bij ongerechtvaardigde verrijking, zie Deurvorst, *dissertatie* 1994, p. 146 respectievelijk Van der Linden, *Aanvullend verrijktingsrecht* 2019, p. 180.

aannemelijk te maken dat hij bij de benadeelde nooit meer dan een marktconforme prijs voor het recht had gevraagd.⁴¹ De hypothetische onderhandelingsvergoeding geeft eigenlijk een 'waarde' aan de inbreuk, en wat die waarde is, hangt af van de omstandigheden van het geval.

In het geval van schending van een concurrentie- of geheimhoudingsbeding heeft schadevaststelling op basis van hypothetische onderhandelingen een aantal voordelen. Zowel bij een concurrentie- als bij een geheimhoudingsbeding wordt door schending niet alleen het contract zelf geraakt, maar ook een meer algemeen 'vertrouwensbelang' wat betreft de relatie tussen partijen. Het vertrouwen in de contractuele relatie kan goed hersteld worden door toekenning van een hypothetische onderhandelingsvergoeding. Door een dergelijke vergoeding krijgt de inbreukmaker immers de kans om zijn 'fout goed te maken'. Een op basis van artikel 6:97 BW geschatte schadevergoeding bereikt zo'n effect misschien ook, maar dat effect lijkt me sterker bij het betalen van een onderhandelingsvergoeding voor de geschonden verplichting die eigenlijk vooraf had moeten worden betaald. Meer in het algemeen past de vergoeding bij het contractuele karakter van de wanprestatie. De benadeelde en inbreukmaker zullen bij de contractssluiting onderhandeld hebben over het concurrentie- of geheimhoudingsbeding. Daarbij is hoogstwaarschijnlijk door partijen ook nagedacht over de 'waarde' van dat beding bij de hoogte van de tegenprestatie, bijvoorbeeld de prijs van de aandelen in een overnamecontract. Dat biedt aanknopingspunten voor het begroten van de schade als gevolg van schending van die bedingen op de hypothetische onderhandelingsvergoeding. Het positief contractsbelang wordt uitgedrukt in de onderhandelingswaarde: het bedrag dat de benadeelde had gevraagd als de wanprestant naar hem toegekomen was om te vragen of hij zijn plicht tot non-concurrentie of geheimhouding kon afkopen. De benadeelde zal dan een inschatting maken van de winst die hij verwacht te derven omdat hij met concurrentie te maken krijgt, welke hij dacht te hebben afgewend door het bedingen van de non-concurrentiebepaling. Daarmee benadert hij de daadwerkelijk door hem geleden schade. De benadeelde heeft dan wel de '*benefit of hindsight*', maar ik vind dat geen onwenselijke gang van zaken bij een wanprestant die waarschijnlijk opzettelijk concurrerende handelingen is gaan uitvoeren. Bovendien komt juist door die '*benefit of hindsight*' de gevraagde schadevergoeding dichterbij de buurt van de daadwerkelijk geleden schade. De benadeelde kan immers de marktontwikkelingen etc. meenemen in de onderhandelingsprijs die hij gevraagd zou hebben voor het prijsgeven van zijn rechten voortvloeiend uit het concurrentiebeding. Had hij geweten dat de markt zich gunstig zou ontwikkelen en de concurrentie hard zou drukken op zijn winst, dan had hij een hogere prijs gevraagd en vice versa. Op het moment van het vaststellen van de omvang van de onderhandelingsvergoeding hebben die ontwikkelingen zich ook daadwerkelijk voorgedaan, waardoor het aannemelijk is dat de benadeelde daadwerkelijk een schade ter hoogte van die onderhandelingsvergoeding heeft geleden.

⁴¹ Vgl. H.B. Krans, *Schadevergoeding bij wanprestatie* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1999, p. 91.

In het geval van ontneming van een gebruiksmogelijkheid ligt het toekennen van een onderhandelings schadevergoeding wat genuanceerder. Het probleem in dit gevalstype is dat het abstraheren van de vraag of de eigenaar zijn zaak of recht zelf had willen gebruiken of verhuren, pas aan de orde komt nadat is vastgesteld dat er schade is geleden. De omstandigheid dat de eigenaar zijn zaak of recht al dan niet zelf had willen gebruiken of exploiteren, kan wel aan *de aannemelijkheid* van die schade in de weg staan.

In sommige gevallen zal duidelijk zijn dat de eigenaar niet van plan was voor zijn zaak een vergoeding te vragen of de zaak te gebruiken. De eigenaar wiens fiets door zijn buurman ongevraagd een half uurtje geleend wordt en daar pas bij het terugbrengen achter komt, neemt vast genoeg met een vriendelijke handdruk. Juridisch gezien is er inbreuk gemaakt op zijn eigendomsrecht, maar van schade valt niet te spreken.⁴² Als in dit soort gevallen een schadevergoeding mogelijk wordt, is het hek van de dam bij de civiele rechter. Er zijn echter gevallen van ingebruikneming van ongebruikte zaken of rechten, waarin het bestaan van schade mijns inziens wel aannemelijk is. Ik noem bijvoorbeeld de situatie waarin het recht van een BV op exclusief gebruik van een bepaalde afzetmarkt is geschonden door een concurrent, maar de BV daar vooralsnog geen producten verkocht. De eigenaar van een leegstaand, voor de verhuur of verkoop bestemd pand wordt geconfronteerd met krakers, maar hij verhuurde het pand niet. Ook in deze gevallen is, net als bij de geleende fiets, inbreuk gemaakt op de exclusieve rechten of het eigendom van de benadeelde, maar valt de schade niet direct in te zien. Immers, de afzetmarkt en het pand werden niet gebruikt. Toch vind ik in dit soort gevallen het bestaan van schade aannemelijk. Het gaat immers om zaken en rechten waarvan aannemelijk is dat zij commercieel geëxploiteerd hadden kunnen worden en/of bestemd zijn voor commerciële exploitatie.

We zagen dat in Engeland de benadeelde in dit soort situaties door middel van de *user damages* gecompenseerd kan worden. De lijn van de Hoge Raad lijkt strikter: voor een schadevergoeding moet aannemelijk zijn dat schade is geleden en de enkele schending van fundamentele rechten is daar op zichzelf niet genoeg voor.⁴³ De benadeelde zal met gegevens moeten komen waaruit blijkt dat hij bijvoorbeeld van plan was zijn zaak of recht wél te exploiteren. Dat is niet altijd makkelijk en soms simpelweg niet het geval. De inbreukmaker krijgt dan een 'bonus op onfatsoenlijk gedrag'.⁴⁴

Een wat andere kijk op de schade kan deze onwenselijke gang van zaken voorkomen. Als de benadeelde aannemelijk kan maken dat hij zich in een situatie bevindt waarin de mogelijkheid van het exploiteren of gebruikmaken van zijn zaak of recht voldoende voor de hand ligt, maar hij dat door de onrechtmatige

⁴² Vgl. *Asser/Sieburgh 6-II* 2017/105.

⁴³ HR 18 januari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD4915, *NJ* 2002/168 (*Interplant/Oldenburger*), r.o. 3.3 en HR 15 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:376, *NJ* 2019/162 (*EBI*), r.o. 4.2.1-4.2.2 en 4.3.1. A-G Hartlief was in zijn conclusie bij EBI overigens een andere mening toegedaan, onder 4.12: schending van een fundamenteel recht kan op zichzelf de schade zijn.

⁴⁴ A.J. Verheij, 'EBI-arrest: een nieuwe koers', *NJB* 2020/763, p. 829.

ingebruikneming nu in ieder geval niet meer kan doen, heeft hij mijns inziens de drempel van 'aannemelijkheid van schade' gehaald. Immers, de rechthebbende is exclusief gerechtigd op de voordelen voortvloeiend uit zijn recht en op deze manier wordt hem een exploitatiemogelijkheid ontnomen.⁴⁵ Dat is een vorm van schade.⁴⁶ Of, in Engelse termen: de benadeelde is de economische waarde van de gebruiksmogelijkheid van zijn zaak of recht ontnomen. Eigenlijk kunnen we zeggen dat de schade die de benadeelde in dit geval lijdt, de gemiste onderhandelingsvergoeding is. Schadevergoeding wordt op deze manier mede een instrument van goederenbescherming: als de inbreukmaker alsnog een vergoeding moet betalen, is hij wellicht eerder geneigd dat van tevoren ook te doen. 'Free riden' door de inbreukmaker wordt voorkomen. Dat laatste is de crux om tot toekenning van een onderhandelingsvergoeding te komen. Het risico dat de vergoeding die de benadeelde krijgt hoger is dan de daadwerkelijk door hem geleden schade, is mijns inziens een minder kwade optie dan dat de inbreukmaker ongestoord het eigendomsrecht van de benadeelde kan schenden.

4. Tot slot

Schadebegroting op een hypothetische onderhandelingsvergoeding zou ook in Nederland mogelijk kunnen zijn na schending van een concurrentie- of geheimhoudingsbeding of ontneming van de gebruiksmogelijkheid van een zaak of recht. Of dit meer in het algemeen voor schadebegroting geldt, is een verdere vraag. Dat ligt, denk ik, vooral voor de hand bij schendingen van verplichtingen om iets niet te doen. Verder kan de begrotingsmanier misschien handig zijn voor de verbintenis tot vervangende schadevergoeding (art. 6:87 BW). De prestatie moet dan worden uitgedrukt in geld, en de vraag wat partijen voor prijskaartje op de prestatie hadden geplakt als zij daarover hadden onderhandeld, lijkt een goed uitgangspunt daarvoor. Het zijn maar gedachtenspelsels.

Ik begon met het "rechthartelijk welkom" van professor Hijma en ik eindig deze bijdrage met zijn gebruikelijke afsluiting van de colleges Transnationaal Vermogensrecht: een laatste dia-slide met daarop de tekst "Tot ziens (wellicht)". Daar zou ik nu graag van willen maken: "Tot ziens (hopelijk)".

⁴⁵ J.G.A. Linssen, *Voordeelsafgifte en ongerechtvaardigde verrijking. Een rechtsvergelijkende beschouwing* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001, p. 589-590.

⁴⁶ Lindenbergh, in: *GS Schadevergoeding*, art. 6:95 BW, aant. 4.3.5.