

Twee arresten over ‘winstafoming’ ex artikel 6:104 BW

Prof.mr. W.H. van Boom*

Huurder vs. Stichting Ymere: HR 18 juni 2010, 08/04766, LJN: BM0893
(mrs. Beukenhorst, Van Buchem-Spagens, Van Oven, Bakels en Streefkerk)

Setel NV vs. AVR Holding NV: HR 18 juni 2010, 08/04918, LJN: BL9662
(mrs. Beukenhorst, De Savornin Lohman, Numann, Van Oven en Van Schendel)

***Huurder vs. Stichting Ymere*: de verboden onderverhuur**

In het arrest *Huurder vs. Stichting Ymere* staat de volgende casus centraal. De woningcorporatie Ymere verhuurt sinds 1990 een woning tegen een huur van laatstelijk € 419,01. De huurder gaat er in 2003 echter toe over om zijn woning onder te verhuren aan studenten. Daarmee behaalt de huurder een netto voordeel van € 345 per maand, en wel gedurende 40 maanden. Als de verhuurder achter deze door het huurcontract verboden praktijk komt, vordert zij in kort geding wegens wanprestatie ontruiming van de woning en een schadevergoeding op grond van artikel 6:104 BW van (40 x € 345 =) € 13.800.

Artikel 6:104 BW, dat onderdeel uitmaakt van Afd. 6.1.10 BW en dus een regel van algemeen schadevergoedingsrecht inhoudt, bepaalt:

‘Indien iemand die op grond van onrechtmatige daad of een tekortkoming in de nakoming van een verbintenis jegens een ander aansprakelijk is, door die daad of tekortkoming winst heeft genoten, kan de rechter op vordering van die ander de schade begroten op het bedrag van die winst of op een gedeelte daarvan.’

Maar wat als de door de verhuurder geleden schade kleiner is dan de door de wanprestant genoten winst? De kantonrechter te Amsterdam wijst slechts een schadevergoeding van € 5.697, toe, met als redenering dat artikel 6:104 BW zich niet leent voor dit soort gevallen en dat de schade van de woningcorporatie eenvoudig is te berekenen: op het moment dat de huurder niet zelf meer woonde in de woning, had hij moeten opzeggen en dan had de verhuurder het pand op dat moment aan een ander kunnen verhuren. Het verschil tussen de werkelijk ontvangen huur en de huursom die de verhuurder dan had kunnen vragen, is de door de verhuurder geleden schade (€ 5.697 dus).

De verhuurder gaat in appel. Het Hof Amsterdam komt tot een ander oordeel dan de kantonrechter. Het staat vast, zo overweegt het Hof, dat de huurder winst heeft gemaakt op de verboden onderverhuur, dat woningcorporaties door dat soort veel voorkomende praktijken aanzienlijke schade lijden – er worden namelijk op die manier woningen onttrokken aan de socialewoningvoorziening en dus moeten corporaties kort gezegd kosten maken om in dat tekort te voorzien. Nu de omvang van deze schade naar zijn aard niet in concreto is vast te stellen, evenmin als de bijdrage die de wanprestant in dat geheel aan schade heeft geleverd, is schadeberekening op voet van artikel 6:104 BW wél passend, aldus het Hof. Daar komt bij dat de wetgever bij het invoeren van artikel 104 expliciet heeft gedacht aan ‘het onbevoegd uitbaten van zaken door een houder’, en dit is een duidelijk voorbeeld daarvan. Bovendien heeft Ymere een spoedeisend belang omdat zij huurders als deze ‘lik op stuk’ wil geven en zo spoedig mogelijk een extra en effectief instrument wil verkrijgen in de strijd tegen verboden onderverhuur. Het Hof wijst dus wél betaling van € 13.800 toe.

De huurder gaat in cassatie en klaagt dat het Hof artikel 6:104 BW ten onrechte én verkeerd heeft toegepast. Hij stelt onder meer het volgende: de vergoeding ex artikel 104 moet in een reële verhouding tot de geleden schade staan; het ‘onbevoegde uitbaten door een houder’ ziet in beginsel alleen op de winst die de rechthebbende anders zelf zou hebben gemaakt; de schade die corporaties lijden door inspanningen om het onderhuurverbod te handhaven en de huurprijzen die de corporaties zelf nooit zouden vragen, kunnen niet als schade worden gezien; er is onvoldoende causaal verband tussen wanprestatie en de schade; en ten slotte: het hof heeft miskend dat artikel 104 geen punitief karakter heeft.

* Met dank aan Ton Hartlief, Siewert Lindenbergh en Jan Pieter Uittenbroek voor commentaar.

De Hoge Raad verwerpt al deze klachten en laat het arrest van het Hof volledig in stand. De corporatie mag dus de door de huurder genoten winst ‘afromen’, aldus de Hoge Raad:

‘3.6 artikel 6:104 BW geeft niet aan degene jegens wie onrechtmatig is gehandeld of wanprestatie is gepleegd, een ‘vordering tot winstafdracht’, doch verleent aan de rechter een discretionaire bevoegdheid om, ingeval schadevergoeding is gevorderd, de schade te begroten op het bedrag van de door dit handelen of die wanprestatie genoten winst of op een gedeelte daarvan. artikel 6:104 BW vormt blijkens zijn plaatsing, zijn bewoordingen en zijn parlementaire geschiedenis een uitwerking voor een bijzonder geval van de algemene regel van artikel 6:97 BW. De bepaling brengt mee dat niet noodzakelijk is dat concreet nadeel door de benadeelde wordt aangetoond; voldoende is dat de aanwezigheid van enige (vorm van) schade aannemelijk is. In een en ander ligt besloten dat de rechter niet tot toepassing van artikel 6:104 kan overgaan, indien de aangesprokene aannemelijk maakt dat door de gedragingen waarvoor hij aansprakelijk gesteld wordt, geen schade kan zijn ontstaan. (Vgl. HR 24 december 1993, nr. 15188, LJN: ZC1202, NJ 1995, 421 en HR 16 juni 2006, nr. C04/327, LJN: AU8940, NJ 2006, 585.)

Aangezien de wijze van schadebegroting waarin artikel 6:104 voorziet niet, ook niet mede, het karakter heeft van een punitieve maatregel – zoals blijkens het arrest van het BenGH van 24 oktober 2005, nr. A2004/5, LJN: AW2551, NJ 2006, 442 (rov. 11) wel het geval is met de vordering tot winstafdracht van (thans:) artikel 2.21 lid 4 BVIE – behoort de rechter bij de toepassing van dit voorschrift in zoverre terughoudendheid in acht te nemen dat, indien aannemelijk is dat het door de schuldenaar behaalde financiële voordeel de vermoedelijke omvang van de schade aanmerkelijk te boven gaat, de schade in beginsel wordt begroot op een door de rechter te bepalen gedeelte van de winst. Mede gelet op het niet-punitieve karakter van de voorziening gelden voor toewijzing van een vordering tot winstafdracht op de voet van artikel 6:104 niet meer of andere vereisten dan ingevolge artikel 6:162 of 6:74 BW voor toewijzing van schadevergoeding in het algemeen (vgl. HR 16 juni 2006, hiervoor aangehaald). Dat brengt onder meer mee dat het schadetoebrengende handelen aan de aansprakelijke persoon kan worden toegerekend op de voet van artikel 6:162 lid 3 onderscheidenlijk artikel 6:75 BW, en dat tussen dat handelen en de schade naast *condicio sine qua non*-verband tevens voldoende verband als bedoeld in artikel 6:98 BW bestaat. In het bijzonder is voor toepassing van artikel 6:104 niet een bijzondere mate van verwijtbaarheid van het schadetoebrengende handelen vereist. Wel mag de rechter bij beantwoording van de vraag of hij toepassing zal geven aan artikel 6:104, en zo ja, of hij de schade op het volledige bedrag van de winst zal begroten, aan de mate van verwijtbaarheid gewicht toekennen.

3.7 Mede gelet op het voorgaande kunnen de hiervoor in 3.5 vermelde klachten van onderdeel 2.2.2 niet tot cassatie leiden. Onjuist is de opvatting dat de in artikel 6:104 bedoelde winst betrekking moet hebben op winst die de benadeelde zelf had kunnen realiseren. Deze bepaling behelst immers, ook in een geval als het onderhavige waarin het gaat om het ‘onbevoegd uitbaten van een zaak door een houder’, een begroting van schade van de benadeelde die mede kan bestaan in ander nadeel dan gederfde winst.

Voorts kan in zijn algemeenheid niet de eis gesteld worden dat (de rechter motiveert dat) de ingevolge artikel 6:104 op te leggen schadevergoeding in een reële verhouding staat tot de daadwerkelijk geleden schade. Deze bepaling leent zich immers juist voor toepassing in gevallen waarin niet vastgesteld kan worden wat de omvang van de daadwerkelijk geleden schade is, gelijk ook het hof in dit geval (in cassatie onbestreden) heeft geoordeeld dat de door de contractueel verboden onderverhuur aan Ymere toegebrachte schade naar zijn aard niet in concreto is vast te stellen, evenmin als de mate waarin [eiseres] aan het ontstaan van die schade heeft bijgedragen. Dit neemt overigens niet weg dat de rechter, zoals hiervoor in 3.6 overwogen, bij de toepassing van artikel 6:104 vanwege het niet-punitieve karakter daarvan in zoverre terughoudendheid in acht behoort te nemen dat,

indien aannemelijk is dat het door de schuldenaar behaalde financiële voordeel de vermoedelijke omvang van de schade aanmerkelijk te boven gaat, de rechter de schade in beginsel begroot op een door hem te bepalen gedeelte van de winst. Het hof heeft evenwel niet blijk gegeven dat te hebben miskend.

Ten slotte heeft het hof evenmin miskend dat de schade waarvoor [eiseres] op de voet van artikel 6:104 vergoeding moet betalen, in causaal verband dient te staan met haar toerekenbare tekortkoming; het hof heeft immers vastgesteld dat de schade van Ymere (ten dele) is veroorzaakt door de toerekenbare tekortkoming van [eiseres].’

Setel NV vs. AVR Holding NV: de verboden verhoging van het interconnectietarief

In de zaak *Setel vs. AVR* staat kort gezegd centraal de concurrentie op de Curaçaose telefoniemarkt. Setel was de aanbieder van vaste én mobiele telefonie en concurrent CT (dochter van AVR) bood slechts mobiele telefonie aan. Krachtens publiekrechtelijke regelgeving was Setel een interconnectietarief van 36 cent per minuut verschuldigd aan CT, terwijl CT 15 cent per minuut moest betalen. Op enig moment heeft UTS, de moedermaatschappij van Setel, eenzijdig haar interconnectietarief willen verhogen met 21 cent. CT heeft hier bezwaar tegen gemaakt en zij heeft UTS aansprakelijk gesteld voor de gevolgen die zouden intreden als zij de verhoging niet ongedaan zou maken. Setel heeft vervolgens de tariefverhoging toch doorgevoerd, ook al was zij op de hoogte van de aansprakelijkstelling en van het feit dat de Minister van Verkeer en Vervoer ook bezwaren had tegen de verhoging. Ook nadat de Minister bij beschikking de verhoging had verboden, bleef Setel het hogere tarief rekenen. Pas toen een kort geding werd aangespannen heeft Setel de tariefsverhoging – ruim een half jaar na invoering – beëindigd. Twee jaar nadien bevestigde het Gemeenschappelijk Hof van de Nederlandse Antillen en Aruba in hoger beroep de beschikkingen van de Minister.

Vervolgens vordert AVR (als cessionaris van CT) in de onderhavige civiele procedure op grond van artikel 6:104 BWNA (= art. 6:104 BW) ruim NAF 5 miljoen bij wijze van vergoeding van de schade die CT geleden heeft als gevolg van de ongeoorloofde tariefwijziging. Het Gerecht in eerste aanleg van de Nederlandse Antillen, zittingsplaats Curaçao, oordeelt dat Setel onrechtmatig heeft gehandeld door het tarief te verhogen en dat de schade begroot kan worden op een gedeelte van de door Setel behaalde winst. Ook in appel komt het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba tot die conclusie.

De Hoge Raad verwerpt het cassatieberoep. Allereerst herhaalt hij woordelijk de overwegingen die we ook al tegenkwamen in r.ov. 3.6 van het arrest *Huurder vs. Stichting Ymere* (zie hierboven). Dan vervolgt het arrest:

‘3.3.3 Onder “winst” in de zin van art. 6:104 dient te worden verstaan: ieder financieel voordeel dat de schuldenaar door zijn onrechtmatig handelen of tekortkoming heeft genoten. Een beperktere opvatting zou zonder goede grond tot gevolg kunnen hebben dat de bepaling niet zou kunnen worden toegepast, in het bijzonder indien de onderneming van schuldenaar niet winstgevend is. Voor de begroting van de winst in bovenvermelde zin moet worden uitgegaan van het netto-

voordeel, dat wil zeggen het voordeel dat resulteert na aftrek van de kosten en lasten die aan het verkrijgen daarvan verbonden zijn geweest. Evenals dat het geval is met de eerderevermelde winstafdracht op de voet van art. 2.21 lid 4 BVIE, gaat het daarbij in elk geval om de kosten en lasten – belastingen daaronder begrepen – die rechtstreeks samenhangen met het door het onrechtmatig handelen van de schuldenaar behaalde voordeel. Of in een concreet geval aanleiding bestaat om voor de bepaling van de winst ook andere – indirecte – kosten in aftrek te brengen, zoals de algemene kosten van de onderneming, is ter beoordeling van de rechter die de schade vaststelt, die daarbij alle omstandigheden van het geval in aanmerking kan nemen, waaronder de mate van verwijtbaarheid.

3.3.4 Op dit alles stuiten de klachten van de onderdelen 1 en 2 in hun geheel af. Het hof heeft niet miskend dat art. 6:104 BWNA een vorm van schadebegroting behelst. Anders dan de onderdelen 1.1-1.4 ingang willen doen vinden, is voor de toepassing van art. 6:104 niet vereist dat een verband bestaat tussen de aldus te begroten winst en de omvang van de schade van de benadeelde. De bedoelde winst behoeft dan ook niet ten koste van de benadeelde te zijn gemaakt. De klachten in de onderdelen 1.5 en 1.6 missen doel, nu niet kan worden gezegd dat het hof, dat, in cassatie onbestreden, heeft overwogen dat Setel onvoldoende heeft gesteld om te kunnen oordelen dat door haar handelwijze bij CT geen schade kan zijn ontstaan (rov. 4.6) en dat aannemelijk is dat door CT schade is geleden, maar dat de omvang daarvan niet valt vast te stellen (rov. 4.8 in verbinding met rov. 4.1 en rov. 3.8 van het vonnis in eerste aanleg), onvoldoende terughoudendheid heeft betracht bij zijn beslissing tot toepassing van art. 6:104. Evenmin kan worden gezegd dat de gekozen wijze van schadebegroting in het onderhavige geval niet het meest met de aard van de door CT geleden schade in overeenstemming is. Het hof heeft bovendien met de stellingen van Setel omtrent de omvang van de door CT geleden schade rekening gehouden door niet het volledige bedrag van de winst aan AVR toe te wijzen. Onderdeel 2.1 faalt omdat onjuist is de daaraan ten grondslag liggende opvatting dat beperking van geleden verlies niet als winst in de zin van art. 6:104 kan worden aangemerkt. De onderdelen 2.2-2.4 bouwen op de hiervoor ongegrond geoordeelde klachten voort. Onderdeel 2.5 mist feitelijke grondslag, onderdeel 2.6 faalt omdat het hof kennelijk en niet onbegrijpelijk geen aanleiding heeft gezien de bedoelde (indirecte) kosten in aftrek te brengen, nu het hier geen kosten betreft die verband houden met het door het onrechtmatig handelen van Setel behaalde voordeel.'

Noot

Over artikel 6:104 BW valt veel te zeggen dat niet past in het bestek van een annotatie. Daarom ga ik in deze annotatie slechts kort in op drie aspecten van deze twee arresten. Allereerst volgt een algemene uiteenzetting over het karakter van de 'winstafroming' ex artikel 6:104 BW en de voorwaarden waaronder die kan slagen. Daarna sta ik stil bij de vraag of en in hoeverre winstafroming een punitieve sanctie is, waarbij ik ook algemene opmerkingen maak over het sanctie-arsenaal van het vermogensrecht.¹ Ten slotte vraag ik aandacht voor het gegeven dat bij de toepassing van artikel 6:104 BW de betrokkenheid van meerdere partijen niet uit het oog verloren mag worden.

1 Over gebruik van het begrip 'sanctie' in het vermogensrecht bestaat geen overeenstemming. Zie vooral C.J.J.C. van Nispen, *Sancties in het vermogensrecht* (Mon. Nieuw BWA11), Deventer: Kluwer 2003, p. 1 e.v.; A.J. Verheij, *Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon* (diss. VU), Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002, p. 472-473; J. Kortmann en C. H. Sieburgh, 'Hand-

having door Nederlands privaatrecht', in: Arjan Scheltema e.a. (red.), *Preadviezen Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland*, Den Haag: BJU 2009, p. 252 e.v. Vgl. ook W.H. van Boom e.a. (red.), *Rake remedies. Opstellen over handhaving van rechten, naleving van plichten en sanctiëring van verkeerd gedrag in het privaatrecht*, Den Haag: BJU 2011, p. 16 e.v.

Karakter van en voorwaarden voor 'winstafroming' ex artikel 6:104 BW

De vordering uit artikel 6:104 BW mogen we van de Hoge Raad niet 'vordering tot winstafdracht' noemen. Omdat het daar toch wel verdacht veel op lijkt, zal ik mij licht verzetten en stiekem spreken van het recht op *winstafroming*.² Artikel 6:104 BW is, zo benadrukt de Hoge Raad, niet een vordering tot winstafdracht maar een uitwerking van de algemene regel van artikel 6:97 BW in de vorm van een abstracte schadeberekening: de rechter mag maar hoeft niet bij de schadebegroting de schade gelijk te stellen aan de genoten winst (of een deel daarvan). Zodoende komt het artikel de eiser tegemoet omdat hij de omvang van zijn schade niet hoeft aan te tonen, maar als vaststaat dat geen schade is geleden kan artikel 104 niet tot afroming leiden. Dat laatste werd al beslist door de Hoge Raad in *Waeyen-Scheers vs. Naus* (1993). Die zaak betrof een werknemer die na beëindiging van de arbeidsovereenkomst een non-concurrentiebeding schond. De vraag was of zijn werkgever afroming kon vorderen van de winst die de ex-werknemer had genoten door het schenden van het beding. Meer in het bijzonder was de vraag aan de orde of winstafroming ook bij wijze van schadevergoeding toegestaan was indien de werkgever in het geheel geen schade had geleden. Het antwoord van de Hoge Raad was terughoudend:

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

In *Waeyen-Scheers vs. Naus* werd dus als absoluut minimumvereiste gesteld dat er *enige* schade was geleden door de benadeelde. Immers, artikel 104 was een bepaling uit de schadevergoedingsafdeling 6.1.10 BW en moest als 'uitwerking voor een bijzonder geval van de algemene regel van artikel 6:97 BW' worden gezien. Maar tegelijk werd in *Waeyen-Scheers vs. Naus* de toepasselijkheid van artikel 104 alléén uitgesloten als er *bewijs* was dat geen schade

2 In de literatuur wordt toch ook nog wel van 'winstafdracht' gesproken; zie bijv. J. Spier e.a., *Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding*, Deventer: Kluwer 2009, p. 249.

3 HR 24 december 1993, *NJ* 1995, 421 (*Waeyen-Scheers vs. Naus*), rov. 3.4.

ontstaan kón zijn en dus leek het erop dat de Hoge Raad in feite de scherpe kantjes van het schadevereiste afgeslepen had. Immers, ‘enige vorm van schade’ is al snel aanwezig: ingeval van oneerlijke concurrentie is bijvoorbeeld zeker aannemelijk dat het marktaandeel negatief beïnvloed wordt, hoewel dat in werkelijkheid zeer moeilijk te bewijzen is. Dat bewijs hoeft echter niet geleverd te worden – als de rechter de stellingen van de eiser maar plausibel acht en de aangesprokene niet kan bewijzen dat in het geheel geen schade kan zijn geleden, kan het artikel worden gebruikt, zo volgde uit *Waeyen-Scheers vs. Naus*. De drempel voor uitsluiting van toepasselijkheid van artikel 104 leek dus hoog, maar in de nu besproken arresten wordt geoordeeld dat de rechter artikel 104 niet kan toepassen indien de aangesprokene *aannemelijk maakt* dat door de gedragingen geen schade kan zijn ontstaan. Niet langer wordt het zwaardere begrip ‘bewijs’ gebruikt. De positie van de aangesprokene lijkt dus in die zin te zijn verlicht (hoewel in de praktijk het verschil tussen bewijzen en aannemelijk maken niet altijd groot hoeft te zijn).⁴

Een eerste ingangsvereiste voor toepasselijkheid van artikel 104 is dus dat aannemelijk is dat enige vorm van schade is geleden. Dan ligt vervolgens een aantal flexibele regels gereed voor toepassing. Allereerst bij wijze van samenvatting een overzicht van de regels die in acht genomen moeten worden:

- Er moet sprake zijn van toerekenbaar onrechtmatig gedrag dan wel tekortschieten in de nakoming van een verbintenis;
- De rechter *kan* de door de eiser geleden schade begroten op de door de aangesprokene gemaakte winst (een discretionaire bevoegdheid dus);
- Er moet *condicio sine qua non*-verband tussen het handelen en de schade zijn en er moet voldoende verband zijn als bedoeld in artikel 6:98 BW; een bijzondere mate van verwijtbaarheid van het handelen is niet vereist maar die mate mag wel een rol spelen bij al dan niet toepassing van artikel 6:104 BW en bij bepaling van de omvang van de winstafroaming;
- Enerzijds: er hoeft geen verband te zijn tussen de omvang van winst en de omvang van de schade, de winst hoeft dus niet ten koste van de benadeelde te zijn gemaakt;
- Anderzijds: de winstafroaming is niet punitief van aard, en dus moet, als aannemelijk is dat de winst de omvang van de schade aanmerkelijk te boven gaat, het artikel *terughoudend* worden toegepast in die zin dat ‘een gedeelte van de winst’ afgeroomd mag worden (hoewel de rechter er niet op hoeft te letten of er een ‘reële verhouding’ is tussen nadeel en winst);

- Winst dient ruim te worden verstaan: *ieder voordeel* – ook beperking van geleden verlies⁵ – dat de aangesprokene heeft genoten *door* zijn toerekenbaar onrechtmatig gedrag dan wel tekortschieten in de nakoming van een verbintenis;
- Voor afroaming komt in aanmerking het netto-voordeel dat resulteert na aftrek van kosten, belastingen en lasten die rechtstreeks met het verkrijgen van het onrechtmatig voordeel verbonden zijn geweest;
- Het is aan de rechter voorbehouden om te beslissen of hij het in de gegeven omstandigheden passend acht om ook indirecte kosten, zoals de algemene kosten van de onderneming in aftrek te brengen; daarbij mag hij de mate van verwijtbaarheid verdisconteren (waarbij opzettelijk handelen tot de conclusie kan leiden dat die indirecte kosten niet afgetrokken mogen worden);
- Bij de begroting van de af te romen winst hoeft niet acht te worden geslagen op de vraag of de benadeelde die winst zelf ook zou hebben kunnen realiseren.

De indruk die dit alles achterlaat is dat de rechter veel ruimte krijgt om de omvang van de winstafroaming vast te stellen. De rechter moet uiteraard letten op het motiveren van zijn keuzes (zo *kan* hij op het netto-voordeel algemene bedrijfskosten in mindering brengen, en de keuze om dat wel of niet te doen zal gemotiveerd moeten zijn) en op het verantwoorden van de *omvang* van de winstafroaming (bijvoorbeeld als er een groot verschil tussen de omvang van de schade en de winst bestaat).

De ruimte die de rechter krijgt om te variëren maakt het niet makkelijk om het verloop van een vordering tot winstafroaming ex artikel 104 te voorspellen. Uiteraard zal de aangesprokene proberen aannemelijk te maken dat geen schade is ontstaan door de wanprestatie of fout, hij zal betwisten dat de winst in CSQN-verband staat met die wanprestatie of fout, hij zal er belang bij hebben om te stellen dat de omvang van de schade in wezen heel klein is en de winst heel groot (hoewel dat een stelling is die wel eens als een boemerang kan terugkeren), en dat er nauwelijks verwijtbaarheid in het spel is. Uiteraard zal de eiser het tegendeel van dit alles willen poneren, en daarnaast heeft hij er wellicht ook belang bij om, als hij inschat dat de schade kleiner is dan de behaalde winst, de exacte omvang van zijn schade zo vaag mogelijk te houden. Dat kan zijn kansen op toepassing van artikel 104 vergroten.⁶

De ruimte die de rechter heeft, accentueert evenzeer het weinig scherpe karakter van artikel 104.⁷ Het ‘gewone’ schadevergoedingsrecht gaat er vanuit dat aansprakelijkheid verplicht tot vergoeding van geleden schade. Daarbij wordt dus gekeken naar het vermogensnadeel dat de ei-

4 De aanzet hiertoe werd gegeven door concl. A-G Spier bij *Setel NV vs. AVR Holding NV*, nr. 4.8.2, die terecht licht zag tussen de bewoordingen uit *Waeyen-Scheers vs. Naus* en HR 16 juni 2006, C04/327HR, LJN: AU8940, NJ 2006, 585 (Kecofa/Lancome). De Hoge Raad reageert op de conclusie van A-G Spier zoals in de hoofdtekst omschreven.

5 Parl. Gesch. Inv. Boek 6, p. 1269 stelt overigens

dat beperking van verlies niet onder ‘voordeel’ valt. Vgl. concl. A-G Spier bij *Setel NV vs. AVR Holding NV*, nr. 4.13 e.v.

6 J. Spier, *Schadevergoeding: algemeen, deel 3 (Mon. Nieuw BW B36)*, Deventer: Kluwer 1992, p. 62-63 wees er al op dat art. 104 tot vage stellingen omtrent de omvang van de schade dan wel tot het opblazen van het gevorderde aanleiding kon geven.

7 Over dat weinig scherpe karakter J. Spier, *Schadevergoeding: algemeen, deel 3 (Mon. Nieuw BW B36)*, Deventer: Kluwer 1992, p. 54 e.v.; J.G.A. Linssen, *Voordeelsafgifte en ongerechtvaardigde verrijking (een rechtsvergelijkende beschouwing)*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2001, p. 321, p. 332 e.v., alsook concl. A-G Spier bij *Setel NV vs. AVR Holding NV*, nr. 4.5.1 e.v.

ser is toegebracht en niet naar het vermogensvoordeel dat de gedaagde met zijn wanprestatie of fout heeft weten te realiseren. Bij artikel 104 is dat fundamenteel anders en wordt slechts met een schuin oog naar de geleden schade gekeken om vervolgens te concentreren op winstafroming. Is dat nog schadevergoeding? In de parlementaire geschiedenis worden verschillende opvattingen over het karakter van artikel 104 naar voren gebracht, zonder dat een duidelijke keuze wordt gemaakt. Er wordt bijvoorbeeld gesteld: ‘Dogmatisch zou men eraan kunnen twijfelen of hier nog sprake is van vergoeding van “schade” (...) Om technische redenen is er echter de voorkeur aan gegeven om hier van schadevergoeding te blijven spreken (...)’. En bovendien wordt ook geopperd dat de winstafroming een vorm van abstracte schadevergoeding zou zijn.⁸ Bij abstracte schadeberekening is het mogelijk om een vergoeding toe te kennen ook al is in werkelijkheid minder, geen of niet vergoedbare schade geleden en om de omvang van de vergoeding af te stemmen op objectieve factoren (bijvoorbeeld: de gemiddelde kosten van professionele huishoudelijke hulp vergoeden aan een naaste die een gekwetste bijstaat zonder aanspraak te maken op vergoeding). De abstractie die hier in het spel is, heeft een andere aard: zij knoopt niet aan bij wat in abstracto aan schade geleden zou kunnen zijn maar wat in concreto aan winst is gemaakt.

Dat artikel 104 niet scherp omlind is, zien we ook in een andere opmerking van de wetgever, waar deze stelt dat aan artikel 104 het beginsel ten grondslag ligt dat het onredelijk is dat de ten koste van een ander verkregen winst bij de verkrijger blijft terwijl door die ander vermoedelijk wel schade is geleden maar deze *naar haar aard* niet goed bewijsbaar is, zoals het geval is bij oneerlijke concurrentie.⁹ Wanneer is schade naar haar aard niet goed bewijsbaar? Als hier wordt bedoeld op de onmogelijkheid om schade exact vast te stellen, zoals dat bij puur economische schade nog wel eens het geval kan zijn, dan is niet uitgesloten dat hetzelfde obstakel bestaat voor ‘bewijs’ van de winst. Denk bijvoorbeeld aan de winst die een kartel maakt door een nieuwkomer op de markt te dwarsbomen. Bij de begroting van het extra netto-voordeel dat daarmee door de karteldeelnemers is behaald, moeten vergelijkbare economische modelleerwerkzaamheden worden verricht als bij het bepalen van de schade (en moet worden gewerkt met assumpties over marktaandeelontwikkeling).¹⁰ Bovendien geldt dat als de schade niet eenvoudig is vast te stellen, de rechter mag schatten. Daar is artikel 104 niet voor nodig.¹¹ Ook uit de toepassing van artikel 104 op gevallen waarin bepaalde schadeposten als zodanig heel wel naar de aard bewijsbaar zijn (denk aan de verboden onderhuur, waarin de kantonrechter toch

bijzonder precies de directe schade, te weten de ontgane huurreevenuen, kon berekenen) volgt dat in werkelijkheid artikel 104 niet beperkt is tot ‘naar de aard’ moeilijk te bewijzen schadeposten. Ook wanneer, zoals in de Ymere-zaak, de directe schade goed te berekenen valt, is er soms toch aanleiding om voor winstafroming te kiezen. Bijvoorbeeld wanneer de winst hoger is dan de directe schade terwijl de indirecte schade eigenlijk niet te begroten is of langs de randen van het recht zou wegglijden (bijv. omdat indirecte, moeilijk te kwantificeren schade in een te ver verwijderd verband (art. 6:98 BW) met de verboden handeling staat).

Punitieve en niet-punitieve winstafroming

Kortom: artikel 104 ‘heeft iets met schadevergoeding van doen’ maar de precieze band is niet scherp omlind. Wel is de Hoge Raad heel helder in wat artikel 104 *niet* is: artikel 104 heeft geen punitief karakter. Vanwege dat niet-punitieve karakter kan het artikel ‘gewoon’ worden toegepast zonder nadere eisen aan de verwijtbaarheid van het handelen te stellen, maar tegelijk is het de rechter wel toegestaan om aan de mate van verwijtbaarheid gewicht toe te kennen bij het bepalen van de omvang van de af te romen winst. Het niet-punitieve karakter verplicht de rechter ook – aldus de Hoge Raad – om de verhouding van de winst te relateren aan de (vermoedelijke) omvang van de schade: liggen die twee mijlenver uiteen, dan moet de rechter zich afvragen of hij niet slechts een deel van de winst moet afromen. Zou hij dat niet doen, zo begrijp ik de Hoge Raad, dan zou de maatregel wel eens een punitief karakter kunnen krijgen.

Hoe moeten we dat interpreteren? Wat is dat eigenlijk, een punitieve sanctie? De Hoge Raad wijst er in dit verband op dat in de vordering tot winstafdracht van artikel 2.21 lid 4 BVIE wél een punitieve maatregel besloten ligt. Bij merkinbreuk te kwader trouw kan de rechter, op vordering van de merkhouders, de inbreukmaker tot winstafdracht veroordelen, al dan niet naast schadevergoeding.¹² Over het karakter van die vorm van winstafroming stelt de Hoge Raad dat deze afwijkt van de ratio van artikel 6:104 BW. Daarbij verwijst hij naar een uitspraak van het Benelux Gerechtshof (BenGH) van 24 oktober 2005, nr. A2004/5 om onderscheid te maken tussen winstafroming als punitieve maatregel en als niet-punitieve maatregel. In de uitspraak van het BenGH betrof het de vraag hoe het begrip ‘winst’ moest worden uitgelegd. De inbreukmaker had bepleit dat van de brutowinst eerst de bedrijfskosten afgetrokken moesten worden en dat de afdracht dus alleen de nettowinst onderwerp van afroming kon zijn. Het BenGH oordeelde echter dat het gaat:

8 Parl. Gesch. Boek 6 Inv., p. 1267 e.v.

9 Zie de vorige noot.

10 De opmerking van de wetgever kan niet zien op de vraag of er überhaupt schade is geleden, want dat is juist een ingangsvoorwaarde voor toepassing van art. 104.

11 Denkbaar (maar niet heel waarschijnlijk) is nog dat bedoeld wordt dat het kan gaan om nadeel

dat normaliter niet spoedig voor vergoeding in aanmerking komt, zoals (immateriële) ‘schade’ door het ervaren van ernstig ongenoegen, ergernis, tijdverspilling, privacy-schending.

12 Art. 2.21 lid 4 Benelux Verdrag inzake de intellectuele eigendom (BVIE) bepaalt: ‘Naast of in plaats van een vordering tot schadevergoeding, kan de merkhouders een vordering instellen tot

het afdragen van ten gevolge van het in art. 2.20, lid 1, bedoelde gebruik genoten winst alsmede tot het afleggen van rekening en verantwoording dienaangaande. Indien de rechter van oordeel is dat dit gebruik niet te kwader trouw is of dat de omstandigheden van het geval tot zulk een veroordeling geen aanleiding geven, wijst hij de vordering af.’

‘om de gedachte dat de onderneming die te kwader trouw onrechtmatig van een merk gebruik heeft gemaakt, ontmoedigd dient te worden opnieuw merkinbreuk te plegen. Daarom komen uitsluitend belastingen en kosten die rechtstreeks samenhangen met de verkoop van de desbetreffende waren voor aftrek in aanmerking. Immers, zouden van de winst ook andere kosten zoals de algemene kosten, die de gehele onderneming betreffen, worden afgetrokken dan zou deze onderneming voordeel trekken van het onrechtmatige gebruik en zou de verrijking die het gevolg is van de schending van de rechten van de merkhouders niet ongedaan worden gemaakt, hetgeen tegen de bedoeling van deze wetsbepaling indruist.’

De verwijzing door de Hoge Raad naar deze uitspraak van het BenGH lijkt me geen bewijs van het punitieve karakter van artikel 21 BVIE. Immers, ook bij toepassing van het ‘niet-punitieve’ artikel 104 is het de rechter toegestaan om de algemene bedrijfskosten te negeren en niet af te trekken van het behaalde netto-voordeel. Bovendien: dat met een winstafroaming wordt beoogd inbreuk te kwader trouw tegen te gaan, zegt nog niets over het punitieve karakter van de bepaling. Dat heeft te maken met de inhoud van het begrip ‘punitief’, waarover hierna meer.

De Hoge Raad benadrukt overigens terecht dat artikel 6:104 BW (naar geldend recht) een niet-punitief karakter heeft. Noch de verrijkingsafdracht ex artikel 6:212 BW noch de winstafroaming ex artikel 6:104 BW hebben een punitief oogmerk. Zeker als met ‘punitief’ wordt bedoeld op opzettelijke leedtoevoeging met het oogmerk van generale en specifieke preventie,¹³ kan daarvan niet worden gesproken. Iemand iets ontnemen omdat het de vrucht van zijn onrechtmatige gedraging is, is als zodanig net zomin een punitieve maatregel als het verplichten tot schadevergoeding.¹⁴

Belangrijker verschil tussen de winstafroaming in het merkenrecht en in artikel 104 – en ik vermoed dat de Hoge Raad daar het oog op heeft – is dat bij de eerstgenoemde categorie van gevallen soms samenloop van winstafroaming én schadevergoeding kan plaatsvinden.¹⁵ Dat

zou bij artikel 104 BW niet kunnen. Maar kan een dergelijke cumulatie dan als punitief worden gekarakteriseerd? Ik ben er niet zeker van. In mijn definitie is een sanctie punitief van aard als deze beoogt leed toe te voegen met het doel van specifieke (en mogelijk generale) preventie en retributie.¹⁶ Als dus twee ‘herstelsancties’ cumulatief worden opgelegd, dat wil zeggen de vergoeding van de geleden schade én afdracht van de genoten winst, is dan wel sprake van een punitieve sanctie? Allereerst denk ik dat hierbij onderscheid gemaakt moet worden tussen het *effect* van de sanctie zoals de ontvanger deze ervaart en de objectieve *strekking* van de sanctie. Vanuit het doel van de sanctie bezien lijkt me dat het laatste belangrijker dan het eerste.¹⁷ Daarnaast denk ik dat als een sanctie er toe strekt om bepaalde onrechtmatige handelingen tegen te gaan, dat nog niet betekent dat de sanctie punitief is. Een herstelsanctie zoals de verbodsactie onder dwangsom strekt er bijvoorbeeld toe om onrechtmatige handelingen tegen te gaan, maar beoogt niet te straffen. In mijn definitie van ‘punitief’ is dus zelfs het cumuleren van winstafroaming én schadevergoeding nog niet per definitie punitief.¹⁸ Duidelijk is dat deze cumulatie ertoe kan leiden dat de aangesprokene in een aanmerkelijk slechter positie geraakt terwijl de eiser mogelijkerwijs in een aanmerkelijk voordeliger positie kan komen te verkeren. Afgezien van de vraag of dat wenselijk is, het is (voor mij) een andere kwestie dan die van het punitieve karakter van de winstafroaming.¹⁹ Ik geef een voorbeeld: concurrent A stelt concurrent B opzettelijk in een kwaad daglicht, met winst voor A als gevolg en imagoschade en omzetvermindering voor B. B vordert winstafdracht en vergoeding van de imagoschade. Ik sluit niet uit dat deze vorderingen kunnen cumuleren onder Afd. 6.1.10 BW, en in elk geval zou cumulatie niet punitief van aard zijn.

Ook in het strafrecht is de ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel een maatregel die gezien

13 In het bestuursrecht wordt een sanctie als punitief beschouwd voor zover deze beoogt de overtreder leed toe te brengen; zie *Kamerstukken II 2003/04, 29 702* (Vierde Tranche Awb), nr. 3, p. 83; W. Konijnenbelt en R.M. van Male, *Van Wijk / Konijnenbelt & Van Male – Hoofdstukken van bestuursrecht*, Den Haag: Elsevier Juridisch 2008, p. 459. Voor de strafrechtelijke typologie, zie G.J.M. Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 2. Vgl. bijv. ook de beschouwingen van H. Honsell, ‘Der Strafgedanke im Zivilrecht – ein juristischer Atavismus’, in: Lutz Aderhold, Barbara Grunewald, Dietgard Klingberg, Walter G. Paefgen (red.), *Festschrift für Harm Peter Westermann*, Köln: Dr. Otto Schmidt Verlag 2008, p. 315 e.v., die kort de verschillende straftheorieën en hun plaats in het privaatrecht (geen!), aldus Honsell) bespreekt. Zie ook de verwijzingen bij W.H. van Boom, *Efficacious Enforcement in Contract and Tort (inaugural lecture EUR)*, The Hague: BJu 2006, p. 13 e.v. (waarbij ik aanteken dat ik hetgeen ik op p. 13 stel over punitieve elementen in het licht van deze annotatie bij nader inzien te weinig scherp geformuleerd acht: dat met een schadevergoedingsmaatregel afschrikking wordt beoogd maakt deze nog niet per definitie punitief, zo meen ik thans).

14 Vgl. W. H. van Boom en M.H. Wissink, *Aspecten*

van ongerechtvaardigde verrijking (preadviezen Vereniging voor Burgerlijk Recht), Deventer: Kluwer 2002, p. 109-110, met verdere vindplaatsen.

15 Ook in het IE-recht is cumulatie niet altijd aan de orde. Art. 27a Auteurswet heeft dezelfde grondslag als art. 6:104 BW, aldus HR 16 juni 2006, C04/327HR, LJN: AU8940, NJ 2006, 585 (Kecofa/Lancome). Bovendien laat HR 14 april 2000, NJ 2000, 489 niet onbeperkte cumulatie van schadevergoeding (in de vorm van gedeerde licentiekosten) en winstafdracht toe bij merkinbreuk. Vgl. ook HR 8 december 2006, LJN: AY8286: ‘(...) dat indien, zoals hier, behalve vergoeding van schade (in dit geval bestaande in de door de auteursrechthebbende gedeerde winst), tevens afdracht wordt gevorderd van de door de inbreukmaker genoten winst, slechts één van beide vorderingen voor toewijzing vatbaar is, met dien verstande dat de rechter de hoogste van beide vorderingen zal dienen toe te wijzen’.

16 Daarom zijn de definities die men in de Nederlandse literatuur van het begrip ‘punitieve damages’ en ‘privaatrechtelijke boete’ tegen komt, te ruim. Ze omvatten soms meer dan alleen opzettelijke leedtoevoeging. Zie bijv. S.D. Lindenberg, *Smartengeld (diss. Leiden)*, Deventer: Kluwer 1998, p. 31-33; S.D. Lindenberg, *Schadevergoeding: algemeen, deel 1 (Mon. BW B34)*, Deventer:

Kluwer 2008, p. 15-16; P.C. Adriaanse e.a., ‘Het EVRM-kader voor invoering van punitieve damages in mededingingszaken’, *NTBR* 2008, p. 275-276. Opmerkelijk genoeg kwam ik in het slothoofdstuk van het boek van Helmut Koziol en Vanessa Wilcox (red.), *Punitive damages: common law and civil law perspectives*, Vienna/New York: Springer 2009, p. 275 e.v. niet zo snel een algemeen gehanteerde definitie van ‘punitieve damages’ tegen.

17 Vgl. W. Konijnenbelt en R.M. van Male, *Van Wijk / Konijnenbelt & Van Male – Hoofdstukken van bestuursrecht*, Den Haag: Elsevier Juridisch 2008, p. 461.

18 Of dat voor toepassing van art. 6 EVRM ook zo is, laat ik even daar. Vgl. daarover voor bestuursrechtelijke herstelsancties W. Konijnenbelt en R.M. van Male, *Van Wijk / Konijnenbelt & Van Male – Hoofdstukken van bestuursrecht*, Den Haag: Elsevier Juridisch 2008, p. 462 e.v. Voor de vraag of ‘punitieve damages’ als criminal charge in de zin van art. 6 EVRM gezien moeten worden, zie P.C. Adriaanse e.a., ‘Het EVRM-kader voor invoering van punitieve damages in mededingingszaken’, *NTBR* 2008, p. 280 e.v.

19 Zie echter voor nuancering van het onderscheid tussen straffen en herstellen M.J. Borgers, *De ontnemingsmaatregel (diss. Tilburg)*, Den Haag: BJu 2001, p. 76-85.

moet worden als een sanctie naast/los van bestraffing.²⁰ Ontneming in het strafrecht moet, net als de verrijkingsafdracht (art. 6:212 BW) en winstafroming (art. 6:104 BW) in het privaatrecht, primair gezien worden als een 'herstelsanctie', zoals dat in het bestuursrecht is gaan heten.²¹ Niet leedtoevoeging maar ongedaan maken van de ontstane situatie staat daarbij centraal, net zo goed als dat bij vergoeding van geleden schade het geval is. Het verschil is vooral dat niet zozeer de omvang van de benadeling van de benadeelde maar juist de omvang van de bevoordeling van de aangesprokene centraal komt te staan. Toch zijn beide sancties op ongedaanmaking gericht. Overigens kan ook een herstelsanctie als ultiem doel hebben het tegengaan van overtredingen: door winst af te romen kan zeker worden beoogd om het lucratieve karakter en daarmee een van de prikkels voor overtreding, weg te nemen. Dat maakt het nog niet een punitieve sanctie.²²

Resumerend zou men zich de verhouding tussen herstelsanctie en strafsanctie schematisch zo kunnen voorstellen:

	Herstelsanctie ²³	Punitieve sanctie
Privaatrecht	<ul style="list-style-type: none"> – Verbod en gebod (onder dwangsom) – Met de nadruk op ongedaan maken schade: schadevergoeding (art. 6:95 BW) – Met de nadruk op ongedaan maken voordeel: verrijkingsafdracht (art. 6:212 BW), winstafroming (art. 6:104 BW) 	
Bestuursrecht	Herstelsanctie: <ul style="list-style-type: none"> – Last onder dwangsom (art. 5:31d Awb) – (last onder) Bestuursdwang (art. 5:21 Awb) 	Bestraffende sanctie: <ul style="list-style-type: none"> – Bestuurlijke boete
Strafrecht	Maatregel ter herstel van de rechtmatige toestand: <ul style="list-style-type: none"> – Ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel (art. 36e Sr.) – Schadevergoedingsmaatregel (art. 36f Sr.) 	Straf: <ul style="list-style-type: none"> – Geldboete – Vrijheidsontneming

Winstafroming en meerdere benadeelden

Een nog niet geheel onderkende complicatie die zich voordoet bij winstafroming na wanprestatie of fout, is de volgende. Als iemand schade heeft geleden, is het de schade die hem aanspraak geeft tot vergoeding. Die identificatie van de gerechtigde is niet altijd zo eenvoudig bij winstafro-

ming. Denk aan een huurder die in strijd met de huurovereenkomst hennep kweekt, daarbij schade toebrengt aan de verhuurder, omwonenden en het plaatselijke nutsbedrijf in de zin van overlast, stank, onveiligheidsgevoel en schade aan de woning en elektriciteitsinrichting. Er zijn dan dus meerdere benadeelden met moeilijk te begroten schade (zo zullen zij benadrukken), terwijl de totale winst die gemaakt is met de plantage redelijk eenvoudig is te berekenen. Als nu slechts de verhuurder een procedure start en daarbij bij wijze van schadevergoeding winstafroming vordert, is het van belang te voorkomen dat daarbij niet het gras voor de voeten van de anderen wordt weggemaaid. Ik neem tenminste aan dat in de opvatting van de Hoge Raad het afdragen van de totale winst aan één benadeelde ertoe leidt dat niet nogmaals tot winstafroming overgegaan kan worden.²⁴ Zou dat niet zo zijn, dan moet elke aangesprokene die tot winstafroming wordt gedwongen, op zijn hoede zijn: zou hij alle winst aan één benadeelde moeten afstaan terwijl te voorzien is dat ook anderen aanspraak kunnen maken op ofwel schadevergoeding ofwel winstafroming, dan verkeert hij in 'double jeopardy' (of triple etc.). In zaken als die van *Setel NV vs. AVR Holding NV* is dat een voorspelbaar probleem: door te handelen in strijd met marktregels kunnen concurrenten schade lijden, maar (indirect) ook consumenten.²⁵ Stel dat een onderneming een oneerlijke handelspraktijk verricht die veel klanten weglukt bij de concurrent. Tegenover die concurrent is onrechtmatig gehandeld en hij vordert – omdat zijn schade moeilijk is vast te stellen – winstafroming van het nettovoordeel. Hij krijgt tot in drie instanties gelijk. Vervolgens vorderen consumenten die op het verkeerde been zijn gezet, massaal (en met succes) de vernietiging van de contracten die zij met de onderneming zijn aangegaan: weg is het nettovoordeel voor de onderneming. Terwijl het nettovoordeel al weg was, namelijk afgeroomd!

Kortom: als concurrenten bij wijze van schadevergoeding winstafroming mogen vorderen, zijn consumenten nog niet schadeloos gesteld. Hun eventuele vordering (uit welken hoofde dan ook) blijft ongemoeid, zo lijkt mij. In die meerpartijenconstellatie ligt bij de toepassing van artikel 104 in geïsoleerde zaken een gevaar van verkeerde uitkomsten op de loer. Dat moge in zeker opzicht een gevolg zijn dat inherent is aan het procesrecht (het gezag van gewijsde werkt alleen tussen partijen), maar in een ander opzicht is het ook inherent aan een 'winstafroming' die schadevergoeding heet te zijn: strikt genomen vordert elke benadeelde immers vergoeding van zijn eigen schade en niet die van een ander.

²⁰ Zie voor de strikte scheiding tussen vermogensstraf en vermogensmaatregel: *Kamerstukken II* 1989/90, 21 504, nr. 3, p. 8.

²¹ F.C.M.A. Michiels en B.W.N. de Waard, *Rechterlijke toetsing van bestuurlijke punitieve sancties*, Den Haag: BJu 2007, p. 13 e.v. definiëren herstelsanctie als een sanctie die ertoe strekt een overtreding te beëindigen, herhaling te voorkomen en/of de gevolgen van een reeds gepleegde overtreding weg te nemen.

²² Een vermogensstraf (boete) waarvan men de hoogte mede afstemt op het genoten voordeel

(bijv. de 'winstafromende geldboete' als bedoeld in HR 18 mei 1999, *NJ* 2000, 105), lijkt in dit verband vlees noch vis. Vgl. uitgebreid M.J. Borgers, *De ontnemingsmaatregel* (diss. Tilburg), Den Haag: BJu 2001, p. 79.

²³ Vgl. de definitie in art. 5:2 Awb: een (...) sanctie die strekt tot het geheel of gedeeltelijk ongedaan maken van een overtreding, tot het voorkomen van een overtreding, dan wel tot het wegnemen of beperken van de gevolgen van een overtreding.

²⁴ Vgl. W. VerLoren van Themaat en M. Haak, *De mogelijkheden voor civielrechtelijke handhaving*

van de mededingingsregels in Nederland – Een inventarisatie in opdracht van het Ministerie van Economische Zaken, Amsterdam: Houthoff Buruma 2005, p. 58; E.-J. Zippro, *Privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 384.

²⁵ Overzicht van de betrokken benadeelden bij kartelvorming biedt E.-J. Zippro, *Privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 372-373.

Dit probleem is niet eenvoudig op te lossen (tenzij in een collectieve afwikkeling).²⁶ Als winstafroming als schadevergoedingsmaatregel gezien moet worden, dan zou wellicht kunnen worden gezegd dat meerdere personen tot dezelfde schadevergoeding gerechtigd zijn en dat dus in zoverre sprake is van gemeenschappelijke gerechtigdheid tot één en dezelfde vordering. Dan zou inning door de één er mogelijk toe leiden dat de andere gerechtigden via hem verdeling moeten zien te realiseren.²⁷ Voor de aangesprokene heeft dat onmiskenbaar voordelen: door één keer de afroming te ondergaan, is hij van de andere aanspraken af. Vanuit de benadeelden gezien is dat natuurlijk een onaantrekkelijke benadering: wie het eerst komt, die het eerst maakt. Waarschijnlijker lijkt mij daarom dat elk van de

benadeelden een eigen recht heeft uit artikel 6:95 BW e.v., zodat in theorie geen overlap bestaat. In de praktijk echter zullen wel verdelingsvraagstukken spelen. Een rechter die met toepassing van artikel 6:104 BW tot winstafroming overgaat, moet zich realiseren dat ook anderen claims zouden kunnen indienen en dat toepassing van het artikel tot voorzichtige ‘deelafroming’ aanleiding kan geven. Maar ook de aangesprokene die geconfronteerd wordt met artikel 104, zal tijdig en gemotiveerd openheid van zaken moeten geven over eventuele andere (te verwachten) schadeclaims om te voorkomen dat hij in eventuele opvolgende procedures tegenover andere benadeelden klem komt te zitten.²⁸ Daarmee schuilt in de flexibiliteit van winstafroming ook het gevaar van kort gezegd te veel of te weinig afromen. ■

²⁶ E.-J. Zippo, *Privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 385, wijst ook nog op incidentele voeging en

zekerstelling, maar lijkt te concluderen dat collectieve actie de beste kaarten heeft.
²⁷ Dit is naar de letter van de wet niet de hoofdregel.

Zie art. 6:15 BW.
²⁸ In *Setel NV vs. AVR Holding NV* speelt dit punt. Zie concl. A-G Spier, nr. 5.2.1.