

Toepassingsmogelijkheden voor winstafdracht ex art. 6:104 BW

Titia Deurvorst¹

1. Inleiding

Om verschillende redenen is het jaar 2022 een jubileumjaar te noemen.

Constant heeft de pensioengerechtigde leeftijd bereikt en zelfs met meerdere jaren overschreden, overigens zonder merkbare vermindering van zijn werklust en productiviteit. Daarnaast bestaat het Nieuw Burgerlijk Wetboek inmiddels 30 jaar.

Dit vormt de aanleiding tot een terugblik op het functioneren van het in 1992 ingevoerde art. 6:104 BW en een visie op nieuwe toepassingsmogelijkheden.²

Nationaal maar ook internationaal gezien³ was de lancering van art. 6:104 BW in 1992 een novum: één algemene wettelijke voorziening voor de begroting van schade op genoten winst bij onrechtmatige daad of een tekortkoming in de nakoming van een verbintenis, zulks ter discretie van de rechter. Het concept dat het niemand moet worden toegestaan winst te genieten ten gevolge van door hem begaan onrecht, was wel bekend. Het stamde uit de common law maar werd op bepaalde rechtsterreinen ook al enige tijd gebruikt in Duitsland.

De Nederlandse wetgever had in een late fase van de totstandkoming van het NBW alsnog gehoor gegeven aan de wens van een aantal schrijvers, waaronder Haardt en Herrmann. Zij vonden het onbevredigend – met name bij inbreuk op intellectuele eigendom en ongeoorloofde mededinging – dat het recht niet principieel de inbreukmakers het onrechtmatig verkregen profijt ontnam.⁴ Ook de onrechtmatige boulevardjournalistiek was zo'n terrein waar art. 6:104 BW mogelijk goede diensten zou bewijzen, evenals de schending van een concurrentiebeding en het onbevoegd verhuren van een zaak.⁵

We zijn inmiddels drie decennia verder. De vraag rijst wat er uitgekomen is van deze wensen. Vervalt art. 6:104 BW inderdaad de beoogde functie? Bestaat er aanleiding winstafdracht ex art. 6:104

1 Titia Deurvorst is advocaat te Amsterdam.

2 Art. 104 BW luidt:

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.

3 Zie A. Ruda-Conzález, 'Comparative perspectives on disgorgement of profits in tort and contract', hoofdstuk 7 in: Z. Slavkoper en I. Tot (red.), *EU Private Law and the CISG*, Londen: Routledge 2022 en E. Hondius, A. Janssen (red.), *Disgorgement of Profits, Gain-based remedies throughout the world*, Berlijn; Springer 2015.

4 Zie daarover R.A. Salomons, *Schadevergoeding: zaakschade* (Mon. Nieuw BW B38), Deventer: Kluwer 1993, p. 61-62.

5 Behalve de regeling van art. 6:104 werden rond de jaren '90 nog verschillende andere winstafdracht-regelingen ingevoerd op specifieke IE-rechtsterreinen zoals het auteurs-merken- en modellenrecht.

BW breder in te zetten, zoals bijvoorbeeld bij de tegenwoordig alom voorkomende schending van portretrechten en andere persoonlijkheidsrechten door de techreuzen?

2. Vervult 6:104 BW de beoogde functie?

Ten tijde van de introductie van art. 6:104 BW was het NBW allesbehalve goed ingericht voor een taxonomische inpassing van winstafdracht bij onrechtmatige daad of een tekortkoming in de nakoming van een verbintenis. Afdeling 6.1.9 NBW was alleen gericht op het schadeloos stellen van de benadeelde bij onrechtmatige daad of een tekortkoming in de nakoming van een verbintenis. Die beperking is een overblijfsel uit het Romeinse recht. Waarschijnlijk is dit er de reden van dat de formulering door de wetgever van art. 6:104 BW heel ongelukkig uitviel: er kan namelijk letterlijk geen sprake zijn van het ‘begroten’ van schade, als deze fictief wordt gesteld op de winst van de benadeelde of op een deel daarvan. De eenheden schade en winst staan los van elkaar. Noch de omvang van schade is relevant voor de omvang van winst noch vice versa. Dit onoplosbare probleem speelt overigens wereldwijd waar men voorziet in de afdracht van winst bij wijze van schadevergoeding.⁶

In samenhang met een zwalkende duiding van het rechtskarakter door de wetgever in de toelichende parlementaire stukken ging de toepassing van art. 6:104 BW in de praktijk dan ook lange tijd gebukt onder deze innerlijke tegenstrijdigheid; de rechtspraak in de periode tot 2010 laat zien dat een beroep op art. 6:104 BW in de regel door de rechter werd afgewezen omdat eiser zijn schade onvoldoende aannemelijk had gemaakt of omdat de rechter de winst geen goede maatstaf vond voor de geleden schade.⁷

Op het terrein van de intellectuele eigendom werden rond de jaren '80-'90 verschillende losse winstafdracht regelingen ingevoerd met een – op de meeste IE-terreinen – minder obscure terminologie dan die van art. 6:104 BW. Winstafdracht is daar inmiddels een zekere rol van betekenis gaan spelen in de rechtspraak. Echter zelden komt het tot een uitvoerig gemotiveerde winstberekening door de rechter of de toewijzing van navenante bedragen.⁸ Wat betreft dat laatste feit: ongetwijfeld speelt mee dat het civiele recht er niet voor is bedoeld dat een civiele partij een enorme financiële meevaller in de schoot krijgt geworpen door bijvoorbeeld de toevallige omstandigheid dat de aansprakelijke partij een groot bedrijf is.

Winstafdracht lijkt met name een geschikt onderhandelings instrument te zijn geworden in de intellectuele eigendom. De aansprakelijke partij zal linksom of rechtsom – hetzij uit hoofde van haar plicht tot het afleggen van rekening en verantwoording⁹ hetzij ingevolge art. 6:2 BW¹⁰ – (enig) inzicht moeten geven in de winst die zij heeft genoten ten gevolge van het begane onrecht. Het moge duidelijk zijn dat dit voor menig bedrijf een zeer onaantrekkelijke sanctie is indien deze

6 Zie A. Ruda-Conzález, 'Comparative perspectives on disgorgement of profits in tort and contract', hoofdstuk 7 in: Z. Slakoper en I. Tot (red.), *EU Private Law and the CISG*, Londen: Routledge 2022 en E. Hondius, A. Janssen (red.), *Disgorgement of Profits, Gain-based remedies throughout the world*, Berlijn; Springer 2015.

7 T.E. Deurvorst, 'Winstafdracht: einde aan slapend bestaan van art. 6:104 BW', *VRA* 2010/3.

8 GS Schadevergoeding, aant. 14.2.1 ev bij art. 6:104 BW (Tigelaar); C.J.J.C. van Nispen, *Sancties in het vermogensrecht* (Mon. BW A11), 2018/29.

9 Zie bijv. art. 27a Aw, 70 lid 5 ROW 1995, 2.21 lid 4 en 3.17 BVIE.

10 In de gevallen waarin geen plicht bestaat tot het afleggen van rekening en verantwoording zoals bijv. art. 27a Aw en 6:104 BW.

als nevenvordering tegen hem wordt toegewezen. Bovendien vormt het vooruitzicht voor beide partijen van een zeer complexe en kostbare procedure vanwege de hypothesen gepaard gaande met de winstberekening en toedeling, en de onzekere uitkomst daardoor, een prikkel zich naar de onderhandelingstafel te bewegen.

Op het terrein van de illegale onderverhuur van sociale woningen bestond rond de eeuwwisseling grote behoefte de sociale woningbouwvereniging te versterken met een effectief middel om dit verschijnsel aan te pakken. Het Amsterdamse hof vernietigde de uitspraak van de kantonrechter dat de schade van Ymere enkel bestond uit het verschil tussen de huurprijs die zij haar huurder rekende en die welke zij middels huurverhogingen na beëindiging van die huur (wegens de illegale onderverhuur) in rekening had kunnen brengen:

“Het is een feit van algemene bekendheid dat contractueel verboden onderverhuur van sociale woningen, waarvan ook in dit geval sprake is, in Amsterdam op grote schaal voorkomt. Dit heeft tot gevolg dat deze huurwoningen worden onttrokken aan de doelgroepen waarvoor zij door de verhurende woningcorporatie, in dit geval Ymere, zijn bestemd. De hierdoor veroorzaakte schade van Ymere, zoals door haar toegelicht en aannemelijk gemaakt, bestaat uit de aanzienlijke extra kosten die zij moet maken om in voldoende mate de nadelen op te heffen die aan (grootschalige) onderverhuur verbonden zijn in verband met het realiseren van haar doelstellingen. Die kosten houden onder meer verband met het sneller dan thans het geval is realiseren van de beschikbaarheid van (extra) woningen in de sociale sector om in de woonbehoeften van de doelgroepen te kunnen voorzien, alsmede met het volgens haar taakopvatting blijven waarborgen van de leefbaarheid van de woonomgeving, die door (grootschalige) onderverhuur kan en vaak ook zal worden aangetast. Deze schade wordt (ten dele) veroorzaakt door de toerekenbare tekortkoming van [huurster] en zij is daarvoor dan ook mede aansprakelijk te houden. Nu de omvang van de aldus aan Ymere toegebrachte schade naar zijn aard niet in concreto is vast te stellen, evenmin als de mate waarin [huurster] aan het ontstaan van die schade heeft bijgedragen, is het hof anders dan de kantonrechter van oordeel dat een schadeberekening op de voet van art. 6:104 BW in dit geval passend is.”¹¹

In 2010 werd dit arrest van het hof bekrachtigd in een arrest van de Hoge Raad. In dit arrest en een tweede arrest van de Hoge Raad betreffende oneerlijke mededinging gaf de Hoge Raad opeens een aanzienlijk extensievere uitleg aan de strekking, inhoud en gevolgen van art. 6:104 BW. In zijn algemeenheid kan niet gesteld worden dat de ingevolge art. 6:104 BW op te leggen schade in een reële verhouding staat tot de geleden schade, aldus de Hoge Raad. Voldoende is dat de aanwezigheid van enige (vorm van) schade aannemelijk is. Slechts indien aannemelijk is dat het door de schuldenaar behaalde financiële voordeel de vermoedelijke omvang van de schade aanmerkelijk te boven gaat, wordt de schade in beginsel begroot op een door de rechter te bepalen gedeelte van de winst. De verschillende kritische en dogmatische kanttekeningen die te plaatsen zijn bij deze arresten blijven hier buiten beschouwing.¹²

Sinds deze arresten van de Hoge Raad achten verschillende lagere rechters zich vrij op het terrein van de illegale onderverhuur de schade van de hoofdverhuurder te stellen op het verschil tussen

11 Hof Amsterdam 9 september 2008, ECLI:NL:GHAMS:2008:BF1347, WR 2008/120 m.nt. F. van der Hoek, JHV 2008/216 m.nt. H.J.M. Baldinger.

12 Zie over deze kritische kanttekeningen bij deze arresten T.E. Deurvorst, ‘Winstafdracht: einde aan slapend bestaan van art. 6:104 BW’, VRA 2010/3.

de huurprijs betaald door de hoofdhuurder en die welke door hem is ontvangen wegens de illegale onderverhuur, minus kosten. Aan het verweer dat dit bedrag niet representatief is voor de daadwerkelijk door de hoofdverhuurder geleden schade wordt veelal voorbij gegaan.¹³ Hiermee wordt een krachtig signaal gegeven dat illegale onderverhuur van sociale woningen niet langer rendabel is.

Daargelaten de kritische kanttekeningen bij de extensieve uitleg door de Hoge Raad vervult art. 6:104 BW dus wel de beoogde functie op dit deelterrein.

3. Andere deelterreinen?

Uit een breed uitgevoerd internationaal onderzoek blijkt dat er verschillende andere deelterreinen zijn waar ook behoefte bestaat aan zo'n krachtig signaal. Internationaal zien we winstafdracht – hetzij als vorm van schadebegroting op winst hetzij als sanctie sui generis – vooral als sanctie bij IE-inbreuken, oneerlijke mededinging, de schending van fiduciaire verplichtingen en eigendomsrechten. Een aantal landen voorziet ook in (een vorm van) winstafdracht, al dan niet onder de vlag van de leer van de ongerechtvaardigde verrijking, wegens de schending van persoonlijkheidsrechten, zoals bijvoorbeeld Duitsland, Israël, Japan, Brazilië, Zuid Afrika.¹⁴

Het betreft deelterreinen van het civiele recht waar geregeld sprake is van een gecalculeerde schending van rechten. De dader weet met de schending in korte tijd hoge winsten te realiseren. De benadeelde blijft vaak met de schade achter, omdat hij de schending niet ontdekt of de schade te gering is in verhouding tot de kosten van juridische actie. Een reden voor de dader om over te gaan tot het plegen van onrechtmatig gedrag kan bovendien zijn dat de te realiseren winsten het nadeel van alle rechtsmiddelen van de benadeelde zouden overtreffen.¹⁵

De schending van persoonlijkheidsrechten, of het gedogen daarvan, door internet-giganten lijkt mij bij uitstek zo'n terrein te zijn waar behoefte bestaat aan een effectievere rechtshandhaving vanwege de kwetsbaarheid van persoonlijkheidsrechten en van de benadeelde personen. In het bijzonder valt te denken aan de toerekenbare schending van rechten op portret en naam, privacy en toerekenbaar onrechtmatig gebruik van beschermde (bijzondere) persoonsgegevens. De pakkans is immers uiterst klein; de winsten evenwel astronomisch. En er is bovendien over het algemeen sprake van grote ongelijkheid tussen de benadeelde (een persoon in privé) en de dader, een technisch excellerende en zeer vermogende internetgigant, waardoor een procedure voor de benadeelde een zware (persoonlijke en financiële) last is.

Nog vrij recent moesten twee bekende Nederlanders – mediaondernemer John de Mol en presentator Jort Kelder – alles uit de kast halen om Facebook te dwingen frauduleuze nepadvertenties te weren van social media voor Bitcoins met portret en naam (zgn. celeb-bait-advertenties).¹⁶ De BN-ers zagen zich genoodzaakt zich tot de kort-geding-rechter te wenden om de advertenties

13 G. van Dijk, R. Olde Wolbers, 'Winstafdracht en het schadevereiste', *WPNR* 2015/7082, p. 928-936, M. van Schoonhoven-Sloot, 'Winstafdracht in het huurrecht', *Tijdschrift voor Huurrecht Bedrijfsruimte* 2019/5, M. van Kogelenberg, 'Opzettelijk tekortschieten en risico's van contractuele remedies', *MVV* 2017, p. 220 e.v. en 'Winstafoming na wanprestatie', *WPNR* 2014/7031, p. 836 e.v.

14 E. Hondius, A. Janssen (red.), *Disgorgement of Profits, Gain-based remedies throughout the world*, Berlijn; Springer 2015.

15 E. Hondius, A. Janssen (red.), *Disgorgement of Profits, Gain-based remedies throughout the world*, Berlijn; Springer 2015, p. 4.

16 Rb. Amsterdam (vzr.) 15 mei 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2602, *JBP* 2020/82 (Facebook), Rb. Amsterdam (vzr.) 11 november 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:8415. *Computerrecht* 2020/8 m.nt. D.M. Linders e.a. (John de Mol/Facebook).

definitief te laten verwijderen, de advertenties bij voorbaat te verwijderen en de NAW-en bankgegevens van de adverteerders te achterhalen.

Met onder meer stellingen als de onbevoegdheid van de Nederlandse rechter, de informatiele vrijheid, de technische onmogelijkheid om de advertenties preventief te weren werd de medewerking aan deze redelijke eisen zodanig getraineed dat het op een procedure moest uitlopen. Het beroep van Facebook op de technische onmogelijkheid om preventief nepadvertenties te voorkomen, werd echter gehonoreerd:

“De conclusie is dat Facebook, in de gegeven omstandigheden, waarbij de nepadvertenties niet systematisch op haar platforms verschijnen, maar incidenteel lijken op te duiken met omzeiling van haar maatregelen, vooralsnog heeft gedaan wat redelijkerwijze in haar vermogen ligt om de nepadvertenties te voorkomen. Haar handelwijze wordt daarom vooralsnog niet onrechtmatig geacht jegens [eisers]...omdat onvoldoende is geconcretiseerd welke extra maatregelen Facebook op dit moment zou kunnen en moeten treffen. De stelling van [eiser sub 1] dat de bepalingen in de Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG) de door hem gewenste maatregelen kunnen dragen gaat niet op, aangezien deze niet zien op preventieve maatregelen.”¹⁷

Ongetwijfeld ging het om twee zeer kostbare kort-geding-procedures voor de rechtzoekenden. Dat de rechter hen de nadelige gevolgen liet dragen van het feit dat zij niet in staat zijn te concretiseren welke technische maatregelen een internet-gigant als Facebook zou moeten nemen om frauduleuze nepadvertenties te weren, is typerend voor de buitengewoon scheve verhouding tussen de Big Tech en haar gebruikers. Zelfs voor het achterhalen van de NAW- gegevens van een Facebook nepaccount met wraakporno moest de geportretteerde in 2015 de kostbare en ongetwijfeld pijnlijke gang naar de rechter maken.¹⁸ Voor de meeste personen – BN-er of niet – wegen de kosten en lasten van een dergelijke procedure niet op tegen de baten, terwijl de over de rug van deze personen verkregen advertentie-inkomsten uiteindelijk in de zak van Facebook achterblijven.¹⁹ Wellicht zou winstafdracht ingevolge art. 6:104 BW ten koste van de internetreus het evenwicht hier enigszins hebben kunnen herstellen.²⁰ Wat daar ook van zij, de rechter heeft ingevolge art. 6:104 BW de vrijheid al dan niet gebruik te maken van art. 6:104 BW. Zelfs indien aan de voorwaarden voor toepassing van art. 6:104 BW – met name (de aannemelijkheid van het bestaan van) de elementen (enige) schade, winst, causaal verband, de vordering van de benadeelde, een onrechtmatige daad of een tekortkoming – is voldaan, hoeft hij de schade niet te ‘begroten’ op de door de aansprakelijke partij genoten winst.²¹

De vraag rijst daarom welke factoren voor de rechter van belang kunnen zijn al dan niet gebruik te maken van art. 6:104 BW.

17 Rb. Amsterdam (vzr.) 15 mei 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2602, JBP 2020/82 (Facebook).

18 Rb. Amsterdam (vzr.) 25 juni 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:3984, Computerrecht 2015/163 m.nt. A.R. Lodder (Wraakporno Facebook).

19 In deze twee kort-geding-procedures was een bevel tot winstafdracht overigens niet gevorderd.

20 Niet aannemelijk is overigens dat er geen ruimte zou zijn voor de toepassing van art. 6:104 BW als de schending en aansprakelijkheid ook worden gegrond op verboden gedragingen ingevolge de AVG. Uit punt 146 van de considerans bij de AVG volgt immers dat het begrip ‘schade’ ex art. 82 AVG ruim moet worden uitgelegd. Bovendien is het op het – aan persoonlijksrechten en recht op privacy verwante – terrein van intellectuele eigendomsrechten ook mogelijk rekening te houden met genoten winst bij het begroten van schade wegens schending van die rechten (art. 13.1(a) Handhavingsrichtlijn).

21 M.E.M.G. Peletier, *Rechterlijke vrijheid en partij-autonomie* (diss. Amsterdam VU), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 1999, p. 6-7 en 10-11. K. Teuben, *Rechtshandelingen in het burgerlijk (proces)recht* (Burgerlijk Proces & Praktijk nr. II), Deventer: Wolter Kluwer 2004, 4.4.2.2.

4. Factoren ter afweging

In de parlementaire toelichtende stukken zijn verschillende factoren genoemd die de wetgever van belang achtte voor de toepassing van art. 6:104 BW.²²

Eenvoudige toepassing

Aanvankelijk schatte de wetgever in dat art. 6:104 BW het meest gebruikt zou worden waar de toepassing het eenvoudigst zou zijn toe te passen, zoals bij de schending van exclusieve rechten, waaronder IE rechten. Hij ging eraan voorbij dat winstafdracht allesbehalve eenvoudig toepasbaar is als sanctie bij IE-inbreuk, zelfs onder de minder obscuur geformuleerde bijzondere winstafdracht-regelingen.²³ Over de toedeling van de winst aan de inbreuk als winst producerende factor en de winstberekening – met name de aftrekbaarheid van vaste en/of variabele kosten – kan zoals hiervoor al aangegeven – immers oeverloos worden gedebatteerd.²⁴

Bij illegale onderverhuur – waar zoals gezegd de toepassing van 6:104 BW geen uitzondering meer is – is winstafdracht minder complex. Veelal zijn de huurprijs en onderverhuurprijs makkelijk vast te stellen. Alleen omtrent de mate van aftrek van kosten is makkelijk discussie mogelijk. Daar waar de laedens een particulier is zal een keuze tussen variabele en vaste kosten evenwel geen rol van betekenis spelen. Bovendien zal het verschil tussen de beloning tussen huur en onderhuur best te overzien zijn zodat moeilijk gezegd kan worden dat de primaire verhuurder een onverdiende meevaller in de schoot geworpen krijgt.

Het is evenwel aannemelijk dat de bezwaren die zich voordoen op het terrein van de winstafdracht bij inbreuk op intellectuele eigendom zich ook zullen voordoen op het terrein van de schadebegroting op winst wegens de toerekenbare schending van portretrechten en andere persoonlijkheidsrechten op internet. De causale keten tussen de schending en de winst bevat immers meer tussenstappen dan die tussen de verboden onderhuur en de genoten winst. Die keten wordt ook beïnvloed door andere factoren zoals het product dat de informatie bevat, de prijsstelling, het financiële beleid en de positie van de inbreukmaker.

Of dit betekent dat geen rol voor art. 6:104 BW is weggelegd zelfs nu de Hoge Raad deze bepaling extensief uitlegt, valt echter nog te bezien. Als gevolg van de schending staan partijen immers in een rechtsverhouding tot elkaar (art. 6:2 BW)²⁵. Er zal boekenonderzoek gedaan moeten worden, zo heeft de wetgever aangegeven in de toelichtende parlementaire stukken. De rechtsverhouding tussen partijen kan zelfs een plicht tot rekening en verantwoording meebrengen, aldus de Hoge Raad:

“Volgens vaste rechtspraak kan een verplichting tot het doen van rekening en verantwoording worden aangenomen indien tussen partijen een rechtsverhouding bestaat of heeft bestaan krachtens welke de een jegens de ander (de rechthebbende) verplicht is om zich omtrent de behoortelijkheid van enig vermogensrechtelijk beleid te verantwoorden. Een zodanige verhouding kan voortvloeien uit de wet, een rechtshandeling of ongeschreven recht ...”

²² Parl. Gesch. Boek 6, p. 1266-1270.

²³ Zie over de moeilijkheden T.E. Deurvorst, *Schadevergoeding, voldoening van een redelijke, gebruiksvergoeding en winstafdracht bij inbreuk op intellectuele eigendomsrechten* (diss. Utrecht), Deventer; Kluwer 1994, p. 214.

²⁴ Zie noot T.E. Deurvorst Rb. Haarlem 25 augustus 2010, ECLI:NL:RBHAA:2010:BO6307, BIE 2011/20 (*Body Aesthetic/Laser Aesthetic*).

²⁵ Parl. Gesch. Boek 6, p. 1269 (LvAntw II Inv).

De rol van art. 6:104 BW lijkt dan ook bepaald niet te zijn uitgespeeld, ook al is de winst verder verwijderd van de aansprakelijkheid scheppende gebeurtenis. Mogelijk zal ook van het vooruitzicht van een boekenonderzoek of plicht tot het afleggen van rekening en verantwoording over de genoten winst een preventieve werking uitgaan.

Geen immateriële schade onder art. 6:104 BW?

In de parlementaire geschiedenis heeft de wetgever aangegeven dat de rechter bij de begroting van immateriële schade niet hoeft over te gaan tot toepassing van art. 6:104 BW omdat art. 6:106 BW al de mogelijkheid zou bieden rekening te houden met de winst van de aansprakelijke partij naast andere factoren.²⁶ Vermoedelijk werd hier gehint op de regel van samenloop: bij de toepasselijkheid van twee regelingen op éénzelfde feitencomplex heeft de rechthebbende in beginsel de keuze tussen de twee.

Sterk betwijfeld kan echter worden of deze opmerking van de wetgever nog actueel is.

De Hoge Raad heeft immers in 2010 – zoals hiervoor reeds aangegeven – overwogen dat voor de begroting van schade op winst ex art. 6:104 BW slechts ‘enige vorm van schade aannemelijk’ moet zijn.

De eisen gesteld aan het bestaan van immateriële schade als voorwaarde voor toewijzing van een vordering ingevolge 6:106 BW zijn over het algemeen stringenter. Degene die vergoeding van immateriële schade vordert wegens aantasting van de persoon, zal voldoende concrete gegevens moeten aanvoeren waaruit kan volgen dat in verband met de omstandigheden van het geval psychische schade is ontstaan.²⁷

Voor de vergoeding wegens de toerekenbare schending van fundamentele rechten als de privacy gelden echter weer minder stringente eisen. De Hoge Raad heeft uitgemaakt dat onder omstandigheden de aard en de ernst van de normschending zo ernstig kunnen zijn dat de nadelige gevolgen daarvan verondersteld worden en sprake is van een aantasting van de persoon.²⁸

Evenzo is aannemelijk dat de schadevergoeding waarop ingevolge art. 82 AVG aanspraak wordt gemaakt mogelijk afhankelijk wordt gesteld van andere voorwaarden nu het begrip ‘schade’ onder de AVG Europeesrechtelijk moet worden uitgelegd.

Kortom, gezien het verschil in voorwaarden gesteld aan de vergoeding van immateriële schade wegens de aantasting van de persoon en die aan schadebegroting op genoten winst ex 6:104 BW is er geen dogmatische rechtvaardiging (meer) om de toepassing van art. 6:104 BW te beperken tot de begroting van materiële schade.

²⁶ Parl. Gesch. Boek 6, p. 1267 (MvA II).

²⁷ HR 28 mei 2019, ECLI:NL:HR:2019:793, NJ 2019/379 m.nt. W.H. Vellinga: *Van de onder b.3) bedoelde aantasting in de persoon ‘op andere wijze’ is in ieder geval sprake indien de benadeelde partij geestelijk letsel heeft opgelopen. Degene die zich hierop beroept, zal voldoende concrete gegevens moeten aanvoeren waaruit kan volgen dat in verband met de omstandigheden van het geval psychische schade is ontstaan.*

²⁸ HR 15 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:376, NJ 2019/162 m.nt. S.D. Lindenbergh: *In voorkomend geval kunnen de aard en de ernst van de normschending meebrengen dat de in dit verband nadelige gevolgen daarvan voor de benadeelde zo voor de hand liggen, dat een aantasting in de persoon kan worden aangenomen.*

Sprekende gevallen

De wetgever achtte de toepassing van art. 6:104 BW geschikt voor sprekende gevallen, waar het onredelijk is de ongeoorloofd ten koste van een ander verkregen winst aan de verkrijger te laten waardoor die ander vermoedelijk wel schade is geleden maar deze naar haar aard niet goed bewijsbaar is. Het antwoord op de vraag wanneer sprake is van een sprekend geval is niet nader toegelicht.

Bij uitstek vormen de toerekenbare schending van portretrechten en andere persoonlijkheidsrechten op internet, of het bewust gedogen daarvan door de techreuzen, een sprekend deelterrein waarin geregeld sprake is van een gecalculeerde onrechtmatige daad.

De machtspositie van de techreuzen op het internet leidt ertoe dat het gros van gebruikers klakkeloos akkoord gaat met ellenlange en ondoorzichtige voorwaarden waarvan zij de gevolgen niet kunnen overzien. Die gevolgen zijn echter zeer vergaand. Om maar wat te noemen: willekeurige gesprekken worden opgenomen door je mobiele telefoon. Google leest de inhoud van je Gmail. Alle plekken die je hebt bezocht worden in een bestand opgeslagen omdat je niet weet dat die functie uitgezet kan worden. Ook het hebben van bepaalde vrienden, voorkeuren en verslavingen worden genoteerd en via algoritmen geïnterpreteerd en gebruikt.²⁹

De vele schandalen omtrent de schending van privacy en het misbruik van persoonsgegevens door de internet-giganten en de nadelige gevolgen voor onder meer het psychisch en lichamelijk welzijn van gebruikers maken het duidelijk dat hier een halt aan moet worden toegeroepen.³⁰ Ook in de juridische literatuur wordt de behoefte uitgesproken aan een effectievere civielrechtelijke handhaving van de privacy en de bescherming van persoonsgegevens jegens internet-giganten.³¹

Mate van verwijtbaarheid

In de parlementaire toelichting op art. 6:104 BW heeft de wetgever aangegeven dat de mate van verwijtbaarheid van de desbetreffende gedraging een belangrijke reden kan zijn tot de begrotingswijze van art. 6:104 BW over te gaan.³²

Buiten kijf staat dat veel van de overtredingen van de internetgiganten welbewuste keuzes betreffen om, al dan niet met behulp van algoritmen, winst te maken met schending van de privacy en gebruik van beschermde persoonsgegevens over de ruggen van personen die daar niet bewust mee akkoord zijn gegaan.

Moeilijk valt bovendien te ontkennen dat het tegenwerken van de opgave van NAW gegevens van een nepaccount met wraakporno van de geportretteerde, het ongemerkt af luisteren van gesprekken, het constant volgen van iemands handel en wandel geen opzettelijke of grove verwijtbare gedragingen zijn.

29 C. Snick, Wat houden de techreuzen allemaal over ons bij? 'Er zijn geluidsopnames van mij en mijn vrouw', *De Telegraaf* 5 februari 2022; B. Brouwer, 'Privacy in het metaversum', *IE-forum IEF* 20468.

30 Nog vrij recent werd de noodklok geluid in *The Social Dilemma*, documentaire van Jeff Orolowski op Netflix

31 T. Hartlief, '(Smarten)geld zetten op de AVG?', *NJB* 2021/2885, afl. 39; T. Barkhuysen, 'Handhaving van de AVG, de AP kan het niet alleen', *NJB* 2021/572; W.H. van Boom, 'Verrijkingsafdracht en Aansprakelijkheid', in: *Aspecten van ongerechtvaardigde verrijking*, Preadvies NVVR 2002, p. 110.

32 Zie Parl. Gesch. Boek 6, pp. 1267 en 1269 (MvA II Inv. Resp. Lijst van Antw. II Inv).

Uiteraard neemt dit niet weg dat steeds van geval tot geval zal moeten worden onderzocht of de verwijtbaarheid in het concrete geval voldoende ernstig is voor oplegging van een ingrijpende sanctie als winstafdracht en de daaraan voorafgaande informatieplicht.

Terughoudend gebruik

De wetgever heeft de rechter geadviseerd terughoudend gebruik te maken van art. 6:104 BW zolang nog weinig ervaring met dit instrument is opgedaan. Na 30 jaar is die tijd wel voorbij.

Wel is er reden om terughoudend gebruik te maken van winstafdracht als instrument gezien de obscure formulering van art. 6:104 BW, de plaats van deze bepaling binnen het schadevergoedingsrecht, alsmede de moeilijkheden gepaard gaande met de berekening daarvan en met de toedeling aan de aansprakelijkheid scheppende gebeurtenis.

Om die reden is verdedigbaar dat deze sanctie moet worden beperkt tot bijzondere gevallen van calculerend gedrag dat leidt tot hoge winsten ten detrimente van een benadeelde die zich slecht kan verweren, waardoor er grote behoefte is aan de signaalfunctie die het gebruik van deze sanctie heeft.

5. Conclusie

Ofschoon er tal van haken en ogen kleven aan de extensieve uitleg die de Hoge Raad in 2010 heeft gegeven aan de innerlijk tegenstrijdige tekst van art. 6:104 BW, mag worden aangenomen dat deze bepaling toch een nuttige signaalfunctie vervult, zoals op het terrein van winstafdracht bij illegale onderverhuur.

Ook op het terrein van de intellectuele eigendom vervult de sanctie winstafdracht sui generis een functie, zij het vooral als onderhandelings instrument.

Om die reden is het de moeite waard te experimenteren met een bredere inzet van art. 6:104 BW bij andere schadeveroorzakende situaties van calculerend onrechtmatig gedrag zoals bij de toerekenbare schending door internetgiganten van portretrechten en andere persoonlijkheidsrechten.