

**Hoge Raad, 18 juni 2010, Setel v AVR****SCHADEBEGROTING - WINST****Schadebegroting op bedrag van genoten winst – art. 6:104 BW**

- [Art. 6:104 BWNA - dat gelijkkluidend is aan art. 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.](#)

- [Vereiste van aannemelijkheid van enige vorm van schade](#)

Art. 6:104 BW vormt blijkens zijn plaatsing, zijn bewoordingen en zijn parlementaire geschiedenis een uitwerking voor een bijzonder geval van de algemene regel van art. 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 art. 6:104 kan overgaan, indien de aangesprokene aannemelijk maakt dat door de gedragingen waarvoor hij aansprakelijk gesteld wordt, geen schade kan zijn ontstaan.

- [Geen punitief karakter; terughoudendheid: 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.](#)

Aangezien de wijze van schadebegroting waarin art. 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:) art. 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.

- [Geen andere vereisten voor toewijzing van schadevergoeding in het algemeen](#)

Mede gelet op het niet-punitieve karakter van de voorziening gelden voor toewijzing van een vordering tot winstafdracht op de voet van art. 6:104 niet meer of andere vereisten dan ingevolge art. 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 schadetoebrenge handelen aan de aansprakelijke persoon kan worden toegerekend op de voet van art. 6:162 lid 3 onderscheidenlijk art. 6:75 BW, en dat tussen dat handelen en de schade naast condicio sine qua non-verband tevens voldoende verband als bedoeld in art. 6:98 BW bestaat. In het bijzonder is voor toepassing van art. 6:104 niet een bijzondere mate van verwijtbaarheid van het schadetoebrenge handelen vereist. Wel mag de rechter bij beantwoording van de vraag of hij toepassing zal geven aan art. 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.

- [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.](#)

Vindplaatsen: LJN: [BL9662](#)

**Hoge Raad, 18 juni 2010**

(D.H. Beukenhorst, O. de Savornin Lohman, E.J. Numann, J.C. van Oven en W.A.M. van Schendel)  
18 juni 2010

Hoge Raad der Nederlanden

Arrest

in de zaak van:

SETEL N.V., gevestigd op Curaçao, Nederlandse Antillen, VERZOEKSTER tot cassatie,

advocaten: mr. M.W. Scheltema en mr. J.W.H. van Wijk,

t e g e n

AVR HOLDING N.V., gevestigd op Curaçao, Nederlandse Antillen, VERWEERSTER in cassatie, advocaten: mr. A.M. van Aerde en mr. A.E.H. van der Voort Maarschalk.

Partijen zullen hierna ook worden aangeduid als Setel en AVR.

### 1. Het geding in feitelijke instanties

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar de navolgende stukken:

a. het vonnis in de zaak AR 1092/2005 van het gerecht in eerste aanleg van de Nederlandse Antillen, zittingsplaats Curaçao, van 14 mei 2007,

b. het vonnis in de zaak AR 1092/05-H.7/08 van het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba van 26 augustus 2008.

Het vonnis van het hof is aan dit arrest gehecht.

### 2. Het geding in cassatie

Tegen het vonnis van het hof heeft Setel beroep in cassatie ingesteld. Het cassatierekest is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.

AVR heeft geconcludeerd tot verwerping van het beroep.

De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten.

De [conclusie van de Advocaat-Generaal J. Spier](#) strekt tot verwerping van het beroep.

### 3. Beoordeling van het middel

3.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) Setel en Curaçao Telecom N.V. (hierna: CT) waren in de in cassatie van belang zijnde periode concessiehouders als bedoeld in de Landsverordening op de telecommunicatievoorzieningen. Setel exploiteerde een telecommunicatienet voor vaste en een voor mobiele telefonie.

CT exploiteerde alleen een net voor mobiele telefonie. Setel was een dochter van United Telecommunication Services N.V. (hierna: UTS), CT was een dochter van AVR.

(ii) Krachtens de hun verleende concessies waren Setel en CT verplicht om interconnectie (koppeling) tussen hun netten te verlenen teneinde communicatie tussen die netten mogelijk te maken.

(iii) De Minister van Verkeer en Vervoer (hierna: de minister) heeft op 13 december 1999 naar aanleiding van een tussen Setel en CT gerezen geschil een beslissing genomen over de over en weer te betalen interconnectievergoedingen. Daarbij is - samengevat - bepaald dat Setel aan CT een vergoeding van 36 cent per minuut moet betalen voor gesprekken die op haar vaste of haar mobiele netwerk beginnen en op het netwerk van CT eindigen, terwijl CT andersom een vergoeding van 15 cent per minuut aan Setel dient te betalen.

(iv) Eind 2001 hebben partijen gesproken over een nieuwe interconnectieovereenkomst.

(v) Bij brief van 5 november 2001 heeft UTS aan de minister meegedeeld dat het tarief dat de eindgebruikers in rekening zal worden gebracht voor een gesprek vanuit een van de netwerken van Setel naar het mobiele netwerk van CT zal worden verhoogd met 21 cent per minuut.

CT heeft eind december 2001 via publicaties in de media kennis genomen van dit voornemen van UTS en Setel.

Bij brief van 28 december 2001 heeft zij UTS gesommeerd af te zien van de beoogde, door haar onrechtmatig geachte, tariefdifferentiatie. Bij brief van 31 december 2001 heeft CT de minister gevraagd de met ingang van 1 januari 2002 aangekondigde tariefdifferentiatie tegen te houden.

(vi) Setel heeft vervolgens, niettegenstaande een op 31 december 2001 mondeling en op 11 februari 2002 schriftelijk gedaan verzoek van de Minister om de oude tarifiering te handhaven en niettegenstaande de aansprakelijkstelling door CT voor de door CT als gevolg van de tariefdifferentiatie te lijden schade, de aangekondigde tariefsverhoging voor bellen naar CT doorgevoerd en gehandhaafd. Dit ook nog nadat de minister bij beschikkingen van 28 maart 2002 en 8 april 2002 had besloten dat Setel gehouden was om de tariefsituatie zoals die bestond voor 1 januari 2002 te herstellen. Nadat door CT een kort geding tegen haar aanhangig was gemaakt, heeft Setel de tariefsverhoging voor bellen naar CT per 30 juli 2002 ongedaan gemaakt. Bij vonnis van 2 augustus 2002 heeft de rechter in kort geding Setel veroordeeld de beschikking van de minister na te leven, op straffe van een dwangsom.

(vii) Tegen de beschikkingen van 28 maart 2002 en 8 april 2002 heeft Setel beroep ingesteld, welk beroep bij vonnis van het gerecht in eerste aanleg van de Nederlandse Antillen, zittingsplaats Curaçao, van 1 oktober 2002 ongegrond is verklaard. Bij vonnis van 29 november 2004 heeft het Gemeenschappelijk Hof van de Nederlandse Antillen en Aruba in hoger beroep de uitspraak van het gerecht, voor zover hier relevant, bevestigd. CT nam als derde-belanghebbende aan de beroepsprocedures deel.

(viii) In juni 2004 is tussen Setel en CT een interconnectieovereenkomst gesloten waarbij het interconnectietarief voor beide partijen op 36 cent per minuut is gesteld.

(ix) Bij akte van cessie van 3 maart 2005 heeft CT aan AVR gecedeerd haar "(potential) claim for damages, including all rights of action (...) and accessory rights" op UTS en/of Setel "resulting from or related to" het vonnis van het Hof van 29 november 2004. Deze cessie is bij brief van 21 maart 2005 door AVR aan UTS en Setel meegedeeld. In diezelfde brief heeft AVR UTS en Setel gesommeerd om binnen tien dagen over te gaan tot betaling van NAF 3.897.066,60, zijnde de door CT op basis van art. 6:104 BWNA begrote schade als gevolg van de tariefdifferentiatie. Haar aandelen in CT heeft AVR in diezelfde periode overgedragen aan een derde.

3.2 AVR vordert in dit geding van Setel (primaire) betaling van NAF 5.130.556,- als vergoeding van de schade die zij stelt te hebben geleden, bedoeld in de hiervoor in 3.1 onder (ix) vermelde cessieakte.

Het gerecht heeft geoordeeld dat Setel door de introductie van de tariefdifferentiatie onrechtmatig heeft gehandeld. Het achtte voldoende aannemelijk dat AVR door dat onrechtmatig handelen schade heeft geleden,

maar dat de omvang daarvan niet kan worden vastgesteld.

Het oordeelde dat de zaak zich daarom ervoor leent de schade te begroten op de voet van art. 6:104 BWNA (dat gelijkkluidend is aan art. 6:104 BW). Het door Setel met de onrechtmatige tariefmaatregel behaalde voordeel (waarbij het gerecht in het midden liet of dit nu bestond in winst of verliesbeperking) werd door het gerecht begroot op NAF 3.897.066,60. In verband met de in het vonnis weergegeven indicaties van de omvang van de schade heeft het gerecht de schade begroot op een gedeelte van dat voordeel, en wel op NAF 3.000.000,--, een en ander als weergegeven in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 2.2.1-2.2.4.

Het hof heeft het vonnis van het gerecht bevestigd, met overneming van de oordelen van het gerecht (rov. 4.1), waaraan het onder meer toevoegde:

"4.2. (...) Door het Hof als LAR-rechter in hoogste instantie is op 29 november 2004 (...) beslist dat de door Setel toegepaste tariefdifferentiatie ongeoorloofd was op grond van de aan Setel verleende concessies (...). Niet-naleving van de ingevolge de Landsverordening op de telecommunicatievoorzieningen en uitvoeringsregelgeving gestelde concessievoorwaarden levert strijd op met een wettelijke plicht als bedoeld in artikel 6:162 lid 2 BW.

4.3. Bovendien is in de gegeven omstandigheden, zoals door het GEA vastgesteld (bestreden vonnis rov. 3.4), door Setel jegens Polycom N.V., thans [CT], gehandeld in strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, zoals bedoeld in artikel 6:162 lid 2 BW. Op onbehoorlijke wijze werd bewerkstelligd dat CT minder aantrekkelijk werd voor veel consumenten en dat minder gebeld werd naar het mobiele netwerk van CT.

4.4. Ook als juist zou zijn, hetgeen Setel te bewijzen heeft aangeboden (maar als zuiver juridische stelling niet vatbaar is voor bewijs), dat ten aanzien van de bedoelde wettelijke plicht de relativiteit ontbreekt (artikel 6:163 BW), blijft gelden dat de door Setel jegens CT geschonden zorgvuldigheidsnorm wel strekte tot bescherming tegen de door CT gestelde schade, ook al is de inhoud van de zorgvuldigheidsnorm mede bepaald door het feit dat de wettelijke norm is overtreden. Het bewijsaanbod wordt (ook) daarom gepasseerd.

4.5. Voor tariefwijziging bestond een procedure zoals beschreven in voormelde LAR-uitspraak. Setel heeft deze procedure niet gevolgd en niet aannemelijk gemaakt dat zulks niet van haar kon worden gevergd (...). Onder deze omstandigheid levert een onjuistheid in het tarief, zoals door Setel te bewijzen is aangeboden (de interconnectievergoeding van 36 cent per minuut zou niet kostengeoriënteerd zijn), geen rechtvaardigingsgrond op als bedoeld in artikel 6:162 lid 2 BW of onaanvaardbaarheid naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid. Hetzelfde geldt voor een eventuele ongeachtvaardigde ongelijkheid tussen de interconnectievergoedingen.

4.6. Door Setel is onvoldoende gesteld om te kunnen oordelen dat door haar handelswijze bij CT geen schade kan zijn ontstaan.

4.7. Door Setel is aangevoerd dat CT ook tariefdifferentiatie toepaste (...). Zulks kan aan aansprakelijkheid in de weg staan (vergelijk HR 16 februari 1973, NJ 1973, 463, Maas v. Willems). Hiertegenover heeft AVR evenwel gesteld dat zulks geschiedde in 2006, dus later dan de onderhavige periode januari tot en met juli 2002, dat CT haar eindgebruikers niet belastte maar haar eigen prijzen verlaagde en dat Setel en CT beide thans stunten met eigen prijzen (...). Hierop heeft Setel niet meer gereageerd, hoewel daartoe de gelegenheid bestond. De gestelde handelswijze van CT staat daarom niet aan aansprakelijkheid in de weg.

4.8. Wat betreft de door CT geleden schade oordeelt het Hof met het GEA dat aannemelijk is dat er schade is geleden. Gelet op het feit dat de tariefsverhoging rechtstreeks de klanten van Setel zelf trof, op de vele onzekerheden (ten aanzien van het consumentengedrag) en op het verdere verweer van Setel, is de gevorderde omvang van de schade niet aannemelijk en evenmin, met voldoende nauwkeurigheid, enige andere lagere omvang.

Ook niet is aannemelijk dat de schade in elk geval hoger is dan de NAF. 3 miljoen die het GEA met toepassing van artikel 6:104 BW heeft toegewezen.

4.9. Toepassing van artikel 6:104 is het meest met de aard van de schade in overeenstemming. Uit de stellingen van AVR wordt onvoldoende aannemelijk dat toepassing van een andere maatstaf tot toewijzing van een hoger bedrag zal kunnen leiden.

4.10. Het was Setel verboden haar tarief te verhogen. De netto-opbrengst van de onrechtmatige verhoging kan gelden als 'winst' in de zin van artikel 6:104 BW. Het GEA heeft op goede gronden de schade begroot op het bedrag van een gedeelte van de winst en hier sluit het Hof zich bij aan."

3.3.1 Bij de beoordeling van de onderdelen 1 en 2 van het middel, waarin wordt opgekomen tegen de begroting van de door CT geleden schade op de voet van art. 6:104 en de wijze waarop het hof toepassing aan dat voorschrift heeft gegeven, wordt het volgende vooropgesteld.

3.3.2 Art. 6:104 BWNA - dat gelijkkluidend is aan art. 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. Art. 6:104 BW vormt blijkens zijn plaatsing, zijn bewoordingen en zijn parlementaire geschiedenis een uitwerking voor een bijzonder geval van de algemene regel van art. 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 art. 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 art. 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:) art. 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 art. 6:104 niet meer of andere vereisten dan ingevolge art. 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 art. 6:162 lid 3 onderscheidenlijk art. 6:75 BW, en dat tussen dat handelen en de schade naast condicio sine qua non-verband tevens voldoende verband als bedoeld in art. 6:98 BW bestaat. In het bijzonder is voor toepassing van art. 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 art. 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.

3.3.3 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 nettovoordeel, 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 be-

helst. 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.

3.4 De klachten van onderdeel 3 richten zich tegen rov. 4.2 en nemen tot uitgangspunt dat deze overweging een zelfstandige grond oplevert voor 's hofs oordeel dat de door Setel verkregen winst (grotendeels) aan AVR moet worden afgedragen. Wat er van dat uitgangspunt zij, het oordeel van het hof stoelt mede op het in rov. 4.3 neergelegde oordeel dat Setel jegens CT heeft gehandeld in strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, welk oordeel die beslissing zelfstandig kan dragen. Nu Setel geen klachten tegen rov. 4.3 heeft gericht, kunnen de klachten van onderdeel 3 bij gebrek aan belang niet tot cassatie leiden.

3.5 De klachten van onderdeel 4, die zich keren tegen rov. 4.5 in verbinding met 4.1, waarin het hof het beroep van Setel op een rechtvaardigingsgrond heeft verworpen, falen op de gronden, vermeld in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 3.8-3.10.

#### 4. Beslissing

De Hoge Raad:

verwerpt het beroep;

veroordeelt Setel in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van AVR begroot op € 6.052,34 aan verschotten en € 2.200,- voor salaris.

Dit arrest is gewezen door de vice-president D.H. Beukenhorst als voorzitter en de raadsheren O. de Savornin

Lohman, E.J. Numann, J.C. van Oven en W.A.M. van Schendel, en in het openbaar uitgesproken door de raadsheer A. Hammerstein op 18 juni 2010.

---

## Conclusie Advocaat-Generaal Spier

Rolnr. 08/04918

mr. J. Spier

Zitting 26 maart 2010 (bij vervroeging)

Conclusie inzake

Setel N.V.

(hierna: Setel)

tegen

AVR Holding N.V.

(hierna: AVR)

### 1. Feiten

1.1 In cassatie kan worden uitgegaan van de volgende feiten.(1)

1.2 Setel en Curaçao Telecom N.V. (hierna: CT) waren in de in cassatie relevante periode(2) concessiehouders als bedoeld in de Landsverordening op de telecommunicatievoorzieningen.(3) Setel exploiteerde een telecommunicatienet voor vaste en een voor mobiele telefonie. CT exploiteerde alleen een net voor mobiele telefonie. Setel was een dochter van United Telecommunication Services N.V. (hierna: UTS), CT was een dochter van AVR.

1.3 Krachtens de hun verleende concessies waren Setel en CT verplicht om interconnectie (koppeling) tussen hun netten te verlenen teneinde communicatie tussen die netten mogelijk te maken.

1.4 De Minister van Verkeer en Vervoer (hierna: de Minister) heeft op 13 december 1999 naar aanleiding van een tussen Setel en CT gerezen geschil een beslissing genomen over de over en weer te betalen interconnectievergoedingen. Daarbij is - samengevat - bepaald dat Setel aan CT een vergoeding van 36 cent per minuut moet betalen voor gesprekken die op haar vaste of haar mobiele netwerk beginnen en op het netwerk van CT eindigen, terwijl CT andersom een vergoeding van 15 cent per minuut aan Setel dient te betalen.

1.5 Eind 2001 hebben partijen gesproken over een nieuwe interconnectieovereenkomst.

1.6 Bij brief van 5 november 2001 heeft UTS aan de Minister meegedeeld dat het tarief dat de eindgebruikers in rekening zal worden gebracht voor een gesprek vanuit één van de netwerken van Setel naar het mobiele netwerk van CT zal worden verhoogd met 21 cent per minuut. CT heeft eind december 2001 via publicaties in de media kennis genomen van dit voornemen van UTS en Setel. Bij brief van 28 december 2001 heeft zij UTS gesommeerd af te zien van de voorgenomen, door haar onrechtmatig geachte, tariefdifferentiatie. Bij brief van 31 december 2001 heeft CT de Minister gevraagd de met ingang van 1 januari 2002 aangekondigde tariefdifferentiatie tegen te houden.

1.7 Setel heeft vervolgens, niettegenstaande een op 31 december 2001 mondeling en op 11 februari 2002 schriftelijk gedaan verzoek van de Minister om de oude

tarifiering te handhaven en niettegenstaande de aansprakelijkstelling door CT voor de door CT als gevolg van de tariefdifferentiatie te lijden schade, de aangekondigde tariefverhoging voor bellen naar CT doorgevoerd en gehandhaafd. Dit ook nog nadat de Minister bij beschikking van 28 maart 2002 had besloten dat Setel gehouden was om de tariefsituatie zoals die bestond voor 1 januari 2002 te herstellen. Nadat door CT een kort geding tegen haar aanhangig was gemaakt, heeft Setel de tariefverhoging voor bellen naar CT per 30 juli 2002 ongedaan gemaakt. Bij vonnis van 2 augustus 2002 heeft de rechter in kort geding Setel veroordeeld de beschikking van de Minister na te leven, op straffe van een dwangsom.

1.8 Tegen de beschikking van de Minister van 28 maart 2002(4) heeft Setel beroep ingesteld, welk beroep bij vonnis van het GEA zittingsplaats Curaçao (hierna: het GEA) van 1 oktober 2002 ongegrond is verklaard. Bij vonnis van 29 november 2004 heeft het Gemeenschappelijk Hof van de Nederlandse Antillen en Aruba (hierna: het Hof) in hoger beroep de uitspraak van het GEA, voor zover hier relevant, bevestigd. CT nam als derdebelanghebbende aan de beroepsprocedures deel.

1.9 In juni 2004 is tussen Setel en CT een interconnectieovereenkomst gesloten waarbij het interconnectietarief voor beide partijen op 36 cent per minuut is gesteld.

1.10 Bij akte van cessie van 3 maart 2005 heeft CT aan AVR gecedeerd haar "(potential) claim for damages, including all rights of action (...) and accessory rights" op UTS en/of Setel "resulting from or related to" het vonnis van het Hof van 29 november 2004. Deze cessie is bij brief van 21 maart 2005 door AVR aan UTS en Setel meegedeeld. In diezelfde brief heeft AVR UTS en Setel gesommeerd om binnen tien dagen over te gaan tot betaling van Naf. 3.897.066,60, zijnde de door CT op basis van art. 6:104 BW(5) begrote schade als gevolg van de tariefdifferentiatie. Haar aandelen in CT heeft AVR in diezelfde periode overgedragen aan een derde.

### 2. Procesverloop

2.1 AVR heeft zich - voor zover thans nog van belang - op 21 september 2005 gewend tot het GEA. Zij heeft primair verzocht Setel te veroordelen tot betaling aan haar van Naf 5.130.556,-, althans Naf. 3.897.066,60 c.a., althans een door het GEA in goede justitie te betalen bedrag. Subsidiair heeft AVR verzocht voor recht te verklaren dat Setel onrechtmatig jegens haar heeft gehandeld en deswege, alsmede op grond van de cessieovereenkomst van 3 maart 2005, jegens haar aansprakelijk is voor de ten gevolge van dit onrechtmatig handelen geleden schade, nader op te maken bij staat.

2.2.1 In zijn vonnis van 14 mei 2007 heeft het GEA overwogen dat AVR rechthebbende is met betrekking tot de door haar ingestelde vordering (rov. 3.3). Vervolgens wordt ingegaan op de vraag of Setel door middel van doorvoering van de tariefdifferentiatie onrechtmatig heeft gehandeld:(6)

"3.4 (...) In de hiervoor bedoelde administratieve procedures is komen vast te staan dat de door Setel doorgevoerde tariefdifferentiatie in strijd was met de aan

Setel verleende concessies voor vaste en mobiele telefonie, aangezien tariefsdifferentiatie voor overeenkomstige vormen van dienstverlening (hier: het bellen naar een mobiel nummer) niet was toegestaan. De omstandigheid dat de betreffende door Setel geschonden concessievoorwaarden beogen het belang van de eindgebruikers te beschermen, zoals Setel stelt, betekent nog niet dat een dergelijke schending onder omstandigheden niet onrechtmatig kan zijn jegens derden (niet-eindgebruikers). In de eerste plaats was CT weliswaar niet aan te merken als eindgebruiker, maar was zij in ieder geval wel aan te merken als gebruiker van het net van Setel, zoals Setel ook gebruiker was van het net van CT. Van belang is ook dat, naar genoegzaam is gebleken, de Antilliaanse telecommunicatiemarkt nog maar zeer onlangs uit de monopolistische sfeer (met Setel als monopolist) was gekomen en CT een relatieve nieuwkomer op die markt betrof, alsmede dat in de zich ontwikkelende mobiele markt nog geen systeem van kostenallocatie beschikbaar was. Voor de interconnectie waren CT en Setel op elkaar aangewezen, tegen welke achtergrond zij vanaf de toetreding van CT overleg hebben gevoerd, onder meer over de interconnectietarieven, en geschillen daarover ingevolge het Landsbesluit geschillenbeslechting concessiehouders aan de Minister dienden te worden voorgelegd. Zoals ook hierna nog aan de orde zal komen, was op voorhand evident voor Setel dat de door haar aan haar eindgebruikers in rekening te brengen extra kosten voor het bellen naar CT, CT de naam zou geven het duurdere netwerk te zijn en CT klanten en omzet zou kosten. Het eenzijdig publiekelijk bekendmaken, doorvoeren en handhaven van de tariefsdifferentiatie, zonder overeenstemming met of zelf maar vooraankondiging aan CT en in weerwil van de verzoeken en de beslissing van de Minister, moet onder deze omstandigheden worden beschouwd - in elk geval mede - als een ongeoorloofd middel om ten koste van CT concurrentievoordeel te behalen. Zulks geldt ook indien Setel van mening zou zijn geweest dat de geldende interconnectietarieven niet langer kostengeoriënteerd waren. Setel is aansprakelijk voor de als gevolg daarvan door CT geleden schade.

3.5 De omstandigheid dat de Minister in de beschikking van 28 maart 2002 heeft bepaald dat Setel de tariefsverhoging niet met terugwerkende kracht per 1 januari 2001 ongedaan hoefde te maken, doet niet af aan het feit dat Setel vanaf die datum in strijd heeft gehandeld met de aan haar verleende concessies en onrechtmatig jegens CT. De beschikking van de Minister noch de vonnissen van het Gerecht en het Hof bieden enige steun voor de gedachte dat de tariefsverhoging vóór 14 april 2002 wel geoorloofd en rechtmatig was. Het niet-toekennen van terugwerkende kracht tot de ingangsdatum van de tariefsverhoging laat de aanspraak van CT op schadevergoeding vanaf die datum onverlet.

2.2.2 Volgens het GEA was van een rechtvaardigingsgrond voor het handelen van Setel geen sprake:

"3.6 (...) Setel stelt dat haar kosten voor het bellen naar CT 36 cent per minuut bedroegen en dat zij bij het tarief van 15 cent dat zij bij haar eindgebruikers in reke-

ning bracht op elke minuut 21 cent moest bijleggen. Voorts stelt zij dat de door haar aan CT te betalen interconnectievergoeding van 36 cent per minuut niet "kostengeoriënteerd" en veel te hoog was. Daargelaten dat AVR deze stellingen gemotiveerd heeft betwist en daargelaten dat Setel niet heeft verklaard hoe het komt dat in de in 2004 tussen CT en Setel gesloten interconnectieovereenkomst de aan CT te betalen interconnectievergoeding is gehandhaafd op 36 cent, is het Gerecht van oordeel dat Setel ook onder deze omstandigheden de weg van overleg met CT en, zonodig, beslissing door de Minister had dienen te bewandelen."

2.2.3 Hierop is het GEA ingegaan op de vraag of aannemelijk is dat AVR schade heeft geleden door de handelwijze van Setel:

"3.7 In de op basis van AVR's gegevens door CT's accountant CAS in haar brief van 23 mei 2005 neergelegde "inschatting geleden schade", wordt in het eerste halfjaar van 2002 - de periode van de gewraakte tariefsverhoging - een daling van het aantal nieuwe CT-abonnees genoemd van 1000 naar 250 per maand ten opzichte van 2001, welk aantal vervolgens in het tweede halfjaar van 2002 - nadat de tariefsverhoging ongedaan was gemaakt - weer opliep tot gemiddeld 800 per maand. Setel heeft weliswaar de nodige vraagtekens geplaatst bij de uitgangspunten, aannames en conclusies van CAS, maar het Gerecht acht voldoende aannemelijk geworden dat CT door de onrechtmatige tariefsverhoging schade heeft geleden. Het voorzienbare gevolg van de tariefsverhoging was dat CT bij het publiek de naam kreeg het duurdere netwerk te zijn. De tariefsverhoging zal CT ongetwijfeld (nieuwe) klanten hebben gekost. Het ligt immers voor de hand dat consumenten die de keuze hebben tussen een CT-toestel dat hun via Setel bellende relaties (daaronder begrepen hun gezinsleden die vanuit huis via de vaste Setel-aansluiting bellen) op extra kosten jaagt enerzijds en een Setel-toestel waarbij dat niet het geval is anderzijds, veelal voor dat laatste zullen kiezen, met voor CT een gemis aan abonnees (daaronder begrepen pre-paid bellers) en dus omzet tot gevolg. De redenering van Setel dat zich eerder een omgekeerd beeld zou hebben kunnen voordoen - Setel-abonnees werden geconfronteerd met een prijsverhoging voor bellen naar CT en zouden die ontlopen als zij zelf overstapten naar CT - miskent dat dit slechts zou kunnen opgaan voor louter mobiel bellende Setel-abonnees. Dat een relevant aantal (per definitie Setel-)abonnees met een vaste aansluiting een dergelijke overstap naar een mobiele CT-aansluiting heeft gemaakt, komt het Gerecht onwaarschijnlijk voor. Aanwijzingen daarvoor ontbreken. Setel heeft een aantal andere mogelijke oorzaken geopperd van de terugval bij CT in de aantallen nieuwe abonnees. Dat uitsluitend de door haar genoemde factoren de terugval hebben veroorzaakt - en niet Setels tariefsverhoging - is niet aannemelijk geworden.

Het Gerecht acht voorts aannemelijk dat de tariefsverhoging heeft geleid tot een voor CT lager saldo aan door Setel te betalen interconnectievergoedingen. Setelbellers zullen na de tariefsverhoging terughoudender zijn geweest om CT-nummers te bellen (of, zoals door

de ter pleitzitting aanwezige adviseur van Setel uitgedrukt: "die kijken wel uit"). Ook hierbij betreft het Gerecht het feit van algemene bekendheid dat consumenten hun consumptie mede laten afhangen van de door hen te betalen prijs en dat een hogere prijs een drukkend effect heeft op de consumptie. Bewijslevering of deskundigenonderzoek is daarvoor niet nodig."

2.2.4 Het GEA overwoog in rov. 3.8 dat het lastig is om de door AVR geleden schade - die voor het overgrote deel ziet op "omzetsderving door gemis aan subscribers" en "doorwerking gemis subscribers" te begroten; een belangrijke moeilijkheid bij een aantal opgevoerde schadeposten is dat onzeker en niet vast te stellen is wat consumenten zouden hebben gedaan indien Setel de tariefverhoging achterwege zou hebben gelaten, waarbij geldt dat ook andere factoren een rol kunnen hebben gespeeld bij de tijdelijke daling van het aantal nieuwe abonnees van CT. Geen van partijen heeft gesteld dat de impact van de tariefsverhoging - al dan niet na inschakeling van een deskundige - kan worden vastgesteld. Nu gegeven is dat sprake is van schade, leent de zaak zich er "dan ook" voor om voor de begroting van de schade te kijken naar de door Setel met haar onrechtmatig handelen gemaakte winst als bedoeld in artikel 6:104 BW, waarna wordt overwogen: "3.9 Setel heeft benadrukt dat de tariefsverhoging voor haar niet in extra winst heeft geresulteerd. Volgens Setel moest zij voorafgaand aan de tariefsverhoging toelagen op het verkeer naar CT en was dat na de tariefsverhoging nog steeds het geval. Indien er hier veronderstellenderwijze van zou worden uitgegaan dat deze stelling van Setel juist is, zou in elk geval kunnen worden vastgesteld dat Setel door middel van de tariefsverhoging haar verlies heeft weten te beperken. Ook dat zou een voordeel voor Setel betekenen en ook dat zou naar het oordeel van het Gerecht tot toepassing van artikel 6:104 BW aanleiding geven. Setels stelling dat CT nooit zelf de veronderstelde winst had kunnen maken omdat die ten laste van Setel-abonnees is gemaakt, is daarbij niet relevant.

3.10 AVR heeft de door Setel met de tariefsverhoging behaalde winst gesteld op het aantal belminuten van Setels eindgebruikers naar het mobiele netwerk van CT in de periode 1 januari 2002 tot en met 29 juli 2002, vermenigvuldigd met Naf. 0,21. Het aantal belminuten was volgens AVR 18.557.460, hetgeen resulteert in een bedrag van Naf. 3.897.066,60. Setel heeft het door AVR gestelde aantal belminuten weliswaar betwist, maar heeft niet aangegeven om hoeveel minuten het dan wel ging. Evenmin heeft zij aangegeven dat zij niet over deze gegevens beschikt of dat deze voor haar niet te achterhalen zijn. Aan deze betwisting zal het Gerecht dan ook voorbijgaan. Genoemd bedrag van Naf. 3.897.066,60 zal het Gerecht aanmerken als het door Setel met de jegens CT onrechtmatig geoordeelde tariefsverhoging behaalde voordeel. Dat aan het behalen van dit voordeel (of het nu winst is, zoals AVR stelt, of verliesbeperking, zoals Setel stelt) nog (extra) kosten waren verbonden, is gesteld noch gebleken. Evenmin gesteld of gebleken is dat Setel is overgegaan of gehouden is over te gaan tot restitutie van de met de ta-

riefsverhoging aan haar eindgebruikers in rekening gebrachte bedragen. Het Gerecht zal de schade van CT niettemin niet begroten op het gehele bedrag van Naf. 3.897.066,60. In de schatting door AVR van de daadwerkelijke schade en in hetgeen hiervoor onder 3.8 is opgemerkt over de (vermoedelijke) omvang daarvan, ziet het Gerecht aanleiding de (totale) schade te begroten op een deel van het door Setel behaalde voordeel, en wel op Naf. 3.000.000,-. Dat bedrag zal worden toegewezen. De wettelijke rente zal het Gerecht daarbij toewijzen met ingang van de datum waarop AVR haar verzoekschrift heeft ingediend. Voordien verschuldigd geworden wettelijke rente moet worden geacht te zijn begrepen in het schadebedrag."

2.2.5 Het GEA heeft Setel veroordeeld om Naf. 3.000.000 aan AVR te betalen.

2.3 Setel heeft hoger beroep ingesteld; AVR incidenteel hoger beroep. Alleen AVR heeft haar standpunt (schriftelijk) bepleit.

2.4 In zijn vonnis van 26 augustus 2008 heeft het Hof het vonnis van het GEA bekrachtigd. Het Hof heeft het oordeel van het GEA geheel overgenomen (rov. 4.1), waaraan het Hof nog het volgende heeft toegevoegd:

"4.2. (...) Door het Hof als LAR-rechter in hoogste instantie is op 29 november 2004 (...) beslist dat de door Setel toegepaste tariefsdifferentiatie ongeoorloofd was op grond van de aan Setel verleende concessies (...). Niet-naleving van de ingevolge de Landsverordening op de telecommunicatievoorzieningen en uitvoeringsregelgeving gestelde concessievoorwaarden levert strijd op met een wettelijke plicht als bedoeld in artikel 6:162 lid 2 BW.

4.3. Bovendien is in de gegeven omstandigheden, zoals door het GEA vastgesteld (bestreden vonnis rov. 3.4), door Setel jegens Polycom N.V., thans [CT], gehandeld in strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, zoals bedoeld in artikel 6:162 lid 2 BW. Op onbehoorlijke wijze werd bewerkstelligd dat CT minder aantrekkelijk werd voor veel consumenten en dat minder gebeld werd naar het mobiele netwerk van CT.

4.4. Ook als juist zou zijn, hetgeen Setel te bewijzen heeft aangeboden (maar als zuiver juridische stelling niet vatbaar is voor bewijs), dat ten aanzien van de bedoelde wettelijke plicht de relativiteit ontbreekt (artikel 6:163 BW), blijft gelden dat de door Setel jegens CT geschonden zorgvuldigheidsnorm wel strekte tot bescherming tegen de door CT gestelde schade, ook al is de inhoud van de zorgvuldigheidsnorm mede bepaald door het feit dat de wettelijke norm is overtreden. Het bewijsaanbod wordt (ook) daarom gepasseerd.

4.5. Voor tariefswijziging bestond een procedure zoals beschreven in voormelde LAR-uitspraak. Setel heeft deze procedure niet gevolgd en niet aannemelijk gemaakt dat zulks niet van haar kon worden gevergd (...). Onder deze omstandigheid levert een onjuistheid in het tarief, zoals door Setel te bewijzen is aangeboden (de interconnectievergoeding van 36 cent per minuut zou niet kostengeoriënteerd zijn), geen rechtvaardigingsgrond op als bedoeld in artikel 6:162 lid 2 BW of onaanvaardbaarheid naar maatstaven van redelijkheid en

billijkheid. Hetzelfde geldt voor een eventuele onge-rechtvaardigde ongelijkheid tussen de interconnectie-vergoedingen.

4.6. Door Setel is onvoldoende gesteld om te kunnen oordelen dat door haar handelswijze bij CT geen schade kan zijn ontstaan.

4.7. Door Setel is aangevoerd dat CT ook tariefdifferentiatie toepaste (...). Zulks kan aan aansprakelijkheid in de weg staan (vergelijk HR 16 februari 1973, NJ 1973, 463, Maas v. Willems). Hiertegenover heeft AVR evenwel gesteld dat zulks geschiedde in 2006, dus later dan de onderhavige periode januari tot en met juli 2002, dat CT haar eindgebruikers niet belastte maar haar eigen prijzen verlaagde en dat Setel en CT beide thans stunden met eigen prijzen (...). Hierop heeft Setel niet meer gereageerd, hoewel daartoe de gelegenheid bestond. De gestelde handelswijze van CT staat daarom niet aan aansprakelijkheid in de weg.

4.8. Wat betreft de door CT geleden schade oordeelt het Hof met het GEA dat aannemelijk is dat er schade is geleden. Gelet op het feit dat de tariefsverhoging rechtstreeks de klanten van Setel zelf trof, op de vele onzekerheden (ten aanzien van het consumentengedrag) en op het verdere verweer van Setel, is de gevorderde omvang van de schade niet aannemelijk en evenmin, met voldoende nauwkeurigheid, enige andere lagere omvang. Ook niet is aannemelijk dat de schade in elk geval hoger is dan de NAF. 3 miljoen die het GEA met toepassing van artikel 6:104 BW heeft toegewezen.

4.9. Toepassing van artikel 6:104 is het meest met de aard van de schade in overeenstemming. Uit de stellingen van AVR wordt onvoldoende aannemelijk dat toepassing van een andere maatstaf tot toewijzing van een hoger bedrag zal kunnen leiden.

4.10. Het was Setel verboden haar tarief te verhogen. De netto-opbrengst van de onrechtmatige verhoging kan gelden als 'winst' in de zin van artikel 6:104 BW. Het GEA heeft op goede gronden de schade begroot op het bedrag van een gedeelte van de winst en hier sluit het Hof zich bij aan."

2.5 Setel heeft tijdig cassatieberoep ingesteld. AVR heeft geconcludeerd tot verwerping. Partijen hebben hun standpunten schriftelijk laten toelichten, waarna Setel nog heeft gerepliceerd.

### 3. Bespreking van de onderdelen 3 en 4

3.1 Het lijkt aangewezen af te wijken van de volgorde van de klachten. Zou immers juist zijn dat Setel niet onrechtmatig (jegens CT) heeft gehandeld, dan kan blijven rusten of CT schade heeft geleden en hoe deze schade moet worden berekend.

3.2.1 De verschillende klachten van onderdeel 3 richten zich, als ik het goed zie, uitsluitend tegen rov. 4.1 en met name rov. 4.2. In rov. 4.2 wordt overwogen dat niet-naleving van de ingevolge de Landsverordening op de telecommunicatievoorzieningen en uitvoeringsregelingen gestelde concessievoorwaarden strijd oplevert met een wettelijke plicht als bedoeld in art. 6:162 lid 2 BW(NA).

3.2.2 Het onderdeel behelst, naar ik begrijp, de volgende klachten:

a. het gaat in casu niet om handelen in strijd met een wettelijk voorschrift omdat de concessievoorwaarden bij landsbesluit worden vastgesteld, terwijl een landsbesluit geen algemeen verbindend voorschrift is (sub 3.3);

b. in elk geval strekten de voorwaarden slechts tot bescherming van de "abonnees van Setel (en wellicht CT)", maar niet tevens tot bescherming van de belangen van CT (sub 3.2).

3.2.3 De overige klachten van het onderdeel bouwen hierop voort en behoeven dus slechts bespreking voor zover één van de eerdere klachten (a of b) zou slagen.

3.3.1 In rov. 4.3 overweegt het Hof - in cassatie niet bestreden - dat Setel jegens CT bovendien heeft gehandeld in strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt. Bij die stand van zaken is niet van belang of Setel ook onrechtmatig heeft gehandeld wegens strijd met een wettelijk voorschrift.

3.3.2 Setel zou kunnen tegenwerpen (maar doet dat in haar repliek in cassatie niet) dat dit zo moge zijn, maar dat het Hof de relativiteit van het maatschappelijk onbetamelijk handelen mede baseert op handelen in strijd met een wettelijk voorschrift (rov. 4.4). Daarom is a prima vista niet boven elke twijfel verheven dat zij belang mist bij de onder 3.2 genoemde klachten zodat ik er ten gronde op inga.

3.4 M.i. kan rov. 4.3 's Hof's oordeel nochtans zelfstandig dragen. De in de laatste volzin van rov. 4.3 omschreven norm die Setel, volgens het Hof - in cassatie niet bestreden - heeft overtreden, strekt evident mede ter bescherming van CT en van de schade die AVR in deze procedure heeft gevorderd. Daarvoor is de correctie-Langemeijer,(7) die het Hof in rov. 4.4 aanroept, niet nodig.

3.5.1 Ten overvloede: de onder 3.2.2 sub a en b weergegeven klachten mislukken ook bij inhoudelijke beoordeling. Die sub b omdat zonder toelichting, die evenwel ontbreekt, niet valt in te zien waarom de concessievoorwaarden alleen zouden zien op afnemers van Setel en nog minder waarom haar afnemers wél maar die welke via het netwerk van Setel bellen naar CT niet zouden worden beschermd. En als de bescherming zich mede uitstrekt tot deze laatsten, dan is niet terstond duidelijk waarom CT niet onder deze bescherming zou vallen.

3.5.2 Hoe dit ook zij: Uw Raad heeft overtreding van vergunningvoorschriften al decennia geleden aangemerkt als overtreding van een wettelijk voorschrift.(8) Daarvan uitgaande valt niet te zien waarom iets anders zou gelden voor overtreding van krachtens wettelijk voorschrift opgestelde concessievoorwaarden. In dit verband valt te bedenken dat het begrip "wettelijk voorschrift" een zeer ruime strekking heeft.(9)

3.6 Onderdeel 4 is gericht tegen het oordeel in rov. 4.5 dat voor tariefwijziging een procedure bestond die Setel niet heeft gevolgd en dat Setel ook niet aannemelijk heeft gemaakt dat zulks niet van haar kon worden gevergd. Onder deze omstandigheid levert een - be-weerde - "onjuistheid in het tarief"(10) volgens het Hof geen rechtvaardigingsgrond op als bedoeld in art. 6:162

lid 2 BW of onaanvaardbaarheid naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid. Hetzelfde geldt volgens het Hof voor een eventuele ongerechtvaardigde ongelijkheid tussen de interconnectievergoedingen.

3.7 Onderdeel 4.1 klaagt dat dit oordeel onjuist, althans zonder nadere motivering onbegrijpelijk, is. In dat verband wordt aangevoerd dat Setel zich er op heeft beroepen dat zij de Minister op de hoogte heeft gesteld van de voorgenomen tariefsdifferentiatie en dat de Minister haar heeft bericht dat, indien zij het standpunt huldigt dat interconnectievergoedingen volledig dienen te worden doorberekend in de gebruikstarieven, zij ertoe over dient te gaan die tarieven te hanteren.<sup>(11)</sup> Daarvan uitgaande valt volgens het onderdeel niet zonder meer in te zien waarom van Setel desalniettemin kon worden gevegd dat zij de door het Hof bedoelde procedure zou volgen.

3.8 Voor zover het onderdeel berust op de gedachte dat de Minister in de brief van 16 oktober 2000 bij Setel het gerechtvaardigd vertrouwen heeft gewekt dat zij ertoe mocht overgaan tariefswijzigingen door te voeren, wordt eraan voorbij gezien dat deze brief dateert uit een periode die voor het onderhavige geschil niet van belang is. Het onderhavige geschil is immers aangevangen op 5 november 2001. Op die datum heeft UTS aan de Minister meegedeeld dat het tarief dat de eindgebruikers in rekening zal worden gebracht voor een gesprek vanuit een van de netwerken van Setel naar het mobiele netwerk van CT zal worden verhoogd met 21 cent per minuut. Vervolgens heeft de Minister UTS op 31 december 2001 mondeling en op 11 februari 2002 schriftelijk verzocht de oude tarifiering te handhaven. Setel heeft echter de eerder aangekondigde tariefsverhoging voor bellen naar CT doorgevoerd en gehandhaafd. Bij beschikking van 8 april 2002 heeft de Minister vervolgens besloten dat Setel gehouden was om de tariefsituatie zoals die bestond voor 1 januari 2002 te herstellen. Tegen dit besluit heeft Setel tevergeefs beroep en vervolgens hoger beroep ingesteld; zie onder 1.6 - 1.8.

3.9.1 Onderdeel 4.2 mislukt reeds omdat niet wordt vermeld waar Setel in het geding in feitelijke aanleg aandacht voor de daarin genoemde kwestie heeft gevraagd. De enkele omstandigheid dat beroep wordt gedaan op één van de vele in geding gebrachte producties is onvoldoende. Datzelfde lot treft onderdeel 4.3.

3.9.2 Hierbij valt te bedenken dat het Hof, in cassatie niet bestreden, in rov. 4.5 tot uitdrukking brengt dat Setel niet op de juiste wijze de procedure voor tariefswijziging heeft gevolgd. In het licht van de door onderdeel 4.2 genoemde passage uit de LAR-uitspraak is dat oordeel bovendien alleszins begrijpelijk.

3.10 Onderdeel 4.4 mist belang omdat rov. 4.5 's Hof's oordeel zelfstandig kan dragen. Daarbij laat ik nog maar rusten of de omstandigheid dat Setel, naar eigen inzicht, onvoldoende vergoeding ontving wel een rechtvaardigingsgrond kan opleveren voor overtreding van de concessievoorschriften. Die vraag dringt zich eens te meer op wanneer de rechter heeft geoordeeld dat zij haar tarieven niet op de door haar gewenste wijze mocht verhogen; zie onder 1.8.

#### **4. Juridisch kader van de winstafdrachtproblematiek**

4.1 Nu de onder 3 behandelde klachten ongegrond zijn bevonden, resteert de problematiek van de winstafdracht. Dat is een lastige, voor de praktijk potentieel belangrijke en in een aantal opzichten enigszins omstreden materie. Daarom ga ik daarop eerst in algemene zin in. De daarop toegespitste klachten worden onder 5 besproken.

4.2 Conform het - subsidiaire - verzoek van AVR hebben het GEA en het Hof de schade begroot op basis van art. 6:104 BW, waarmee allicht bedoeld is: art. 6:104 BWNA, zoals dat geldt met ingang van 1 januari 2001. Dit artikel bepaalt - even-als art. 6:104 BW - dat indien iemand die op grond van onrechtmatige daad of een tekortkoming van een verbintenis jegens een ander aansprakelijk is door die daad of tekortkoming winst heeft genoten, de rechter op vordering van die ander de schade kan begroten op het bedrag van die winst of op een gedeelte daarvan.

4.3 Bij de uitleg van art. 6:104 BWNA dient op grond van het concordantiebeginsel rekening te worden gehouden met de Nederlandse opvattingen over het met de bepaling corresponderende art. 6:104 BW, tenzij duidelijk is dat de wetgever van de Nederlandse Antillen een afwijkende bedoeling heeft gehad. Dat laatste is m.i. niet het geval. Geen van partijen heeft dat (dan ook) bepleit.

4.4 Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat de "eigenlijke grond" voor opnemning van art. 6:104 BW is "dat het onredelijk is om ongeoorloofd ten koste van een ander verkregen winst aan de verkrijger te laten, waar door die ander vermoedelijk wel schade is geleden, maar deze naar haar aard niet goed bewijsbaar is".<sup>(12)(13)</sup>

4.5.1 Ten aanzien van het rechtskarakter van de regeling is de wetsgeschiedenis niet geheel duidelijk. Enerzijds wordt verondersteld dat de hoogte van de te betalen som uitsluitend wordt bepaald door de winst van de aansprakelijke partij:<sup>(14)</sup>

"Zo zal de winst, verkregen door het onrechtmatig verhandelen van merkartikelen, eenvoudig vast te stellen zijn op de gehele winst die met die artikelen is gemaakt (...) Dogmatisch zou men eraan kunnen twijfelen of hier nog sprake is van vergoeding van "schade", nu van het door de eiser geleden nadeel geabstraheerd wordt. Om technische redenen is er echter de voorkeur aan gegeven om hier van schadevergoeding te blijven spreken, zodat de daarop betrekking hebbende bepalingen van toepassing blijven."

4.5.2 Anderzijds wordt ervan uitgegaan dat bij de toepassing van het artikel de door de benadeelde geleden schade de richtlijn moet vormen:<sup>(15)</sup>

"Anders dan de Commissie heeft gesuggereerd betreft art. 6:1.9.9a [6:104 BW, A-G] de begroting van de schade. De eiser die aarzelt tussen de wijze van begroting van dat artikel (op het bedrag van de door de aansprakelijke gemaakte winst of een deel daarvan) en een of meer andere wijzen van begroting als bedoeld in art. 6:1.9.3 [6:97 BW, A-G], behoeft niet tussen twee vorderingen te kiezen, maar kan volstaan met een bepaald

door hem berekend bedrag te eisen en deze eis te onderbouwen met feiten die voor ieder van deze wijzen van begroting een grondslag kunnen opleveren. De vraag welke wijze van begroting het meest op haar plaats is, zal dan door de rechter moeten worden beslist aan de hand van de maatstaf in art. 6:104 BW: nl. op de wijze die het meest met de aard van de schade in overeenstemming is."

4.6 Ook in de doctrine, met name in die van vóór het hierna te bespreken arrest Waeyen-Scheers/Naus,(16) is de niet geheel duidelijke opvatting/bedoeling van de wetgever(17) naar voren gekomen. Een aantal auteurs is, al dan niet ogenschijnlijk, van mening dat het artikel de door onrechtmatige daad of wanprestatie benadeelde partij de mogelijkheid biedt aanspraak te maken op de winst van de aansprakelijke partij, ongeacht enig verband met de hoogte van de daadwerkelijk door die partij geleden schade.(18) Andere auteurs menen dat het artikel de rechter alleen het vermoeden biedt dat de door de aansprakelijke partij behaalde winst of een gedeelte daarvan maatgevend is voor de daadwerkelijke schade die de benadeelde heeft geleden, welk vermoeden de aansprakelijke partij zou kunnen ontkrachten.(19)

4.7 In het arrest Waeyen/Naus(20) heeft Uw Raad zijn licht laten schijnen over de betekenis van art. 6:104 BW. Het ging daarin om een werknemer (Naus) van een maatschap die voor eigen rekening werkzaamheden voor derden verrichtte, hoewel hem dat in zijn arbeidscontract uitdrukkelijk was verboden. Volgens de Rechtbank was niet komen vast te staan dat de door Naus verrichte werkzaamheden behoorden tot de doelgroep van de maatschap; de cliënten voor wie Naus had gewerkt zouden - de gedragingen van Naus weggedacht - geen cliënt van de maatschap zijn geworden. Daarom moest de vordering van de maatschap worden afgewezen. In cassatie betoogde de maatschap dat de Rechtbank een onjuiste maatstaf had aangelegd door causaal verband te verlangen tussen de verboden gedragingen van de werknemer en de door de maatschap geleden schade, nu voor de toepassing van art. 6:104 BW slechts causaal verband is vereist tussen die gedragingen en de dientengevolge door de werknemer genoten netto-winst. In dat verband werd onder meer aangevoerd dat voor de toewijsbaarheid van de "in art. 6:104 bedoelde vordering tot winstafdracht" niet van belang, althans niet doorslaggevend, is of de maatschap schade heeft geleden en dat in ieder geval de enkele omstandigheid dat de maatschap geen schade heeft geleden aan de toewijsbaarheid van "een vordering uit art. 6:104" niet in de weg staat. Uw Raad achtte deze opvatting onjuist:

"3.4. (...) 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."

4.8.1 Het zojuist geciteerde arrest maakt duidelijk dat voor toepassing van art. 6:104 BW geen plaats is als "de rechter vaststelt dat (...) in het geheel geen schade is geleden". Die opvatting is in iets andere bewoordingen eveneens te vinden in een recenter arrest:(21)

"3.5.2 (...) Art. 27a Aw, waaraan mede dezelfde gedachte ten grondslag ligt als aan art. 6:104 BW, biedt de auteursrechthebbende de mogelijkheid in geval van inbreuk schadevergoeding te verkrijgen, begroot op het bedrag van de door de inbreukmaker met de inbreuk behaalde winst, juist teneinde de rechthebbende tegemoet te komen indien zijn schade moeilijk aantoonbaar is, maar de aanwezigheid van enige (vorm van) schade aannemelijk is. Kennelijk en niet onbegrijpelijk is het hof van oordeel geweest dat aannemelijk is dat Lancôme minstgenomen enige schade heeft ondervonden van het op de markt komen van Female Treasure, zoals Lancôme in dit geding ook heeft gesteld."

4.8.2 Wanneer men scherp wil slijpen, zit er enig licht tussen de benadering van beide zojuist genoemde arresten. In het eerste valt het doek als de rechter vaststelt dat er geen schade is, terwijl in het tweede voldoende wordt gedacht dat "aannemelijk is" dat er ten minste enige schade is. De eerste benadering is marginaal gunstiger voor de eisende partij. Hierna neem ik het tweede arrest verder tot uitgangspunt.

4.9.1 Beide zojuist besproken arresten lijken te zeggen dat art. 6:104 BW soelaas kan bieden als ten minste enige schade aannemelijk is. In dat geval heeft de rechter de vrijheid om de schade te begroten op de genoten winst. Daarbij wordt niet (kenbaar) de eis gesteld dat de winst naar redelijke maatstaven gemeten enigszins correleert met of in de buurt komt - of ten minste zou kunnen komen - van de "schade".(22)

4.9.2 In een kort na het arrest Waeyen/Naus verschenen bijdrage ben ik op deze kwestie ingegaan.(23) Ik heb mij toen de vraag gesteld of de enkele omstandigheid dat sprake is van enige schade voldoende is de kassa met toepassing van art. 6:104 BW te laten rinkelen in dier voege dat de benadeelde dan een vergoeding kan krijgen die (eventueel ver) uitstijgt boven zijn schade. Een opvatting die mij niet aanstonds aantrekkelijk leek:(24)

"In extremis: bij een schade van één gulden en een winst van een miljoen gulden zou, in een andersluidende opvatting, de benadeelde aanspraak kunnen maken op een miljoen. Zou de winst eveneens een miljoen

bedragen, terwijl de schade nihil was, dan zou de benadeelde niets kunnen vorderen. Voor deze ongelijkheid bestaat geen rechtvaardiging. Bovendien zou de consequentie zijn dat de aansprakelijke beter wordt van zijn daad."

4.9.3 Voor het overige heb ik toen bepleit dat het op de weg van de aansprakelijke partij ligt om te bewijzen dat de benadeelde (in het geheel) geen schade heeft geleden. Is wel schade geleden, dan zal de aansprakelijke moeten kunnen bewijzen dat de schade lager is dan de door hem genoten winst:

"In veel gevallen zal de aansprakelijke in dit bewijs niet (kunnen) slagen. De consequentie is dan kennelijk dat de schade wordt geacht overeen te stemmen met de winst. Niet zelden zal de benadeelde - wegens de bewijsnood van de aansprakelijke - meer krijgen dan zijn schade. Dat is op zich alleszins bevredigend. Maar aldus ontstaat een moeilijk te rechtvaardigen ongelijkheid tussen de verschillende benadeelden. Kan de aansprakelijke persoon bewijzen dat er in het geheel geen schade is, dan heeft de 'benadeelde' geen enkele aanspraak. Kan hij bewijzen dat de schade lager is dan de winst, dan zal - naar mag worden aangenomen - 'slechts' de schade vergoed behoeven te worden. Doch indien onduidelijkheid bestaat omtrent de omvang van de schade, dan moet de winst worden afgestaan. Het lijkt aannemelijk dat hier de 'normale' bewijsregels gelden."(25)

4.10 In zijn NJ-annotatie onder het arrest Waeyen/Naus heeft Brunner een vergelijkbare opvatting verdedigd:

"De betekenis van het artikel, zoals dat door de Hoge Raad wordt uitgelegd, zit vooral daarin dat de bewijslast dat geen schade is of kan zijn ontstaan rust op degene die uit onrechtmatige daad of wanprestatie wordt aangesproken. Als ik goed zie, houdt art. 104 in de uitleg van de Hoge Raad een dubbel wettelijk vermoeden in. Vermoed wordt (1) dat door de onrechtmatige daad of wanprestatie schade is veroorzaakt en (2) dat die schade is gelijk te stellen aan de door de schadeplichtige behaalde winst. Weerlegging van het eerste vermoeden leidt tot afwijzing van de vordering tot schadevergoeding; weerlegging van het tweede vermoeden betekent dat de schade niet op het hele bedrag van de winst kan worden gesteld, maar eventueel wel op een zodanig deel als overeenkomt met de door de rechter schatten-derwijs begrote schade."

4.11 Deze opvatting is bestreden door Linssen. Hij meent dat het geen aanbeveling verdient om uit te gaan van de omvang van de schade, nu van de concreet door de eiser geleden schade juist wordt geabstraheerd.(26) Zijns inziens gaat het om de door de gedaagde tengevolge van zijn ongeoorloofde gedraging behaalde winst en wordt van de "concreet door eiser geleden schade" geabstraheerd. Daarom meent hij dat de laedens in beginsel niet kan worden toegelaten "te bewijzen dat eiser - indien gedaagdes gedraging achterwege zou zijn gebleven - niet in staat zou zijn geweest om een even omvangrijke winst te behalen."(27)

4.12.1 Klaassen bestrijdt de opvatting van Brunner dat het arrest Waeyen/Naus een vermoeden behelst dat door de onrechtmatige daad of wanprestatie schade is

veroorzaakt. De eisende partij moet gemotiveerd stellen dat hij deswege schade heeft geleden, althans zal hij feiten moeten aandragen waaruit in het algemeen het geleden zijn van schade kan worden afgeleid. Als de rechter eenmaal aanneemt dat sprake is van schade (wat ook mogelijk is op basis van een feitelijk vermoeden) dan kan hij

"zonder nader bewijs van (de omvang) van deze schade te verlangen, een veroordeling tot winstafdracht uitspreken dan wel, afhankelijk van het door de gedaagde gevoerde verweer, de gedaagde (eerst) in de gelegenheid stellen het ontbreken van schade te bewijzen of beter gezegd in de gelegenheid stellen tegenbewijs te leveren".(28)

4.12.2 Klaassen acht winstafdracht niet uitgesloten als de winst meer bedraagt dan de schade. Zij werkt dat als volgt uit:(29)

"Niettemin is te verwachten dat met name daar waar door de aansprakelijke persoon grote winst is gemaakt en onaannemelijk is dat door de eiser in deze omvang schade is geleden, de rechter de schade zal begroten op een gedeelte van de winst of zelfs art. 6:104 buiten toepassing zal laten en (slechts) op art. 6:97 BW zal varen (als partijen hem daartoe de ruimte hebben gelaten). Winstafdracht is immers bij een kennelijke, aanmerkelijke discrepantie tussen de geleden schade enerzijds en de genoten winst anderzijds geen passende vorm van schadeberekening."(30)

4.13 Ook over het winstbegrip in art. 6:104 BW lopen de opvattingen uiteen. Eén uittaling in de parlementaire geschiedenis is op dit punt duidelijk: met de term "winst" is bedoeld de netto-winst die een bedrijf dankzij de verweten gedragingen heeft gemaakt. Andere voordelen, bespaarde kosten en beperking van verlies vallen daar niet onder.(31)

4.14.1 In de doctrine wordt over deze kwestie verschillend gedacht. Een aantal auteurs verwijst veelal expliciet - en uitsluitend - naar de zojuist genoemde opvatting van "de wetgever".(32) Deurvorst schrijft erover:(33)

"Volgens de wetgever vallen andere voordelen, bespaarde kosten en de beperking van verlies niet onder het begrip 'winst' van artikel 6:104 BW. Dit begrip kan inderdaad niet worden beschouwd als het spiegelbeeld van het begrip concrete schade; krachtens artikel 96 lid 1 BW bestaat vermogensschade uit hetzij geleden verlies - bestaande uit een vermeerdering van passiva, zoals extra kosten, of een vermindering van activa, zoals de van het intellectuele eigendomsrecht - hetzij gederfde winst. Dit onderscheid tussen geleden verlies en gederfde winst brengt mee dat de afwenteling van verlies, zoals bespaarde kosten of een waardevermindering van de activa niet tot het winstbegrip dient te worden gerekend."

4.14.2 In 1992 heb ik betoogd dat de stelling dat beperking van verlies geen winst is niet erg aanspreekt omdat aldus de bedoeling van art. 6:104 BW niet goed tot haar recht komt.(34) Naar ik toen meende - en nog steeds meen - is evenmin in te zien dat bespaarde kosten niet tot het begrip "winst" zouden mogen worden gerekend. In dat verband werd erop gewezen dat de

door mij onaantrekkelijk genoemde opvatting ook niet zou stroken met het toenmalige wetsvoorstel 21504 waarin werd voorgesteld art. 36e Sr te wijzigen in die zin dat een veroordeelde ter zake van een strafbaar feit de verplichting kan worden opgelegd tot betaling van een geldbedrag aan de Staat ter ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel. Het derde lid van het wetsvoorstel bepaalde dat besparing van kosten onder voordeel is begrepen. Art. 36e Sr is op 1 maart 1993 in werking getreden.(35) Het in het wetsvoorstel opgenomen derde lid is in de wettekst vernummerd tot lid 4.(36)

4.14.3 Ook Barendrecht en Stekelenburg,(37) Linsen(38) en Hartlief(39) staan een ruimer winstbegrip voor, in die zin dat een verliesbesparing daaronder valt. In zijn dissertatie wijst Linssen erop dat de afwijzende opvatting van de Nederlandse wetgever lijkt aan te sluiten bij een uitspraak van het Duitse Reichsgericht van 22 oktober 1930.(40) Hij merkt in dat verband op dat in de (Duitse) doctrine slechts enkele auteurs zich achter de afwijzende opvatting van het Reichsgericht hebben geschaard en dat momenteel in Duitsland (alsmede in Zwitserland) als heersende leer geldt dat ook een zgn. Verlustersparnis kan worden aangeduid als 'winst'.

4.14.4 Ook van de kant van accountants is kritiek geleverd op de beperkte opvatting van de wetgever. Zo acht Joling deze opvatting onjuist op basis van het principe dat verlies negatieve winst is. Ook acht hij het merkwaardig dat bespaarde kosten en ander voordeel niet tot de winst zouden mogen worden gerekend. In dat verband wijst hij er onder meer op dat een en ander niet strookt met art. 6:100 BW.(41) Dit artikel bepaalt dat, indien eenzelfde gebeurtenis voor de benadeelde naast schade tevens voordeel heeft opgeleverd, dit voordeel, voor zover dit redelijk is, bij de vaststelling van de te vergoeden schade in rekening moet worden gebracht. Voor het standpunt dat bespaarde kosten onder "voordeel" als bedoeld in art. 6:100 BW gerekend worden, kan ook steun worden gevonden bij andere auteurs(42) en in een aantal uitspraken.(43)

4.15 Uw Raad heeft zich nog niet uitgesproken over de vraag wat onder "winst" in de zin van art. 6:104 BW dient te worden verstaan.

4.16.1 Het Benelux-Gerechtshof heeft geoordeeld wat onder "winst" in de zin van art. 13.A.5 Benelux Merkenwet (thans: art. 2.21 lid 4 BVIE) moet worden verstaan. Dit artikel bepaalde (onder meer) dat de merkhouder naast of in plaats van een vordering tot schadevergoeding een vordering kan instellen tot het afdragen van de ten gevolge van het (onrechtmatige) gebruik (van het merk) genoten winst. Het Hof overwoog het volgende:(44)

"8. De door het Hof van Beroep gestelde vraag heeft betrekking op de uitlegging van het in [art. 13.A.5 BMW oud] gebezigde woord "winst".

9. Nu noch in deze bepaling, die bij Protocol van 2 december 1992 in de Eenvormige Wet is ingevoerd, noch in enige andere bepaling van genoemde wet of in de Artikelsgewijze Toelichting bij het Protocol een aanknopingspunt voor een andere uitleg kan worden ge-

vonden, moet die term worden uitgelegd naar het normale spraakgebruik.

10. Dit brengt mee dat wanneer een onderneming een door de merkhouder geproduceerde waar onrechtmatig heeft verkocht, onder winst niet het verschil tussen de verkoopprijs en de aankoopprijs moet worden verstaan, maar de door de onderneming genoten nettowinst, die wordt berekend door niet alleen de aankoopprijs maar ook bepaalde belastingen en kosten van de verkoopprijs af te trekken."

4.16.2 Het Benelux Hof heeft zich niet (expliciet) uitgelaten - en het behoeft dat, gezien de vraagstelling van het Brusselse Hof van Beroep, ook niet te doen - over de vraag of denkbaar is dat ook vermindering van verlies kan worden aangemerkt als "winst". Hoewel de onder 4.16.1 geciteerde bewoordingen in andere zin lijken te wijzen, past m.i. voorzichtigheid om er meer in te lezen dan er staat. Het Hof beantwoordt immers, na de geciteerde passage, nog een tweede vraag: welke kosten en belastingen mogen van de verkoopprijs worden afgetrokken om de winst te bepalen. Op dat punt geeft het Hof een voor de benadeelde gunstige beslissing omdat anders "de verrijking die het gevolg is van de schending van de rechten van de merkhouder niet ongedaan worden gemaakt, hetgeen tegen de bedoeling van deze wetsbepaling indruist". Daaraan voorafgaand wordt gesproken van de gedachte dat "de onderneming die te kwader trouw onrechtmatig van een merk gebruik heeft gemaakt, ontmoedigd dient te worden opnieuw inbreuk te plegen".(45) Met name deze laatste passages passen, als die opmerking geoorloofd is, in de destijds door mij voorgestane benadering waarin de door de wetgever - ongemotiveerd - beoogde beperking werd bestreden.

4.17 In de TM op wat thans art. 6:212 BW is, lezen we dat een verrijking, naast een vermeerdering van een actief, ook kan zijn gelegen in "besparing van kosten, afwending van kosten, bevrijding van een schuld".(46)

4.18 Hierboven kwam art. 36e lid 4 Sr. al even ter sprake. In de rechtspraak van Uw Raad wordt het begrip "wederrechtelijk voordeel" ruim uitgelegd. Het komt telkens aan op een vermogensvergelijking.(47) Aangenomen mag worden dat vermindering van verlies - die immers resulteert in een positief saldo bij vermogensvergelijking - ook als voordeel kan worden aangemerkt;(48) een opvatting die ook het beste aansluit bij de gangbare mening dat het gaat om een vermogensvergelijking.

4.19 Aan een beperkt winstbegrip kleven ook praktische bezwaren. Het werkt de stelling dat van beperking van een verlies - en niet van gemaakte winst - sprake is in de hand. Zeker nu, naar van algemene bekendheid is, er vrijwel geen stelling is die niet ten minste één "deskundige" (al dan niet tegen een in zijn ogen passende vergoeding) wil onderschrijven, is de voorzienbare consequentie dat geschillen nodeloos worden gecompliceerd. Bovendien zou de kans dat degene die onrechtmatig handelt of wanprestatie pleegt de dans ontspringt onnodig worden vergroot.

4.20.1 Om de volgende redenen meen ik dat geen beslissende betekenis kan worden gehecht aan de stelling

uit de wetsgeschiedenis dat beperking van verlies aan de zijde van de dader geen basis biedt voor toepassing van art. 6:104 BW:

- a. de consistentie van het Nederlandse recht (meer in het bijzonder de regeling van ongerechtvaardigde verrijking, voordeelstoerekening en wederrechtelijk voordeel);
- b. de omstandigheid dat de hier bestreden opvatting in de parlementaire geschiedenis ongemotiveerd is en haaks staat op de bedoeling van de bepaling;
- c. de praktische tegenargumenten;
- d. de meer gangbare opvatting in de doctrine.

4.20.2 Zou Uw Raad evenwel vast willen houden aan hetgeen in de parlementaire geschiedenis van art. 6:104 BW is gezegd, dan verdient m.i. aanbeveling om niet gemakkelijk aan te nemen dat de aangesprokene inderdaad in een verliessituatie verkeerde zodat "slechts" zijn verlies is beperkt.

4.21 Er is geen grond aan te nemen dat de Antilliaanse wetgever heeft beoogd met art. 6:104 BWNA af te wijken van het Nederlandse recht op dit punt. Volledigheidshalve citeer ik hetgeen daarover in de wetsgeschiedenis (MvT) is opgemerkt:(49)

"Artikel 104 geeft aan de wijze van schadevergoeding van artikel 70, vierde lid, van de Rijksoctrooiwet 1995 een ruimere toepassing. De daar bedoelde afdracht van onrechtmatig genoten winst kan nu ter zake van elke onrechtmatige daad en wanprestatie - doch niet daarbuiten - worden gevorderd - de "desbewustheid" van artikel 70, derde lid, van de Rijksoctrooiwet 1995 is geen vereiste -, en de rechter kan deze vordering toewijzen, als hij een zodanige schadevergoeding een passende sanctie acht. Bij onrechtmatige daad denke men in het bijzonder aan schending van absolute rechten, ongeoorloofde mededinging en publicaties in "roddelbladen", bij wanprestatie aan schending van concurrentiebepalingen."

## 5. Bespreking van de onderdelen 1 en 2

5.1.1 Alvorens in te gaan op de resterende klachten, lijkt goed erop te wijzen dat niet (duidelijk) wordt opgekomen tegen 's Hofs oordeel dat:

- Setel jegens CT heeft gehandeld in strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt (rov. 4.3);
- de door Setel jegens CT geschonden zorgvuldigheidsnorm strekte tot bescherming tegen de door CT geleden schade (rov. 4.4);
- 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 (rov. 4.8).

5.1.2 In appèl is niet (duidelijk) opgekomen tegen het oordeel van het GEA dat de schade - kort gezegd - niet door een deskundige kan worden begroot (rov. 3.8).

5.2.1 Onderdeel 1 is gericht tegen rov. 4.3 en 4.8 - 4.10. Onderdeel 1.1 bevat een rechtsklacht die het Hof verwijt te hebben miskend dat op grond van art. 6:104 BWNA de schadevergoeding alleen kan worden begroot op de winst die als gevolg van het onrechtmatig handelen van Setel jegens CT door Setel ten koste van

CT is verkregen, althans dat (voldoende) verband dient te bestaan tussen de op grond van art. 6:104 BWNA toe te kennen schadevergoeding en de door de gelaedeerde (CT) geleden schade. Het Hof zou in dat verband hebben miskend dat art. 6:104 BWNA een vorm van schadebegroting betreft.

5.2.2 Volgens het onderdeel valt niet zonder meer in te zien dat de door het Hof voor vergoeding in aanmerking genomen winst een gevolg is van het onrechtmatige handelen van Setel of ten koste van CT is verkregen. Er wordt op gewezen dat op grond van rov. 4.8 vaststaat dat het aantal in aanmerking genomen belminuten vermenigvuldigd met de door Setel toegepaste tariefverhoging in rekening is gebracht bij de abonnees van Setel, doch dat het Hof niet heeft vastgesteld dat er een (voldoende) verband bestaat tussen de door hem in aanmerking genomen belminuten (vermenigvuldigd met 21 cent) en het aangenomen onrechtmatig handelen van Setel. Daarom valt, volgens de klacht, niet zonder meer in te zien waarom het op onbehoorlijke wijze bewerkstelligen dat CT minder aantrekkelijk werd voor veel consumenten en dat minder gebeld werd naar het mobiele netwerk van CT heeft geleid tot de 'winst' ten gevolge van de tariefverhoging door Setel. Nu de tariefdifferentiatie bovendien door de abonnees van Setel is voldaan, valt, aldus nog steeds de klacht, evenmin in te zien waarom de bedoelde 'winst' ten koste van CT is verkregen.

5.3 Deze klacht faalt. De enige stelling waarop het onderdeel beroep doet - de mvg onder 57 - heeft handen noch voeten. Sprake is van een in geen deele onderbouwde - laat staan zelfs maar summierlijk gestaafde - stelling.

5.4 Eenmaal aangenomen dat het bestaan van schade aannemelijk is, terwijl het - vanwege de aard van de onrechtmatige gedraging - bijkans onmogelijk is om met enige nauwkeurigheid aan te geven hoe groot de schade is, lag het op de weg van Setel om uit de doeken te doen waarom haar winst geen aangewezen wijze van begroting van die schade is. Zij heeft op dat punt niets ter zake dienends (dat voldoende houvast biedt) aangevoerd. 's Hofs oordeel op dit punt is volledig in overeenstemming met de tekst en de strekking van art. 6:104 BW(NA) en de onder 4 besproken rechtspraak van Uw Raad.

5.5 Hier komt nog het volgende bij. Het Hof heeft het oordeel van het GEA overgenomen. Het GEA heeft in rov. 3.4 en 3.7 overwogen dat voor Setel op voorhand evident was dat de door haar aan haar eindgebruikers in rekening te brengen extra kosten voor het bellen naar CT, CT de naam zou geven het duurdere netwerk (op het eiland) te zijn en haar klanten en omzet zou kosten. Volgens het GEA is hierdoor voldoende aannemelijk geworden dat CT door de tariefsverhoging schade heeft geleden. Het GEA wees er daarbij op dat Setel de tariefdifferentiatie eenzijdig publiekelijk bekend heeft gemaakt, doorgevoerd en gehandhaafd, zonder overeenstemming met of vooraankondiging aan CT en in weerwil van de verzoeken en de beslissing van de Minister (rov. 3.4). Ook tegen deze achtergrond is 's Hofs oordeel alleszins bestand tegen de toets der kritiek.

5.6.1 Voor zover het onderdeel er nog over klaagt dat het Hof heeft miskend dat art. 6:104 BW(NA) een vorm van schadebegroting is, mislukt het omdat dit met zoveel woorden in rov. 4.10 is te lezen. Voor zover de s.t. onder 2.1.4 en 2.1.7 nog aanvoert dat een aantal "factoren" zoals reputatie, goodwill en dergelijke meer "tot de winst hebben bijgedragen", terwijl dat deel van de winst door de laedens mag worden behouden, gaat het om een novum, wat er verder van dit betoog ook zij.

5.6.2 Voor zover het onderdeel nog een subtiel onderscheid propageert door aandacht te vragen voor de bron van de "winst" (niet CT, maar haar eigen klanten die teveel betaalden),(50) ziet het over het hoofd dat de reden waarom sprake was van een groot aantal klanten dat "teveel" betaalde, volgens GEA en Hof, verband houdt met de omstandigheid dat deze klanten - kort gezegd - als gevolg van het onrechtmatig handelen van Setel kozen voor Setel en niet voor CT. In die benadering is voor het maken van dit onderscheid geen plaats.

5.7 Onderdeel 1.2 werpt een aantal in feitelijke aanleg betrokken stellingen in de strijd waaraan het Hof niet voorbij had mogen gaan. Deze cirkelen alle rond het thema dat zonder nadere motivering niet valt in te zien waarom de door het Hof in aanmerking genomen 'winst' (het aantal door abonnees van Setel gebelde minuten maal het bedrag van de tariefsdifferentiatie van 21 cent) zonder meer het gevolg is van het door het Hof vastgestelde onrechtmatig handelen jegens CT en evenmin waarom deze winst zonder meer ten koste van CT is verkregen.

5.8 Deze algemene klacht is een - vergeefse - herhaling van zetten.

5.9 De klacht vervolgt met het vermelden van de stellingen waarop het Hof onvoldoende zou zijn ingegaan:(51)

(i) CT is te laat overgestapt van een TDMA-systeem naar een GSM-systeem, hetgeen stagnatie teweeg bracht zodat eerst na verloop van tijd weer groei kon komen toen in 2003 bestaande abonnees gingen overstappen naar het nieuwe systeem;

(ii) de dienstverlening van CT was, zeker in 2002, ernstig gebrekkig nu CT niet voldeed aan haar "eilandelijke dekkingsplicht", herhaaldelijk gesprekken uitvielen en andere storingen optraden;

(iii) mogelijk is dat de oorzaken onder (i) en (ii) een terugloop van het aantal abonnees hebben veroorzaakt;

(iv) Setel heeft door de tariefdifferentiatie geen extra winst gemaakt;

(v) de terugloop van het aantal abonnees is niet te herleiden tot de tariefsdifferentiatie van Setel omdat juist Setel daardoor voor het bellen naar CT duurder was voor haar abonnees en deze daardoor overstappen naar een andere provider; en

(vi) de winst is niet verkregen ten koste van CT omdat CT die de winst niet zelf had kunnen genereren als de onrechtmatige handeling achterwege zou zijn gebleven.

5.10 Met uitzondering van stelling iv, waarop hieronder afzonderlijk wordt ingegaan, mislukken deze klachten op de navolgende gronden. In beginsel geldt dat de rechter de vrijheid heeft om de schade te begroten op

de winst van de aangesprokene; zie onder 4.7. Onder 4.9.3 - 4.12 werden de verschillende opvattingen besproken met betrekking tot de vraag of, en zo ja onder welke omstandigheden, van deze hoofdregel moet worden afgeweken. Die opvattingen zijn niet gelijklopend.(52) Maar de verschillende auteurs zijn het er geheel over eens dat de aangesprokene in elk geval veel heeft uit te leggen vooraleer de rechter af moet zien van toepassing van toepassing van art. 6:104 BW(NA).

5.11 De meeste hiervoor onder 5.9 genoemde stellingen zijn vooral te vinden in de cvd. Ze munten alle uit door vaagheid en bieden de rechter geen of onvoldoende concrete aanknopingspunten voor een meer concrete berekening van de schade. Het GEA heeft daarop onder meer in rov. 3.8 gewezen. In rov. 3.7 oordeelt het dat er geen aanwijzingen zijn voor de juistheid van de door Setel geopperde bezwaren tegen de schadebenadering van CT. Bovendien wijst het er - in appèl niet bestreden - op dat Setel niet heeft aangegeven om hoeveel belminuten het zou gaan (rov. 3.10).(53) In appèl heeft Setel niets concreets aangevoerd, in elk geval niet op de plaatsen waarnaar het onderdeel verwijst. Het Hof was niet verplicht om onder deze omstandigheden de schade te begroten op de voet van art. 6:104 BWNA, maar het had wél die vrijheid.

5.12.1 AVR heeft de onder 5.9 genoemde stellingen, die - als gezegd - goeddeels bij cvd zijn geëtaleerd, in haar (schriftelijke) pleitnota in prima bestreden. Daarbij heeft ze er onder meer op gewezen dat en ook uitgelegd waarom het betoog van Setel onaannemelijk is (sub 40). Bij die stand van zaken kon Setel in appèl niet volstaan met algemeenheden. Daarin is zij nochtans, in elk geval voor zover het gaat om de stellingen waarnaar het onderdeel verwijst, blijven steken.

5.12.2 Wellicht kon dat moeilijk anders, maar als dat zo is dan illustreert dat eens te meer waarom art. 6:104 BW(NA) een wenselijke bepaling is. In de benadering van Setel zou een benadeelde nimmer aan zijn trekken komen in een situatie waarin schade aannemelijk is, maar de omvang daarvan (gezien de aard van de verweren gedraging) niet (goed) concreet valt te begroten en waarin moet worden aangenomen dat degene die onrechtmatig heeft gehandeld winst heeft gemaakt. Onder 4 zagen we dat deze opvatting niet strookt met de bedoeling van de wetgever en de meer gangbare opvattingen in de doctrine.

5.13.1 Hoe dit alles ook zij: het onderdeel miskent dat het Hof (in navolging van het GEA) niet klakkeloos is uitgegaan van "het aantal door Setel abonnees gebelde belminuten maal het bedrag van de tariefsdifferentiatie van 21 cent", waarmee kennelijk wordt bedoeld het in rov. 3.10 van het GEA genoemde aantal "belminuten". GEA en Hof hebben immers een (niet onbeduidende) korting op deze rekensom toegepast. Daarom mist de klacht in haar geheel feitelijke grondslag.

5.13.2 De onder 5.13.1 genoemde korting, die het Hof motiveert in rov. 4.8, maakt volstrekt duidelijk dat het Hof wel degelijk acht heeft geslagen op de verweren van Setel. Deze hebben ook geleid tot een toewijzing van een lager bedrag dan gevorderd en een afwijking

ten gunste van Setel van de onder 5.13.1 genoemde rekenexercitie.

5.13.3 In rov. 4.8 oordeelt het Hof nog dat "evenmin, met voldoende nauwkeurigheid, enige andere lagere omvang" (dan het door het GEA toegewezen bedrag) aannemelijk is geworden. Daarmee brengt het Hof tot uitdrukking dat de gevoerde verweren van Setel onvoldoende concreet waren om het door het GEA toegewezen bedrag naar beneden bij te stellen. Deze oordelen worden in cassatie niet (op voldoende begrijpelijke) wijze bestreden, hetgeen niet behoeft te verbazen nu 's Hof's oordeel, in het licht van de in geen enkel opzicht onderbouwde stellingen in feitelijke aanleg van Setel, niet onbegrijpelijk is. Daaraan doet niet af dat toepassing van art. 6:104 BW(NA) een discretionaire bevoegdheid is en dat het Hof dus ook de vrijheid had gehad om de schade op andere wijze te begroten in welk geval het in beginsel op de weg van AVR had gelegen om haar schade te bewijzen.

5.14 Resteert nog de stelling dat Setel "geen extra winst" heeft gemaakt. In de passages waarnaar wordt verwezen is daarover het volgende opgemerkt:

a. CT heeft geen schade geleden zodat, zo begrijp ik, van winst ten koste van CT geen sprake kan zijn geweest (cva onder 8.1). GEA en Hof hebben anders geoordeeld. Beide nemen - niet bestreden - aan dat CT wél schade heeft geleden;

b. sprake was - kort gezegd - van een verliessituatie bij Setel en daarom kan geen sprake zijn van winst (cvd onder 51; mva inc. onder 9). Deze klacht behandel ik hierna bij de bespreking van onderdeel 2.

5.15 Onderdeel 1.3 is in essentie een herhaling van zeten. Het faalt op de hiervoor genoemde gronden.

5.16 Onderdeel 1.4 klaagt dat, indien het oordeel van het Hof in rov. 4.9 en 4.10 aldus moet worden begrepen dat het aan Setel is om te stellen en, bij betwisting, te bewijzen dat zij geen winst heeft gemaakt en de door het Hof bedoelde winst geen gevolg is van haar onrechtmatige handelen en niet is gemaakt ten koste van CT, dat oordeel onjuist is nu het aan AVR is om te stellen en, bij betwisting, te bewijzen dat Setel (door het onrechtmatige handelen van Setel jegens CT) winst heeft gemaakt en dat deze winst ten koste van CT is verkregen.

5.17.1 Deze klacht miskent 's Hof's gedachtegang. In rov. 3.10 heeft het GEA uitgelegd op welke wijze de winst is berekend. Daarbij wordt aangetekend dat Setel wél een en ander op die berekening heeft afgedongen, maar dat zij niet concreet heeft aangegeven waarom niet zou kunnen worden uitgegaan van het aantal "belminuten" dat het GEA als uitgangspunt neemt. Het Hof heeft zich bij dat oordeel van het GEA aangesloten (rov. 4.1). Het onderdeel doet niet uit de doeken welke nuttige stellingen in appèl tegen het oordeel van het GEA zijn aangevoerd en waarom het Hof, gelet daarop, zich niet had kunnen aansluiten bij het oordeel van het GEA. Hierop loopt de klacht stuk.

5.17.2 Ten overvloede: de stelling dat in situaties als de onderhavige vrijwel over de hele linie de hoofdregel van art. 150 Rv. zou gelden, zou praktisch gesproken betekenen dat art. 6:104 BW naar de prullenmand

wordt verwezen. Ter vermijding van misverstand roep ik in dit verband in herinnering dat art. 6:104 BW de rechter een discretionaire bevoegdheid geeft. Hij heeft daarvan dus geen gebruik te maken. Doet hij dat niet dan zullen in het algemeen inderdaad de algemene regels op het stuk van de bewijslast gelden.

5.17.3 Wél deel ik - in elk geval als hoofdregel - de mening van Setel dat de benadeelde de winst (in de ruime onder 4 besproken zin) van de aangesprokene ten minste aannemelijk zal moeten maken. Omdat het daarbij veelal gaat om gegevens die zich in het domein van de aangesprokene bevinden, zal evenwel van deze laatste mogen worden gevergd dat hij concrete informatie verstrekt die ten minste een schatting van de winst mogelijk maken.(54) GEA en Hof hebben dat alles niet miskend. In rov. 3.10 zet het GEA, als gezegd, uiteen hoe het de winst berekent. Uit diezelfde rechtsoverweging blijkt dat - hoewel dat op haar weg had gelegen - Setel in gebreke is gebleven om concrete informatie te verstrekken die tot een andere slotsom dan waartoe GEA en Hof zijn gekomen, zou hebben geleid. Het Hof heeft, als gezegd, het oordeel van het GEA overgenomen (rov. 4.1). Setel doet geen beroep op concrete en houvast biedende stellingen die het Hof tot een ander oordeel hadden moeten brengen.

5.17.4 In gevallen als de onderhavige brengt de aard van de onrechtmatige gedraging veelal mee dat moeilijkheden zullen ontstaan op het stuk van de bewijslast van de schade. Dat heeft de laedens doorgaans (te weten in situaties als de onderhavige waarin welbewust onrechtmatig is gehandeld) op de koop toe genomen. Art. 6:104 BW(NA) schiet de benadeelde hier te hulp, zoals onder 4 geschetst. Dit laat intussen onverlet dat de rechter in het licht van de concrete omstandigheden van het geval aanleiding kan zien om (de hem gegeven discretionaire bevoegdheid van) art. 6:104 BW(NA) niet toe te passen.

5.17.5 AVR heeft er m.i. terecht op gewezen dat beslissingen op het stuk van de schatting en begroting van schade een hoog feitelijk gehalte hebben zodat zij zich slechts in zeer beperkte mate lenen voor toetsing in cassatie.(55)

5.18 Onderdeel 1.5 klaagt dat het Hof in rov. 4.9 en 4.10 heeft miskend dat de rechter slechts "in sprekende gevallen gebruik mag maken van art. 6:104 BWNA, althans dat het artikel slechts met (voldoende) terughoudendheid mag worden toegepast". Het artikel zou niet mogen worden toegepast indien de gevorderde omvang van de schade niet aannemelijk is en evenmin, met voldoende nauwkeurigheid, enige andere lagere omvang. Blijkens de s.t. is de klacht van Setel gebaseerd op de parlementaire geschiedenis.(56)

5.19 Voor zover Setel meent uit de parlementaire geschiedenis te moeten afleiden dat de rechter terughoudendheid moet betrachten, berust het betoog evident op een foute lezing. Daarin staat immers (cursivering toegevoegd):(57)

"De bepaling bevat overigens slechts een discretionaire bevoegdheid waarvan de rechter, zolang hij daarmee geen ervaring heeft opgedaan, slechts in sprekende gevallen gebruik zal behoeven te maken."

5.20 De tweede stelling scharniert om de (mate van) verwijtbaarheid. Daarvan zou geen sprake zijn; in elk geval niet van ernstige verwijtbaarheid. Deze klacht mislukt reeds omdat deze stelling in feitelijke aanleg niet is betrokken zodat het Hof daarop niet behoefde in te gaan. Daar komt bij dat het betoog feitelijk ongegrond is. Uit de vaststaande feiten - zoals weergegeven onder 1.7 en 1.8 - blijkt genoegzaam dat wél sprake is van verwijtbaarheid.(58)

5.21 Ten overvloede: het is juist dat in de LvAntw. II Inv. een passage is te vinden waarin staat dat "de mate van verwijtbaarheid" "een belangrijke reden" kan zijn voor de rechter om art. 6:104 BW toe te passen.(59) Er staat evenwel niet dat art. 6:104 BW buiten verwijtbaarheid niet aan de orde kan zijn. Ook in de onder 4 genoemde rechtspraak van Uw Raad is daarvoor geen aanknopingspunt te vinden. Anders dan Setel mogelijk meent, wordt ook in de doctrine niet geoordeeld dat (de mate van) verwijtbaarheid beslissend is.(60)

5.22 Onderdeel 1.6 biedt geen relevante nieuwe gezichtspunten en behoeft daarom geen afzonderlijke bespreking.

5.23 Onderdeel 2 is gericht tegen de rov. 3.9 en 3.10 van het vonnis van het GEA in verbinding met rov. 4.1 van het bestreden vonnis, alsmede rov. 4.10 daarvan. Het onderdeel heeft betrekking op het winstbegrip in art. 6:104 BWNA.

5.24 Volgens onderdeel 2.1 heeft het Hof miskend dat met de term "winst" in art. 6:104 BWNA de netto-winst wordt bedoeld die het betreffende bedrijf door zijn gedragingen heeft gemaakt. Beperking van verlies valt daar volgens het onderdeel niet onder.

5.25.1 Onder 4.13 bleek reeds dat voor deze klacht steun is te vinden in de wetsgeschiedenis van art. 6:104 BW, zij het dan ook dat het gaat om één enkele uitlating waarin niet wordt uitgelegd waarop de daar geponeerde stelling rust. Hoe dat zij, op de onder 4.20.1 genoemde gronden, die berusten op het daaraan voorafgaande overzicht van rechtspraak en doctrine, houd ik de klacht voor ongegrond.

5.25.2 Het door Setel bepleite standpunt wordt onderschreven door Deurvorst.(61) Haar argument is, zoals we onder 4.14.1 al zagen, dat beperking van verlies "inderdaad niet [kan] worden beschouwd als spiegelbeeld van het begrip concrete schade" in de zin van art. 6:96 BW. Ik waag dat evenwel te betwijfelen zoals het volgende voorbeeld moge illustreren. Een fabriek lijdt verlies. Om dat verlies te beperken wordt een nieuw apparaat aangeschaft. Door een onrechtmatige daad van een ander wordt dat apparaat onklaar. Ik kan niet goed inzien waarom de benadeelde geen aanspraak zou kunnen maken op vergoeding van de deswege geleden schade, die onder meer zal bestaan uit het andermaal oplopen van het verlies.

5.25.3 Ten overvloede voeg ik hieraan toe dat a prima vista onaannemelijk is dat juist is de stelling van Setel dat sprake was van een verliessituatie, reeds omdat partijen later een overeenkomst hebben gesloten waarin over en weer het - volgens Setel verliesgevende - tarief is afgesproken; zie onder 1.9.

5.26 Uit het voorafgaande volgt dat onderdeel 2.2 feitelijke grondslag mist.

5.27 Onderdeel 2.3 is een herhaling van de klacht die onder 5.14 al ongegrond werd bevonden. Zij mislukt op dezelfde grond.

5.28 Ook onderdeel 2.4 is, als ik het goed zie, een herhaling van zetten (nog geheel daargelaten dat het laboreert aan de veel voorkomende "verharing"),(62) die onze taal ontsiert).

5.29 Onderdeel 2.5 is gericht tegen rov. 4.10. Het mist feitelijke grondslag. Dat behoeft geen toelichting. De slotklacht ziet er (andermaal) aan voorbij dat het Hof niet de gehele winst heeft toegewezen; zie rov. 4.8.

5.30 Onderdeel 2.6 betoogt dat het oordeel van het GEA in rov. 3.10, geheel overgenomen door het Hof, dat niet is gebleken of door Setel is gesteld dat aan het behalen van het voordeel van Naf. 3.897.066,60 nog (extra) kosten waren verbonden, onbegrijpelijk is in het licht van het betoog van Setel dat de kosten en verliezen die zij heeft geleden door de onjuiste en onrechtmatige tariefverhoudingen tussen Se-tel en CT de eventuele winst overstijgen en de toevoeging dat CT destijds wist dat haar tarieven niet kosten-georieerd waren en dat CT niet wilde meewerken aan de totstandkoming van nieuwe tarieven, waardoor Setel verlies heeft geleden.

5.31.1 Deze klacht en de uiteenzetting in de cvd onder 51 waarop zij berust, is niet geheel duidelijk. Als ik de uiteenzetting in de cvd goed begrijp dan komt deze er, naar de kern genomen, op neer dat Setel geen winst heeft gemaakt; dat is ook de stelling in de mvg onder 56 waar het onderdeel eveneens naar verwijst. Voor zover er meer of anders staat, is het zó algemeen en zó abstract dat het Hof eraan voorbij mocht (zoal niet: moest) gaan. De stelling dat geen sprake is van winst is reeds uitvoerig besproken en ongegrond bevonden.

5.31.2 Wat de relevantie is van de stelling dat AVR zou hebben geweten dat sprake was van een niet kosten-dekkend tarief, is zonder nadere toelichting, die evenwel ontbreekt, niet duidelijk. Feit blijft immers dat volgens GEA en Hof, in cassatie tevergeefs bestreden, in elk geval sprake was van een situatie waarin Setel haar verlies heeft beperkt.

5.32 Onderdeel 5 bouwt slechts voort op de voorgaande klachten. Het behoeft mitsdien geen afzonderlijke bespreking.

### **Conclusie**

Deze conclusie strekt tot verwerping van het beroep.

---

1 Zie rov. 3 van het bestreden vonnis in verbinding met de feiten die het GEA heeft vastgesteld in rov. 3.1 van zijn vonnis van 14 mei 2007.

2 Het gaat daarbij (ruwweg) om de eerste helft van 2002.

3 P.B. 1995 nr. 196.

4 Alsmede, zo voeg ik ambtshalve toe, tegen die van 8 april 2002.

5 Ik begrijp: BWNA.

- 6 Aangezien het Hof in hoger beroep zich expliciet heeft aangesloten bij de gronden van het GEA, zal ik het oordeel van GEA, voor zover van belang, grotendeels weergeven.
- 7 Zie over die correctie onder veel meer Asser-Hartkamp III (2006) nr 102.
- 8 HR 9 januari 1981, NJ 1981, 227 CJHB.
- 9 Onrechtmatige Daad art. 162 lid 2 (K.J.O. Jansen) aant. 68.
- 10 De eerder vastgestelde interconnectievergoeding van 36 cent per minuut zou volgens Setel niet kostengeoriënteerd zijn.
- 11 Het onderdeel verwijst naar de mvg onder 30. Daar wordt verwezen naar een brief van de Minister van 16 oktober 2000, overgelegd als prod. 5 bij de cvd.
- 12 Parl. Gesch. Inv. Boek 6, blz. 1269. Zie over de parlementaire geschiedenis van de bepaling onder meer: T.E. Deurvorst, Schadevergoeding, voldoening van een redelijke gebruiksvergoeding en winstafdracht bij inbreuk op intellectuele eigendomsrechten. Drie vormen van geldelijk redres bij inbreuk op intellectuele eigendomsrechten in Nederland, de Verenigde Staten van Amerika en Duitsland, diss. Utrecht 1994, nr. 55; J.P. Jordaans en H.B. Krans, NJB 1994, blz. 844 - 848 en mijn Mon. Nieuw BW (B36) nr. 29.
- 13 In de doctrine worden ook andere grondslagen genoemd. Zo betoogt G.J. Scholman dat de grondslag voor de afdracht van winst aan de rechthebbende gelegen is in het feit dat aan de rechthebbende het keuze-recht is ontnomen, wat hij met het aan hem toebehorende recht wil doen (Actie tot winstafdracht blijkt slechts wijze van schadebegroting, opgenomen in: Onderneming en 5 jaar nieuw burgerlijk recht (1997) blz. 302). Deurvorst meent dat winstafdracht dient ter sanctionering. Een veroordeling tot de afdracht van de met de inbreukmakende handelingen gemaakte winst gaat haars inziens in de eerste plaats tegen dat de inbreukmaker op die wijze zaken zal blijven doen. De sanctie dient er dus toe de economische prikkel tot het plegen van inbreuk aan de inbreukmaker te ontnemen; a.w. 1994, blz. 173. Zie ook C.J.J.C. van Nispen, Sancties in het vermogensrecht, Mon. Nieuw BW (A11), 2003 blz. 40.
- 14 Parl. Gesch. Inv. Boek 6, blz. 1267 (MvA II Inv.)
- 15 Parl. Gesch. Inv. Boek 6, blz. 1270 (MvA I Inv.)
- 16 HR 24 december 1993, NJ 1995, 421 CJHB.
- 17 Het gaat daarbij vooral om door de Minister gedane uitlatingen.
- 18 Zie onder meer: A.T. Bolt, Schadevergoeding, opgenomen in: Overzicht vermogensrecht naar huidig BW (red. W.M. Kleijn e.a.), 1992, blz. 177 - 178 en H.C.F. Schoordijk, Nogmaals: ongegronde vermogensvermeerdering (1986) blz. 18 en 19; met Schoordijk meen ik dat de verschillende exeges in de parlementaire geschiedenis niet uitmunten door helderheid en consistentie.
- 19 Zie onder meer: T.E. Deurvorst, Informatierecht/AMI 1992, blz. 130 - 134 en O.R.M. van Dam, Winstafgifte of schadebegroting, NTBR 1992 blz. 184 - 188.
- 20 HR 24 december 1993, NJ 1995, 421 CJHB.
- 21 HR 16 juni 2006, NJ 2006, 585 J.H. Spoor. Het heeft er de schijn van dat dit tweede arrest in de postereure literatuur over het hoofd wordt gezien.
- 22 Dat gebeurt evenmin in de conclusie van mijn ambtgenoot Verkade voor HR 16 juni 2006, NJ 2006, 585 J.H. Spoor onder 6.38.
- 23 NTBR 1994, blz. 89 - 92.
- 24 Idem blz. 90 - 91.
- 25 Idem blz. 91.
- 26 J.G.A. Linssen, Voordeelsafgifte en ongerechtvaardigde verrijking. Een rechtsvergelijkende beschouwing, diss. KUB 2001 blz. 386 - 389.
- 27 Blz. 387/8. Het betoog is niet geheel duidelijk en bovendien lijkt de auteur te menen dat er geen verschil bestaat tussen bewijs en tegenbewijs. Linssen wijst er vervolgens op blz. 389 - m.i. terecht - op dat niet klakkeloos mag worden aangenomen dat - kort gezegd - sprake is van winst als gevolg van de verweten gedraging.
- 28 Mon. Nieuw BW B35 (2007) blz. 16.
- 29 A.w. blz. 17.
- 30 Zie ook nog, maar niet erg verhelderend, H.B. Krans, Schadevergoeding bij wanprestatie blz. 110/111.
- 31 Parl. Gesch. Inv. Boek 6, blz. 1269 (LvA II Inv.).
- 32 Zie onder meer: Klaassen, a.w. blz. 18 en J.P. Jordaans en H.B. Krans, NJB 1994 blz. 846.
- 33 T.E. Deurvorst, a.w. 1994, blz. 183. Zij tekent daarbij aan dat het begrip "netto" allesbehalve duidelijk is.
- 34 Mon. Nieuw BW (B36) blz. 68.
- 35 Stb. 1993, 11. Zie voor de inwerkingtreding Stb. 1993, 98.
- 36 Zie voor een voorbeeld: HR 9 september 1997, JOW 1998, 12. In die zaak had een verdachte het geld dat hij had verdiend met de handel in verdovende middelen aangewend om in zijn eigen verslaving te voorzien. Uw Raad overwoog dat de omstandigheid dat het voordeel dan inmiddels is "opgesoupeerd", onafhankelijk van de wijze van besteding van dat voordeel, niet in de weg staat aan de toewijzing van een vordering tot ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel, aangezien ingevolge de tweede volzin van art 36e lid 4 Sr onder voordeel besparing van kosten is inbegrepen. Naar de uitspraak wordt verwezen in de parlementaire geschiedenis: MvT, TK, vergaderjaar 2001/02, 28079, 3, blz. 22 en 23.
- 37 J.M. Barendrecht en J. Stekelenburg, Gederfde winst en winstafdracht, opgenomen in: Berekening van schadevergoeding (red. J.M. Barendrecht e.a.), 1995, blz. 135.
- 38 J.G.A. Linssen, a.w., blz. 553 - 555. Hij wijst er terecht op dat de wetgever niet uitlegt wat de reden is van de beoogde beperking van het winstbegrip.
- 39 Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding (Hartlief) (2009), blz. 250: "Niet duidelijk is hoe de winst dient te worden bepaald. Wet noch toelichting geeft hier veel houvast. Niet onwaarschijnlijk is dat de nettowinst wordt bedoeld. Ook beperking van het verlies kan tot 'winst'afdracht leiden".
- 40 RG 22 oktober 1930, RGZ 130, blz. 108 - 114.
- 41 J. Joling, De accountant en de berekening van schade, 2005, blz. 159 (en met name noot 359).

- 42 Schadevergoeding (Lindenbergh) art. 100 aant. 10.2; A.T. Bolt, Voordeelstoerekening bij de begroting van de schadevergoeding in geval van onrechtmatige daad en wanprestatie, diss. Groningen 1989, blz. 205 - 208.
- 43 Lindenbergh verwijst in de Losbladige Schadevergoeding naar HR 14 oktober 1994, NJ 1996, 345 CJHB en Rb. Amsterdam 9 februari 1996, NJ 1996, 505. Zie ook s.t. AVR onder 6.35/6.36.
- 44 Benelux Gerechtshof 24 oktober 2005, NJ 2006, 442. Zie over de uitspraak: E.P.A. Keyzer, Wat betekent het begrip 'winst' bij winstafdracht, Bb 2005,68.
- 45 Zie uitvoeriger ook de aan het arrest voorafgaande conclusie van A-G Leclercq sub 13 e.v. Deze A-G ziet mogelijk geen ruimte voor vermindering van verlies omdat in de conclusie wordt gesproken van het "positieve verschil" tussen de baten en de kosten (sub 35), maar ook hier past voorzichtigheid omdat de vraagstelling op deze kwestie geen betrekking had.
- 46 PG boek 6 blz. 831; zie verder het Advies RvS en het rapport aan de Koningin, a.w. blz. 832. Zie nader Verbintenissenrecht (Scheltema) art. 212 aant. 3.
- 47 Losbl. Wetboek van Strafrecht art. 36e (Fokkens) aant. 8; zie voorts M.J. Borgers, De ontnemingsmaatregel (diss. KUB 2001) blz. 241 e.v. Zie voorts uitvoerig T&C Strafrecht (2008) art. 36e (Hofstee) aant. 10.
- 48 Aldus expliciet G.P. Vermeulen, in P. Everaars e.a. (red.), Ontnemingswetgeving in perspectief (1999) blz. 73; zie ook blz. 75 (Vermeulen is forensisch accountant).
- 49 De Parlementaire Geschiedenis van het Antilliaanse (nieuw) Burgerlijk Wetboek blz. 664.
- 50 Onder meer s.t. onder 2.1.6.
- 51 De vindplaatsen staan in de noten 3 - 8 van het casatierekest.
- 52 Na kennisneming van de opvattingen van Brunner en Klaassen ben ik geneigd mijn eerdere stelling iets te nuanceren in vooral de richting van Klaassen.
- 53 Dat was van belang omdat GEA en Hof hebben aangenomen dat de winst van Setel moet worden berekend op basis van het aantal belminuten x NAfl 0,21.
- 54 Vgl. PG Boek 6 Inv. blz. 1269 waar in dit verband onder meer wordt gesproken van boekenonderzoek. Verder wordt in het kader van de schatting gesproken van goed koopmansgebruik; zie ook s.t. mrs Van Aerde en Van der Voort Maarschalk onder 4.14.
- 55 S.t. onder 5.
- 56 Zie par. 2.4.1 van de s.t. van mrs. Scheltema en Van Wijk, voetnoten 17 en 18.
- 57 PG Boek 6 Inv. Blz. 1269. Ook in de s.t. van AVR wordt hierop gewezen (sub 6.27).
- 58 Zie ook rov. 3.4 van het vonnis van het GEA.
- 59 Idem noot 57.
- 60 Zo acht Van Dam de mate van verwijtbaarheid minder relevant (NTBR 1992 blz. 187). Zelf heb ik, in het voetspoor van de vaker genoemde passage in de wetgeschiedenis, verwijtbaarheid een relevante factor genoemd (mon. Nieuw BW B36 nr 33), maar dat er steeds beslissende betekenis aan toekomt, vond en vind ik niet.
- 61 Diss. blz. 183. Aan de stelling van Jordaans en Krans (NJB 1994 blz. 846) komt m.i. geen zelfstandige betekenis toe. Niet omdat hetgeen zij schrijven zonder gewicht is, maar omdat hun opvatting, voor zover kenbaar, alleen is gebaseerd op de eerder besproken passage uit de parlementaire geschiedenis.
- 62 Ook op talloze plaatsen te vinden in de s.t. van Setel.