

Hoge Raad, 24 december 1993, Waeyen-Scheers v Naus

BURGERLIJK RECHT

Winstafdracht artikel 6:104 BW

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.

Voorop moet worden gesteld dat de door het middel verdedigde opvatting niet juist is. 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.

Vindplaatsen: NJ 1995, 421, m.nt. CJHB

Hoge Raad, 24 december 1993

(Snijders, Roelvink, Davids, Korthals Altes, Swens-Donner)

(...)

De maatschap Waeyen-Scheers, te Roermond, eiseres tot cassatie, adv. mr. J.K. Franx, tegen

[X] Naus, te Ittervoort, gemeente Hunsel, verweerder in cassatie, niet verschenen.

1. Het geding in feitelijke instanties

Eiseres tot cassatie — verder te noemen: de maatschap — heeft bij exploit van 20 juli 1987 verweerder in cassatie — verder te noemen: Naus — gedagvaard voor de Kantonrechter te Roermond en gevorderd Naus te veroordelen tot het betalen aan de maatschap van een schadevergoeding van het bedrag van f 55 224.

Nadat Naus tegen de vordering verweer had gevoerd, heeft de kantonrechter bij vonnis van 13 maart 1990 aan de maatschap haar vordering ontzegd.

Tegen dit vonnis heeft de maatschap hoger beroep ingesteld bij de Rechtbank te Roermond.

Bij tussenvonnis van 18 juli 1991 heeft de rechtbank een comparitie van partijen bevolen. Bij eindvonnis van 9 juli 1992 (NJKort 1992, 61; red.) heeft de rechtbank het vonnis van de kantonrechter bevestigd.

(...)

3. Beoordeling van het middel

3.1. In cassatie moet van het volgende worden uitgegaan.

Met ingang van 1 nov. 1979 is Naus in dienst getreden van de maatschap als assistent-accountant, welke functie met ingang van 24 maart 1983 die van chef de bureau is geworden. Dit dienstverband is per 1 april 1987 beëindigd.

De tussen partijen gesloten arbeidsovereenkomst hield onder meer in — kort samengevat — dat het Naus gedurende zijn dienstverband verboden was ten behoeve zowel van cliënten van de maatschap als van derden voor eigen rekening werkzaamheden te verrichten. Dat dergelijke werkzaamheden door Naus ten behoeve van derden zijn verricht, staat vast.

De in deze zaak door de maatschap ingestelde vordering strekt tot vergoeding van de schade die de maatschap als gevolg van de overtredingen van Naus van voormeld verbod heeft geleden. In verband daarmee heeft de maatschap zich onder meer erop beroepen dat het mogelijk is deze schade te begroten op het bedrag van de winst die Naus als gevolg van deze overtredingen heeft genoten, welke mogelijkheid voor het huidige recht is neergelegd in het op 1 jan. 1992 in werking getreden art. 6:104 BW.

De rechtbank heeft in haar eindvonnis deze bepaling krachtens het overgangsrecht in beginsel van toepassing geacht, maar geoordeeld dat er dan wel causaal verband moet bestaan tussen de schade en de verboden gedragingen van Naus en dat zulks door de maatschap moet worden aangetoond. De rechtbank heeft geoordeeld dat dit causaal verband niet is komen vast te staan, nu — kort samengevat — de derden ten behoeve van wie Naus werkzaamheden heeft verricht, niet tot de doelgroep van de maatschap behoorden en zij derhalve geen cliënten van de maatschap zouden zijn geworden, als Naus zijn gedragingen had nagelaten.

3.2. Het middel richt geen klachten tegen het tussenvonnis van de rechtbank, zodat het beroep in cassatie in zoverre niet-ontvankelijk moet worden verklaard.

3.3. Tegen het eindvonnis voert het middel aan dat de rechtbank een onjuiste maatstaf heeft aangelegd door causaal verband te verlangen tussen de verboden gedragingen van Naus en de door de maatschap geleden schade, nu voor de toepassing van art. 6:104 slechts causaal verband is vereist tussen die gedragingen en de dientengevolge door Naus genoten netto-winst. Daartoe betoogt het middel onder meer 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.

3.4. Voorop moet worden gesteld dat de door het middel verdedigde opvatting niet juist is. Art. 6:104 geeft

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

3.5. In het onderhavige geval is ingevolge art. 182 Overgangswet Nieuw BW op de gevolgen van de overtredingen van Naus in beginsel het vòòr 1 jan. 1992 geldende recht van toepassing. Dit staat er echter, zoals de rechtbank terecht heeft overwogen, niet aan in de weg dat art. 6:104 reeds kan worden toegepast, voor zover dit artikel ook naar dat recht een goede maatstaf oplevert voor de reëel geleden schade, zodat aan deze bepaling in zoverre onmiddellijke werking toekomt. Zoals mede tot uiting komt in de passages uit de parlementaire geschiedenis, geciteerd in de conclusie van het Openbaar Ministerie onder 10, strookt dit met de regel dat onmiddellijke werking is uitgesloten als zij in strijd zou komen met art. 69 aanhef en onder c en d van die Overgangswet, hetgeen met name het geval is wanneer art. 6:104 tot gevolg zou hebben dat de vordering geheel of ten dele toewijsbaar wordt waar zij dat naar het oude recht niet geweest zou zijn.

Daarvan uitgaande heeft de rechtbank, oordelende als zij heeft gedaan, geen onjuiste maatstaf aangelegd, ook niet door de bewijslast van het door haar geëiste causale verband op de maatschap te leggen. Daar komt bij dat de vrijheid van de rechter bij het begroten van de schade, zoals deze vrijheid in de art. 6:97 en 104 besloten ligt, ook onder het nieuwe recht meebrengt dat hij, zo hij zulks in verband met de aard van de gevorderde schade redelijk acht, met het oog op die begroting bewijs van nadere feiten kan eisen.

4. Beslissing

De Hoge Raad:

verklaart de maatschap niet-ontvankelijk in haar beroep, voor zover gericht tegen het tussenvonniss van de rechtbank van 18 juli 1991;

verwerpt het beroep, voor zover gericht tegen het eindvonniss van de rechtbank van 9 juli 1992;

veroordeelt de maatschap in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van Naus begroot op nihil.

Conclusie Advocaat-Generaal De Vries Lentsch-Kostense:

De feiten

1. In deze zaak heeft zich het volgende voorgedaan.

Naus is van 1 nov. 1979 tot 1 april 1987 bij de maatschap Waeyen-Scheers, verder de maatschap te noemen, in dienst geweest, aanvankelijk als assistent accountant en later als chef de bureau.

Art. 2 van de Bijzondere Voorwaarden van de arbeidsovereenkomst verbiedt de werknemer — kort gezegd — gedurende de loop der dienstbetrekking op eigen naam en voor eigen rekening werkzaamheden voor derden te verrichten.

Naus heeft niettemin gedurende zijn dienstbetrekking bij de maatschap op eigen naam en voor eigen rekening van 1985 tot april 1987 werkzaamheden ten behoeve van derden verricht; in het jaar 1985 heeft Naus aldus f 9410 omgezet, in 1986 f 33 814 en in 1987 (tot 1 april) f 6262 (alle bedragen ex BTW).

Het geding in eerste aanleg

2. Bij inleidende dagvaarding heeft de maatschap Naus gedagvaard voor de kantonrechter en gevorderd Naus te veroordelen tot betaling van f 55 224 als vergoeding van de schade welke de maatschap heeft geleden doordat Naus in strijd met meergenoemd art. 2 van de Bijzondere Voorwaarden voor eigen rekening en op eigen naam werkzaamheden voor derden heeft verricht. Dit schadebedrag is samengesteld uit de omzet die Naus met die werkzaamheden heeft gerealiseerd; het gaat daarbij om de hiervoor onder 1 genoemde omzet over de jaren 1985 en 1986 en de geschatte omzet over het eerste kwartaal van 1987.

De kantonrechter heeft de vordering bij eindvonniss van 13 maart 1990 afgewezen; hij oordeelde — kort gezegd — dat geenszins aannemelijk is gemaakt dat door de maatschap schade is geleden door de overtreding van de Bijzondere Voorwaarden en dat het terzake gedane bewijsaanbod als te vaag en te algemeen gesteld moet worden gepasseerd.

Het geding in hoger beroep

3. In haar tussenvonniss van 18 juli 1991 overwoog de rechtbank dat Naus wanprestatie heeft gepleegd door te handelen in strijd met art. 2 van de Bijzondere Voorwaarden, dat Naus aansprakelijk is te achten voor de schade die de maatschap dientengevolge heeft geleden, dat de maatschap de bewijslast van de gestelde schade draagt, en dat de maatschap bewijs heeft aangeboden. Voorts tekent zij aan dat de door de maatschap geleden schade niet per definitie gelijk is aan de door Naus behaalde omzet.

Vervolgens gelastte de rechtbank een comparitie van partijen omdat het haar gewent voorkwam dat partijen terzake van de schade-aspecten nadere inlichtingen zouden geven en een minnelijke regeling zouden beproeven.

4. Op 1 jan. 1992 bevond het geding zich nog niet in staat van wijzen; de rechtbank heeft dan ook terecht de vraag onder ogen gezien of nieuw recht van toepassing was geworden (zie art. 74 lid 3 Overgangswet). Daarbij is zij met name ingegaan op de toepasselijkheid van het nieuwe art. 6:104 BW, inhoudende dat de rechter de schade kan begroten op het bedrag van de winst (of een gedeelte daarvan) indien degene die aansprakelijk is op grond van een onrechtmatige daad of een tekortkoming in de nakoming van een verbintenis, winst heeft genoten door die daad of tekortkoming.

5. De rechtbank heeft in haar eindvonnis van 9 juli 1992 (NJKort 1992, 61; red.) — terecht — voorop gesteld dat art. 182 Overgangswet meebrengt dat alle gevolgen van de tekortkoming door het oude recht worden beheerst nu deze tekortkoming plaatsvond voor de inwerkingtreding van de nieuwe wet; daarbij tekende zij — eveneens terecht — aan dat een uitzondering geldt voor art. 6:104 BW, dat in beginsel, aldus de rechtbank, onmiddellijke werking heeft. Vervolgens wordt geconstateerd dat de maatschap, die naar het oordeel van de rechtbank ten onrechte meent de door haar geleden schade (conform de op haar rustende bewijslast) te hebben bewezen, vanaf het eerste begin haar schade in feite heeft berekend op basis van de omzet van Naus, en voorts dat de maatschap na 1 januari uitdrukkelijk een beroep heeft gedaan op art. 6:104 BW, zij het dat geen duidelijke keuze is gedaan voor een bepaalde wijze van begroting. Onder verwijzing naar de parlementaire geschiedenis (Parl. Gesch. Boek 6, Inv. 3, 5 en 6), p. 1270) tekent de rechtbank daarbij aan dat zulks ook niet noodzakelijk is.

Daarop overweegt de rechtbank het volgende:

Onder ii werd reeds overwogen, dat art. 6:104 BW in beginsel onmiddellijke werking heeft. Voorwaarde hiervoor is wel, dat er ten gevolge van de toepassing van dat artikel geen sprake is van wijziging van de vordering. Is dat wel het geval, dan blokkeert art. 69 sub c Overgangswet de onmiddellijke werking.

Tweede voorwaarde voor de onmiddellijke werking is, dat het artikel een goede maatstaf is voor de vaststelling van de werkelijk geleden schade.

Zie omtrent beide voorwaarden de Parlementaire Geschiedenis van het NBW, Invoering boeken 3, 5 en 6, Overgangsrecht, M.v.A. ? en ? Inv., p. 308.

De maatschap nu, heeft de hoogte van haar vordering niet gewijzigd. Gelet op de steeds gehanteerde wijze van berekening van de schade door de maatschap is dit kennelijk ook niet de bedoeling.

Met betrekking tot de tweede voorwaarde is de rechtbank van oordeel, dat het onderhavige geval zich bij uitstek leent voor toepassing van genoemd artikel; het kan worden beschouwd als een sprekend geval, zoals bedoeld door de wetgever (zie Parlementaire Geschiedenis van het NBW, Invoering boeken 3, 5 en 6, boek 6, M.v.A. ? Inv., p. 1266 e.v. en L. v. Antw. ? Inv., p. 1269). Immers in dit geval staat vast, dat Naus bewust ongeoorloofd winst heeft genoten, terwijl de werkelijk door de maatschap geleden schade niet goed bewijsbaar is.

Na overwogen te hebben dat met de term winst in art. 6:104 is bedoeld de netto-winst, concludeert de rechtbank dat de vordering van de maatschap 'in beginsel te begroten is op de nettowinst van Naus'. Direct daarop overweegt zij:

Dan zal evenwel sprake moeten zijn van causaal verband tussen de schade en de verboden gedragingen van Naus, te weten het voor eigen rekening bedienen van cliënten tijdens dienstverband.

Vervolgens komt de rechtbank uitvoerig gemotiveerd tot de slotsom dat de vordering van de maatschap integraal moet worden afgewezen, aangezien bedoeld causaal verband ontbreekt met name omdat de cliënten van Naus zich bevonden 'buiten de driehoek' waarop het wervingsbeleid van de maatschap was gericht dan wel omdat de cliënten qua tariefstelling niet tot de doelgroep van de maatschap behoorden. Het vonnis van de kantonrechter wordt dan ook bevestigd.

Het cassatieberoep

6. De maatschap heeft (tijdig) cassatieberoep tegen het tussenvonnis en het eindvonnis van de rechtbank ingesteld.

Naus is in cassatie niet verschenen.

De maatschap heeft de zaak van een schriftelijke toelichting voorzien. Daarbij heeft zij haar (enige) tegen het tussenvonnis van de rechtbank gerichte klacht (het derde middelonderdeel) ingetrokken; nu tegen bedoeld tussenvonnis geen klachten meer zijn gericht, dient de maatschap in zoverre in haar cassatieberoep niet-ontvankelijk te worden verklaard.

7. Het eerste middelonderdeel vormt een inleiding op het tweede onderdeel, en bevat geen zelfstandige klacht.

Het tweede middelonderdeel strekt ten betoge dat de rechtbank indien en voor zover zij een ander causaal verband eist dan dat tussen de verboden gedragingen van Naus en de dientengevolge door Naus genoten netto-winst, blijk geeft van een verkeerde rechtsopvatting doordat zij heeft miskend dat voor de toewijsbaarheid van de in art. 6:104 BW bedoelde winstafdracht niet van belang, althans niet doorslaggevend is of de maatschap schade heeft geleden; betoogd wordt dat de vordering van de maatschap in beginsel toewijsbaar is tot het bedrag van de door Naus tengevolge van diens 'verboden gedragingen' genoten netto-winst.

8. Ik stel hier voorop dat de rechtbank mijns inziens inderdaad heeft geoordeeld dat van winstafdracht als bedoeld in art. 6:104 BW geen sprake kan zijn omdat de maatschap door de verboden gedraging geen schade heeft geleden.

In de literatuur is omstreden of de in art. 6:104 BW bedoelde winstafdracht ook plaats kan hebben indien door de verboden gedraging geen schade is geleden aan de zijde van degene jegens wie de verboden gedraging werd verricht. Beide hier mogelijke standpunten worden verdedigd met een beroep op de parlementaire geschiedenis bij art. 6:104, dat eerst bij de Invoeringswet is toegevoegd omdat 'het onredelijk is geacht om ongeoorloofd ten koste van een ander verkregen winst aan de verkrijger te laten, waar door die ander vermoed-

delijk wél schade is geleden, maar deze naar haar aard niet goed bewijsbaar is’.

(Lijst van Antwoorden ?, Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1269). Ik verwijs hier naar de volgende auteurs: J. Spier (Mon. Nieuw BW B-36, hoofdstuk 4, met name nrs. 28, 29 en 36) neemt aan dat art. 6:104 ook van toepassing kan zijn indien geen schade is geleden, doch hij geeft onder verwijzing naar passages uit de parlementaire geschiedenis aan waarom hier toch twijfel gerechtvaardigd is; A.S. Hartkamp (Asser-Hartkamp ?, 1992, nr. 447) gaat er vanuit dat art. 6:104 ook van toepassing kan zijn indien geen schade is geleden; J.G.A. Linssen (Art. 6:1.9.9a, WPNR 5790, p. 436 e.v.) en A. Voûte (Art. 6:104 BW: ontnemen van onrechtmatig verkregen winst, in: Onderneming en Nieuw Burgerlijk Recht (1991), p. 339 e.v.) zijn die opvatting eveneens toegedaan; zo ook R.M. Blaauw (Winstafdracht: een tweeslachtig paard van Troje?, BW-krant jaarboek 1986, p. 29 e.v.), die de hoop uitspreekt dat hij een en ander verkeerd begrepen heeft; T.E. Deurvorst (Winstafdracht bij inbreuk op intellectuele eigendomsrechten, IER 1990, p. 52 e.v. en Winstafdracht bij inbreuk op auteursrecht, Informatierecht AMI 1992, p. 130 e.v.) en O.R.M. van Dam (Winstafgifte of schadebegroting?, NTBR 1992, p. 184 e.v.) zijn evenwel van oordeel dat art. 6:104 niet kan worden toegepast indien niet aannemelijk is dat in concreto door de ander enige schade is geleden.

9. Ik meen dat de vraag of de in art. 6:104 BW bedoelde winstafdracht ook kan plaats hebben indien door ‘de ander’ geen schade is geleden (waarbij dan wellicht zou moeten gelden dat degene die de verboden handeling pleegt moet aantonen dat ‘de ander’ daardoor geen schade heeft geleden) in casu niet aan de orde is omdat in het onderhavige geval art. 6:104 op grond van het overgangsrecht slechts van toepassing is voor zover art. 6:104 een goede maatstaf is voor de reël geleden schade, hetgeen impliceert dat van toepassing van art. 6:104 geen sprake kan zijn ingeval het ervoor moet worden gehouden dat geen schade is geleden; de rechtbank is daar naar mijn oordeel kennelijk — gezien haar (hiervoor onder 6 geciteerde) expliciete overwegingen met betrekking tot het hier toepasselijke overgangsrecht — ook van uitgegaan.

10. Ik wijs in dit verband op de (ook door de rechtbank genoemde) passages uit het VV ? en de MvA ? bij de Overgangswet (Parl. Gesch. Overgangsrecht (Inv. 3, 5 en 6), p. 308), waar het volgende wordt aangetekend naar aanleiding van de opmerking in de MvA ? dat het nieuwe art. 6:104 BW ‘dat de wijze van begroten van geleden schade betreft’ onmiddellijk, ook in lopende procedures, toepassing kan vinden:

VV ? : ‘De commissie is verbaasd over de opmerking in de memorie van antwoord dat art. 6:104 (winstafgifte) onmiddellijke werking heeft. De bepaling heeft immers niet alleen en zeker niet voornamelijk te maken met het begroten en afwickelen van schade, maar creëert integendeel een in het algemene vermogensrecht nieuwe aanspraak.’

MvA ? : ‘Artikel 6:104 biedt de mogelijkheid in bepaalde gevallen de schade te begroten op het bedrag van de

winst die door de aansprakelijke persoon is genoten, of op een gedeelte daarvan. Het kan zijn dat het aldus begrote bedrag een goede maatstaf is voor de door de benadeelde reël geleden schade — de winst van de aansprakelijke persoon is gelijk aan (het geleden verlies en) de gedeerde winst van de benadeelde —, maar het is juist dat dit geenszins steeds zo zal zijn. In deze laatste gevallen stuit onmiddellijke werking van het artikel — daar waar de benadeelde reeds ten tijde van de inwerkingtreding schade had geleden — inderdaad af op art. 69, onderdeel c.’

Op grond van de hier geciteerde passages moet worden geconcludeerd dat art. 6:104 BW onmiddellijke werking ontbeert voor zover ervan moet worden uitgegaan dat de gedraging van de aansprakelijke persoon geen schade voor ‘de ander’ heeft veroorzaakt. Voor aanvaarding van de regel dat art. 6:104 in die gevallen geen onmiddellijke werking toekomt is — terecht — aangevoerd dat anders voor de ‘benadeelde’ in strijd met art. 69c Overgangswet een (de omvang van de vordering wijzigende) aanspraak zou worden gecreëerd die hij voordien niet had. (Zie mijn monografie Overgangsrecht, deel A-25 in de serie Monografieën Nieuwe BW, nr. 28; zie ook Van der Beek, Overgangsrecht Nieuw Burgerlijk Wetboek, diss., 1992, par. 7.6.4.

Anders het uit 1990 daterende Tekst en Commentaar Nieuw Burgerlijk Wetboek, onder art. 6:104, waar nog geen rekening kon worden gehouden met het VV ? en de MvA ?.)

11. Er is met andere woorden in elk geval in overgangssituaties slechts plaats voor toepassing van art. 6:104 BW in gevallen waarin door de verboden gedraging schade is geleden, terwijl de hoogte van de schade niet goed bewijsbaar is doch ervan mag worden uitgegaan dat de netto-winst een goede maatstaf is voor de werkelijk geleden schade. De rechtbank heeft in casu vastgesteld dat de benadeelde geen schade heeft geleden en (min of meer impliciet) dat de netto-winst derhalve geen goede maatstaf is voor de werkelijk geleden schade; zij heeft, zoals gezegd, kennelijk op die grond toepassing van art. 6:104 in de onderhavige overgangssituatie van de hand gewezen.

Aan dit alles doet niet af dat de rechtbank in haar overwegingen spreekt over twee voorwaarden (geen wijziging van de vordering en een goede maatstaf voor de vaststelling van de werkelijk geleden schade) waaraan voldaan moet zijn wil sprake kunnen zijn van onmiddellijke werking terwijl naar het mij voorkomt in feite slechts sprake is van een voorwaarde, te weten de voorwaarde dat het begroten van de schade op de netto-winst een goede maatstaf is voor de door de benadeelde reël geleden schade omdat anders sprake zou zijn van het in strijd met art. 69c Overgangswet creëren van een, de omvang van de vordering wijzigende aanspraak die voordien nog niet bestond.

12. Terzijde merk ik nog op dat uit de hiervoor onder 10 aangehaalde passages uit de parlementaire geschiedenis wellicht evenzeer een argument zou kunnen worden geput voor de stelling dat buiten overgangssituaties art. 6:104 ook van toepassing kan zijn in gevallen waarin vast komt te staan dat geen schade is

geleden door de 'benadeelde'; daarbij merk ik echter aanstonds op dat art. 6:104 de rechter een discretionaire bevoegdheid geeft zodat de rechter van zijn bevoegdheid geen gebruik zal hoeven te maken indien het 'begroten van de schade op het bedrag van de winst' hem niet redelijk voorkomt, hetgeen met name het geval kan zijn indien komt vast te staan dat geen schade is geleden.

13. Uit het voorgaande moge volgen dat middelonderdeel ? eraan voorbij ziet dat de rechtbank op goede gronden en overigens goed gemotiveerd heeft geoordeeld dat in casu daadwerkelijk enige schade moet zijn geleden, wil art. 6:104 BW in de onderhavige overgangssituatie van toepassing kunnen zijn.

Het middel mist feitelijke grondslag voor zover het ervan uitgaat dat de rechtbank — met voorbijgaan aan de hier toepasselijke regels van overgangsrecht — heeft geoordeeld dat art. 6:104 integraal van toepassing is (dat daarvan wordt uitgegaan lijkt met name te volgen uit de schriftelijke toelichting onder 3.1); het middel mist bovendien belang voor zover het klaagt over de onjuiste toepassing van dat deel van art. 6:104 BW dat geen onmiddellijke werking heeft. Het komt mij voor dat het beroep moet worden verworpen, al zou wellicht op grond van bedoeld gebrek aan belang ook tot niet-ontvankelijkheid geconcludeerd kunnen worden.

Conclusie

Ik concludeer tot niet-ontvankelijkverklaring van de maatschap in haar cassatieberoep voor zover het is gericht tegen het tussenvonnissen van de rechtbank, en tot verwerping van het beroep voor zover het is gericht tegen het eindvonnissen van de rechtbank.
