

Hoge Raad, 26 juni 1964, Papierfabriek Gennep v Jac. Hermans**ONEERLIJKE MEDEDINGING****Profiteren c.q. plegen van wanprestatie in geval van frequent en stelselmatig afnemen is het profiteren van wanprestatie door derden, behoudens bijzondere omstandigheden, met het rechtstreeks handelen met de contractbreker zelf op een lijn te stellen**

dat het Hof bij dit oordeel is uitgegaan van de opvatting dat het onbetamelijke van het gebruik maken van wanprestatie alleen kan zijn gelegen in het contact met den contractspartner met betrekking tot die wanprestatie; dat die opvatting echter onjuist is; dat immers niet alleen het ter verkrijging van artikelen als de onderhavige rechtstreeks handelen met iemand, die zelf wanprestatie pleegt door die artikelen te verkopen zonder den koper te binden aan de door den fabrikanten gestelde verkoopvoorwaarden, in verband met andere gedragingen een onrechtmatige daad jegens dien fabrikant kan opleveren, maar dit ook het geval kan zijn, indien bij de verkrijging van die artikelen gebruik wordt gemaakt van contractbreuk door derden in een eerder stadium gepleegd, daar ook op deze wijze zodanige contractbreuk kan worden bevorderd en in de hand gewerkt, zo met name indien door het frequent en stelselmatig afnemen van dergelijke artikelen aan den contractbreker een geregelde afzet daarvan verzekerd wordt; dat daarom bij de beoordeling van het geheel van gedragingen als die welke in het geding aan Hermans worden verweten, in een geval waarin van een frequent en stelselmatig afnemen van zodanige artikelen sprake is, het profiteren van wanprestatie door derden in een eerder stadium gepleegd, behoudens bijzondere omstandigheden welke een ander oordeel kunnen wettigen, met het rechtstreeks handelen met den contractbreker zelf op een lijn zal moeten worden gesteld;

PROCESRECHT**Stelplicht en bewijslast bij Van Gennep het de taak van Gennep was aannemelijk te maken dat Hermans de meerbedoelde artikelen slechts heeft kunnen verkrijgen door (opzettelijk) gebruik te maken van contractbreuk jegens Gennep dan wel door zelf contractbreuk te plegen;**

dat het Hof er in het onderhavige geding terecht van is uitgegaan dat Gennep, die aan Hermans verwijt jegens haar onrechtmatig te hebben gehandeld, stelplicht en bewijslast had t.a.v. het vervuld zijn van de voorwaarden waaraan moet zijn voldaan om in een geval als het onderhavige het geheel van Hermans' gedragingen als

onrechtmatig jegens Hermans te kunnen beschouwen, waaruit volgt dat het Hof terecht heeft beslist dat het de taak van Gennep was aannemelijk te maken dat Hermans de meerbedoelde artikelen slechts heeft kunnen verkrijgen door (opzettelijk) gebruik te maken van contractbreuk jegens Gennep dan wel door zelf contractbreuk te plegen; dat voorts ook 's Hofs oordeel dat op Hermans niet de plicht rustte om den naam van haar leverancier te noemen niet doet blijken dat het Hof daarbij enigen op het stuk van stelplicht of bewijslast geldenden rechtsregel heeft miskend; dat mogelijk is dat de rechter in omstandigheden als hier aanwezig aan hetgeen omtrent een verkooporganisatie als de onderhavige is gesteld en niet betwist op zich zelf reeds het bewijs ontleent dat een afnemer als Hermans, behoudens een door dezen te leveren tegenbewijs, hetzij de desbetreffende artikelen moet hebben verkregen door gebruik te maken van contractbreuk, hetzij t.a.v. die artikelen, door deze voor lagere dan de door den fabrikant vastgestelde prijzen te verkopen, zelf wanprestatie pleegt, dat ook mogelijk is dat de rechter een betwisting als door Hermans in het onderhavige geval gedaan als een onvoldoende betwisting beschouwt en op dien grond de gestelde feiten zonder nader bewijs aan zijn beslissing ten grondslag legt;

Vindplaatsen: NJ 1965, 170

Hoge Raad, 26 juni 1964

(De Jong, Wiarda, Houwing, Hulsmann, Petit)

(...)

De naamloze vennootschap Papierfabriek Gennep NV, te Gennep, eiseres tot cassatie van een op 24 Okt. 1963 door het Hof te Amsterdam tussen pp. gewezen arrest, adv. Mr. C.R.C. Wijckerheld Bisdom,

tegen:

de naaml. venn. Levensmiddelenbedrijf Jac. Hermans NV, te Amsterdam, verweerster in cassatie, adv. Mr. J. Ekelmans.

(...)

O. dat uit het bestreden arrest en de gedingstukken blijkt:

dat eiseres, nader te noemen Gennep, verweerster, nader te noemen Hermans, heeft gedaagd voor den President van de Rb. in kort geding en daarbij o.m. heeft gesteld:

dat zij op 8 Dec. 1961 ter griffie van de Rb. te Amsterdam verkoopvoorwaarden heeft gedeponneerd, welke zij had vastgesteld voor het in verkeer brengen en afleveren door haar van haar handelswaren; dat deze voorwaarden o. m. inhouden:

'Art. 1: Deze voorwaarden zijn van toepassing op alle verkopen of leveringen van onze artikelen, onverschillig of deze rechtstreeks van ons, dan wel van derden zijn betrokken of ontvangen. Afschrift hiervan is op aanvraag bij ons verkrijgbaar. De toepasselijkheid dezer condities brengt mede, dat onze afnemers zich verplichten onze artikelen slechts onder deze condities door te verkopen en bij die doorverkoop als leveringsvoorwaarde te stellen, dat elke volgende afnemer op

zijn beurt verplicht zal worden en zijn, de toepasselijkheid deze condities als voorwaarde voor verdere leveringen te bedingen.

Art. 2: Koper, groothandelaar is verplicht:

a. alle door ons in het verkeer gebrachte artikelen uitsluitend in Nederland aan te bieden, te doen aanbieden, te verkopen, te doen verkopen, te leveren, te doen leveren in de originele van ons afkomstige detailverpakking, zonder enige verandering daaraan;

b. onze artikelen uitsluitend te zullen leveren aan detailverkopers die onze artikelen aan het publiek ten verkoop aanbieden, dan wel aan grootverbruikers of instellingen voor eigen gebruik;

c. zich te onthouden van iedere handeling, welke van invloed is of kan zijn op de prijs, zoals deze krachtens het artikel 3, sub a, vermeld door de winkelier aan de consument moet worden berekend, behoudens schriftelijk door ons vastgestelde of toegestane afwijkingen;

d. onze artikelen nimmer cadeau te geven, tenzij daartoe onze schriftelijke toestemming is gegeven en deze nimmer tezamen met andere artikelen tegen een totaalprijs aan te bieden en/of af te leveren;

e. onze artikelen niet te leveren aan hen, waarvan bekend is gemaakt c.q. hij bericht ontving, dan wel hij geacht kan worden te weten, dat zij van de ontvangst van onze artikelen zijn uitgesloten, dan wel onder de door ons vastgestelde prijs te verkopen;

f. bij de aanbieding, verkoop of levering van onze artikelen nimmer enige korting in natura of toegift in natura te zullen geven;

g. zich in het algemeen te onthouden van alle handelingen, welke geacht kunnen worden niet dienstig te zijn aan het door ons blijkens deze voorwaarden nagestreefde doel;

h. zijn volle medewerking te verlenen aan de juiste naleving dezer voorwaarden en ons in de gevallen, waarin daartoe naar onze mening de noodzaak bestaat, gelegenheid te geven in zijn administratie door een door ons aan te wijzen deskundige te doen nagaan of deze voorwaarden correct zijn nageleefd;

i. ons voor iedere door ons geconstateerde overtreding van of niet strikte naleving van onze voorwaarden een boete te betalen groot f 250 (tweehonderd vijftig gulden), ongeacht de door ons geleden schade.

Art. 3: Koper, detaillist, is verplicht:

a. alle artikelen, welke door ons in de handel worden of zullen worden gebracht, uitsluitend in Nederland aan te bieden, te doen aanbieden, te verkopen, te doen verkopen, te leveren, te doen leveren tegen de verkoopprijs, zoals deze door ons is vastgesteld;

b. van de door ons vastgestelde verkoopprijzen niet af te wijken door het geven van enige korting of faciliteit, in welke vorm ook, tenzij deze door ons schriftelijk is toegestaan of door ons is gepubliceerd;

c. alle door ons in het verkeer gebrachte artikelen uitsluitend te verhandelen in de originele van ons afkomstige detailverpakking, zonder enige verandering daaraan;

d. de van ons afkomstige artikelen nimmer te gebruiken als toegift en nimmer tezamen met andere artikelen tegen een totaalprijs aan te bieden of af te leveren;

e. zich in het algemeen te onthouden van alle handelingen, welke geacht worden niet dienstig te zijn aan het door ons blijkens deze voorwaarden nagestreefde doel;

f. onze artikelen uitsluitend te leveren aan zijn particuliere cliënten voor hun eigen gebruik;

g. zijn volle medewerking te verlenen aan de juiste naleving dezer voorwaarden en ons in de gevallen, waarin daartoe naar onze mening de noodzaak bestaat, gelegenheid te geven in zijn administratie door een door ons aan te wijzen deskundige te doen nagaan of deze voorwaarden correct zijn nageleefd;

h. ons voor iedere door ons geconstateerde overtreding van of niet strikte naleving van onze voorwaarden een boete te betalen groot f 250 (tweehonderd vijftig gulden), ongeacht de door ons geleden schade;'

dat Gennep al haar handelswaren alleen en uitsluitend in het verkeer brengt en levert onder vorenbedoelde verkoopsvoorwaarden en in alle van haar uitgaande stukken naar de toepasselijkheid van deze voorwaarden verwijst onder vermelding dat deze in voege voorschreven zijn gedeponeerd en dat afschriften daarvan op aanvraag bij haar te verkrijgen zijn; dat zij Hermans er bij aangetekend schrijven d.d. 27 Nov. 1962 uitdrukkelijk tegen heeft gewaarschuwd de van haar, Gennep, afkomstige artikelen tegen een anderen prijs te verkopen dan daartoe door haar is vastgesteld, maar niettemin Hermans weigerachtig is gebleven de van Gennep afkomstige artikelen tegen de door Gennep vastgestelde prijzen te verkopen, ook ondanks latere aanmaningen; dat Hermans zo op 5 Dec. 1962 van Gennep afkomstige Pagecelstofluiers voor f 0.99 per rol in stede van tegen den door Gennep vastgestelden prijs van f 1,35 per rol heeft verkocht en zij dit ook naderhand heeft gedaan, nadat Gennep haar bij exploit van den deurwaarder J.C. Molenaar te Amsterdam had doen sommeren de van Gennep afkomstige artikelen op prijs te verkopen; dat Hermans voorts, ondanks het feit dat de grossiers wisten dat zij aan Hermans wegens diens openlijk en regelmatig onder den prijs verkopen niet mochten leveren, zich in het bezit heeft weten te stellen van artikelen van Gennep en aldus misbruik heeft gemaakt van de contractbreuk van een rechtsvoorganger, hetzij grossier, hetzij detaillist, zulks mede gelet op het in art. 1 van meerbedoelde verkoopvoorwaarden omschreven kettingbeding; dat dientengevolge Hermans hetzij bewust voordeel heeft getrokken uit contractbreuk van een ander hetzij jegens zijn leverancier zelf contractbreuk heeft gepleegd, en dus in ieder geval onrechtmatig gehandeld; dat Hermans n.l. op de hoogte was van de meergemelde verkoopvoorwaarden en van de door Gennep voor verkoop aan den consument vastgestelde prijzen; dat Hermans zich had moeten en kunnen realiseren dat zij zich de artikelen slechts kon verschaffen door onrechtmatig, welbewust voordeel te trekken van de contractbreuk van een ander en, dat zowel zij als de grossier en detaillisten en zelfs de consument belang heeft bij haar prijzenpolitiek en dat deze politiek, die ook door andere vooraanstaande merkartikelenfabrieken wordt gevolgd, de instemming van landelijke organisaties van detaillisten en groothandelaren op levensmiddelengebied heeft; dat

Hermans, door te handelen als boven omschreven zich een ongeoorloofde voordelige positie verschafft en zijn collega's, en daarmee ook Gennep, oneerlijke concurrentie aandoet, de gesloten verkooporganisatie van Gennep verstoort, het vertrouwen van de wederverkopers in Gennep en haar artikelen aantast en bij het publiek wantrouwen tegen deze artikelen wekt, en dat dientengevolge de bona-fide collegae van Hermans aan Gennep verwijten gaan doen; dat Gennep door voormelde met boos opzet door Hermans verrichte handelingen grote schade lijdt en belang heeft bij een onverwijlde voorziening;

dat Gennep op bovenstaande gronden heeft gevorderd dat de President Hermans zou bevelen den verkoop van de door Gennep in het verkeer gebrachte artikelen te staken, subsidiair Hermans zou bevelen den verkoop van die artikelen tegen een anderen prijs dan daarvoor door Gennep is vastgesteld te staken, alles op verbeurte van een dwangsom van f 250 per overtreding;

dat de President bij vonnis van 14 Febr. 1963 het subsidiair gevorderde heeft toegewezen, na te hebben overwogen:

'dat Hermans niet heeft willen betwisten, dat zij de door Gennep in het verkeer gebrachte Page-celstofluiers ten detail verkoop heeft betrokken en betreft van lieden, die, naar zij wist (weet) of moest (moet) weten, door aan haar te leveren, de verkoopvoorwaarden, waaraan die lieden jegens Gennep contractueel gebonden waren en zijn, meer in het bijzonder art. 2, letter e, daarvan, geschonden hebben, zijnde het de welbekende toeleg van Hermans de luiers beneden de daarvoor door Gennep vastgestelde prijs te verkopen; dat duidelijk is, dat zij aldus aan Gennep het wezenlijk nadeel berokkent van verstoring en frustratie van de door Gennep voor haar artikelen getroffen prijsregeling; dat Hermans door haar handelwijze zich schuldig maakt aan een onrechtmatige daad jegens Gennep, die in die prijsregeling een gewichtig bedrijfsbelang ziet en aan wie te dien aanzien rechtsbescherming toekomt welke niet afhankelijk is van de sociaal-economische betekenis van een dergelijke regeling; dat tegen die handelwijze van Hermans een voorziening als door Gennep primair gevorderd te ver zou gaan, echter de subsidiair gevorderde voorziening op haar plaats is';

dat op het door Hermans ingestelde hoger beroep het Hof met vernietiging van het vonnis van den President Genneps vordering heeft afgewezen, na te hebben overwogen:

'1. dat Hermans de navolgende grieven tegen het vonnis, waarvan beroep, heeft opgeworpen:

I. dat de President ten onrechte heeft overwogen, dat de lieden van wie Hermans luiers betrok, naar Herman wist of moest weten door aan Hermans te leveren de verkoopvoorwaarden van Gennep hebben geschonden, meer in het bijzonder art. 2, letter e, daarvan;

II. dat de President ten onrechte heeft overwogen, dat Hermans zich door haar handelwijze heeft schuldig gemaakt aan een onrechtmatige daad jegens Gennep;

III. dat de President ten onrechte heeft overwogen, dat Gennep rechtsbescherming toekomt met betrekking tot

de door haar vastgestelde prijsregeling, welke niet afhankelijk is van de sociaal-economische betekenis van een dergelijke regeling;

IV. dat de President ten onrechte de vordering van Gennep heeft toegewezen en Hermans in de kosten heeft veroordeeld;

2. ten aanzien van de eerste grief, dat de daarin bestreden overweging van de President niet anders kan worden verstaan dan dat naar zijn oordeel Hermans in dit geding niet heeft willen betwisten, dat Hermans de ten processe bedoelde luiers in haar bezit heeft gekregen door opzettelijk gebruik te maken van door haar leveranciers jegens Gennep gepleegde wanprestatie, waardoor het dan voor Hermans mogelijk werd bij de verkoop van die luiers lagere prijzen te bedingen dan door Gennep waren vastgesteld;

3. dat echter uit de door Hermans in eerste aanleg ingeleverde zich in beide dossiers bevindende conclusie van antwoord blijkt, dat Hermans het door de President als onbetwist aangenomene wel degelijk heeft betwist, terwijl Gennep niet heeft gesteld en ook overigens niet is gebleken, dat Hermans deze betwisting naderhand heeft laten varen;

4. dat dus nader moet worden onderzocht, of voldoende aannemelijk is geworden, dat Hermans de meerbesproken luiers heeft betrokken en/of slechts heeft kunnen betrekken door opzettelijk gebruik te maken van jegens Gennep gepleegde wanprestatie;

5. dat Gennep te dien aanzien allereerst onbetwist heeft gesteld, dat Hermans 400 rollen Page-celstofluiers — ten aanzien waarvan vaststaat dat dit merkartikel van Gennep is — heeft betrokken van de Cooperatieve Vereniging UA Co-op Nederland te Rotterdam, hierna te noemen Co-op, en dat Gennep in verband hiermede op 5 Dec. 1962 aan Co-op o. m. heeft geschreven, dat door enkele afnemers van Co-op, waaronder Hermans, de door Gennep gedeponeerde verkoopvoorwaarden bewust werden genegeerd, en dat zij, Gennep, had besloten vanaf 5 Dec. 1962 geen orders meer te accepteren op haar merkartikelen welke aan deze afnemers moesten worden verzonden;

6. dat deze brief d.d. 5 Dec. 1962 niet inhoudt, en ook niet door andere bewijsmiddelen wordt gestaafd, dat Co-op, door voor 5 Dec. 1962 artikelen aan Hermans te leveren, op enigerlei wijze enige verplichting van haar jegens Gennep heeft geschonden, terwijl ook niet voldoende is gebleken, hoe de verkoop van vorenbedoelde 400 rollen luiers is tot stand gekomen;

7. dat voor geval Co-op haar verplichtingen jegens Gennep bij deze verkoop zou hebben overtreden, in ieder geval niet voldoende is komen vast te staan, dat Hermans daarvan toen 'bewust' gebruik heeft gemaakt;

8. dat immers enerzijds onvoldoende is gebleken of juist bedoelde transactie voor dan wel na 27 Nov. 1962 tot stand is gekomen, en anderzijds niet voldoende is komen vast te staan, dat Hermans met de verkoopvoorwaarden van Gennep op de hoogte was, voordat zij de bij introductieve dagvaarding vermelde brief van Gennep d.d. 27 Nov. 1962 ontving, en zelfs Gennep in deze brief uitdrukkelijk de mogelijkheid heeft vermeld,

dat Hermans de verkoopvoorwaarden toen nog niet volledig kende;

9. dat Gennep dus niet voldoende aannemelijk heeft gemaakt, dat Hermans ten aanzien van de evenbedoelde door haar van Co-op betrokken luiers bewust gebruik heeft gemaakt van wanprestatie van Co-op of van een ander jegens Gennep, dan wel zelf wanprestatie heeft gepleegd;

10. dat evenwel uit de stellingen van Hermans moet worden afgeleid, dat zij ook na 27 Nov. 1962 nog van Gennep afkomstige luiers heeft betrokken en deze onder de door Gennep vastgestelde prijzen heeft doorverkocht;

11. dat in dit geding niet is gebleken, wie deze luiers aan Hermans heeft geleverd, maar niettemin moet worden onderzocht, of Hermans deze luiers slechts heeft kunnen betrekken hetzij door gebruik te maken van wanprestatie van anderen jegens Gennep — hetgeen in dat geval opzettelijk zou zijn geschied, omdat Hermans geacht moet worden na de ontvangst van meergemelde brief van 27 Nov. 1962 de verkoopvoorwaarden van Gennep te hebben gekend of te hebben moeten kennen, nu Gennep haar in meerbedoelde brief op die voorwaarden had gewezen — hetzij door zelf wanprestatie jegens haar leverancier te hebben gepleegd;

12. dat het aan het Hof is opgevallen, dat Hermans zich slechts vaag heeft uitgelaten ten aanzien van hen, van wie hij na omstreeks 27 Nov. 1962 van Gennep afkomstige artikelen heeft betrokken, maar op hem naar het aanvankelijk oordeel van het Hof niet de plicht rustte om de naam van zijn leverancier(s) in dit geding bekend te maken, en het integendeel de taak van Gennep was aannemelijk te maken, dat Hermans de meerbedoelde artikelen slechts heeft kunnen verkrijgen door (opzettelijk) gebruik te maken van wanprestatie jegens Gennep dan wel door zelf wanprestatie te plegen;

13. dat het Hof — daargelaten of de door de President aan art. 2, letter e, van de verkoopvoorwaarden gewijde beschouwingen juist zijn — ten aanzien van de grossiers van mening is, dat het in art. 1 van de verkoopvoorwaarden neergelegde beding, dat afnemers van Gennep haar artikelen slechts mogen doorverkopen onder toepasselijkverklaring van deze verkoopcondities en onder oplegging van een soortgelijke verplichting aan hun afnemers, medebrengt dat, voor zover Hermans van grossiers betrok zij hetzij gebruik maakte van niet-nakoming van dit beding — en, gelijk reeds is overwogen, dit na ontvangst van meergemelde brief d.d. 27 Nov. 1962 dan bewust deed — hetzij de door haar krachtens dit beding op zich genomen verplichtingen zelf schond;

14. dat het evenwel anders ligt, wanneer Hermans van Gennep afkomstige artikelen van detaillisten heeft betrokken, vermits het in dat geval niet uitgesloten is, dat reeds in een eerder stadium wanprestatie was gepleegd waardoor het de leverancier van Hermans vrij stond haar zonder oplegging van enige voorwaarde en zonder enige beperking artikelen te leveren welke van Gennep afkomstig waren;

15. dat het gebruik maken door Hermans van een in een vroeger stadium gepleegde wanprestatie, waarbij Her-

mans op geen enkele wijze was betrokken, naar het aanvankelijk oordeel van het Hof niet onrechtmatig kan worden geacht, daar het onbetamelijke van het gebruik maken van wanprestatie is gelegen in het contact met de contractspartner met betrekking tot die wanprestatie;

16. dat in zoverre de verkoopvoorwaarden van Gennep niet gesloten zijn, gelijk Hermans terecht heeft opgemerkt, weshalve niet voldoende vaststaat dat de artikelen van Gennep welke Hermans na ontvangst van de meerbesproken brief van 27 Nov. 1962 heeft weten te verkrijgen hetzij slechts als gevolg van een door de leverancier(s) van Hermans gepleegde wanprestatie jegens Gennep waren te verkrijgen, hetzij door Hermans zijn verkregen onder een verplichting welke zij niet is nagekomen;

17. dat Gennep in hoger beroep nog heeft gesteld, dat Hermans de meerbesproken luiers niet van detaillisten heeft betrokken, maar zij deze stelling op geen enkele wijze aannemelijk heeft gemaakt, terwijl opmerking verdient dat zij in haar introductieve dagvaarding uitdrukkelijk de mogelijkheid openliet, dat Hermans de luiers van een of meer detaillisten had verkregen;

18. dat voorts niet ter zake doet, dat Gennep de detaillisten een kennisgeving zou hebben gezonden, vermits — nog daargelaten of deze kennisgeving alle detaillisten van van Gennep afkomstige artikelen zou hebben bereikt —, detaillisten die door een omissie van hun rechtsvoorganger geen verplichtingen jegens Gennep waren aangegaan, ook aan deze kennisgeving niet waren gebonden;

19. dat mitsdien de eerste grief gegrond is en in verband met het vorenoverwogene niet nader behoeft te worden onderzocht, of Gennep bevoegd zou zijn harerzijds een vordering in te stellen uit hoofde van eventuele door Hermans jegens haar leverancier(s) gepleegde wanprestatie en of Hermans noodwendig een dergelijke wanprestatie moet hebben gepleegd om in het bezit van de ten processe bedoelde artikelen te komen;

20. dat de gegrondheid van de eerste grief ook de gegrondheid van de tweede grief medebrengt, daar het opzettelijk verkopen door Hermans van van Gennep afkomstige artikelen onder de door Gennep daarvoor vastgestelde prijs niet als een onrechtmatige daad jegens Gennep kan worden beschouwd, ook niet onder de overige door Gennep in de processtukken geschetste omstandigheden, nu niet vaststaat dat Hermans die artikelen heeft verkregen door bewust gebruik te maken van wanprestatie van haar leverancier(s) jegens Gennep of door eigen wanprestatie;

21. dat de derde grief eveneens doel treft, daar onvoldoende is gebleken dat aan Gennep in deze rechtsbescherming met betrekking tot de door haar vastgestelde prijsregeling toekomt;

22. dat dus ook de vierde grief gegrond is en mitsdien de vordering van Gennep alsnog, met vernietiging van het vonnis, waarvan beroep, moet worden afgewezen en Gennep in de proceskosten moet worden veroordeeld;'

O. dat Gennep als middelen van cassatie heeft voorgedragen:

'I. Schending van het recht, in het bijzonder van art. 1401 BW en verzuim van vormen, waarvan de niet-inachtneming nietigheid meebrengt, doordien het Hof, terwijl Gennep na een aanhaling van haar verkoopvoorwaarden onder anderen had gesteld, hetgeen hierboven bij de weergave van Genneps stellingen is vermeld en nadat het Hof had overwogen, dat moet worden onderzocht of voldoende aannemelijk is geworden, dat Hermans de meerbesproken luiers heeft betrokken en/of slechts heeft kunnen betrekken door opzettelijk gebruik te maken van jegens Gennep gepleegde wanprestatie, en voorts, dat het in art. 1 van de verkoopvoorwaarden neergelegde beding, dat afnemers van Gennep haar artikelen slechts mogen doorverkopen onder toepasselijkverklaring van deze verkoopcondities en onder oplegging van een soortgelijke verplichting aan hun afnemers, medebrengt dat, voor zover Hermans van grossiers betrok zij hetzij gebruik maakte van niet-nakoming van dit beding — en, gelijk reeds is overwogen, dit na ontvangst van meergemelde brief d.d. 27 Nov. 1962 dan bewust deed — hetzij de door haar krachtens dit beding op zich genomen verplichtingen zelf schond, verder heeft overwogen: hetgeen hierboven bij de weergave van 's Hof's arrest onder 14, 15 en 16 is vermeld en op die grond de eerste grief grond heeft verklaard en daarvan uitgaande, met vernietiging van het vonnis van de President, de door Gennep ingestelde vordering heeft afgewezen, een en ander ten onrechte, omdat Hermans, concurrerende zoals ten processe gesteld, dit doet op een wijze, welke indruist tegen de zorgvuldigheid die zij tegenover de belangen van Gennep moet in acht nemen, en daarbij niet van betekenis is of zij de waren betreft van degene, die zich aan contractbreuk tegenover Gennep schuldig maakt, dan wel van een derde, nu zo in het ene als in het andere geval zij weet, dat slechts door contractbreuk de waren in haar bezit komen, en het ook indien zoals het Hof het uitdrukt reeds in een eerder stadium wanprestatie was gepleegd, de leverancier van Hermans niet vrij stond haar zonder oplegging van enige voorwaarde en zonder enige beperking artikelen te leveren welke van Gennep afkomstig waren, aangezien deze leverancier, aldus handelende, een onrechtmatige daad tegenover Gennep pleegde, terwijl het onbetamelijke van het gebruik maken van wanprestatie niet, althans niet alleen is gelegen in het contact met de contractspartner met betrekking tot die wanprestatie (waarmede het Hof blijkbaar bedoelt: in het medewerken aan de door de contractspartner gepleegde wanprestatie), maar evenzeer in het gebruik maken, ten eigen voordele en ten nadele, zowel van de fabrikant-leverancier als van de detaillisten, die de waren langs regelmatige weg hebben verkregen, van de gevolgen van door een derde gepleegde wanprestatie, geldende een en ander te meer onder de door Gennep gestelde, en door het Hof aanvaarde, althans in het midden gelaten omstandigheden, waarbij nog komt, dat de verkoopvoorwaarden van Gennep niet daarom als niet 'gesloten' beschouwd kunnen worden, dat het mogelijk is, dat de waren van Gennep in handen kunnen komen van detaillisten, die niet zelf contractueel tegenover

Gennep zijn gebonden, wanneer die zich alleen kan voordoen als gevolg van enige wanprestatie jegens Gennep, althans niet wanneer niet is gebleken dat dergelijke wanprestaties zich veelvuldig voordoen of daartegen niet wordt opgetreden.'

'II. Schending van het recht, met name van de artt. 1401, 1902 BW, en verzuim van vormen waarvan de niet-inachtneming nietigheid medebrengt, doordien het Hof, overwegende, dat aan het Hof is opgevallen dat Hermans zich slechts vaag heeft uitgelaten ten aanzien van hen, van wie zij na omstreeks 27 nov. 1962 van Gennep afkomstige artikelen heeft betrokken, maar op haar naar het aanvankelijk oordeel van het Hof niet de plicht rustte om de naam van haar leverancier(s) in dit geding bekend te maken, en het integendeel de taak van Gennep was aannemelijk te maken, dat Hermans de meerbedoelde artikelen slechts heeft kunnen verkrijgen door (opzettelijk) gebruik te maken van wanprestatie jegens Gennep dan wel door zelf wanprestatie te plegen, op deze grondslag, en op de verder in het arrest vervatte overwegingen, met vernietiging van het vonnis van de President de door Gennep ingestelde vordering heeft afgewezen, een en ander ten onrechte, omdat in een geval als dit, waarin door Gennep was gesteld dat Hermans de luiers slechts had verkregen en kunnen verkrijgen van een rechtsvoorganger die zelf contractbreuk jegens Gennep had gepleegd, tenzij zij zelf zich aan contractbreuk had schuldig gemaakt, en waarin Gennep zich had beroepen op haar gesloten verkooporganisatie als nader in het arrest omschreven, Hermans niet kan volstaan met vage uitlatingen t.a.v. hen van wie zij de van Gennep afkomstige artikelen had betrokken, maar indien zij wilde beweren dat zij de waren had betrokken van iemand die daardoor geen wanprestatie jegens Gennep pleegde, gehouden was te stellen en eventueel te bewijzen, wie dit dan was geweest, bij gebreke waarvan het er voor moet worden gehouden, dat Hermans de luiers heeft verkregen als een dadelijk gevolg van wanprestatie van haar rechtsvoorganger, althans zij door verkoop van die luiers onder de door Gennep vastgestelde prijzen zelf wanprestatie jegens Gennep pleegde.';

O. aangaande het eerste middel:

dat van het geheel van de door Gennep aan Hermans verweten gedragingen waarin volgens Gennep de onrechtmatigheid van Hermans' optreden tegenover haar is gelegen, door het Hof in zijn beoordeling alleen is betrokken Genneps stelling dat Hermans de van Gennep afkomstige artikelen, gelet op Genneps verkoopwaarden en het daarin begrepen kettingbeding, alleen heeft kunnen verkrijgen door misbruik te maken van contractbreuk van Hermans' rechtsvoorgangers t.a.v. die artikelen, hetzij grossiers, hetzij detaillisten jegens Gennep;

dat het Hof, uitgaande van de door het Hof aanvaarde mogelijkheid dat Hermans genoemde artikelen heeft betrokken van detaillisten die, doordat reeds in een eerder stadium wanprestatie was gepleegd, de vrijheid hadden de van Gennep afkomstige artikelen aan Hermans zonder oplegging van enige voorwaarde en zonder enige beperking te verkopen, heeft geoordeeld

dat het aldus gebruik maken door Hermans van een reeds in een vroeger stadium gepleegde wanprestatie, waarbij Hermans op geen enkele wijze was betrokken, niet onrechtmatig kan worden geacht;

dat het Hof bij dit oordeel is uitgegaan van de opvatting dat het onbetamelijke van het gebruik maken van wanprestatie alleen kan zijn gelegen in het contact met den contractspartner met betrekking tot die wanprestatie;

dat die opvatting echter onjuist is;

dat immers niet alleen het ter verkrijging van artikelen als de onderhavige rechtstreeks handelen met iemand, die zelf wanprestatie pleegt door die artikelen te verkopen zonder den koper te binden aan de door den fabrikant gestelde verkoopvoorwaarden, in verband met andere gedragingen een onrechtmatige daad jegens dien fabrikant kan opleveren, maar dit ook het geval kan zijn, indien bij de verkrijging van die artikelen gebruik wordt gemaakt van contractbreuk door derden in een eerder stadium gepleegd, daar ook op deze wijze zodanige contractbreuk kan worden bevorderd en in de hand gewerkt, zo met name indien door het frequent en stelselmatig afnemen van dergelijke artikelen aan den contractbreker een geregelde afzet daarvan verzekerd wordt;

dat daarom bij de beoordeling van het geheel van gedragingen als die welke in het geding aan Hermans worden verweten, in een geval waarin van een frequent en stelselmatig afnemen van zodanige artikelen sprake is, het profiteren van wanprestatie door derden in een eerder stadium gepleegd, behoudens bijzondere omstandigheden welke een ander oordeel kunnen wettigen, met het rechtstreeks handelen met den contractbreker zelf op een lijn zal moeten worden gesteld; dat het middel derhalve in zoverre gegrond is;

O. aangaande het tweede middel:

dat het Hof er in het onderhavige geding terecht van is uitgegaan dat Gennep, die aan Hermans verwijt jegens haar onrechtmatig te hebben gehandeld, stelplicht en bewijslast had t.a.v. het vervuld zijn van de voorwaarden waaraan moet zijn voldaan om in een geval als het onderhavige het geheel van Hermans' gedragingen als onrechtmatig jegens Hermans te kunnen beschouwen, waaruit volgt dat het Hof terecht heeft beslist dat het de taak van Gennep was aannemelijk te maken dat Hermans de meerbedoelde artikelen slechts heeft kunnen verkrijgen door (opzettelijk) gebruik te maken van contractbreuk jegens Gennep dan wel door zelf contractbreuk te plegen;

dat voorts ook 's Hof's oordeel dat op Hermans niet de plicht rustte om den naam van haar leverancier te noemen niet doet blijken dat het Hof daarbij enigen op het stuk van stelplicht of bewijslast geldenden rechtsregel heeft miskend;

dat mogelijk is dat de rechter in omstandigheden als hier aanwezig aan hetgeen omtrent een verkooporganisatie als de onderhavige is gesteld en niet betwist op zich zelf reeds het bewijs ontleent dat een afnemer als Hermans, behoudens een door dezen te leveren tegenbewijs, hetzij de desbetreffende artikelen moet hebben verkregen door gebruik te maken van contractbreuk, hetzij t.a.v. die artikelen, door deze voor lagere dan de

door den fabrikant vastgestelde prijzen te verkopen, zelf wanprestatie pleegt, dat ook mogelijk is dat de rechter een betwisting als door Hermans in het onderhavige geval gedaan als een onvoldoende betwisting beschouwt en op dien grond de gestelde feiten zonder nader bewijs aan zijn beslissing ten grondslag legt;

dat echter de beoordeling van de vraag of in een geval als het onderhavige zodanig bewijs aan de vastgestelde feiten zal worden ontleend en of een betwisting van de gestelde feiten als door Hermans gedaan als een voldoende betwisting zal gelden, voor de verantwoording moet blijven van den rechter die over de feiten beslist, en in cassatie niet voor toetsing vatbaar is;

dat ook de in het middel vervatte motiveringsklacht faalt, daar het Hof niet gehouden was er rekenschap van te geven waarom het in het onderhavige geval een bewijs als bovenbedoeld niet aan de feiten heeft ontleend en waarom het Hermans' betwisting van de gestelde feiten wel als een voldoende betwisting heeft aangemerkt;

dat dit middel dus niet gegrond is;

Vernietigt het bestreden arrest van het Hof te Amsterdam;

Verwijst het geding naar dat Hof ten einde de zaak verder af te doen met inachtneming van dit arrest;

Veroordeelt verweerster in de kosten op de voorziening in cassatie aan de zijde van eiseres gevallen tot op deze uitspraak begroot op f 85,50 aan verschotten en f 1200 voor salaris.

Conclusie Procureur-Generaal Langemeijer.

Het betreft hier een actie in kort geding van 'Gennep' tegen 'Hermans' tot verbod van verkoop van luiers, afkomstig van Gennep, tegen een lagere prijs dan Gennep middels kettingbeding daarvoor had trachten vast te stellen. Het Hof, anders dan de President, heeft deze vordering afgewezen. De beslissende overwegingen, waarvan de drie laatste door het eerste middel worden bestreden, daarbij luiden: (zie het arrest, Red.).

Het middel acht het in de laatste drie overwegingen neergelegde oordeel onjuist, 'omdat Hermans concurrerende zoals ten processe gesteld, dit doet op een wijze (enz. Zie het arrest, Red.).

Zoveel is zeker, dat het onderscheid tussen rechtstreeks contact met degene, die contractbreuk heeft gepleegd, dan wel met een naman van deze met zoveel woorden voor niet ter zake dienende is verklaard in Uw arrest van 11 nov. 1937, NJ 1937, no. 1096 ('Kolynos' ofwel 'Kerhof- Florence'). De rechtspraak, die Uw Raad in een veel recenter verleden aan dezelfde vraag heeft gewijd, met name die van 12 jan. 1962, NJ 1962, no. 246 ('Nibeja-Grundig') en 27 april 1962, NJ 1962, no. 254 ('Holst-Philips'), onthouden zich in hun formulering van verloochening van het oudere arrest. Wel heerst vrij algemeen de indruk, dat Uw Raad thans het belang bij verkooporganisaties als waarom het (met niet onbelangrijke verschillen overigens) telkens bij deze arresten gaat thans minder hoog zou aanslaan dan in

1937, en althans het arrest Nibeja-Grundig houdt, blijkens de tweemaal gebruikte wending, ‘onder omstandigheden’ en het daar gebruikte woord ‘kan’ een duidelijk voorbehoud in t.a.v. de onrechtmatigheid onder alle omstandigheden van hetgeen bij het Kolynos-arrest onrechtmatig is geoordeeld (waarbij het mij overigens van belang schijnt, dat het ‘Kolynosgeval’ prijsbinding betrof, het geval Nibeja-Grundig daarentegen een gesloten verkooporganisatie, dus een figuur, die voor de gedaagde in dat geval veel groter nadelen meebracht). Intussen is er in de latere rechtspraak van Uw Raad niets, dat zou doen vermoeden, dat dit voorbehoud juist met het door het Hof in de onderhavige zaak gemaakte onderscheid verband zou houden.

Ik voor mij meen niet, dat dit de bedoeling van Uw Raad is geweest en zou een ontwikkeling van Uw rechtspraak in die richting ook zeker niet willen aanbevelen. De geeerde pleiter voor ‘Hermans’ heeft opgemerkt, dat de beslissing van het Hof sterk de indruk maakt geïnspireerd te zijn door de uiteenzetting van Slagter in zijn preadvies voor de Nederlandse Juristenvereniging van 1963, blz. 205 e.v.. Indien dit zo is echter, dan zou het Hof naar mijn mening de bedoeling van Slagter niet tot zijn recht hebben doen komen. Deze toch bepleit iure constituendo inderdaad vrij uitgaan van degene, die slechts door tussenkomst van een of meer anderen van wanprestatie profiteert, maar betoogt dan ook dat deze onderscheiding tot een bevredigend stelsel leidt, mits men daarnaast aan degene, die beneden een vastgestelde prijs heeft verkocht, de verplichting oplegt om zijn voorman te noemen, een verplichting, die het Hof nu juist niet aanneemt en, zoals ik in verband met middel II betogen zal, terecht niet aanneemt. Ik meen dus zeker niet, dat men zich op het gezag van Slagter zou kunnen beroepen, wanneer men diens denkbeeld omtrent het indirect profiteren van wanprestatie op ons overigens onveranderde geldende recht zou enten.

Ook overigens echter pleiten m.i. zwaar wegende argumenten tegen het stelsel van het Hof. In de eerste plaats zou ik op het volgende willen wijzen. Neemt men aan, dat buiten het ontbreken van direct contact tussen de gedaagde en de contractbreker, niet andere omstandigheden aanwezig zijn, die het oordeel: dat het gedrag van ‘Hermans’, gelijk dat door ‘Gennep’ gesteld is, als onrechtmatig moet worden beschouwd, zouden doorkruisen, dan zal men naar het mij voorkomt als volgt moeten redeneren. De onmiddellijke naman van de contractbreker pleegde een onrechtmatige daad jegens ‘Gennep’. Diens naman profiteerde weer van die onrechtmatige daad en dat het geheel dezelfde nadelige uitwerking voor ‘Gennep’ en voor diens correcte afnemers, die het gedrag van de voorman hebben kon. Ik zie geen reden om bij deze gelijkheid in al het overige het profiteren van een onrechtmatige daad minder onrechtmatig te achten dan het profiteren van de wanprestatie. Indien dit zo is, dan geldt dit in beginsel ook voor alle verdere namannen. In beginsel; ik kan zeer wel de mogelijkheid erkennen, dat bij een van hen de bekendheid met alle omstandigheden kan komen te ontbreken, die in dit verband voor de onrechtmatigheid

mede vereist is, of dat inmiddels zo zeer openbaar is geworden, dat het product waarom het gaat voor een andere dan de vastgestelde prijs te krijgen is, dat men de verkooporganisatie niet meer ‘gesloten’ kan noemen. Deze of dergelijke omstandigheden echter spelen in de motivering van het Hof geen rol. Dit doet zijn oordeel uitsluitend steunen op het niet vaststaan van rechtstreeks contact tussen ‘Hermans’ en de contractbreker.

Wat zich in de tweede plaats tegen de leer van het Hof laat inbrengen is naar mijn mening dat het gemaakte onderscheid geen grondslag vindt in de ratio van de onrechtmatigheid in beginsel van het profiteren van wanprestatie onder de hier aanwezige omstandigheden. Die ratio toch schijnt mij niet te zijn dat de gedaagde de wederpartij van de eiser door uitlokkingsmiddelen tot contractbreuk heeft gebracht of ook alleen maar de onmisbare partner is geweest bij de contractbreuk opleverende transactie. Zij schijnt mij veeleer deze: dat de gedaagde vooreerst bewust profijt heeft getrokken van een wederrechtelijk handelen (wanprestatie of onrechtmatige daad), door wie dan ook gepleegd, ten nadele van de eiser en bovendien dat hij de onmisbare partner van zijn voorman is geweest bij wat van diens kant op zijn beurt — zij het wellicht wederom slechts afgeleid — een wederrechtelijk handelen was. Welnu, deze kenmerken vertoont, naar ik betoogde, de indirect profiterende evenzeer als degene, die dit direct doet.

Naast deze twee dogmatische argumenten staat een praktisch: het valt niet in te zien, hoe het verbod rechte van het rechtstreeks profiteren van wanprestatie, welk verbod ook het Hof erkent, nog gehandhaafd zou kunnen worden, wanneer het om daaraan te ontkomen voldoende zou zijn bij deze vorm van handel een tussenverkoper meer in te schakelen dan anders misschien nodig zou zijn.

Ik houd dus middel I in al zijn onderdelen — voorzover men die zelfstandig mocht willen beschouwen — voor gegrond.

Middel II klaagt over de overweging in het arrest a quo: ‘dat het aan het Hof is opgevallen dat Hermans zich slechts vaag heeft uitgelaten t.a.v. hen, van wie zij na omstreeks 27 nov. 1962 van Gennep afkomstige artikelen heeft betrokken, maar op haar naar het aanvankelijk oordeel van het Hof niet de plicht rustte om de naam van haar leverancier(s) in dit geding bekend te maken, en het integendeel de taak van Gennep was aannemelijk te maken, dat Hermans de meerbedoelde artikelen slechts heeft kunnen verkrijgen door (opzettelijk) gebruik te maken van wanprestatie jegens Gennep dan wel door zelf wanprestatie te plegen’.

Het komt mij voor dat dit middel hierom moet falen, omdat bij gegrondheid van middel I het hier geponeerde beginsel geen reden van bestaan zou hebben en bij ongegrondheid van middel I dit beginsel bepaald onaanvaardbaar zou zijn. Immers, is middel I gegrond, dan doet het niet terzake, wie de voorman van de gedaagde is geweest, behoudens wellicht bij een andere, bijzondere processuele situatie, waarvan hier geen sprake is. Is het eerste middel daarentegen ongegrond, dan zou dus met gevallen rekening moeten worden gehouden, waarin gedaagde's handelen niet onrechtmatig

zou zijn. In dat geval echter is er in ons procesrecht geen steun te vinden voor de stelling — ja, verzet het gehele stelsel van dit onderdeel van ons recht zich tegen die stelling — dat de gedaagde verplicht zou zijn gegevens te verstrekken, aan de hand waarvan de tot zover in het onzekere gebleven vraag, of de bijzonderheden van zijn handelwijze deze onrechtmatig maakten, in zijn nadeel zou kunnen worden beantwoord.

Ik zou menen, dat de gegrondbevinding van middel I tot verwijzing zal moeten leiden. Immers de overweging van het Hof op de derde grief: dat voldoende is gebleken, dat aan Gennep ten deze geen rechtsbescherming toekomt, zou dan zijn grondslag verliezen, maar de mogelijkheid zou nog openstaan, dat deze grief om andere reden gegrond zou moeten worden geacht.

In concludeer, dat Uw Raad het arrest waarvan beroep vernietige en de zaak verwijze naar het Hof te Amsterdam teneinde haar op het bestaande hoger beroep met inachtneming van het door Uw Raad te wijzen arrest verder te behandelen en te beslissen onder veroordeling van verweerster in cassatie in de op het beroep in cassatie gevallen kosten.
