

Hoge Raad, 18 december 1964, Douwe Egberts**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**

at het Hof, er van uitgaande dat het zeer goed mogelijk is dat Tromp de koffie van Douwe Egberts, welke hij beneden de door deze vastgestelde prijs heeft verkocht, had betrokken van handelaars die aan de verkoopvoorwaarde van Douwe Egberts niet waren gebonden heeft geoordeeld dat voormeld handelen van Tromp ook niet als een gebruik maken van een reeds in een eerder stadium van de verhandeling van de koffie door rechtsvoorgangers van Tromp's verkopers jegens Douwe Egberts gepleegde wanprestatie tegenover Douwe Egberts onrechtmatig kan worden geacht, vermits bij zulk een eerdere wanprestatie Tromp persoonlijk op geen enkele wijze was betrokken; dat bij dit oordeel van het Hof aldus is uitgegaan van de opvatting dat het onbetamelijke van het gebruik maken van wanprestatie alleen gelegen kan zijn in het rechtstreeks als contractspartner van degene die de wanprestatie pleegde, betrokken zijn bij het door deze plegen van die wanprestatie; dat deze opvatting evenwel 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 de koper te binden aan de door de fabrikant gestelde verkoopvoorwaarden, in verband met andere gedragingen een onrechtmatige daad jegens die 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 de contractbreker een geregelde afzet daarvan verzekerd wordt; dat daarom bij de beoordeling van het geheel van gedragingen als die welke in dit geding aan Tromp 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 de contractbreker zelf op een lijn zal moeten worden gesteld;

Vindplaatsen: NJ 1965, 171

Hoge Raad, 18 december 1964

(De Jong, Wiarda, Houwing, Petit, Beekhuis)
(...)

De naamloze vennootschap Douwe Egberts, Koninklijke Tabaksfabriek-Koffiebranderijen-Theehandel NV, te Amsterdam, eiseres tot cassatie van een door het Hof te Amsterdam tussen pp. gewezen arrest van 21 mei 1964, adv. Mr. J.L.W. Sillevius Smitt,

tegen:

[X] Tromp, te Haarlem, verweerder in cassatie, niet verschenen.

(...)

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

dat de eiseres tot cassatie — Douwe Egberts — de verweerder — Tromp — heeft gedaagd voor de President van de Rb. te Haarlem, en daarbij heeft gesteld:

dat zij al hare handelswaren, waaronder begrepen koffie, thee en poederkoffie, alleen en uitsluitend in het verkeer brengt en aflevert onder de navolgende door haar vastgestelde verkoopvoorwaarden;

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 dezer condities als voorwaarde voor verdere leveringen te bedingen.

Art. 2. Koper, groothandelaar, is verplicht:

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

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

c. onze artikelen niet te leveren aan hen, waarvan hem bekend is, dan wel van wie hij redelijkerwijs dient te weten, dat zij zich niet aan deze voorwaarden houden en in het bijzonder onze artikelen niet te leveren aan hen, waarvan bekend gemaakt is c.q. hij bericht ontving, dat zij van de ontvangst van onze artikelen zijn uitgesloten.

d. zijn volle medewerking te verlenen aan de juiste naleving dezer voorwaarden en ons in daartoe geeigende gevallen gelegenheid te geven in zijn administratie door een door ons aan te wijzen deskundige te doen nagaan of deze voorwaarden correct zijn nageleefd;

e. 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).

Art. 3. Koper, detaillist, is verplicht:

a. alle artikelen, welke door ons in de handel worden of zullen worden gebracht, uitsluitend aan te bieden, te doen aanbieden, te verkopen, te doen verkopen, te leveren en 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 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 of beschadiging daarvan;

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 door ons niet dienstig geacht worden aan het door ons blijkens deze voorwaarden nagestreefde doel;

f. onze artikelen uitsluitend en detail aan zijn particuliere klanten af te leveren;

g. zijn volle medewerking te verlenen aan de juiste naleving dezer voorwaarden en ons in daartoe geeigende gevallen 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 deze voorwaarden een boete te betalen groot f 250 (tweehonderd vijftig gulden).

dat Douwe Egberts op alle van haar uitgaande stukken uitdrukkelijk verwijst naar de toepasselijkheid van deze verkoopvoorwaarden en daarbij tevens vermeldt, dat deze voorwaarden door haar bij de Rechtbank te Amsterdam zijn gedeponereerd op de 12e jan. 1959 en afschrift daarvan op aanvraag bij Douwe Egberts verkrijgbaar is;

dat Tromp bij aangetekend schrijven van Douwe Egberts' raadsman d.d. 3 sept. 1963 onder bijsluiting van en verwijzing naar de op 12 jan. 1959 door Douwe Egberts ter griffie van de Rb. te Amsterdam gedeponereerde verkoopvoorwaarden er uitdrukkelijk tegen is gewaarschuwd de van Douwe Egberts afkomstige artikelen tegen een andere prijs te verkopen, dan daartoe door Douwe Egberts was vastgesteld;

dat Douwe Egberts' raadsman in datzelfde schrijven heeft aangeboden de bij Tromp aanwezige van Douwe Egberts afkomstige goederen tegen betaling van hem over te nemen, doch Tromp op deze brief niet heeft gereageerd

dat Tromp ondanks de brief van Douwe Egberts' raadsman d.d. 3 sept. 1963 en ondanks de vele tot hem gerichte aanmaningen weigerachtig is gebleven de van Douwe Egberts afkomstige artikelen tegen de door Douwe Egberts vastgestelde prijzen te verkopen;

dat immers Tromp op of omstreeks 12 okt. 1963 op de markt aan de Sumatrastraat te Amsterdam het artikel roodmerk koffie van Douwe Egberts heeft verkocht voor f 1,35 in stede van tegen de toen geldende verkoopprijs van f 1,48 per pak van 250 gram, terwijl hij op 30 nov. 1963 op de markt aan de Sumatrastraat te Amsterdam bij het betalen van de gekochte boodschappen f 0,13 minder betaling vroeg, dan waarop hij recht had, waardoor de roodmerk koffie van Douwe Egberts werd verkocht voor f 1,43 in stede van tegen de thans geldende prijs van f 1,56, gaf hij daarbij immers te kennen, dat deze aftrek verband hield met de koffieprijs;

dat Tromp zich, ondanks het feit, dat de grossiers wisten dat zij aan Tromp wegens diens openlijk en regelmatig onder prijs verkopen, niet mochten leveren en ondanks het feit dat Douwe Egberts de aandacht van de grossiers nog eens speciaal op dit adres heeft gewezen, toch in het bezit heeft weten te stellen van Douwe Egberts artikelen en dientengevolge misbruik heeft gemaakt van de contractbreuk van een rechtsvoorganger, onverschillig of dit een grossier dan wel een detaillist is geweest;

dat Tromp, welbewust handelende als in deze dagvaarding vermeld, gezien het kettingsbeding in de aanhef der in deze dagvaarding opgenomen verkoopvoorwaarden vermeld en mede gezien de overige artikelen dezer verkoopvoorwaarden en in het bijzonder de artikelen waarnaar in deze dagvaarding speciaal is verwezen, door het bewust voordeel trekken uit de contractbreuk van een ander, of althans het bewust zelf contractbreuk plegen jegens degene die hem de litigieuze artikelen had verkocht en die op zijn beurt hem, Tromp, had verbonden, onrechtmatig heeft gehandeld;

dat immers Tromp op de hoogte was van de verkoopwaarden van Douwe Egberts en op de hoogte was van de prijs die hij voor Douwe Egberts' artikelen aan de consument in rekening moest brengen;

dat Tromp door de litigieuze artikelen van Douwe Egberts afkomstig, te verkopen onder de door Douwe Egberts daartoe vastgestelde prijs, zich heeft kunnen en moeten realiseren, gezien het bepaalde in de artt. 2 sub c (niet levering door grossiers aan diegenen waarvan hij redelijkerwijs kan weten dat zij Douwe Egberts' verkoopvoorwaarden niet nakomen) en sub 3 f, (levering door de detaillist uitsluitend aan zijn particuliere klanten voor eigen gebruik) dat hij zich de bewuste, door hem onder de vastgestelde verkoopprijs verkochte van Douwe Egberts afkomstige artikelen slechts heeft kunnen verschaffen door het onrechtmatig, welbewust voordeel trekken van de contractbreuk van een ander hetzij grossier, hetzij detaillist;

dat Douwe Egberts belang heeft bij een regelmatige distributie van haar produkten en bij het voorkomen van excessen in de onderlinge concurrentie der detaillisten en daartoe de prijzen heeft vastgesteld waartegen haar artikelen door de detaillist aan de consument moeten worden verkocht;

dat noch de merkartikelfabrikant, noch het publiek gebaat is bij een desastreuze onderlinge concurrentie van de detailhandel, welke leiden moet tot een verkoop

zonder voldoende winst of zelfs met verlies, tengevolge waarvan de financiële draagkracht van het distributie-apparaat, waarvan de fabrikant afhankelijk is, wordt ondermijnd, met voor de fabrikant mogelijk rampzalig gevolg;

dat Douwe Egberts er dientengevolge belang bij heeft dat de wijze van distributie harer artikelen niet wordt verstoord en daarom de handhaving der door haar vastgestelde verkoopprijzen als onderdeel van haar verkoopvoorwaarden heeft opgenomen;

dat Tromp, door te handelen als boven gewraakt door het zich niet houden aan de verkoopvoorwaarden van Douwe Egberts (door Douwe Egberts' artikelen onder de daarvoor door Douwe Egberts vastgestelde prijzen te verkopen) zich enerzijds tegenover zijn bona fide collega's, die zich wel aan deze verkoopprijzen houden, een ongeoorloofde voordelige positie verschafft en deze collega's daardoor een oneerlijke concurrentie aandoet, welke oneerlijke concurrentie tevens gezien moet worden als een oneerlijke concurrentie, welke Tromp aan Douwe Egberts aandoet, anderzijds de gesloten verkooporganisatie van Douwe Egberts verstoort, het vertrouwen der wederverkopers in Douwe Egberts en haar handelsartikelen aantast en bij het publiek wantrouwen tegen deze artikelen wekt;

dat immers de kenmerkende eigenschappen van een merkartikel in het bijzonder gelegen zijn in de constante prijs en de constante kwaliteit en de consument die voor een merkartikel een afwijkende prijs ziet, daaraan onmiddellijk de conclusie van een afwijkende kwaliteit verbindt; dat het gevolg hiervan is dat de bona fide collega's van Tromp hun verkoop in Douwe Egberts' artikelen zien afnemen en dit — terecht — aan Douwe Egberts verwijten; dat zij zich immers aan de door Douwe Egberts toepasselijk verklaarde verkoopvoorwaarden houden en van Douwe Egberts verwachten, dat zij er voor zorg draagt, dat iedere detaillist dit doet; dat Douwe Egberts recht heeft op en belang heeft bij een onmiddellijke voorziening;

op welke gronden Douwe Egberts heeft gevorderd dat de President Tromp zou bevelen te staken, primair, de verkoop van de door Douwe Egberts in het verkeer gebrachte artikelen, subsidiair, de verkoop van Douwe Egberts' artikelen tegen een andere prijs dan daarvoor door Douwe Egberts is vastgesteld, op verbeurte van een dwangsom van f 250 voor iedere overtreding;

dat de President de subsidiaire vordering heeft toegewezen, na o. m. te hebben overwogen:

‘dat Tromp heeft ontkend bewust voordeel te trekken uit de contractbreuk van een ander of van anderen en inzonderheid heeft ontkend, dat degene, die de litigieuze pakken koffie aan hem had geleverd, zelf nog aan de verkoopvoorwaarden was gebonden en hem (Tromp) daaraan zou kunnen binden;

dat deze ontkenning als in het geheel niet gemotiveerd moet worden gepasseerd;

dat Wij menen voorop te mogen stellen, ten eerste dat naar Ons voorlopig inzicht, gegrond op de sub factis geciteerde verkoopvoorwaarden, deze een gesloten verkooporganisatie vormen en ten tweede dat in de kringen van marktkoepelieden, waartoe Tromp behoort

en ten aanzien waarvan hij niet heeft beweerd een vreemdeling daarin te zijn, het van algemene bekendheid is, dat de van Douwe Egberts afkomstige pakken koffie tot die artikelen behoren, waarvoor een verticale prijsbinding geldt;

dat met deze gegevens als uitgangspunt het uitermate waarschijnlijk is, dat Tromp de bewuste pakken koffie heeft betrokken en/of slechts heeft kunnen betrekken door opzettelijk gebruik te maken van door een ander (grossier of detaillist) jegens Douwe Egberts gepleegde wanprestatie;

dat tegen de vorenomschreven feitelijke achtergrond naar Ons aanvankelijk gevoelen in een geschil als het onderhavige op Tromp de verplichting rust zodanige feiten of omstandigheden te stellen, waaruit, indien zij geloofwaardig blijken, door de rechter eventueel zou kunnen worden afgeleid, dat en waarom de bovenvermelde voor de hand liggende gevolgtrekking in het te berechten geval niet gemaakt mag worden het geen naar Onze voorlopige mening te meer klemmt, nu, indien Tromp niet medewerkt, het voor Douwe Egberts onmogelijk is te bewijzen of aannemelijk te maken, bij welke grossier of bij welke detaillist de ten processe bedoelde pakken koffie door Tromp zijn gekocht;

dat echter omtrent degene, of degenen van wie Tromp de bewuste pakken koffie heeft betrokken, Tromp Ons geen enkel gegeven heeft verschafft;

dat derhalve in casu het voor de hand liggende als vaststaande mag worden aangenomen;

dat onder de geschetste omstandigheden de ten processe vaststaande verkoop door Tromp van pakken koffie beneden de door Douwe Egberts vastgestelde prijzen als onrechtmatig moet worden aangemerkt, immers als een vorm van de loyale concurrentie jegens andere verkopers van de door Douwe Egberts in het handelsverkeer gebrachte pakken koffie, voor zover deze andere verkopers zich aan de verkoopvoorwaarden houden, hetgeen na september 1963 aan Tromp bekend geweest moet zijn;’

Dat Tromp tegen dit vonnis hoger beroep heeft ingesteld en heeft aangevoerd, als derde grief, dat de President heeft overwogen dat in dit geval sprake is van een gesloten verkooporganisatie, als vierde grief, dat de President heeft overwogen dat het uitermate waarschijnlijk is dat Tromp de koffie heeft betrokken en/of slechts heeft kunnen betrekken door opzettelijk gebruik te maken van door een ander (grossier of detaillist) jegens Douwe Egberts gepleegde wanprestatie; als zesde grief dat de President heeft overwogen dat verkoop door Tromp van koffie van Douwe Egberts beneden de door Douwe Egberts vastgestelde prijs als onrechtmatig moet worden aangemerkt;

dat het Hof te Amsterdam bij het bestreden arrest, voor zover thans van belang, heeft overwogen:

6. ‘ten aanzien van de derde, vierde en zesde grief, welke het Hof tezamen zal behandelen, omdat daarin de gehele grondslag van de vordering van Douwe Egberts wordt bestreden, dat voor zover Douwe Egberts heeft bedoeld te stellen, dat Tromp bij verkoop van de van Douwe Egberts afkomstige koffie aan haar verkoopvoorwaarden gebonden was en dus door verkoop

onder de door Douwe Egberts vastgestelde verkoopprijs tegenover haar een onrechtmatige daad of wanprestatie pleegde, deze stelling onjuist is; dat toch algemene bekendheid van deze verkoopvoorwaarden door deponering evenmin als bekendheid daarmede doordat Douwe Egberts van die voorwaarden en prijzen aan Tromp mededeling deed, zoals bij brief van 3 sept. 1963 is geschied, enige gebondenheid van Tromp aan die verkoopvoorwaarden kunnen doen ontstaan; dat dus verkopen onder de vastgestelde prijs op zichzelf voor Tromp geen onrechtmatige daad noch wanprestatie jegens Douwe Egberts medebrengt;

7. a. 'dat Douwe Egberts voorts stelt, dat die verkoopvoorwaarden een gesloten verkooporganisatie opleveren en dat Tromp de van haar afkomstige koffie slechts heeft kunnen verwerven door gebruik te maken van wanprestatie van zijn leverancier of van een van de voorgangers van die leverancier;

b. dat voor zover deze stelling berust op de algemene bekendheid van de verkoopvoorwaarden en/of op de beweerde mededeling daarvan door Douwe Egberts aan alle detaillisten, uit deze stelling niet volgt, zoals hiervoor reeds werd overwogen, dat alle verkopende detaillisten aan die verkoopvoorwaarden zijn gebonden en dus bij verkoop in strijd met die voorwaarden wanprestatie zouden plegen, zijnde deze detaillisten uitsluitend uit hoofde van bekendheid met die voorwaarden daaraan nog niet gebonden, terwijl het zeer de vraag is of, gelet op het zeer groot aantal detaillisten in Nederland, inderdaad aan alle detaillisten een kennisgeving is gezonden en door hen ontvangen; dat dan ook de stelling, dat iedere detaillist kon weten, dat zijn leverancier, die verzuimde de verkoopvoorwaarden toe te passen, wanprestatie jegens Douwe Egberts pleegde, in haar algemeenheid niet juist is;

c. dat dus ook zeer goed mogelijk is, dat Tromp, zoals hij heeft gesteld en Douwe Egberts niet heeft weersproken, gekocht heeft van een detaillist, die bij die verkoop geen wanprestatie jegens Douwe Egberts pleegde; dat wellicht voordat Tromp de koffie van zijn leverancier betrok, dus in een vroeger stadium van de handel, wanprestatie jegens Douwe Egberts was gepleegd, maar het gebruik maken van een dergelijke wanprestatie, waarbij Tromp persoonlijk op geen enkele wijze was betrokken — indien men dit al gebruik maken van wanprestatie kan noemen — naar het aanvankelijk oordeel van het Hof niet onrechtmatig jegens Douwe Egberts kan worden geacht;

8. 'dat dus in zoverre de meervermelde verkoopvoorwaarden van Douwe Egberts niet gesloten zijn, gelijk in grief 3 terecht wordt aangevoerd, weshalve niet voldoende vaststaat dat de koffie van Douwe Egberts welke Tromp na ontvangst van voormelde brief van 3 sept. 1963 heeft weten te verkrijgen, hetzij slechts als gevolg van een door de leverancier(s) van Tromp jegens Douwe Egberts gepleegde wanprestatie waren te verkrijgen, hetzij door Tromp zijn verkregen onder een verplichting, welke hij niet is nagekomen;

9. 'dat Douwe Egberts ook nog heeft gesteld, dat Tromp door onder de door haar vastgestelde prijs te verkopen oneerlijke concurrentie pleegt ten aanzien van

detaillisten, die zich wel aan die prijs houden, doch dit onder de vastgestelde prijs verkopen op zichzelf jegens dezen geen oneerlijke concurrentie oplevert, niet is gebleken, dat Tromp door gebruik maken van wanprestatie op deze wijze concurreert en geen andere omstandigheden zijn gesteld, die oneerlijkheid opleveren;'

op welke gronden het Hof voormeld in kort geding gewezen vonnis, behalve voor zover de President zich bevoegd heeft verklaard van de vordering kennis te nemen, heeft vernietigd en, opnieuw rechtdoende, de gevorderde voorziening heeft geweigerd;

O. dat Douwe Egberts tegen dit arrest opkomt met het navolgende middel v. cassatie:

'Schending van het recht, in het bijzonder van art. 1401 BW en verzuim van vormen waarvan de niet-inachtneming nietigheid medebrengt, doordien het Hof, terwijl Douwe Egberts tot grondslag van haar vordering tegen Tromp had gesteld, dat zij al haar handelswaren, waaronder begrepen koffie, thee en poederkoffie, alleen en uitsluitend in het verkeer brengt en aflevert onder de door haar vastgestelde verkoopvoorwaarden, zoals in 's Hof's arrest sub factis vermeld en Douwe Egberts voorts de feiten en omstandigheden had aangevoerd, welke door het Hof sub factis uitvoerig zijn weergegeven, waarnaar hier wordt verwezen; onder meer met betrekking tot de stelling van Douwe Egberts, dat haar verkoopvoorwaarden een gesloten verkooporganisatie opleveren en dat Tromp de van haar afkomstige koffie, welke door hem beneden de door Douwe Egberts vastgestelde verkoopprijs aan afnemers is verkocht, slechts heeft kunnen verwerven door gebruik te maken van wanprestatie van zijn leverancier of van een van de voorganger van die leverancier, heeft overwogen, gelijk hiervoor onder 6c is vermeld; en voorts ten aanzien van de stelling van Douwe Egberts, dat Tromp door onder de door haar vastgestelde prijzen te verkopen oneerlijke concurrentie pleegt ten aanzien van detaillisten, die zich wel aan die prijs houden, heeft geoordeeld, dat dit onder de vastgestelde prijs verkopen op zichzelf jegens dezen — te weten de detaillisten, die zich wel aan de door Douwe Egberts vastgestelde prijs houden — geen oneerlijk concurrentie oplevert, en dat dit niet is gebleken, dat Tromp door gebruik maken van wanprestatie op deze wijze concurreert en voorts dat geen andere omstandigheden zijn gesteld, die oneerlijkheid opleveren, en op die gronden de derde, vierde en zesde grief van Tromp gegrond heeft verklaard en daarvan uitgaande, met vernietiging van het vonnis van de President waarvan beroep, de door Douwe Egberts ingestelde vordering heeft afgewezen, een en ander ten onrechte, aangezien Tromp, concurrerende zoals ten processe gesteld, dit doet op een wijze, welke indruist tegen de zorgvuldigheid, die hij tegenover de belangen van Douwe Egberts in acht moet nemen en daarbij niet van betekenis is of hij de waren betreft van degene, die zich aan contractbreuk tegenover Douwe Egberts schuldig maakt, dan wel van een derde, nu zo in het ene als in het andere geval naar het Hof heeft aangenomen, althans in het midden gelaten, hij weet, dat slechts door

contractbreuk de waren in zijn bezit kunnen komen; en omdat het Hof is uitgegaan van de opvatting, dat het onbetamelijke van het gebruikmaken door Tromp van wanprestatie alleen gelegen kan zijn in het betrokken zijn van Tromp persoonlijk bij die wanprestatie, welke opvatting evenwel onjuist is, omdat niet alleen het ter verkrijgen van artikelen als de onderhavige rechtstreeks handelen met iemand, die zelf wanprestatie pleegt door die artikelen te verkopen zonder de koper te binden aan de door de fabrikant gestelde verkoopvoorwaarden, in verband met andere gedragingen een onrechtmatige daad jegens die fabrikant kan opleveren, maar dit ook het geval kan zijn, indien bij die verkrijging van die artikelen gebruik wordt gemaakt van contractbreuk door derden in een eerder stadium gepleegd, daar ook op deze wijze zodanig contractbreuk kan worden bevorderd en in de hand gewerkt, zo met name indien door het frequent en stelselmatig afnemen van dergelijke artikelen aan de contractbreker een geregelde afzet daarvan verzekerd wordt, en omdat daarom bij de beoordeling van het geheel van gedragingen als die welke in dit geding aan Tromp worden verweten in een geval als het onderhavige het profiteren van wanprestatie door derden in een eerder stadium gepleegd, behoudens bijzondere omstandigheden, waarover ten processe niets is gesteld of beslist, met het rechtstreeks handelen met de contractbreker zelf op een lijn moet worden gesteld';

O. dat het Hof, er van uitgaande dat het zeer goed mogelijk is dat Tromp de koffie van Douwe Egberts, welke hij beneden de door deze vastgestelde prijs heeft verkocht, had betrokken van handelaars die aan de verkoopvoorwaarde van Douwe Egberts niet waren gebonden heeft geoordeeld dat voormeld handelen van Tromp ook niet als een gebruik maken van een reeds in een eerder stadium van de verhandeling van de koffie door rechtsvoorgangers van Tromp's verkopers jegens Douwe Egberts gepleegde wanprestatie tegenover Douwe Egberts onrechtmatig kan worden geacht, vermits bij zulk een eerdere wanprestatie Tromp persoonlijk op geen enkele wijze was betrokken;

dat bij dit oordeel van het Hof aldus is uitgegaan van de opvatting dat het onbetamelijke van het gebruik maken van wanprestatie alleen gelegen kan zijn in het rechtstreeks als contractspartner van degene die de wanprestatie pleegde, betrokken zijn bij het door deze plegen van die wanprestatie;

dat deze opvatting evenwel 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 de koper te binden aan de door de fabrikant gestelde verkoopvoorwaarden, in verband met andere gedragingen een onrechtmatige daad jegens die 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 de

contractbreker een geregelde afzet daarvan verzekerd wordt;

dat daarom bij de beoordeling van het geheel van gedragingen als die welke in dit geding aan Tromp 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 de contractbreker zelf op een lijn zal moeten worden gesteld;

O. dat het middel derhalve terecht is voorgesteld en het bestreden arrest niet in stand kan blijven;

Vernietigt het bestreden arrest;

Verwijst het geding naar het Hof te Amsterdam, ten einde de behandeling daarvan voort te zetten en met inachtneming van 's Hogen Raads arrest te beslissen;

(...)

Conclusie Advocaat-Generaal. Minkenhof.

(...)

Bij dagvaarding d.d. 2 juli 1964 is eiseres in cassatie gekomen tegen het arrest van het Hof Amsterdam gewezen op 21 mei 1964. Tussen deze beide data in viel Uw arrest van 26 juni 1964 in de zaak Genep/Hermans (rolno. 9770) en ik zal naar ik meen kunnen volstaan met naar dat arrest te verwijzen om te betogen, dat het cassatiemiddel, dat bijna letterlijk uit de overwegingen van dat arrest is overgenomen, gegrond is.

Ook in dit arrest — evenals in de zaak Genep/Hermans — heeft het Hof overwogen: — (dat) het gebruik maken van een wanprestatie, in een vroeger stadium van de handel jegens geïntimeerde gepleegd, waarbij appellant persoonlijk op geen enkele wijze was betrokken — niet onrechtmatig jegens geïntimeerde kon worden geacht, welke opvatting door Uw arrest van 26 juni j.l. onjuist is geoordeeld.

Ik moge mitsdien concluderen tot vernietiging van het bestreden arrest met verwijzing naar het Hof Amsterdam en veroordeling van verweerder in de op het cassatieberoep gevallen kosten.

(...)