

LJN: BT2496, Gerechtshof 's-Hertogenbosch , HD 103.005.210 T3

Datum 13-09-2011
uitspraak:
Datum 23-09-2011
publicatie:
Rechtsgebied: Handelszaak
Soort procedure: Hoger beroep
Inhoudsindicatie: Voortzetting van de tussenuitspraken van 4 augustus 2009 (LJN BT2489) respectievelijk 12 januari 2010 (LJN BT2492) Was sprake van "economische eigendom" en bestond een verplichting tot leveren .

Uitspraak

GERECHTSHOF 's-HERTOGENBOSCH
Sector civiel recht

zaaknummer HD 103.005.210

arrest van de vierde kamer van 13 september 2011

in de zaak van

1. MR. M. VANBUUL,
2. MR. F. RUYSSCHAERT,
3. MR. M. BERNAERTS,
in hun hoedanigheid van curatoren in het faillissement van de vennootschap naar Belgisch recht [B.] B.V.B.A. gevestigd te [vestigingsplaats] (België),
(voorheen genaamd: [X.] B.V.B.A.),
gevestigd en kantoorhoudend te Tongeren (België),
appellanten,
advocaat: mr. Ph.C.M. van der Ven,

tegen:

1. [Y.] B.V.,
2. TELSTAR B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats],
geïntimeerden,
advocaat: mr. P. Kok,

als vervolg op de door het hof gewezen tussenarresten van 4 augustus 2009 en van 12 januari 2010 in het hoger beroep van het door de rechtbank Roermond onder nummer 56702/HA ZA 03-508 gewezen vonnis van 7 maart 2007.
Appellanten worden hierna genoemd: [X.] BVBA (als het gaat om de processuele stellingname), dan wel afzonderlijk: de curatoren en [B.] BVBA; geïntimeerden worden gezamenlijk genoemd: [Y.] c.s. dan wel afzonderlijk: [Y.] BV en Telstar BV.

9. Het tussenarrest van 12 januari 2010

Bij genoemd arrest is:

- het geding in conventie geschorst voor wat betreft de vordering van [Y.] c.s. om [X.] BVBA te veroordelen de (geluidsbanden van de) Oude Catalogus en alle daarmee verband houdende rechten om niet over te dragen aan [Y.] BV, teneinde [Y.] c.s. in de gelegenheid te stellen binnen drie weken na dagtekening van dit arrest curatoren in zoverre in het geding te roepen;
- de incidentele vordering tot gevoegde/gelijktijdige behandeling van het geding in conventie en in reconventie toegewezen;
- in de hoofdzaak de zaak naar de rol gewezen voor memorie van grieven, en is iedere verdere beslissing aangehouden.

10. Het verdere verloop van de procedure

10.1. Bij memorie van grieven heeft [X.] BVBA onder overlegging van een productie zeven grieven aangevoerd en geconcludeerd alle vorderingen van [Y.] c.s. af te wijzen en, onder wijziging van eis in (voorwaardelijke) reconventie, gevorderd:

- a. voor recht te verklaren dat [X.] BVBA rechthebbende is van een billijke vergoeding voor de naburige rechten op de Oude Catalogus vanaf 7 maart 1994;
- b. [Y.] BV en Telstar BV hoofdelijk te veroordelen om aan [X.] BVBA alle gelden te betalen die zij vanaf 7 maart 1994 hebben ontvangen en nog zullen ontvangen voor de naburige rechten op de Oude Catalogus, te vermeerderen met de wettelijke rente;
- c. [Y.] BV en Telstar BV op straffe van een te verbeuren dwangsom te bevelen om de door Sena aan [X.] BVBA te betalen billijke vergoeding voor de naburige rechten op de Oude

Catalogus te gehengen en te gedogen;
d. [Y.] BV en Telstar BV te veroordelen om aan [X.] BVBA te vergoeden alle door [X.] BVBA of haar rechtsvoorgangster terzake de Oude Catalogus betaalde artiestenroyalties, vermeerderd met de wettelijke rente daarover vanaf de dag van betaling daarvan door [X.] BVBA of haar rechtsvoorgangster, een en ander op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet;
e. met veroordeling van [Y.] c.s. in de kosten van de procedure in beide instanties.

10.2. Bij memorie van antwoord heeft [Y.] c.s. onder overlegging van acht producties de grieven bestreden, incidenteel appel ingesteld, één grief aangevoerd en daarbij de eis vermeerderd en geconcludeerd – voor zover hier van belang:
het vonnis waarvan beroep te bekrachtigen, voor zover de vorderingen van [Y.] c.s. daarin zijn toegewezen; de vordering van de curatoren zoals opgenomen in de memorie van grieven af te wijzen, subs. de vordering toe te wijzen zonder het arrest uitvoerbaar bij voorraad te verklaren; de curatoren te veroordelen tot het verstrekken in kopie van bankafschriften met betrekking tot geldleningen van de erfgenamen aan [B.] BVBA; alles met veroordeling van de curatoren in de kosten van het hoger beroep.

10.3. [Y.] c.s. heeft vervolgens het incidentele appel ingetrokken.

10.4. Partijen hebben hun zaak doen bepleiten, [X.] BVBA door mr. A.J.L.J. Pfeil en [Y.] c.s. door mr. R.S. Le Poole. Beide advocaten hebben gepleit aan de hand van overgelegde pleitnotities. Partijen hebben ermee ingestemd dat het hof recht doet op de op voorhand in kopie toegezonden gedingstukken. Overigens zijn deze incompleet, in zoverre dat productie 14 bij de conclusie van antwoord geheel ontbreekt en productie 13 voor de helft.

10.5. Vervolgens hebben partijen uitspraak gevraagd.

10.6. Op 4 juli 2011 is bij de griffie van het hof een schrijven van mr. Pfeil binnengekomen waaraan een brief van de Rechtbank van Koophandel van 1 juli 2011 is gehecht, gericht aan mr. M. Bernaerts (hof: een van de curatoren), waarin door de griffier van die rechtbank wordt gesteld dat de bij die rechtbank bekende procedure [B.] BVBA/[X.] B.V. en Telstar B.V., rolnummer A/08/02364, naar de algemene rol is verwezen in afwachting van de einduitspraak in de procedure gevoerd in Nederland.

11. De verdere beoordeling

11.1. Het gaat in deze zaak om het volgende

11.1.2. De rechtbank heeft in de overweging 2.1 een overzicht gegeven van de voor deze zaak van belang zijnde vaststaande feiten. Tegen enige vaststellingen zijn in grief 1 bezwaren gericht. Om de inzichtelijkheid van dit arrest te vergroten worden de vaststaande feiten in deze zaak – waarbij zo mogelijk rekening is gehouden met de bezwaren – door het hof opnieuw weergegeven. Op de bezwaren wordt later teruggekomen.

a. [C.] (hierna: [C.] sr.) was een in Nederland succesvol liedjesschrijver en zanger (bekend onder de naam [C.]). De kinderen van [C.] sr. zijn: zijn zonen [D.] (hierna: [D.]) en [E.] (hierna: [E.]) en zijn overleden dochters: [F.], overleden op 4 februari 1989, en [G.] (hierna: [G.]), overleden op 17 april 2002.

[G.] heeft drie kinderen nagelaten: [H.] (hierna: [H.]), [I.] en [J.]. De drie kinderen van [G.] worden hierna ook aangeduid als: de erfgenamen. [D.] en [E.] worden ook aangeduid als: de ooms.

b. [C.] sr. heeft tijdens zijn schrijf- en zangcarrière de liedjesteksten ondergebracht in Telstar BV. De moedermaatschappij van Telstar BV is de door [C.] sr. opgerichte Beheers- en Beleggingsmaatschappij Benelux B.V., in het vonnis waarvan beroep en ook hierna aangeduid als Beheersmaatschappijmaatschappij Telstar B.V.

c. Tot 1 januari 1984 was [C.] sr. directeur van Beheersmaatschappij [Y.] B.V. Vanaf 1984 vervulde [G.] die functie. [C.] sr. was directeur van [Y.] BV.

d. Vanaf 1984 tot aan haar overlijden heeft [G.] zich met de dagelijkse leiding van de ondernemingen van de hiervoor genoemde vennootschappen bezig gehouden.

e. Telstar BV was eigenaar van een bestand muziekwerken en tot 1 april 1990 gerealiseerde geluidsopnamen daarvan, vastgelegd op banden met daarop ongeveer 25.000 titels van diverse artiesten (verder aangeduid als: de Oude Catalogus).

f. De ongeveer 2.700 werken (de Nieuwe Catalogus) die na 1990 in Telstar BV zijn geproduceerd, zijn ondergebracht in [Y.] BV.

g. Telstar BV, destijds vertegenwoordigd door [G.], heeft de Oude Catalogus op 23 november 1990 voor f. 3.400.000,- verkocht aan Inter Fides Holding B.V. De Oude Catalogus is vervolgens doorverkocht. Op 8 januari 1993 is CNR/Indisc Holding B.V. (hierna: CNR) eigenaar van de Oude Catalogus geworden.

h. Op 11 juni 1993 is [X.] B.V. opgericht, waarvan [G.] enig aandeelhouder en bestuurder was. Deze vennootschap heeft nimmer behoord tot de [K.]-vennootschappen.

i. CNR heeft de (geluidsopnamen en de exploitatierechten van de) Oude Catalogus op 7 maart 1994 voor een bedrag van f. 2.000.000,- verkocht aan [X.] B.V. Tegelijk met de aankoop is de Oude Catalogus in licentie gegeven aan Arcade Licencing. De koopsom heeft [X.] B.V. aan CNR voldaan door verrekening met de door Arcade aan haar verschuldigde licentievergoedingen, groot 15% per jaar. Tegelijk met de licentiering van de Oude Catalogus aan Arcade, is door Telstar BV de Nieuwe Catalogus in licentie gegeven aan

Arcade.

j. Bij besluit van de algemene vergadering van aandeelhouders van 12 november 1997 is "de zetel van de werkelijke leiding" van [X.] B.V. verplaatst naar België en werd [X.] B.V. voor het Belgische recht een BVBA. Na het overlijden van [G.] werden haar zoon [H.] en haar dochter [I.] zelfstandig bevoegde statutair bestuurders.

k. Bij besluit van de algemene vergadering van aandeelhouders van 8 augustus 2003 is de naam van [X.] B.V. gewijzigd in [B.] BVBA.

l. Ter terechtzitting van 22 maart 2004 vond voor de rechtbank Roermond de behandeling plaats van een viertal toen aldaar aanhangige procedures:

- de onderhavige zaak nr. 56702/HA ZA 03-508, waarin toen de provisionele vorderingen in die zaak waren bepleit, tussen [Y.] c.s. enerzijds en [X.] BVBA en de erfgenamen anderzijds;

- een kort geding nr. 58647/KG ZA 03-264 tussen de erfgenamen enerzijds en de Stichting AK de Beheersmaatschappij [Y.] B.V. anderzijds,

- een kort geding nr. 60261/KG ZA 04-41 tussen dezelfde partijen als in het kort geding nr. 58647;

- een kort geding nr. 60411/KG ZA 04-48 tussen [Y.] c.s. enerzijds en de erfgenamen en [X.] BVBA anderzijds.

m. [Y.] BV, Telstar BV, Beheersmaatschappij [Y.] B.V. en de Stichting AK werden vertegenwoordigd door [D.] en [E.] en bijgestaan door mr. R.S. Le Poole en mr. S.J. Spanjaard; de drie erfgenamen en [X.] BVBA werden vertegenwoordigd door [H.] en bijgestaan door mr. G.T.J. Hoff en mr. M. van Leeuwen. Ter zitting zijn afspraken gemaakt die zijn neergelegd in een mede door partijen ondertekend proces-verbaal.

n. In het proces-verbaal is opgenomen dat partijen van mening zijn dat de certificaten in de Stichting AK door de drie erfgenamen overgedragen moeten worden aan [C.] sr. of aan zijn beide zonen. De waarde van de certificaten zal bindend worden vastgesteld door een deskundige (punten 2,3 en 4).

Verder is in punt 6 t/m 8 bepaald:

"6. De Amsterdamse rechtbank zal in kort geding beslissen of de SENA-rechten van de oude catalogus aan de [K.]groep toevallen of aan de [B.] BVBA. Partijen verklaren de uitspraak als bindend en zullen daarvan niet in hoger beroep gaan. De deskundige zal bij zijn waardering van de SENA-rechten uitgaan van die beslissing.

7. Indien de SENA-rechten niet aan de [K.]groep toevallen, wordt in de hoofdzaak met instemming van partijen een bewijsopdracht verstrekt aan [Y.] B.V. en Telstar B.V. erop neerkomend dat mevrouw [G.] de haar opgedragen taak als bestuurder van [Y.] B.V. en Telstar B.V. onbehoorlijk heeft vervuld door de oude catalogus na terugkoop onder te brengen in [X.] B.V., waarvan zij zelf enig aandeelhouder was. Daarvan is in elk geval geen sprake als [C.] sr. daarvan op de hoogte was.

8. In het kortgeding 60411 zal de rechter vonnis wijzen. Partijen aanvaarden de beslissing van de rechter als bindend en zullen daarvan geen hoger beroep instellen".

o. Bij vonnis van 8 april 2004 heeft de voorzieningenrechter van de rechtbank Amsterdam overwogen dat er onvoldoende aanknopingspunten zijn voor het oordeel dat de naburige rechten (SENA-rechten) bij de overdracht van de oude catalogus van Telstar BV aan Inter Fides zijn overgedragen, zodat het voorshands voor moet worden gehouden dat deze bij Telstar BV zijn gebleven en thans verblijven. Enkel blz. 1, 2 en 3 zijn overgelegd. Nu Partijen naar dit vonnis verwijzen heeft het hof zich vrij geacht om daarvan kennis te nemen uit het dossier in de zaak nr. HD 200.042.031, prod. 3 bij akte van 11 juli 2007. Overigens ontbreekt in dat dossier juist blz. 2 van dit vonnis.

p. Bij brief van 23 april 2004 aan mr. Le Poole hebben [B.] BVBA en de drie erfgenamen bericht dat zij artikel 6 van het proces-verbaal van de zitting van 22 maart 2004 vernietigen en gelet op het onverbreekelijke verband daarmee ook artikel 8.

q. Bij vonnis van de voorzieningenrechter van de rechtbank Roermond van 11 maart 2005 (zaak nr. 60411) is [B.] BVBA veroordeeld om als voorschot aan [Y.] BV te betalen een bedrag van € 234.143,49 ter zake van de door [Y.] BV aan artiesten betaalde royalty's en aan Telstar te betalen een bedrag van € 75.000,- ter zake van de royalty's van de Zangeres Zonder Naam (hierna ook: ZZN).

r. Bij vonnis van 29 maart 2007 heeft de rechtbank van koophandel te Tongeren (België) [B.] BVBA in staat van faillissement verklaard.

11.2. In eerste aanleg heeft [Y.] c.s. [X.] BVBA en de erfgenamen gedagvaard en, na wijzigingen van eis, gevorderd zoals in r.o. 3.1. van het tussenarrest van 4 augustus 2009 is weergegeven. Het betreft, zeer kort samen gevat, a. de vordering om de Oude Catalogus om niet over te dragen aan [Y.] BV alsmede b. een aantal vorderingen tot het betalen van geldbedragen.

11.2.1. [X.] BVBA heeft in voorwaardelijke reconventie gevorderd:

- voor recht te verklaren dat [X.] BVBA rechthebbende is van een billijke vergoeding voor de naburige rechten op de Oude Catalogus vanaf 7 maart 1994;

- [Y.] BV en Telstar BV hoofdelijk te veroordelen om aan [X.] BVBA alle gelden te betalen die zij vanaf 7 maart 1994 hebben ontvangen en nog zullen ontvangen voor de naburige rechten op de Oude Catalogus, te vermeerderen met rente;

- [Y.] BV en Telstar BV onder verbeurte van een dwangsom te bevelen om de door Sena aan [X.] BVBA te betalen billijke vergoeding voor de naburige rechten op de Oude Catalogus te gehengen en te gedogen;

- [Y.] BV en Telstar BV te veroordelen in de kosten van de vrijwaringsprocedure en in de

proceskosten.

11.2.2. De vorderingen in reconventie waren ingesteld voor het geval de rechtbank zou oordelen dat [Y.] BV en Telstar BV ondanks de vaststellingsovereenkomst van 22 maart 2004 toch gerechtigd zouden zijn alsnog de wettelijke rente te vorderen over het door hen gevorderde bedrag aan royalty's van artiesten en de Zangeres Zonder Naam. Omdat de rechtbank betaling van die gevorderde wettelijke rente niet heeft toegewezen, is de rechtbank niet toegekomen aan de beoordeling van de vorderingen in reconventie.

11.2.3. De rechtbank heeft de vorderingen voor zover gericht tegen de erfgenamen afgewezen en [X.] BVBA veroordeeld – samengevat weergegeven - - om de Oude Catalogus en alle daarmee verband houdende rechten onder verbeurte van een dwang om niet over te dragen aan [Y.] BV binnen twee dagen na betekening van het vonnis;
- tot betaling aan [Y.] BV van € 1.100.134,00 te vermeerderen met rente;
- tot betaling aan Telstar BV van € 6.310,75, te vermeerderen met rente;
- tot betaling aan Telstar BV van de verschuldigde royalty's van de Zangeres Zonder Naam, nader op te maken bij staat;
- tot betaling aan [Y.] BV van € 9.144,35 te vermeerderen met rente.
De rechtbank heeft het vonnis uitvoerbaar bij voorraad verklaard en de proceskosten gecompenseerd.

het faillissement van [X.] BVBA

11.3. [X.] BVBA is op 29 maart 2007 door de rechtbank van Koophandel te Tongeren, België, failliet verklaard. In het tussenarrest van 12 januari 2010 is in r.o. 7.3. beslist dat het geding in conventie kan worden voortgezet wat betreft de geldvorderingen genoemd in r.o. 3.1. onder 2, 5, 7, en 8 van het tussenarrest van 4 augustus 2009. Deze vorderingen van [Y.] c.s. betreffen gevorderde geldbedragen van:
€ 1.100.134,- dan wel € 1.430.489,- , verschuldigd aan [Y.] BV in verband met de Oude Catalogus (2);
€ 6.310,75 te betalen aan Telstar BV wegens royalty's voor de Zangeres Zonder Naam (5);
Een bedrag te betalen aan Telstar BV wegens royalty's voor de Zangeres Zonder Naam verschuldigd vanaf 1 januari 2002(7);
€ 9.144,25 te betalen aan [Y.] BV wegens bij vergissing aan [B.] BVBA uitbetaalde SENA-rechten.

Met betrekking tot de vordering tot overdracht van de Oude Catalogus heeft het hof in het tussenarrest van 4 augustus 2009 voorshands geoordeeld dat het een niet-verifieerbare vordering betreft als bedoeld in artikel 25 Fw betreft. In het tussenarrest van 12 januari 2010 is [Y.] c.s. in de gelegenheid gesteld de curatoren in het geding te roepen.

11.3.1. De curatoren hebben bij memorie van grieven verklaard de procedure in haar geheel, in conventie en in (voorwaardelijke) reconventie, over te nemen.

samenhang

11.4. Alvorens over te gaan tot de bespreking van de grieven merkt het hof het volgende op. Na het overlijden van [G.] zijn binnen de familie [C.] ernstige geschillen ontstaan, die in de kern draaien om het bezit van Oude Catalogus en de gerechtigdheid tot de daarmee samenhangende rechten. Hier omheen zijn tal van juridische procedures gevoerd waarin op verschillende plaatsen door verschillende rechters beslissingen zijn genomen, waarvan het de vraag is of die achteraf nog tot een coherent geheel zijn in te passen. Thans ligt bij het hof de onderhavige zaak voor en de zaak nr. HD 200.042.031, eveneens tussen de curatoren ([X.] BVBA) en [Y.] c.s. Het hof zal in beide zaken gelijktijdig beslissen om te vermijden dat tegenstrijdige uitspraken worden gedaan.

behandeling van de grieven

11.5. [X.] BVBA heeft in hoger beroep gevorderd de vorderingen van [Y.] c.s. alsnog af te wijzen, althans in voorwaardelijke reconventie, samengevat weergegeven,
-voor recht te verklaren dat [B.] BVBA rechthebbende is van een billijke vergoeding voor de naburige rechten op de Oude Catalogus vanaf 7 maart 1994;
- [Y.] c.s. te veroordelen tot betaling van de bedragen die zij ontvangen hebben voor de naburige rechten vanaf 7 maart 1994;
- [Y.] c.s. te bevelen, onder last van dwangsom, betaling van de SENA-rechten aan [B.] BVBA te gehengen en te gedogen;
- [Y.] c.s. te veroordelen om aan [B.] BVBA te vergoeden alle door [B.] BVBA of haar rechtsvoorgangster ter zake van de Oude Catalogus betaalde artiestenroyalty's.

11.5.1. Ter zake van het oordeel van de rechtbank dat zij aan de beoordeling van de reconventionele vordering niet meer toekomt (zie hiervoor 11.2.2) stelt [X.] BVBA in grief 6 dat de eis in reconventie inderdaad in de conclusie van antwoord enkel was gekoppeld aan de hiervoor beschreven voorwaarde, maar dat toen [Y.] c.s. haar eis nog niet had vermeerderd met de vordering van € 9.144,35 ter zake van hetzelfde bedrag dat SENA op 27 september 2001 per vergissing aan [X.] BVBA had betaald in plaats van aan [Y.] BV. De voorwaarde voor de reconventionele vordering vormde de (eventuele) toelating van nieuwe

vorderingen ondanks de overeenkomst van 22 maart 2004. Ook de toewijzing van de vordering van Telstar met betrekking tot de royalty's van de Zangeres Zonder Naam vanaf 1 januari 2002 tot 23 maart 2005, valt hieronder, aldus [X.] BVBA.
[X.] BVBA vermeerdert haar voorwaardelijke eis in reconventie in deze zin.

11.5.2. Het hof is van oordeel dat de rechtbank de voorwaarde waaronder de reconventionele vordering was ingesteld op zichzelf juist heeft uitgelegd. De in hoger beroep nader omschreven voorwaarde "toelating van nieuwe vorderingen ondanks de overeenkomst van 22 maart 2004" acht het hof onvoldoende concreet om als voorwaarde te kunnen dienen. Wel concreet omschreven als voorwaarde zijn thans de toewijzingen van de vorderingen door de rechtbank behandeld in r.o. 4.1. onder punt 8 en 9, de vorderingen, hiervoor omschreven als de vordering betreffende de royalty's van de Zangeres Zonder Naam, periode 1 januari 2002 tot 23 maart 2005, en de vordering ad € 9.144,35 wegens betaling op 27 september 2001 door SENA aan (de rechtsvoorgangster van) [B.] BVBA. Indien ook in dit hoger beroep tenminste een van deze vorderingen terecht blijkt te zijn toegewezen resp. wordt toegewezen, acht het hof de voorwaarde vervuld waaronder de reconventionele vorderingen zijn ingesteld en zullen de reconventionele vorderingen aan de orde komen. Grief 6 slaagt in zoverre.

de Oude Catalogus

11.6. Grief 2 bestrijdt het oordeel van de rechtbank dat [X.] BVBA de Oude Catalogus en daarmee verbandhoudende rechten moet overdragen aan [Y.] BV.

11.6.1. Het hof merkt op dat de Oude Catalogus eigendom is geweest van Telstar BV en op 23 november 1990 is verkocht aan Inter Fides Holding B.V. voor een bedrag van f.3.400.000,-. De catalogus is vervolgens door Inter Fides doorverkocht. Op 8 januari 1993 is CNR eigenaar van de Oude Catalogus geworden, waarna CNR de Oude Catalogus voor f.2.000.000,- heeft verkocht aan [X.] B.V. Partijen zijn het erover eens dat [X.] B.V. (thans [B.] BVBA) de juridische eigendom van de Oude Catalogus heeft verkregen van CNR.

11.6.2. Uitgangspunt is derhalve, mede gezien het bepaalde in artikel 3:83 lid 3 BW, dat [B.] BVBA eigenaar is van de Oude Catalogus. In de onderhavige zaak moet worden beoordeeld of voor [X.] BVBA al dan niet de verplichting bestaat de eigendom over te dragen aan [Y.] c.s.

11.6.3. [Y.] c.s. stelt recht te hebben op de economische eigendom van de catalogus, en daarom recht te hebben op levering van de catalogus. Ter onderbouwing van haar aanspraak heeft [Y.] c.s. twee gronden aangevoerd: primair lastgeving en subsidiair onrechtmatige daad.

11.6.4. [Y.] c.s. stelt dat sprake is van een lastgevingsovereenkomst – [Y.] c.s. spreekt ook wel van "lastgevingsconstructie" – met de bedoeling de Oude Catalogus veilig te stellen voor verhaal door schuldeisers – inhoudende dat [B.] BVBA voor de duur van de lastgevingsovereenkomst de juridische eigendom van de Oude Catalogus zou hebben, terwijl [Y.] BV voor de duur van de lastgevingsovereenkomst de economische eigendom zou hebben. [Y.] c.s. heeft daartoe het volgende aangevoerd.

- [C.] sr. heeft enkel toestemming gegeven tot terugkoop van de Oude Catalogus omdat hij in de veronderstelling verkeerde dat de Oude Catalogus in de [K.]-vennootschappen zou worden ondergebracht;
- [X.] B.V. is alleen maar opgericht ter verwerving van de Oude Catalogus;
- CNR verkeerde bij de verkoop in de veronderstelling aan de [K.]-vennootschappen te verkopen;
- de kosten van de koop, koopprijs en exploitatiekosten van de Oude Catalogus zijn geheel voor rekening van [Y.] BV gekomen.

11.6.5. Het hof oordeelt als volgt.

11.6.5.1. [Y.] c.s. heeft expliciet aangeboden te bewijzen (punt 13 memorie van antwoord) dat tussen [Y.] BV en [B.] BVBA (het hof neemt aan dat bedoeld is [X.] B.V.) een juridische constructie is aangegaan, te kwalificeren als lastgeving, die ertoe strekt dat [Y.] BV de economische eigendom van de Oude Catalogus zou verkrijgen en [X.] B.V. uitsluitend de juridische eigendom. Het hof vermeldt dit hier, omdat uit de stellingen van [Y.] c.s. niet rechtstreeks is op te maken wie als lastgever en lasthebber is opgetreden. Het hof gaat ervan uit dat volgens [Y.] c.s. [Y.] BV als lastgever is opgetreden en [X.] B.V. als lasthebber.

11.6.5.2. [Y.] c.s. beroept zich erop dat [G.] bestuurstaken verrichtte in de [K.]vennootschappen, maar dat de uiteindelijke zeggenschap over die vennootschappen aan [C.] sr. toekwam. De rechtbank heeft als vaststaand feit aangenomen dat [G.] vanaf 1 januari 1984 directeur was van Beheersmaatschappij [Y.] B.V. en ook dat [G.] zich vanaf 1984 met de dagelijkse leiding van de ondernemingen van de [K.]-groep heeft beziggehouden. [C.] sr. schrijft in zijn verklaring van 9 april 2003:
"(...)Vanaf het moment van de oprichting van de Stichting AK op 9 juni 1987 waren er drie bestuursleden: ikzelf als voorzitter, en mijn dochter [G.] en mijn zoon [D.] jr. als bestuursleden. Hierin is nimmer verandering gekomen, behalve op het moment dat mijn

dochter overleed op 17 april 2002. (...) Tijdens mijn leven wilde ik en wil ik de uiteindelijke zeggenschap hebben over de ondernemingen. De statuten en de administratievoorwaarden van de Stichting AK zijn daarom zodanig, dat pas na mijn overlijden de zeggenschap anders verdeeld zal worden. (...) Op 1 januari 1984 trad ik af als statutair bestuurder van Beheersmaatschappij [Y.] B.V. en werd [G.] directeur. Wel bleef ik statutair directeur van [Y.] B.V.. Wij traden beiden af als bestuurspunt van [Y.] B.V. per 1 januari 1997, toen Beheersmaatschappij [Y.] B.V. de statutair directeur van [Y.] B.V. werd. Formeel verrichtte [G.] dus vanaf 1 januari 1997 de bestuurstaken in haar eentje. Feitelijk deed ze dit al sinds de begin jaren '90, waarbij ik geraadpleegd werd (en moest worden) als het er werkelijk op aan kwam. Door middel van het voorzitterschap van de Stichting AK behield ik echter de uiteindelijke zeggenschap. Feitelijke was het ook zo (dacht ik) dat [G.] mijn instemming vroeg voor alle belangrijke beslissingen.(...)”.

In eerste instantie heeft [B.] BVBA ook zelf gesteld (incidentele conclusie van antwoord) dat [G.] vanaf 1984 directeur was van Beheersmaatschappij [Y.] B.V. De klacht in grief 1 dat de rechtbank dit feit ten onrechte tot uitgangspunt heeft genomen, wordt dan ook verworpen. De rechtbank heeft voorts als feit vastgesteld dat [G.] zich vanaf 1984 tot aan haar overlijden met de dagelijkse leiding van de [K.]-groep heeft beziggehouden. Ook deze vaststelling wordt in grief 1 bestreden. Het hof gaat ervan uit dat in ieder geval vanaf de beginjaren negentig [G.] zich intensief bezig heeft gehouden met de activiteiten van de [K.]-groep. Het hof ziet geen argument in deze feiten voor de stelling van [Y.] c.s. dat [X.] B.V. de Oude Catalogus van CNR heeft gekocht ten behoeve van [Y.] BV. Verder behandeling van de klacht kan achterwege blijven.

11.6.5.3. Om het beroep op de "lastgevingsconstructie" te doen slagen, is nodig dat vast komt te staan dat [Y.] BV opdracht heeft gegeven aan [X.] B.V. en dat [X.] B.V. de opdracht heeft aanvaard, om op eigen naam, maar ten behoeve van [Y.] BV de Oude Catalogus van CNR te kopen, althans dat het de bedoeling van beide genoemde partijen was een situatie te doen ontstaan die meebracht dat [X.] B.V. de catalogus desgevraagd in eigendom aan [Y.] BV moest overdragen. [Y.] c.s. heeft daartoe gewezen op de fax/brief van 6 januari 1993 van [G.] aan haar vader en de fax van [C.] sr. aan [G.] van 20 januari 1993 en op een aantal omstandigheden.

11.6.5.4. [G.] legt in de fax van 6 januari 1993 uit welke deals zij wil sluiten met CNR en Arcade. Zij schrijft daartoe onder meer:

"1. Hij (hof: [L.]) verkoopt mij de oude Telstar catalogus. De prijs is 2 miljoen gulden. Ik betaal niets. Ik moet het terugverdienen met royalties.(...). 2. De banden worden meteen in eigendom overgedragen. (...). 3. Die banden moet ik dan wel in een aparte b.v. doen omdat ik absoluut problemen zoals nu gebeurd zijn wil voorkomen, zoals met artiesten, schadeclaims enz. 4. Hij wil ze dan wel 25 jaar mogen exploiteren. (...) op zich is dit geen bezwaar aangezien ik toch nooit meer een eigen verkoopmij/distributie wil opstarten (...). Daarnaast blijft het nieuwe gewoon apart (...). Hij wil echter dit materiaal samen met het oude exploiteren, dus ook 25 jaar. (...) Het enige alternatief zou zijn: Laat hem maar aankloten met die 20.000 titels. Wij gaan met het materiaal sinds 1.4.1990 naar Dureco (...) In feite is de beslissing nu aan jou. Dureco draait goed, maar ik kan niet in de toekomst kijken. Arcade heeft 400 man en een eigen vermogen van 100 miljoen. (...) Wat vind jij ervan? Ik zit met het probleem dat ik het zowel bij Dureco als Arcade morgen moet weten(...)”.

[C.] sr. heeft op 20 januari 1993 geschreven:

"Mina the Mouse, Allereerst wil ik de hele Telstar Familie feliciteren met de overgang naar Arcade maar vooral even onderstrepen dat Mina brillant werk heeft geleverd om de deal te maken, zoals ie uiteindelijk geworden is. Zalig om te weten dat de oude catalogus toch in de familie [C.] blijft al is 't in dit geval [G.]. We waren 't oude fonds so wie so kwijt en dat ze 't tegen die prijs en op die manier van betalen heeft weten te versieren, daar neem ik mijn toupetje voor af. Voor mezelf is 't natuurlijk ook zeer geruststellend dat mijn royalties als producent en zangertje nu in de veilige handen van m'n dochter liggen. En niet te vergeten, als ik in de tachtig ben, gaat deze jongen ook nog 'ns meeprofiteren van 't hele fonds en wel op 50/50 basis. (...)”

11.6.5.5. Uit deze brieven kan het hof niet afleiden dat naar een lastgevingsconstructie is toegewerkt, laat staan dat een lastgevingsovereenkomst is aangegaan. Het hof wijst daarbij op het gegeven dat de [K.]-groep (i.c. Telstar BV) de Oude Catalogus in 1990 had verkocht en dat het daarna in principe een ieder vrij stond de catalogus te kopen. Zo kon ook [G.] een koopovereenkomst aangaan. Toestemming van [C.] sr. had zij daarvoor niet nodig. Dat eerder tussen de [K.]-groep en Inter Fides een terugkoopafpraak was gemaakt, doet daar niet aan af. Na de verkoop van de catalogus aan door Inter Fides aan CNR was een nieuwe situatie ontstaan. Naar het oordeel van het hof diende de fax van 6 januari 1993 dan ook ter informatie, om raad te vragen en om toestemming te vragen om de zogenoemde Nieuwe Catalogus in de transactie te betrekken. Wat die catalogus betreft zou het immers Dureco of Arcade worden.

Uit de brief van [C.] sr. van 20 januari 1993 leidt het hof af dat [C.] sr. wist dat het [G.] was die de catalogus ging kopen en dat hij daarmee instemde. De opmerking in de brief, dat [C.] sr. op tachtigjarige leeftijd 50/50 zou meeprofiteren van het fonds, is niet goed te plaatsen, maar geeft, naar het oordeel van het hof, geen aanleiding om daaruit af te leiden dat [Y.] BV een opdracht tot de koop had gegeven. Kennelijk brengt [C.] sr. een verband aan met het einde van de licentie-overeenkomst. Wat dit verband is en welke constructie

erbij gedacht moet worden, blijft echter geheel onduidelijk. Het hof gaat ervan uit dat [C.] sr. op dit punt een verkeerde verwachting heeft gehad van de plannen van [G.].

11.6.5.6. Ook het feit dat [G.] de koop liet sluiten door de daartoe opgerichte vennootschap [X.] B.V. geeft geen aanwijzing voor de stelling dat sprake is van lastgeving. De door [G.] opgegeven reden voor het oprichten van een aparte vennootschap is begrijpelijk. [Y.] c.s. hebben gesteld dat in 1990 de Oude Catalogus is verkocht omdat de [K.]-groep in financiële problemen verkeerde en dat, om de Oude Catalogus veilig te stellen, de koop in 1994 door een aparte vennootschap moest geschieden. Niet is echter gebleken, noch uit de hiervoor vermelde brieven, noch overigens, dat deze constructie vanuit [Y.] BV is opgedragen en nog minder dat de door [Y.] c.s. aangevoerde reden daarvoor de aanleiding is geweest. Het hof ziet het niet anders dan dat [G.], om haar moverende redenen, de koop door een aparte vennootschap heeft laten geschieden. Het hof tekent hierbij aan dat de klacht in grief 1 dat door de rechtbank ten onrechte bij de feiten is opgenomen dat de Oude Catalogus wegens financiële problemen binnen de [K.]-groep in 1990 is verkocht, derhalve geen belang meer heeft.

11.6.5.7. Aan het bovenstaande wordt naar het oordeel van het hof niet afgedaan door de verklaring van [C.] sr. van 9 april 2003. Hij geeft daarin (in de punten 5.4 en 5.5) een beschrijving van de gebeurtenissen met betrekking tot de Oude Catalogus rond 1993. Hij vermeldt dat Arcade de terugkoopovereenkomst die bestond met Inter Fides gestand wilde doen en de Oude Catalogus wilde overdragen aan de [K.]-groep, waarbij Arcade de voorwaarde stelde dat de Oude Catalogus zou worden ondergebracht in een aparte vennootschap. Het hof ziet in deze beschrijving een mogelijke verklaring van de beweegredenen van Arcade om de licentierechten te verkrijgen, maar niet een aanzet tot het aannemelijk maken van de lastgevingsconstructie. Niet is gebleken dat [C.] sr. in juridische zin betrokken is geweest bij de verkoop van de Oude Catalogus aan [X.] B.V.; hij is er wel van op de hoogte gesteld, hij heeft er mee ingestemd en hij heeft er mogelijk eigen gedachten bij gehad, maar hij heeft niet – noch zelf, noch via [Y.] BV – opdracht gegeven tot de koop of enige voorwaarden gesteld bij het aangaan van de koop.

11.6.5.8. [Y.] c.s. heeft eveneens aangevoerd dat [G.] enkel omdat zij optrad namens de [K.]vennootschappen erin is geslaagd de Oude Catalogus van CNR te kopen en dat CNR bij de verkoop in de veronderstelling verkeerde dat zij de Oude Catalogus aan de [K.]-groep verkocht. Zij wijst op punt 4 in de koopovereenkomst waarin is vermeld dat CNR bereid is de geluidsopnamen/exploitatierchten aan [K.] te verkopen, uitsluitend omdat de aan [K.] gelieerde vennootschap Telstar BV bereid is om tegelijkertijd met CNR (hof: in feite Arcade) een licentie-en productieovereenkomst te sluiten. Deze mogelijke veronderstelling van CNR gaat, naar het oordeel van het hof, vooral CNR aan. CNR stelde blijkbaar prijs op de Nieuwe Catalogus en stelde vertrouwen in [G.]. Tussen partijen is in confesso dat [G.] het gezicht was van de [K.]vennootschappen en ook dat zij bij uitstek de weg wist in de Oude Catalogus. Het hof acht het aannemelijk dat het CNR te doen was om kennis van [G.]. Mogelijk heeft [G.] jegens CNR de schijn laten bestaan dat verkocht werd aan een vennootschap van de [K.]-groep (hoewel hierbij in overweging moet worden genomen dat aan een 'aparte' vennootschap werd verkocht), maar daaruit is niet af te leiden dat [G.] in opdracht van de [K.]-groep handelde.

Ook als juist zou zijn de stelling (of veronderstelling) dat CNR vooral ook vanwege de Nieuwe Catalogus geïnteresseerd was, waartoe de inbreng van de [K.]-groep – vertegenwoordigd door [G.] – vereist was, dan nog is er niet méér aan de hand dan dat zich de voor CNR gunstige omstandigheid voordeed dat [G.] in twee hoedanigheden is opgetreden, namelijk enerzijds (na aankoop van CNR) als rechthebbende op de door [X.] B.V. verworven Oude Catalogus, anderzijds als bestuurder of vertegenwoordigster van de door de [K.]-groep beheerde Nieuwe Catalogus, waarbij zij aan CNR/Arcade kon toezeggen dat deze de gecombineerde catalogus kon exploiteren.

11.6.5.9. Ook als juist zou zijn dat kosten met betrekking tot de koop en exploitatie van de Oude Catalogus voor rekening van [Y.] c.s. zijn gekomen is dat geen reden tot een lastgeving te concluderen. Uit hetgeen partijen hebben gesteld, maakt het hof op dat [G.] tijdens haar leven grotendeels vrij kon opereren binnen de [K.]-groep. Indien zij kosten ten laste van [Y.] c.s. heeft gebracht die daar niet horen, zullen die kosten desgevraagd vergoed moeten worden.

11.6.5.10. Gesteld en niet weersproken is dat de Oude Catalogus niet op de balans van [X.] BVBA voorkomt. Hetzelfde geldt voor de stelling dat de Oude Catalogus niet op de balans van [Y.] BV voorkomt. Aan de boekhoudkundige verwerking verbindt het hof geen conclusies.

11.6.5.11. Hetgeen hiervoor in 11.6.5.5. tot en met 11.6.5.10 is overwogen, kan ook in samenhang bezien, niet tot de conclusie leiden dat bij aankoop van de Oude Catalogus in 1994 door [X.] B.V. en [Y.] BV een constructie is beoogd die de eigendom van de Oude Catalogus moest splitsen in formeel juridische eigendom en economische eigendom en waarbij de economische eigendom bij [Y.] BV moest liggen. Voor contractuele aanspraken van [Y.] BV in die zin is uiteindelijk te weinig steekhoudends gesteld.

11.6.6. [Y.] c.s. heeft haar aanspraak op de Oude Catalogus voorts gestoeld op

onrechtmatige daad van [X.] BVBA. [Y.] c.s. stelt ter toelichting dat [X.] BVBA de catalogus op onrechtmatige wijze heeft verkregen. [G.] zou onrechtmatig gehandeld hebben jegens [Y.] BV door de catalogus onder te brengen in haar eigen vennootschap [X.] B.V. [G.], zo begrijpt het hof, had het belang van de [K.]-groep moeten laten prevaleren en had ervoor moeten zorgen dat de Nieuwe en de Oude Catalogus weer in een hand kwamen. Het nalaten van deze zorgplicht acht het hof niet een onrechtmatige daad als bedoeld in artikel 6: 162 BW. Met name is op dit punt geen schending aan te wijzen van hetgeen volgens het ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt.

11.6.7. De conclusie is derhalve dat de tweede grief slaagt. Er bestaat voor [X.] BVBA geen verplichting de Oude Catalogus af te geven aan [Y.] BV.

ten behoeve van de Oude Catalogus gemaakte kosten

11.6.8. [Y.] c.s. heeft van [B.] BVBA primair een bedrag van € 1.100.134,- gevorderd, uitgaande van door [B.] BVBA ten onrechte ontvangen en behouden royalty's. Het gaat hier om de licentievergoedingen die [B.] BVBA van Arcade heeft ontvangen. De rechtbank heeft deze vordering toegewezen. Grief 3 richt zich tegen dit oordeel.

Uit het hiervoor overwogene volgt dat die vergoedingen aan [B.] BVBA toekomen en dat voor [B.] BVBA geen afdrachtplicht aan [Y.] c.s. bestaat. De grief is derhalve in zoverre terecht voorgesteld.

11.6.9. Vervolgens komt de subsidiaire vordering van [Y.] c.s. aan de orde. Uitgaande van de situatie dat de Oude Catalogus aan [B.] BVBA toebehoort, heeft [Y.] c.s. een bedrag gevorderd van € 1.430.489,- wegens door [G.] [Y.] BV ter zake van de Oude Catalogus gemaakte kosten. Deze kosten bestaan uit royaltyverplichtingen die zijn betaald aan de artiesten en producers van de Oude Catalogus en kosten die gemaakt zijn in verband met het behoud en de administratie van de Oude Catalogus. [Y.] c.s. heeft een rapport van [Z.] van 22 april 2003 overgelegd, waarin het bedrag van € 1.430.489,- is berekend. Het rapport gaat uit van € 234.143,49 aan betaalde royalty's en € 1.196.346,- aan overhead- en productiekosten. Tevens heeft [Y.] c.s. in eerste aanleg betaling gevorderd van € 23.000,- wegens kosten rapport [Z.], € 21.515,- wegens kosten werkzaamheden door [A.] en € 6.422,- wegens buitengerechtelijke kosten.

11.6.9.1. In hoger beroep (punten 5.7.6 en 5.7.7 memorie van antwoord) heeft [Y.] c.s. gesteld deze vorderingen te handhaven. De vorderingen houden verband met de kosten gemaakt voor de Oude Catalogus door [Y.] BV. Het hof merkt op dat [Y.] c.s. haar incidenteel appel heeft ingetrokken. De hiervoor vermelde subsidiaire vordering van [Y.] c.s. kan daardoor ten hoogste tot het door de rechtbank toegekende bedrag van € 1.100.134,- worden toegewezen.

11.6.9.2. [X.] BVBA heeft erkend, gehouden te zijn tot betaling van vergoedingen voor betaalde royalty's en beheer- en administratiekosten, doch heeft de berekening van [Y.] c.s. gemotiveerd van de hand gewezen onder verwijzing naar een door haar en [M.] opgesteld rapport van 23 juni 2003 en een reactie van [N.] van 15 juli 2003. Dit laatste rapport, dat als productie 14 is vermeld in de conclusie van antwoord, ontbreekt bij de aan het hof overgelegde stukken.

11.6.9.3. In het rapport van [Z.] wordt voor de berekening van de overhead- en productiekosten uitgegaan van de omzet die [X.] BVBA met de oude catalogus heeft gegenereerd. In het rapport is vermeld dat [Y.] BV over de jaren 1993 tot en met 2001 € 234.143,49 aan artiestenroyalty's heeft betaald. Deze berekening is gecontroleerd. Het hof gaat van de juistheid daarvan uit. Het hof acht het rapport voor het overige weinig inzichtelijk. Het rapport zelf stelt al dat de gehanteerde methode van toerekening van kosten en de daarbij gehanteerde uitgangspunten arbitrair zijn, dat ter voorkoming van discussie de uitkomst gerelateerd moet worden binnen een bandbreedte van 10- 20% en dat van belang is dat de eigenaren van [B.] BVBA een belang van 49% hebben in [Y.] BV. Het hof acht vooralsnog de bezwaren van [X.] BVBA, gericht tegen de gevolgde methode waarbij voor de kosten gerekend is met een percentages van 40% (Nieuwe Catalogus) en 59% (Oude Catalogus) van de – geschatte – licentie-inkomsten, terecht. Onvoldoende duidelijk is in hoeverre de kosten verband houden met de werkelijk verrichtte werkzaamheden. Hiertoehoren in ieder geval opslagkosten, royalty- controles en zogenoemde labelwerkzaamheden. De extra werkzaamheden of extra aandacht die [G.] aan de Oude Catalogus heeft gegeven, behoeven – naar het hof vooralsnog aanneemt – niet aan [Y.] BV te worden vergoed.

11.6.9.4. Het hof ziet in deze fase van de procedure geen mogelijkheid een bedrag ex aequo et bono vast te stellen wegens gemaakte kosten. Het beschikt daartoe over te weinig gegevens. Het hof overweegt dan ook een deskundigenonderzoek te doen instellen met betrekking tot de door [Y.] BV voor de Oude Catalogus uitgevoerde werkzaamheden. Dit onderzoek moet zien op de aard van de uitgevoerde werkzaamheden, wie die werkzaamheden verrichtte en de kosten die daarmee gepaard zijn gegaan. Het hof zal partijen in de gelegenheid stellen zich bij akte uit te laten over aantal, deskundigheid en – bij voorkeur eensluidend – over de persoon van de te benoemen deskundige(n). Voorts kunnen partijen suggesties doen over de aan de deskundige(n) voor te leggen vragen.