

RECHTBANK DEN HAAG

team handel

zaaknummer / rolnummer: C/09/395685 / HA ZA 11-1642

Vonnis van 13 februari 2013

in de zaak van

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
FIREFLY MANAGEMENT B.V.,
gevestigd te Arnhem,
eiseres in conventie,
verweerster in reconventie,
advocaat mr. C.A. de Jong,

tegen

de stichting
STICHTING BLOEMENBUREAU HOLLAND,
gevestigd te Leiden,
gedaagde in conventie,
eiseres in reconventie,
advocaat mr. D.M. Wille.

Partijen worden hierna Firefly en BBH genoemd.

1. De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding met producties van 25 mei 2011;
- de conclusie van antwoord in conventie tevens conclusie van eis in reconventie;
- het tussenvonnissen van 3 augustus 2011 waarin een comparitie van partijen is gelast;
- de conclusie van antwoord in reconventie tevens houdende akte van eiswijziging/rectificatie/eisvermeerdering met producties;
- het proces-verbaal van comparitie van partijen op 2 november 2011;
- de conclusie van repliek in conventie en antwoord in reconventie met producties;
- de conclusie van dupliek in conventie tevens conclusie van repliek in reconventie;
- de conclusie van dupliek in reconventie;
- de akte houdende uitlating producties van Firefly.

1.2. Geen acht is geslagen op hetgeen in reconventie naar voren is gebracht in de conclusie van repliek en antwoord in conventie (randnummer 47 en verder), aangezien de conclusie van antwoord in reconventie daarvoor reeds was genomen.

1.3 Ten slotte is een datum voor vonnis bepaald.

1.4 Om organisatorische redenen wordt dit vonnis gewezen door een andere rechter dan de rechter voor wie de comparitie van partijen heeft plaatsgehad.

2. De feiten

in conventie en in reconventie

2.1 Firefly voert het management van Ilse de Lange (hierna: de artiest).

2.2 De artiest is enig aandeelhouder en bestuurder van The Longplay B.V. (hierna: Longplay). Longplay is enig aandeelhouder en mede-bestuurder van Firefly en houdt ook 50% van de aandelen in Firefly Music B.V. (hierna: Firefly Music).

De resterende 50% van de aandelen in Firefly Music worden gehouden door Universal Music B.V. (hierna: Universal Music), die 100% aandeelhouder is van Universal Music Publishing B.V. (hierna: Universal Publishing).

Universal Music en Universal Publishing zullen hierna ook tezamen worden aangeduid als "Universal".

2.3 BBH is een stichting die de bevordering van de verkoop van bloemen en planten ten doel heeft en die met uit de sierteeltsector afkomstige gelden investeert in marketing en promotie van Nederlandse bloemen en planten, om de afzetmogelijkheden in binnen- en buitenland te vergroten en de afzet te stimuleren.

2.4 In de periode van juni 2009 - maart 2011 spraken en schreven partijen met/aan elkaar over samenwerking, die - samengevat - inhield dat het portret en de muziek van de artiest zouden worden ingezet ter promotie en ondersteuning (door partijen ook aangeduid als endorsement) van BBH, die daarvoor zou betalen en zich zou inzetten om de bekendheid van de artiest in het buitenland te vergroten. Partijen werkten in deze periode ook samen in een aantal campagnes (hierna: de campagnes), die pasten in het kader van de samenwerking waar zij over spraken en schreven.

2.5 De inzet van de gesprekken tussen partijen over samenwerking was om te komen tot een alomvattende overeenkomst (door partijen ook aangeduid als "*all in deal*" of een "*overall deal*") voor de duur van twee jaar tegen een door BBH te betalen vergoeding van € 500.000 (€ 250.000 per jaar). Op enig moment is het op 26 maart 2011 geplande concert van de artiest in de Gelredome (hierna: het Gelredome concert) mede onderwerp van gesprek over de samenwerking tussen partijen geworden.

2.6 Met de endorsement en de campagnes waren rechten (bijvoorbeeld portretrechten, auteursrechten en master rechten) gemoeid, die (ook) aan anderen toebehoorden, onder meer aan Firefly Music en Universal Publishing. Voor de campagnes zijn steeds per campagne afspraken gemaakt over het gebruik van deze rechten en de daarvoor door BBH te betalen vergoedingen.

2.7 In een e-mailbericht van 2 december 2009 schrijft Firefly aan BBH:
"We hebben het volgende afgesproken:

er volgt op korte termijn een afspraak (...) over lange-termijn-samenwerking (...).
Optreden accoustisch Ilse & band op 8 januari is definitief; bedrag is € 15.000. Daarbij wordt uitgegaan dat er een lange termijn ovk gaat komen, waarbinnen ook dit komt te vallen.
Mocht er uiteindelijk geen sprake zijn van lange termijn samenwerking, dan wordt de gage verhoogd naar het "normale tarief", zijnde € 25.000. Dus dan moet additioneel € 10.000 worden betaald.
(...)"

2.8 In een e-mailbericht van 29 september 2010 schrijft BBH aan Firefly:

"(...) Voor de toekomst gaan we andere afspraken maken hoe dit handiger en eerder op te vangen. Uiteindelijk willen we als BBH een gefintegreerde afspraak maken over gebruik en inzet Ilse en haar muziek, incl. rechten auteurs, Universal en bijvoorbeeld kaarten voor concerten. Anders blijven we in ad hoc afspraken hangen en krijgen we geen goed overzicht wat de totale investering gaat worden en wat we ervoor terugkrijgen. (...)"

2.9 In een e-mailbericht van 3 januari 2011 schrijft BBH aan Firefly:

"Nog even naar aanleiding van onze mailwisseling over de afspraken met Farm (het Gelredome concert – toevoeging rechtbank). (...) Het sponsorbedrag dekt rechten van beeldmerk e.d. niets operationeels. Dat zullen we rechtstreeks met Farm doen. Voor het sponsordeel kunnen we dan gewoon een contractje opstellen met elkaar als dat voor jullie nodig is.
(...)"

Waar we naar toe willen is een overeenkomst (kan uit drie delen bestaan) waarin precies staat wat we waarvoor krijgen. Dus de deal met Ilse (endorsement), de UM muziek, concert. Wij bereiden nu voor hoe we het graag zouden willen zien en mailen je dat asp."

2.10 In een e-mailbericht van 4 januari 2011 schrijft BBH aan Firefly:

"Ik wil naar een overeenkomst waarin drie (punten) zijn geregeld of gedelegeerd geregeld:

1. Deal Ilse (incl. contract)
2. Deal Gelredome
3. Deal UM

Met name 3 is ook belangrijk, om te weten waar we aan toe zijn komend jaar en geen teleurstelling krijgen mbt rechten en geld etc."

2.11 In een e-mailbericht van 4 januari 2011 antwoordt Firefly aan BBH:

"3. Een deal met Universal Music Publishing gaan we – zoals eerder aangegeven – met ze onderhandelen, op basis van het totale jaarplan in alle landen van (BBH).

Sterker nog, wij (Paul en ik) hebben aangegeven dat wij daar – samen met (BBH)/Dirk- een meeting voor zullen beleggen met betrokken partijen.

Maar dat gesprek kunnen we pas aangaan als we de overall deal voor de periode van 2 jaar rond hebben."

2.12 In een e-mailbericht van 6 januari 2011 schrijft BBH aan Firefly:

"Naar aanleiding van ons telefoongesprek van vandaag en gisteren bevestig ik voor de goede orde de afspraken zoals wij die gemaakt hebben:

1. endorsement deal met Ilse de Lange voor twee jaar, contract voorstel ligt bij jurist.
2. op basis van de jaarplanning maken we op zo kort mogelijke termijn een overeenkomst met UMP voor wat betreft muziek rechten.

Voor wat betreft de overeenkomst rond het concert van Ilse in het Gelredome hebben we de volgende afspraken gemaakt: (...)"

2.13 In het antwoord op dit bericht per mail van 7 januari 2011 van Firefly aan BBH staat - in de vorm van een aantal toevoegingen (gecursiveerd door de rechtbank) -:

Naar aanleiding van ons telefoongesprek van vandaag en gisteren bevestig ik voor de goede orde de afspraken zoals wij die gemaakt hebben:

1. endorsement deal met Ilse de Lange voor twee jaar, contract voorstel ligt bij jurist.

Contractpartners: BBH en Firefly Management B.V.

Overeengekomen bedrag per contractjaar Euro 180.000,000 (ex-BTW)

2. op basis van de jaarplanning maken we op zo kort mogelijke termijn een overeenkomst met UMP voor wat betreft muziek rechten.

Overeenkomst wordt niet gezamenlijk, wel zullen PB en AvdK meeting initiëren tussen BBH en UMP om op basis van jaarplan BBH tot een financiële afspraak te komen.

Contractpartners: BBH en Universal Music Publishing (Stemra facturering)

Voor wat betreft de overeenkomst rond het concert van Ilse in het Gelredome hebben we de volgende afspraken gemaakt: (...)."

2.14 Vanaf 14 januari 2011 wisselen (de advocaten van) partijen berichten uit en voeren zij gesprekken aan de hand van een aantal concept-teksten met afspraken over de endorsement, die steeds zijn aangeduid als concept "voor discussiedoeleinden".

2.15 In een e-mailbericht van 19 januari 2011 schrijft BBH aan Firefly:

"Paul, is het mogelijk om op korte termijn met Universal Publishing over de rechten en euro's te praten? (...) Ik denk dat het voor alle partijen beter is dat we de deal sluiten voordat we de endorsement deal ondertekenen, want stel dat UMP 55K vraagt, dan wordt de deal niet mogelijk. Maar daar ga ik natuurlijk niet vanuit."

2.16 In een e-mailbericht van 7 februari 2011 schrijft de advocaat van BBH aan Firefly:

"Hiermee geef ik mijn commentaar op de aanpassingen die door (...) de advocaat van Firefly en Ilse de Lange, aan het concept contract zijn gedaan. (...) Mijn algemene indruk is, dat de aanpassingen van de heer de Jong het contract nogal eenzijdig in het voordeel van Firefly/Ilse de Lange doen zijn, en dat een ongunstige en op onderdelen zelfs af te raden positie voor BBH is ontstaan. Als ik daarbij optel dat BBH er ook nog niet uit is met Universal (...), is het misschien nog het meest handig om terug te gaan naar de onderhandelingstafel voordat dit contract wordt rond gemaakt. (...)"

2.17 Op 6, 7 en 8 februari 2011 schrijven partijen elkaar e-mailberichten met als onderwerpsaanduiding "Gebruik Ilse DeLange in Bloemenbureau Holland media inspanningen". In een van deze e-mailberichten van 7 februari 2011 schrijft BBH aan Firefly:

"BBH heeft het plan om (zeker voor ons doen) veel geld in deze samenwerking te investeren. (...) BBH wil helderheid over de totale deal waarin het UMP verhaal een onderdeel is."

2.18 Op 8 februari 2011 sluit BBH een overeenkomst met Farm Entertainment B.V. (hierna: Farm) over het Gelredome concert, die - voor zover hier van belang - het volgende inhoudt:

"De afspraken zijn als volgt:

1. (BBH) is voor € 140.000 hoofdsponsor van het concert en heeft daarmee:

- a. branche gerelateerd en exclusieve beeldmerkrechten van het concert die BBH kan gebruiken in haar landelijke campagne. Controle op het juist gebruik van dat beeldmerk geschiedt door Farm.

- b. De mogelijkheid om op de schermen rondom het podium beeldmateriaal van BBH (...) af te spelen
- c. Marketing acties in en om het stadion uit te voeren. (...) Op eigen rekening (...)
- d. De mogelijkheid die VIP ruimtes te voorzien van promotiemateriaal (...)
- e. 10 VIP arrangementen

2. Voor de campagne neemt BBH 500 Exclusieve seats af a € 90 per stuk (ex BTW), INCLUSIEF:
- a. 250 parkeerkaarten
 - b. Uitnodiging voor een After Concert voor BBH ('hidden gig' tijdsduur is afhankelijk van vergunningen, maar zal tussen 15 en 25 minuten zijn; aanwezig zijn –naast VIPgasten BBH – de overige gasten die VIP stoelen hebben, totaal plus minus 2.000 personen)"

2.19 BBH heeft de onder 2.18 bedoelde sponsorvergoeding van € 140.000 (hierna: de sponsorvergoeding) betaald aan Farm.

2.20 In de gesprekken tussen partijen over samenwerking geldt vervolgens als uitgangspunt dat de door BBH te betalen vergoeding voor twee jaar van € 500.000 wordt verminderd met het bedrag van de sponsorvergoeding. Daarmee komt de vergoeding voor de endorsement waar partijen als zij over samenwerking spreken en schrijven uit op € 360.000 voor twee jaar en € 180.000 per jaar.

2.21 In een e-mailbericht van 15 februari 2011 schrijft BBH aan Firefly:

"Ik heb je opmerkingen ontvangen en geef die van mij/ons onderstaand weer. (...) Ik moet je zeggen dat bij ons het gevoel heerst dat we eerder uit elkaar groeien dan naar elkaar toe. Ik meld je dit in alle openheid in de hoop dat er wat meer begrip voor BBH's situatie ontstaat. Eerst het contract:

(...)

Ik vind het heel jammer dat het zo loopt. We moeten een goed contract hebben met heldere afspraken. Dat ligt er nu niet, BBH krijgt veel en veel te weinig terug. Ik heb eerder al aangegeven dat we voor ondertekening nog naar de voorzitter van BBH moeten en mijn inschatting is dat dat een heel lastige gaat worden zo.

Verder leven bij ons nog wat vraagtekens:

. hoe wordt de prijs berekend van de UMP deal. Wij hebben daar geen enkel inzicht in, maar moeten wel al onze gegevens overhandigen. Wij willen gewoon bij het begin van de onderhandelingen zitten en niet nadat jij en Paul hebben gesproken met UMP. Ook leeft bij ons steeds meer het vraagteken over het feit dat we steeds zoveel rechten moeten betalen, terwijl wij juist promotie doen voor Ilse, vooral in het buitenland. We snappen dat je voor rechten moet betalen, maar we missen "het gezamenlijk optrekken" gevoel. Wordt ook veroorzaakt door het feit dat we geen enkel inzicht in de prijssamenstelling hebben.

(...)

Enfin, we vinden het steeds meer een eenzijdige deal aan het worden, zeker gezien de contract aanpassingen van de advocaat van Ilse. We hebben grote vrees voor wat voor kosten we nog meer geplaatst gaan worden als eenmaal de deal rond is. (...)"

2.22 In januari en februari 2011 spreken partijen over de activiteiten rond het Gelredome concert, onder meer een "bloemenportret", gebruik van fotomateriaal met de artiest erop voor folders en uitnodigingen van BBH. Partijen schrijven elkaar e-mailberichten hierover met als onderwerpsaanduiding "*Ilse campagne – afspraken rond Ilse actie Gelredome*".

2.23 In een van de onder 2.22 bedoelde e-mailberichten van 23 februari 2011 schrijft BBH aan Firefly:

“Laten we er in ieder geval naar streven om deze actie tot een succes te maken en dit voor nu even als een losse samenwerking te zien. Dan kijken we volgende verder naar het mogelijk bredere verhaal. Wellicht ten overvloede, maar ik hoop dat duidelijk is dat alle afspraken die gemaakt zijn/worden (maar helaas niet contractueel zijn vastgelegd) binnen het kader vallen van de overall endorsement.”

2.24 In een van de onder 2.22 bedoelde e-mailberichten van 24 februari 2011 schrijft BBH aan Firefly:

“(…) Korte reactie: volgens mij kunnen en moeten we de deal concert gewoon kunnen sluiten, ook met Ilse. De 26^{ste} is haar dag (...) Mochten we er niet uitkomen met het endorsement contract, wat ik me niet kan voorstellen, dan komen we er financieel wel uit naar Ilse voor het miniconcert en zo. We kunnen niet meer terug. (...)”

2.25 Op 1 maart 2011 vindt een gesprek tussen partijen plaats.

2.26 Op 2 maart 2011 zendt Firefly een door haar voor accoord ondertekende overeenkomst aan BBH. In de begeleidende brief van de advocaat van Firefly staat:

“Nu overeenstemming bestaat tussen partijen, verzoek ik u vriendelijk tevens dit rechtsfeit aldus te bevestigen. Graag ontvang ik de door Bloemenbureau Holland ondertekende versie van u retour.”

2.27 Op 3 maart 2011 schrijft BBH aan Firefly:

“(…)”

2. Tot mijn verrassing ontving ik gisteren een ondertekend contract en stelt u gemakshalve dat er overeenstemming is bereikt, met het verzoek dit zogenaamde rechtsfeit te bevestigen. De contractonderhandelingen zijn nog helemaal niet afgerond.

Er is geen sprake van overeenstemming, het voorbehoud dat ik onomwonden heb gemaakt is – en dat betreuren wij als geen ander – helaas van toepassing geworden.

Ik ga er van uit dat de berichtgeving en de ondertekening elkaar gekruist hebben, hoe opmerkelijk ook.”

2.28 Op 4 maart 2011 schrijft BBH aan Firefly:

“Naar aanleiding van ons gesprek van dinsdag volgt hier nog even zoals afgesproken een berichtje voor jou en Paul. Op de eerste plaats betreuren wij de No Go van dit moment van het sluiten van de endorsement deal. Ik heb je aangegeven dat (BBH) in onstuimig vaarwater terecht is gekomen vanwege de (continuïteit) discussie van onze ‘subsidieverschaffer’ het productschap tuinbouw en in het verlengde daarvan de financiële situatie van ons bedrijf en een mogelijke samenvoeging met een andere partij. Dit is vertrouwelijke informatie. Reden voor onze voorzitter om de zaak nu on hold te zetten. In oktober weten we meer en kunnen we kijken of en zo ja hoe we verder kunnen. De deal is dus niet van tafel, maar staat on hold. Ik heb zoals in eerder stadium aangegeven gezegd dat een deal formeel moet worden goedgekeurd door onze voorzitter / het bestuur. De situatie is voor ons teleurstellend. Ik vertrouw dat jullie dat ook begrijpen. Het doel van onderstaande mail, en de berichtgeving van de advocaat van Firefly zijn voor ons niet helemaal duidelijk. Ik denk dat het goed is als we even bij elkaar komen binnenkort. Dat is veel beter en passend bij de aard van het opgebouwd contact. (...) In de tussentijd rollen we met veel plezier en succes de Gelredome campagne uit !”

2.29 Hierop schrijft Firefly op 4 maart 2011 aan BBH:

“Ik heb volgende week een afspraak met Ilse’s advocaat om eea te bespreken. In de tussentijd neem ik aan dat de bloemen portretten etc niet door gaan.

Dat de inspanningen van ilse uberhaupt geen doorgang vinden.”

2.30 Op 4 maart 2011 antwoordt BBH aan Firefly:

“Met Albert is duidelijk afgesproken dat deze natuurlijk wel doorgaan. Alles staat op de rails en is al gelanceerd. Daar is duidelijk over gesproken. Terug kunnen we nu niet meer. En... het wordt echt mooi en versterkend voor Ilse en het concert. We verwachten veel publiciteit.”

2.31 In een ongedateerd stuk staat:

“Zowel (Universal Publishing) als (Firefly Music) hebben kennis genomen van het betoog in rechte van (BBH) waarin deze kort gesteld aangeeft dat in de procedure met rolnummer 395685 HA ZA 11-1692, (Firefly) niet gerechtigd zou zijn om gelden te vorderen die ten behoeve van de totstandkoming van een zogenaamde Endorsementovereenkomst met aanzienlijke kortingen zijn verstrekt, welke in de hier bijgevoegde bijlage nader worden gespecificeerd.

Door ondertekening dezes verklaren (Universal Publishing) en (Firefly Music) door deze rechtsgeldig vertegenwoordigd door hun respectievelijke directieleden dat (Firefly) volledig gerechtigd is en ook was om de in de bijlage nader gespecificeerde vorderingen in te stellen, zulks mede namens de al hier genoemde vennootschappen – zijnde (Universal Publishing) en (Firefly Music) -, die daartoe volledige last en volmacht aan deze vennootschap hebben verstrekt en aldus, in voornoemde zin naar beste eer en geweten verklaren.

Geheel ten overvloede, maar wel voor de goede orde verklaren (Universal Publishing) en (Firefly Music) door ondertekening dezes dat het (Firefly) geheel vrijstaat al hetgeen te doen en na te laten in de procedure tegen (BBH) onder nummer 395685 HA ZA 11-1642 om ten aanzien van de in deze bijlage opgenomen vorderingen al datgene te doen dan wel na te laten zulks in de meest ruime zin des woords en verklaren in rechte en ook daarbuiten, hetgeen (Firefly) in de meest ruime zin des woords noodzakelijk achten.”

3. Het geschil

in conventie en in reconventie

3.1 In conventie vordert Firefly, na wijziging van eis en samengevat, dat bij vonnis, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

primair: voor recht wordt verklaard dat tussen partijen een perfecte overeenkomst tot stand is gekomen en dat BBH toerekenbaar tekort is geschoten in de nakoming van de daaruit voortvloeiende verbintenissen en gehouden is de door Firefly hierdoor geleden schade te vergoeden, deze overeenkomst tussen partijen wordt ontbonden en BBH wordt veroordeeld tot betaling van € 360.000, vermeerderd met btw en rente en schadevergoeding op te maken bij staat;

subsidiar: voor recht wordt verklaard dat de onderhandelingen in een zodanig stadium zijn geraakt dat het BBH niet vrijstond om de onderhandelingen af te breken en dat SBH door het afbreken daarvan onrechtmatig heeft gehandeld en gehouden is de schade die Firefly hierdoor heeft geleden te vergoeden en BBH wordt veroordeeld tot betaling van € 360.000, € 264.800 en € 10.000, vermeerderd met btw en rente;

meer subsidiar: voor recht wordt verklaard i) dat de onderhandelingen in een zodanig stadium zijn geraakt dat het BBH niet vrijstond om de onderhandelingen af te breken en dat

SBH door het afbreken daarvan onrechtmatig heeft gehandeld en gehouden is de schade die Firefly hierdoor heeft geleden te vergoeden en ii) dat BBH ongerechtvaardigd is verrijkt door afgebroken onderhandelingen en gehouden is het daarmee corresponderend verrijksbedrag aan Firefly te betalen en BBH wordt veroordeeld tot betaling van € 264.800 en € 10.000, vermeerderd met rente; een en ander met veroordeling van BBH tot betaling van de buitengerechtelijke kosten en de proceskosten.

3.2 In conventie stelt Firefly dat:

primair: partijen overeenstemming hebben bereikt over hun samenwerking en dat BBH toerekenbaar tekort is geschoten in de nakoming van de tussen partijen bestaande overeenkomst en dat Firefly hierdoor schade heeft geleden.

subsidiair en meer subsidiair: zij schade heeft geleden als gevolg van het onaanvaardbaar afbreken van de onderhandelingen door BBH, die verder op grond van het onder 2.7 bedoelde e-mailbericht € 10.000 aan Firefly dient te voldoen;

meer subsidiair: BBH ongerechtvaardigd is verrijkt door kortingen voor gebruik van de master- en publishing rechten in de campagnes.

3.3 BBH betwist de vordering in conventie en vordert in reconventie dat Firefly bij vonnis uitvoerbaar bij voorraad wordt veroordeeld tot betaling van € 140.000 en de proceskosten.

3.4 BBH stelt in reconventie dat Firefly de sponsorvergoeding verschuldigd is als schadevergoeding wegens onrechtmatige daad danwel als onverschuldigd betaald.

3.5 Firefly betwist de vordering in reconventie.

4. De beoordeling

in conventie

wilsovereenstemming subsidiair het afbreken van de onderhandelingen

4.1 Terecht is niet in geschil dat geen sprake is van volledige overeenstemming tussen partijen, zoals de onder 2.26 bedoelde brief van de advocaat van Firefly wel lijkt de suggereren: partijen hebben tot 1 maart 2011 met elkaar gesproken, onder meer aan de hand van de onder 2.14 bedoelde concept-overeenkomsten, zonder (daar) volledig overeenstemming over te bereiken. Vervolgens heeft BBH op 1 maart 2011 aan Firefly te kennen gegeven dat zij de besprekingen wilde opschorten tot oktober 2011, volgens haar verklaring ter comparitie van partijen: *“Ik heb aangegeven dat BBH de onderhandelingen op dat moment moest stopzetten ivm intrekken van een behoorlijk subsidiebedrag. Er moest een pas op de plaats worden gemaakt, ‘on hold’ dus, en dat is iets anders dan een ‘no go’. Er was onzekerheid maar er werd wel samengewerkt en het concert op 26 maart ging gewoon door.”*

Dat voor BBH sprake was van een *“no-go voor dit moment”*, met andere woorden van opschorting van de onderhandelingen, heeft BBH daarna (in het onder 2.28 bedoelde e-mailbericht) in niet voor misverstand vatbare bewoordingen geschreven aan Firefly, die dit in redelijkheid niet anders kon opvatten en dat ook zo heeft opgevat. Tijdens de comparitie van partijen is namens haar over het gesprek van 1 maart 2011 verklaard dat BBH *“in het*

gesprek aangaf dat (zij) wilde opschorten. Ik heb toen meteen aangegeven dat dat niet zomaar kon. Pas in oktober zou meer helderheid komen."

4.2 Uit het voorgaande volgt ook dat BBH - ook in de ter comparitie van partijen kenbaar gemaakte optiek van Firefly - op 1 maart 2011 de onderhandelingen niet (eenzijdig) heeft beëindigd, maar ze heeft opgeschort tot oktober 2011. Het in deze procedure (ook) door Firefly ingenomen standpunt dat in maart 2011 sprake was van een "*rauwelijke opzegging*" door BBH is hiermee in tegenspraak. Noch aan de (overige) standpunten van partijen, noch de in het geding gebrachte stukken kan enige onderbouwing worden ontleend voor dit standpunt van Firefly, dat dan ook verder onbesproken kan blijven.

4.3 Gelet op het voorgaande geldt als uitgangspunt voor de beoordeling dat BBH op 1 maart 2011 de onderhandelingen over de samenwerking tot oktober 2011 heeft opgeschort. Firefly was het daar niet mee eens en stelt primair dat toen reeds sprake was van een "*rompovereenkomst*", waarin partijen overeenstemming hadden bereikt op hoofdlijnen en slechts sprake was van nader in te vullen "*witte vlekken*". BBH betwist dit gemotiveerd, door onder meer aan te voeren dat de rechtenkwesities die waren gemoeid met de endorsement niet waren geregeld en dat de overeenkomst zonder regeling dienaangaande een "*lege huls*" was.

primair: wilsovereenstemming in de vorm van een "rompovereenkomst" ?

4.4 Bij de beantwoording van de vraag of partijen de door Firefly gestelde (mate van) wilsovereenstemming hebben bereikt komt het aan op de beoordeling van de vraag wat partijen tijdens de onderhandelingen over en weer tegen elkaar hebben gezegd en geschreven, de zin die zij daar in de gegeven omstandigheden over en weer aan mochten toekennen en wat zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten.

4.5 Niet in geschil is dat partijen in de circa achttien maanden dat zij in gesprek zijn geweest en hebben samengewerkt in de campagnes, allebei de intentie hadden om (gedurende twee jaar) samen te werken en om daar (nadere) afspraken over te maken en vast te leggen. Firefly stelt ook dat partijen "*er naar gestreefd hebben een overeenkomst op te stellen waarin drie verschillende onderwerpen zouden worden geregeld.*" (dagvaarding, randnummer 21). Dit strookt met het standpunt daarover van BBH en met de inhoud van onder meer de onder 2.8 tot en met 2.10 bedoelde e-mailberichten, waaruit blijkt dat partijen in hoofdlijnen drie onderwerpen wensten te regelen: i) endorsement van de artiest, ii) de "*deal met Universal*" en iii) het Gelredome concert. De "*deal met Universal*" betreft de rechtenkwesities die gemoeid waren met de endorsement van de artiest, meer in het bijzonder de afspraken over gebruik van de rechten die door Universal werden gehouden en de daarvoor te betalen vergoedingen. Deze rechtenkwesities zullen hierna ook worden aangeduid als: de rechtenkwesities.

4.6 Uit de e-mailwisseling tussen partijen, in het bijzonder de onder 2.9, 2.15 en 2.17 bedoelde e-mailberichten, blijkt dat partijen de met Universal te regelen rechtenkwesities als onlosmakelijk verbonden zagen met de andere te regelen onderwerpen, ongeacht de vraag of deze onderwerpen tegelijk in één overeenkomst zouden worden geregeld of in twee (of meer) aparte overeenkomsten. Dit betekent dat, zolang niet alle onderwerpen ten minste op hoofdlijnen geregeld waren, geen sprake kan zijn van overeenstemming tussen partijen over de door hen beoogde samenwerking, ook niet in de door Firefly gestelde vorm van een rompovereenkomst. Dit strookt ook met het gegeven dat met de activiteiten van de artiest in het kader van de samenwerking rechten gemoeid waren die aan anderen, onder meer

Universal toebehoorden. In verband met de vergoedingen die verschuldigd zijn voor gebruikmaking van die rechten hadden beide partijen, in het bijzonder BBH, ook een gerechtvaardigd belang bij duidelijkheid over en het (in ieder geval op hoofdlijnen) geregeld zijn van de rechtenkwesties.

4.7 De rechtenkwesties in verband met het Gelredome concert zijn apart geregeld. De andere rechtenkwesties die gemoed waren met de samenwerking waar partijen over in gesprek waren, zijn niet geregeld. Uit onder meer de onder 2.11 en 2.12 bedoelde e-mailberichten blijkt dat partijen de rechtenkwesties *gingen* regelen aan de hand van een jaarplanning. Niet blijkt dat die jaarplanning is gemaakt, laat staan dat daarover is gesproken met Universal. Ook anderszins blijkt op geen enkele manier dat de rechtenkwesties (in hoofdlijnen) geregeld waren. Dit blijkt ook niet uit de door Firefly aangehaalde verklaring van het hoofd juridische zaken van Universal, waarin onder meer staat: *“Universal heeft aangaande de gesprekken ten aanzien van de totstandkoming van deze overeenkomst te allen tijde positief gestaan tegenover de (...) samenwerking en ter ondersteuning van het tot stand komen van deze samenwerking al haar rechten binnen (...) Firefly (...) feitelijk ter beschikking gesteld. Voor de goede orde betreft het hier de rechten voor de navolgende campagnes (...).”* - waarna een opsomming volgt van de campagnes. Wel blijkt uit deze verklaring een positieve grondhouding van Universal, die de samenwerking tussen partijen - naar ook niet in geschil is - ondersteunde. Dit neemt echter niet weg dat de rechtenkwesties niet geregeld waren.

4.8 Het gegeven dat de rechtenkwesties niet (in hoofdlijnen) waren geregeld staat reeds in de weg aan het oordeel dat partijen de door Firefly gestelde wilsovereenstemming in de vorm van een *“rompovereenkomst”*. De overige geschilpunten over de door Firefly gestelde wilsovereenstemming kunnen onbesproken blijven.

subsidiair: onaanvaardbaar afbreken van de onderhandelingen door BBH?

4.9 In geschil is of BBH de onderhandelingen heeft afgebroken, nadat zij de onderhandelingen op 1 maart 2011 had opgeschort: namens BBH is tijdens de comparitie van partijen verklaard dat de toezending op 2 maart 2011 van de ondertekende overeenkomst *“de druppel”* was en dat voor BBH toen sprake was van een vertrouwensbreuk. Onduidelijk is echter of BBH dit (toen) kenbaar heeft gemaakt aan Firefly; in het onder 2.27 bedoelde e-mailbericht, dat kennelijk is geschreven na ontvangst van de onder 2.26 bedoelde brief van de advocaat van Firefly staat immers: *“Het doel van (...) de berichtgeving van de advocaat van Firefly zijn voor ons niet helemaal duidelijk. Ik denk dat het goed is als we even bij elkaar komen binnenkort. Dat is veel beter en passend bij de aard van het opgebouwd contact.”* In deze passage komt een wil tot verder praten tot uiting. Vervolgens hebben (de advocaten van) partijen op 31 maart 2011 met elkaar gesproken. Dit gesprek heeft niet geleid tot hervatting van de gesprekken tussen partijen over samenwerking.

Dit geschilpunt over de vraag of BBH, zoals Firefly heeft gesteld, de onderhandelingen heeft afgebroken, kan echter onbesproken blijven. Ook als BBH de onderhandelingen zou hebben afgebroken, is dat namelijk gebeurd op een moment dat het haar nog vrijstond om dat te doen. Daartoe wordt het volgende overwogen.

4.10 Voorop gesteld wordt dat onderhandelende partijen hun gedrag mede door elkaar gerechtvaardigde belangen moeten laten bepalen en dat ieder van hen in beginsel vrij is de onderhandelingen af te breken. Afbreken van de onderhandelingen kan echter

onaanvaardbaar zijn op grond van het gerechtvaardigd vertrouwen van de wederpartij in het totstandkomen van de overeenkomst of in verband met de omstandigheden van het geval.

4.11 Tijdens de onderhandelingen heeft BBH bij herhaling – bijvoorbeeld in de onder 2.8, 2.15 tot en met 2.17 en 2.21 bedoelde e-mailberichten – aan Firefly te kennen gegeven dat het voor haar van groot belang was dat de rechtenkwesties geregeld zouden worden en dat - daarmee - voor haar inzichtelijk was wat haar totale investering in de samenwerking zou zijn. BBH had ook gerechtvaardigd belang bij deze door haar gewenste duidelijkheid, aangezien zij naast de vergoeding voor de endorsement van € 360.000 voor twee jaar vergoedingen moest betalen voor gebruikmaking van de met de endorsement gemoeide rechten. Daar waren, mede gezien de reeds in de campagnes betaalde vergoedingen substantiële bedragen mee gemoeid. BBH heeft ook steeds te kennen gegeven dat zij niet alleen duidelijkheid wilde over de omvang van haar investering en “*wat we ervoor terugkrijgen*”, maar dat een (voor BBH) te hoge vergoeding in de weg zou staan aan “*de deal*” (zie bijvoorbeeld het onder 2.15 bedoelde e-mailbericht). Dat BBH daar in het laatstbedoelde e-mailbericht aan toevoegt dat zij er niet van uitgaat dat “*de deal*” niet mogelijk zal zijn, neemt niet weg dat het voor Firefly duidelijk had kunnen en moeten zijn dat hier sprake was van een voor BBH belangrijk punt, dat mogelijk een breekpunt zou kunnen vormen.

4.12 Uit de onder 4.7 weergegeven stand van zaken met betrekking tot de rechtenkwesties blijkt niet alleen dat deze niet (in hoofdlijnen) geregeld waren, maar ook dat - alleen al vanwege het ontbreken van het jaarplan aan de hand waarvan dit zou gebeuren - ieder concreet inzicht in de mogelijke omvang van het te regelen gebruik van de rechten en daarmee in de daarmee gemoeide kosten ontbrak. Deze stand van zaken ten aanzien van het voor BBH belangrijke punt van de rechtenkwesties leidt tot het oordeel dat bij Firefly geen sprake kon zijn van het gerechtvaardigd vertrouwen in het totstandkomen van de overeenkomst.

4.13 Firefly heeft nog gewezen op opmerkingen van de zijde van BBH “*we kunnen niet meer terug*” en “*terug kunnen we niet meer*” in de onder 2.24 en 2.30 bedoelde e-mailberichten. Deze opmerkingen staan in berichten over de activiteiten rond het Gelredome concert en kunnen niet in redelijkheid worden opgevat als betrekking hebbend op de gehele samenwerking tussen partijen. Noch op zichzelf gezien noch in verband met de andere feiten en omstandigheden van het geval kon Firefly aan deze opmerkingen van BBH het vertrouwen ontleen dat de overeenkomst tot stand zou komen.

4.14 De andere feiten en omstandigheden waar Firefly op heeft gewezen, bijvoorbeeld het feit dat partijen reeds lang in gesprek waren over hun intentie om samen te werken, de niet in geschil zijnde overeenstemming op vele onderdelen en de samenwerking in de campagnes, leiden niet tot een ander oordeel over het ontbreken van gerechtvaardigd vertrouwen van Firefly in de totstandkoming van de overeenkomst en zijn evenmin omstandigheden van het geval die dit afbreken van de onderhandelingen - zo daar sprake van is - onaanvaardbaar maken.

ongerechtvaardigde verrijking in verband met het om niet respectievelijk tegen gereduceerde prijzen ter beschikking stellen van de master rechten en de publishing rechten aan BBH voor de campagnes ?

4.15 Partijen twisten in de eerste plaats over de vorderingsgerechtigdheid van Firefly, die daar het volgende over heeft gesteld:

-
- i) in de dagvaarding heeft Firefly aan dit onderdeel van de vordering ten grondslag gelegd dat Universal Publishing geen vergoeding voor het gebruik van de master rechten in de campagnes in rekening heeft gebracht aan BBH en een gereduceerd tarief heeft gerekend voor gebruikmaking van de publishing rechten in de campagnes.
 - ii) naar aanleiding van de betwisting door BBH dat Firefly gerechtigd was dit onderdeel van de vordering in te stellen, heeft Firefly bij de comparitie van partijen de onder 2.31 bedoelde verklaring in het geding gebracht.
 - iii) in de conclusie van repliek in conventie heeft Firefly gesteld dat de masterrechten (naburige rechten) "*in Firefly Music zitten*" en dat de publishing rechten (auteursrechten) *in de Fondsenovereenkomst, gesloten tussen (Longplay) en Universal Music B.V. (gelet op de overige stellingen is kennelijk bedoeld Universal Music Publishing B.V. – toevoeging rechtbank) zijn (...) vevat.*"
 - iv) in de conclusie van repliek in conventie heeft Firefly verder gesteld dat uit de onder 2.2 weergegeven structuur kan worden "*afgelezen*" dat "*(Firefly) beschikt via (Longplay) over 50% van alle rechten (master- en publishingrechten)*" en dat "*Ten aanzien van de masterrechten geldt dat deze rechten ook voor 50% ter beschikking staan van Universal Music B.V. Zo ook geldt dit voor de publishingrechten, zij het dat deze rechten toebehoren aan de dochtermaatschappij Universal Music Publishing.*"

Uit geen van deze standpunten van Firefly blijkt dat zij de vorderingsgerechtigde houder van de master rechten en de publishing rechten is. Voor zover Firefly heeft beoogd met de onder iv) bedoelde stelling te betogen dat dit wel zo is, gaat zij voorbij aan het feit dat sprake is van verschillende rechtspersonen en dat de tussen deze rechtspersonen bestaande aandeelhoudersrelaties geen vorderingsgerechtigheid vestigen van Firefly ten aanzien van rechten die aan andere rechtspersonen toekomen.

4.16 In de onder 2.31 bedoelde verklaring wordt verwezen naar een - niet in het geding gebrachte - last en volmacht van Firefly Music en Universal Publishing aan Firefly met betrekking tot de in de bijlage bij deze verklaring gespecificeerde vorderingen/deze procedure.

Lastgeving kan zowel inhouden de opdracht om de vordering in eigen naam in te stellen als de opdracht om in naam van de lastgever op te treden. In geval van lastgeving zonder volmacht treedt de lasthebber op in eigen naam en is sprake van middellijke vertegenwoordiging. In geval van volmacht houdt de opdracht de bevoegdheid in om in rechte op te treden in naam van de volmachtgever, in welk geval sprake is van onmiddellijke vertegenwoordiging.

Dat aan Firefly volgens de onder 2.31 bedoelde verklaring een last *en* volmacht is afgegeven om de vordering "*mede namens*" Universal Publishing en Firefly Music in te stellen duidt erop dat sprake is van onmiddellijke vertegenwoordiging, waarbij de opdracht aan Firefly is gegeven om de vordering in te stellen in naam van de rechthebbenden.

In geval van onmiddellijke vertegenwoordiging op grond van volmacht (al dan niet neergelegd in een overeenkomst van lastgeving), waarbij in naam van een ander in rechte wordt opgetreden, is het cruciaal dat de gevolmachtigde deze hoedanigheid aanstonds in de dagvaarding vermeldt. Deze hoedanigheid kan niet alsnog hangende de procedure worden aangenomen. Zie HR 2 april 1993, NJ 1993/573.

Het voorgaande staat reeds in de weg aan toewijzing van dit onderdeel van de vordering.

ongerechtvaardigde verrijking in verband met activiteiten rond het Gelredome concert

4.17 Firefly stelt dat BBH ongerechtvaardigd verrijkt is vanwege het voor de activiteiten rond het Gelredome concert om niet ter beschikking stellen van portretrechten en communicatie rond een gratis extra optreden. Het ontbreken van iedere (nadere) concretisering van deze stelling na de gemotiveerde betwisting door BBH, ook in de conclusie van repliek (waar, anders dan in een akte, alle aspecten van het voorliggende geschil aan de orde kunnen komen) leidt tot afwijzing van dit onderdeel van de vordering.

betaling van € 10.000 op grond van de afspraak in het onder 2.7 bedoelde e-mailbericht

4.18 Uit de ondubbelzinnig geformuleerde tekst van het onder 2.7 bedoelde e-mailbericht blijkt dat BBH deze vergoeding verschuldigd is in het geval geen samenwerkingsovereenkomst tot stand komt. Het verweer van BBH dat dit bedrag moet worden beschouwd als een investering in de samenwerking met BBH stuit af op deze ondubbelzinnig geformuleerde tekst en het gegeven dat gesteld noch gebleken is dat partijen nadien een andere afspraak hebben gemaakt met de door BBH gestelde inhoud. Nu geen samenwerkingsovereenkomst tot stand is gekomen, is BBH dit bedrag verschuldigd met de gevorderde wettelijke handelsrente.

in reconventie

4.19 Firefly heeft er terecht op gewezen dat de door BBH gestelde schade gelden betreft die BBH aan Farm heeft betaald. Dit staat reeds in de weg aan toewijzing van de vordering op grond van onverschuldigde betaling.

4.20 Het door BBH gestelde onrechtmatig handelen van Firefly komt erop neer dat aan Firefly kan worden toegerekend dat afspraken over activiteiten rond het Gelredome concert niet (goed) zijn nagekomen. Concreet gaat het om: i) het nauwelijks door BBH kunnen gebruiken van beeldmateriaal van de artiest, ii) het niet doorgaan van een bloemenportret, iii) het afblazen of inkorten van andere campagnes en iv) het in strijd met de aan BBH toegezegde exclusiviteit zonder overleg met BBH en zonder BBH daarvan in kennis te stellen andere sponsors bij het Gelredome concert betrekken, zoals Sky Radio, 100% NL, Cars Jeans en Europecar.

Deze vordering stuit reeds af op het gegeven dat onvoldoende blijkt uit de onder 2.18 bedoelde overeenkomst en ook uit de eigen stellingen van BBH dat de sponsorvergoeding (mede) betrekking heeft op de door BBH aan haar vordering ten grondslag gelegde afspraken/activiteiten en dus kan gelden als schade als gevolg van het door BBH gestelde onrechtmatig handelen. In het onder 2.23 bedoelde e-mailbericht schrijft BBH bijvoorbeeld dat de afspraken over activiteiten in het verband met het Gelredome concert vallen binnen het kader van de “*overall endorsement*”. Dat wijst er eerder op dat de sponsorvergoeding *niet* mede zag op deze activiteiten.

Daarnaast stelt BBH dat Firefly onrechtmatig heeft gehandeld door het Gelredome concert eenzijdig uit de onderhandelingen te lichten. Deze stelling is in tegenspraak met bijvoorbeeld het onder 2.9 bedoelde e-mailbericht, waaruit blijkt dat BBH instemde met het contracteren met Farm en ontbeert ook overigens feitelijke grondslag.

De op grond van onrechtmatige daad van Firefly gebaseerde vordering dient dus te worden afgewezen.

in conventie en in reconventie

4.21 Het voorgaande leidt tot afwijzing van de vordering in conventie, met uitzondering van het subsidiair gevorderde bedrag van € 10.000, en tot afwijzing van de vordering in reconventie. Aan bespreking van de overige geschilpunten, bijvoorbeeld over de schade omvang, wordt niet toegekomen. Nu partijen over en weer op punten in het ongelijk zijn gesteld, worden de proceskosten gecompenseerd.

5. De beslissing

De rechtbank

in conventie

5.1 veroordeelt BBH tot het betalen aan Firefly van € 10.000, vermeerderd met btw en de wettelijke handelsrente vanaf 25 mei 2011;

in reconventie

5.2 wijst de vordering af;

in conventie en in reconventie

5.3 compenseert de proceskosten in dier voege dat partijen ieder hun eigen kosten dragen;

5.4 verklaart de onder 5.1 bedoelde veroordeling uitvoerbaar bij voorraad;

5.5 wijst af het meer of anders gevorderde.

Dit vonnis is gewezen door mr. L. Alwin en in het openbaar uitgesproken op 13 februari 2013.



Voor grosse/~~alschrift~~

13 FEB. 2013

De Griffier