

# IN NAAM DER KONINGIN!

## vonnis

---

### RECHTBANK AMSTERDAM

Sector civiel recht

zaaknummer / rolnummer: 407452 / HA ZA 08-2533

Vonnis van 23 februari 2011

in de zaak van

1. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid  
**UNIVERSAL INTERNATIONAL MUSIC B.V.**,  
gevestigd te Baarn,  
2. de rechtspersoon naar vreemd recht  
**UNIVERSAL MUSIC GROUP DISTRIBUTION, CORP.**,  
gevestigd te California,  
eiseressen,  
✓ advocaat mr. T. Cohen Jehoram,

tegen

de rechtspersoon naar vreemd recht  
**TUFF GONG DISTRIBUTORS L.P.**,  
gevestigd te Miami (Verenigde Staten van Amerika),  
gedaagde,  
advocaat mr. drs. I.M.C.A. Reinders Folmer.

Partijen zullen hierna Universal c.s. en Tuff Gong genoemd worden. Eiseressen zullen afzonderlijk Universal Music en Universal Group genoemd worden.

### 1. De procedure

- 1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:
- de dagvaarding met 9 producties;
  - de conclusie van antwoord met 10 producties;
  - het tussenvonnissen van 21 januari 2009, waarbij een comparitie van partijen is gelast;
  - de akte houdende overlegging van de producties 10 tot en met 21 zijdens Universal c.s.;
  - het proces-verbaal van de comparitie van partijen van 14 april 2009, waarbij de zaak is verwezen naar de rol voor repliek, de door de advocaten van partijen ter zitting gebruikte pleitnotities, alsmede productie 11 zijdens Tuff Gong;
  - het tussenvonnissen van 15 juli 2009, waarbij de zaak onder andere is verwezen naar de rol voor repliek;
  - de conclusie van repliek, tevens vermindering van eis, met de producties 22 tot en met 28;
  - de conclusie van dupliek met producties genummerd 11 tot en met 25;
  - de akte uitlating producties zijdens Universal c.s., met productie 29 tot en met 37;
  - de akte uitlating producties zijdens Tuff Gong;

---

- het proces-verbaal van de op 19 april 2010 gehouden pleidooizitting, de daarin genoemde stukken en de ten behoeve daarvan gebruikte pleitnotities.

1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

## 2. De feiten

2.1. Universal Music drijft een platenmaatschappij die wereldwijd artiesten contracteert en fonogrammen produceert en verkoopt. Universal Group vervaardigt fonogrammen en factureert distributeurs voor te betalen royalty's. Beide vennootschappen maken deel uit van het Universal concern, marktleider in de muziekindustrie met een geschat marktaandeel in de wereldwijde muziekbranche van 25%.

2.2. Tuff Gong drijft een onderneming die zich in het Caribisch gebied onder andere bezighoudt met de distributie van muziekcassettes en cd's. Zij maakt onderdeel uit van Tuff Gong International, opgericht door Bob Marley en één van de grootste muziekmaatschappijen van Jamaica.

2.3. Op 31 december 1998 hebben Tuff Gong en PolyGram International Music B.V., de rechtsvoorganger van Universal Music, een distributieovereenkomst gesloten. Deze overeenkomst luidt, voor zover hier van belang, als volgt:

(C) *PolyGram and the Distributor desire to enter into this Agreement authorising the Distributor to promote, market, distribute and sell the Product in the Territory upon the terms and provisions stated herein.*

(...)

1.1.9 *"Products" shall mean music cassettes and compact discs manufactured or produced by PolyGram or on its behalf.*

(...)

1.1.14 *"Territory" shall mean Anguila, Antigua, Bahamas, (...) and Jamaica*

(...)

### 2. Grant of Rights

2.1 *(...) PolyGram herewith grants to Distributor for the Term of this Agreement the right to purchase Products from PolyGram and distribute and sell Products through regular wholesale and retail channels in the Territory, (...).*

(...)

### 6. Supplies

6.1 *Each order for the Products shall constitute a separate contract (...)*

(...)

### 12. Undertakings by Distributor

(...)

12.2 *The Distributor (...) shall not, for the entire term of this Agreement and any extension thereof, without the express written consent of PolyGram, obtain the Products, in respect of compact discs, for distribution and sale in the Territory from anyone other than PolyGram through its Affiliate PolyGram Group Distribution Inc. In New York ("PGD") or its successor or assigns.*

(...)

14.1 *All Products to be supplied pursuant to this Agreement shall be sold through PGD at a rate of US\$ . . . per Compact Disc and US\$ . . . per Music Cassette. The price of Products shall be inclusive of all royalties and copyright charges unless agreed otherwise. Distributor shall pay for all Record(s) purchased from PGD's within thirty (30) days of such Record(s) being shipped to Distributor under the terms of this Agreement. PolyGram reserves the right to review and adjust the prices as provided in this Clause 14.1 from time to time and shall give the Distributor reasonable notice of any price adjustment.*

(...)

14.3 *PolyGram shall have the right to change the list price of the Products from time to time and shall give reasonable notice in writing to the Distributor of any such alteration.*

(...)

17. **Term**

*Subject to the provisions for termination in Clause 18 herein, the Term of this Agreement shall commence on the date hereof and shall be for a period of one (1) year from the date of execution as provided above.*

2.4. Op 1 januari 2000 zijn International Music en Tuff Gong een wijziging overeengekomen van artikel 14.1 van de hiervoor bedoelde productieovereenkomst. Voor zover hier van belang luidt deze wijziging als volgt:

14.1.1 *Subject to Clause 14.1.5 below, all Products to be supplied to the Distributor by Universal pursuant to this Agreement shall be sold to the Distributor through UMVD at the price to customers as published by UMVD from time to time for Products.*

(...)

14.1.3 *Subject to Clause 14.1.5 below, the Product Royalties shall cover all monies payable by Universal to artists, producers or any other party in respect of the exploitation of the Products in the Territory, excluding, however, copyright fees, and any fees as may be payable to collection societies and organisations such as the American Federation of Musicians, in respect of the same (together "Copyright Fees").*

14.1.4 *For the avoidance of doubt Distributor confirms that it shall obtain all copyright and other licences as are necessary, and shall pay all Copyright Fees, in respect of the exploitation of its rights hereunder.-(...)*

14.1.5 *Notwithstanding Clauses 14.1.1 and 14.1.3 above:*

- (a) *wherever applicable, Copyright Fees shall be paid by Distributor to Universal in addition to the Product Royalties; and*
- (b) *Universal may in its discretion at any time elect to supply Products hereunder at such prices it may set as inclusive of Copyright Fees.*  
(...).

2.5. De prijs die Tuff Gong onder de (gewijzigde) distributieovereenkomst voor de aanschaf van een enkele CD betaalde, bedroeg ongeveer \$      De prijs voor een dubbel CD bedroeg ongeveer \$

2.6. Vanaf 25 juli 2002 hebben Universal Music en Tuff Gong gesproken over het tot stand brengen van een nieuwe distributieovereenkomst. Op 22 augustus 2002 heeft Universal Music (in de persoon van T. Batista) Tuff Gong (in de persoon van P.S. Shukat, de advocaat van Tuff Gong) een concept distributieovereenkomst toegezonden. Bij fax van 30 augustus 2002 heeft Tuff Gong Universal Music verzocht enkele aanpassingen door te voeren in dat concept. Dit concept is gevolgd door een tweede versie van de overeenkomst, welke door Tuff Gong (Shukat) (bij fax van 4 oktober 2002) van commentaar is voorzien.

2.7. Artikel 12.8 luidde in de eerste twee versies van de nieuw overeen te komen distributieovereenkomst als volgt:

*The Distributor shall be responsible for obtaining all licences, permits and approvals which are necessary or advisable for the distribution and sale of the Products and for the performance of its duties thereunder.*

Door Tuff Gong (Shukat) zijn achter de woorden "all licenses" met de hand de woorden "excluding mechanical licenses" toegevoegd. Universal Music (Batista) heeft hier met de hand bijgeschreven: "no they have to do this".

Een e-mailbericht van Tuff Gong van 4 oktober 2002, betreffende de tweede versie, luidt (voorts) onder andere als volgt:

*The three big issues which I have are the following:*

1. *I am told that you sell the records to Tuff Gong for about \$      a CD, and on top of that we pay a royalty rate to Universal. It is my understanding that out of that royalty rate you all pay the mechanical royalties as opposed to Tuff Gong paying the mechanical royalties. If that is not the case, then I have to figure out what to do, because we have never paid mechanical royalties.*

2.8. Op 14 november 2002 heeft Universal Music Tuff Gong een derde versie toegezonden. In die derde versie is artikel 12.8 als volgt komen te luiden:

*The Distributor shall be responsible for obtaining all licences including mechanical licences, permits and approvals which are necessary or advisable for the distribution and sale of the Products and for the performance of its duties thereunder.*

2.9. In een e-mailbericht van Tuff Gong van 18 november 2002 aan Universal Music staat naar aanleiding van die laatste versie onder andere het volgende:

*I don't believe paragraph 12.8 works including mechanical licenses. In the real world, we cannot get mechanical licenses because you are manufacturing the product.*

2.10. Uit een intern e-mailbericht van Universal Music van 17 januari 2003 blijkt het volgende:

*The new agreement is ready for signature pending one issue. Tuff Gong wants us to pay mechanicals and recharge them. We are working out the logistics because in the past UMVD insisted that they could not pay copyright.*

2.11. Bij e-mailbericht van 8 april 2003 reageert Tuff Gong (Shukat) op een voorstel van Universal Music met betrekking tot de hoogte van de uiteindelijk te betalen royalties. Uit dat bericht blijkt onder andere het volgende:

*I thought I would give you a breakdown of the numbers (...) to make you understand why we think the request for \$ plus the royalty rate calculated at 30 % just does not work. If you add the costs together, we are talking about approximately \$ for a CD, which we sell for about \$ on average.*

2.12. Universal Music doet hierop op 9 mei 2003 een nieuw voorstel. Dit luidt voor zover hier van belang als volgt:

*Good news. We've gotten prices from the powers that be, that should work for you. The prices for single CD's will be \$ and double CD's will be \$ , copyright inclusive.*

2.13. Door Tuff Gong is hierop gereageerd bij e-mailbericht van 13 mei 2003:

*YEAH --- I will have the name of the company this afternoon so we can get this finished and signed before your anniversary.*

2.14. Een en ander leidt tot een nieuw concept van de distributieovereenkomst, dat op 4 juni 2003 per e-mailbericht wordt verzonden aan Tuff Gong. In artikel 6.4 van die versie is het laatst gedane voorstel voor de royaltyvergoeding opgenomen:

*For the avoidance of doubt, the price payable by Tuff Gong to Universal's affiliate shall be Dollars (\$ ) for single CD's and Dollars (\$ ) for Double CD's, copyrights (i.e. mechanical royalty's) inclusive. Such prices are subject to change on a case by case basis to reflect higher than average copyrights or product costs.*

2.15. Zijdens Tuff Gong zijn daarop met de hand de volgende vet weergegeven wijzigingen aangebracht:

*For the avoidance of doubt, the price payable by Tuff Gong Distributor to Universal's Affiliate in respect of top line record shall be Dollars (\$ ) for single CD's and Dollars and Cents (\$ ) for Double CD's, copyrights (i.e. mechanical royalty's) inclusive. Such prices are subject to change on a case by case basis to reflect higher than average copyrights or product manufacturing costs.*

2.16. Genoemde aanpassingen zijn overgenomen in de uiteindelijk door partijen ondertekende overeenkomst. De nieuwe distributieovereenkomst van 1 juli 2003 (hierna: de Distributieovereenkomst 2003) luidt, voor zover hier van belang, als volgt:

*(C) Universal and the Distributor desire to enter into this Agreement authorizing the Distributor to promote, market, distribute the Product for Sale in the Territory upon the terms and provisions stated herein.  
(...)*

---

1. **Definitions**

1.1 *For the purpose of this Agreement, the following terms shall have the meaning as described hereinafter:*

(...)

1.1.2 ***"Budget Price"** shall mean Records sold at a price not exceeding sixty per cent (60%) of the Published Price to Dealer for Record(s) sold by the Distributor in the corresponding High Price category in the Territory.*

(...)

1.1.4 ***"High Price"** shall mean the highest Published Price to Dealer for Record(s) sold by the Distributor.*

(...)

1.1.6 ***"Mid Price"** shall mean Record(s) sold at a price not exceeding seventy five per cent (75%) of the Published Price to Dealer for Record(s) sold by Distributor in the corresponding High Price category in the Territory.*

(...)

1.1.10 ***"Published Price to Dealer"** shall mean the price to customers as published by Distributor from time to time for all Record(s).*

(...)

1.1.14 ***"Territory"** shall mean Anguila, Antigua, Bahamas, (...) and Jamaica.*

(...)

6. **Supplies**

6.1 *Each order for the Products shall constitute a separate contract (...).*

(...)

6.4 *The standard terms and conditions of sale of Universal from time to time shall apply to all sales of Products pursuant to this Agreement (...). For the avoidance of doubt, the price payable by Distributor to Universal's Affiliate in respect of top line records shall be Dollars (\$) for single CD's and Dollars and (\$ ) for Double CD's, copyrights (i.e. mechanical royalty's) inclusive. Such prices are subject to change on a case by case basis to reflect higher than average copyrights or manufacturing costs.*

(...)

12.2 *The Distributor (...) shall not, for the entire Term of this Agreement and any extension thereof, without the express written consent of Universal, obtain the Products, in respect of compact discs, for distribution and sale in the Territory from anyone other than Universal through its Affiliate Universal Music Video and Distribution "UMVD" or its successor or assigns.*

(...)

---

**14. Accounting and Payment for distributed Product**

**14.1 In respect of:**

**14.1.1 Subject to Clause 14.1.5 below, all Products to be supplied to the Distributor by Universal pursuant to this Agreement shall be sold to the Distributor through UMVD pursuant to its export price list as published to its customers from time to time for Products.**

**14.1.2 In respect of the Distributor's Net Sales of Products in the Territory, the Distributor shall pay to Universal royalties ("the Product Royalties") at the rates set forth in the Schedule to this Agreement, (...).**

**14.1.3 Subject to Clause 14.1.5 below, the Product Royalties shall cover all monies payable by Universal to artists, producers or any other party in respect of the exploitation of the Products in the Territory, excluding, however, and any fees as may be payable to collection societies and organizations such as the American Federation of Musicians, in respect of the same (together "Fees").**

**14.1.4 intentionally deleted**

**14.1.5 Notwithstanding Clauses 14.1.1 and 14.1.3 above:**

**(a) Universal shall supply Products hereunder at such prices it may set as inclusive of Copyright Fees.**

**(...)**

**14.5 In the event that statements and/or payments due to Universal hereunder by Distributor are delayed for more than thirty (30) days, then Universal shall, without further notice and without prejudice to any of Universal's other rights or remedies, be entitled to interest from the date such funds were originally due on such outstanding payments at five per cent (5%) above the prime rate per annum from time to time prevailing in the Territory for the period such sums remain unpaid.**

**(...)**

**14.8 The Distributor shall if requested by Universal provide to Universal each year a copy of its audited annual accounts (...)**

**(...)**

**17. Term**

**The Term of this agreement shall commence on the date hereof and shall continue for a period of two (2) years from the date of execution as provided above. Universal shall have the option to extend the Term of this agreement by written notice to Tuff Gong at any time prior to the end of the second contract year hereunder. The option shall be automatically exercised if at the end of the second contract year if Distributor has accounted One Million Five Hundred Thousand Dollars (\$1,500,000.00) in royalties to Universal.**

(...)

21. Law and Jurisdiction

*This Agreement and its effect and any agreement reached between the parties in furtherance thereof shall be exclusively governed by and construed and enforced in accordance with the laws of The Netherlands.*

*The parties hereto agree that the Civil Court of Amsterdam shall have exclusive jurisdiction (...).*

2.17. Uit het onder 14.1.2 van de Distributieovereenkomst 2003 bedoelde 'schedule' blijkt onder andere het volgende:

3. *The royalty rates payable to Universal referred to in Clauses 7 en 14 of the Agreement shall be initially as follows:*

- (a) *sold at High Price: thirty percent (30%) in the first year, thirty one percent (31%) in the second year and thirty two percent (32%) in the third year; and,*
- (b) *sold at Budget Price: fourteen and a half percent (14,5 %)*
- (c) *sold at Mid Price: twenty one percent (21%) in the first year, twenty two percent (22%) in the second year and twenty three (23%) in the third year.*

2.18. De Distributieovereenkomst 2003 is aangegaan voor de duur van 2 jaar (van 1 juli 2003 tot en met 30 juni 2005). Partijen hebben hun handelsrelatie na afloop van genoemde duur (ongewijzigd) voortgezet.

2.19. Bij brief van 8 juni 2006 schrijft Universal Music aan Tuff Gong onder andere het volgende:

*Reference is made to the long form agreement between Universal International Music BV ("Universal") and Tuff Gong Distributors, L.P. ("Tuff Gong") dated as of July 1, 2003, as may be amended and in full force and effect as of the date hereof (the 'Agreement'). All terms not expressly defined herein shall have the same meanings ascribed to such terms in the Agreement. Notwithstanding anything to the contrary expressed or implied in the Agreement, and in lieu thereof, the following shall constitute the parties' further understanding with respect to the Agreement.*

- 1. (...)
- 2. *Paragraph 17 of the Agreement is hereby deleted and replaced in its entirety as set forth in Paragraph 3.*
- 3. *"The term of this agreement shall commence on the date hereof and shall continue for a period of four (4) years from the date of the execution as provided above."*

Tuff Gong is akkoord gegaan met de voorgestelde wijzigingen.

2.20. Begin 2008 is op verzoek van Universal Group een zogenoemde "offsite audit" uitgevoerd door de heer B. Hannon. Deze audit zag op de betalingen van Tuff Gong.



---

Universal Group heeft Tuff Gong naar aanleiding van de uitkomsten daarvan op 22 januari 2008 een factuur verzonden voor een bedrag van \$ 10,141,389.30.

2.21. Universal Music heeft Tuff Gong een op 22 februari 2008 gedateerde factuur verzonden voor een bedrag van \$ 879.250,41. Als omschrijving wordt vermeld: "We hereby charge you for interest on late payment."

2.22. Op 7 april 2008 verzendt Shukat namens Tuff Gong een e-mailbericht aan Hannan. Daaruit blijkt onder andere het volgende:

*We have received a copy of your email of February 22, 2008 together with the invoice thereon requesting a late payment fee for interest for \$879,250.41.*

*Your email indicates that the rate for calculation is 5% above the prime rate which was in operation at the time in the Territory (Jamaica).*

(...)

*Further, clause 14.5 references the prevailing rate in the Territory.*

*Since the Territory consists of multiple countries, even though you have unilaterally chosen the country of Jamaica for the purposes of calculating the interest, we have selected the country of the Bahamas as the country for which the calculations should be made and based upon that calculation, the amount due is \$502,322.96.*

### 3. Het geschil

3.1. Universal c.s. vordert - samengevat en na vermindering van eis - veroordeling van Tuff Gong tot betaling van \$ 10.115.857,33, in verband met niet afgedragen 'mechanical royalties', vermeerderd met contractuele rente en kosten. Daarnaast vordert zij betaling van contractuele rente over te laat betaalde 'product royalties'.

3.2. Zij stelt daartoe met betrekking tot de niet afgedragen mechanical royalties kort gezegd, dat zij na de totstandkoming van de nieuwe distributieovereenkomst van 1 juli 2003 per vergissing facturen is blijven verzenden op basis van de overeenkomst van 31 december 1998. Tuff Gong is als gevolg daarvan over de periode van 1 juli 2003 tot en met 31 december 2007 de oude prijs blijven betalen. Op grond van artikel 14.5 van de Distributieovereenkomst 2003 is Tuff Gong, indien zij de verschuldigde bedragen niet binnen 30 dagen betaalt, daarover 5% rente verschuldigd boven de dan in het Territory geldende rente. Voor de vordering met betrekking tot de te laat betaalde royalties verwijst Universal c.s. naar de factuur van 22 februari 2008. Ook over dat bedrag wordt de op grond van artikel 14.5 van de Distributieovereenkomst 2003 verschuldigde rente gevorderd.

3.3. Tuff Gong voert verweer.

3.4. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover hier van belang, nader ingegaan.

#### 4. De beoordeling

##### *Verhouding Distributieovereenkomst 2003 en de nadere koopovereenkomsten*

4.1. Tuff Gong betwist in de eerste plaats dat Universal Group ontvankelijk is in haar vorderingen. De vorderingen van Universal c.s. zijn gebaseerd op nakoming van de Distributieovereenkomst 2003. Universal Group is daarbij geen partij. Uit de Distributieovereenkomst 2003 vloeien voor Tuff Gong geen betalingsverplichtingen jegens Universal Music voort. De totstandkomingsgeschiedenis en de Distributieovereenkomst 2003 (met name artikel 12.2 in samenhang met artikel 6.1) geven er geen blijk van dat (Tuff Gong heeft beoogd dat) Universal Group een beroep kan doen op de bepalingen uit de Distributieovereenkomst 2003. Tuff Gong moet op grond van de Distributieovereenkomst 2003 met Universal Group nadere individuele koopovereenkomsten sluiten. Uit die overeenkomsten vloeiden voor Tuff Gong betalingsverplichtingen voort. Universal Group (in de overeenkomst nog aangeduid met UMVD) stelde conform haar "export price list" de prijzen vast en verzond aan Tuff Gong facturen, die gelijk waren aan haar prijslijst. De bedragen dienden op grond van die facturen betaalbaar gesteld te worden aan Universal Group (UMVD). De betalingsverplichtingen die uit de individuele koopovereenkomsten voortvloeiden zijn door Tuff Gong voldaan, zodat de vorderingen van Universal Group (bovendien) moeten worden afgewezen, aldus Tuff Gong.

4.2. Omdat Tuff Gong de verhouding tussen de nadere koopovereenkomsten en de Distributieovereenkomst 2003 ook vooropstelt bij de beantwoording van de vraag of de in artikel 6.4 van de Distributieovereenkomst 2003 genoemde prijzen door Universal c.s. in rekening kunnen worden gebracht, zal de rechtbank de ontvankelijkheid van Universal Group bij de beantwoording van die vraag meenemen.

4.3. Tuff Gong betwist dat Universal c.s. de in artikel 6.4 van de Distributieovereenkomst 2003 genoemde prijzen in rekening kan brengen. Tuff Gong benadrukt in dit verband dat de Distributieovereenkomst 2003 een raamovereenkomst betreft. Artikel 6.4 van de Distributieovereenkomst 2003 moet worden gelezen in de context van de gehele overeenkomst en de voorwaarden waaraan in artikel 6.4 van die overeenkomst wordt gerefereerd. Op grond van de raamovereenkomst dient Tuff Gong voor de aanschaf van CD's individuele overeenkomsten te sluiten met Universal Group. Tuff Gong is altijd de op grond van die nadere overeenkomsten toegezonden facturen tegen de eerder overeengekomen en gefactureerde prijs (van \$ . . . ) respectievelijk \$ . . . voor een enkele respectievelijk een dubbel CD) blijven betalen. Dit betreft een redelijke prijs. Tuff Gong wijst er daarbij op dat Universal c.s. na de totstandkoming van de Distributieovereenkomst 2003 haar prijzen heeft verlaagd. Tuff Gong mocht afgaan op de prijzen, zoals die in de op basis van de koopovereenkomsten toegezonden facturen tot uitdrukking komen. Dat die facturen bepalend zijn, volgt ook uit artikel 9 van de achter op de facturen opgenomen Terms of Sale. Daaruit blijkt dat "the rights of the parties shall be governed exclusively by the provisions, terms and conditions hereof". Uit artikel 12 van de Terms of Sale blijkt voorts dat "the merchandise specified hereon was sold and delivered to the buyer (...) at the prices specified hereon", aldus steeds Tuff Gong.

4.4. Universal c.s. stelt in dit verband onder andere dat de door Tuff Gong te betalen prijzen steeds gebaseerd waren op de door partijen in de distributieovereenkomsten overeengekomen prijs. De in de Distributieovereenkomst 2003 opgenomen prijzen zijn het resultaat van een onderhandelingstraject waarin Tuff Gong veel inspraak heeft gehad en waarin de in de nadere overeenkomsten te hanteren prijzen zijn uitonderhandeld. Tuff Gong

dient de Distributieovereenkomst 2003 na te komen. Een eventuele prijsverlaging die na de totstandkoming van de Distributieovereenkomst 2003 is doorgevoerd, laat de verplichtingen die voor Tuff Gong uit die overeenkomst voortvloeien onverlet. Bovendien geldt dat de verlaging betrekking had op prijzen voor de detailhandel in de Verenigde Staten van Amerika en niet voor distributeurs (elders). Met betrekking tot de Terms of Sale is er ter zitting van 19 oktober 2010 onder andere op gewezen dat de Terms of Sale het mogelijk maken van de daarin genoemde voorwaarden af te wijken. Dat is gebeurd met de Distributieovereenkomst 2003, aldus Universal c.s.

4.5. De rechtbank stelt voorop dat de Distributieovereenkomst 2003 een raamovereenkomst betreft. In die overeenkomst is opgenomen dat Tuff Gong (exclusief) gehouden is haar CD's af te nemen bij Universal Group en daartoe met Universal Group individuele koopovereenkomsten moet aangaan tegen de in de Distributieovereenkomst 2003 overeengekomen prijzen (zie de artikelen 6.4, 12.2 en 14.1.1). Zijdens Universal c.s. wordt er terecht op gewezen dat de in de nadere koopovereenkomsten te hanteren prijs wordt gedicteerd door de Distributieovereenkomst 2003 (artikel 6.4). De raamovereenkomst verplicht Tuff Gong niet enkel nadere overeenkomsten te sluiten met Universal Group, maar voorziet tevens in de prijs die partijen daarbij moeten hanteren. De raamovereenkomst beoogt op dat punt door te werken in de nader te sluiten koopovereenkomsten. Dit blijkt uit de onder de feiten weergegeven totstandkomingsgeschiedenis van de Distributieovereenkomst 2003 en vindt steun in het feit dat dit onder de Distributieovereenkomst 1998 niet anders was. Ook in die overeenkomst werden de (uiteindelijk) te hanteren prijzen genoemd, conform welke prijzen in de praktijk daadwerkelijk werd gefactureerd. Na het Amendement 2000 was dit korte tijd anders, omdat Tuff Gong blijkens het Amendement 2000 zelf zorg moest dragen voor de afdracht van de 'copyright fees'. Tuff Gong wist echter dat onder de Distributieovereenkomst 2003 de prijzen, net als vóór het Amendement 2000, de in artikel 6.4 van de Distributieovereenkomst 2003 genoemde prijzen zouden zijn. Tuff Gong wilde die copyright fees voor rekening van Universal Music laten komen, hetgeen zich vertaalde in een hogere prijs. De rechtbank verwijst in dit verband naar het e-mailbericht van Universal Music van 17 januari 2003, waaruit blijkt dat "Tuff Gong wants us to pay mechanicals and recharge them". Een en ander volgt ook uit het op 4 juni 2003 aan Tuff Gong verzonden e-mailbericht, waarin staat:

*For the avoidance of doubt, the price payable by Tuff Gong to Universal's affiliate shall be \_\_\_\_\_ Dollars (\$) for single CD's and \_\_\_\_\_ Dollars (\$) for Double CD's, copyrights (i.e. mechanical royalty's) inclusive (vet rechtbank).*

De door Tuff Gong genoemde nadere overeenkomsten en de op de achterzijde van de facturen vermelde Terms of Sale maken dit niet anders. Blijkens artikel 12 van de genoemde Terms of Sale kan daarvan bij overeenkomst worden afgeweken. Dit is gebeurd bij de Distributieovereenkomst 2003. Gelet hierop mocht Tuff Gong er niet gerechtvaardigd op vertrouwen dat de facturen de werkelijk door haar te betalen prijzen weergaven. Dat zou immers inhouden dat zij, in tegenstelling tot hetgeen zij na uitvoerige onderhandelingen was overeengekomen (zoals weergegeven onder 2.6-2.17), slechts 1/3 van de overeengekomen prijs zou betalen. De in de Distributieovereenkomst 2003 genoemde prijzen zijn derhalve bepalend. Dat Universal voor de detailhandel in de Verenigde Staten een prijsverlaging heeft doorgevoerd, ontslaat Tuff Gong niet van haar contractuele verplichtingen. Omdat de prijzen die (moeten) worden gehanteerd bij de nadere koopovereenkomsten voortvloeien uit de Distributieovereenkomst 2003, welke in deze procedure aan de vorderingen ten grondslag is gelegd, is (ook) Universal Group ontvankelijk in haar vorderingen, althans liggen deze niet reeds voor afwijzing gereed omdat uit de Distributieovereenkomst 2003 voor Tuff Gong jegens haar geen verplichtingen zouden voortvloeien.

*Top line records*

4.6. Tuff Gong voert voorts het verweer dat, als de in artikel 6.4 van de Distributieovereenkomst 2003 genoemde prijs toch het uitgangspunt is, dan heeft te gelden dat die bepaling uitsluitend ziet op zogenoemde 'top line records' en niet op de door Tuff Gong afgenomen 'Products'. In de overeenkomst is opgenomen wat daaronder is te verstaan. Dit zijn de 'High Price Records'.

Tuff Gong ontkent voorts dat 98% van de door haar afgenomen CD's kan worden gekwalificeerd als 'top line'. Zij wijst er in dit verband op dat zij in verschillende prijsniveau's CD's kocht. Zo kocht Tuff Gong na een wijziging in de prijsstructuur in september 2003 vooral onder de prijscode 'J12', waar zij daarvoor onder de prijscode 'C18' kocht.

4.7. Universal c.s. wijst er in dit verband op dat het overgrote deel van haar albums 'top line records' betreft. Het betreft de bekende en snel verkopende platen van Universal c.s. (dit kunnen zowel nieuwe als oude albums zijn) waarvoor een vergoeding gold (en geldt) van 30, 31 of 32%. Deze albums worden onderscheiden van de zogenoemde 'Budget-line' en 'Mid-line' albums, die niet snel, dan wel minder snel verkocht worden. Uit het onder 2.11 opgenomen e-mailbericht van Tuff Gong blijkt dat zij 30% betaalt, hetgeen duidt op 'top line records'. Dat sprake is van 'top line records' volgt tevens uit de door Tuff Gong aan Universal c.s. gezonden kwartaalrapportages, waarvan er als productie 27 enkele zijn overgelegd, uit de door Tuff Gong in het kader van de audit overgelegde rapporten en uit kolom 17 van de als productie 15 door Tuff Gong overgelegde excelsheet. Uit de administratie van Universal c.s., welke bij repliek is overgelegd, blijkt voorts dat 99% van de door Tuff Gong afgenomen opnames 'top line records' betrof (in de administratie 'frontline' genoemd. Zowel C18 als J12 vallen in de hoogste prijscategorie en zijn derhalve allebei 'top line'.

4.8. De rechtbank stelt voorop dat in de Distributieovereenkomst 2003 geen definitie is opgenomen van 'top line records'. De rechtbank kan in het midden laten wat daaronder nu precies moet worden verstaan. Partijen zijn het er immers over eens dat dit in ieder geval hetzelfde is als 'High Price records'. Uit het onder 14.1.2 bedoelde 'schedule' blijkt dat de over 'High Price records' verschuldigde royalty een percentage van 30% bedraagt. Tuff Gong stelt weliswaar dat zij in verschillende prijsniveaus CD's heeft gekocht, maar die verschillende niveaus hielden kennelijk overwegend 'High Prices' in, nu Tuff Gong blijkens haar eigen opgaven (productie 28), en blijkens de overgelegde 'AIF Correction' (productie 28, exhibit 2 zijdens Universal c.s.) over nagenoeg al haar aankopen (98%) 30% aan royalty's heeft afgedragen. Tuff Gong heeft geen verklaring kunnen geven voor het feit dat zij consequent 30% aan royalty's heeft afgedragen. De enkele omstandigheid dat de betreffende lijsten door Universal c.s. zijn opgesteld en het voor Tuff Gong lastig is deze lijsten te betwisten, is onvoldoende. Dit houdt in dat Tuff Gong onvoldoende gemotiveerd heeft betwist dat zij nagenoeg uitsluitend 'top line records' heeft afgenomen. Dit geldt ook voor zover zijdens Universal c.s. gemotiveerd is gesteld dat de verschillende coderingen J12 en C18 alleen van belang zijn voor de van toepassing zijnde commerciële regeling die met de betreffende wederpartij is overeengekomen. Dit bekent dat eenzelfde CD onder verschillende codes kan vallen. In het onderhavige geval moet ervan worden uitgegaan dat genoemde codes beide zagen op 'top line records'.

*Rechtsverwerking/redelijkheid en billijkheid/misbruik van recht*

4.9. Tuff Gong stelt dat zij er in redelijkheid op mocht vertrouwen dat de bij haar in rekening gebrachte facturen correct waren, te meer nu het systeem van bestellen en factureren van de door haar gekochte geluidsdragers sinds het begin van de relatie met Universal Music ongewijzigd is gebleven. Zij sloot nadere overeenkomsten met Universal Group, die haar factureerde, welke facturen door Tuff Gong werden betaald. Omdat Universal c.s. na de totstandkoming van de Distributieovereenkomst 2003 haar prijzen had verlaagd en doordat jarenlang facturen zijn verzonden met dezelfde prijs van \$ voor een enkele CD, mocht Tuff Gong erop vertrouwen dat Universal c.s. afstand had gedaan van haar gepretendeerde vorderingsrechten. Uit de toegezonden facturen blijkt immers dat een "claim relating to the invoice within 5 days from receipt of merchandise" moet worden gericht aan Universal Group. Gebeurt dat niet, dan staat de hoogte van de factuur daarmee vast. Bovendien zijn de in rekening gebrachte prijzen redelijk, terwijl Tuff Gong de deskundigheid ontbeerde om vast te kunnen stellen dat de facturen wellicht niet correct zouden zijn. Universal Music heeft bovendien 10 jaar stil gezeten en geen gebruik gemaakt van haar contractuele audit recht. Gezien alle omstandigheden van het geval is het volgens Tuff Gong hoe dan ook onredelijk en onbillijk haar te veroordelen tot betaling van het gehele bedrag. Als kleine distributeur wordt Tuff Gong onredelijk benadeeld doordat Universal Music nu alsnog haar rechten geldend wenst te maken. Zij heeft een moeilijk afzetgebied en zou niet meer in staat zijn een financieel gezonde marge te handhaven, aldus Tuff Gong.

4.10. Omdat de vordering ziet op nog te betalen 'copyright fees' en het niet de bedoeling is dat deze in het vermogen van Universal c.s. vloeien, is volgens Tuff Gong bovendien sprake van misbruik van recht. Universal c.s. heeft geen 'copyright fees' voldaan aan de makers, terwijl uit de US Copyright Act voortvloeit dat een rechtsvordering tot vergoeding van 'copyright fees' in beginsel na verloop van drie jaar vervalt. Het is bestendig gebruik dat afwijkingen van die vervaltermijn (welke op grond van de Copyright Act mogelijk zijn) worden opgenomen in overeenkomsten tussen de maker van de liedjes en de muziekmaatschappij. Door nu op grond van artikel 6.4 van de Distributieovereenkomst 2003 alsnog betaling te vorderen van de 'copyright fees' (mechanical royalties), wordt misbruik gemaakt van recht.

4.11. Universal c.s. betwist dat zij haar rechten heeft verwerkt. Zij wijst erop dat geen sprake is van gedragingen zijdens Universal c.s. waaruit Tuff Gong mocht afleiden dat Universal c.s. afstand deed van haar rechten. Tuff Gong mocht daar ook niet gerechtvaardigd op vertrouwen, nu de overeenkomst van 2003 ten opzichte van die van 1998 nu juist specifiek op dat punt is gewijzigd. Omdat Universal Music onder de Distributieovereenkomst 2003 de aansprakelijkheid op zich nam voor de 'mechanical royalties', waarmee al een bedrag van \$ gemeoid was, kon Tuff Gong begrijpen dat de prijs van \$ voor een cd niet juist kon zijn. De financiële afdeling is vergeten de prijzen te baseren op de Distributieovereenkomst 2003. Meteen nadat die fout bij haar bekend was, heeft Universal Music Tuff Gong alsnog gefactureerd. Van misbruik van recht is volgens Universal geen sprake. De Distributieovereenkomst 2003 staat los van verplichtingen van Universal c.s. jegens derden. Universal c.s. is er pas in 2007 achter gekomen dat er onjuist werd gefactureerd.

4.12. De rechtbank verwerpt het beroep dat Tuff Gong doet op rechtsverwerking en de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. Voor rechtsverwerking is het enkel stilzitten door Tuff Gong niet voldoende. Voor zover door Universal Group facturen zijn

---

verzonden tegen een te lage prijs, heeft te gelden dat, gelijk de rechtbank onder 4.8 heeft overwogen, Tuff Gong er onder genoemde omstandigheden niet gerechtvaardigd op mocht vertrouwen dat de facturen de werkelijk door haar te betalen prijzen weergaven. Na langdurige onderhandelingen had haar niet kunnen en mogen ontgaan dat de facturen die zij ontving niet juist waren. Van misbruik van recht is evenmin sprake. Tuff Gong is met Universal Music overeengekomen dat zij een bepaald percentage aan royalties zou voldoen. Bij het vaststellen van de hoogte daarvan is er rekening mee gehouden dat Universal Music de jegens derden verschuldigde 'mechanical royalties' zou voldoen. Of en in hoeverre die derden daadwerkelijk aanspraak maken op de aan hen verschuldigde royalties is voor de voor Tuff Gong overeenkomst (jegens Universal Music) voortvloeiende verplichtingen niet van belang.

*Conclusie gevorderde hoofdsom*

4.13. De conclusie van het voorgaande is, nu de aantallen CD's die Universal c.s. aan haar vordering ten grondslag legt niet (langer) worden betwist, dat de gevorderde hoofdsom kan worden toegewezen. De rechtbank neemt daarbij in overweging dat uit de stukken blijkt dat Tuff Gong voor 98% Top Line Records verkoopt en Universal c.s. op de bij dagvaarding gevorderde hoofdsom in haar conclusie van repliek 2% in mindering heeft gebracht.

*Rente over de hoofdsom*

4.14. Tuff Gong stelt - ook nu - dat de Distributieovereenkomst 2003 niet van toepassing is op de nader gesloten individuele overeenkomsten. De in de Distributieovereenkomst 2003 overeengekomen rente zou daarom niet van toepassing zijn. De rechtbank is, onder verwijzing naar hetgeen zij hiervoor heeft overwogen, van oordeel dat Tuff Gong bij te late betaling de onder de Distributieovereenkomst 2003 overeengekomen rente verschuldigd is. De Distributieovereenkomst 2003 werkt ook in zoverre door in de nadere koopovereenkomsten. Dit betekent dat Tuff Gong ingevolge artikel 14.5 van de Distributieovereenkomst, indien zij - kort gezegd - meer dan 30 dagen te laat betaalt, een rente verschuldigd is van 5% bovenop het in 'the Territory' op dat moment geldende rentepercentage.

4.15. Wat betreft de binnen 'the Territory' geldende rentepercentages heeft te gelden dat Universal c.s. ten onrechte aansluiting zoekt bij de op Jamaica geldende gemiddelde rente. Ook de Bahamas, waarbij Tuff Gong aansluiting zoekt, is niet het juiste aanknopingspunt. Blijkens artikel 14.5, in samenhang met artikel 1.1.14 van de Distributieovereenkomst 2003, is dat het gemiddelde van alle landen binnen het Territorium. Niet in geschil is dat niet van alle in de Distributieovereenkomst 2003 genoemde landen een rentepercentage kan worden vastgesteld. Partijen hebben (afgezien van de Bahamas en Jamaica) geen andere landen genoemd waarvan wel een rentepercentage kan worden vastgesteld. De rechtbank zal daarom ter definitieve beslechting van het geschil en in aansluiting bij het partijdebat ter zitting van 19 april 2010, bepalen dat partijen dienen uit te gaan van het gemiddelde van de op de Bahamas en Jamaica geldende rentepercentages (+ 5%).

4.16. De aldus over de hoofdsom te berekenen rente vangt aan 31 dagen na 22 januari 2008. Universal c.s. heeft immers voor het eerst op 22 januari 2008 een factuur verzonden voor de verschuldigde hoofdsom.

*Rente inzake te laat voldane Product Royalties*

4.17. Niet (langer) in geschil is dat Tuff Gong aanvankelijk tot een bedrag van \$ 1.773.024,00 te weinig aan Product Royalties heeft voldaan. Zij heeft dit bedrag alsnog

---

voldaan. Tuff Gong betwist niettemin dat zij rente verschuldigd is. Zij beroept zich op artikel 6:23 BW, dan wel artikel 6:89 BW. Deze bepalingen zouden aan toewijzing van de contractuele rente in de weg staan.

*Artikel 6:23 BW?*

4.18. Voor zover Tuff Gong zich beroept op artikel 6:23 BW, gaat zij ervan uit dat Universal c.s. belang heeft bij het wachten met het indienen van haar vordering met betrekking tot de Product Royalties omdat de rentebedragen snel oplopen. Het beroep op artikel 6:23 BW dient reeds te falen omdat Tuff Gong niet stelt dat Universal c.s. haar heeft belet de door haar verschuldigde Product Royalties te voldoen.

*Artikel 6:89 BW?*

4.19. Voor zover Tuff Gong een beroep doet op artikel 6:89 BW, stelt Tuff Gong dat Universal c.s. te laat heeft geklaagd. Zij gaat er daarmee echter aan voorbij dat Universal c.s., nadat zij er middels de audit van begin 2008 achter was gekomen dat Tuff Gong te weinig product royalties had betaald, op 22 januari 2008 een factuur heeft verzonden voor het nog verschuldigde bedrag. Zonder nadere toelichting, die ontbreekt, vermag de rechtbank niet in te zien waarom Universal c.s. dan geen beroep kan doen op artikel 14.5 van de Distributieovereenkomst 2003.

4.20. Gelijk de rechtbank onder 4.15 heeft overwogen, zal zij ook nu voor de verschuldigde rente bepalen dat partijen dienen uit te gaan van het gemiddelde (+ 5%) van de op de Bahamas en Jamaica geldende rentepercentages. De rente dient daarbij berekend te worden over de perioden zoals die in exhibit 3 bij productie 28 zijdens Universal c.s. tot uitdrukking zijn gebracht (en welke Tuff Gong bij haar berekening eveneens tot uitgangspunt heeft genomen).

*Kosten*

4.21. Als de overwegend in het ongelijk gestelde partij zal Tuff Gong in de kosten van de procedure worden veroordeeld. De rechtbank begroot de kosten aan de zijde van Universal c.s. tot op heden op:

-	€ 4.784,00	vast recht
-	€ 71,80	kosten deurwaarder
-	<u>€ 14.499,50</u>	kosten advocaat (€ 3.211,00 x 4,5 punten volgens tarief VIII: dagvaarding; comparitie 14 april 2009; repliek; akte; pleidooi 19 oktober 2010)

Totaal: € 19.355,30.

---

**5. De beslissing**

**De rechtbank**

- veroordeelt Tuff Gong aan Universal c.s. te betalen een bedrag van \$ 10.115.857,33;
- veroordeelt Tuff Gong tot betaling van de onder 4.15 en 4.16 bedoelde rente over dat bedrag vanaf 31 dagen na 22 januari 2008 tot de dag der voldoening;
- veroordeelt Tuff Gong tot betaling van diezelfde rente over de verlate betaling van product royalties over de periode januari 2003 tot en met december 2003, volgens het onder 4.20 bedoelde schema, tot de dag der algehele voldoening;
- veroordeelt Tuff Gong in de kosten van de procedure, tot op heden aan de zijde van Universal c.s. begroot op € 19.355,30;
- verklaart het vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad;
- wijst af het meer of anders gevorderde.

Dit vonnis is gewezen door mr. R.H.C. Jongeneel, mr. P.W. van Straalen en mr. I.H.J. Konings en in het openbaar uitgesproken op 23 februari 2011.



UITGEGEVEN VOOR GROSSE  
De griffier van de  
Rechtbank Amsterdam

