

zaaknummer 200.015.797/01

2 maart 2010

GERECHTSHOF TE AMSTERDAM
VIJFDE MEERVOUDIGE BURGERLIJKE KAMER

ARREST

in de zaak van:

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
PROCTOR MEDIA PROJECTS B.V.,
gevestigd te Amsterdam,
APPELLANTE IN HET PRINCIPAAL APPEL,
GEÏNTEMEERDE IN HET VOORWAARDELIJK INCIDENTIEEL APPEL,
advocaat: mr. I.M.C.A. Reinders Folmer, te Amsterdam,

t e g e n

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
DULLAERT & DUMAS FILM & TV PRODUCTIES B.V.,
gevestigd te Hilversum,
GEÏNTEMEERDE IN HET PRINCIPAAL APPEL,
APPELLANTE IN HET VOORWAARDELIJK INCIDENTIEEL APPEL,
advocaat: mr. E.J. Bink, te Amsterdam.

1. Het geding in hoger beroep

1.1 Appellante, verder te noemen: Proctor, is bij exploit van 17 juli 2008 in hoger beroep gekomen van een vonnis dat door de rechtbank te Amsterdam onder zaaknummer/rolnummer 377356/HA ZA 07-2299 tussen partijen is gewezen en dat is uitgesproken op 7 mei 2008.

1.2 Proctor heeft bij memorie vier grieven tegen het vonnis waarvan beroep aangevoerd en een bewijstaanbod gedaan, met conclusie, samengevat, dat D&D alsnog wordt veroordeeld om € 40.833,30 met rente te betalen en het overeengekomen "right of first refusal" na te komen. Alles met veroordeling van D&D tot betaling van de proceskosten en terugbetaling van wat Proctor heeft betaald ingevolge het bestreden vonnis. Een en ander steeds uitvoerbaar bij voorraad.

1.3 D&D heeft daarop bij memorie van antwoord de grieven bestreden en een bewijstaanbod gedaan, met conclusie tot bekrachtiging van het bestreden vonnis. D&D heeft incidenteel gegriefd onder de voorwaarde dat één van de grieven in het principale appel slaagt en daarbij één grief voorgesteld, alles met veroordeling van Proctor tot betaling van de proceskosten.

1.4 Ten slotte hebben partijen het hof gevraagd arrest te wijzen op basis van de stukken van het geding.

2. Waarvan het hof uitgaat

De rechtbank heeft in het vonnis waarvan beroep onder 2 een aantal feiten vastgesteld. Het hof zal van die feiten uitgaan voorzover daartegen niet is gegriefd.

3. Behandeling van het hoger beroep

3.1 Op 30 april 2006 hebben Proctor en D&D een overeenkomst van opdracht gesloten waarin is bepaald dat Proctor 12 scripts van tien minuten voor een televisieserie genaamd Spetter, zou schrijven tegen een vergoeding van € 35.000,--. De overeenkomst bepaalt, voor zover van belang in artikel 8: "De opdrachtnemer draagt al zijn rechten van intellectuele en/of industriële eigendom, daaronder begrepen auteursrechten, (...), onvoorwaardelijk aan opdrachtgever over, voor zover de op-

drachtnemer op zijn bijdrage enig van voornoemde rechten zou kunnen doen gelden (...). De opdrachtnemer verleent derhalve hierbij aan opdrachtgever het recht zijn prestatie exploiteren, op welke wijze heden of in de toekomst bekend, zulks uitsluitend ter beoordeling van opdrachtgever.

Opdrachtnemer heeft bij een mogelijk vervolg van de serie in 2007 en/of 2008 een first right of refusal voor de ontwikkeling van nieuwe scripts."

3.2 De opdrachtgever van D&D is het Dolfinarium Harderwijk B.V., verder: het Dolfinarium. Proctor heeft in 2006 de overeengekomen 12 scripts geschreven voor de eerste serie van de televisieserie Spetter.

3.3 Op 15 januari 2007 heeft het Dolfinarium per e-mail aan D&D de opdracht gegeven voor de productie van de tweede serie van Spetter. Daarbij is de voorwaarde gesteld dat D&D andere scriptschrijvers dan Proctor zou contracteren. D&D heeft vervolgens de opdracht om scripts voor deze tweede serie te schrijven verleend aan een andere tekstschrijver.

3.4 Op 5 juni 2007 heeft Proctor D&D aansprakelijk gesteld voor de schade en haar gesommeerd het gederfde honorarium vermeerderd met de buitengerechtigde kosten te voldoen en verder te bevestigen dat Proctor voor de volgende serie in de gelegenheid zal worden gesteld om de scripts te schrijven.

3.5 De rechtbank heeft in haar bestreden vonnis geoordeeld dat D&D in strijd heeft gehandeld met artikel 3 van de overeenkomst door Proctor geen vervolgoopdracht te verstrekken en dat deze daardoor schade heeft geleden. Het beroep van D&D op overmacht heeft de rechtbank verworpen. Naar haar oordeel kwam de omstandigheid dat het Dolfinarium de voorwaarde stelde dat een andere tekstschrijver de scripts moest schrijven volgens verkeersopvatting voor rekening van D&D. Niettemin werd de vordering afgewezen bij gebrek aan causaal verband tussen de tekortkoming en de geleden schade. Als D&D de overeenkomst met Proctor zou zijn nagekomen had het Dolfinarium haar de op-

dracht om die serie te produceren niet verleend. In dat geval had Proctor dus evenmin een vervolgoopdracht gekregen en dus ook geen honorarium ontvangen. De rechtbank achtte de omstandigheid dat het honorarium deels ook een tegenprestatie zou zijn voor het voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst verrichte creatieve werk voor de beslissing niet relevant. Omdat ook een eventuele opdracht voor een derde serie niet aan D&D zou worden gegund als Proctor de scripts zou schrijven heeft de rechtbank ook de vordering tot nakoming van het recht van "first refusal" afgewezen.

3.6 Onder 1 en 2 grieft Proctor tegen de feitenvaststelling door de rechtbank in die zin dat zij geen aandacht heeft besteed aan de omstandigheid dat de scripts voor de eerste serie in de diverse stadia van totstandkoming daarvan zijn goedgekeurd door D&D, de regisseur en het Dolfinarium. De rechtbank heeft verder geen aandacht besteed aan de omstandigheid dat het Dolfinarium alleen ontevreden was over het eindresultaat. D&D heeft, aldus Proctor, een andere regisseur en andere uitvoerend producent gecontracteerd en die stelden op hun beurt als voorwaarde dat zij ook de scripts zouden schrijven. In grief 3 voert Proctor aan dat de rechtbank de contractuele verplichting van D&D te beperkt heeft opgevat door de tekortkoming in de nakoming van de overeenkomst door D&D alleen op te vatten als het niet verlenen van een vervolgoopdracht aan Proctor en door het vereenzelvigen van het wel verlenen van een dergelijke opdracht aan Proctor met het niet verkrijgen van de opdracht tot het vervaardigen van de vervolgserie. De vierde grief van Proctor behelst de klacht dat de rechtbank ten onrechte geen bewijsopdracht heeft verstrekt of partijen in de gelegenheid heeft gesteld te re- en dupliceren. De voorwaardelijke incidentele grief is gericht tegen de verwerping van het beroep van D&D op overmacht.

3.7 De grieven lenen zich voor gezamenlijke behandeling. Het hof stelt daarbij voorop dat hetgeen waarmee partijen zich over en weer contractueel hebben gebonden (mede) afhankelijk is van de uitleg van artikel 8 van de overeenkomst. Het hof is

van oordeel dat partijen, rekening houdend met elkaars belangen, redelijkerwijs van elkaar mochten begrijpen en verwachten dat aan Proctor in beginsel de vervolgoopdracht tot het schrijven van scripts zou worden verstrekt indien het Dolfinarium zou beslissen dat er een tweede televisieserie van Spetter moest worden geproduceerd. Door D&D is geen voorbehoud gemaakt inhoudende dat een tweede opdracht aan Proctor afhankelijk was van de vraag of haar opdrachtgever, het Dolfinarium, akkoord zou gaan met Proctor als scriptschrijver. Een tweede televisieserie Spetter betekende dus dat Proctor de opdracht zou krijgen om de scripts daarvoor te schrijven, of beter gezegd: eenzijdig het recht zou hebben die opdracht te weigeren. Een en ander komt mogelijk anders te liggen wanneer het Dolfinarium, als opdrachtgever van D&D, ontevreden zou zijn geweest met het werk van Proctor en deze niet in staat zou zijn aan de gerechtvaardigde verwachtingen van het Dolfinarium te voldoen dan wel het Dolfinarium niet overtuigd kon worden van de onjuistheid van haar standpunt. Zover is het echter niet kunnen komen. Onbetwist is immers dat betrokkener, waaronder de regisseur, tevreden waren over de scripts voor de eerste serie. Zoals Paul Kuyken, van D&D, aan Proctor schreef op 29 mei 2006: "Spetter nog niet gezien, wel de leuke scripts van je gelezen en een aantal keer op de set geweest. Ben zeer benieuwd naar het eindresultaat". Dat beeld wordt bevestigd door de regisseur van de eerste televisieserie, Ward Latiers, die in een schriftelijk bericht van 5 juli 2007 te kennen geeft dat de enige kritiek die er op de scripts kwam afkomstig was van de zender die liever een "stand-alone serie" wilde "maar toen (lag) de basis van de serie al vast er (was) de productieperiode volstrekt te kort geworden".

3.8 Duidelijk is dat de kijkcijfers tegenvielen en het Dolfinarium ontevreden was over de eerste serie maar door D&D is niet gemotiveerd gesteld dat zij Proctor in staat heeft gesteld scripts voor een tweede serie aan te passen aan de kritiek. Noch heeft zij kennelijk het Dolfinarium ervan proberen te overtuigen dat de kritiek op de scripts voor de eerste serie onterecht was of geprobeerd te bewerkstelligen dat Proctor

een kans zou worden gegund om andere scripts te schrijven voor de tweede serie. Daartoe was zij jegens Proctor in het licht van artikel 8 van de overeenkomst wel gehouden.

3.9 In plaats daarvan heeft D&D, toen zij volgens haar van het Dolfinarium te horen kreeg dat deze (onder andere) een andere scriptschrijver wilde, zonder Proctor daarvan op de hoogte te stellen de opdracht voor het produceren van de tweede televisieserie aangenomen. Daarmee schoot D&D tekort in de nakoming van haar uit artikel 8 van de overeenkomst voortvloeiende verplichting als eerste Proctor aan te bieden de scripts voor de tweede serie te schrijven.

3.10 De omstandigheid dat het Dolfinarium te kennen zou hebben gegeven dat een ander dan Proctor de scripts voor de tweede serie moest schrijven, verhindert niet dat de tekortkoming aan D&D toerekenbaar is. Gesteld noch gebleken is immers dat het Dolfinarium tegen de persoon van de door Proctor ingeschakelde scriptschrijver onoverkomelijke bezwaren had en, zoals boven al overwogen, zij heeft Proctor ook niet in staat gesteld aan gerechtvaardigde inhoudelijke bezwaren tegen de scripts voor de eerste televisieserie - scripts die zowel door D&D als door het Dolfinarium waren goedgekeurd - tegenged te komen. D&D komt daarom geen beroep op overmacht toe. Derhalve faalt de voorwaardelijke incidentele grief. Het is naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid evenmin onaanvaardbaar dat Proctor een beroep op artikel 8 van de overeenkomst doet.

3.11 Doordat zij de scripts voor de tweede televisieserie niet mocht schrijven heeft Proctor schade geleden. Anders dan de rechtbank is het hof van oordeel dat die schade in causaal verband staat met de aan D&D toerekenbare tekortkoming. Voorop staat dat in de overeenkomst aan Proctor het recht is verleend om de scripts voor de tweede televisieserie te schrijven zonder dat daaraan door D&D nadere voorwaarden werden verbonden. Verder heeft, zoals al overwogen, D&D aan Proctor niet de kans geboden scripts voor een tweede televisieserie aan te passen aan de wensen van het Dolfinarium. Door D&D is niet voldoende

gemotiveerd gesteld dat Proctor hoe dan ook niet in staat zou zijn geweest om aan de wensen van het Dolfinarium ten aanzien van de scripts tegemoet te komen. Integendeel, het is in het geheel niet ondenkbaar dat, zoals D&D zelf suggereert, Proctor van de kritiek op de scripts voor de eerste televisieserie niets heeft meegekregen omdat die pas in volle omvang is losgebarsten nadat uitzending van de eerste serie had plaatsgevonden.

3.12 Proctor becijfert haar schade op het gedeerde honorarium waarbij zij als uitgangspunt neemt het honorarium voor de eerste serie, te vermeerderen met de wettelijke handelsrente vanaf 12 juni 2007. D&D betwist de hoogte van de schade en wijst erop dat Proctor voor het schrijven van de 14 scripts van de tweede serie geen kosten heeft hoeven te maken en geen arbeid heeft geleverd. De door Proctor gedeerde winst begroot zij op maximaal € 5.000,-- tot € 10.000,--. Ook betwist zij verschuldigdheid van handelsrente.

3.13 Uit de overgelegde stukken blijkt dat als honorarium voor het schrijven van twaalf scripts voor de eerste televisieserie een bedrag van € 35.000,-- inclusief schrijversgage, storyliners, overheadkosten maar exclusief reiskosten werd overeengekomen. Omgerekend is dat € 2.916,67 per aflevering. Niet betwist is dat de tweede serie 14 afleveringen omvatte zodat het bedrag daarvoor op € 40.833,30 kan worden gesteld. De hoogte van het aldus gemotiveerd becijferde bedrag wordt door D&D niet betwist. Door D&D wordt wel aangevoerd dat Proctor geen arbeid heeft hoeven leveren en ook geen kosten heeft hoeven maken. Dat Proctor geen arbeid heeft hoeven leveren is niet doorslaggevend voor de vraag welke schade toerekenbaar is aan de tekortkoming van D&D. Niet gesteld is dat Proctor de arbeid die hij anders voor het schrijven van scripts voor de tweede televisieserie van Spetter zou hebben verricht heeft kunnen aanwenden voor andere omzetgenererende werkzaamheden.

3.14 Op het argument van de kostenbesparing heeft Proctor nog niet kunnen reageren zodat de zaak daartoe naar de rol zal worden verwezen voor uitlating op dit punt zijdens Proctor.

3.15 Ten aanzien van de hoogte van de gevorderde rente is het hof van oordeel dat over de schade als gevorderd geen handelsrente maar alleen de gewone wettelijke rente verschuldigd is. In het onderhavige geval gaat het immers om schadevergoeding. Daaraan doet niet af dat de advocaat van Proctor op 5 juni 2007 kennelijk namens Proctor een declaratie bij zijn ingebrekestelling heeft verzonden.

3.16 Rest nog de vordering tot veroordeling van D&D om in de toekomst het "right of first refusal" na te komen. Die vordering moet worden afgewezen, nu het "right of first refusal" slechts betrekking heeft op de jaren 2007 en 2008 en die jaren inmiddels al in een (ver) verleden liggen.

3.17 Het hof houdt iedere verdere beslissing aan.

4. Beslissing

Het hof:

verwijst de zaak naar de rolzitting van dinsdag 30 maart 2010 voor het overleggen van een akte aan de zijde van Proctor tot het hiervoor onder 3.14 omschreven doel;

houdt iedere verdere beslissing aan.

Dit arrest is gewezen door mrs. J.C.W. Rang, R.J.Q. Klomp en W.J. Noordhuizen en uitgesproken ter openbare terechtzitting van 2 maart 2010 door de rolraadsheer.

Mr. R.J.M. Smit