

arrest

GERECHTSHOF AMSTERDAM

afdeling civiel recht en belastingrecht, team I

zaaknummer gerechtshof : 200.138.891/01

zaak-/rolnummer rechtbank : C/13/475366/HAZA 10-3658

arrest van de meervoudige burgerlijke kamer van 3 november 2015

inzake

1. EMRYSS B.V.,

2.

gevestigd respectievelijk ^Bwonend te ^B appellanten,
tevens incidenteel geïntimeerden,
advocaat: mr. D. Knottenbelt te Rotterdam,

tegen:

^Vwonend ^V ; Verenigde Staten van Amerika,
geïntimeerde,
tevens incidenteel appellant,
advocaat: mr. Th.J. Bousie te Amsterdam.

1. Het geding in hoger beroep

Partijen worden hierna Emryss, ^B en ^V genoemd.

Emryss en ^B zijn bij dagvaarding van 22 oktober 2013 in hoger beroep gekomen van vonnissen van 5 september 2012 (hierna: het tussenvonnissen), 24 juli 2013 (hierna: het eindvonnis) en 7 augustus 2013 (hierna: het herstellvonnis) met bovengenoemd zaak-/rolnummer van de rechtbank Amsterdam, gewezen tussen ^V als eiser in conventie/ verweerder in reconventie in de hoofdzaak en eiser in het incident en Emryss en ^B als gedaagden in conventie/eisers in reconventie in de hoofdzaak en verweerders in het incident.

Emryss en ^B hebben bij memorie vijf grieven geformuleerd, hun eis gewijzigd en producties overgelegd, met conclusie, kort gezegd, dat het hof de vonnis waarvan beroep zal vernietigen en alsnog -uitvoerbaar bij voorraad- de (conventionele) vorderingen van ^V alsnog zal afwijzen en hun (reconventionele) vorderingen (naar het hof begrijpt: zoals gewijzigd in de §§ 121-128 van de memorie van grieven) alsnog zal toewijzen, met veroordeling van ^V a de kosten.

Daarop heeft geantwoord, incidenteel beroep ingesteld, tien grieven geformuleerd en producties overgelegd, met conclusie, kort gezegd, dat het hof zijn vorderingen alsnog geheel zal toewijzen en Emryss en zal veroordelen in de proceskosten van alle instanties op de voet van artikel 1019h Rv.

Emryss en hebben in incidenteel beroep geantwoord en een productie overgelegd, met conclusie dat het hof dat beroep zal verwerpen met veroordeling van in de proceskosten op de voet van artikel 1019h Rv.

Partijen hebben de zaak ter zitting van 25 november 2014 doen bepleiten, Emryss en door mr. A.C.M. Alkema, advocaat te Rotterdam, door zijn procesadvocaat, ieder aan de hand van pleitnotities die zijn overgelegd. Bij die gelegenheid hebben beide partijen nog stukken in het geding gebracht.

De zaak is aangehouden ten einde partijen de gelegenheid te geven een minnelijke schikking te beproeven. Die is niet tot stand gekomen, waarna arrest is gevraagd.

2. Beoordeling

2.1 De rechtbank heeft in het tussenvonnis onder 2.1 tot en met 2.16 de feiten vastgesteld die zij tot uitgangspunt heeft genomen. Deze feitenvaststelling is in hoger beroep niet in geschil, zodat deze het hof tot uitgangspunt dient, waar nodig aangevuld met andere feiten die tussen partijen vaststaan.

2.2 Het gaat in deze zaak, voor zover thans van belang en kort samengevat, om het volgende.

2.2.1 is auteur van boeken op het gebied van homeopathie. Sedert 1992 heeft aanvankelijk en daarna Emryss, waarvan directeur is, een groot aantal werken van uitgegeven. Voor een tweetal titels hebben partijen op respectievelijk 14 januari 1995 en 20 maart 1997 schriftelijk een overeenkomst gesloten genaamd: *Standaard contract voor de uitgave van een boek* (hierna: het contract). Het contract geldt feitelijk voor alle werken van die Emryss heeft uitgegeven.

2.2.2 Tussen en Emryss is gecorrespondeerd over de wijze van uitbetaling van de aan toekomende royalty's. woonde aanvankelijk in Zweden maar verhuisde in 2009 naar de Verenigde Staten. Voor hem werd het als gevolg daarvan gunstiger royalty's per kwartaal te ontvangen, aan welk verzoek Emryss heeft voldaan.

2.2.3 In 2004 zijn en Emryss begonnen met de uitgave van de Spectrum-serie die uit acht delen zou bestaan. Deel I is in 2005 uitgegeven en deel II in 2007. Zij hebben daarna gesprekken gevoerd over en zijn begonnen met de uitvoering van deel III in deze serie met de (werk)titel *Plants*.

- 2.2.4 In een e-mail van 11 maart 2009 schrijft onder meer aan Emryss:
 “(...) *We had a long telephone conversation in January, 2009, during which we discussed the plant book, its size and contents, and its publication. Once again you complained about the size being too long, the content focusing on chemicals being unnecessary and not marketable. (...) As part of the conversation I made the statement that if I could find a person who would make all the remedies discussed in the book, I would ask him to publish it. (...)*”
- 2.2.5 heeft *Plants* uiteindelijk doen uitgeven door Saltire Books te Glasgow (hierna: Saltire).
- 2.2.6 Op 28 januari 2010 schreef Emryss aan :
 “(...)) wij hebben sinds 1992 een aantal afspraken gemaakt en jij besluit éézijdig dit op te zeggen, vervolgens te negeren alsof er nooit enige afspraak is geweest.
 Jij bent met deel 3 in de ‘Spectrum series’ naar [Saltire] gegaan, dat is je goed recht, maar dan verwacht Emryss ontbinding van de bestaande afspraken met een passende vergoeding.
 (...)”
- 2.2.7 Op 30 maart 2010 schreef 1 aan Emryss:
 “(...) *Waar we over moeten praten is hoe het verder gaat met de boeken die al door jou zijn gepubliceerd. Ondanks verschillende verzoeken van mijn kant, heb je sinds januari 2009 geen statements meer gestuurd en ontvang ik sinds januari 2010 geen royaltybetalingen meer. Je begrijpt dat dat voor mij heel vervelend is. De enige manier om te controleren of de royalties die ik heb ontvangen ook kloppen is aan de hand van de statements. (...) Ook speelt nog steeds dat ik van mening ben dat ik jou nooit toestemming heb gegeven om de elektronische rechten op mijn boeken te exploiteren. (...) Een ander punt is dat ik er achter ben gekomen dat je onvoldoende je best hebt gedaan om mijn boeken te verkopen en te promoten. En dan bedoel ik niet alleen dat je naar veel meer beurzen en congressen had kunnen gaan. Via via hoorde ik dat je deals met buitenlandse uitgevers om zeep hebt geholpen door de afspraken die je met ze hebt gemaakt niet na te komen. Het gevolg is dat ze geen boeken meer afnamen, terwijl ze dat wel wilden. (...) Dit maakt dat ik weinig vertrouwen heb in een voortzetting van de samenwerking. Alle hiervoor genoemde tekortkomingen, maar vooral het niet sturen van statements en het niet betalen van royalties, maakt dan ook dat ik de bestaande afspraken tussen ons via deze weg buitengerechtelijk ontbind (...)”*
- 2.2.8 Bij brief van 15 april 2010 heeft Emryss onder meer het volgende aan geschreven:
 “(...) *Alle betalingen zijn verricht, zoals ieder jaar, ook de gebruikelijke afrekening over het 1^e kwartaal is betaald. Verder beschik je over de statements 2008 en 2009. (...) In de statements viel steeds af te lezen welke afrekening zag op de elektronische uitgaven. Ik heb bij mijn weten jou altijd geïnformeerd, of jij meldde mij dat er iemand in een elektronische uitgave geïnteresseerd was. (...) Het is*

toch merkwaardig, dat je je na al die jaren plotseling beklagt over de promotie van je boeken. Ik ben het daar niet mee eens en ik kan mij ook niet goed verdedigen tegen deze opmerkingen, die verder ook niet worden uitgelegd (...) omdat ik van mijn kant al mijn verplichtingen altijd ben nagekomen heb je niet het recht onze lopende overeenkomst op te zeggen/te ontbinden. (...) Ik ga er dan ook van uit, dat voor wat betreft alle werken behalve Plants, op de oude voet (...) kan worden doorgegaan, dit is voor mij de enige manier om mijn investeringen terug te verdienen. (...) ik zal later terugkomen op de schade, die ik heb geleden i.v.m. Plants (...)".

2.2.9 heeft bij brief van 27 januari 2011 Emryss onder meer bericht dat, voor zover de overeenkomsten met Emryss niet rechtsgeldig zijn ontbonden, hij de overeenkomsten voor "de Engelse Concordant, de Duitse Konkordanz en de Duitse Synoptische II", beëindigt op grond van artikel 15 lid 1 van het contract tegen 28 februari 2011.

2.2.10 Bij vonnis van 8 september 2011 (hierna: het kortgedingvonnis) heeft de voorzieningenrechter te Amsterdam, kort en zakelijk samengevat, onder meer in conventie oordeeld al zijn verplichtingen uit de overeenkomst met Emryss na te komen met betrekking tot de bij Emryss reeds verschenen werken in boekvorm in de Engelse taal 1 verboden (sub)licenties te verlenen tenzij hij daartoe op grond van artikel 6 lid 1 van de overeenkomst bevoegd was, en Emryss verboden de door haar uitgegeven werken van op een andere wijze te exploiteren dan overeenkomstig de bepalingen van de overeenkomst van 1997 (hof: het contract) is toegestaan. Veroordeling en verbod gelden na betekening van het kortgedingvonnis en totdat de bodemrechter uitspraak zal hebben gedaan. In alle gevallen heeft de voorzieningenrechter een dwangsom bepaald van € 5.000,- per dag tot een maximum van € 50.000,-.

2.2.11 Emryss heeft op 22 februari 2012 onder meer het volgende geschreven:

"(...) Emryss heeft op 21 februari 2011 in algemene zin gereageerd (...) op de opzegging:

"Je stelling als zou de overeenkomst op grond van art 15 kunnen worden opgezegd m.b.t. een of meer titels slaat de plank mis. Dat artikel ziet op een situatie dat een uitgever niet wil overgaan tot herdruk, dan wel i.g.v. achterblijvende verkoopresultaten van een bepaalde druk over een periode van 10 jaar. Uit lid 2 volgt dat de uitgever deze opzegging kan voorkomen door een herdruk uit te geven".

Voor wat betreft CCM en TNSO is vervolgens het volgende opgemerkt:

"Op grond van art 3 en art 13 lid 1 van [het contract] heb ik het recht om een herdruk te laten verschijnen (...). Graag verzoek ik je mij mee te delen of bepaalde aanpassingen o/ wijzigingen dienen te worden aangebracht".

In reactie hierop zijn door jou geen wijzigingen voorgesteld m.b.t. een of meer titels.

Jij hebt per kerende post gereageerd door in algemene zin toestemming te weigeren (...). Doordat toestemming voor een herdruk werd geweigerd, kan er geen

sprake zijn van beëindiging m.b.t. de titels Duitse Konkordanz en Duitse Synoptische II. Overigens herinner ik je eraan dat de rechten op de Duitse vertaling aan Emryss zijn overgedragen. (...)"

2.2.12 Emryss heeft ongewijzigde herdrukken uitgebracht van *Concordant Materia Medica* en *The New Synoptic One*.

2.2.13 De voorzieningenrechter te Haarlem heeft op 20 oktober 2010 onder meer toestemming verleend tot het leggen van conservatoire beslagen. Deze heeft daarna conservatoir derdenbeslag doen leggen en voorts kopieën van administratieve schriftelijke bescheiden en digitale data onder Emryss in conservatoir bewijsbeslag doen nemen.

2.3 De rechtbank heeft bij het tussenvonnis Emryss opgedragen te bewijzen dat tussen haar en en overeenkomst tot stand is gekomen op grond waarvan gehouden is het werk *Plants* uit te doen geven door Emryss.

In het eindvonnis heeft de rechtbank geoordeeld (rechtsoverweging 2.6) dat Emryss er niet in is geslaagd het van haar verlangde bewijs te leveren, zodat , toen er een geschil ontstond over *Plants*, afscheid van Emryss mocht nemen zonder schadeplichtig te zijn. Voorts heeft de rechtbank, kort en zakelijk weergegeven, onder meer: in conventie:

(3.1) voor recht verklaard dat alle bestaande overeenkomsten tussen B en Emryss enerzijds en anderzijds per 30 maart 2010 zijn ontbonden;

(3.2) de overige vorderingen tegen B afgewezen;

(3.3) voor recht verklaard dat Emryss onrechtmatig jegens heeft gehandeld;

(3.4) Emryss veroordeeld iedere inbreuk op de auteursrechten van op de werken genoemd in het lichaam van de dagvaarding te staken, met bepaling van een dwangsom;

(3.5) Emryss veroordeeld opgave te doen van de voorraad exemplaren van werken van en de omzet- en winstcijfers per werk;

(3.6) Emryss veroordeeld de aanwezige voorraad exemplaren aan af te geven, met bepaling van een dwangsom;

(3.7) Emryss veroordeeld tot vergoeding van schade in verband met de onrechtmatige exploitatie van werken van , op te maken bij staat;

in reconventie:

(3.9) voor recht verklaard dat dwangsommen tot een bedrag van € 100.000,--- heeft verbeurd.

2.4 Deze zaak heeft internationale aspecten, omdat Emryss in Nederland is gevestigd en in de Verenigde Staten van Amerika woonachtig is. Partijen zijn het er echter over eens dat de Nederlandse rechter bevoegd is en Nederlands recht van toepassing is.

2.5 Grief 1 in principaal beroep heeft betrekking op het werk *Plants*. Volgens Emryss heeft de rechtbank ten onrechte geoordeeld dat tussen haar en ter zake geen overeenkomst tot stand is gekomen. Dat dit de bedoeling was van beide partijen

blijkt uit (i) de getuigenverklaring van T (ii) de overgelegde producties, (iii) de verklaringen en gedragingen van V a zelf en (iv) het feit dat partijen al twee jaar lang uitvoering gaven aan hun overeenkomst om *Plants* uit te geven. Daarbij is van belang dat de overeenkomsten tussen Emryss en V steeds mondeling of stilzwijgend tot stand kwamen. In 2004 is begonnen met de uitgave van de Spectrum-serie die uit acht delen zou bestaan. Deel I is in 2005 uitgegeven en deel II in 2007. *Plants* zou het derde deel van de serie zijn. Partijen waren het er in augustus 2007 over eens dat *Plants* uit twee boeken van in totaal 2.000 pagina's zou bestaan. Toen later bleek dat het werk veel omvangrijker zou worden is overleg gevoerd met als uitkomst dat Emryss *Plants* zou uitgeven in de door V voorgestane omvang. Partijen hebben twee jaar lang aan *Plants* gewerkt. De werkzaamheden bestonden onder meer uit het werk van T die toentertijd bij Emryss in dienst was en V inhoudelijk heeft ondersteund, relevante informatie heeft verzameld en aangeleverd, heeft meegedacht over het werk en de indeling daarvan, een verklarende woordenlijst heeft gemaakt, het werk heeft geredigeerd en het 'proofreaden' heeft gedaan. Op grond van een en ander heeft Emryss erop mogen vertrouwen dat partijen weer stilzwijgend een overeenkomst waren aangegaan voor de uitgave van *Plants*, aldus nog steeds Emryss.

2.6 Emryss stelt niet dat partijen een raamovereenkomst hebben gesloten die V verplichtte alle delen van de Spectrum-serie door haar te laten uitgeven. Het gaat er dus om of er tussen partijen specifiek voor *Plants* een overeenkomst tot stand is gekomen. Daarvoor is van belang dat er - al dan niet stilzwijgend - overeenstemming bestaat over de essentialia van de overeenkomst, zoals de rechtbank ook heeft overwogen. Emryss stelt dat zij en V het eens waren over de omvang van het werk en de wijze waarop dit zou worden uitgegeven. V bestrijdt dat, volgens hem hadden partijen nog geen overeenstemming bereikt over de inhoud en omvang van het manuscript. Volgens V vond Emryss destijds ook zelf dat geen overeenstemming was bereikt, nu zij V bij e-mail van 28 januari 2010 schreef "Je bent met deel 3 in de "Spectrum Series" naar Lee gegaan, dat is je goed recht". Gezien de gemotiveerde betwisting door V ligt het op de weg van Emryss om bewijs van haar stelling bij te brengen. Dat bewijs volgt niet reeds uit hetgeen tot nu toe in deze procedure aan de orde is geweest. Met name volgt uit het feit dat T (inhoudelijke) werkzaamheden ten behoeve van *Plants* heeft verricht en tussen T en V werd gecorrespondeerd over een mogelijke publicatiedatum, niet (zonder meer) dat Emryss er gerechtvaardigd op mocht vertrouwen dat overeenstemming was bereikt. Nu Emryss in hoger beroep geen specifiek en concreet bewijs ter zake heeft aangeboden, is haar stelling betreffende het bestaan van een overeenkomst met betrekking tot de uitgave van *Plants* niet in rechte komen vast te staan. Haar eerste principale grief slaagt daarom niet.

2.7 V heeft de uitgeefovereenkomsten op 30 maart 2010 ontbonden met als grond dat Emryss (i) sinds januari 2009 geen statements meer heeft gestuurd, (ii) sinds januari 2010 geen royaltybetalingen heeft gedaan (iii) zich onvoldoende heeft ingespannen om zijn boeken te promoten en (iv) zonder toestemming de elektronische rechten op zijn boeken heeft geëxploiteerd. Met grief 3 in principaal beroep betoogt Emryss dat de rechtbank ten onrechte heeft geoordeeld dat zij in verzuim is geraakt nadat zij de royalty's over het eerste kwartaal 2010 eind januari 2010 nog niet had

uitbetaald, en met grief 4 in principaal beroep dat het niet tijdig betalen van royalty's de ontbinding van alle overeenkomsten rechtvaardigde.

2.8 voert in grief 1 in incidenteel beroep aan dat de termijn voor het overleggen van statements schriftelijk is overeengekomen en daardoor een fatale termijn is, zodat een ingebrekestelling niet nodig was.

2.9 Voor zover nakoming niet blijvend of tijdelijk onmogelijk is, kan een schuldeiser alleen dan een overeenkomst rechtsgeldig ontbinden indien de schuldenaar in verzuim is. Voor het intreden van verzuim is nodig dat de schuldenaar in gebreke is gesteld, tenzij (onder meer) een voor de voldoening bepaalde termijn verstrijkt zonder dat is nagekomen.

In artikel 11 van het contract is een regeling opgenomen met betrekking tot de jaarlijkse afrekening van royalty's. Emryss is op grond daarvan verplicht ieder jaar na drie of vier maanden (de twee contracten verschillen op dit punt) een afrekening te zenden over het voorafgaande jaar. Aannemend dat in de hiervoor aangehaalde brief doelde op de afrekening over 2009, hij is daarover niet duidelijk, diende Emryss derhalve uiterlijk op 1 april dan wel 1 mei 2010 een afrekening te zenden. Ook als het hier om een fatale termijn gaat, was deze nog niet verstreken op de dag waartegen de uitgeefovereenkomsten zou hebben ontbonden.

Wat de betalingen betreft is in artikel 11 van het contract bepaald dat de royalty's opvorderbaar zijn vanaf de dag van de dagtekening van de jaarafrekening. Partijen zijn daarvan afgeweken doordat Emryss aan voorschotten uitkeerde en dan nog zo dat dit al naar gelang de woonplaats van en de geldende wisselkoersen op de voor deze meest gunstige wijze geschiedde. Uit niets blijkt dat partijen de afspraken dienaangaande hebben bedoeld als fatale termijnen, zodat nu haar ter zake niet in gebreke heeft gesteld Emryss ook niet ten aanzien van grond (ii) in verzuim is gekomen.

heeft aangevoerd dat ter zake het verstrekken van de statements en betaling van de royalty's verzuim zonder ingebrekestelling is ingetreden op grond van het bepaalde in artikel 6:83 sub c BW, doch heeft dit betoog onvoldoende onderbouwd. De mededelingen van Emryss waarop in dit verband een beroep doet rechtvaardigen niet de conclusie dat hieruit moest afleiden dat Emryss (definitief) weigerde statements te verstrekken dan wel te betalen.

Ook met betrekking tot het verwijt dat Emryss te weinig deed om zijn boeken te promoten geldt dat dit onvoldoende heeft onderbouwd (zie rechtsoverweging 2.12), terwijl ook dienaangaande geldt dat Emryss had moeten aanmanen en in gebreke stellen, hetgeen zij niet heeft gedaan. In dit verband zij opgemerkt dat nakoming van deze verplichting ten tijde van de ontbinding ook niet blijvend of tijdelijk onmogelijk was.

Wat betreft het verwijt dat Emryss zonder toestemming de elektronische rechten op zijn boeken heeft geëxploiteerd (iv), wordt hierna overwogen dat Emryss door aldus te handelen geen contractuele verplichting heeft geschonden (2.18). Ook dit verwijt levert derhalve geen deugdelijke grondslag op voor de ontbinding.

heeft de uitgeefovereenkomsten dus ontbonden zonder dat of Emryss in verzuim waren, dan wel tekort waren geschoten. Hieruit volgt dat de derde principale grief slaagt, de vierde principale grief verder geen bespreking behoeft en de

eerste incidentele grief faalt. Onderdeel 3.1 van het eindvonnis kan dus niet in stand blijven. In zoverre slaagt ook de principale grief 2.

2.10 Emryss stelt in haar toelichting op de tweede principale grief primaire dat zij een vordering heeft op omdat deze de overeenkomst met betrekking tot het uitgeven van *Plants* niet is nagekomen. Uit hetgeen het hof ten aanzien van de eerste principale grief heeft overwogen volgt dat zulks niet juist is, zodat de primaire stelling niet draagkrachtig is.

Emryss meent subsidiar dat partijen reeds zover gevorderd waren in hun onderhandelingen over het tot stand brengen van een overeenkomst met betrekking tot *Plants*, dat niet gerechtigd was deze onderhandelingen af te breken zonder Emryss een schadevergoeding te betalen.

2.11 Uit hetgeen hiervoor is overwogen volgt dat partijen nog geen overeenstemming hadden over de omvang en wijze van uitgeven van het werk. Dat Emryss afgezien daarvan het vertrouwen mocht koesteren dat desondanks een uitgifteovereenkomst tot stand is gekomen dan wel tot stand zou komen, op het moment dat de onderhandelingen afbrak en zich tot Saltire wendde, vindt onvoldoende steun in het feitenmateriaal. Het stond dus op zichzelf vrij die onderhandelingen af te breken. Dit neemt niet weg dat het afbreken van de onderhandelingen tot aansprakelijkheid kan leiden indien Emryss op verzoek en/of met medeweten van substantiële kosten heeft gemaakt die door het afbreken van de onderhandelingen nodeloos zijn gebleken, terwijl daarvan heeft geprofiteerd bij het (doen) uitgeven van *Plants*, en deze kosten niet (deels) vergoed. De stelling van Emryss dat zo'n situatie zich hier voordoet, onder verwijzing naar met name de e-mailwisseling tussen en , is door onvoldoende gemotiveerd weersproken. Dat de vergoedingsplicht niet op zou gaan omdat tussen partijen een - aan Emryss verwijtbare - vertrouwensbreuk is ontstaan, is door onvoldoende toegelicht. Het voorgaande heeft tot gevolg dat de door Emryss geleden schade (deels) dient te vergoeden. Nu de omvang van deze schade eenvoudig moet kunnen worden begroot zal het hof hiertoe in de onderhavige procedure overgaan en niet verwijzen naar de schadestaat. Emryss wordt in de gelegenheid gesteld zich bij akte uit te laten over de omvang van de met haar inspanningen gemoeide kosten, voor zover hiervan heeft geprofiteerd. In zoverre slaagt de twee principale grief.

2.12 De rechtbank heeft in het tussenvonnis overwogen (rechtsoverweging 6.17) dat niet is komen vast te staan dat Emryss is tekortgeschoten in haar verplichting om de verkoop van de werken van te bevorderen. Met grief 2 in incidenteel beroep komt op tegen die overweging, stellend dat Emryss onvoldoende promotiewerkzaamheden heeft verricht. Volgens hem ligt het op de weg van Emryss om niet alleen te stellen dat zij die werkzaamheden heeft verricht maar ook om dat aan te tonen.

Daargelaten dat Emryss ter zake de (gestelde) verplichting niet in verzuim is komen te verkeren, miskent dat het op zijn weg ligt om voldoende concrete feiten te stellen, in het bijzonder ten aanzien van hetgeen van Emryss bij de uitvoering van de uitgifteovereenkomst aan promotieactiviteiten mocht worden verwacht, en op welke wijze en in welke mate zij daarin is tekortgeschoten. Mede in het licht van hetgeen

Emryss volgens haar stellingen wél aan promotieactiviteiten heeft verricht, heeft zijn stelling onvoldoende toegelicht. Derhalve faalt de tweede incidentele grief.

1 voert in het kader van de tweede incidentele grief een nieuw verwijt aan, te weten dat Emryss zich onvoldoende heeft ingespannen betaling te verkrijgen van Kent Homeopatic Association (ten behoeve van Daargelaten dat geen rechtsgevolgen aan dit verwijt verbindt, heeft hij het onvoldoende onderbouwd.

2.13 In het kortgedingvonnis heeft de voorzieningenrechter (a) veroordeeld al zijn verplichtingen uit de overeenkomst met Emryss na te komen met betrekking tot de bij Emryss reeds verschenen werken in boekvorm in de Engelse taal, (b) 1 verboden (sub)licenties te verlenen tenzij hij daartoe op grond van artikel 6 lid 1 van de overeenkomst bevoegd was, en (c) Emryss verboden de door haar uitgegeven werken van op een andere wijze te exploiteren dan overeenkomstig de bepalingen van het contract is toegestaan.

In het tussenvonnis heeft de rechtbank overwogen (6.25) dat 1 op onredelijke gronden zijn toestemming voor het uitbrengen van een vertaling heeft geweigerd en (6.32) dat hij jegens Emryss is tekortgeschoten doordat hij het werk "CR" door een ander dan Emryss heeft laten uitgeven. In het eindvonnis (3.9) heeft de rechtbank voor recht verklaard dat € 100.000,- aan dwangsommen heeft verbeurd.

2.14 De incidentele grieven 3 en 4 zijn gericht tegen voormelde overwegingen en beslissing van de rechtbank.

De overwegingen en het oordeel van de voorzieningenrechter kunnen niet anders worden begrepen dan dat tussen partijen een status quo werd gecreëerd voor de tijd dat de bodemprocedure zou lopen, in die zin dat beide partijen het bestaande contract dienden na te komen. heeft zich daar niet aan gehouden door op onredelijke gronden zijn toestemming voor het uitbrengen door Emryss van een Italiaanse vertaling van een tweetal werken te weigeren (art. 6 lid 1 sub b contract; zie hierover 6.6 en 6.7 van het kortgedingvonnis). De door 1 aangevoerde weigeringsgrond dat partijen een geschil hadden is onredelijk, nu de voorzieningenrechter juist had geoordeeld dat – ondanks dit geschil – partijen de overeenkomst dienden na te komen, totdat in de bodemzaak uitspraak zou worden gedaan.

heeft zich daarnaast niet aan het door de voorzieningenrechter onder 7.2 van het vonnis uitgesproken verbod gehouden door desondanks met een andere uitgever in zee te gaan. De derde en vierde incidentele grief slagen daarom niet.

2.15 Met zijn incidentele grief 6 betoogt dat ook aansprakelijk is zowel voor de auteursrechtinbreuken als voor de schadevergoeding die hij heeft gevorderd.

Uit niets blijkt dat 1 daarbij het oog heeft op de periode dat 1, voordat Emryss de uitgever van 1 werd, in persoon werken van de laatste heeft uitgegeven. Voorts stelt 1 niets waaruit zou kunnen volgen dat 1 in de tijd dat Emryss als uitgever optrad een voor hem persoonlijk geldende norm heeft geschonden. Voor zover 1 bedoelt dat 1 aansprakelijk is te houden in zijn hoedanigheid van aandeelhouder van Emryss, heeft hij hiertoe onvoldoende gesteld.

Gezien het voorgaande ziet de aansprakelijkstelling van B alleen op diens handelen als enig bestuurder van Emryss en is deze door hem gegrond op artikel 6:162 BW.

2.16 Het hof neemt tot uitgangspunt dat indien een vennootschap tekortschiet in de nakoming van een verbintenis of een onrechtmatige daad pleegt, alleen de vennootschap aansprakelijk is voor daaruit voortvloeiende schade. Onder bijzondere omstandigheden is evenwel, naast aansprakelijkheid van die vennootschap, ook ruimte voor aansprakelijkheid van een bestuurder van de vennootschap. Voor het aannemen van zodanige aansprakelijkheid is vereist dat die bestuurder ter zake van de benadeling persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt. De hier bedoelde hoge drempel voor aansprakelijkheid van een bestuurder tegenover een derde wordt gerechtvaardigd door de omstandigheid dat ten opzichte van de wederpartij primair sprake is van handelingen van de vennootschap en door het maatschappelijk belang dat wordt voorkomen dat bestuurders hun handelen in onwenselijke mate door defensieve overwegingen laten bepalen.

2.17 Dat B namens Emryss uitgifteovereenkomsten met V heeft gesloten, dat hij degene was die het meeste contact met V had en steeds de enige handelende persoon is geweest, dat hij door Emryss in 2010 werken van V in herdruk heeft doen uitgeven en dat Emryss door toedoen van B (hof: tijdelijk) is gestopt met het betalen van royalty's, zijn omstandigheden waarvan de ernst niet zodanig is dat daarmee voornoemde hoge drempel wordt gehaald. De zesde incidentele grief is daarom tevergeefs opgeworpen.

2.18 De incidentele grief 7 betreft de uitgave door Emryss van werken van V in digitale vorm.

Uit artikel 6 lid 2 sub c van het contract vloeit voort dat Emryss gerechtigd was de werken van V in digitale vorm te verveelvoudigen en openbaar te maken. Indien daarvoor in beginsel schriftelijke toestemming van V was vereist voor zover het betreft de uitgaven in andere talen dan Engels en in andere landen, vloeit uit de informele, zo niet vriendschappelijke wijze waarop partijen met elkaar omgingen en de omstandigheid dat V door de jaarlijkse afrekeningen steeds op de hoogte was van bedoelde uitgaven en daarvan ook de revenuen genoot zonder te protesteren, voort dat hij geacht moet worden met een en ander te hebben ingestemd. De zevende grief in het incidenteel appel kan derhalve niet slagen.

2.19 De incidentele grief 10 houdt in dat Emryss na opzegging of beëindiging weliswaar gerechtigd was de aanwezige voorraad boeken te verkopen, maar niet nadat de uitgifteovereenkomsten op grond van artikel 6:265 BW zijn ontbonden wegens een tekortkoming van Emryss.

Hiervoor heeft het hof overwogen dat V deze overeenkomsten zonder goede grond heeft ontbonden, zodat de tiende incidentele grief geen doel kan treffen.

V maakt Emryss verder het verwijt dat de na maart 2010 toegezonden statements fouten bevatten waaronder onterechte correcties en verlaging van de royalties, zodat te lage bedragen zijn uitgekeerd. Nu V aan dit (betwiste) verwijt geen rechtsgevolg verbindt, wordt eraan voorbij gegaan.

2.20 heeft in eerste aanleg in het incident gevorderd te bepalen dat Emryss iedere inbreuk op zijn auteursrechten dient te staken en te verbieden om ongewijzigde herdrukken van de werken Concordant Materia Medica en The New Synoptic One uit te geven. De incidentele grief 5 is gericht tegen de afwijzing van deze provisionele voorziening door de rechtbank. Het hof deelt het oordeel van de rechtbank dat voormelde vordering diende te worden afgewezen. Voor een motivering van dit oordeel verwijst het hof naar hetgeen de rechtbank hieromtrent heeft overwogen (rechtsoverweging 6.35 tussenvonnis), met welke overwegingen het hof zich verenigt en die het hof tot de zijne maakt. Nu ook het hof de vordering in het incident niet toewijsbaar acht en geen grief heeft gericht tegen (de hoogte van) de proceskostenveroordeling dient deze te zijnen laste te blijven.

2.21. vordert afschriften van alle (in conservatoir bewijsbeslag genomen en bewaring gegeven) bescheiden met betrekking tot de inbreuk op zijn auteursrechten, meer specifiek maar niet uitsluitend alle documenten betreffende de exploitatie van de werken, waaronder alle met betrekking tot de werken gesloten overeenkomsten, verleende toestemmingen en correspondentie van Emryss met derden waaronder buitenlandse distributeurs/afnemers, gegevens over de voorraad van de werken in fysieke vorm, die zich in het pand en/of de computers van Emryss bevinden. De incidentele grief 9 is gericht tegen afwijzing van deze vordering door de rechtbank. Naar het oordeel van het hof heeft in de toelichting op zijn vordering voldoende geconcretiseerd dat deze onder meer ziet op overeenkomsten die Emryss ter exploitatie van de werken van met derden heeft gesloten. Nu uit artikel 12 lid 1 van het contract volgt dat Emryss verplicht is tot afgifte van kopieën van dergelijke bescheiden, zal het hof de vordering in zoverre toewijzen. Voor zover heeft beoogd meer of andere bescheiden te vorderen, heeft hij onvoldoende concreet en bepaald aangegeven waarop hij doelt. Zowel voor een beroep op voormeld artikel 12 als op artikel 843 a lid 1 Rv is het daaromtrent gestelde onvoldoende. In zoverre zal de vordering worden afgewezen. Grief 9 in het incidenteel beroep slaagt deels en wordt deels verworpen.

2.22 De incidentele grief 8 is namens a ter zitting ingetrokken, zodat deze geen bespreking behoeft.

2.23 Emryss heeft in haar toelichting op haar principale grief 5 uiteengezet wat volgens haar het lot moet zijn van de vorderingen van en haar eigen eis gewijzigd. Het hof zal hierna achtereenvolgens de vorderingen van en de resterende vorderingen van Emryss aan de orde stellen.

2.24 De vorderingen van :

Vordering A

Hiervoor overwoog het hof dat de grondslag van de primaire (conventionele) vordering onder A van ondeugdelijk is. Daarom moeten alsnog de subsidiaire, meer subsidiaire en meer meer subsidiaire vorderingen onder A aan de orde komen. Subsidiair vordert dat het hof alsnog zal vaststellen dat alle uitgifteovereenkomsten zijn ontbonden, en meer subsidiair dat het hof de uitgifteovereenkomsten

zal ontbinden. Nu het hof eerder heeft overwogen dat een grond voor ontbinding ontbreekt, ontbreekt ook voor de subsidiaire en meer subsidiaire vorderingen een deugdelijke grondslag en delen deze het lot van de primaire vordering onder A. Voor zover bedoelt andere verwijten aan zijn subsidiaire en meer subsidiaire vorderingen ten grondslag te leggen dan die waarop de buitengerechtelijke ontbinding van 30 maart 2010 is gebaseerd, heeft hij onvoldoende kenbaar en duidelijk aangegeven dat hij deze (in een andere context aangevoerde grotendeels betwiste) verwijten mede ziet als ontbindingsgrond.

Meer meer subsidiair vordert onder A dat het hof voor recht zal verklaren dat per 28 februari 2011 zijn geëindigd door opzegging de uitgifteovereenkomsten met betrekking tot: (a) het Engelstalige werk Concordant (naar het hof begrijpt het werk 'Concordant Materia Medica' als genoemd onder b bij vordering 1 Emryss; hierna: het Engelstalige werk Concordant Materia Medica);

(b) het Duitstalige werk Konkordanz (naar het hof begrijpt het werk 'Konkordanz (Duitse vertaling 2000)' als genoemd onder g bij vordering 1 Emryss; hierna: het Duitstalige werk Konkordanz); en

(c) het Duitstalige werk Synoptische (naar het hof begrijpt het werk 'Synoptic Materia Medica II (Duitse vertaling 1998)' als genoemd onder f bij vordering 1 Emryss; hierna: het Duitstalige werk Synoptic Materia Medica II).

Bij brief van 27 januari 2011 heeft de uitgifteovereenkomst ten aanzien van bedoelde werken opgezegd op de voet van artikel 15 lid 1 sub d van het contract, voor het geval de eerdere ontbinding geen doel zou treffen. Nu Emryss deze opzegging onvoldoende heeft bestreden, kan de meer meer subsidiaire vordering A van alsnog worden toegewezen.

Vordering B

De rechtbank heeft vordering B van aldus toegewezen dat zij voor recht heeft verklaard dat Emryss onrechtmatig jegens heeft gehandeld. Nu gesteld noch gebleken is dat Emryss de beëindiging van de uitgifteovereenkomsten met betrekking tot (a) het Engelstalige werk Concordant Materia Medica, (b) het Duitstalige werk Konkordanz en (c) het Duitstalige werk Synoptic Materia Medica II, niet per 28 februari 2011 niet heeft gerespecteerd, heeft zij in ieder geval in zoverre niet onrechtmatig gehandeld. Verder brengt het gegeven dat de overige uitgifteovereenkomsten niet (rechtsgeldig buitengerechtelijk) zijn ontbonden, met zich dat Emryss door voortzetting van de exploitatie uit hoofde van deze overige uitgifteovereenkomsten, evenmin onrechtmatig heeft gehandeld. Voor zover stelt dat Emryss anderszins inbreuk heeft gemaakt op zijn auteursrecht, heeft hij zijn vordering onvoldoende onderbouwd. Ter motivering van deze beslissing wordt verwezen naar de overwegingen hieromtrent door de rechtbank (rechtsoverweging 2.10 eindvonnis), waarmee het hof zich verenigt en die het hof tot de zijne maakt. Vordering B zal dan ook worden afgewezen.

Vordering C

Tegen de afwijzing van de gevorderde verklaring voor recht dat het exclusieve distributierecht op de werken van door Emryss en/of niet rechtsgeldig aan een of meerdere derden is overgedragen, is niet gegriefd. Deze afwijzing zal derhalve in stand worden gelaten.

Vorderingen D-H

De rechtbank heeft toegewezen de vorderingen D-H, die - kort gezegd - strekken tot (D) het staken en gestaakt houden van iedere verdere openbaarmaking en verveelvoudiging van werken van 1; (E) het doen van opgave met betrekking tot de exploitatie door Emryss van de werken van na 30 maart 2010; (F) afgifte aan van de voorraad werken van n van na 30 maart 2010; (G) vergoeding van de schade nader op te maken bij staat geleden in verband met de exploitatie van werken van door Emryss na 30 maart 2010; (H) vergoeding van de beslag- en buitengerechtelijke kosten van . (rechtsoverwegingen 3.4-3.8 eindvonnis). Nu in hoger beroep is geoordeeld dat de buitengerechtelijke ontbinding van 30 maart 2010 niet rechtsgeldig was, dienen de vorderingen D-H alsnog te worden afgewezen. Overigens is vordering F in hoger beroep ingetrokken.

Vordering J

De vordering tot medewerking aan afgifte van (een deel van) de beslagen bescheiden is door de rechtbank afgewezen. Hierboven heeft het hof overwogen dat deze vordering deels zal worden toegewezen.

2.25 De vorderingen van *Emryss*:

Vordering 1

Vordering 1 strekt tot het verkrijgen van een verklaring voor recht dat de uitleenovereenkomsten met betrekking tot bepaalde werken in stand blijven en een gebod aan 1 tot nakoming van de overeenkomsten op straffe van een dwangsom. Nu de uitgeefovereenkomsten met betrekking tot (a) het Engelstalige werk *Concordant Materia Medica*, (b) het Duitstalige werk *Konkordanz* en (c) het Duitstalige werk *Synoptic Materia Medica II* per 28 februari 2011 zijn beëindigd, maar de overige uitgeefovereenkomsten zijn blijven voortbestaan, zal vordering 1 in zoverre worden toegewezen. Nu vordering 1 gedeeltelijk wordt toegewezen, zal de (subsidiare) vordering 11 tot vergoeding van schade nader op te maken bij staat, worden afgewezen.

Vorderingen 2 en 3

Ter zitting heeft Emryss haar gewijzigde vorderingen 2 en 3 ingetrokken. Deze vorderingen behoeven derhalve geen bespreking.

Vordering 4

Deze vordering betreft een rectificatie door an degenen die hij heeft laten weten dat de licentieovereenkomsten tussen hem en Emryss zijn geëindigd. Nu de licentieovereenkomsten grotendeels blijven voortbestaan, zal de vordering als in het dictum van het eindarrest te melden worden toegewezen.

Vordering 5

Deze vordering betreft toekenning van een vergoeding in verband met de schade die Emryss stelt te hebben geleden doordat 1 primair zijn verplichtingen ten aanzien van *Plants* niet is nagekomen en subsidiair is tekortgeschoten dan wel onrechtmatig heeft gehandeld door de onderhandelingen af te breken, op te maken bij staat.

Zoals het hof hiervoor heeft overwogen verwerpt het hof de primaire grondslag van de vordering maar honoreert de subsidiair grondslag. Het hof verwijst niet naar de schade staat maar stelt Emryss in de gelegenheid zich over de omvang van haar schade uit te laten, waarna hierop bij antwoordakte zal mogen reageren.

Vordering 7

De vordering tot een verklaring voor recht dat dwangsommen heeft verbeurd tot een bedrag van € 100.000,=, is door de rechtbank toegewezen. Hierboven blijkt dat het hof tot een gelijke beslissing komt.

Vordering 8

Tegen afwijzing van de vordering tot afgifte door van bepaalde uitgave-overeenkomsten, heeft Emryss geen grief gericht, zodat deze afwijzing zal worden gehandhaafd.

Vordering 9

De vordering tot opheffing van de conservatoire derdenbeslagen zal worden afgewezen, nu de beslagen van rechtswege zullen vervallen zodra het eindarrest kracht van gewijsde heeft (artikel 704 lid 2 Rv) en Emryss niets heeft gesteld dat noopt tot een eerdere opheffing. Voor zover het bewijsbeslag de bescheiden heeft getroffen ter zake waarvan Emryss en tot afgifte (van afschriften) zullen worden veroordeeld (zie rechtsoverweging 2.21), dient het beslag te blijven liggen (ook nadat het eindarrest kracht van gewijsde heeft). In zoverre wordt de vordering tot opheffing van het bewijsbeslag afgewezen. Voor zover het bewijsbeslag andere bescheiden heeft getroffen, wordt het evenzeer afgewezen nu het beslag van rechtswege zal vervallen zodra het eindarrest kracht van gewijsde heeft en Emryss niets heeft gesteld dat noopt tot een eerdere opheffing.

Vordering 10

Het gevorderde verbod aan om enig beslag te doen leggen ten laste van Emryss en zal worden afgewezen, nu zij onvoldoende hebben gesteld voor deze aanzienlijke inperking van de rechten van .

2.26 Iedere verdere beslissing wordt aangehouden.

3. Beslissing

Het hof:

in het principaal en incidenteel appel

verwijst de zaak naar de rol van 15 december 2015 voor akte aan de zijde van Emryss voor het in rechtsoverweging 2.11 omschreven doel;

houdt iedere verdere beslissing aan.

Dit arrest is op 30 januari 2015 gewezen door mrs. E.E. van Tuyll van Serooskerken-Röell, L.R. van Harinxma thoe Slooten en J.H. Huijzer, en door de rolraadsheer in het

openbaar uitgesproken op 3 november 2015.

Voor afschrift conform
De regeling van het
Gerechtshof te Amsterdam


J.W. Thelzema