

**Hoge Raad, 26 september 1997, Dreyfus v Polygram****OVEREENKOMSTENRECHT****Doel en strekking Most Favoured Nations Clause prevaleert boven bewoordingen clausule**

• (Haviltex-maatstaf) het Hof heeft, in cassatie terecht niet bestreden, vooropgesteld dat het voor de uitleg van het beding met name aankomt op hetgeen partijen over en weer hebben verklaard en uit elkaars verklaringen en gedragingen overeenkomstig de zin, die zij daaraan in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs mochten toekennen, hebben afgeleid.

Het gaat in het onderhavige geding om de uitleg van het hiervoor in 3.1 onder (vi) weergegeven beding in art. 1 (m) C (ii), dat in de stukken van het geding en in het hieronder volgende ook wel wordt aangeduid als MFC (Most Favoured Nations Clause). Dreyfus heeft haar hiervoor onder 1 weergegeven vorderingen gegrond op haar uitleg van dit beding, welke uitleg met name hierop neerkomt dat, anders dan Polygram verdedigt, het beding niet uitsluitend ziet op de verpakkingaftrek maar ook op andere factoren voor de berekening van de aan Dreyfus verschuldigde royalties. Het Hof heeft, anders dan de Rechtbank had gedaan, deze vorderingen afgewezen. Hiertegen richt zich het middel. Het Hof heeft, in cassatie terecht niet bestreden, vooropgesteld dat het voor de uitleg van het beding met name aankomt op hetgeen partijen over en weer hebben verklaard en uit elkaars verklaringen en gedragingen overeenkomstig de zin, die zij daaraan in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs mochten toekennen, hebben afgeleid.

• Op de grondslag van het uitgangspunt dat de MFC tot doel heeft de kunstenaar in dezelfde positie te brengen als een andere kunstenaar van vergelijkbaar niveau, met wie een gunstiger regeling wordt getroffen, heeft het Hof doel en strekking van het beding onderzocht, en is het tot de slotsom gekomen dat de MFC in de opvatting van Dreyfus haar doel voorbijschiet en geoordeeld dat Dreyfus onvoldoende heeft gesteld om op grond van de bewoordingen van de MFC en de correspondentie van partijen niettemin de door haar aan het beding toegekende betekenis als juist te aanvaarden..

Onderdeel 1 klaagt dat het Hof deze maatstaf niet, althans verkeerd heeft toegepast, nu het niet is ingegaan op de stellingen van partijen over elkaars verklaringen en gedragingen bij de totstandkoming van de overeenkomst, en hetgeen zij daaruit hebben afgeleid.

De gedachtengang van het Hof waarop het zijn uitleg van het beding heeft gegrond, geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting, is niet onbegrijpelijk en alleszins toereikend gemotiveerd. Deze gedachtengang komt, verkort weergegeven, op het volgende neer. Op de grondslag van het — in cassatie niet bestreden — uitgangspunt dat de MFC tot doel heeft de kunstenaar in dezelfde positie te brengen als een andere kunstenaar van vergelijkbaar niveau, met wie een gunstiger regeling wordt getroffen, heeft het Hof doel en strekking van het beding onderzocht, en is het tot de slotsom gekomen dat de MFC in de opvatting van Dreyfus haar doel voorbijschiet. In zijn daarop volgende overwegingen heeft het Hof geoordeeld dat Dreyfus onvoldoende heeft gesteld om op grond van de bewoordingen van de MFC en de correspondentie van partijen niettemin de door haar aan het beding toegekende betekenis als juist te aanvaarden. Dit in hoofdzaak op de uitleg van de stukken van het geding berustende oordeel, dat wegens zijn feitelijke karakter in cassatie niet op juistheid kan worden onderzocht en niet onbegrijpelijk is, betekent, voor zover hier van belang, dat het Hof de door het onderdeel bedoelde stellingen niet buiten beschouwing heeft gelaten, maar deze heeft verworpen. Het onderdeel faalt derhalve.

Vindplaatsen: NJ 1998, 8

**Hoge Raad, 26 september 1997**

(Martens, Korthals Altes, Neleman, Heemskerk, Hermann)

(...)

De vennootschap naar Frans recht Francis Dreyfus Music Sarl, te Parijs, Frankrijk, eiseres tot cassatie, adv. mr. E.D. Vermeulen, tegen

1. Polygram International Music B.V., te Baarn,  
2. De vennootschap naar het recht van het Verenigd Koninkrijk Polygram International Limited, te Londen, Verenigd Koninkrijk, verweersters in cassatie, adv. mr. J.B.M.M. Wuisman.

(...)

**1. Het geding in feitelijke instanties**

Eiseres tot cassatie — verder te noemen: Dreyfus — heeft bij exploit van 3 februari 1993 verweersters in cassatie — verder tezamen te noemen: Polygram — gedagvaard voor de Rechtbank te Amsterdam en gevorderd:

1. voor recht te verklaren dat de uitleg welke Polygram geeft aan artikel 1 (m) van de overeenkomst van partij en als zou onderdeel (C) (ii) van het artikel uitsluitend zien op de verpakkingaftrek en niet ook op de andere factoren voor de berekening van de aan Dreyfus verschuldigde royalties, onjuist is;  
2. Polygram te bevelen om binnen een maand na de betekening van het te wijzen vonnis aan Dreyfus opgave

te doen van alle (aanvullingen op of wijzigingen van) overeenkomsten, die zij sinds 1 juli 1988 met derden is aangegaan, waarin een voor de betrokken artiesten gunstiger royalty-basis (waaronder met name te verstaan de prijs waarover het met de betrokkenen overeengekomen royalty-percentage dient te worden berekend en/of de verpakingsaftrek en/of een combinatie daarvan) is voorzien, een en ander op verbeurte van een dwangsom van f 10 000 voor iedere dag gedurende welke — en voor iedere maal dat — zij in gebreke zal zijn met de naleving van het op te leggen bevel;

3. Polygram te veroordelen om aan Dreyfus te voldoen het verschil tussen de aan Dreyfus over verkopen na 1 juli 1988 betaalde royalties en de bedragen die met toepassing van de voor de artiest meest gunstige royalty-basis die Polygram met een derde artiest is overeengekomen na 1 juli 1988 zouden moeten zijn voldaan;

4. Polygram te veroordelen om te vergoeden de kosten van buitengerechtelijke rechtsbijstand welke Dreyfus heeft gemaakt, ten bedrage van £ 11 198,59 en f 6500, te vermeerderen met BTW;

een en ander te vermeerderen met de tussen partijen overeengekomen rente, althans de wettelijke rente over de verschuldigde bedragen te rekenen vanaf de datum van de dagvaarding tot aan die van de voldoening.

Polygram heeft de vorderingen bestreden.

De Rechtbank heeft bij vonnis van 30 november 1994 de vorderingen toegewezen.

Tegen dit vonnis heeft Polygram hoger beroep ingesteld bij het Gerechtshof te Amsterdam.

Dreyfus heeft bij memorie van antwoord haar eis gewijzigd en het gevorderde onder 3 over de periode van 1 juli 1988 tot en met 30 juni 1994 begroot op f 2 824 994,41 te vermeerderen met rente.

Bij arrest van 9 mei 1996 heeft het Hof het bestreden vonnis vernietigd en, opnieuw rechtdoende, de vorderingen van Dreyfus afgewezen.

(...)

## 2. Het geding in cassatie

(...)

### 3. Beoordeling van het middel

3.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

- De uitvoerend kunstenaar Jean-Michel Jarre maakt ten behoeve van Dreyfus geluidsopnamen, welke opnamen Dreyfus als platenmaatschappij zelf exploiteert. Daarnaast gaat Dreyfus met andere platenmaatschappijen, waaronder Polygram, licentie-overeenkomsten aan, waarbij aan die andere platenmaatschappijen een licentie wordt verleend om de betrokken opnamen te exploiteren in een gebied omschreven in het contract.

- Tussen partijen heeft sinds 1977 een contractuele relatie bestaan met betrekking tot het gebruik door Polygram van geluidsopnamen van uitvoeringen van Jarre op geluidsdragers en het in het verkeer brengen van die geluidsdragers.

- In 1987 en 1988 zijn tussen partijen onderhandelingen gevoerd over een nieuwe overeenkomst, welke onderhandelingen hebben geleid tot een overeenstemming op hoofdlijnen, neergelegd in de zogenoemde 'heads of agreement' gedateerd 3 augustus 1988.

- De 'heads of agreement' is door partijen door middel van correspondentie, telefoongesprekken en besprekingen nader uitgewerkt tot een definitieve overeenkomst die in mei 1990 is ondertekend. In deze overeenkomst hebben partijen niet willen afwijken van de basisafspraken als neergelegd in de 'heads of agreement'.

- Het standaardsysteem van beloning in overeenkomsten als de onderhavige is de betaling door de platenmaatschappij van een percentage uit de verkoop van geluidsdragers (de royalty). Het overeengekomen percentage (de royalty rate) dient gerelateerd te zijn aan een berekeningsgrondslag (price basis), welke kan zijn de prijs die detailhandelaren aan hun afnemers berekenen (retail price) of de prijs die de platenmaatschappij aan de detailhandelaren berekent (published dealer price, ook wel published price to dealer, afgekort als PDP). Alvorens de royalty rate op de price basis wordt toegepast, wordt op de price basis nog een procentuele aftrek toegepast, in de branche algemeen aangeduid als packaging deduction (verpakingsaftrek).

- De in mei 1990 ondertekende overeenkomst (hiervoor onder (iv)) houdt in art. 1 (m) onder meer in:

'Net Published Dealer Price' shall mean the published Dealer Price in the country of sale of Records derived from the Master Recordings (...) after deduction of the following percentages calculated on the Published Dealer Price that is to say

A. (...)

B. (...)

C. In the case of DAT and Compact Discs and Compact Disc Single Play Records (...) TWENTY FIVE PERCENT (25%) PROVIDED THAT

- (...)

- Notwithstanding anything to the contrary herein contained should the Company enter into an agreement relating to the exclusive recording services of another artist or an amendment to any such agreement after 1st July 1988 pursuant to which the Company pays royalties to another artist in respect of sales of Compact Discs on a basis more favourable to the artist than the basis provided hereunder not taking into account royalty rates then such basis shall apply, mutatis mutandis, to royalties payable on sales of Compact Discs pursuant to this Agreement.

D. (...)

3.2 Het gaat in het onderhavige geding om de uitleg van het hiervoor in 3.1 onder (vi) weergegeven beding in art. 1 (m) C (ii), dat in de stukken van het geding en in het hieronder volgende ook wel wordt aangeduid als MFC (Most Favoured Nations Clause). Dreyfus heeft haar hiervoor onder 1 weergegeven vorderingen gegrond op haar uitleg van dit beding, welke uitleg met name hierop neerkomt dat, anders dan Polygram verdedigt, het beding niet uitsluitend ziet op de verpakingsaftrek maar ook op andere factoren voor de berekening van de aan Dreyfus verschuldigde royalties. Het Hof heeft, anders dan de Rechtbank had gedaan, deze vorderingen afgewezen. Hiertegen richt zich het middel.

3.3 Het Hof heeft, in cassatie terecht niet bestreden, vooropgesteld dat het voor de uitleg van het beding met

name aankomt op hetgeen partijen over en weer hebben verklaard en uit elkaars verklaringen en gedragingen overeenkomstig de zin, die zij daaraan in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs mochten toekennen, hebben afgeleid.

Onderdeel 1 klaagt dat het Hof deze maatstaf niet, althans verkeerd heeft toegepast, nu het niet is ingegaan op de stellingen van partijen over elkaars verklaringen en gedragingen bij de totstandkoming van de overeenkomst, en hetgeen zij daaruit hebben afgeleid.

De gedachtengang van het Hof waarop het zijn uitleg van het beding heeft gegrond, geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting, is niet onbegrijpelijk en alleszins toereikend gemotiveerd. Deze gedachtengang komt, verkort weergegeven, op het volgende neer. Op de grondslag van het — in cassatie niet bestreden — uitgangspunt dat de MFC tot doel heeft de kunstenaar in dezelfde positie te brengen als een andere kunstenaar van vergelijkbaar niveau, met wie een gunstiger regeling wordt getroffen, heeft het Hof doel en strekking van het beding onderzocht, en is het tot de slotsom gekomen dat de MFC in de opvatting van Dreyfus haar doel voorbijschiet. In zijn daarop volgende overwegingen heeft het Hof geoordeeld dat Dreyfus onvoldoende heeft gesteld om op grond van de bewoordingen van de MFC en de correspondentie van partijen niettemin de door haar aan het beding toegekende betekenis als juist te aanvaarden. Dit in hoofdzaak op de uitleg van de stukken van het geding berustende oordeel, dat wegens zijn feitelijke karakter in cassatie niet op juistheid kan worden onderzocht en niet onbegrijpelijk is, betekent, voor zover hier van belang, dat het Hof de door het onderdeel bedoelde stellingen niet buiten beschouwing heeft gelaten, maar deze heeft verworpen.

Het onderdeel faalt derhalve.

3.4 De overige onderdelen van het middel zijn eveneens tevergeefs voorgesteld, zulks op de gronden vermeld in de conclusie van het Openbaar Ministerie onder 8–9.

#### 4. Beslissing

De Hoge Raad:

verwerpt het beroep;

veroordeelt Dreyfus in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van Polygram begroot op f 8437,20 aan verschotten en f 3000 voor salaris.

---

#### Conclusie Advocaat-Generaal Hartkamp:

##### Feiten en procesverloop

1) In cassatie kan van de volgende feiten worden uitgegaan (vgl. r.o. 1 van het bestreden arrest, waarin wordt verwezen naar r.o. 1 sub a–m en sub o–q van het rechtbankvonnis).

Eiseres tot cassatie, Dreyfus, heeft het recht geluidsopnamen te exploiteren van de uitvoerend kunstenaar Jean-Michel Jarre. Naast exploitatie van dit recht in eigen beheer, gaat Dreyfus daartoe licentieovereenkomsten aan met derden (platenmaatschappijen), waaronder verweersters in cassatie, hierna

gezamenlijk: Polygram. Partijen hebben sinds 1977 een contractuele relatie, uit hoofde waarvan Polygram het recht had geluidsdragers met opnamen van Jarre te gebruiken en in het verkeer te brengen. Beide partijen zijn ervaren in de branche, beschikken over de relevante deskundigheid en kennen het bijbehorende taalgebruik.

In 1987 en 1988 hebben partijen onderhandeld over een nieuwe overeenkomst. De overeenstemming op hoofdlijnen die partijen toen bereikten werd neergelegd in een ‘heads of agreement’-overeenkomst van 3 augustus 1988 (prod. 2 bij conclusie van antwoord).

Deze heads of agreement is — na onderhandelingen in correspondentie, telefoongesprekken en besprekingen — uitgewerkt tot een definitieve overeenkomst van mei 1990 (prod. 1 bij conclusie van antwoord). Partijen hebben daarbij niet willen afwijken van de basisafspraken als neergelegd in de heads of agreement.

In overeenkomsten als die tussen partijen bestaat het gangbare systeem van beloning aan de rechthebbende (de royalty-vergoeding) uit de betaling door de platenmaatschappij van een percentage (de royalty rate) van de verkoopprijs van de in het verkeer gebrachte geluidsdragers.

De verkoopprijs die als berekeningsgrondslag (price basis) voor de royalty-bepaling wordt gehanteerd is de prijs die de detailhandel jegens zijn klanten hanteert (retail price) of de (uiteraard lagere) prijs die de platenmaatschappij aan de detailhandelaar in rekening brengt (published dealer price, published price to dealer, PDP).

Alvorens de hoogte van de royalty met behulp van de royalty rate en de te hanteren price basis (retail price of PDP) kan worden vastgesteld, wordt op deze price basis nog een procentuele aftrek toegepast, algemeen aangeduid met packaging deduction (verpakkingsaftrek). Ingeval de price basis PDP is, wordt de PDP minus de packaging deduction ook wel de netto PDP (NPDP) genoemd.

In het genoemde contract tussen partijen komt terzake de beloning voor Dreyfus de bepaling voor dat Polygram een royalty zal betalen van 22% van de Net Published Dealer Price (NPDP) van iedere verkochte Compact Disc; zie art. 5 sub a) van de overeenkomst van mei 1990 in samenhang met art. 3 sub (a) (iv) van Schedule A bij die overeenkomst.

Van deze Net Published Dealer Price bevat de overeenkomst in art. 1 sub m) een definitie, waaruit blijkt dat de verpakkingsaftrek 25% bedraagt. Terzake de NPDP voor Compact Discs (sub C.) luidt deze definitie:

‘Net Published Dealer Price’ shall mean the published Dealer Price in the country of sale of Records derived from the Master Recordings (...) after deduction of the following percentages calculated on the Published Dealer Price that is to say

A. (...)

B. (...)

C. In the case of DAT and Compact Discs and Compact Disc Single Play Records (...) TWENTY FIVE PERCENT (25%) PROVIDED THAT

- (...)

- Notwithstanding anything to the contrary herein contained should the Company enter into an agreement relating to the exclusive recording services of another artist or an amendment to any such agreement after 1st July 1988 pursuant to which the Company pays royalties to another artist in respect of sales of Compact Discs on a basis more favourable to the artist than the basis provided hereunder not taking into account royalty rates then such basis shall apply, mutatis mutandis, to royalties payable on sales of Compact Discs pursuant to this Agreement.

D. (...)

Dit beding in art. 1 (m) C - wordt in de gedingstukken wel aangeduid als MFC (Most Favoured Nation Clause).

2) De onderhavige procedure heeft tot inzet de vraag wat de exacte betekenis is van deze MFC. Dreyfus heeft de procedure aanhangig gemaakt op basis van haar lezing van deze clausule, die er op neerkomt dat de onderhavige overeenkomst dient te worden aangepast ten gunste van Dreyfus, indien Polygram met derden een licentie-overeenkomst aangaat waarin een gunstiger price basis tot uitgangspunt wordt genomen voor de berekening van de verschuldigde royalty-vergoeding. Met name zou volgens Dreyfus van een dergelijk geval sprake zijn ingeval zou blijken dat Polygram met derden zou zijn overeengekomen dat de royalty dient te worden berekend over de retail price in plaats van de dealer price. Op grond van de MFC zou Polygram in dat geval gehouden zijn, met ingang van de datum waarop Polygram zulks met een derde was overeengekomen, ook aan Dreyfus een royalty-vergoeding (22%) uit te betalen, berekend op basis van de retail price in plaats van op basis van PDP (minus de verpakkingsaftrek van 25%).

In de ogen van Polygram was de strekking van de MFC beperkter en heeft zij uitsluitend betrekking op de verpakkingsaftrek. Slechts ingeval Polygram met derden een gunstiger (lagere) verpakkingsaftrek overeen zou komen, zou Dreyfus, op basis van de MFC, er recht op hebben dat ook jegens haar deze lagere verpakkingsaftrek gehanteerd zou worden bij de berekening van haar royalty-vergoeding. Nu voorts een dergelijke lagere verpakkingsaftrek niet in overeenkomsten van Polygram met derden voorkomt, was er geen reden de door Polygram op basis van de overeenkomst aan Dreyfus betaalde en te betalen royalty-bedragen aan te passen, aldus Polygram.

Op basis van haar lezing van het contract vorderde Dreyfus een verklaring voor recht omtrent de onjuistheid van Polygrams beperkte lezing van de MFC. Voorts vorderde zij inzage in Polygrams contracten waarop de MFC betrekking zou kunnen hebben. Verder vorderde zij het verschil tussen hetgeen zij van Polygram had ontvangen en hetgeen haar, op basis van Polygrams latere contracten en de MFC, nog zou toekomen. Na wijziging van eis in appel becijferde Dreyfus dit onderdeel van haar vordering op een bedrag van f 2 824 994,41 en wijzigde zij haar eis dienovereenkomstig. Tenslotte vorderde zij de kosten van buitengerechtelijke rechtsbijstand, ten bedrage van

f 11 198,59 en f 6500, alsmede de rente over de door haar gevorderde bedragen.

3) De rechtbank wees de vordering toe. Zij stelde voorop (r.o. 5) dat de juiste betekenis van de MFC diende te worden vastgesteld door de overeenkomst uit te leggen aan de hand van de Haviltex-maatstaf (vgl. HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635 m.nt. CJHB).

In dat verband hechtte de rechtbank, met Dreyfus, waarde aan de heads of agreement (r.o. 6) en oordeelde zij dat niet, zoals Polygram betoogd had, doorslaggevend was de plaats van het beding in de overeenkomst en de bladspiegel van de pagina waarop de MFC stond. Volgens plaats van het beding in de overeenkomst en de bladspiegel van de pagina waarop de MFC stond. Volgens de rechtbank pleitte de tekst van de MFC en de correspondentie tussen partijen die aan de overeenkomst vooraf was gegaan voor de lezing van Dreyfus (r.o. 7).

Op basis van deze overwegingen koos de rechtbank voor de door Dreyfus bepleite interpretatie van de MFC. Dat de overeenkomst daarmee, zoals Polygram had betoogd, afweek van hetgeen gebruikelijk was, deed daar volgens de rechtbank niet aan af (r.o. 8). Nu Polygram terzake van de verschillende onderdelen van het door Dreyfus gevorderde geen afzonderlijk verweer had gevoerd, wees de rechtbank alle onderdelen van de vordering toe.

4) Tegen dit vonnis heeft Polygram hoger beroep ingesteld, en met succes. In zijn bestreden arrest wees het hof, na een gezamenlijke bespreking van de door Polygram aangevoerde grieven, de vorderingen van Dreyfus af. In het navolgende zal de nummering van de rechtsoverwegingen die in de cassatiestukken van mr Vermeulen is aangebracht, worden gevolgd.

Ook het hof stelde de Haviltex-maatstaf voorop (r.o. 10): voor de vraag welke interpretatie van de MFC de juiste is komt het met name aan:

... op hetgeen partijen over en weer hebben verklaard en uit elkaars verklaringen en gedragingen overeenkomstig de zin, die zij daaraan in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs mochten toekennen, hebben afgeleid.

Vervolgens overwoog het hof dat het doel van de MFC is de contractspartij in dezelfde positie te brengen als een derde, waarmee zijn wederpartij nadien een overeenkomst op gunstiger voorwaarden heeft gesloten (r.o. 11). De benaming van de MFC wees er volgens het hof op dat ongelijkheid tussen verschillende contractspartijen wordt opgeheven, niet dat Dreyfus dankzij de clausule in een gunstiger positie dan andere contractpartners van Polygram zou komen te verkeren (r.o. 12). Verder stond volgens het hof vast dat indien bij contracten als het onderhavige de berekeningsgrondslag wordt gewijzigd van PDP in retail price, het royalty-percentage dienovereenkomstig wordt aangepast (r.o. 13). Ook nam het hof aan dat beloning van een derde op basis van 22% over de retail price, niet voorkomt. Op basis van het voorgaande was het hof van oordeel dat de uitleg van de rechtbank de werking van de MFC uitbreidt tot gevallen waarvoor zij niet kon zijn geschreven (r.o. 14), nu zij Dreyfus in een aanmerkelijk

gunstiger positie zou brengen dan een derde die met Polygram had gecontracteerd, in plaats van dat sprake zou zijn van dezelfde positie (r.o. 15).

Volgens het hof had Dreyfus (r.o. 17):

... onvoldoende feiten en omstandigheden aangedragen, waaruit volgt dat zij niettemin, op grond van de bewoordingen van de MFC en op grond van de tussen partijen gevoerde correspondentie die betekenis aan de MFC heeft mogen toekennen. Naar het oordeel van het hof ligt dit ook in het licht van het voorgaande niet voor de hand, nu — naar mag worden aangenomen — een specifieke werking als Dreyfus aan die bepaling toekent, uitdrukkelijk in die correspondentie aan de orde zou zijn gekomen.

Veeleer had Dreyfus moeten begrijpen dat haar interpretatie van de MFC niet als juist kan worden aanvaard (r.o. 18). Hierbij speelden volgens het hof mede de omvangrijke financiële gevolgen van de door Dreyfus voorgestane uitleg een rol (r.o. 19).

Het hof sloot zich op basis van een en ander dan ook aan bij de door Polygram bepleite uitleg (r.o. 21), die naar het oordeel van het hof ook voldoende duidelijk in de MFC tot uitdrukking was gebracht met de woorden 'not taking into account royalty rates', waaronder het hof begreep het royalty-percentage met daaraan gekoppeld de berekeningsgrondslag, in casu de PDP (r.o. 22). Het hof vernietigde dan ook het rechtbankvonnis en wees de vordering af. Het overwoog nog (r.o. 23):

Het voorwaardelijk bewijsaanbod van Dreyfus wordt als in het licht van het voorgaande onvoldoende onderbouwd, gepasseerd.

5) Tegen dit arrest heeft Dreyfus — tijdig — beroep in cassatie ingesteld en een middel, bestaande uit 5 onderdelen, geformuleerd. Partijen hebben hun stellingen toegelicht en, na re- en dupliek, arrest gevraagd.

Breuking van het cassatiemiddel

6) Onderdeel 1 verwijt het hof slechts lippendienst aan de Haviltex-maatstaf (HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635 m.nt. CJHB) te hebben bewezen, door hem weliswaar in r.o. 10 te noemen, maar hem niet (althans verkeerd) toe te passen, nu het hof (anders dan de rechtbank) niet is ingegaan op de uitvoerige stellingen van partijen over elkaars verklaringen en gedragingen bij de totstandkoming van het contract.

Ik meen dat dit verwijt goede gronden mist. Het gaat in dit geding in wezen om de uitleg van een term in een contractueel beding, namelijk de term 'basis' in het MFC-beding. De rechtbank heeft getracht de betekenis van deze term op het spoor te komen door een analyse van de plaats van de clause in de overeenkomst, de tekstuele weergave ervan (de bladspiegelindeling), de voorovereenkomst en de briefwisseling tussen partijen. Zij heeft op grond van dat onderzoek geconcludeerd dat Polygram had moeten begrijpen dat de clause in de ogen van Dreyfus op meer betrekking had dan alleen de 'packaging deduction' (r.o. 7), waaraan naar haar oordeel niet afdeed dat in die interpretatie anders dan gebruikelijk werd afgeweken van de correlatie tussen de soort price basis en de royalty rate (r.o. 8).

Daarentegen is het hof als het ware aan de andere kant begonnen. Het heeft de 'zin en strekking' van het be-

ding onderzocht (dus datgene wat partijen met het beding beoogden te bereiken) en daarbij als — in cassatie onbestreden — uitgangspunt genomen dat het beding ten doel heeft de kunstenaar met (het oog op) wie de overeenkomst wordt gesloten in dezelfde positie te brengen als een derde (zich op vergelijkbaar niveau bevindende) kunstenaar met wie een gunstiger regeling wordt getroffen (r.o. 11). Deze wijze van redeneren is alleszins aanvaardbaar, en m.i. niet van de toepassing van de Haviltex-maatstaf te onderscheiden. Zie HR 11 nov. 1988, NJ 1990, 440 en de conclusie daarbij.

Het hof is gekomen tot een conclusie tegenovergesteld aan die welke de rechtbank had bereikt, met als sluitstuk dat de door Dreyfus ingeroepen feiten en omstandigheden (dus met name de voorovereenkomst en de correspondentie tussen partijen) anders dan de rechtbank had geoordeeld niet voldoende waren om haar standpunt te schragen (r.o. 17 e.v.). Het arrest geeft geen aanleiding voor de veronderstelling dat het hof de door partijen over en weer aangevoerde argumenten niet in zijn overwegingen heeft betrokken, maar 's hofs — geenszins onbegrijpelijke — gedachtengang brengt mee dat het daarop niet meer uitvoerig behoefde in te gaan.

7) Naar mijn mening geeft 's hofs gedachtengang derhalve niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting, en is hij evenmin onbegrijpelijk. Het feit dat het hof tot een andere conclusie is gekomen dan de rechtbank is uiteraard niet voldoende om die gedachtengang onbegrijpelijk te achten. Niet alleen onderdeel 1 stuit op het voorgaande af, maar m.i. geldt hetzelfde voor de onderdelen 2, 3, 4, eerste gedeelte, en 5. Ik meen dan ook met een korte behandeling van die onderdelen te kunnen volstaan. Zie nr. 8, waarna ik in nr. 9 inga op de tweede klacht van onderdeel 4.

8) Onderdeel 2. De klacht onder a komt op tegen r.o. 12, die echter als een overweging ten overvloede moet worden beschouwd: 'dezelfde positie' in r.o. 11 impliceert immers dat die positie niet gunstiger is dan die van de derde. Overigens is het begrijpelijk dat het hof bij de (door partijen gebezigde) term 'most favoured nations clause' een associatie heeft met het volkenrecht (vgl. Jennings/Watts, Oppenheim's international law, Vol. 1 parts 2 to 4 (1992), p. 1326 e.v.). Het onderdeel (en hetzelfde geldt voor de schriftelijke toelichting) geeft ook niet aan waarom het hof niet aan het volkenrechtelijke begrip 'most favoured nation clause' had mogen denken, noch in welk opzicht het hof dat begrip verkeerd heeft gehanteerd.

De tegen r.o. 13 gerichte klacht onder b komt tevergeefs op tegen een feitelijk (immers op uitleg van de gedingstukken berustend) en niet onbegrijpelijk oordeel van het hof, waarvan evenmin onbegrijpelijk is dat het hof het mede ten grondslag heeft gelegd aan zijn opvatting over de strekking van het beding. Te bedenken is dat het hof in de bestreden overweging geheel in het algemeen spreekt van 'een contract als het onderhavige', terwijl het door het onderdeel aangehaalde betoog uit de gedingstukken betrekking heeft op de uitleg van deze specifieke MFC.

Ook van de door het hof in zijn (door de klacht onder c bestreden) r.o. 14 genoemde omstandigheid is niet onbegrijpelijk dat het hof haar mede ten grondslag heeft gelegd aan zijn opvatting over de strekking van het beding.

Onderdeel 3, dat ook tegen r.o. 14 is gericht, faalt eveneens. Enerzijds heeft het hof niet vastgesteld wat het onderdeel in de eerste zin poneert; anderzijds wordt hetgeen het hof heeft vastgesteld niet onjuist of onbegrijpelijk door wat het onderdeel in de tweede zin aanvoert.

Onderdeel 4 richt in zijn eerste gedeelte motiveringsklachten tegen de r.o. 17–18 en 20–23. Deze klachten falen m.i. op de in het voorgaande gegeven gronden.

Onderdeel 5 is gericht tegen r.o. 19. Echter zonder succes, want ook deze rechtsoverweging is m.i. niet onbegrijpelijk (evenmin als r.o. 14, waartegen in de onderdelen 2 sub c en 3 een soortgelijke klacht is gericht). Zij wordt ook niet onjuist of onbegrijpelijk doordat het hof een overweging als bedoeld in de laatste zin van het onderdeel achterwege heeft gelaten.

De stelling dat het hof ten onrechte in het midden laat of de veronderstelde gevolgen voor Dreyfus voorzienbaar moeten zijn geweest, mist m.i. feitelijke grondslag, omdat die voorzienbaarheid besloten ligt in de overweging dat Dreyfus heeft moeten begrijpen dat de door haar voorgestane uitleg niet door Polygram bedoeld kan zijn.

9) De tweede klacht van onderdeel 4 heeft betrekking op een andere kwestie, en wel op 's hofs verwerping (r.o. 23) van het door Dreyfus in de memorie van antwoord gedane, in het onderdeel geciteerde bewijsaanbod.

Ik meen dat ook deze klacht tevergeefs wordt voorgesteld. Hier doet zich niet het geval voor dat een bewijsaanbod met betrekking tot feiten en omstandigheden die voor de uitleg van een beding van belang zijn, ten onrechte door de feitenrechter wordt gepasseerd op de grond dat het aanbod zich niet verdraagt met de door die rechter aan het beding gegeven uitleg. Vgl. HR 10 aug. 1989, NJ 1989, 825, alsmede Asser-Hartkamp ?, nr. 288. Ook van een passering op grond van een — verboden — prognose van de uitkomst van de bewijslevering is geen sprake. In casu heeft het hof immers het bewijsaanbod gepasseerd 'als in het licht van het voorgaande onvoldoende onderbouwd'. Een dergelijke beslissing is aan het hof als feitenrechter voorbehouden; zij staat los van het specifieke geval van uitleg van contractsbedingen, want zij betreft een grond waarop een bewijsaanbod in het algemeen gepasseerd kan worden. Zij kan alleen op begrijpelijkheid worden getoetst. Strijd met art. 6 EVRM levert deze grond voor verwerping van een bewijsaanbod m.i. niet op.

In casu kan m.i. niet worden gezegd dat de beslissing onbegrijpelijk is. Het bewijsaanbod had 'met name' betrekking op de betekenis van het in het beding gebruikte woord 'basis'. Gelet op de door het hof gekozen invalshoek, waarbij de 'zin en strekking' van het beding (op basis van het in r.o. 11 genoemde uitgangspunt) op de voorgrond worden geplaatst, heeft het hof minder gewicht toegekend aan de naar haar

aard onzekere vraag omtrent de betekenis waarin partijen die term hebben (althans geacht mogen worden te hebben) opgevat. Het is dan ook niet onbegrijpelijk dat het hof het vooral op die kwestie gerichte, in algemene bewoordingen vervatte (en niet naar specifieke, in de gedingstukken aangegeven uitlatingen verwijzende) \* [1] bewijsaanbod onvoldoende gespecificeerd heeft geacht.

#### **Conclusie**

De conclusie strekt tot verwerping van het beroep.

---

[1] Men vergelijk bij wijze van contrast de uitlatingen, vermeld in de pleitnota in hoger beroep namens Polygram, p. 3, die de heer Dreyfus tijdens de onderhandelingen met vertegenwoordigers van Polygram zou hebben gedaan. Indien Dreyfus had aangeboden dergelijke specifieke uitlatingen te bewijzen, had zo'n aanbod niet mogen worden gepasseerd