

IN NAAM DES KONINGS

arrest

GERECHTSHOF 's-HERTOGENBOSCH

Afdeling civiel recht

zaaknummer HD 200.101.170/01

arrest van 2 december 2014

in de zaak van

Art & Allposters International B.V.,
gevestigd te Amsterdam,
eiseres,
advocaat: mr. G.C. Vergouwen te Eindhoven,

tegen

Stichting Pictoright,
gevestigd te Amsterdam,
gedaagde,
advocaat: mr. drs. I.M.C.A. Reinders Folmer te Amsterdam,

als vervolg op de door het hof gewezen tussenarresten van 11 september 2012, 16 april 2013 en 25 maart 2014 op de door Allposters bij dagvaarding van 26 januari 2012 ingestelde vorderingen.

15. Het verdere verloop van de procedure

Het verdere verloop van de procedure blijkt uit:

- de tussenarresten van 11 september 2012, 16 april 2013 en 25 maart 2014;
- de memorie na bewijsopdracht van Allposters van 22 juli 2014, met een productie;
- de memorie van antwoord van Pictoright van 2 september 2014 met producties 13 tot en met 20.

Het hof heeft arrest bepaald.

16. De verdere beoordeling

16.1. Het hof verwijst naar en volhardt bij de tussenarresten.

16.2. Het hof roept in herinnering waar het om gaat. Allposters heeft afbeeldingen van bestaande posters via een bepaald procedé overgezet op canvas en op de markt gebracht. Pictoright, die de belangen van auteursrechthebbenden behartigt, stelde deswege een vordering in tegen Allposters. Dit is uitgemond in een arrest van dit hof van 3 januari 2012, waarbij het hof een aantal veroordelingen heeft uitgesproken. Onder III heeft het hof uitgesproken de veroordeling zoals geformuleerd in het tussenarrest

van 11 september 2012 onder r.o. 6.1. Kort gezegd gaat het om een veroordeling van Allposters om binnen 14 dagen een door een registeraccountant gecontroleerde en gewaarmerkte opgave te doen omtrent aantallen (betreffende productie, voorraad, verkoop en wat dies meer zij). Er zijn dwangsommen opgelegd tot een maximum van € 45.000,--.

16.3. Op 17 januari 2012 – derhalve op de dag dat de bij arrest van 3 januari 2012 gestelde termijn van 14 dagen was verstreken – heeft Pictoright het arrest aan Allposters betekend. Pictoright stelt dat Allposters aan de veroordeling niet heeft voldaan is aanspraak gaan maken op dwangsommen. Het maximum van de dwangsommen is bereikt.

16.4. Op 26 januari 2012 heeft Allposters een provisionele eis en een eis ten gronde ingesteld. De provisionele eis hield in schorsing van de executie van dwangsommen; deze eis is ingewilligd bij arrest van dit hof van 27 maart 2012, waarbij de executie van de inning van reeds verbeurde dwangsommen is geschorst tot aan de einduitspraak in de hoofdzaak ex art. 611d Rv.

16.5. De eis in de hoofdzaak welke bij de dagvaarding van 26 januari 2012 werd ingesteld is door het hof nader geanalyseerd in het arrest van 11 september 2012, r.o. 6.7. Daarbij heeft het hof de vordering welke naar de letter zag op wijziging van de dwangsom opgevat als een vordering tot opheffing of schorsing van de dwangsom. Vervolgens is het de vraag of er sprake is geweest van een tijdelijke of blijvende onmogelijkheid welke tot zodanige opheffing of schorsing aanleiding zou moeten geven.

16.6. Aangezien zonder voorlichting door een deskundige niet goed viel te beoordelen of aan de veroordeling zoals deze was geformuleerd zou kunnen worden voldaan heeft het hof een onderzoek door een deskundige gelast. Dat onderzoek is uitgevoerd en op basis van de bevindingen van de deskundige heeft het hof geoordeeld dat aan de veroordeling zoals deze was geformuleerd niet kon worden voldaan, en al helemaal niet binnen de gestelde termijn; arrest van 25 maart 2014 onder 13.8.1. Dit oordeel had betrekking op de onmogelijkheid van - kort gezegd – controle door een registeraccountant.

16.7. In het voetspoor daarvan heeft het hof in r.o. 13.10.2 geoordeeld dat er voldoende grond was voor opschorting van de looptijd van de dwangsom. In r.o. 13.10.1 oordeelde het hof dat er nog geen sprake kon zijn van opheffing, daar daarvoor eerst moest blijken dat Allposters dan wel al het andere had gedaan wat redelijkerwijze van haar verlangd mocht worden. Vervolgens heeft het hof geoordeeld dat binnen twee weken na betekening van het arrest (van 25 maart 2014) alsnog opgave aan Pictoright diende te worden gedaan en dat binnen 11 weken nadien de accountant diende te rapporteren (r.o. 13.10.5 van genoemd arrest).

16.8. Gesteld noch gebleken is dat Pictoright het arrest heeft doen betekenen aan Allposters.

Allposters heeft gemeend ermee te kunnen volstaan eerst op 28 mei 2014 opdracht te geven aan Deloitte en heeft eerst op 1 juli 2014 opgave aan Deloitte gedaan. Overigens heeft – voor zover het hof kan nagaan - Allposters de opgave niet aan Pictoright, doch aan Deloitte gedaan, doch partijen verbinden daaraan geen gevolgen. Bovendien heeft opgave Pictoright wel bereikt, omdat deze onderdeel is van de bijlage bij memorie na bewijsopdracht. Hoe dat ook zij, de opgave is gedaan ruimschoots na de termijnen welke het hof voor ogen had, doch als gezegd heeft Pictoright het arrest niet laten betekenen. Dat betekent dat aan deze termijnoverschrijding geen betekenis toe komt. Als de opgave is gedaan en daaromtrent is gerapporteerd door de accountant, is dus in alle gevallen tijdig aan het bevel voldaan.

Indien echter vervolgens inhoudelijk ofwel uit de opgave, ofwel uit de rapportage blijkt dat Allposters niet het maximaal haalbare heeft gedaan om aan de veroordeling te voldoen, dient de conclusie te luiden dat er voor opheffing van de dwangsom geen grond is.

16.9. Allposters heeft een opgave gedaan van omzet, vanaf 1 juni 2008. Deze heeft zij later controleren door Deloitte, en deze heeft – kort gezegd – geen afwijkingen waargenomen (zie slotconclusie op p. 22 van genoemd rapport).

16.10. Het hof concentreert zich op de opgave van Allposters over het jaar 2008, gelet op hetgeen Pictoright omtrent de juistheid en volledigheid van de door Allposters over dat jaar verstrekte opgave naar voren heeft gebracht (bij memorie van antwoord van 14 februari 2012, memorie (van antwoord) na deskundigenbericht van 12 november 2013, en memorie van antwoord (na bewijsopdracht) van 2 september 2014).

16.11. Uit het rapport van Deloitte blijkt dat in die periode bij Allposters voor de voorraad een applicatie Lightman werd gebruikt en voor de financiële administratie een applicatie Great Plains, welke echter niet waren geïntegreerd. Lightman is niet meer toegankelijk. Great Plains wordt niet meer gebruikt maar is nog wel toegankelijk, maar er kan geen koppeling worden gemaakt met de voorraad- en orderadministratie. Wel zijn data uit Lightman geëxporteerd naar EDW (Enterprise Data Warehouse) dat nog steeds wordt gebruikt.

16.12. De brondocumenten uit 2008 waarop Lightman is gebaseerd zijn niet bewaard, aldus Deloitte.

16.13. De opgave is door Allposters eerder gedaan en overgelegd als prod. 11 ter rolzitting van 31 januari 2012. Als prod. 4 bij het deskundigenrapport is eveneens een opgave van Allposters gevoegd. Deze is anders en summierder vorm gegeven doch stemt met de eerdere opgave overeen.

16.14. Pictoright heeft bij memorie van antwoord na deskundigenbericht erop gewezen dat de opgave van Allposters – ten onrechte – eerst aanvangt met juni 2008. Zij heeft een aantal bestellingen overgelegd van Sander van de Wiel, alle daterend uit april en mei 2008, waaruit zou blijken dat reeds voor 1 juni 2008 bestellingen zijn gedaan op grond waarvan in Nederland leveringen door Allposters hebben plaatsgevonden, welke thans door Allposters niet zijn opgegeven (en dus door Deloitte niet gecontroleerd zijn kunnen worden). Ten slotte heeft Pictoright erop gewezen dat zij reeds in september 2008 Allposters had gesommeerd zodat deze haar administratie veilig had kunnen en moeten stellen (terwijl zij deze hoe dan ook tot 7 jaar na 2008 had moeten bewaren).

16.15. Op de door Pictoright bij memorie van antwoord na deskundigenbericht overgelegde producties 13 tot en met 17 heeft Allposters niet meer kunnen reageren. Deze producties hebben betrekking op bestellingen en leveringen. Deze zijn ofwel reeds overgelegd bij memorie van antwoord van 14 februari 2012, ofwel sluiten aan bij de bij die memorie overgelegde stukken.

16.16. Prod. 13 is een niet eerder overgelegde orderbevestiging A***1890 van 17 april 2008 betreffende vijf items, waaronder twee transfers, besteld door Van der Wiel. Bij prod. 3 bij memorie van antwoord had Pictoright reeds overgelegd: de factuur, alsmede pakbonnen voor transfers met dit bestelnummer. Prod. 14 stemt overeen met één van deze pakbonnen (die van 4/23/2008).

16.17. Prod. 15 is een niet eerder overgelegde orderbevestiging A***4460 van 7 mei 2008 betreffende negen items, waaronder vijf transfers, besteld door Van de Wiel. Bij voornoemde prod. 3 waren reeds overgelegd vier op dit bestelnummer betrekking hebbende pakbonnen (nl. een pakbon bestaande uit twee bladen van 5/14/2008, twee pakbonnen van 5/15/2008 en een pakbon van 5/20/2008). Prod. 16 bestaat uit een derde pakbon van 5/15/2008 en uit (nogmaals) de pakbon van 5/20/2008 en prod. 17 bestaat uit een vierde pakbon van 5/15/2008.

16.18. Dit alles betekent dat prods. 13 tot en met 17 zozeer een overlapping vormen met, althans aansluiten bij prod. 3, dat het hof deze in de beschouwingen kan betrekken zonder Allposters de gelegenheid te geven hierop te reageren. Een deel van de canvas transfers waar deze producties op zien, betreft canvas transfers die onder de reikwijdte van het dictum van het arrest van 12 januari 2012 vallen.

16.19. Prod. 18 betreft een akte van depot ter griffie uit 2011. Prod. 19 betreft een uittreksel uit de eerdere opgave van Allposters, welke aan deze bekend moet zijn. Gelet daarop geldt ook voor deze stukken dat er geen bezwaar tegen bestaat dat het hof deze in de beschouwingen betreft, ongeacht het stadium waarin zij in het geding zijn gebracht.

16.20. Het verwijt van Pictoright dat Allposters had verzuimd inlichtingen te verstrekken ten aanzien van bestellingen en leveringen vóór 1 juni 2008 was niet nieuw; dat had Pictoright reeds aangevoerd in memorie van antwoord sub 36. Daaruit volgt bovendien dat indien en voor zover al Allposters aanvankelijk mocht menen te kunnen volstaan met een opgave vanaf 1 juni 2008 (bijvoorbeeld omdat zij serieus meende te weten dat eerst nadien transfers op de markt waren gebracht), zij na de memorie van antwoord dieper had dienen te graven naar bestellingen daterend van voordien. Dat heeft zij kennelijk niet gedaan en voor zover zij dat wel heeft gedaan maar geen oudere stukken heeft gevonden omdat zij deze niet heeft bewaard, komt dat, naar Pictoright terecht opmerkt, voor rekening van Allposters.

16.21. De conclusie dient te luiden dat Allposters niet al datgene heeft gedaan wat redelijkerwijze van haar verwacht mocht worden om te voldoen aan de veroordeling zoals uitgesproken bij arrest van dit hof van 3 januari 2012, zoals nader gepreciseerd bij arrest van 25 maart 2014.

16.22. Dat betekent dat haar beroep op opheffing van de dwangsom op basis van art. 611d Rv. dient te worden gepasseerd. Gelet op het hiervoor overwogene is er ook geen aanleiding meer voor verdere opschorting van de looptijd van de dwangsom. De vordering van Allposters dient te worden afgewezen.

16.23. Pictoright is van oordeel dat art. 1019h Rv. toepassing mist, maar maakt voor het geval het hof daar anders over denkt desondanks aanspraak op vergoeding van proceskosten als bedoeld in art. 1019h Rv. Overigens had ook Allposters aanspraak gemaakt op vergoeding van proceskosten conform genoemd artikel. Zowel op basis van de jurisprudentie, de Indicatieterieven Rechtbanken en de naar verwachting per 1 januari 2015 in werking tredende Indicatieterieven Hoven in zaken betreffende intellectuele eigendom kan een kostenveroordeling op basis van dat artikel worden uitgesproken, ook in een executiegeschil.

16.24. Zowel de Indicatieterieven Rechtbanken als de Indicatieterieven Hoven gaan uit van een maximum van € 25.000,-- bij complexe bodemzaken bij een procedure met meerdere

stappen. De onderhavige zaak valt in die categorie. Pictoright maakt aanspraak op € 23.843,05 incl. btw, op basis van 112,6 uur à € 175,--. Het uurtarief is geenszins buitensporig te noemen. Het urenantal is evenmin buitensporig. Korte aktes buiten beschouwing gelaten gaat het om de volgende, vrij omvangrijke processtukken: memorie van antwoord, pleitnota, memorie na deskundigenbericht, memorie na bewijsopdracht. Bovendien is er een incident geweest; in dat incident is beslist dat omtrent de kosten zou worden beslist bij einduitspraak in de hoofdzaak. Ten slotte heeft (de advocaat van) Allposters zelf veel hogere kosten in rekening gebracht. Uit prod. 13 bij akte van 6 november 2012 blijkt dat de advocaat tot en met 18 juni 2012 72,5 uur in rekening had gebracht à (meestal) € 375,--, in totaal € 18.444,--, en uit prod. 18 bij memorie van 15 oktober 2013 blijkt dat de advocaat aanvullend nog eens € 12.818,50 in rekening heeft gebracht. Bij haar memorie van 22 juli 2014 heeft Allposters geen nadere kosten meer gespecificeerd, doch tot op dat moment had de advocaat van Allposters, naar het hof begrijpt exclusief btw, reeds meer dan € 30.000,-- berekend.

Bij deze stand van zaken is de door Pictoright gevorderde proceskostenvergoeding toewijsbaar, ook al heeft Allposters daarop niet meer kunnen reageren.

16.25. Het voorschot ten behoeve van de door het hof benoemde deskundige is voor rekening van Allposters gekomen en blijft voor haar rekening. De kosten van de door haarzelf geraadpleegde deskundigen blijven eveneens voor haar rekening. Pictoright vordert in rechte geen kosten van door haar geraadpleegde deskundigen.

17. De uitspraak

Het hof:

in de hoofdzaak:

wijst het gevorderde af;

in de hoofdzaak en in het incident:

veroordeelt Allposters in de kosten van het geding, welke kosten tot op heden aan de zijde van Pictoright worden begroot op € 666,-- aan verschotten en € 23.843,05 (incl. btw) voor salaris advocaat.

Dit arrest is gewezen door mrs. J.M. Brandenburg, H.A.W. Vermeulen en J.F.M. Pols en in het openbaar uitgesproken door de rolraadsheer op 2 december 2014.

griffier

rolraadsheer



w.g. de griffier

w.g. de rolraadsheer

VOOR GROSSE / AFSCHRIFT

Afgegeven aan: adv. app./geintim.: *mr. drs. I.M.C.A. Reinders Folmer*

Griffier gerechtshof 's-Hertogenbosch d.d.: *2-12-2014*

[Handwritten signature]