

# arrest

---

## GERECHTSHOF 's-HERTOGENBOSCH

Afdeling civiel recht

zaaknummer HD 200.101.170/01

**arrest van 25 maart 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 en 16 april 2013 in de hoofdzaak tussen Allposters en Pictoright.

### 12. Het verdere verloop van de procedure

Het verdere verloop van de procedure blijkt uit:

- het tussenarrest van 16 april 2013;
- het deskundigenbericht van 12 september 2013;
- de memorie na deskundigenbericht van Allposters met twee producties;
- de antwoordmemorie na deskundigenbericht van Pictoright met een productie.

Nadat de laatste memorie was genomen, heeft de advocaat van Allposters een brief (gedateerd 30 december 2013) gezonden met daarbij een (getekende) akte met twee producties. De Deken van de Orde had positief geadviseerd over het in het geding brengen van bedoelde producties; Pictoright had tegen dit overleggen geen bezwaar, zij het dat zulks kenbaar is gemaakt bij brief van haar voormalige, niet haar huidige advocaat. Er was echter reeds uitspraak gevraagd en de rolraadsheer heeft te kennen gegeven dat de kamer welke in de zaak zou beslissen omtrent de toelaatbaarheid van de nader in het geding gebrachte stukken zou oordelen.

Vervolgens heeft Pictoright bij monde van haar advocaat te kennen gegeven op de producties te willen reageren. De rolraadsheer heeft te kennen gegeven dat verzoek niet in behandeling te kunnen nemen, aangezien dit was gedaan door de vorige advocaat; zes weken eerder had zich een andere advocaat voor Pictoright gesteld.

In deze zaak is het arrest bepaald op heden.

Zaaknummer HD 200.101.170/01

2

### 13. De verdere beoordeling

#### 13.1. *Stand van zaken*

13.1.1. Het hof verwijst naar en volhardt bij de tussenarresten. Het hof roept in herinnering waar het om gaat.

In de loop van 2007/2008 heeft Allposters zogenaamde canvastransfers van afbeeldingen van (schilder)werken van kunstenaars wier belangen werden behartigd door Pictoright op de markt gebracht. Op 7 oktober 2008 heeft Pictoright Allposters gesommeerd en op 16 oktober 2008 is Allposters gedagvaard. De rechtbank wees de vorderingen van Pictoright af bij vonnis van 22 september 2010 waartegen Pictoright bij appeldagvaarding van 22 november 2010 in hoger beroep is gekomen.

Bij arrest van 3 januari 2012 heeft dit hof, met vernietiging van het vonnis waarvan beroep, de vorderingen (voor een groot deel) toegewezen en Allposters verboden de inbreukmakende werken openbaar te maken. De inbreuk als zodanig staat met het arrest van dit hof van 3 januari 2012 – behoudens de eventueel andersluidende uitkomst van een cassatieprocedure – vast.

Diverse nevenvorderingen werden eveneens bij arrest van 3 januari 2012 toegewezen. Daaronder vordering sub V, strekkende tot vergoeding van schade (op te maken bij staat) dan wel winstafdracht indien die hoger was dan de schade.

13.1.2. Door Pictoright was voorts sub III gevorderd, en door dit hof is in hoger beroep bij het arrest van 3 januari 2012 voorts toegewezen (waarbij de onderverdeling in regels en nummering a), b) en c) thans door het hof is toegevoegd ten behoeve van een analyse van het bevel):

een veroordeling tot het verstrekken van een

a) door een [onafhankelijke] registeraccountant

b) gecontroleerde, en

c) gewaarmerkte

opgave van gegevens omtrent omzet, verkoopaantallen en prijzen, onverkochte voorraad en wat dies meer

binnen veertien dagen na de datum van het arrest [dus niet: na betekening van het arrest; hof], op straffe van verbeurte van een dwangsom.

Het element “onafhankelijke” is in het dictum niet overgenomen, maar dit speelt in het debat geen rol.

13.1.3. Het arrest dateerde van 3 januari 2012; op 17 januari 2012, dus op de dag dat de aan Pictoright gestelde termijn verstreek, werd het arrest betekend.

13.1.4. Allposters heeft niet uiterlijk op 17 januari 2012 aan de onderhavige veroordeling voldaan.

13.1.5. Stellende dat het haar onmogelijk (in de zin van art. 611d Rv.) was om aan de het bevel onder III van het arrest van 3 januari 2012 te voldoen, vorderde Allposters bij dagvaarding van 26 januari 2012 in de hoofdzaak primair wijziging van de veroordeling aldus dat Allposters rekening en verantwoording kan afleggen door middel van een door een accountant op te stellen “Rapport van Bevindingen”, subsidiair dat Allposters met zodanig rapport kan volstaan totdat het arrest van 3 januari 2012 in kracht van gewijsde is gegaan en

Zaaknummer HD 200.101.170/01

3

---

eerst daarna controle als bedoeld in het bevel sub III zal plaatsvinden, meer subsidiair dat haar een ruimere termijn van twee maanden na betekening wordt gegund.

13.1.6. In zijn tussenarrest van 11 september 2012 overwoog het hof onder r.o. 6.7 dat de primaire vordering aangemerkt moet worden als een vordering tot opheffing of opschorting van de dwangsom.

### 13.2. *Omschrijving van het kader*

13.2.1. De auteursrechthebbende heeft in een geval als het onderhavige, waarbij sprake is van inbreuk op zijn auteursrecht, recht op vergoeding van diverse schadeposten (zoals inkomstenderving) of winstafdracht (doch niet beide; HR 14 april 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5519; Pictoright vorderde deze sub V ook niet cumulatief, doch alternatief). De omvang van zowel de schade als de af te dragen winst is afhankelijk van, onder meer, het aantal verkochte (en eventueel: ingekochte) artikelen, de stuksprijs en overige factoren. Het recht op winstafdracht ligt besloten in art. 27a Aw. en/of art. 6:104 BW.

13.2.2. Overeenkomstig de hoofdregel van art. 150 Rv. zou de auteursrechthebbende, die schadevergoeding of winstafdracht vordert, de omvang van zijn schade respectievelijk van de af te dragen winst, en dus de diverse schade- respectievelijk winstcomponenten dienen te bewijzen.

Vrijwel alle relevante informatie zal zich echter, naar ervaringsregels, bevinden bij de inbreukmaker. Deze weet of kan weten hoeveel artikelen hij heeft ingekocht, verkocht, en over heeft, wat de inkoop- en de verkoopprijzen waren en zo meer.

13.2.3. Het is om deze reden dat de inbreukmaker aan de auteursrechthebbende gegevens dient te verschaffen opdat de schade kan worden vast gesteld. In de BVIE is dit uitdrukkelijk neergelegd in art. 2:21 lid 4, doch in de Auteurswet is dit niet expliciet geregeld. Niettemin heeft hiervoor in grote lijnen hetzelfde te gelden.

13.2.4. Tegen de achtergrond van het feit dat de door de inbreukmaker te verschaffen gegevens gehanteerd zullen worden ter vaststelling van de hoogte van de schade en/of winstafdracht, kan het voor de inbreukmaker verleidelijk zijn om de omvang van de inbreuk te bagatelliseren. Het is om die reden dat er naar wegen wordt gezocht om te bevorderen dat de door de inbreukmaker gedane opgave strookt met de werkelijkheid. Daartoe wordt veelal externe controle voorgeschreven. Die controle heeft een tweeledig doel: de opgave – van de inbreukmaker – zelf wordt gecontroleerd, maar daar komt bij dat de enkele wetenschap dat een controle zal plaats vinden, een geschikt middel is om een eventueel bij de inbreukmaker bestaande neiging om de inbreuk te bagatelliseren, te onderdrukken.

### 13.3. *Reikwijdte van het gegeven bevel*

13.3.1. In het licht van het voorgaande bespreekt het hof thans de hiervoor in r.o. 13.1.2 weergegeven vorderingen.

#### 13.3.2. Wat onderdeel a) betreft:

Omtrent dit onderdeel bestaat geen verschil van mening.

#### 13.3.3. Wat onderdeel c) betreft:

Aan de eis dat het moet gaan om een “gewaarmerkte” opgave komt slechts deze betekenis

Zaaknummer HD 200.101.170/01

4

---

toe, dat zeker wordt gesteld dat de opgave zoals deze de rechter onder ogen komt, dezelfde opgave is als die welke door de accountant is "gecontroleerd". Daaraan kan bijvoorbeeld voldaan worden doordat de accountant zijn bevindingen rechtstreeks aan de rechter zendt, of doordat door of onder verantwoordelijkheid van de accountant anderszins maatregelen worden genomen (verzegeling) om de hiervoor bedoelde zekerheid te verkrijgen.

13.3.4. Wat onderdeel b) betreft:

Het geschil spitst zich toe op de vraag wat een "gecontroleerde" opgave inhoudt en op de vraag of zo'n opgave gedaan kan worden.

13.4. *Mogelijkheid of onmogelijkheid van het doen van een gecontroleerde opgave*

13.4.1. In de onderhavige procedure stelt Allposters dat het onmogelijk was om aan de veroordeling te voldoen. Ten eerste ging de termijn direct na het arrest lopen en niet na betekening van het arrest. Ten tweede was die termijn volgens haar extreem kort, zelfs onmogelijk kort voor het uitvoeren van een onderzoek als verzocht. Ten derde was het – aldus Allposters – niettegenstaande haar intensieve inspanningen onmogelijk een accountant te vinden die überhaupt bereid was zo'n onderzoek uit te voeren, tegen de achtergrond van de complexe situatie waaronder het gegeven dat de administratie zich deels in het buitenland bevond. In dit stadium van het geschil is vooral laatstbedoelde kwestie aan de orde.

13.4.2. In dit verband heeft Allposters gesteld dat zij, nadat haar was gebleken dat diverse accountants geen vergaand onderzoek als gevraagd wensten uit te voeren, doch wel bereid waren een minder vergaand onderzoek uit te voeren en daarvan een rapport van bevindingen op te maken, aan Pictoright heeft gevraagd of deze daarmee kon instemmen, doch dat Pictoright zulks weigerde; dit komt verderop aan de orde. Allposters heeft een "opinie" doen opmaken door dr. J. Joling RA (hierna: Joling) ter nadere onderbouwing van haar standpunt (akte van 6 juni 2012, prod. 12).

13.4.3. Het hof heeft in het tussenarrest van 16 april 2013 mr. drs. B.M. Prins RA van PwC (hierna: Prins) benoemd teneinde specifiek omtrent onderdeel b) een onderzoek uit te voeren en daaromtrent te rapporteren. Prins heeft gerapporteerd. Uit het rapport blijkt dat de advocaat van Pictoright op diverse onderdelen van het conceptrapport heeft gereageerd; de deskundige heeft daarvan melding gemaakt en zijn reactie op de opmerkingen in het rapport verwerkt.

13.4.4. Ook de "opinie" van Joling is toegespitst op onderdeel b) van het dictum sub III, en meer in het bijzonder op de derde kwestie als hiervoor weergegeven in r.o. 13.4.1. Het hof stelt voorop dat de deskundigheid van Joling niet ter discussie staat terwijl er evenmin redenen zijn om aan te nemen dat hij onvoldoende onafhankelijk zou zijn of dat hij bij het schrijven van zijn "opinie" bevooroordeeld zou zijn ten gunste van degene op wier verzoek hij die "opinie" schreef, namelijk Allposters. Dat laat onverlet dat de "opinie" is geschreven op basis van gegevens welke zijn aangedragen door Allposters, te weten het arrest van 3 januari 2012, een brief van 26 januari 2012 van Ernst & Young aan mr. Claassen, de advocaat van Allposters, een brief van 30 januari 2012 van Deloitte aan die advocaat, een brief van 15 februari 2012 van Ernst & Young aan die advocaat, en de in diens aan Joling gerichte brief van 29 mei 2012 door die advocaat (blad 2 halverwege) weergegeven informatie omtrent de wijze waarop de administratie van Allposters is ingericht.

Van enige informatieverstrekking of standpuntbepaling van de zijde van Pictoright in de richting van Joling is niet gebleken. In zoverre is die "opinie" deels op basis van eenzijdige

Zaaknummer HD 200.101.170/01

5

gegevens tot stand gekomen en komt daaraan in zoverre minder bewijskracht toe dan wanneer die op basis van informatie die van weerskanten is aangedragen zou zijn opgesteld. Aan de "opinie" van Joling kan aldus in dit geschil niet dezelfde status en bewijskracht worden toegekend als aan een door een door de rechter opgedragen onderzoek waarbij in volle omvang hoor en wederhoor plaats vindt. Daarbij komt dat uit de tweede helft van blad 2 van het door Joling opgemaakte rapport blijkt dat de vraagstelling niet neutraal is geformuleerd in die zin dat wordt gevraagd te rapporteren wat voor een onderzoek verlangd mag worden, gegeven de formulering van het bevel onder III in de beslissing van het arrest van 3 januari 2012, doch dat die vraagstelling, nadat Allposters haar visie op de feitelijke onmogelijkheid had gegeven, erop was gericht om van Joling een oordeel te krijgen ter staving van Allposters' stelling dat er sprake was van een onmogelijkheid in de zin van art. 611d Rv.

Het hof kan de hoofdstukken "gecontroleerde opgave", "rapportages" en "gewaarmerkte opgave" van de "opinie" van Joling praktisch zonder beperking in zijn oordeelsvorming betrekken, doch dat geldt, gelet op het vorenoverwogene, niet of slechts in beperkte mate voor het onderdeel "reikwijdte van het dictum".

### 13.5. *Controle*

13.5.1. Tegen de hiervoor geschetste achtergrond waarin is omschreven waartoe een opgave als de onderhavige dient, de omstandigheden waaronder deze tot stand komt, en de verleidingen waaraan een inbreukmaker die de opgave doet bloot kan staan, gaat het er om dat de rechter in voldoende mate de overtuiging kan bekomen dat de opgave een getrouw beeld geeft van de gegevens (aantallen, omzetten, marges e.d.) op grond waarvan de schade of winstafdracht kunnen worden berekend.

13.5.2. Uit de "opinie" van Joling en uit het rapport van Prins, blijkt dat de term "controle" in de accountantsbranche een specifieke betekenis heeft welke mogelijk afwijkt van het gangbare taalgebruik en in het voetspoor daarvan mogelijk ook van de betekenis welke daaraan in zaken als de onderhavige pleegt te worden toegekend.

13.5.3. De deskundige heeft in zijn rapport aangegeven dat de term "controle" veelal samenvalt met een assurance-opdracht, gericht op het verkrijgen van een redelijke (zijnde een hoge, maar niet absolute, doch wel de hoogst mogelijke) mate van zekerheid; er bestaan ook assurance-opdrachten gericht op het verkrijgen van een beperkte mate van zekerheid, leidende tot een beoordelingsverklaring (en niet een controleverklaring). Het gaat telkens om opdrachten waarbij een conclusie wordt geformuleerd om het vertrouwen van derden (dus niet van de verantwoordelijke partij), zoals in een geval als het onderhavige de wederpartij en/of de rechter, te versterken.

13.5.4. Tegen de achtergrond van het in r.o. 13.5.1 overwogene, zou het bij een onderzoek als waarvan in gevallen als de onderhavige sprake is gaan om een onderzoek, gericht op het verkrijgen van een redelijke mate van zekerheid.

13.5.5. De deskundige heeft in antwoord op vraag 2.1 onder meer het volgende opgemerkt.

- Niet blijkt dat is geverifieerd of de back-up waaruit gegevens met betrekking tot de canvastransfers zijn af te leiden een getrouwe weergave vormt van de oorspronkelijke administratie van "special products" (de afdeling waaronder de canvas transfers vielen); blad 5, derde alinea.

Zaaknummer HD 200.101.170/01

6

- 
- Gewoonlijk voert de accountant zijn werkzaamheden uit in de periode waarop het object van onderzoek betrekking heeft. Bij zijn onderzoek steunt hij op de interne beheersing van de onderneming. Achteraf kan niet meer altijd worden nagegaan of de controles die de interne beheersing moeten waarborgen, naar behoren hebben gefunctioneerd. Ook in dit geval kan dat niet meer vastgesteld worden en er kan niet zonder meer vanuit worden gegaan dat de nu in werking zijnde controles in het verleden op dezelfde manier werkten; blad 5, laatste alinea.
  - De controlerend accountant – Deloitte – zal vanaf 2008 hebben geconcludeerd dat bij de destijds uitgevoerde controles op de jaarrekening gesteund kon worden op de interne beheersing, doch dat zal zijn geschied met het oog op een controleverklaring over de jaarrekening en niet een controle- of beoordelingsverklaring over de nu specifiek aan de orde zijnde kwestie. De door Deloitte destijds verkregen informatie met betrekking tot de interne beheersing zal zeer waarschijnlijk niet voldoende zijn om te kunnen dienen voor dit specifieke doel; blad 6, eerste alinea.
  - Dat Ernst & Young bij haar – achteraf uitgevoerde - onderzoek de werking van de interne beheersing heeft vastgesteld lijkt niet waarschijnlijk; blad 6, tweede alinea.
  - Nu niet aan alle kenmerken voor aanvaarding van een assurance-opdracht wordt voldaan kan deze niet als zodanig worden aangenomen; blad 6, laatste alinea.

13.5.6. In antwoord op vraag 2.3 heeft de deskundige, kort samengevat, weergegeven dat de opdracht ook niet voldeed aan de eisen om als assurance-opdracht, gericht op het verkrijgen van een beperkte mate van zekerheid (culminerend in een beoordelingsverklaring) te worden aanvaard.

13.5.7. Joling omschrijft eveneens dat de aanduiding “gecontroleerde opgave” gerelateerd dient te worden aan het begrip “accountantscontrole” waarvan het doel is zekerheid (assurance) te verkrijgen over de getrouwheid van een jaarrekening, waarbij de controleverklaring de hoogste mate van zekerheid biedt. Ook kan een beoordelingsverklaring bij een financiële verantwoording worden afgegeven welke inhoudt dat, ofschoon de werkzaamheden waarop die verklaring is gericht niet die zekerheid verschaffen die bij een controleopdracht is vereist, aan de accountant niets is gebleken waaruit hij af zou moeten leiden dat de opgave niet in overeenstemming is met de toepasselijke grondslagen voor financiële verantwoording.

13.5.8. Ook Joling komt tot de conclusie dat het afgeven van een controleverklaring niet meer mogelijk is, vooral omdat niet meer kan worden vastgesteld hoe de opzet en werking van de administratieve organisatie en interne controle in de periode van 2008 tot begin 2012 zijn geweest; het is niet meer mogelijk om de orderverwerking te testen of de aanwezige voorraden te inventariseren.

13.5.9. Over de mogelijkheid van het afgeven van een beoordelingsverklaring heeft Joling, anders dan Prins, zich niet uitgelaten.

13.5.10. Dit alles voert het hof tot de conclusie dat, terwijl de rechter in zaken als de onderhavige juist prijs stelt op het verkrijgen van een liefst “redelijke”, doch ten minste “beperkte” mate van zekerheid, uit het rapport van Prins volgt dat die naar de in de accountants-branche geldende maatstaven vaak niet valt te geven. Er is mogelijk sprake van

Zaaknummer HD 200.101.170/01

7

---

een discrepantie tussen de verwachtingen van rechtszoekenden, advocaten en rechters enerzijds en datgene wat accountants zeggen te kunnen bieden anderzijds.

### 13.6. *Tussenconclusies*

13.6.1. Tussenconclusie 1: een redelijke uitleg van de onderhavige veroordeling leidt ertoe dat minst genomen een assurance-opdracht zou worden gegeven, zo niet strekkende tot het verkrijgen van een redelijke mate van zekerheid, leidende tot een controleverklaring, dan toch minstens tot het verkrijgen van een beperkte mate van zekerheid in de daaraan door de deskundige gegeven zin, leidende tot een beoordelingsverklaring.

13.6.2. Tussenconclusie 2: het verkrijgen van een beoordelingsverklaring, laat staan een controleverklaring, was in dit geval praktisch gesproken niet mogelijk.

13.6.3. In haar memorie na deskundigenbericht heeft Pictoright erop gewezen dat de vraagstelling van het hof in het tussenarrest erop was gericht te onderzoeken in hoeverre de gangbare praktijk – bedoeld is: de gangbare praktijk bij het formuleren van veroordelingen strekkende tot het verkrijgen van een opgave waaruit schade als gevolg van inbreuk op een IE-recht kan worden afgeleid en tot het doen uitvoeren van enige vorm van onderzoek door een accountant, gericht op de juistheid en getrouwheid van die opgave – nog wel aansluit op mogelijk gewijzigde regelgeving, gedragscodes of protocollen.

13.6.4. Strikt gelezen ziet deze vraag er dus niet op om te onderzoeken of, als er *geen* sprake is van *gewijzigde* regelgeving, gedragscodes of protocollen, de gangbare praktijk aansluit bij de mogelijkheden welke accountants te bieden hebben. Geconstateerd moet worden dat de rapportage van de deskundige grotendeels niet ingaat op de vraag of eventuele wijzigingen tot een discrepantie hebben geleid, en zich beperkt tot de vraag of er discrepanties tussen de vraagstelling enerzijds en de mogelijkheden van accountants anderzijds bestaan.

13.6.5. Naar 's hofs oordeel levert voorgaande constatering geen enkel bezwaar op. Ten eerste heeft het hof het begrip "gewijzigde" regelgeving c.a. niet in de tijd beperkt. Waar formuleringen als de onderhavige reeds zeer lange tijd, mogelijk tientallen jaren, worden gebruikt, gaat het niet alleen om een discrepantie welke de laatste paar jaar, maar ook om een discrepantie welke mogelijk gedurende decennia is gegroeid.

13.6.6. Ten tweede heeft te gelden dat het rapport er ligt zoals het er ligt, en dat het hof dat kan gebruiken in het kader van de ter beantwoording voorliggende vraag of – in het licht van een procedure als bedoeld in art. 611d Rv. – naleving van de veroordeling al dan niet onmogelijk is.

### 13.7. *Alternatieve onderzoeken*

13.7.1. In het tussenarrest van 11 september 2012 onder r.o. 6.7.2 verwees het hof reeds naar HR 26 maart 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL0004.

Art. 611d Rv. noemt niet de mogelijkheid van aanpassing van de veroordeling zoals eerder door de rechter uitgesproken. In het licht van de voorgaande tussenconclusies, enerzijds luidende hoe de veroordeling redelijkerwijze moet worden verstaan, anderzijds luidende dat het praktisch gesproken onmogelijk was daaraan te voldoen, dient vervolgens te worden onderzocht welke inspanningen dan wél van de inbreukmaker konden worden verwacht, waarbij enerzijds rekening gehouden diende te worden met wat redelijkerwijze haalbaar was, en anderzijds zo veel als mogelijk was een resultaat diende te worden bereikt waarmee zo

Zaaknummer HD 200.101.170/01

8

---

goed mogelijk aan de gerechtvaardigde belangen van de auteursrechthebbende – namelijk het zoveel mogelijk waarborgen dat de opgave van de inbreukmaker een getrouwe weergave vormt van de werkelijke gegevens uit de administratie – tegemoet werd gekomen. Voor zover de inbreukmaker al het redelijkerwijze mogelijke heeft gedaan, dient de dwangsom te worden opgeheven. In dat kader is dus van belang welk onderzoek wel uitgevoerd had kunnen worden.

13.7.2. Met het antwoord op vragen 3.1 en 3.2 – en in zekere mate vraag 2.2 – gaat de deskundige vervolgens in op de vraag wat voor onderzoek een accountant redelijkerwijze dan wél had kunnen uitvoeren en in hoeverre het door Ernst & Young uitgevoerde onderzoek geacht kan worden daaraan te voldoen.

13.7.3. In het onderhavige geval speelt een rol, dat Allposters de dochteronderneming is van een internationaal opererend bedrijf met hoofdkantoor in de Verenigde Staten, zie de brief van mr. Claassen aan dr. J. Joling van 29 mei 2012, blad 2 halverwege. Het spreekt voor zich dat de gevolgen daarvan als regel voor risico van Allposters komen, maar indien de omschreven omstandigheid het doen van onderzoek bemoeilijkt of zelfs onmogelijk maakt, leidt dat in ieder geval niet zonder meer tot de conclusie dat Allposters zich onvoldoende zou hebben ingespannen om aan de veroordeling te voldoen.

13.7.4. Strikt genomen heeft de deskundige, Prins, geen rechtstreeks antwoord gegeven op vraag 3.1. Die vraag hield, kort gezegd, in of het rapport van bevindingen van Ernst & Young als een adequate vervanging van een gecontroleerde en gewaarmerkte opgave kon worden beschouwd.

13.7.5. De deskundige beschrijft dat behalve assurance-opdrachten ook opdrachten gegeven kunnen worden welke als specifieke opdracht in de zin van NV COS 4400 of als “overige opdracht” in de zin van Praktijkhandreiking 1111 betiteld worden. Het hof begrijpt dat het daarbij in de eerste plaats veelal zal gaan om onderzoeken waarvan de resultaten niet bedoeld zijn om aan anderen dan de belanghebbenden met wie de uit te voeren werkzaamheden zijn overeengekomen te worden verspreid, omdat degenen voor wie het rapport niet bestemd is dat, onbekend als zij zijn met het doel ervan, onjuist zouden kunnen uitleggen.

13.7.6. De Accountantskamer heeft evenwel, zo blijkt uit het rapport, uitspraken gedaan omtrent dergelijke onderzoeken en rapporten waarbij van meet af aan duidelijk is dat die juist wél bedoeld zijn te dienen ter ondersteuning van het standpunt van een partij, waarbij het feit dat de betrokkene accountant is gezag verleent aan datgene wat de opsteller gerapporteerd heeft. Naar ’s hofs oordeel ziet die uitspraak ook precies op zaken als de onderhavige; het is immers juist om de gewenste extra zekerheid te verkrijgen dat wordt verlangd dat een accountant zijn licht over de door de inbreukmaker gedane opgave laat schijnen.

De Accountantskamer vervolgt in een andere uitspraak dat in een dergelijk geval de accountant ervoor dient te zorgen dat zijn in de procedure over te leggen rapport de objectieve waarheidsvinding door de rechter niet zal belemmeren.

13.7.7. De deskundige vervolgt dat de uitspraken van de Accountantskamer niet belemmeren dat een accountant in het thans aan de orde zijnde geval een NV COS 4400 opdracht uitvoert, aangezien de opdracht “geen standpunt ondersteunend karakter” zal hebben. Het is mogelijk om de rapportage op zo’n manier te formuleren dat het hof zijn eigen conclusies kan trekken.



Zaaknummer HD 200.101.170/01

9

13.7.8. Het hof dient zich dan, aldus de deskundige, wel bewust te zijn van de beperkte reikwijdte van de door de accountant uit te voeren werkzaamheden en zich te realiseren dat het hof geen zekerheid kan ontlenen omtrent de getrouwheid aan de door de accountant afgegeven rapportage; het hof dient dus in te stemmen met een voorbehoud van volledigheid. Als de uit te voeren werkzaamheden voldoende specifiek zijn geformuleerd zal de accountant ook geen oordeel hoeven geven.

13.7.9. In de beantwoording van vraag 3.2 noemt de deskundige het uitvoeren van "overige opdrachten" zoals beschreven in Praktijkhandreiking 1111 als alternatief voor een specifieke opdracht onder de regelgeving van Standaard 4400 (onderwerp van de beantwoording van vraag 3.1). Ofschoon voor een dergelijke opdracht geen specifieke standaard voorhanden is, dient de accountant vanzelfsprekend aan de normale eisen van integriteit, objectiviteit, deskundigheid, zorgvuldigheid, geheimhouding en professioneel gedrag te voldoen. En ofschoon het feit dat noch een specifieke opdracht, noch een "overige opdracht" zekerheid omtrent getrouwheid geeft, zullen de opdracht en de rapportage meer mogelijkheden tot flexibiliteit geven en daarmee beter aansluiten bij de wensen van het hof, aldus de deskundige.

13.7.10. Ook Joling stelde dat het op zich wel mogelijk was om een feitenonderzoek uit te voeren naar productie, verkopen, uitgeleende en retouren van canvas transfers.

13.7.11. Uit de brief van Ernst & Young van 26 januari 2012 (prod. 9 Allposters) blijkt overigens dat zij te kennen gaf geen gecontroleerde opgave te kunnen verstrekken, maar wel een aantal "specifieke werkzaamheden" te kunnen uitvoeren.

13.7.12. Het hof leidt uit hetgeen Prins en Joling naar voren hebben gebracht ten aanzien van een onderzoek dat wel door een accountant had kunnen worden uitgevoerd af, dat er wel een andersoortig onderzoek uitgevoerd had kunnen worden, doch dat zo'n onderzoek veelal – en in het bijzonder ook in dit geval - niet de mate van zekerheid kan verstrekken welke door de rechter wordt verlangd.

13.7.13. Een eenduidig antwoord op de vraag of het door Ernst & Young verrichte onderzoek het "maximaal haalbare" is wat in de gegeven omstandigheden kon worden bereikt, is niet verkregen. Zie echter r.o. 13.8.2.

13.7.14. De deskundige heeft in antwoord op vraag 2.2, aangaande de redelijk te achten termijn binnen welke een opgave gedaan kan worden, beredeneerd aangegeven dat daarbij valt te denken aan een termijn van omstreeks drie maanden. Indien wordt bezien welke werkzaamheden daartoe verricht zouden moeten worden, als omschreven op bladen 11-12 van zijn rapport, lijkt die termijn van drie maanden zeker niet te ruim te zijn bemeten.

13.8. *Conclusie ten aanzien van de vraag of aan de veroordeling kon worden voldaan*

13.8.1. Het vorenoverwogene betekent dat reeds daarom onmogelijk aan de veroordeling kon worden voldaan.

13.8.2. Dat heeft ook betekenis voor de vraag in hoeverre het onderzoek van Ernst & Young aangemerkt kan worden als onderzoek dat in de gegeven omstandigheden redelijkerwijze mocht worden verwacht. Indien deze zich veel moeite heeft getroost om het onderzoek binnen zeer korte tijd af te werken, kunnen daaraan niet dezelfde eisen worden gesteld als aan een onderzoek waarvoor 12 weken tijd is genomen. Bedacht dient te worden dat

Zaaknummer HD 200.101.170/01

10

---

Allposters herhaaldelijk bij Pictoright heeft aangedrongen zich erover uit te laten met welke vorm van onderzoek deze zou kunnen instemmen. Als deze dan blijft staan op een binnen twee weken uit te voeren onderzoek dat aan de maatstaven van een controle-opdracht voldoet, kan deze aan Allposters niet verwijten dat Ernst & Young een rapport heeft opgesteld op basis van een onderzoek dat volgens Pictoright uitgebreider had moeten worden uitgevoerd.

13.8.3. De advocaat van Pictoright – zie opmerking 9, rapport Prins blad 12 onderaan – heeft onder meer aangevoerd dat veroordelingen als de onderhavige in de regel nog steeds door accountants worden uitgevoerd op een wijze die overeenkomt met de veroordeling in de onderhavige zaak. De deskundige heeft op blad 11-12, specifiek ten behoeve van deze casus, aangegeven welke werkzaamheden verricht hadden kunnen worden. Op de op blz. 14 van het rapport weergegeven vraag van Pictoright of de deskundige aan kan geven hoe accountants tot nog toe zijn omgegaan met veroordelingen als de onderhavige, heeft de deskundige geantwoord dat dit het bestek van zijn opdracht te buiten gaat.

13.8.4. Tot slot heeft de deskundige nog opgemerkt (blz. 13 onderaan) dat, ofschoon in de periode van 2007-2013 de essentie van wat is vastgelegd in het Stramien voor assurance-opdrachten niet is gewijzigd, de gewijzigde regelgeving in 2005 en de codificatie van beroepsregels zullen hebben geleid tot een gedragsverandering in de beroepsgroep en dat het erop lijkt alsof bij opdrachtaanvaarding de regelgeving strakker wordt nageleefd dan in het verleden, waardoor sommige opdrachten niet meer als assurance-opdrachten worden aanvaard.

13.8.5. Ook in de memorie na deskundigenbericht heeft Pictoright aangegeven – en toegelicht met voorbeelden – dat veroordelingen als de onderhavige nog steeds met enige regelmaat worden uitgesproken en dat opdrachten aan accountants tot controle e.a. zoals die in de onderhavige casus aan de orde waren, nog steeds met enige regelmaat worden aanvaard en uitgevoerd zonder dat daarbij door de accountant wordt aangevoerd dat zulks niet of niet meer mogelijk of toegestaan zou zijn.

13.8.6. De omstandigheid dat – al dan niet onder invloed van een mogelijk ingesleten patroon – nog steeds dergelijke veroordelingen worden gevorderd en uitgesproken, en dergelijke opdrachten aan accountants worden uitgevoerd, bewijst echter niet dat het verweer van Allposters in dit geval niet zou op gaan. Ten eerste geldt dat, als in andere IE-rechtszaken accountants menen zonder in strijd te komen met richtlijnen dergelijke opdrachten te kunnen uitvoeren, zulks niet impliceert dat de accountant die in de onderhavige zaak is benaderd – Ernst & Young – ten onrechte heeft gemeend geen controleopdracht te kunnen uitvoeren. Ten tweede geldt dat de weigering van die accountant mede is gebaseerd op de specifieke omstandigheden van dit geval.

### 13.9. *Waren dwangsommen reeds verbeurd*

13.9.1. De veroordeling in het arrest van 3 januari 2002 hield in dat Allposters binnen veertien dagen na het arrest (en dus niet na betekening van het arrest) de gevraagde opgave diende te verstrekken. Er werd een dwangsom opgelegd van € 1.500,- per dag met een maximum van € 45.000,-, hetgeen overeenkomt met 30 dagen. Dat betekent dat als op 16 februari 2002 nog niet aan de veroordeling was voldaan, de maximale dwangsom zou zijn verbeurd. Dat is ook het standpunt van Pictoright.

Zaaknummer HD 200.101.170/01

11

---

13.9.2. Pictoright beroept zich op art. 611d lid 2 en stelt dat de reeds verbeurde dwangsommen verbeurd blijven.

13.9.3. Art. 611d lid 2 Rv. houdt in dat dwangsommen die reeds verbeurd waren op het moment dat de onmogelijkheid in trad, verbeurd blijven, doch die situatie doet zich niet voor. In de rapportage van Prins ligt immers besloten dat in de omstandigheden van dit geval de onmogelijkheid ab initio intrad.

13.9.4. Pictoright heeft overigens – in het kader van een te nemen beslissing omtrent de kosten – erop gewezen dat zij bij emailbericht van 25 januari 2012 te kennen heeft gegeven dat, kort gezegd, een uitstel bespreekbaar was. Zij heeft dit te bewijzen aangeboden, door overlegging van het emailbericht.

Weliswaar heeft Pictoright dit eerst gedaan bij de allerlaatste proceshandeling, maar zij verwijst daarbij naar een eerdere stellingname, te weten de mva sub 39 en het pleidooi van 12 juni 2012, pleitnota sub 10. De verwijzing naar de passage in de mva is in zeer algemene bewoordingen gesteld, doch de verwijzing bij gelegenheid van het pleidooi is zo specifiek dat deze stelling en dit bewijsaanbod niet als tardief kunnen worden aangemerkt.

13.9.5. Allposters heeft hierop niet kunnen reageren. Het is om die reden dat (zie de weergave hiervoor bij “het verdere verloop van de procedure”) Allposters nadere stukken in het geding heeft willen brengen, te weten het emailbericht van 25 januari 2012 van de advocaat van Pictoright aan de advocaat van Allposters, en het emailbericht van 23 januari 2012 van de advocaat van Allposters aan de advocaat van Pictoright dat daaraan vooraf ging. Het hof heeft geen bezwaar tegen deze gang van zaken; Pictoright heeft immers zelf aangeboden de e-mail van 25 januari 2012 in het geding te brengen. Zij kende deze stukken.

13.9.6. Ook als de stellingen van Pictoright op dit onderdeel komen vast te staan, is zulks echter naar 's hofs oordeel onvoldoende voor het oordeel dat in weerwil van de hiervoor geschetste onmogelijkheid de dwangsom was gaan lopen. Bewijslevering is derhalve niet nodig.

### 13.10. *Opheffing en opschorting*

13.10.1. Allposters heeft om opheffing van de dwangsom gevraagd, maar het hof acht daartoe thans nog geen grond aanwezig. Van haar mocht en mag immers verlangd worden dat zij het maximaal haalbare onderneemt en, als er geen assurance-opdracht gegeven kan worden, dient een wél uitvoerbaar onderzoek uitgevoerd te worden dat zoveel mogelijk aansluit bij de veroordeling. Eerst als daaraan is voldaan kan, eventueel, de dwangsom worden opgeheven.

13.10.2. Wel is er, tot dat moment, grond voor opschorting van de dwangsom. Het hof verwijst naar r.o. 13.8.2. Ofschoon verdedigbaar is dat tot op heden Allposters geen opgave heeft gedaan zoals (met inachtneming van het in dit arrest overwogene) van haar kon worden verlangd, vindt zulks mede zijn oorzaak in het gegeven dat Pictoright niet wilde meewerken en een onhoudbare eis handhaafde. Bij deze stand van zaken is de dwangsom niet vervallen en dient deze te worden opgeschort.

13.10.3. In het voorgaande ligt besloten dat thans nog geen uitspraak kan worden gedaan.

Het hof zal hierna in de overwegingen aangeven wat voor opgave en onderzoek van Allposters mag worden verwacht, en binnen welke termijn. Het hof zal de zaak aanhouden

Zaaknummer HD 200.101.170/01

12

---

tot na ommekomst van die termijn. Tot dan wordt de dwangsom opgeschort. Vervolgens zal het hof bezien of de opgave van Allposters van dien aard is dat gezegd kan worden dat zij alles wat redelijkerwijze van haar verlangd kon worden heeft gedaan.

13.10.4. Het hof geeft als zijn voorlopig oordeel te kennen dat, indien Allposters (alsnog) zou voldoen aan de navolgende bevelen, zij geacht zou moeten worden aan de veroordeling zoals geformuleerd in het dictum sub III van het arrest van 3 januari 2012 te hebben voldaan. In dat geval is er dus te zijner tijd, eventueel, reden voor opheffing van de dwangsom.

13.10.5. In dat verband kan voor de vraag of de dwangsom is verbeurd de eerste alinea van de veroordeling zoals geformuleerd in het dictum van het arrest van 3 januari 2012 sub III gelezen worden als volgt:

*beveelt Allposters om binnen veertien dagen na betekening van dit arrest aan Pictoright een opgave te verstrekken van: (volgen onderdelen a., b., c. en d.)*

waarbij na onderdeel "d." wordt toegevoegd:

*en beveelt Allposters om binnen elf weken na betekening van dit arrest aan Pictoright te verstrekken een verslag van een registeraccountant waaruit blijkt dat deze de opgave van Allposters heeft geverifieerd aan de hand van de administratie van Allposters, dat, voor zover verifieerbaar, de opgave van Allposters strookte met de gegevens uit de administratie van Allposters en dat, voor zover afdoende verificatie om door de accountant te noemen redenen niet meer mogelijk was, de accountant geen aanwijzingen heeft aangetroffen welke de verdenking doen rijzen dat de opgave geen getrouwe weergave van de werkelijkheid omtrent de te verstrekken gegevens zou inhouden.*

13.10.6. Daarbij tekent het hof aan dat in de thans ontstane situatie, de termijnen van veertien dagen resp. elf weken als hiervoor genoemd, geacht worden te gaan lopen vanaf de betekening van het heden uitgesproken arrest. Aannemende dat Pictoright even snel zal zijn met de betekening van dit arrest als zij in 2012 is geweest betekent dit dat na omstreeks 15 weken na dit arrest de hiervoor bedoelde werkzaamheden dienen te zijn verricht. Binnen twee weken nadien kunnen de stukken in het geding worden gebracht. Bij deze stand van zaken zal het hof de zaak verwijzen naar de rol op een tijdstip, gelegen 17 weken na heden, dus 22 juli 2014.

13.10.7. Het hof zal de dwangsom opschorten, vooralsnog tot het eerstvolgende arrest van dit hof. Daarna zal worden bezien of verdere opschorting gewenst is.

13.10.8. De dwangsomveroordeling, laatste onderdeel van het dictum sub III van het arrest van 3 januari 2012, had betrekking op het doen van een door een accountant gecontroleerde en gewaarmerkte opgave. Nu het hof de veroordeling sub III voor de duidelijkheid "uit elkaar heeft gehaald" doch overigens geen wijziging van het dictum, eerder een uitleg daarvan, heeft beoogd, kan de dwangsomformulering op zichzelf gehandhaafd blijven. Wel schuift de aanvang van de dwangsomtermijn op.

13.10.9. Het hof zal de zaak naar de rol verwijzen voor het nemen van een memorie door Allposters, teneinde een afschrift van de door haar gedane opgave en van het rapport van de accountant omtrent zijn waarnemingen en vaststellingen, alles als hiervoor breder

Zaaknummer HD 200.101.170/01

13

omschreven, in het geding te brengen, waarna Pictoright binnen uiterlijk vier weken een antwoordmemorie kan nemen.

#### 14. De uitspraak

Het hof:

schort de bij arrest van 3 januari 2012 in het dictum onder III omschreven dwangsom op, tot zijn eerstvolgende tussenarrest;

verwijst de zaak naar de rolzitting van 22 juli 2014 met het hiervoor in r.o. 13.10.9 omschreven doel;

houdt iedere verdere beslissing aan.

Dit arrest is gewezen door mrs. J.M. Brandenburg, P.Th. Gründemann en H.A.W. Vermeulen en in het openbaar uitgesproken door de rolraadsheer op 25 maart 2014.

griffier

rolraadsheer



w.g. de griffier w.g. de rolraadsheer

VOOR GROSSE / AFSCHRIFT

Afgegeven aan: adv. app./geinlim.: *Mr. drs. I.M.C.A. Reinders Folmer*

Griffier gerechtshof 's-Hertogenbosch d.d.: *25-3-2014*

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'J.M. Brandenburg'.