



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Annotation: Gerechtshof Amsterdam 2011-09-12

Visser, D.J.G.

Citation

Visser, D. J. G. (2012). Annotation: Gerechtshof Amsterdam 2011-09-12. *Ami: Tijdschrift Voor Auteurs-, Media- En Informatierecht*, 32-33. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/18686>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/18686>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Nr. 3 Mercis en Bruna/Punt.nl

Gerechtshof Amsterdam 13 september 2011

zaaknummer 200.054.943/01

(mrs. E.E. van Tuyll van Serooskerken-Röell, J.H. Huijzer en N. van Lingen)

Nijntje-parodieën. Parodie-exceptie. Persoonlijkheidsrechten. Merkenrecht. Geldige redenen.

(Art. 18b Aw, art. 2.20 lid 1 sub d BVIE)

Arrest in de zaak van:

1. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Mercis BV, gevestigd te Amsterdam,
2. Hendrik Magdalenus Bruna, wonende te Utrecht, appellanten in het principaal hoger beroep, geïntimeerden in het incidenteel hoger beroep, advocaat: mr. R.S. le Poole te Amsterdam,

tegen

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Punt.nl BV, gevestigd te Den Haag, geïntimeerde in het principaal hoger beroep, appellante in het incidenteel hoger beroep, advocaat: mr. O.M.B.J. Volgenant te Amsterdam.

1. Het geding in hoger beroep

Principaal appellanten worden hierna tezamen Mercis c.s. genoemd en afzonderlijk Mercis respectievelijk (Dick) Bruna, principaal geïntimeerde wordt Punt.nl genoemd.

Bij dagvaarding van 15 januari 2010 zijn Mercis c.s. in hoger beroep gekomen van het vonnis dat de voorzieningenrechter in de rechtbank Amsterdam in het kort geding tussen partijen (Mercis c.s. als eisers en Punt.nl als gedaagde) onder zaaknummer/rolnummer 444877 / KG ZA 09-2617 heeft gewezen en dat is uitgesproken op 22 december 2009.

Mercis c.s. hebben bij memorie negen grieven voorgesteld, bescheiden in het geding gebracht en geconcludeerd, zakelijk samengevat, dat het hof het vonnis waarvan beroep zal vernietigen en hun vorderingen, zoals in de appeldagvaarding omschreven, geheel zal toewijzen, met veroordeling van Punt.nl op de voet van art. 1019h Rv in de volledige kosten van het geding in beide instanties, te vermeerderen met nakosten en wettelijke rente.

Daarop heeft Punt.nl geantwoord, de grieven bestreden en van haar kant – in incidenteel hoger beroep – eveneens appel ingesteld. Daarbij heeft zij dertien grieven voorgesteld, bescheiden in het geding gebracht en in beide appellen geconcludeerd dat het hof het vonnis waarvan beroep zal vernietigen voor zover daarbij de vorderingen van Mercis c.s. zijn toegewezen en, naar het hof verstaat, die vorderingen alsnog zal afwijzen, alsmede dat het hof dat vonnis voor het overige zal bekrachtigen, met veroordeling van Mercis c.s. in de volledige kosten van het geding in beide instanties.

Mercis c.s. hebben een akte genomen ‘houdende vermeerdering eis, tevens houdende aanvullende producties’, en daarbij hun eis vermeerderd en verdere bescheiden in het geding gebracht.

In het incidenteel hoger beroep hebben Mercis c.s. geantwoord, verdere bescheiden in het geding gebracht en geconcludeerd dat het hof de grieven in het incidenteel hoger beroep zal verwerpen en zal beslissen overeenkomstig de in de appeldagvaarding geformuleerde eis.

Punt.nl heeft vervolgens een akte genomen ‘houdende bezwaar tegen de door appellanten nieuw aangevoerde grief’.

Bij rolbeschikking van 29 juni 2010 heeft het hof dit bezwaar van Punt.nl, opgevat als bezwaar tegen de vermeerdering van eis, gegrond verklaard.

Partijen hebben de zaak op 3 november 2010 doen bepleiten door hun bovengenoemde advocaten, Mercis c.s. tevens door mr. A. Bekema, advocaat te Amsterdam, aan de hand van door beide partijen overgelegde pleitnotities. Partijen hebben bij die gelegenheid elk nog bij akte aanvullende producties overgelegd, waaronder specificaties van proceskosten.

Ten slotte hebben partijen recht gevraagd op de stukken van beide instanties, waarvan de inhoud als hier ingevoegd wordt beschouwd.

2. Grieven

Voor de grieven in beide appellen verwijst het hof naar de desbetreffende memories.

3. Feiten

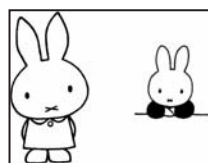
De voorzieningenrechter heeft in het bestreden vonnis onder 2.1 tot en met 2.4 een aantal feiten tot uitgangspunt genomen. Daarentoe bestaat tussen partijen geen geschil zodat ook het hof, met inachtneming van hetgeen partijen in aanvulling daarop in hoger beroep nog hebben opgemerkt, van die feiten zal uitgaan.

4. Beoordeling

4.1. In deze zaak heeft zich, voor zover thans van belang, het volgende voorgedaan.

(a) Dick Bruna (verder: Bruna) is de bedenker en tekenaar van de figuur Nijntje. Afbeeldingen van Nijntje zijn te vinden in boeken van Bruna, op speelgoed en op gebruiksvorwerpen. De auteursrechten op deze werken heeft Bruna overgedragen aan Mercis. De persoonlijkheidsrechten berusten bij Bruna als maker.

(b) Mercis is houdster van het Benelux woordmerk Nijntje, gedeponeerd op 23 augustus 1995 en ingeschreven onder nummer 0578407, en van twee hieronder afgebeelde Benelux beeldmerken, gedeponeerd op 23 augustus 1995 respectievelijk 5 juni 2003 en ingeschreven onder de nummers 0573738 respectievelijk 0738985.



(c) Punt.nl is houdster van de domeinnaam www.punt.nl. Zij fungeert als hosting provider van een groot aantal websites en weblogs, waaronder die met de domeinnamen www.gratisanimaties.punt.nl, www.terreurmutsie.punt.nl en www.support.punt.nl. Op de eerste twee genoemde websites zijn de hierna weergegeven (in het vonnis aldus genummerde) afbeeldingen 1 tot en met 6 openbaar gemaakt, en op de laatst genoemde website afbeelding 7, telkens met daarbij of daarin opgenomen de navolgende (voor de leesbaarheid hieronder ook afzonderlijk weergegeven) teksten:



tekst bij afbeelding 1:
Het pilletje
Nijntje staat strak.

Na twee pilletjes op thunderdome
gaat ze keihard los.
Ze slikt er nog eens drie
zodat ze nog harder kan gaan!
Dat is pas VET.



tekst bij afbeelding 2:

Pogo

Nijntje moet draaien op een hardcore feest. Opeens gaan sommigen tegen elkaar aanspringen. Ze roepen:

'Pogo Pogo!'

Nijntje wordt boos, stopt z'n platen weg, en gaat naar huis, hij zit immers niet op een rock feest.



tekst bij afbeelding 3:

ZWIJNTJE

Zwijntje is zo stoned als een garnaal.

Hij rolt nog een dikke vette.

Mammie is boos. Ze roept:

'Je ogen zijn weer rood, je hebt weed gerookt.'

Zwijntje antwoordt:

'Zwijg teef, ik heb hooikoorts.'



tekst bij afbeelding 4:

Het feest

Tijs is op het feest.

Daan ook.

Tijs draait er trance.

'Wat een herrie!' roept Daan en hij geeft Tijs een duw.

Daan gooit een Dikke Hardcore tune op de SL 1200.

Iedereen is blij.

Tijs is een vieze trancenicht.



tekst bij afbeelding 5:

LIJNTJE

Nijntje is al 3 dagen waker.

Ze zit lekker op de pep.

'Pep is slecht', zegt mammie.

'niet met me fokken.'

roept nijntje

'ik sta super strak'

Nijntje weet wat goed spul is

Mammie is een mellow-teef.



tekst bij afbeelding 6:

Uit de serie 'zeer vage tijden van nijntje'

nijntje gaat hakkûh

Afbeelding 7 (productie 17)



tekst in afbeelding 7:

nijn-eleven

(d) Punt.nl is door de advocaat van Mercis c.s. bij brief van 27 oktober 2009 gesommeerd de afbeeldingen 1 tot en met 6 van het internet te verwijderen, aan welke sommatie zij (met enige vertraging, die volgens Punt.nl samenhangt met haar passieve rol van hosting provider) gevolg heeft gegeven. Na wijziging van eis in dit geding in eerste aanleg is ook afbeelding 7 in de vordering betrokken.

4.2. Mercis c.s. hebben in dit kort geding in eerste aanleg gevorderd, verkort weergegeven:

- (1) Punt.nl te veroordelen om de openbaarmaking van de onder 4.1.(c) weergegeven uitingen te staken en gestaakt te houden;
- (2) Punt.nl te verbieden inbreuk te maken op de intellectuele eigendomsrechten van Mercis, althans Punt.nl te veroordelen om, zodra zij een melding van inbreuk op deze rechten van Mercis ontvangt, binnen 24 uur (uitgezonderd weekenden) de inbreukmakende content van de betreffende website te verwijderen;
- (3) Punt.nl te verbieden inbreuk te maken op de persoonlijkheidsrechten van Dick Bruna, althans Punt.nl te veroordelen om, zodra zij een melding van inbreuk op deze rechten van Dick Bruna ontvangt, binnen 24 uur (uitgezonderd weekenden) de inbreukmakende content van de betreffende website te verwijderen;
- (4) een en ander op straffe van een dwangsom van € 5.000,- voor iedere dag of gedeelte daarvan dat Punt.nl niet voldoet aan of in strijd handelt met het onder (1), (2) of (3) gevorderde;
- (5) betaling van € 6.000,- aan proceskosten (op grond van artikel 1019h Rv), te vermeerderen met de nakosten en de wettelijke rente.

4.3. Na gevoerd verweer heeft de voorzieningenrechter de afbeeldingen 2 tot en met 6 toelaatbaar geoordeeld. Maar zij heeft Punt.nl op straffe van verbeurte van dwangsommen veroordeeld om uiterlijk binnen vijf dagen na betekening van het vonnis de openbaarmaking van de afbeeldingen 1 en 7 te staken en/of gestaakt te houden en om binnen 48 uur nadat zij een melding van inbreuk op de merkenrechten van Mercis ontvangt de inbreukmakende content van de betreffende website te verwijderen. De proceskosten werden tussen partijen gecompenseerd. Tegen deze beslissingen en de motivering daarvan, voor zover daarbij hun vorderingen zijn afgewezen, komen Mercis c.s. op in hoger beroep. In het incidenteel appel bestrijdt Punt.nl de (gedeeltelijke) toewijzing van het door Mercis c.s. gevorderde.

4.4. Mercis c.s. hebben hun vorderingen gegrond op inbreuk door Punt.nl op het auteursrecht dan wel de merkrechten van Mercis en schending van de persoonlijkheidsrechten van Bruna als maker van de figuur Nijntje.

4.5. De voorzieningenrechter heeft overwogen dat Nijntje kan worden aangemerkt als een werk als bedoeld in art. 10 Auteurswet (Aw). Het hof neemt dit oordeel over en maakt het tot het zijne. Nijntje kenmerkt zich door elementaire kleuren, dikke lijnen, de karakteristieke verhouding tussen hoofd en lichaam, de vorm van het hoofd, de oren, de (stand van de) ogen en het zogenaamde 'andreas-kruis' dat niet alleen het neusje aanduidt maar, zoals Mercis c.s. in de toelichting op hun grief 1 hebben aangevoerd, ook het mondje. Dit alles brengt mee dat de figuur Nijntje een eigen, oorspronkelijk karakter heeft en het persoonlijk stempel van de maker draagt. Anders gezegd: het gaat om oorspronkelijk werk dat een eigen intellectuele schepping is van Bruna, de maker.

4.6. De auteursrechtelijk beschermde trekken van Nijntje, zoals hiervoor weergegeven, zijn overgenomen in de gewraakte zeven afbeeldingen. De elementaire kleuren, de dikke lijnen, de verhouding tussen hoofd en lichaam, de vorm van het hoofd van Nijntje, de oren, de (stand van de) ogen en het zogenaamde 'andreas-kruis' als aanduiding van neus en mond zijn nagenoeg identiek aan de originele Nijntje. Punt.nl heeft deze overeenstemming niet tegengesproken maar heeft, zo zij al als hosting provider in verband met het bepaalde in art. 6:196c lid 4 BW voor de door derden verrichte openbaarmaking van die afbeeldingen aansprakelijk zou zijn te houden, hetgeen zij bestrijdt, zich beroepen op de parodie-exceptie van art. 18b Aw. Ingevolge deze wetsbepaling wordt niet als inbreuk op het auteursrecht op een werk van letterkunde, wetenschap of kunst beschouwd de openbaarmaking of veelelvoudiging ervan in het kader van een karikatuur, parodie of pastiche mits het gebruik in overeenstemming is met hetgeen naar de regels van het maatschappelijk verkeer redelijkerwijs geoorloofd is. Het hof zal het op de parodie-exceptie gebaseerde verweer van Punt.nl en de beoordeling daarvan in het bestreden vonnis, waartegen beide partijen grieven hebben gericht, nu eerst bespreken.

Afbeeldingen 2 t/m 6

4.7. De voorzieningenrechter heeft geoordeeld dat vanwege de humoristische bedoeling, het ontbreken van concurrentiebedoelingen en het ontbreken van verwarringsgevaar, het gebruik van de afbeeldingen 2 tot en met 6 als parodie in dit geval in overeenstemming is met hetgeen naar de regels van het maatschappelijk verkeer redelijkerwijs geoorloofd is, zoals art. 18b Aw vereist.

4.8. Het hof sluit zich hierbij aan. De bedoeling van deze afbeeldingen, die in combinatie met de bijbehorende teksten in schril contrast staan met de oorspronkelijke figuur Nijntje, is onmiskenbaar het opwekken van de lachlust, waaraan niet afdoet dat lang niet iedereen de gewraakte afbeeldingen even grappig of gepast zal vinden. Het gaat hierbij om parodiërend gebruik, immers om nabootsing in een enigszins gewijzigde vorm waardoor de figuur Nijntje tot voorwerp van de lachlust wordt gemaakt en waardoor de teneur van het oorspronkelijke werk op humoristische, over-

wegend ironische wijze wordt veranderd. Dat contrast wordt versterkt door de combinatie met de begeleidende teksten. Waar de teksten van Dick Bruna bij uitstek kindvriendelijk en geweldloos zijn, zijn de teksten bij de gewraakte afbeeldingen veelal grof en aggressief.

4.9. Hetgeen Mercis c.s. in de toelichting op grief 2 hebben aangevoerd leidt niet tot een andere uitkomst in de beoordeling van de afbeeldingen 2 tot en met 6. In het vonnis is per afbeelding aangeduid hoe de teneur van het oorspronkelijke werk, te weten de figuur Nijntje met de hierboven in 4.5 beschreven auteursrechtelijk beschermde trekken, is gewijzigd door het toevoegen van tekst en beeldelementen die niet bij Nijntje horen. Zo is achtereenvolgens onder meer sprake van Nijntje in verband met een hardcore feest, stoned als een garnaal, een trancenicht, pep en hakkûh. Dat is evident parodiërend gebruik waarbij het werk zelf op de korrel wordt genomen en waarbij de spot er dik bovenop ligt. Dat gebruik is, objectief bezien, in overeenstemming met hetgeen naar de regels van het huidige maatschappelijk verkeer redelijkerwijs geoorloofd is, ook indien daarbij in aanmerking wordt genomen dat Bruna zich als geestelijk vader van Nijntje erdoor beledigd voelt, in verband waarmee hij zijn hierna nog te bespreken persoonlijkheidsrechten in het geding brengt. Aan Mercis c.s. kan worden toegegeven dat niet iedere als 'humor' gepresenteerde associatie van Nijntje met drugs, seks, terrorisme, racisme, of andere onderwerpen die niet als 'braaf' worden beschouwd, een toelaatbare parodie oplevert. De wetgever heeft de vrijheid tot parodiërend gebruik begrensd door de redelijkheid en de regels van het maatschappelijk verkeer. Per voorkomend geval moet worden beoordeeld of die begrenzing in acht is genomen. Zoals hiervoor reeds is overwogen acht het hof de gestelde grenzen hier nog niet overschreden. In de door de wetgever gestelde criteria van art. 18b Aw, zoals die in het voorliggende geval zijn toegepast, ligt bovendien de afweging besloten die in art. 5 lid 5 van de Auteursrechtrichtlijn 2001/29/EG wordt voorgeschreven als zogenoemde driestappentoeets met betrekking tot beperkingen en restricties van het auteursrecht. Ook daaraan is derhalve voldaan. Mercis c.s. hebben in dit verband nog aangevoerd dat de gewraakte afbeeldingen makkelijk zijn te vinden en dat met name ook jonge kinderen, wanneer die gebruik maken van internet, geconfronteerd kunnen worden met beledigende of als parodie bedoelde afbeeldingen van Nijntje zonder de finesse daarvan te begrijpen, zoals oudere kinderen en volwassenen dat wel kunnen. Het hof acht de hierdoor aanwezige kans op verwarring en reputatieschade alsmede op aantasting van de betrokken belangen van Mercis c.s. evenwel niet dusdanig groot dat dit aan toepasselijkheid van de in art. 18b Aw vervatte beperking van het auteursrecht in de weg staat.

4.10. Uit het voorgaande volgt dat grief 2 van Mercis c.s. faalt.

Afbeeldingen 1 en 7

4.11. Met betrekking tot de gewraakte afbeeldingen 1 en 7 is in het vonnis overwogen dat hier de afbeelding van Nijntje, behoudens een paar toevoegingen, letterlijk is gekopieerd. Of deze twee afbeeldingen onder de parodie-exceptie van art. 18b Aw vallen kon volgens de voorzieningenrechter in het midden blijven, aangezien de vordering met betrekking tot de afbeeldingen 1 en 7 op de merkenrechtelijke grondslag toewijsbaar werd geoordeeld. Daartoe werd overwogen dat deze beide afbeeldingen geen in het merkenrecht toelaatbare parodieën zijn en dat zij, zonder geldige reden als bedoeld in art. 2:20 lid 1 sub d BVIE, afbreuk doen aan de reputatie van de merken van Mercis.

4.12. De grieven van Punt.nl in het incidenteel appel zijn onder meer tegen deze beoordeling gericht. Grief V bevat de klacht dat de voorzieningenrechter de beide afbeeldingen ten onrechte niet heeft getoetst aan art. 18b Aw. Ofschoon Mercis c.s. terecht tegenwerpen dat die toetsing achterwege kan blijven indien, zoals in het vonnis, tot merkinbreuk wordt geconcludeerd, vindt het hof niettemin aanleiding deze grief nu eerst te behandelen.

4.13. Met betrekking tot de afbeeldingen 1 en 7 geldt auteursrechtelijk hetzelfde als hiervoor werd overwogen met betrekking tot de afbeeldingen 2 tot en met 6. Het gaat ook hier evident om parodiërend gebruik, en ook hier is voldaan aan de voorwaarden die door art. 18b Aw aan dergelijk gebruik worden gesteld. Door de sterk vergrote ogen en het toegevoegde plaatje op het shirtje op afbeelding 1 respectievelijk het toegevoegde flatgebouw op afbeelding 7, in combinatie met de begeleidende teksten ('Het pilletje, Nijntje staat strak...' bij afbeelding 1 respectievelijk 'nijn-eleven' in afbeelding 7) is, met behoud van de voor een parodie noodzakelijke herkenbaarheid van het origineel, voldoende afstand tot het origineel genomen om de parodie niet als een klakkeloze kopie aan te merken. Ten aanzien van de kennelijk humoristische en ironiserende bedoeling van de parodie geldt ook hier, dat niet nodig is dat iedereen erom kan lachen.

4.14. De incidentele grief V slaagt derhalve. Ook de afbeeldingen 1 en 7 zijn, in het licht van het hiervoor overwogene, auteursrechtelijk jegens Mercis c.s. geoorloofd.

4.15. Met grief 3 bestrijden Mercis c.s. het oordeel van de voorzieningenrechter dat de gewraakte afbeeldingen geen inbreuk maken op de persoonlijkheidsrechten van Bruna. Zij betogen dat de gewraakte afbeeldingen op onaanvaardbare wijze afbreuk doen aan de integriteit van Nijntje, die voor Bruna het fundament en de spil van zijn werk is. Dat werk bestaat in de kern uit respect voor de wereld van het kind. De gewraakte afbeeldingen en teksten zijn volgens Mercis c.s. beledigend voor Bruna en voor zijn werk, omdat Nijntje geassocieerd wordt met drugsgebruik, grof taalgebruik, agressiviteit en intolerantie. Bruna beroept zich in het bijzonder op zijn 'droit au respect' als bedoeld in art. 25, lid 1 sub d, Aw.

4.16. De voorzieningenrechter heeft overwogen dat een geslaagd beroep op de exceptie van art. 18b Aw geacht wordt mede te omvatten dat geen beroep op persoonlijkheidsrechten kan worden gedaan en dat een (geslaagde) parodie niet meer is dan dat en derhalve niet kan worden aangemerkt als een 'misvorming, verminking of andere aantasting' als bedoeld in art. 25 (lid 1 sub d) Aw. Dat oordeel is juist. Het ligt besloten in de vaststelling dat het gewraakte gebruik van het auteursrechtelijk beschermde werk in het onderhavige geval in overeenstemming is met hetgeen naar de regels van het maatschappelijk verkeer redelijkerwijs geoorloofd is, welk parodiërend gebruik de maker ingevolge de wet zal hebben te dulden. Aan deze normen is in het onderhavige geval voldaan, ook waar het betreft het door Mercis c.s. gevreesde verwarringsgevaar bij jonge kinderen, zoals hiervoor werd overwogen. Daaraan doet niet af dat zich ook andere, thans niet ter beoordeling voorliggende gevallen van beweerde persiflage kunnen voordoen en ook hebben voorgedaan, waar die normen mogelijk wel zijn overtreden en inbreuk wordt gemaakt op het persoonlijkheidsrecht van de maker (vgl. de afbeelding in de memorie van grieven sub 5.6 en de voorbeelden in de producties 22 en 41 van Mercis c.s.). Evenmin doet daaraan af dat Bruna, getuige zijn als productie 47 overgelegde verklaring, de grenzen van de parodieervrijheid strakter trekt en hij, naar het hof ter terechtzitting is gebleken, eigenlijk in het geheel geen parodieën op zijn geesteskind Nijntje duldt maar stelt, in de woorden van Bruna: Nijntje is van de kinderen, daar moet je afblijven.

4.17. Grief 3 in het principaal appel faalt derhalve.

4.18. De grieven 4 tot en met 8 in het principaal appel hebben betrekking op de merkenrechtelijke grondslag van de vorderingen van Mercis c.s. Kort samengevat bestrijden zij het oordeel van de voorzieningenrechter dat de afbeeldingen 2 tot en met 6 voldoende afstand houden tot de merken van Mercis en moeten worden beschouwd als toelaatbare parodieën in merkenrechtelijke zin, zodat sprake is van een geldige reden als bedoeld in art. 2.20 lid 1 sub d BVIE. In het incidenteel appel heeft Punt.nl eveneens grieven gericht tegen overwegingen van de voorzieningenrechter met betrekking tot de merkenrechtelijke grondslag van de vorderingen

van Mercis c.s. Meer in het bijzonder bestrijdt grief XII het oordeel dat de afbeeldingen 1 en 7 geen toelaatbare parodieën zijn en dat evenmin sprake is van een geldige reden als bedoeld in art. 2.20 lid 1 sub d BVIE.

Deze grieven lenen zich voor gezamenlijke behandeling.

4.19. Geen grieven zijn gericht tegen het oordeel van de voorzieningenrechter dat het beroep op art. 2.20 lid 1 sub c BVIE niet slaagt omdat de afbeeldingen in dit geval niet worden gebruikt ter onderscheiding van waren of diensten en geen sprake is van gebruik in het economisch verkeer. Ten aanzien van het beroep op art. 2.20 lid 1 sub d BVIE geldt het volgende. Indien en voor zover al moet worden aangenomen dat de gebruikte tekens (woord en/of beeld) in en bij de gewraakte afbeeldingen 1 tot en met 7 overeenstemmen met de hierboven in 4.1 sub b genoemde drie merken van Mercis, waarop de vordering merkenrechtelijk is gebaseerd, heeft gelet op hetgeen eerder in het kader van het auteursrecht is overwogen ten aanzien van alle zeven afbeeldingen ook hier te gelden dat zij zijn aan te merken als toelaatbare parodieën. In aanmerking nemende de vastgestelde humoristische bedoeling, het ontbreken van concurrentiemotieven, de bewaarde afstand tot de merken van Mercis en het ontbreken van verwarringsgevaar is niet alleen bij de afbeeldingen 2 tot en met 6 maar ook, in zoverre anders dan de voorzieningenrechter oordeelde, bij de afbeeldingen 1 en 7 sprake van een geldige reden als bedoeld in art. 2.20 lid 1 sub d BVIE, zodat – nog daargelaten dat voorschans niet althans onvoldoende is gebleken dat aan de overige vereisten in die verdragsbepaling is voldaan – de vordering van Mercis c.s. niet op haar merkrechten kan worden gebaseerd.

4.20. Dit brengt mee dat de incidentele grief XII terecht is voorgedragen, en dat de principale grieven 4 tot en met 8 falen.

4.21. Grief 9 in het principaal appel heeft geen zelfstandige betekenis en behoeft na het hiervoor overwogene geen afzonderlijke bespreking. Dit laatste geldt ook voor de overige grieven in het incidenteel appel, die ook bij gegrondbevinding niet tot een andere uitkomst kunnen leiden.

5. Slotsom

5.1. De grieven in het principaal appel falen, de grieven in het incidenteel appel slagen ten dele en behoeven voor het overige geen bespreking. Hoewel het hof zich verenigt met het vonnis voor zover daarbij de vorderingen van Mercis c.s. ten aanzien van de afbeeldingen 2 tot en met 6 zijn afgewezen, zal het vonnis om redenen van doelmatigheid en gelet op de op onderdelen afwijkende motivering geheel worden vernietigd. Het hof doet opnieuw recht en wijst alsnog alle vorderingen van Mercis c.s. af.

5.2. Mercis c.s. zullen als de in het ongelijk gestelde partij worden verwezen in de proceskosten van Punt.nl. in beide instanties. Die kosten zullen, op de voet van het bepaalde in art. 1019h Rv, naar redelijkheid worden begroot op na te noemen bedragen, overeenkomstig de gespecificeerde en onbestreden gebleven opgave van de advocaat van Punt.nl. Nu in die opgave een toedeling aan het incidentele appel achterwege is gelaten en gelet op de samenhang tussen beide appellaten zal het hof de kosten van het incidenteel appel niet afzonderlijk begroten.

6. Beslissing

Het hof:

in het principaal appel:

- verwerpt het beroep;
- wijst af hetgeen Mercis c.s. in hoger beroep meer of anders hebben gevorderd dan in de eerste aanleg;

in het incidenteel appel:

- vernietigt het vonnis waarvan beroep en doet opnieuw recht;
- wijst de vorderingen van Mercis c.s. af;

in beide appellens voorts:

- verwijst Mercis c.s. in de kosten van het geding in beide instanties, aan de zijde van Punt.nl op de voet van art. 1019h Rv begroot op € 1.362,50 in eerste aanleg en op € 34.412,10 in hoger beroep;
- verklaart deze veroordeling in de kosten uitvoerbaar bij voorraad.

Noot

D.J.G. Visser

Prof. mr. D.J.G. Visser is hoogleraar intellectueel eigendomsrecht aan de Universiteit Leiden en advocaat te Amsterdam.

Het gaat hier om zeven Nijntje-parodieën (zie afbeeldingen hierboven). De voorzieningenrechter (Vzr. Rb. Amsterdam 22 december 2009, IEF 8482, AMI 2010/4, nr. 12 m.nt. D.J.G. Visser) vond dat vanwege 1) de humoristische bedoeling, 2) het ontbreken van concurrentiebedoeelingen en 3) het ontbreken van verwarringsgevaar de parodieën in afbeeldingen 2 t/m 6 zowel auteursrechtelijk als merkenrechtelijk toelaatbaar waren. De parodieën in afbeeldingen 1 en 7 waren wat haar betreft merkenrechtelijk níet toelaatbaar, vanwege, kortgezegd, te weinig 'afstand' tot het origineel waardoor van verwarringsgevaar sprake was. Aan de auteursrechtelijke beoordeling ervan kwam zij niet toe.

Het hof vindt afbeeldingen 1 en 7 merkenrechtelijk wél toelaatbare parodieën (r.o. 4.19). Het Hof vindt afbeeldingen 1 en 7 ook auteursrechtelijk toelaatbare parodieën:

met behoud van de voor een parodie noodzakelijke herkenbaarheid van het origineel, [is] voldoende afstand tot het origineel genomen om de parodie niet als een klakkeloze kopie aan te merken. Ten aanzien van de kennelijk humoristische en ironiserende bedoeling van de parodie geldt ook hier, dat niet nodig is dat iedereen erom kan lachen (r.o. 4.13).

Het hof vond ook, mét de voorzieningenrechter, dat niet nog eens apart getoetst hoeft te worden aan de persoonlijkheidsrechten, omdat die toetsing al besloten ligt vanwege de in het parodie-artikel 18b Aw gestelde voorwaarde dat het gebruik van het werk in het kader van een parodie 'in overeenstemming is met hetgeen naar de regels van het maatschappelijk verkeer redelijkerwijs geoorloofd is'. Tenslotte maakt het hof duidelijk dat de regels van wat naar het maatschappelijk verkeer redelijkerwijs geoorloofd is verder ook ruimte laten om bepaalde afbeeldingen niet toelaatbaar te achten (zie r.o. 4.16). Het hof verwijst naar afbeeldingen in de processtukken. Voor een fraaie en diepgravende bespreking van dit arrest en de achtergronden van het spanningsveld tussen auteursrecht en merkenrecht enerzijds en de vrijheid van meningsuiting anderzijds, zij verwezen naar de noot bij deze zaak van Wolfgang Sakulin in *Mediaforum* 2012-1, nr. 2 en naar diens proefschrift *Trademark Protection and Freedom of Expression* (diss. UvA 2010). In mijn noot onder het vonnis in eerste instantie ben ik ook ingegaan op die achtergronden, maar vooral ook op wat een en ander in de praktijk betekent.

Hier wil ik eerst (nogmaals) opmerken dat naar mijn mening de merkenrechtelijke en de auteursrechtelijke beoordeling van niet-commerciële parodieën in beginsel tot eenzelfde uitkomst dient te leiden. De reden daarvoor is dat ik mij geen enkele niet-commerciële parodie kan voorstellen waar de vrijheid van meningsuiting

wél boven het auteursrecht, maar niet boven het merkenrecht zou prevaleren (of omgekeerd). Overigens geldt hetzelfde voor het modellenrecht. Zie de *Darfurnica*-casus, de Louis Vuitton-tas in een maatschappijkritisch schilderij, waar de voorzieningenrechter, zonder enig aanknopingspunt in het modellenrecht zelf, de uitingenvrijheid m.i. terecht boven het modellenrecht liet prevaleren (Vzr. Rb. Den Haag 4 mei 2011, IEF 9614. Zie ook *NJB*, 2011(12), pp. 740-742). Misschien geldt het ook voor commerciële parodieën (denk aan humoristische vergelijkende reclame).

Afstand houden

Ik ben het met Sakulin eens dat in het merkenrecht een beroep op de vrijheid van meningsuiting kan gelden als een 'geldige reden' zoals bedoeld in art. 2:20 lid 1 sub c en d BVIE (zie mijn artikel 'Merkenrecht en vrijheid van meningsuiting,' *Mediaforum* 1993-6, p. 62-65). Sakulin vindt dat voor het gebruik van de uitdrukking (voldoende) 'afstand houden' geen plaats is in het merkenrecht, vooral omdat hij bang is dat dit leidt tot een verruiming in plaats van een beperking van het merkenrecht. Ik deel die vrees niet, omdat ik denk dat 'afstand houden' ook aldus kan worden opgevat dat het een invulling is van de omstandigheden die er toe leiden dat er geen verwarringsgevaar is. De 'afstand' kan ook worden gecreëerd door de context. Omgekeerd vindt Sakulin ook dat verwarringsgevaar geen rol mag spelen in het auteursrecht en daar vindt hij de rechtspraak en literatuur aan zijn zijde. Ook daarmee ben ik het niet eens. Formeel is verwarringsgevaar inderdaad geen criterium in het auteursrecht. Het auteursrecht kent geen 'maatman', maar kent een objectief en universeel inbreukcriterium, waarbij gevaar voor verwarring bij het publiek geen rol speelt. Het criterium voor auteursrechtinbreuk in Nederland is vastgelegd in art. 13 Aw en is nader uitgewerkt in het *Accordo/Tros*-arrest van de Hoge Raad (29 november 2002, AMI 2003/1, nr. 1 m.nt. D.J.G. Visser). Het gaat erom 'of het beweerdelijk inbreukmakende werk in zodanige mate de auteursrechtelijk beschermde trekken van het eerdere werk vertoont dat de totaalindrukken die de beide werken maken te weinig verschillen voor het oordeel dat het eerstbedoelde werk als een zelfstandig werk kan worden aangemerkt'. Verwarringsgevaar is zeker niet vereist om auteursrechtinbreuk aan te nemen. Anderzijds, wanneer er sprake is van verwarringsgevaar is dit een tamelijk sterke indicatie dat de totaalindrukken nogal op elkaar lijken. Dan blijft natuurlijk nog de vraag over of die totaalindrukken (of dat verwarringsgevaar) door overeenstemmende totaalindrukken worden veroorzaakt. Als we kijken naar een 'normale' Nijntje-inbreukzaak, waar een parodie-exceptie geen rol speelt, bijvoorbeeld de zaak *Nijntje/Kathy* (Vzr. Rb. Amsterdam 2 november 2010, IEF 9194, AMI 2011/1, p. 38 (kort) (*Mercis/Sanrio*)), dan zien we een keurige toepassing van de verschillende criteria, met een verwijzing naar exact dezelfde feitenvaststelling en een zelfde uitkomst: Kathy lijkt te veel op Nijntje, zowel auteursrechtelijk als merkenrechtelijk. Pikant daarbij is overigens dat van daadwerkelijk verwarringsgevaar in die zaak waarschijnlijk geen sprake was. Nijntje is namelijk zo bekend, dat de gemiddelde Nederlander aan de weliswaar minder opvallende verschillen toch herkent dat het niet om de echte Nijntje gaat. In dit geval was volgens de voorzieningenrechter sprake van 'voordeel trekken uit de reputatie' van Nijntje als merk en van 'nabootsing in gewijzigde vorm' van Nijntje als werk.

Wat betekent dit alles voor de parodie? Bij de beoordeling van de noodzakelijke 'afstand' dient daarbij niet gekeken te worden naar art. 13 Aw en het bijbehorende *Accordo/TROS*-criterium. Immers, de parodie-exceptie is een beperking die pas in beeld komt als aan de hoofdregel van het inbreukcriterium is voldaan. Als een parodie zoveel 'afstand' houdt dat er geen sprake meer is van een 'nabootsing in gewijzigde vorm' in de zin van art. 13 Aw dan is er sowieso geen sprake van auteursrechtinbreuk. Het kan dus niet anders zijn dan dat de 'afstand' die bij een parodie genomen moet worden kleiner is. Hoeveel afstand moet worden genomen bepaalt de rechter en verwarringsgevaar lijkt daarbij een hoofdrol te spelen.

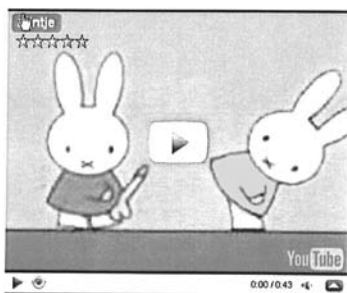
Sakulin heeft volkomen gelijk waar hij zegt dat die afstand vooral ook door de context en de betekenisverandering kan worden gecreëerd en niet door een gebrek aan visuele gelijkenis. Dat is natuurlijk bij uitstek het geval bij het Nijn-eleven plaatje. Het plaatje is vrijwel identiek aan een echt Nijntje-plaatje. Alleen de woordspeling Nijn-eleven bepaalt de alles beslissende 'afstand'. Is die afstand voor iedereen begrijpelijk? Wel voor alle volwassenen die de Engelse taal beheersen en bekend zijn met de uitdrukking 'nine eleven'. Mijn dochter van elf, die tijdens het schrijven van deze noot over mijn schouder meekeek naar het plaatje, dacht echter dat het gewoon een echt Dick Bruna plaatje was. Zij was namelijk niet bekend met de uitdrukking 'nine eleven'. Dat werpt natuurlijk wel weer de vraag op of deze afbeelding bij kinderen enige reputatieschade voor Dick Bruna oplevert. Als je deze grap niet begrijpt, begrijp je 'm gewoon niet, maar ben je ook niet geschokt. Dat ligt weer aanzienlijk anders bij de tekst 'mammie is een Mel-low teef'. Als kinderen zouden Googlen op Nijntje en afbeelding 5 (Lijntje) zien, dan zullen ze daardoor mogelijk wel geschokt zijn. Maar jonge kinderen vrij laten Googlen is sowieso nogal een risico. Het Hof acht de kans op verwarring en op reputatieschade door dit Google-risico 'niet dusdanig groot' (zie r.o. 4.9 laatst zin) dat dit aan toepassing van de parodie-exceptie in de weg staat.

Wat gaat dan wel te ver?

Het moge duidelijk zijn dat bij de niet-commerciële parodie (op internet) kennelijk heel veel kan. Waar de grens ligt is echter volstrekt onduidelijk. Hoe grof moet het zijn om 'niet te mogen'? Vrijheid van meningsuiting is erg populair op internet en het beperken ervan niet. Mag 'Nijn Kampf' ook?



Is een Nijntje-parodie waarin de Armeense genocide wordt ontkennd toegestaan? (nog geen afbeelding beschikbaar). Mag een Nijntje die anaal geslachtsverkeer heeft?



Het Hof heeft het zich (begrijpelijk(er)wijs) gemakkelijk gemaakt en heeft zich bij de internetgemeenschap populair gemaakt door alle afbeeldingen waar het in casu om ging toelaatbaar te achten, terwijl het wel suggereert dat er onder de andere, als productie overgelegde plaatjes, mogelijk wél gevallen waren die 'te ver' gingen.

Aan de heidenen overgeleverd

Het lastige is dat handhaven van auteursrechten op internet in het algemeen niet erg populair is en dat het maken van bezwaar tegen een mogelijk te grove parodie alleen maar nog meer parodieën oproept. Bruna heeft getracht zijn stelling 'Nijntje is van de kinderen, daar moet je afblijven' (r.o. 4.16 aan het slot) in rechte erkend te krijgen. Dat is dapper en het is jammerlijk mislukt. Arme Nijntje is aan de internet-heidenen overgeleverd.

Conclusie

Humoristische bedoeling is voor een parodie het eerste vereiste, maar die drempel lijkt nogal laag. Verwarring wekken mag nooit, 'behoud van de voor een parodie noodzakelijke herkenbaarheid van het origineel' mag wel. De beoordeling daarvan blijft zeer subjectief. Een parodie kan vermoedelijk ook te grof zijn, maar wanneer daarvan sprake is blijkt in deze zaak niet. In het merkenrecht zit de beoordelingsmarge verder in de 'geldige reden' van art. 2.20 lid 1 sub d BVIE, in het auteursrecht in 'hetgeen naar de regels van het maatschappelijk verkeer redelijkerwijs geoorloofd is' in parodie-artikel 18b Aw. Het ontbreken van concurrentiebedoelingen is in de praktijk m.i. de belangrijkste, en vaak de doorslaggevende factor.

Een en ander roept de interessante vraag op waarom (ook) een slechte, weinig creatieve, goedkope en platte, respectloze en grove nabootsing van een werk die kennelijk *humoristisch* bedoeld is wel mag, terwijl een goede, creatieve, respectvolle *serieuze* bewerking in het auteursrecht in de regel niet is toegestaan. Deze vraag is natuurlijk helemaal in het straatje van de voorstanders van de introductie van een algemene fair-use beperking die in het algemeen meer creatieve bewerkingen zou toestaan, vooral op internet. Zie bijvoorbeeld Bernt Hugenholtz en Martin Senftleben in hun recente rapport *Fair use in Europe. In search of flexibilities* (IViR/VU, November 2011, p. 27):

[T]he existing tradition of creating breathing space for parody [...] may serve as a basis for the development of a broader free adaptation rule that includes other forms of transformations, such as adaptations made by amateur performers that are offered as user-generated content on the Internet.

Naar mijn mening is het op grond van de tekst van art. 13 Aw nu al mogelijk om te betogen dat iedere niet-commerciële *daadwerkelijk creatieve* bewerking door amateurs of professionals op internet, het zogenaamde '*creative transformative use*', auteursrechtelijk is toegestaan. Men zou dan immers kunnen spreken van een 'geheele of gedeeltelijke bewerking of nabootsing in gewijzigden vorm, welke [wél] als een nieuw, oorspronkelijk werk moet worden aangemerkt'. Of dit *wenselijk* is laat ik wijselijk even in het midden, want het roept veel vragen op. Hoe hoog moet die drempel voor *daadwerkelijk creatieve bewerking* dan zijn? Het is natuurlijk niet wenselijk dat enigermate gewijzigde goedkope '*rip-offs*' worden gemaakt, louter en alleen om het auteursrecht te omzeilen. Waarom moet die bewerking niet-commercieel zijn en waarom moet het op internet gebeuren? Kunnen niet-commerciële bewerkingen dan niet ook erg parasitair zijn? Anderzijds: Zou een echt creatieve en serieuze commerciële bewerking niet ook moeten zijn toegestaan? Mag een reclamebureau op internet zijn kunnen laten zien door (zonder verwarring te wekken) nepadvertenties te maken voor bekende merken gebaseerd op bekende werken? Zou daarop misschien een vergoedingsregeling van toepassing moeten zijn/worden (omdat we anders strijd krijgen met de driestappentoets)? Dit gaat de context van deze noot echter verre te buiten.