

Gerechtshof Amsterdam
Rolnummer: 200.054.943
Zitting: 15 juni 2010

**AKTE HOUDENDE BEZWAAR
TEGEN DE DOOR
APPELLANTEN NIEUW
AANGEVOERDE GRIEF**

inzake:

Punt.nl B.V.,
gevestigd te Den Haag
geïntimeerde in appel
appellante in incidenteel
appel

advocaten: mr. O.M.B.J. Volgenant
en mr. T.E. Mellema

tegen:

Mercis B.V.,
gevestigd te Amsterdam

en

Hendrik Magdalenus Bruna
wonende te Utrecht
appellanten in appel
geïntimeerden in
incidenteel appel

advocaten: mr. R.S. Le Poole en
mr. A. Bekema

Punt.nl heeft kennis genomen van de door Mercis in haar akte van 20 april 2010 nieuw aangevoerde grief en brengt daartegen de volgende bezwaren naar voren.

Bezwaren tegen de nieuwe grief van Mercis

- 1.1. Van het vonnis van de Voorzieningenrechter is Mercis bij appeldagvaarding van 15 januari 2010 in beroep gekomen. Op de rolzitting van 9 maart 2010 heeft Mercis negen grieven tegen het vonnis van de Voorzieningrechter ingebracht. Punt.nl heeft in haar Memorie van Antwoord van 20 april 2010 op deze negen grieven van Mercis gereageerd.
- 1.2. Inhoudelijk gaat het geschil tussen Mercis en Punt.nl in essentie over twee vragen, namelijk waar de grenzen liggen bij het parodiëren van Nijntje op internet, en hoever de verantwoordelijkheid van een webhost in dit verband strekt.
- 1.3. Met de vermeerdering van eis van 20 april 2010 beoogt Mercis een compleet andere vraag aan Uw Hof voor te leggen, namelijk of het Mijndomein.nl vrijstaat om processtukken, correspondentie en producties openbaar te maken nadat Mercis van haar advocaten het auteursrecht daarop overgedragen heeft gekregen. Deze vraag heeft niets maken met de vraag naar de verantwoordelijkheid van een webhost voor door webloggers gepubliceerde Nijntje-grappen. Deze nieuwe vraag dient Uw Hof buiten beschouwing te laten.
- 1.4. De volgende procesrechtelijke beginselen staan eraan in de weg dat Mercis in dit stadium van het hoger beroep nog een nieuwe vraag aan Uw Hof voorlegt.
- 1.5. In hoger beroep is het recht de eis te wijzigen onderworpen aan de regels inzake de devolutive werking van het hoger beroep.
- 1.6. De in artikel 347 lid 1 Rv. besloten ‘twee-conclusieregel’ beperkt de aan eiser toekomende bevoegdheid tot wijziging van eis in hoger beroep in die zin dat hij in beginsel zijn eis niet later dan in de memorie van eis mag wijzigen. Bestendige standaardjurisprudentie van de Hoge Raad laat vrijwel geen ruimte voor eiswijzigingen in appél ná de Memorie van Grieven.
- 1.7. In een standaardarrest uit 2009¹ heeft de Hoge Raad aangegeven hoe beperkt de ruimte voor een vermeerdering van eis in hoger beroep is. De Hoge Raad heeft – onder verwijzing naar een arrest uit 2008² – bepaald dat elke verandering van eis waarvan toewijzing zou meebrengen dat het dictum van het vonnis van de Rechtbank moet

¹ Hoge Raad 19 juni 2009, NJ 2010, 154 (*Mr. Wertenbroek/Van den Heuvel*).

² Hoge Raad 20 juni 2008, RdvW 2008, 649 (*Willemsen/NOM*).

worden vervangen, als 'grief' wordt aangemerkt. De eiswijziging van Mercis kwalificeert op basis van deze definitie van de Hoge Raad zonder meer als 'grief'.

- 1.8. De gedaagde mag bij het inrichten van zijn verweer in beginsel ervan uitgaan dat de omvang bij de rechtsstrijd in appél door de Memorie van Grieven is vastgelegd (de devolutieve werking – artikel 347 Rv). De rechter mag in beginsel dan ook niet meer letten op grieven die in een later stadium dan de Memorie van Grieven worden aangevoerd. Het debat in hoger beroep moet namelijk beperkt zijn omdat het voortbouwt op het debat in eerste aanleg.
- 1.9. Op grond van de 'twee-conclusieregel' mag Uw Hof grieven die in een later stadium dan in de Memorie van Grieven door eiser zijn aangevoerd niet toelaten tot het geschil. De eiswijziging van Mercis (van 20 april 2010) is pas ná de Memorie van Grieven (van 9 maart 2010) gedaan.
- 1.10. De Hoge Raad kwalificeert deze twee-conclusieregel als een *'in beginsel strakke regel'*. Uitzonderingen zijn slechts mogelijk indien (a) de wederpartij ondubbelzinnig heeft ingestemd met de nieuwe grief, of (b) indien de feiten zijn veranderd en met de eiswijziging voorkomen wordt dat een geschil aan de hand van inmiddels onjuiste feiten zou moeten worden beslist. Van deze uitzonderingen is in casu geen sprake.
- 1.11. Overigens blijft onverkort gelden dat de wijziging van eis niet in strijd mag komen met de eisen van een goede procesorde, aldus de Hoge Raad. De goede procesorde zou ernstig worden geschonden indien de door Mercis gewenste vermeerdering van eis zou worden toegestaan. De aanvullende eis heeft geen verband met de vorderingen die in eerste instantie aan de orde waren. Behandeling in dit hoger beroep van de vraag naar de auteursrechtelijke bescherming van processtukken, brieven en producties, en de vraag naar het in casu uitoefenen van het overgedragen auteursrecht zou Punt.nl het recht ontnemen op behandeling van die vragen in twee instanties. Dat is in strijd met de goede procesorde. Volgens de Hoge Raad³ is het missen van een instantie ontoelaatbaar.
- 1.12. Punt.nl verzoekt Uw Hof een tussenarrest te wijzen en daarin te oordelen dat de gevraagde vermeerdering níet wordt toegestaan.
- 1.13. In verband met de in artikel 2.6 Rolreglement genoemde termijn van twee weken is van belang dat Mercis en Punt.nl in overleg uitdrukkelijk hebben afgesproken dat Punt.nl op de rolzitting van 15 juni 2010 zal reageren op de akte vermeerdering van eis.

³ Precies over de situatie van het missen van een instantie: Hoge Raad 12 oktober 1990, NJ 1991, 186 (*Discount mijk en Aalborg/ Schouten*).

- 1.14. Uitsluitend indien Uw Hof onverhoopt zou oordelen dat in dit hoger beroep het beroep op het overgedragen auteursrecht toch wél inhoudelijk aan de orde dient te komen, zal Punt.nl daar in een volgend processtuk verder inhoudelijk op reageren. Om proceseconomische redenen zal Punt.nl daar nu niet uitgebreid op ingaan. Punt.nl volstaat in dit stadium met de volgende opmerkingen:
- (a) er is geen sprake van enig spoedeisend belang bij deze nieuwe vordering in dit kort geding;
 - (b) een doorslaggevend formeel punt is dat Punt.nl niet zelf de stukken openbaar maakt, dat doet Mijndomein.nl B.V. en dat is een andere rechtspersoon⁴. Het door Mercis gewijzigde petitem (waarin gevorderd wordt dat Punt.nl de openbaarmaking moet staken) zal dus niet leiden niet tot het verwijderen door Mijndomein.nl B.V. van deze stukken van haar website;
 - (c) de processtukken, brieven en producties van de advocaat van Mercis zijn niet auteursrechtelijk beschermd;
 - (d) Punt.nl betwist dat het auteursrecht – voor zover daar al sprake van is – geldig is overgedragen;
 - (e) Mercis heeft geen enkel belang heeft bij het uitoefenen van het auteursrechtelijke verbodsrecht. Er staan geen vertrouwelijke bedrijfsgegevens in de documenten, laat staan privacygevoelige informatie. De documenten behelzen een juridisch debat over de reikwijdte van de parodie-exceptie, en juist dat debat is voor de internetcommunity van belang. Mercis zal de processtukken, de brieven en de producties van haar advocaat op geen enkele manier willen of kunnen exploiteren.
 - (f) de vrijheid van meningsuiting speelt een belangrijke rol bij de vraag naar het geoorloofd zijn van het publiceren van de voor een rechtszaak relevante stukken in nieuwsberichten over die rechtszaak. Punt.nl zal zich beroepen op de door artikel 10 EVRM gewaarborgde vrijheid van meningsuiting, met verwijzing naar de stand van zaken in andere jurisdicties, de rechtspraak van het EHRM en bijvoorbeeld ook een Nederlands vonnis⁵ waarin het beroep op het auteursrecht op een dagvaarding werd afgewezen en de dagvaarding als nieuwsfeit werd gekwalificeerd. De internetcommunity heeft er belang bij kennis te nemen van deze rechtszaak. Naast de inhoud van de argumenten van partijen is ook de manier waarop Mercis haar rechten handhaaft onderdeel van het maatschappelijke debat hierover.

⁴ Namelijk de besloten vennootschap Mijndomein.nl B.V. (KvK 27181493).

⁵ Voorzieningenrechter Rechtbank 's-Hertogenbosch, 10 november 2008, LJN: BG3873.

- 1.15. Afsluitend merkt Punt.nl op dat de processuele gang van zaken haar verbaast. Mercis werpt een zeer principiële vraag op, naar de omvang van een overgedragen auteursrecht op processtukken, brieven en producties, tegenover de vrijheid van meningsuiting om over een rechtszaak te publiceren. Die vraag is in Nederland nog niet eerder uitputtend aan de orde geweest. In plaats van deze vraag in volle omvang aan de rechter voor te leggen, probeert Mercis deze vraag het hoger beroep van een kort geding in te smokkelen, en daarbij gaat ze er ook nog eens aan voorbij dat de procespartij in dat hoger beroep de stukken helemaal niet zelf openbaar maakt.
- 1.16. Punt.nl maakt aanspraak op volledige vergoeding van de door haar gemaakte proceskosten in het kader van het bezwaar tegen toelating van de nieuw ingestelde grief. In een later stadium van dit hoger beroep zal Punt.nl een overzicht van de kosten overleggen.

2. Conclusie inzake de nieuwe grief

Punt.nl verzoekt Uw Gerechtshof de door appellanten bij akte van 20 april 2010 ingestelde nieuwe grief niet toe te laten tot de verdere behandeling van dit hoger beroep, met veroordeling van appellanten in de volledige kosten van dit onderdeel van de procedure.



Advocaat

Deze zaak wordt namens Punt.nl behandeld door mr. O.M.B.J. Volgenant en mr. T.E. Mellema, Kennedy Van der Laan, Haarlemmerweg 333, 1051 HD Amsterdam, tel. 020-5506673, fax 020-5506 737, email: otto.volgenant@kvdl.nl en tessel.mellema@kvdl.nl.