

Gerechtshof Amsterdam  
Rolnummer: 200.054.943  
Zitting: 3 november 2010, 9.30 uur

**PLEITNOTA**

inzake:

**Punt.nl B.V.**,  
gevestigd te Gouda

geïntimeerde in appel  
appellante in incidenteel  
appel

advocaat: mr. O.M.B.J. Volgenant

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

---

In het principale en het incidentele appel merk ik namens Punt.nl het volgende op.

## 1. De wettelijke bescherming voor hosting providers

- 1.1. *“Punt.nl doet terecht een beroep op artikel 6:196c BW. Haar activiteit heeft een louter technisch, automatisch en passief karakter; zij heeft kennis noch controle over de informatie die wordt doorgegeven of opgeslagen. Van Punt.nl kan dan ook niet worden gezegd dat zij zelf inbreuk pleegt op de merkenrechten van Mercis. Van haar kan en hoeft niet te worden verwacht dat zij steeds alle weblogs en websites die zij host controleert op inbreukmakende content.”*
- 1.2. Dit heeft de Voorzieningenrechter in r.o. 4.12 letterlijk zo vastgesteld. Hiertegen heeft Mercis/Bruna geen grief ingesteld. Dit staat dus vast en is in hoger beroep het uitgangspunt.
- 1.3. Het is bovendien een *juist* uitgangspunt. Punt.nl is een hosting provider. Zij host duizenden weblogs en websites. Punt.nl host onder meer de websites waarop de afbeeldingen 1 tot en met 6 zijn gepubliceerd. De inhoud van de content geplaatst op de websites en weblogs van haar gebruikers is niet door Punt.nl, maar door deze gebruikers geplaatst op deze sites.
- 1.4. De door de Europese wetgever geformuleerde criteria voor aansprakelijkheid zijn limitatief bedoeld en er mogen door de nationale wetgever derhalve niet meer voorwaarden aan een dienstverlener worden opgelegd, ook niet in verband met inbreuk op IE-rechten<sup>1</sup>. Gezien de bijzondere positie van informatie-tussenpersonen bij het waarborgen van de ‘free flow of information’ heeft de Europese wetgever een verstrekkend vrijwaringsregime voor deze dienstverleners van wezenlijk belang geacht. De achterliggende redenen hiervoor zijn (a) het bevorderen van het vrije verkeer van goederen en diensten op het gebied van de elektronische handel, (b) de vrijheid van meningsuiting<sup>2</sup>, (c) waarborgen dat de informatietussenpersoon niet in een

---

<sup>1</sup> Overweging 16 van de Auteursrecht richtlijn: *“Het vraagstuk van de aansprakelijkheid voor activiteiten in de netwerkomgeving zal, (...), op horizontale wijze worden aangepakt in Richtlijn 2000/31/EG (...). De [Auteursrecht richtlijn 2001/29/EG] doet geen afbreuk aan de voorschriften inzake aansprakelijkheid in de richtlijn inzake elektronische handel.”*

<sup>2</sup> De Europese Commissie heeft in haar eerste verslag van de E-commercerichtlijn van 21 november 2003, COM(2003) 702 definitief bevestigd dat zij het als *“absoluut noodzakelijk beschouwd om te verzekeren dat de basisdiensten die het ononderbroken vrije verkeer van informatie op het net vrijwaren worden verleend”*, hetgeen ook blijkt uit overweging 9 van de E-commercerichtlijn waarin is bepaald dat richtlijnen betreffende de levering van diensten van de informatiemaatschappij ervoor moeten zorgen dat deze activiteiten in het licht van de vrijheid van meningsuiting zoals neergelegd in artikel 10 EVRM vrijelijk mogen worden uitgeoefend.

onmogelijke positie komt, (d) het beperken van de kosten van het verlenen van de genoemde internetdiensten, en (e) de rechtszekerheid<sup>3</sup>.

- 1.5. De vrijheid van meningsuiting is ook de reden waarom er sprake moet zijn van “daadwerkelijke kennis” van de onwettige activiteiten voordat de hosting provider moet optreden. Indien de informatietussenpersonen in een eerder stadium aansprakelijk zouden zijn, bestaat het gevaar dat zij weigeren bepaalde (controversiële) informatie te ontsluiten en het informatieaanbod op voorhand gaan censureren. Dergelijke zelfcensuur staat op gespannen voet met de vrijheid van meningsuiting.
- 1.6. Dat het uitgangspunt van de Voorzieningenrechter – dat een internet host niet zélf merkinbreuk pleegt - juist is, wordt onderstreept door het arrest van het Hof van Justitie van 23 maart 2010 in de *Google AdWords* zaak<sup>4</sup>. Die zaak gaat over de vrijwaring van aansprakelijkheid van internetdienstverleners wanneer deze wordt aangesproken wegens merkinbreuk. In dit arrest wordt de vraag beantwoord of Google zélf gebruik maakt van het teken, en het antwoord is: nee<sup>5</sup>. De merkhouder moet zijn merkenrechtelijke geschil uitvechten met de partij die zijn merk gebruikt.
- 1.7. Een hosting provider kan op grond van artikel 6:196c BW in beginsel *niet* aansprakelijk worden gehouden voor inbreukmakende content geplaatst en openbaargemaakt door haar gebruikers. Die aansprakelijkheid kan pas ontstaan als Punt.nl wetenschap heeft – bijvoorbeeld door een melding van de rechthebbende – dat de door haar gehoste informatie onrechtmatig is. Dan dient zij de informatie zo snel mogelijk te verwijderen. Deze verwijderingsplicht bestaat pas als de informatie ‘evident onrechtmatig’ is, althans wanneer “niet in redelijkheid aan de juistheid van de klacht dat informatie onrechtmatig is getwijfeld moet kunnen worden”.<sup>6</sup> Bij twijfel over het onrechtmatig karakter bestaat deze verwijderingsplicht dus niet. Getuige het feit dat maar 2 van de 7

---

<sup>3</sup> Ook dit aspect komt naar voren in het verslag van de Europese Commissie: “De bepalingen betreffende de aansprakelijkheid van tussenpersonen scheppen rechtszekerheid voor dienstverleners die als tussenpersoon optreden, en dragen er aldus toe bij dat de verlening van intermediaire diensten op internet wordt verzekerd.” Verslag, blz. 4.

<sup>4</sup> HvJEU, 23 maart 2010, RvdW 2010, 617, *Google/Adwords*.

<sup>5</sup> 99. de verlener van een zoekmachineadvertentiedienst op internet die een teken dat gelijk is aan een merk, als trefwoord opslaat en op basis daarvan voor de weergave van advertenties zorgt, geen gebruik maakt van dit teken in de zin van artikel 5, lid 1, van richtlijn 89/104 of artikel 9, lid 1, sub a en b, van verordening nr. 40/94.

105. Derhalve dient op de tweede vraag in zaak C-236/08 te worden geantwoord dat de verlener van een zoekmachine- advertentiedienst op internet die een teken dat gelijk is aan een bekend merk, als trefwoord opslaat en op basis daarvan voor de weergave van advertenties zorgt, geen gebruikmaakt van dat teken in de zin van artikel 5, lid 2, van richtlijn 89/104 of artikel 9, lid 1, sub c, van verordening nr. 40/94.

<sup>6</sup> Rb. Den Haag 9 juni 1999, *AMI* 1999-5, p. 113 (*Scientology/XS4ALL e.a.*) en Hof Amsterdam 7 november 2002, *NJ* 2003/54 (*XS4.All/Deutsche Bahn*) r.o.4.10.

afbeeldingen door de Voorzieningenrechter ontoelaatbaar zijn geacht en 5 juist zijn toegestaan, geldt dat voor afbeeldingen 1 t/m 7 vooraf bepaald niet vaststond dat deze onmiskenbaar onrechtmatig waren.

- 1.8. Met andere woorden, pas als de rechter heeft vastgesteld dat de Nijntje-plaatjes 1 tot en met 7 onrechtmatig zijn, pas dán is dit bij deze plaatjes evident en pas dán ontstaat de verwijderingsplicht voor Punt.nl. En als Punt.nl aan die verwijderingsplicht voldoet, dan is zij niet aansprakelijk. In casu hééft Punt.nl de twee Nijntje-grappen verwijderd die door de Voorzieningenrechter inbreukmakend werden geoordeeld.<sup>7</sup>
- 1.9. De gebruikelijke gang van zaken is dat een rechthebbende die op een website een afbeelding aantreft waarvan hij meent dat die inbreuk op zijn rechten maakt, zich wendt tot de websitehouder. Die houder kan immers zelf de afbeelding verwijderen, of uitleggen waarom die afbeelding volgens hem geen inbreuk maakt. De internet host staat buiten deze discussie. In deze kwestie heeft Mercis die weg niet bewandeld. Mercis heeft geen contact gezocht met de websitehouders en hen ook niet in deze procedure betrokken. Er zijn uitstekende argumenten om te betogen dat websitehouders geen inbreuk op auteursrecht of merkenrecht maken door de Nijntje-grappen op hun website te zetten. Punt.nl heeft deze argumenten naar voren gebracht – en ik zal deze belangrijkste argumenten zodirect samenvatten – maar eigenlijk had deze discussie gevoerd moeten worden tussen Mercis en de websitehouders.
- 1.10. Punt.nl heeft een Notice and TakeDown procedure die in lijn is met het wettelijk kader en in overeenstemming met de door overheid en bedrijfsleven vastgestelde gedragscode<sup>8</sup>:

---

<sup>7</sup> Zie alinea 2.3, eerste zin van de pleitnota van de advocaat van Mercis van 10 december 2009, waar wordt bevestigd: *‘Punt.nl heeft de uitingen 1 t/m 6 (...) 2 dagen voor deze zitting verwijderd.’*, en plaatje zeven is direct verwijderd na het vonnis van de Voorzieningenrechter.

<sup>8</sup> Zie <http://www.samentegencybercrime.nl/NTD/?p=content>.

1.11. Wanneer we kijken naar de vorderingen van Mercis, dan heeft dit de volgende consequenties. De vordering van Mercis waarin gevraagd wordt om een verbod op openbaarmaken door Punt.nl zélf (**onderdeel 1.I van het petitum** van Mercis) moet worden afgewezen. Punt.nl is een hosting provider en maakt niet zélf openbaar. Bovendien kan Punt.nl technisch gezien niet voorkomen dat haar klanten plaatjes op hun websites uploaden. Zij kan niet preventief filteren<sup>9</sup>.

<sup>9</sup> Zie vonnis Voorzieningenrechter Den Haag, 19 juli 2010, LJN BN 1445, *Brein/Ziggo*, waarin werd geoordeeld dat het onbenut laten van de mogelijkheid om tegen individuele abonnees op te treden tot gevolg had dat de vorderingen jegens de internettussenpersoon werden afgewezen: '4.11. In de Memorie van Toelichting<sup>2</sup> bij de aanpassing van onder meer de *Auteurswet* en de *Wet op de naburige rechten* wordt over artikel 26d het volgende opgemerkt: Artikel 11, derde volzin, van de richtlijn [i.e. de *Handhavingsrichtlijn*, v.z.r.] verplicht ertoe ook tegen tussenpersonen een bevel te kunnen vorderen tot staking van de diensten die door derden worden gebruikt om inbreuk te maken op het intellectuele-eigendomsrecht van de eiser. De rechter zal hierbij moeten afwegen of deze vordering geëigend is gezien het aandeel of de betrokkenheid van de tussenpersoon

- 1.12. In **onderdeel 2. van haar petitum** vordert Mercis dat Punt.nl altijd binnen 48 uur na een melding van Mercis dat er sprake zou zijn van inbreuk op haar rechten – dus ook van *andere* grappen dan de 7 plaatjes die in dit geding aan de orde zijn – content zou moeten verwijderen. Dit is in strijd met het wettelijk regime, op basis waarvan van Punt.nl niet meer kan worden gevorderd dat het verwijderen van evident onrechtmatige informatie.
- 1.13. Dan blijft er in dit hoger beroep één vraag over, en dat is de **subsidiare vordering 1.II** van Mercis, waarin zij vordert dat Punt.nl binnen 48 uur na een melding van Mercis dat één of meer van de zeven Nijntje-grappen die nu ter beoordeling voorliggen moet worden verwijderd van een door Punt.nl gehoste website. Indien Uw Hof zou oordelen dat één of meer van deze afbeeldingen onrechtmatig is jegens Mercis, dan is Punt.nl zonder meer bereid deze afbeelding steeds te verwijderen nadat zij op de aanwezigheid daarvan is gewezen door Mercis. Dat is in lijn met de Notice and Takedown procedure van Punt.nl. Een veroordeling en een dwangsom zijn daarvoor niet nodig. In dit kader, de wettelijke regeling van artikel 6:196c lid 4 BW, is relevant of Uw Hof de voorliggende afbeeldingen als inbreukmakend beoordeelt.

## 2. Vrijheid van Meningsuiting vs. Intellectuele Eigendom

- 2.1. Van 5 van de 7 voorgelegde Nijntje-grappen heeft de Voorzieningenrechter geoordeeld dat ze wel zijn toegestaan, en van twee niet. Op het vonnis is eerste aanleg is kritiek mogelijk. Beide procespartijen hebben grieven ingediend, en ook in de pers is kritisch op dit vonnis gereageerd. Prof. mr. Visser heeft een verhelderende noot geschreven in AMI nummer 4 van dit jaar<sup>10</sup>.
- 2.2. Deze websites waarop de plaatjes 1 t/m 6 staan, zijn sinds 2006 niet meer vernieuwd en zijn dus bepaald niet actief. Het gaat dus om afbeeldingen die al jaren online staan, en die nauwelijks meer worden bekeken en ook niet eenvoudig vindbaar zijn op internet.

---

*bij de inbreuk en of het met de vordering beoogde doel en het belang van de rechtbbende opweegt tegen het nadeel dat of de schade die de vordering de tussenpersoon eventueel toebrengt. De tussenpersoon dient redelijkernijs in staat te zijn aan de vordering te voldoen, zonder daarvoor onevenredige kosten te moeten maken. Indien de tussenpersoon zelf geen inbreuk pleegt en het dagnaarden van de inbreukmaker evenzeer voor de hand ligt en even goed mogelijk is als het dagnaarden van een tussenpersoon, dan zal de vordering tegen de tussenpersoon afgewezen dienen te worden. De vordering tegen de tussenpersoon zal een zelfstandig doel moeten dienen dat niet op enige andere wijze te realiseren is via de inbreukmaker zelf. De vordering blijft beperkt tot een bevel tot staking van de diensten die door de derde worden gebruikt om inbreuk te maken. Andere bijkomende vorderingen zijn niet mogelijk. Ook scheidt dit artikel geen aansprakelijkheid van de tussenpersoon ten aanzien van de inbreukmakende handelingen door de derde.'*

<sup>10</sup> AMI 2010/4, p 131-132, noot Prof. mr. D.J.G. Visser bij het vonnis a quo.

- 2.3. Afbeelding 7 is als illustratie op een door Punt.nl gehost weblog over auteursrechtinbreuk geplaatst door een gebruiker met de naam 'Holophonic'. De discussie in dat weblog ging over een sommatie van Mercis met betrekking tot Nijntje. Zijn begeleidende opmerking was: 'muggezifter'. Dit weblog (met als titel: vragen&help elkander-auteursrechtinbreuk) is gestart op 3 mei 2007 met een sommatiebrief van de voormalig advocate van Mercis, mr. Van der Valk. Die sommatiebrief is geplaatst door 'lorijnvdvalk' (productie 1). Deze toenmalige advocate van Mercis heeft op deze door Punt.nl gehoste weblog de publieke discussie dus zelf geïnitieerd. De laatste bijdrage aan deze discussie dateert van 17 mei 2007, inmiddels zo'n 3½ jaar geleden. De vrijheid van meningsuiting is in het geding als webloggers hierover niet zouden mogen discussiëren.
- 2.4. De gevolgen van het toewijzen van de vorderingen van Mercis zijn voor Punt.nl onacceptabel groot, omdat zij daarmee aansprakelijk wordt voor het online zetten van Nijntje-grappen door één van haar vele duizenden klanten.
- 2.5. Mag je een gebeurtenis als Nine-Eleven in een andere context plaatsen en daarvoor een bestaande cartoon gebruiken? Mag humor worden gebruikt om deze schokkende gebeurtenis in een totaal andere context te plaatsen? De Nijn-Eleven parodie gaat niet alleen over de onschuldige Nijntje, maar ook – juist – over de aanslag op het World Trade Center. De dag waarop elk vliegtuig in een potentieel moordwapen veranderde, en de luchtvaart zijn onschuld definitief verloor. Deze parodie – die door de Voorzieningenrechter als ontoelaatbaar is beoordeeld – relateert aan de belangrijkste maatschappelijke gebeurtenis van de afgelopen 10 jaar. Het plaatje roept allerlei vragen op en is wat mij betreft juist de meest geslaagde parodie van de zeven grappen. En ik geloof werkelijk niet dat er iemand zal denken dat Dick Bruna verantwoordelijk is voor dit plaatje, er zal geen Nijntje-boek minder om worden verkocht en er verdient helemaal niemand aan deze Nijntje-grap.
- 2.6. Op TV parodieert Koefnoen bekende Nederlanders, op de radio doet Edwin Evers bekenden na, en dit is wat er tegenwoordig gebeurt op internet. Er worden plaatjes veranderd, en internetters vinden het leuk om plaatjes op een rare manier aan te passen en naar de creaties van anderen te kijken. De lust van internetgebruikers om grappen online te zetten treft alle characters, ook politici, filmsterren, BN-ers, en vele andere cartoonfiguren. Met andere woorden, parodiëren is een maatschappelijke trend waaraan op internet volop wordt meegedaan. De beeldparodieën die op het Internet circuleren geven bovendien blijk van het feit dat ook de wat 'hardere' parodieën van bekende stripfiguren een maatschappijbreed geaccepteerde vorm van expressie op internet zijn (productie 2).

- 2.7. Dat een parodie op bescherming van artikel 10 EVRM kan rekenen heeft het Europese Hof voor de Rechten van de Mens in een zaak<sup>11</sup> over een schokkend kunstwerk van de Oostenrijkse schilder Otto Mühl waarin een aantal bekende Oostenrijkers figureerde, in zeer compromitterende posities. Het Hof oordeelde dat satire een vorm is van artistieke expressie en van sociaal commentaar, en door de inherente overdrijving en vervorming van de realiteit is het doel van satire om te provoceren. Een beperking van dat uitingsrecht moet met extra voorzichtigheid worden beoordeeld.
- 2.8. De parodie-exceptie staat sinds 2004 in de Nederlandse Auteurswet. De enige randvoorwaarde is dat de nabootsing in overeenstemming moet zijn met “hetgeen naar de regels van het maatschappelijk verkeer redelijkerwijs geoorloofd is”. De Memorie van Toelichting is summier. Deze ‘maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm’ is door de Nederlandse wetgever bewust open gelaten. In de Memorie van Toelichting overweegt de wetgever (aanhakend bij buitenlandse rechtspraak) dat bij deze beoordeling de volgende criteria een rol kunnen spelen:
- (a) een humoristische bedoeling,
  - (b) het ontbreken van concurrentiemotieven, en
  - (c) het ontbreken van verwarringsgevaar.<sup>12</sup>
- 2.9. Leggen we de zeven Nijntje-plaatjes langs de lat van deze drie criteria, dan is de uitkomst duidelijk. De grappen hebben een humoristische bedoeling, er is geen enkel concurrentiemotief en er is geen verwarringsgevaar. De parodie-exceptie is juist geschreven voor dit soort gevallen.
- 2.10. Er is nog niet veel Nederlandse jurisprudentie over de wettelijke parodie-exceptie. De Hoge Raad heeft er nog niet over geoordeeld. In die zin wordt met nieuwsgierigheid naar het arrest van Uw Hof uitgezien. Artikel 18b Aw geeft Uw Hof de ruimte om te oordelen over de geoorloofdheid van parodieën. Ook de buitenlandse jurisprudentie waarnaar ik eerder in deze procedure heb verwezen is niet eenduidig, maar geeft als richting wel aan dat parodieën de ruimte moeten hebben. Veel juridische aanknopingspunten in wetsgeschiedenis, literatuur of jurisprudentie zijn er niet voor Uw Hof.
- 2.11. De auteursrechtelijke beoordeling zou niet tot een ander resultaat mogen komen dan de merkenrechtelijke beoordeling, en andersom ook niet. De Hoge Raad heeft dit bepaald in het Dior/Evora-arrest<sup>13</sup> en ook Dirk Visser stelt dit in zijn annotatie<sup>14</sup>.

---

<sup>11</sup> EHRM, 25 januari 2007, application nr. 68354/01, Vereniging Bildender Künstler v. Oostenrijk,

<sup>12</sup> MvT *Kamerstukken II* 2002-2003, 28 482, nr. 3, p. 53., Spoor/Verkade/Visser, p. 294, en toegepast door de rechter in Hof Den Haag, 13 september 2007, *Rede /Netscape*, zaaknr 03/961, r.o. 17.

- 2.12. De meest elegante weg om dit op te lossen is langs de band van de merkenrechtelijke geldige reden. Dat is immers een ruim en vaag criterium, dat alle ruimte laat voor invulling door de rechter. Wanneer een parodie onder de auteursrechtelijke parodie-exceptie is toegestaan, dan levert dit onder het merkenrecht een geldige reden op.
- 2.13. Van verwarringsgevaar of afbreukrisico is geen sprake. Mercis heeft niet één voorbeeld kunnen geven hiervan. Sinds het *Intel* arrest<sup>15</sup> rust (ook in kort geding<sup>16</sup>) een actieve bewijslast op de merkhouders om dit aan te tonen. In casu had Mercis dan ook moeten bewijzen dat door het gebruik van de met de Nijntje merken overeenstemmende tekens (voor zover die overeenstemming al bestaat) in de afbeeldingen 1 t/m 7 afbreuk wordt of zou kunnen worden gedaan aan de reputatie van (een van) de Nijntje merken, hetgeen:
- “veronderstelt dat is aangetoond dat het economische gedrag van de gemiddelde consument van de waren of diensten waarvoor [de Nijntje merken] zijn ingeschreven, is gewijzigd als gevolg van het gebruik van [hiermee overeenstemmende tekens] of dat er een grote kans bestaat dat dit gedrag in de toekomst wijzigt”.*<sup>17</sup>
- 2.14. Mercis heeft geen enkel bewijs aangedragen van een mogelijke wijziging in het gedrag van consumenten door de openbaarmaking van de afbeeldingen 1 t/m 7 op de drie websites gehost door Punt.nl. Er is geen sprake van gewijzigd gedrag bij de gemiddelde consument. Nijntje is onverminderd populair en de exploitatie van Nijntje is onverminderd lucratief voor Mercis.
- 2.15. Dat kinderen kleurplaten zoeken via internet en dan bij deze parodieën uitkomen (zoals Mercis in alinea 5.15 MvAinIncident stelt) is totaal ongeloofwaardig en niet onderbouwd. Zoeken in Google Afbeeldingen op de zoektermen ‘Nijntje’ en ‘kleurplaat’ geeft 7.030 resultaten, maar géén parodie.

---

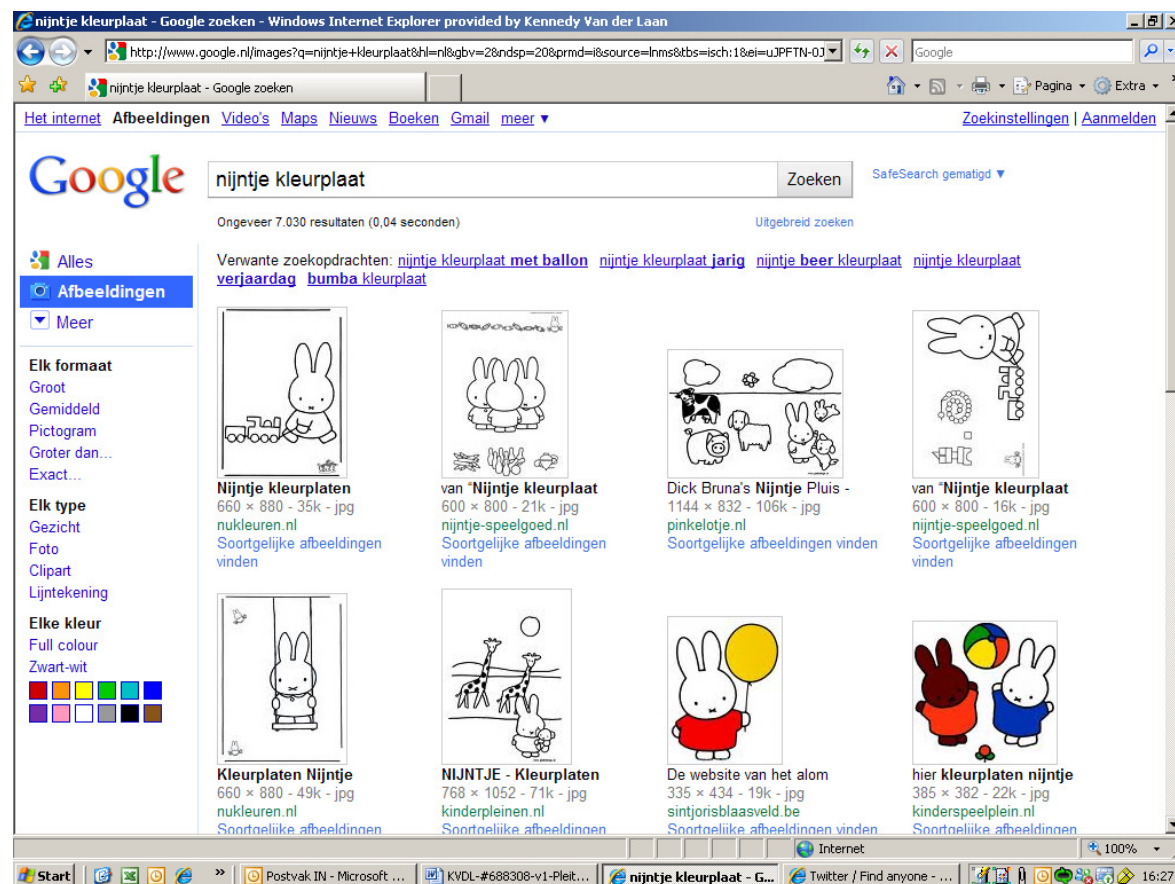
<sup>13</sup> HR 20 oktober 1995, *AMI* 1996, p. 51; *NJ* 1996, 682, m.nt. Spoor (*Dior/Evora*).

<sup>14</sup> *AMI* 2010/4, p 131-132, noot Prof. mr. D.J.G. Visser: *‘Ik zie niet in waarom het tamelijk absurde in verband brengen “met drugsgebruik en terrorisme” van plaatjes 1 en 7 nu zoveel ernstiger is dan de grove teksten bij plaatjes 2 t/m 6. En ik zie ook niet in waarom het merk van Dick Bruna op deze manier meer bescherming tegen parodie zou bieden dan het werk van Dick Bruna. Het lijkt me bepaald onwenselijk als het idee zou ontstaan dat kunstenaars zich door middel van merkregistraties zouden kunnen gaan verzetten tegen parodieën waar zij op grond van het auteursrecht, vanwege de parodie-exceptie geen bezwaar tegen kunnen maken.’*

<sup>15</sup> HvJEG 27 november 2008, *IER* 2009, nr. 7, *Intel*, r.o. 39.

<sup>16</sup> Vznr. Den Haag 15 december 2008, *IER* 2009, nr. 9, *G-Star/Pepsico*, ro. 4.10.

<sup>17</sup> De criteria van artikel 5 lid 2 Merkenrichtlijn waar het *Intel* arrest op zag, overlappen met die van artikel 5 lid 5 van de Merkenrichtlijn (grondslag voor artikel 2.20 lid 1 sub d BVIE). Het ligt dus voor de hand om deze Europese jurisprudentie over bekende merken als referentiepunt te nemen voor de beoordeling van de bewijslast onder de uitwerking van 5 lid 5. Dit is ook gebeurd in de uitspraak van de Rechtbank Leeuwarden van 29 april 2009, *Huis&Hypotheek/DSB*, *IEPT*20090429, r.o. 4.35 en 4.36.



2.16. Samenvattend zijn dit de relevante elementen voor de inbreukvraag.

- (a) De duidelijk humoristische bedoeling. Het humoristische van de Nijntje-parodieën is de tegenstelling tussen het kinderlijke, onschuldige karakter van Nijntje en de wereld van volwassenen, die bepaald niet onschuldig is, maar waar wordt gepest, waar drugs worden gebruikt, en waar aanslagen worden gepleegd.
- (b) De grap is juist dat Nijntje zo herkenbaar mogelijk wordt gebruikt, en dat alleen die elementen afwijken waarmee de grap wordt gemaakt. Daarom is het vroeger wel gebruikte criterium dat per definitie *afstand* van het origineel moet worden gehouden niet bruikbaar. Dit stelt Dirk Visser ook in zijn noot in AMI: “*Een knappe parodie kan juist bestaan uit een zeer geringe wijziging die een totale wijziging van de betekenis met zich brengt. Door het vliegtuigje voor het gebouw te plaatsen met daarbij de woordspeling ‘Nijn-eleven’, vind ik persoonlijk juist de enige wel enigszins geslaagde poging tot humor.*”
- (c) Er is geen enkel concurrentiemotief.

- (d) Er is geen enkel commercieel motief. Er wordt geen ongerechtvaardigd voordeel getrokken.
- (e) Er is geen enkele aanwijzing dat er ook maar één iemand in verwarring is geraakt. Verwarring is ook niet goed denkbaar, juist omdat de Nijntje-grappen op cruciale punten afwijken van het origineel en daardoor direct als grap herkenbaar zijn.
- (f) Er is geen enkele aanwijzing dat er sprake is van schade. De Nijntje-grappen stonden sinds 2006/2007 tot eind 2009 online, en Mercis heeft geen enkele onderbouwing dat daardoor enige schade is geleden. De parodieën waar Mercis in deze procedure tegen strijdt zijn nauwelijks bekeken, ze stonden op lastig vindbare websites die al jaren niet meer actief waren.
- (g) Beeldparodieën op internet zijn een maatschappelijke trend, die onschuldig is en die alle beroemdheden raakt, ook striphelden. Deze trend heeft geen bedoeling om schade te berokkenen, maar alleen om grappen te maken en maatschappelijke fenomenen in een humoristische context te plaatsen.

2.17. De conclusie hiervan is duidelijk. De Nijntje-plaatjes zijn parodieën die Mercis niet kan verbieden met een beroep op haar intellectuele eigendomsrechten.

### 3. Proceskosten

- 3.1. Punt.nl is een hosting provider. Zij maakt zélf geen inbreuk. De auteursrechtelijke en merkenrechtelijke vorderingen tegen Punt.nl zélf zullen moeten worden afgewezen. Sterker nog, ze zijn al afgewezen door de Rechtbank, en Mercis heeft daar geen grief tegen ingesteld. Dit betekent dat Mercis op basis van 1019h Rv in de proceskosten van Punt.nl moet worden veroordeeld voor wat betreft de discussie over inbreuk op intellectuele eigendomsrechten, ook wanneer Uw Hof zou oordelen dat Punt.nl als hosting provider de afbeeldingen van websites van haar klanten moet verwijderen omdat deze inbreuk maken<sup>18</sup>.
- 3.2. Mercis heeft geen opgave van proceskosten van Mercis overgelegd. Slechts een opgave van bestede tijd, maar zonder uurtarieven of totaalbedrag. Punt.nl betwist de hoogte van de door Mercis gevorderde kosten en de redelijkheid daarvan. Punt.nl kan slechts

<sup>18</sup> Vergelijk Voorzieningenrechter Rb. Den Haag, 5 januari 2007, LJN: AZ5678, KPN-Brein: 4.13. *KPN vraagt aandacht voor de lastige positie waarin zij komt te verkeren als zij gedwongen wordt op de stoel van de rechter te gaan zitten. Zij voelt zich tussen twee vuren zitten, dat van Stichting Brein en dat van haar abonnee. (...) 4.19. (...) Uitgaande derhalve van de toepasselijkheid van artikel 14 van de Handhavingsrichtlijn, verzet niettemin de billijkheid zich tegen veroordeling van KPN in de volledige proceskosten als door Stichting Brein gevorderd. Voor dit oordeel is van belang dat KPN niet zelf inbreuk op intellectuele eigendomsrechten maakt terwijl voorts de hiervoor onder 4.13 beschreven positie van KPN wordt meegewogen.*

zien dat de advocaten van Mercis bijna twee keer zoveel uren aan deze zaak hebben besteed als haar eigen advocaten, tegen zonder twijfel een hoger uurtarief.

#### 4. Conclusie

- 4.1. Punt.nl is een hosting provider. Hosting providers zijn wettelijk beschermd. De vorderingen van Mercis tegen Punt.nl moeten beoordeeld worden in het kader van artikel 6:196c lid 4 BW.
- 4.2. Punt.nl maakt zélf geen inbreuk op auteursrecht of merkenrecht. De primaire vordering van Mercis moet daarom worden afgewezen.
- 4.3. Alleen de subsidiaire vordering van Mercis is dan nog relevant: moet Punt.nl deze en andere Nijntje-grappen verwijderen zodra zij daar door Mercis op wordt gewezen?
- 4.4. Punt.nl is bereid evident onrechtmatige content te verwijderen bij door haar gehoste klanten. Maar de zeven voorliggende Nijntje-grappen zijn niet evident onrechtmatig. Er moet ruimte zijn om beeldgrappen te maken met *cartoon-characters* zoals Nijntje. Dit is een onschuldige maatschappelijke trend. Nijntje-grappen op internet hebben geen commercieel motief, en er is geen enkel gevaar voor verwarring, omdat meteen duidelijk is dat het een grap is. De vrijheid om grappen te maken en daarbij cartoon-figuren te parodiëren is vanuit maatschappelijk oogpunt belangrijk, en daarom moeten de vorderingen van Mercis worden afgewezen.