

ECLI:NL:GHAMS:2011:BS7825

Instantie	Gerechtshof Amsterdam
Datum uitspraak	13-09-2011
Datum publicatie	13-09-2011
Zaaknummer	200.054.943/01
Formele relaties	Eerste aanleg: ECLI:NL:RBAMS:2009:BK7383, Bekrachtiging/bevestiging
Rechtsgebieden	Civiel recht
Bijzondere kenmerken	Hoger beroep
Inhoudsindicatie	<p>Auteursrecht, persoonlijkheidsrecht, merkrecht, hosting provider. Kort geding: Parodieën waarin Nijntje wordt geassocieerd met seks, drugs en terrorisme niet zonder meer onrechtmatig. De begrenzing ligt in de redelijkheid en de regels van het maatschappelijk verkeer.</p> <p>Hoger beroep van LJN BK7383</p>
Vindplaatsen	<p>Rechtspraak.nl IER 2012/15 met annotatie van H.M.H. Speyart</p>

Uitspraak

GERECHTSHOF AMSTERDAM
VIERDE MEERVOUDIGE BURGERLIJKE KAMER

ARREST

in de zaak van:

1. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
MERCIS B.V.,
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,

t e g e n

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid PUNT.NL B.V.,
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 appellaten 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 appellaten verwijst het hof naar de desbetreffende memories.

3. Feiten

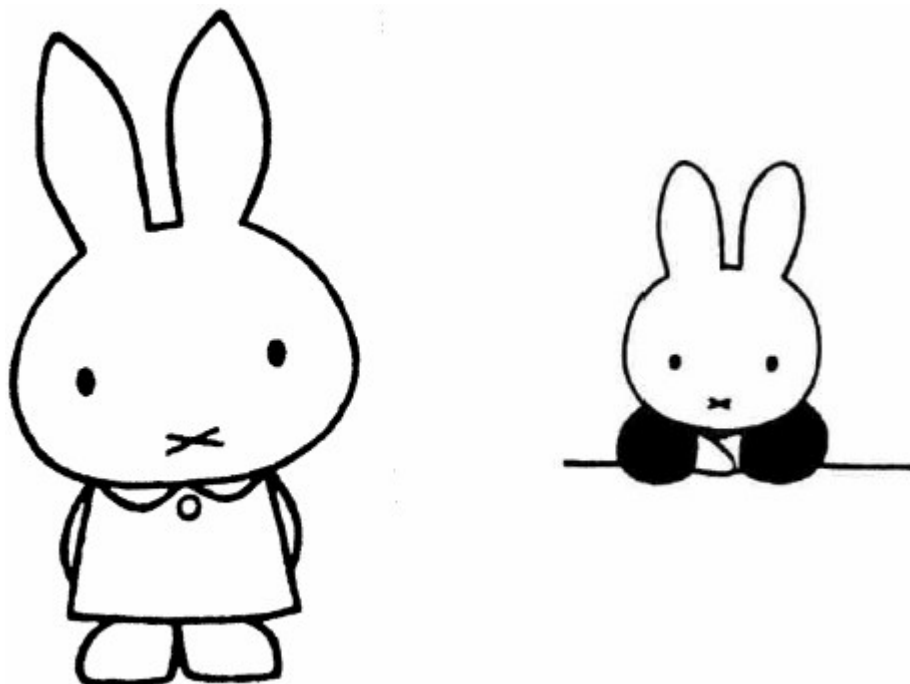
De voorzieningenrechter heeft in het bestreden vonnis onder 2.1 tot en met 2.4 een aantal feiten tot uitgangspunt genomen. Daarom bestaat tussen partijen geen geschil zodat ook het hof, met inachtneming van hetgeen partijen in aanvulling daarop in hoger beroep nog hebben opgemerkt, van die feiten zal 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 gebruiksvoorwerpen. De auteursrechten op deze werken heeft Bruna overgedragen aan Mercis. De persoonlijkheidsrechten berusten bij Bruna als maker.

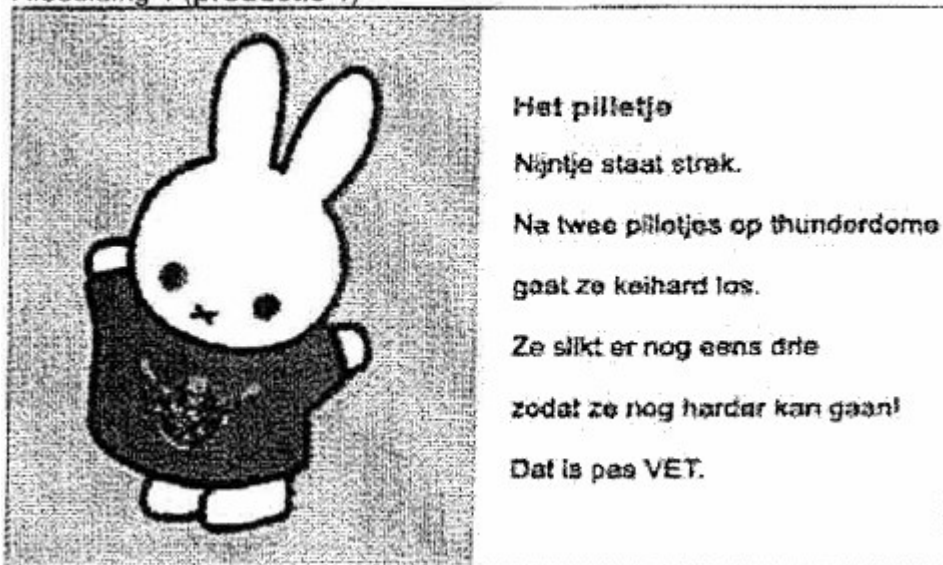
(b) Mercis is houdster van het Benelux woordmerk Nijntje, gedeponeerd op 23 augustus 1995 en ingeschreven onder nummer 0578407, en van twee hieronder afgebeelde Benelux beeldmerken, gedeponeerd op 23 augustus 1995 respectievelijk 5 juni 2003 en ingeschreven onder de nummers 0573738 respectievelijk 0738985.



(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:

Afbeelding 1 (productie 1)



tekst bij afbeelding 1:

Het pilletje

Nijntje staat strak.

Na twee pilletjes op thunderdome

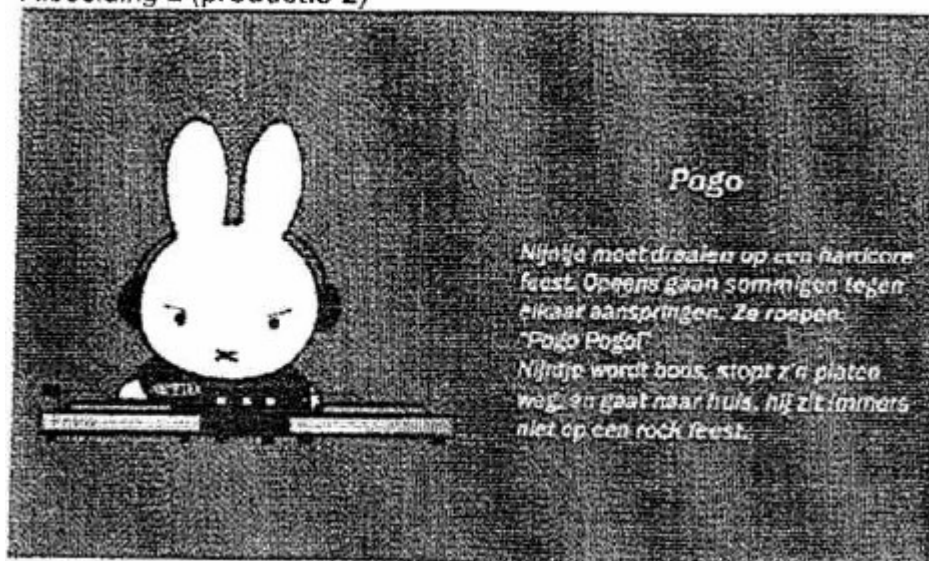
gaat ze keihard los.

Ze slikt er nog eens drie

zodat ze nog harder kan gaan!

Dat is pas VET.

Afbeelding 2 (productie 2)



tekst bij afbeelding 2:

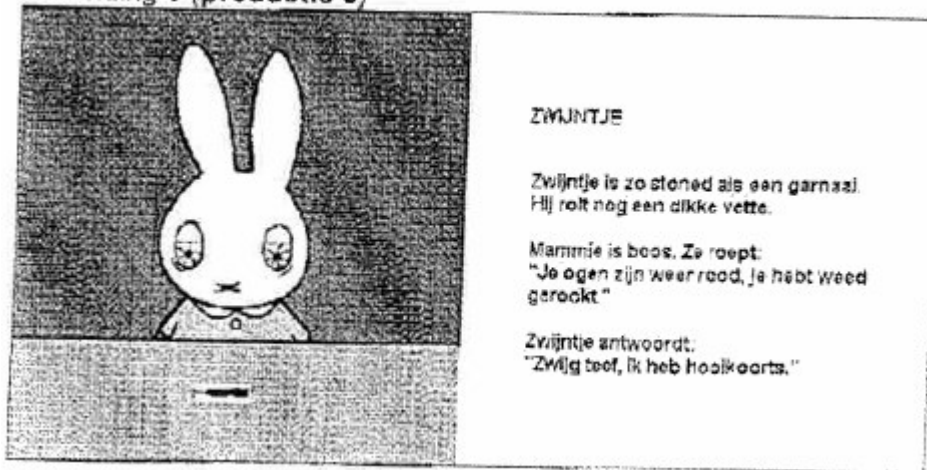
Pogo

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.

Afbeelding 3 (productie 3)



tekst bij afbeelding 3:

ZWIJNTJE

Zwijntje is zo stoned als een garnaal.

Hij rolt nog een dikke vette.

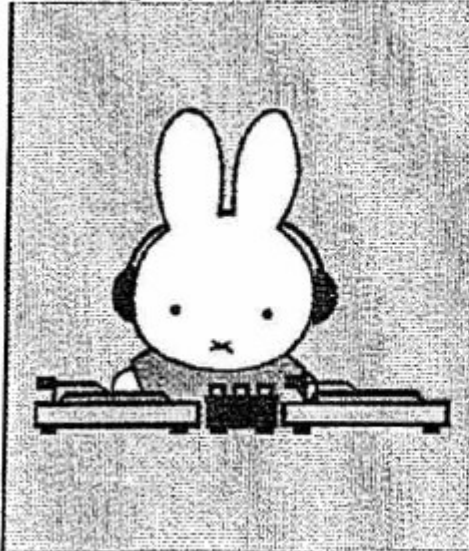
Mammie is boos. Ze roept:

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

Zwijntje antwoordt:

"Zwijg teef, ik heb hooikoorts."

Afbeelding 4 (productie 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 SL1200.
Iedereen is blij.
Tijs is een vieze trancenicht.

tekst bij afbeelding 4:

Het feest

Tijs is op het feest.

Daan ook.

Tijs draait er trance.

"Wat een herrie!" roept Daan

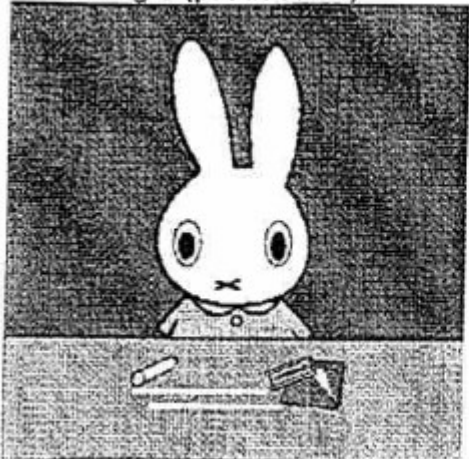
en hij geeft Tijs een duw.

Daan gooit een Dikke Hardcore
tune op de SL 1200.

Iedereen is blij.

Tijs is een vieze trancenicht.

Afbeelding 5 (productie 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 spel is.
Mammie is een mellow-teef.

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.

Afbeelding 6 (productie 6)
Uit de serie "zeer vage tijden van nijntje"

nijntje gaat hakkûh



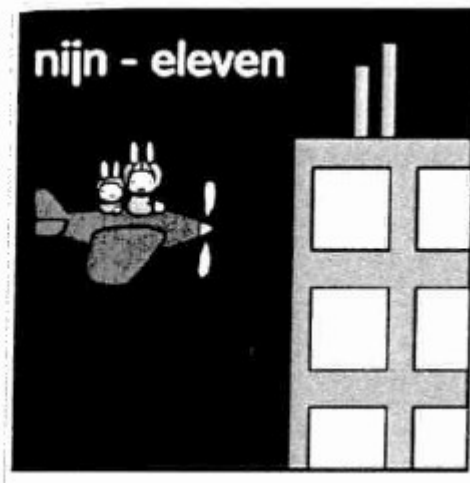
tekst bij afbeelding 6:

Uit de serie "zeer vage tijden van nijntje"

nijntje gaat hakkûh

Afbeelding 7 (productie 17)

nijn-eleven



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 "andreaskruis" 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 "andreaskruis" 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 verveelvoudiging 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 schrill 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 nabootsingen 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, overwegend 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 agressief.

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 driestappentoets 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 finesses 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 strakker 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 voorshands 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 appellens 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.

Dit arrest is gewezen door mrs. E.E. van Tuyl van Serooskerken-Röell, J.H. Huijzer en N. van Lingen en in het openbaar uitgesproken door de rolraadsheer op 13 september 2011.