

Nr. 07/13358

Zitting 13 februari 2009

Mr. D.W.F. Verkade

Conclusie

inzake

7-ELEVEN INC.

tegen

LAPRIOR NV

(niet verschenen)

1. Inleiding

1.1. Partijen zullen hierna doorgaans worden aangeduid als 7-Eleven enerzijds, en Laprior anderzijds.

1.2. In deze Antilliaanse zaak heeft het internationaal, maar niet in de Nederlandse Antillen opererende 7-Eleven zich (evenals in twee eerdere zaken tussen partijen) tevergeefs gekeerd tegen het gebruik van de handelsnaam '7 Alive' door Laprior op Sint Maarten.

1.3. Pas in hoger beroep heeft 7-Eleven zich beroepen op auteursrecht op haar merk; en pas bij pleidooi in hoger beroep op een haar krachtens art. 8 Auteursverordening 1913 toekomend auteursrecht.

Het hof is aan laatstbedoelde stellingname voorbij gegaan. Daarover klaagt het middel.

De (voor-)vraag is of het hof aan die stellingname – als tardief – voorbij mocht gaan.

2. Feiten en procesverloop

2.0. Aan rov. 2 van het vonnis van het Gerecht van Eerste Aanleg (zittingsplaats Sint Maarten) van 22 november 2005¹ (waarnaar het Hof van Justitie in zijn vonnis van 31 augustus 2007, blz. 2, onder 2, verwijst) kan het volgende ontleend worden.

¹ De kopregel op blz. 1 en op de volgende bladzijden van het vonnis vermeldt abusievelijk: 22 november 2003.

2.1. 7-Eleven is een Amerikaanse vennootschap die met name in de USA maar ook in vele andere landen – doch niet in de Nederlandse Antillen – haar ‘7-Eleven’ levensmiddelenzaken exploiteert.

2.2. In 1977 heeft 7-Eleven haar woord-/beeldmerk laten inschrijven bij het Benelux-Merkenbureau en in 1997 haar woordmerk bij het Bureau voor de Industriële Eigendom van de Nederlandse Antillen.

2.3. Vanaf 1988 tot eind 1992 heeft de voorganger van Laprior op Sint Maarten een supermarkt gedreven onder de namen 7 Alive Grocery en 7 Alive en daarbij woord-/beeldmerken gebruikt, waarin deze namen zijn verwerkt.

2.4. Op grond van een handhavingsdepot van 7-Eleven in 2001 zijn de inschrijvingen van haar woord-/beeldmerk en van haar woordmerk bij het Bureau voor de Industriële Eigendom van de Nederlandse Antillen gehandhaafd.

2.5. In een procedure, die eerder voor het Gerecht van Eerste Aanleg heeft gediend en die door 7-Eleven tegen de voorganger van Laprior was aangespannen, is bij vonnis van 21 augustus 2001 aan die voorganger verboden om de handelsnaam 7 Alive (Grocery) te gebruiken alsmede het bij deze handelsnaam gebruikte logo.

2.6. In het daartegen ingestelde hoger beroep is deze uitspraak op formele gronden (de supermarkt werd inmiddels door Laprior en niet meer door haar rechtsvoorganger gedreven) bij vonnis van het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba van 25 oktober 2002 vernietigd, en is 7-Eleven in haar vorderingen tegen die rechtsvoorganger niet-ontvankelijk verklaard.

2.7. 7-Eleven heeft dezelfde vordering vervolgens in 2003 in een kortgeding tegen Laprior ingesteld. Bij uitspraak van 17 oktober 2003 heeft het Gerecht in Eerste Aanleg in dit kortgeding de vordering van 7-Eleven afgewezen omdat – samengevat – een kortgeding niet de geëigende rechtsgang is voor de beoordeling van dit geschil tussen partijen.

3. Procesverloop

3.1. De onderhavige (bodem-)procedure is ingeleid met een op 8 december 2003 bij het Gerecht in Eerste Aanleg (hierna ook: GEA) ingediend verzoekschrift. Daarin heeft 7-Eleven gevorderd, samengevat om Laprior te verbieden de naam ‘7 Alive Grocery’ en/of ‘7 Alive’ en/of het logo ‘7 Alive’ en/of enig ander teken dat overeenstemt met de merken van 7-Eleven te gebruiken, alsmede om Laprior te bevelen om onmiddellijk de naam ‘7 Alive Grocery’ in het Handelsregister van de KvK van Sint Maarten door te halen, met nevenvorderingen.

3.2. Laprior voerde gemotiveerd verweer en verzocht in reconventie vervallenverklaring van de aan de door 7-Eleven ingeroepen merken ten grondslag liggende merkdepots.

3.3. Na verder debat en mondelinge behandeling, waarbij pleitnotities zijn overgelegd, wees het GEA op 22 november 2005² vonnis. Het Gerecht wees in conventie de vorderingen van 7-Eleven af omdat, kort samengevat, uitgegaan moest worden van het verval van de door 7-Eleven ingeroepen merken wegens niet normaal gebruik (rov. 5.1-5.3), deze merken niet kunnen gelden als algemeen bekende merken in de zin van art. 6bis lid 1 van het (Unie)-Verdrag van Parijs (rov. 5.4-5.5), en omdat van oneerlijk gebruik door Laprior van de handelsnamen '7 Alive Grocery' en '7 Alive' geen sprake is (rov. 5.6-5.7). In reconventie sprak het Gerecht de vervallenverklaring uit van 7-Eleven's merkinschrijvingen bij het Bureau voor de Industriële Eigendom van de Nederlandse Antillen onder de nrs. 10037 en 03330 en bepaalde dat deze inschrijvingen door dit bureau, na betekening door Laprior van het vonnis, worden doorgehaald. Zowel in conventie als in reconventie werd 7-Eleven in de kosten veroordeeld en werd het vonnis uitvoerbaar bij voorraad verklaard.

3.4. 7-Eleven is van het vonnis in beroep gegaan bij het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Ned. Antillen en Aruba. Zij voerde vier grieven aan, vulde gronden aan en verzocht het hof met vernietiging van het bestreden vonnis haar vorderingen alsnog toe te wijzen.

3.5. Laprior heeft het hoger beroep bestreden.

3.6. Na pleidooien op 2 februari 2007 heeft het hof bij vonnis van 31 augustus 2007 het bestreden vonnis bevestigd.

3.7. Bij ter griffie van de Hoge Raad op 30 november 2007 binnengekomen verzoekschrift – dus tijdig³ – heeft 7-Eleven beroep in cassatie ingesteld.

3.8. Hoewel daartoe behoorlijk opgeroepen, heeft Laprior in cassatie geen verweer gevoerd.

4. Beoordeling van het cassatiemiddel

4.A. Inleidende opmerkingen

4.1. Het hof heeft 7-Eleven's vier grieven tegen het vonnis van het GEA ongegrond verklaard. Daartegen richt het cassatieberoep zich *niet*. Het middel zich evenwel tegen de verworping door het hof van een door 7-Eleven in hoger beroep aangevoerde grondslag van haar vorderingen, en wel een *nadere auteursrechtelijke* grondslag.

² Vgl. voetnoot 1.

³ Ingevolge art. 4 van de Cassatieregeling is de termijn: drie maanden.

4.2. Bij memorie van grieven had 7-Eleven aan auteursrechtelijke bescherming van haar merken een onderdeel (III; nrs. 35-41) gewijd. Zij had – samengevat – gesteld dat haar merken moeten gelden als beschermde werken in de zin van de Berner Conventie en de Auteursverordening 1913.

4.3. Bij memorie van antwoord (onderdeel VI, nrs. 6.1 t/m 6.5.1) had Laprior deze grondslag bestreden. Laprior voerde – samengevat – aan:

- (6.1, onder 6.1.5-6.1.11): niet-ontvankelijkheid van het beroep op auteursrecht of falen daarvan, wegens ontbreken van een door 7-Eleven bij de uitoefening van het auteursrecht, van de uitoefening van het merkrecht te onderscheiden belang; Laprior verwees hierbij naar o.m. HR 6 februari 1998, NJ 1998, 569 m.nt. DWFV (BMW/Blok);

- (6.2, onder 6.2.1.-6.2.8): niet-ontvankelijkheid van het beroep op auteursrecht of falen daarvan omdat 7-Eleven ingevolge art. 2 lid 7 Berner Conventie in de Nederlandse Antillen geen beroep kan doen op een pretens auteursrecht op het 7-Eleven-logo;

- (6.3, onder 6.3.1.-6.3.3): niet-ontvankelijkheid van het beroep op auteursrecht of falen daarvan omdat 7-Eleven ingevolge art. 18 lid 1 Berner Conventie in de Nederlandse Antillen geen beroep kan doen op een pretens auteursrecht op het 7-Eleven-logo;

- (6.4, onder 6.4.1-6.4.2): afstuiten van het beroep op auteursrecht wegens rechtsverwerking, misbruik van recht en strijd met de goede trouw/redelijkheid en billijkheid;

- (6.5, mede onder 6.5.1): ontkenning dat 7-Eleven maker is van het 7-Eleven-logo, en ontkenning dat 7-Eleven rechtsopvolger van een eerdere auteursrechthebbende zou zijn.

4.4. Bij pleidooi in hoger beroep is namens 7-Eleven op de stellingen in Lapriors MvA gereageerd.

Voorts stelde 7-Eleven (pas) bij pleidooi, voor zover in cassatie van belang (pleitnotities, blz. 14, nr. 52):

‘[...] Vervolgens stelt artikel 8 [Auteursverordening 1913, *toevoeging A-G*] dat indien een vennootschap een werk als van haar afkomstig openbaar maakt zonder een natuurlijk persoon te noemen, als maker van het werk wordt aangemerkt. Op alle stukken die hier zijn overgelegd waarop het Beeldmerk (of het werk) staat afgebeeld staat de naam 7-Eleven Inc. danwel haar vroegere naam The Southland Corporation. Dus 7-Eleven is auteursrechthebbende op het Beeldmerk, behoudens het bewijs van het tegendeel dat Laprior niet heeft geleverd. Ten aanzien van Laprior’s vraag naar de “chain of title”: het gaat hier om een *naamswijziging*. [...].’

In nr. 58 van deze pleitnotities is namens 7-Eleven is een bewijstaanbod gedaan, inhoudend ‘dat 7-Eleven de maker en rechthebbende op het beeldmerk is, alhoewel 7-Eleven dit al voldoende heeft aangetoond en uitdrukkelijk de bewijslast van het omgekeerde bij Laprior ligt’.

4.5. In de overgelegde pleitnotities in hoger beroep namens Laprior (pp. 16-18, nrs. 20-27) zijn de door Laprior bij MvA ingenomen standpunten herhaald. Uit die pleitnotities blijkt (zoals ook voor de hand ligt) niet van een reactie van Laprior op het door 7-Eleven bij pleidooi in hoger beroep nieuw aangevoerde, onder 4.4 bedoelde punt.

4.6. Een proces-verbaal van de pleitzitting (waaruit zou kunnen blijken of Laprior - in welke zin dan ook, of niet - heeft gereageerd op het in nr. 4.4 genoemde door 7-Eleven daar nieuw aangevoerde punt, is door 7-Eleven niet overgelegd. Een proces-verbaal van de pleitzitting is ook niet te vinden in het van het hof ontvangen dossier.

4.7. Het hof heeft de verwerping van 7-Eleven's auteursrechtelijke grondslag gegrond op één (voor het hof reeds decisieve) schakel uit de ketting van Lapriors verweren, en wel de onder 4.3 in fine aangehaalde schakel (punt 6.5 van de MvA) ten aanzien van de vraag of 7-Eleven als maker c./q. auteursrechthebbende op het 7-Eleven-logo kan gelden. Het hof overwoog in rov. 11:

'Haar beroep op auteursrecht slaagt echter niet, reeds omdat onvoldoende gedocumenteerd is gesteld dat 7-Eleven als rechthebbende op het werk kan worden aangemerkt.'

4.B. De klacht

4.8. Met middel *klaagt* dat 's hofs oordeel rechtens onjuist is, nu het in het licht van art. 8 Auteursverordening 1913 (hierna ook: Aut.vo.) onjuiste eisen stelt aan de stelplicht voor de auteursrechthebbende, nu 7-Eleven een vennootschap is die een beroep heeft gedaan op de bewijsregel van art. 8, erop wijzend dat op alle in de procedure overgelegde stukken waarop haar beeldmerk staat afgebeeld, haar naam (dan wel haar vroegere naam) staat, en heeft geconcludeerd dat dus verzoekster rechthebbende⁴ op het beeldmerk is behoudens bewijs van het tegendeel dat Laprior niet heeft geleverd. Volgens het middel heeft het hof in ieder geval onvoldoende inzicht gegeven in zijn gedachtegang, nu niet wordt aangegeven in welk opzicht onvoldoende gedocumenteerd is gesteld dat 7-Eleven als rechthebbende op het werk kan worden aangemerkt.

4.9. Verderop, in hoofdstukje 4.E van deze conclusie, zal ik inhoudelijk ingaan op art. 8 Aut.vo. en 7-Eleven's beroep daarop. Eerst dient echter de (voor-)vraag aan de orde te komen of het hof de desbetreffende stelling van 7-Eleven (als tardief) buiten bespreking mocht laten. Als dat het geval is, komt de Hoge Raad aan nadere beoordeling van de inhoud van de cassatieklacht niet toe.

⁴ Het middel bedoelt klaarblijkelijk: *auteursrechthebbende*.

4.C. Primair: verwerping van het beroep in verband met tardieve stellingname bij pleidooi

4.10. Zoals hierboven bleek, heeft 7-Eleven zich pas in een laat stadium (bij MvG) op auteursrecht op haar merk beroepen. Tegen deze nieuwe grondslag ter vernietiging van het aan-gevallen vonnis bij (tijdige) MvG kan overigens geen bezwaar bestaan. Zoals in nr. 4.3 bleek, heeft Laprior bij MvA daartegen een aantal (typen) verweren naar voren gebracht. Eén daarvan was (sub 6.5-6.5.1) de ontkenning dat 7-Eleven maker is van het 7-Eleven-logo, respectievelijk de ontkenning dat 7-Eleven rechtsopvolger van een eerdere auteursrechthebbende zou zijn.

4.11. Het is dit verweer dat het hof – met voorbijgaan aan Lapriors andere verweren – in rov. 11 heeft gehonoreerd.

Het hof geen overweging gewijd aan het beroep dat 7-Eleven bij *pleidooi bij het hof* nog op art. 8 Aut.vo. heeft gedaan (vgl. nr. 4.4).

4.12. 7-Eleven heeft dit beroep op art. 8 Aut.vo. in een *bijzonder* laat stadium van de procedure gedaan. Naar mijn mening kon het hof daaraan dan ook – zonder dat dit een daartoe strekkende expliciete motivering behoefde – voorbij gaan, omdat Laprior niet erin heeft toegestemd dat deze stelling alsnog in de rechtsstrijd betrokken mocht worden. Laprior heeft zich bij pleidooi reeds bij voorbaat verzet tegen het aanvoeren van nieuwe juridische en feitelijke gronden door 7-Eleven (pleitnotities onder punt 5), en heeft het hof nadrukkelijk verzocht geen acht te slaan op nieuwe stellingen en grondslagen (punt 7 van de pleitnotities). Uit niets blijkt dat Laprior bij gelegenheid van het pleidooi is ingegaan op het door 7-Eleven gedane beroep op art. 8 Aut.vo.⁵

Hierbij is in aanmerking te nemen dat het hof - impliciet - kon oordelen dat de tegenpartij op deze bij pleidooi naar voren gebrachte stelling niet meer voldoende heeft kunnen reageren (art. 8 Aut.vo. is, net als art. 8 Aw in Nederland bepaald geen alledaags artikel), respectievelijk dat de stellingen aanleiding gaven tot nader debat, waarvoor in dit stadium van het geding geen plaats meer was (te denken valt bijv. aan de vraag of 7-Eleven wel dezelfde rechtspersoon was als de originair openbaarmakende vennootschap The Southland Corporation, alsmede de internationaalprivaatrechtelijke status van art. 8 Aut.vo.).

Ik werk deze processuele kwestie als volgt uit (nrs. 4.13-4.30).

4.13. Gezegd wordt dat de regeling van het hoger beroep in het Antilliaanse procesrecht zich kenmerkt door eenvoud en snelheid⁶. Eén van de meest in het oog springende verschillen met

⁵ Vgl. nr. 4.6.

⁶ Zie over het sinds 1 augustus 2005 vigerende nieuwe Antilliaanse procesrecht (in hoger beroep) o.m.: H.E. Ras, A. Hammerstein en G.C.C. Lewin, *De grenzen van de rechtsstrijd in hoger beroep in burgerlijke zaken in de Nederlandse Antillen en Aruba* (2008), p. 27-28; J. de Boer, *Burgerlijke*

het Nederlandse systeem is in art. 271 RvNA neergelegd, inhoudende dat de appellant *bevoegd* is binnen zes weken na de verklaring waarbij hoger beroep wordt ingesteld een memorie, houdende de middelen waarop het hoger beroep gegrond is, in te dienen⁷. Grieven mogen worden aangevoerd, maar zij zijn niet verplicht⁸. Bij gebreke van grieven voert de Antilliaanse hoger-beroepsrechter zelfstandig een herbeoordeling uit van het oordeel waartoe de rechter in eerste aanleg is gekomen. Zonder (tijdige) grieven of ook buiten de wél (tijdige) grieven om, kan de Antilliaanse hoger-beroepsrechter ten gunste van de appellant een uitspraak vernietigen⁹. Daarmee is – naar blijken zal – evenwel niet gezegd is dat dit ook (steeds) zou *moeten*, als de appelrechter een of meer fouten in het beroepen vonnis constateert.

4.14. In de onderhavige zaak heeft 7-Eleven tijdig een aantal grieven aangedragen in een memorie. Daarna heeft zij, bij pleidooi, de genoemde ‘art. 8 Aut.vo-positie’ betrokken.

Het beroep van 7-Eleven op art. 8 Aut.vo valt aan te merken als een nieuwe grief, nu het een grond betreft die 7-Eleven heeft aangevoerd ten betoge dat de bestreden uitspraak behoort te worden vernietigd¹⁰. 7-Eleven heeft deze nieuwe grief aangevoerd in een geding dat voorafgegaan is door andere procedures tussen partijen, terwijl in de onderhavige procedure een aanmerkelijke hoeveelheid (deels omvangrijke) stukken is gewisseld en in hoger beroep eerder, tijdig, bij memorie grieven zijn aangevoerd en gronden zijn aangevuld.

4.15. In een geval waarin een memorie van grieven ontbrak omdat zij te laat was ingediend, kwam de vraag of de inhoud van de pleitnotitie (met klachten) door het Gemeenschappelijk

Rechtsvordering in de West, NJB 2005, p. 1980-1984; A.I.M. van Mierlo, *Procederen in de West*, WPNR 6642 (2005), p. 855-862. Zie voorts, recent, Bakels/Hammerstein/Wesseling-Van Gent, *Hoger beroep* (2009), nr. 97, p. 92-94. Oudere publicaties: W.D.H. Asser, in (M.A. Loth c.s. (red.)), *Hoofdstukken Nederlands-Antilliaans en Arubaans recht* (2003), p. 434-439; M.M.M. Tillema, *Hoger beroep en cassatie in Antilliaanse en Arubaanse civiele zaken*, TAR 2003, p. 242-255; M.R.B. Gorsira, *Ontwikkelingen in het burgerlijk procesrecht*, TAR 2000, p. 294-315; A.I.M. van Mierlo, G.J. Meijer en F.M. Beijer, *Inleiding Nederlands-Antilliaans en Arubaans burgerlijk procesrecht* (2000), p. 84-88; W.D.H. Asser, *Een civiele en flexibele procesorde onder de zon*, WPNR 6536 (1999), blz. 345-350; W.D.H. Asser, in (P.J. Duinkerken en M.A. Loth (red.)), *Inleiding tot het Nederland Antilliaans recht*, 1997, p. 455-459; E.R. de Vries, *Recht op pleidooi in het Antilliaans appel*, TAR 1997, p. 298-303; M.M.M. Tillema en R.P.J.L. Tjittes, *Hoger beroep en cassatie in Antilliaanse en Arubaanse civiele zaken*, TAR 1993, p. 85-97.

⁷ Blijkens de MvT was aanvankelijk voorgesteld om in art. 271 RvNA de appellant te verplichten bij memorie de gronden van het hoger beroep voor te dragen. Dit heeft geen doorgang gevonden.

⁸ Vgl. art. 271 RvNA en Ras/Hammerstein/Lewin, a.w. (2008), p. 27. Lewin spreekt op p. 27-28 over een ‘afgezwakt grievenstelsel’.

⁹ Vgl. art. 281a RvNA en Ras/Hammerstein/Lewin, a.w. (2008), nr. 16, p. 27-28. Vgl. ook nr. 28c, laatste alinea (p. 43).

¹⁰ Vgl. HR 5 december 2003, NJ 2004, 76, rov. 3.4.1 (JBPr 2004, 18 m.nt. M.A.G.J. Janssen); HR 3 februari 2006, NJ 2006, 120, rov. 4.3.; HR 22 juni 2007, NJ 2007, 344 (JBPr 2008, 3 m.nt. B.T.M. van der Wiel).

Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba in zijn oordeel moet worden betrokken, aan de orde in de Arubaanse zaak HR 23 februari 2007, NJ 2007, 133, rov. 3.4.2:

‘[...] Door het hoger beroep was de zaak in beginsel in volle omvang aan het oordeel van het hof als appelrechter onderworpen en diende het hof, ook bij gebreke van een memorie van grieven, in zijn beoordeling te betrekken hetgeen Manoth [eiser in eerste aanleg en appellant, A-G] bij gelegenheid van zijn pleidooi naar voren had gebracht om door hem in eerste aanleg aangevoerde stellingen en weren toe te lichten, te verbeteren en aan te vullen, waarbij het hof rekening mocht houden met door Manoth nieuw aangevoerde feiten die Arts had erkend dan wel in hun rechtsstrijd had aanvaard (vgl. HR 10 november 2000, R99/060HR, NJ 2001, 301). [...]’

In dat arrest van 10 november 2000¹¹, had de Hoge Raad overwogen:

‘Hoewel het pleidooi of de pleitnota in dit geval¹² niet kan dienen als een toelichting op de grieven, moet de appellant gelegenheid worden gegeven de door hem in eerste aanleg aangevoerde stellingen en weren toe te lichten, te verbeteren en aan te vullen met inachtneming van de daarvoor geldende wettelijke bepalingen. Met nieuwe, voor het eerst bij pleidooi aangevoerde feiten mag de rechter rekening houden als de wederpartij deze feiten erkent of aanvaardt dat deze feiten in de rechtsstrijd worden betrokken. Ingeval de wederpartij dit niet aanvaardt, kan de rechter deze feiten terzijde laten op grond dat de wederpartij daarop niet meer voldoende heeft kunnen reageren.’

4.16. Lewin leidt uit deze uitspraken van HR 10 november 2000 en HR 23 februari 2007 af dat ten aanzien van nieuwe grieven bij pleidooi binnen de Antillen en Aruba eenzelfde regime geldt als voor nieuwe feiten en weren:

‘Mijns inziens geldt dat indien wel tijdig een memorie van grieven is ingediend, de appellant bij pleidooi nieuwe grieven mag toevoegen en de eerder door hem aangevoerde stellingen en weren ook buiten de grieven om mag toelichten, verbeteren en aanvullen, met inachtneming van hetgeen de hiervoor [...] weergegeven overweging van de Hoge Raad bepaalt over nieuwe feiten.’^{13,14}

De in Nederland geldende ‘in beginsel strakke regel’ voor het aanvoeren van grieven – waarover ik nog kom te spreken – geldt volgens Lewin (dus) niét overzee. Ik merk nu reeds op dat de vraag of de ‘in beginsel strakke regel’ (misschien) ook in de Nederlandse Antillen en Aruba geldt (in een geval waarin wél een memorie van grieven is genomen), geen beantwoording heeft gevonden in rechtspraak van de Hoge Raad. Ook Lewin schrijft dat de Hoge Raad zich daarover (nog) niet heeft uitgesproken¹⁵.

¹¹ Dit betrof de Antilliaanse zaak Pitt/Van Frederici: NJ 2001, 301 m.nt. HJS.

¹² De Hoge Raad doelt op het geval dat geen tijdige memorie van grieven was ingediend.

¹³ Bedoeld is het zojuist aangehaalde citaat uit HR 10 november 2000, NJ 2001, 301.

¹⁴ Ras/Hammerstein/Lewin, a.w. (2008), nr. 28a, p. 42-43. Sniijders lijkt in zijn annotatie (zie voetnoot 11) een stap verder te gaan met de mening dat de rechter die de bij pleidooi opgeworpen nieuwe grieven buiten behandeling laat, niet behoeft te motiveren waarom hij tot dat oordeel is gekomen.

¹⁵ Ras/Hammerstein/Lewin, a.w. (2008), nr. 28a, *in fine*.

Anderzijds geldt (ten minste) wél de in nr. 4.15 uit de arresten van 2000 en 2007 aangehaalde begrenzing.

4.17. Als aangekondigd, plaats ik nu eerst (in nrs. 4.18-4.20) enige opmerkingen naar Nederlands recht over de ‘in beginsel strakke regel’ en verwante kwesties.

4.18. De Nederlandse ‘in beginsel strakke regel’ houdt in dat niet kan worden aanvaard dat de rechter let op grieven die eerst bij pleidooi in hoger beroep zijn aangevoerd, tenzij de wederpartij ondubbelzinnig erin heeft toegestemd dat de desbetreffende grief alsnog in de rechtsstrijd moet worden betrokken¹⁶.

Betrekkelijk recent overwoog de Hoge Raad in zijn arrest van 20 juni 2008, nr. C06/187, NJ 2009, 21 m.nt. Ma en HJS, LJV BC4959 in de – Nederlandse – zaak Willemsen/NOM:

‘4.2.2 De door de Hoge Raad als juist aanvaarde ruime uitleg van het begrip grief hangt samen met de bepaling van art. 347 lid 1 Rv. [Ned., A-G], dat in hoger beroep slechts een conclusie van eis en een conclusie van antwoord worden genomen, welke regel beoogt het debat in hoger beroep te beperken. Deze regel brengt mee dat de geïntimeerde bij het inrichten van zijn verweer in beginsel ervan mag uitgaan dat de omvang van de rechtsstrijd in appel door de conclusie van eis is vastgelegd en geen rekening ermee hoeft te houden dat zijn verweer tot nieuwe grieven aanleiding kan geven. Daaruit volgt dat de rechter in beginsel niet behoort te letten op grieven die in een later stadium dan de conclusie van eis, dan wel (in het geval van een incidenteel appel) de conclusie van antwoord worden aangevoerd.

4.2.3 Dit stelsel hangt samen met het feit dat het debat in hoger beroep voortbouwt op hetgeen in eerste aanleg is geschied en in zoverre ten opzichte van de eerste aanleg als voortgezette instantie heeft te gelden. In het belang van de concentratie van het debat en van een spoedige afdoening van het geschil, mag in dit licht van appellant in beginsel worden verlangd dat hij in zijn conclusie van eis (memorie van grieven) aanstonds niet alleen al zijn bezwaren tegen de beslissingen van de lagere rechter aanvoert, maar ook nieuwe feiten of stellingen naar voren brengt waarop hij zich in appel mede wenst te beroepen.

4.2.4 Het vorenstaande betekent mede dat de in art. 347 lid 1 Rv. besloten twee-conclusieregel ook de – ingevolge art. 130 lid 1 in verbinding met art. 352 lid 1 Rv. – aan de oorspronkelijke eiser toekomende bevoegdheid tot verandering of vermeerdering van zijn eis, in hoger beroep beperkt in die zin dat hij in beginsel zijn eis slechts kan veranderen of vermeerderen niet later dan in zijn memorie van grieven of van antwoord. Dit geldt ook als de vermeerdering van eis slechts betrekking heeft op de grondslag van hetgeen ter toelichting van de vordering door de oorspronkelijk eiser is gesteld.’

Daarmee is de Nederlandse ‘in beginsel strakke regel’ nog strakker aangetrokken¹⁷.

4.19. Of de rechter in Nederland *zonder motivering* aan een nieuwe grief bij pleidooi voorbij kan gaan is afhankelijk van het processuele debat, met name de opstelling van de wederpartij.

¹⁶ HR 29 september 1995, NJ 1996, 88.

¹⁷ Vgl. Hovens, *Kroniek appelrecht*, TCR 2008/4, p. 135 e.v. en de noot van Snijders onder het arrest. Vgl. ook Bakels/Hammerstein/Wesseling-Van Gent, *Hoger beroep* (2009), nr. 162, op p. 143.

De wederpartij die inhoudelijk ingaat op een voor het eerst bij pleidooi in hoger beroep aangevoerde grief zonder bezwaar te maken tegen het tijdstip waarop deze is opgeworpen, stemt ondubbelzinnig erin toe dat de grief alsnog in de rechtsstrijd wordt betrokken¹⁸. Is de rechter in dát geval zijnerzijds van oordeel dat de nieuwe grief niet voor beoordeling in aanmerking behoort te komen, dan moet hij motiveren waarom de nieuwe grond niet meer aan de orde kan komen¹⁹, bijvoorbeeld omdat de rechter van oordeel is dat de nieuwe grond noopt tot een nader onderzoek waarvoor in dat stadium van het geding geen plaats meer is.

Is geen sprake van instemming om de nieuwe bij pleidooi opgeworpen grond als onderdeel van de rechtsstrijd te aanvaarden, dan dient de rechter aan die nieuwe grief voorbij te gaan²⁰, en kan hij dat dus zonder enige motivering doen.

4.20. Op de ‘in beginsel strakke regel’ zijn uitzonderingen aanvaard. De aard van het geschil kan rechtvaardigen dat een voor het eerst in pleidooi opgeworpen grief wél – zonder toestemming van de wederpartij – in het hoger beroep wordt betrokken²¹. Van een zodanige aard van het geschil is in de onderhavige (handels-)zaak 7-Eleven/Laprior m.i. geen sprake.

4.21. Ik keer terug naar het Antilliaanse recht en naar de onderhavige zaak (waarin ik in het vorige nr. al een voorschot heb genomen).

4.22. Hoewel het RvNA geen equivalent kent van art. 347 lid 1 Rv (Ned.), geldt ook in het Antilliaanse hoger beroep een (maximaal) ‘twee-conclusie-situatie’, met dien verstande dat – zoals gezegd – in de Antilliaanse appelprocedure grieven geheel kunnen ontbreken, en zich een ‘geen enkele conclusie-situatie’ voordoet. In het geval dat de Antilliaanse appellante heeft afgezien van een memorie van grieven, of daarmee te laat was, komt in het hoger-beroepstelsel van het RvNA de ‘in beginsel strakke regel’ als zodanig dus niet in beeld.

4.23. Zou de Hoge Raad de Nederlandse ‘in beginsel strakke regel’ voor het Antilliaanse procesrecht wél kunnen aannemen in een zaak waarin wél (tijdig) bij memorie, grieven naar voren zijn gebracht? Het is in 2000 verdedigd door A-G Bakels²². De Hoge Raad liet een oor-

¹⁸ HR 15 oktober 1999, NJ 2000, 21 m.nt. PAS.

¹⁹ HR 23 september 2005, NJ 2006, 471.

²⁰ HR 19 oktober 1990, NJ 1991, 607 m.nt. HJS; HR 29 september 1995, NJ 1996, 88; (zeer expliciet) HR 22 juni 2006, NJ 2007, 344, rov. 3.7 (JBPr 2008, 3 m.nt. B.T.M. van der Wiel).

²¹ Vgl. Ras/Hammerstein, De grenzen van de rechtsstrijd in hoger beroep in burgerlijke zaken (2004), p. 39-40 en Snijders/Wendels, Civiel appel (2003), p. 186-187 met verwijzing naar o.m. HR 8 februari 1991, NJ 1992, 406 (art. 67 Fw) en HR 26 april 1991, NJ 1992, 407 m.nt. JBMV (alimentatie). Zie voorts: HR 6 januari 2006, nr. C04/233, NJ 2007, 35 (modaliteiten dwangsom).

²² Conclusie vóór HR 20 oktober 2000, NJ 2002, 436 m.nt. WMK (een Arubaanse zaak) onder 2.19: ‘Bedient een appellante, zoals in de onderhavige zaak, zich echter wél van een memorie van grieven, dan geldt ook voor hem de in het Nederlands procesrecht tot ontwikkeling gekomen regel dat, gelet op het twee-conclusies-stelsel, alle grieven tegen het bestreden vonnis in de memorie van grieven

deel over de vraag óf de appellant in casu alsnog grieven had kunnen aanvoeren in het midden, door (in rov. 3.6) de inhoudelijke kant van een klacht over een door het hof niet beoordeelde grief voorop stellen en de klacht aldus te verwerpen, waarna de Hoge Raad op de ‘niet-behandelings-klacht’ niet meer inging.

4.24. Naar mijn mening sluit de tekst van titel 7 RvNA adoptie van de ‘in beginsel strakke regel’ in het geval waarin de appellant een memorie van grieven heeft genomen, niet uit. Wél volgt uit de tekst van art. 281a (‘Het hof kan, indien *terzake*²³ geen middel is voorgesteld, ambtshalve recht doen’), dat de RvNA-wetgever ervan uitgegaan is dat het Hof óók in het geval dat wél één of meer grieven bij (tijdige) memorie naar voren zijn gebracht, toch op een *andere* grond kan vernietigen²⁴.

Onder deze omstandigheden ligt het aanvaarden van de ‘in beginsel strakke regel’ voor de Nederlandse Antillen (en Aruba) minder voor de hand. Er ‘wringt’ m.i. iets indien aanvaarding van die regel, gegeven nu eenmaal de faciliteit van hoger beroep zonder verplichte grieven, justitiabelen aanleiding zou kunnen geven om liever op het hof als appelrechter dan op een eigen advocaat te vertrouwen, als men zich door het wél (tijdig) indienen van (enige) grieven zonder meer de kans ontnemt om na de memorie van grieven bij pleidooi nog met een grief te komen. Ook ‘wringt’ er iets, als de beroepsrechter vanwege de ‘in beginsel strakke regel’ een nadere grief bij pleidooi als tardief moet afwijzen, en vervolgens toch, ‘ambtshalve’, op (nu juist) inhoudelijk hetzelfde punt de uitspraak vernietigt.

Voor het overige gelden m.i. voor de andere Koninkrijksdelen dezelfde pro- en contraargumenten voor en tegen de ‘in beginsel strakke regel’ als in Nederland golden en gelden.

4.25. Ook als voor de Koninkrijksdelen overzee de ‘in beginsel strakke regel’ wordt afgewezen, betekent dat echter niet dat een pas bij pleidooi naar voren gebrachte (nieuwe) grief ‘dus’ *steeds* in de beoordeling zou moeten worden betrokken.

Dan blijft immers overeind het onder 4.15-4.16 geschetste systeem, waarbij de toelaatbaarheid van de (nieuwe) grief, op basis van de eisen van een goede procesorde in hoger beroep, beoordeeld wordt op de voet van de toelaatbaarheid voor nieuwe feiten en wettelijke veranderingen bij pleidooi. Het hangt er dan vanaf of de wederpartij aanvaardt dat de nieuwe grieven, waarmee veelal nieuwe feitelijke grondslagen verbonden zullen zijn²⁵, in de rechtsstrijd worden betrokken,

dienden te worden aangevoerd opdat geïntimeerde weet waartegen hij zich heeft te verdedigen en het de appelrechter duidelijk is waarop hij dient te beslissen. Op grieven die in een later stadium alsnog worden aangevoerd behoeft de appelrechter – uitzonderingen, die zich in dit geding niet voordoen daargelaten – niet in te gaan.’

²³ Cursivering toegevoegd.

²⁴ Zie over de keerzijde van art. 281a nog nr. 4.27 in fine.

²⁵ Vgl. Ras/Hammerstein/Lewin, a.w. (2008), nrs. 30a-31, p. 44-46. Vgl. ter illustratie ook de inzet van HR 22 juni 2007, nr. C06/078, NJ 2007, 344, LJN BA3032 (JBPr. 2008, 3 m.nt. B.T.M. van der Wiel).

terwijl de rechter, ingeval de wederpartij dit niet aanvaardt, deze nieuwe feiten respectievelijk grieven terzijde kan laten op de grond dat de wederpartij daarop niet meer voldoende heeft kunnen reageren, of dat de stellingen aanleiding gaven tot nader debat, waarvoor in dit stadium van het geding geen plaats meer is.²⁶

4.26. Zoals in nr. 4.12 reeds is vermeld, is in de onderhavige zaak 7-Eleven/Laprior van aanvaarding geen sprake; integendeel. Aan dit aspect behoef ik in deze conclusie dus geen verdere woorden te wijden.

4.27. Over het aspect ‘dat de wederpartij daarop niet meer voldoende heeft kunnen reageren, of dat de stellingen aanleiding gaven tot nader debat, waarvoor in dit stadium van het geding geen plaats meer is’ merk ik het volgende op.

De beoordeling van de vraag of daarvan in het gegeven geval sprake is, is, gelet op de verbondenheid met de feitelijke (processuele) omstandigheden van het geval, naar mijn mening voorbehouden aan de feitelijke waardering van het hof. Bij aanwezig geachte onvoldoende gelegenheid om te kunnen reageren – zou het hof een tussenvonnissen zou kunnen wijzen, waarbij gelegenheid zou worden gegeven voor een reactie op een later tijdstip. Puur *logisch/logistiek* gezien, *kán* dit laatste natuurlijk. De vraag of het *moét*, valt m.i. (vrijwel) samen met de uiteraard *normatieve* vraag of in dit stadium van het geding voor nader debat nog plaats is. Hier strijden tegengestelde belangen en waarden om de voorrang, vergelijkbaar met de pro’s en contra’s van de Nederlandse ‘in beginsel strakke regel’.

Aansluitend bij de gangbare rechtspraak over ‘nieuwe feiten bij pleidooi’ – hetgeen in de hier besproken Antilliaanse context mede zou gelden voor nieuwe grieven bij pleidooi – ligt het, als gezegd, voor de hand, dat de cassatierechter het laatste inhoudelijk-toetsende woord hieromtrent overlaat aan de (appel)-feitenrechter²⁷, behoudens begrijpelijkheidscontrole.

Bij het vorenstaande acht ik, in de Antilliaanse context, ten slotte niet zonder betekenis dat aan art. 281a van het (nieuwe) RvNA (‘Het hof kan, indien terzake geen middel is voorgesteld, ambtshalve recht doen’) mede de – spiegelbeeldige – betekenis wordt toegekend dat het hof vernietiging ook *achterwege kan laten*. De MvT heeft in dit verband verwezen naar een uitspraak van het Gemeenschappelijk Hof van 3 april 2001, waarin werd overwogen:

‘Mede gelet op de kennelijk achtergrond van de ambtshalve toetsing in hoger beroep, komt aan het hof een zekere discretionaire bevoegdheid toe om in gevallen waarin, indien door de appellante wél een desbetreffende grief was voorgedragen, vernietiging zou zijn geboden, ambtshalve niet tot vernietiging over te gaan. Redenen van opportuniteit mogen meespelen.

²⁶ Vgl. ook Bakels/Hammerstein/Wesseling-Van Gent, Hoger beroep (2009), nr. 162, p. 142-143 die in dit verband ook het arrest Willemsen/NOM (zie hierboven nr. 4.18) van betekenis achten, en voorts Vee-gens/Korthals Altes/Groen, Cassatie (2005), nr. 122, p. 273.

²⁷ In Ras/Hammerstein/Lewin, a.w. (2008), nr. 31, p. 45-46 lees ik mij aansprekende parameters die het Antilliaanse hof (als feitenrechter) hierbij tot gezichtspunt zou kunnen nemen.

In het bijzonder is van belang of het resultaat waartoe de eerste rechter is gekomen, in de gegeven omstandigheden praktisch of anderszins redelijk is.²⁸

4.28. In casu was het hof kennelijk van oordeel dat voor een verlenging van de debat in appel in verband met 7-Eleven's nieuwe stelling/grief bij pleidooi géén plaats meer was. Uitgaande van hetgeen in de nrs. 4.16 en 4.27 is verwoord, heeft het hof met dit oordeel geen rechtsregel geschonden.

4.29. Ik onderken dat het hof zijn kennelijke oordeel niet expliciet heeft gemotiveerd. In het hier tot uitgangspunt genomen regime waarbij de toelaatbaarheid van nieuwe grieven bij pleidooi in Antilliaanse zaken beoordeeld zouden worden op de voet van de beoordeling van de toelaatbaarheid van nieuwe feiten en wren bij pleidooi, dient de ontoelaatbaarheid gemotiveerd te worden ingevolge HR 6 april 1979, NJ 1980, 34 m.nt. CJHB (Kleuterschool Babel; rov. 7).

Latere rechtspraak van de Hoge Raad laat evenwel zien, dat de motivering van een hof hieromtrent ook zonder *expliciete* motivering in de uitspraak aanwezig kan worden geacht (erin besloten liggend). Ik wijs in dit verband op:

- HR 13 juni 1986, NJ 1987, 680 m.nt. CS (Antillenzaak), rov. 3: '(...) Het hof heeft zijn beslissing dat het verweer in dit late stadium van de procedure ontoelaatbaar was, kennelijk hierop gegrond dat de beoordeling van dit verweer een nader feitelijk onderzoek zou vergen, waarvoor in verband met de eisen van een goede procesorde geen plaats meer was.'

- HR 27 september 1991, NJ 1991, 801, rov. 3.2 (m.b.t. onderdeel 4): '(...) De bij pleidooi door G. gelanceerde stelling gaf klaarblijkelijk volgens het hof aan de rechtsstrijd tussen partijen een zodanige nieuwe wending dat het heeft gemeend daarop in dat stadium van het geding geen acht meer te kunnen slaan. Dat oordeel geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is, verweven als het is met 's hofs waardering van de processuele houding van partijen, in cassatie niet op juistheid te toetsen. Onbegrijpelijk is het niet.'

- HR 29 september 1995, NJ 1996, 104, rov. 3.3.2: 'Het hof heeft kennelijk geoordeeld dat de wijze van procederen van M. in strijd is met een goede procesorde, omdat de door haar eerst bij pleidooi in appel gestelde feiten een nader onderzoek nodig zouden maken, waarvoor het geding in dit stadium geen gelegenheid meer bood.'

- HR 30 januari 2004, NJ 2008, 536 m.nt. E. Verhulp (Parallel Entry), rov. 3.4.7: '(...) De klacht ziet eraan voorbij dat het schriftelijke debat in hoger beroep ten aanzien van de beloning slechts betrekking had op ongelijkheid ten gevolge van de vervulde functie bij (veronderstelde) gelijke leeftijd en diensttijd, en dat de stelling van Parallel Entry met betrekking tot de door de leeftijd en diensttijd veroorzaakte ongelijkheid eerst bij pleidooi in hoger beroep is aangevoerd. In dit verband is van belang dat de regels van een goede procesorde meebrengen dat de rechter feiten die eerst bij pleidooi zijn gesteld, terzijde kan laten op de grond dat de wederpartij daarop niet meer voldoende heeft kunnen reageren of dat zij een nader onderzoek nodig maken waarvoor het geding geen mogelijkheid meer biedt (vgl. HR 27 september 1991, nr. 14342, NJ 1991, 801). Kennelijk en niet onbegrijpelijk is de rechtbank op deze grond aan de stelling voorbijgegaan.'

²⁸ TAR-Justicia 2001, nr. 3, p. 49 (vervolg van de zaak Pitt/Van Frederici). Vgl. De Boer, NJB 2005, op p. 1982 l.k., en Ras/Hammerstein/Lewin, a.w. (2008), p. 29.

Al eerder (in nr. 4.28) gaf ik aan dat het hof in casu kennelijk van oordeel was dat voor een verlenging van de debat in appel in verband met 7-Eleven's nieuwe stelling/grief bij pleidooi géén plaats meer was. Het hof is aldus kennelijk van oordeel geweest dat de door 7-Eleven bij pleidooi aangevoerde grief in strijd was met de regels van een goede procesorde, omdat de wederpartij daarop niet voldoende heeft kunnen reageren en deze grief een nader onderzoek nodig zou maken, waarvoor het geding in dit stadium geen gelegenheid meer bood.

Mede in het licht van de in deze conclusie weergegeven ampele voorgeschiedenis tussen partijen (in nrs. 3.3-3.4 en 4.14 kort samengevat), acht ik dit oordeel niet onbegrijpelijk. En in het licht van de hierboven aangehaalde jurisprudentie van de Hoge Raad behoefde dit oordeel m.i. geen nadere motivering.

4.30. Om deze redenen meen ik dat het cassatieberoep niet slaagt.

4.D. Subsidiair: vernietiging wegens onvoldoende motivering van ontoelaatbaarheid van onderhavige grief bij pleidooi

4.31. Zou uw Raad evenwel van oordeel zijn dat het hof onvoldoende gemotiveerd heeft waarom hij aan de bij pleidooi naar voren gebrachte grief van 7-Eleven voorbij is gegaan, dan zou uw Raad het vonnis van het hof wegens dat motiveringsgebrek kunnen vernietigen, waarbij het hof na terugverwijzing daaromtrent een explicieter motivering zou dienen te geven (of de grief alsnog zou kunnen behandelen)²⁹.

4.E. Meer subsidiair: gegrondbevinding van het middel

4.32. Zou uw Raad van oordeel zijn dat het hof de bij pleidooi naar voren gebrachte grief van 7-Eleven had *behoren* te behandelen, dan diene het volgende.

4.33. Een auteursrechtelijke claim van 7-Eleven veronderstelt dat op het 7-Eleven-merk in de Nederlandse Antillen auteursrecht bestaat en dat 7-Eleven dat kan uitoefenen, hetgeen door Laprior op diverse gronden betwist is (vgl. 4.3)³⁰. Het hof heeft in rov. 11 één van de verweren van Laprior afdoende geacht: ook al zouden andere kwesties ten voordele van 7-Eleven beantwoord worden, 7-Eleven had (noodzakelijke schakel in de ketting) een *aan haar toekomend* auteursrecht onvoldoende gedocumenteerd; op andere met 7-Eleven's beroep op auteursrecht samenhangende vragen is het hof niet ingegaan.

²⁹ Vgl. met betrekking tot een eventuele instructie voor de behandeling na verwijzing nog nr. 4.40.

³⁰ De vragen óf het beeldmerk van 7-Eleven kan gelden als een 'werk van letterkunde, wetenschap of kunst' in de zin van art. 1 en 10 Auteursvo., en zo ja, of het teken '7 Alive (Grocery)' daarop dan inbreuk maakt in de zin van art. 13 Auteursvo., heb ik niet als zodanig gesteld gezien.

4.34. Het hof is, naar bleek, (dus) ook niet ingegaan op 7-Eleven's beroep bij pleidooi op art. 8 Auteursvo., waarmee – aldus de inzet van het middel – het punt van het *aan 7-Eleven toekomend* auteursrecht nu juist 'afgedekt' zou (kunnen) worden.

4.35. Artikel 8 Auteursverordening 1913 luidt:

'Indien eene openbare instelling, eene vereeniging, stichting of vennootschap, een werk als van haar afkomstig openbaar maakt, zonder daarbij eenig natuurlijk persoon als maker er van te vermelden, wordt zij, tenzij bewezen wordt, dat de openbaarmaking onder de bedoelde omstandigheden onrechtmatig was, als de maker van dat werk aangemerkt.'

4.36. Het artikel is gelijklopend aan het uit 1912 daterende art. 8 van de Nederlandse Auteurswet (Aw). Voor zover mij bekend bestaat over art. 8 Aut.vo. geen rechtspraak van de Hoge Raad, en over art. 8 Aw slechts één arrest³¹. Er bestaat voorts lagere rechtspraak, en – uiteraard – literatuur. Gelet op het concordantiebeginsel van art. 39 van het Statuut voor het Koninkrijk, kan aansluiting gezocht worden bij de in het Europese deel van het Koninkrijk voorhanden bronnen.

4.37. Ik neem gemakshalve de vrijheid om de volgende passages te over te nemen uit Spoor/Verkade/Visser, Auteursrecht, derde druk 2005, nr. 2.14 (pp. 48-51):

'De Auteurswet kent, naast art. 7, in art. 8 nog een tweede geval van makerschap krachtens wetsbepaling. [...]

De ratio van deze bepaling is niet aanstonds duidelijk. Blijkens de MvT heeft de wetgever rekening willen houden met berichten van instellingen, verenigingen of vennootschappen, die zonder vermelding van natuurlijke personen als de maker, "hoogwaardige" werken kunnen voortbrengen en aan wie ook auteursrecht moet kunnen toekomen. Vaak, maar niet altijd, zal dit recht ex art. 7 aan hen toekomen. Is art. 7 niet van toepassing, dan zou art. 8 uitkomst moeten brengen.

Dankzij art. 8 kan de rechtspersoon of vennootschap derhalve in geval van inbreuk haar rechten jegens derden uit eigen hoofde handhaven. Dat zou ook mogelijk geweest zijn met een constructie als in art. 5 lid 2: een handhavingsbevoegdheid onverminderd het auteursrecht van de werkelijke maker(s). [...] Artikel 8 gaat een flinke stap verder.

[...] Aldus kan art. 8 onder die omstandigheden worden ingeroepen door een opdrachtgever die een free-lancer een werk heeft laten maken, tegen die free-lancer. [...] Op zichzelf is de figuur van een aan de opdrachtgever toekomend auteursrecht niet onverdedigbaar [...] In 1912 is dat ook in de Tweede Kamer voorgesteld via een amendement-Van Doorn, dat *artikel 7* (ontwerp: artikel 6) wilde uitbreiden naar alle 'tegen betaling' gemaakte bepaalde werken. Dat amendement werd evenwel verworpen. [...]

Artikel 8 Aw laat het al dan niet toekomen van het auteursrecht aan de opdrachtgever nu, enigszins willekeurig, afhangen van de min of meer toevallige omstandigheid of de naam van de individuele auteur is vermeld. [...]

³¹ HR 17 september 2004, nr. C03/100, LJN AO8198, NJ 2005, 169 m.nt. JHS, BIE 2005, nr. 7, p. 31 m.nt. AAQ.

[...]

Artikel 8 is niet toepasselijk als 'enig natuurlijk persoon als maker' wordt vermeld. [...]

In de rechtspraak is art. 8 met name van belang gebleken voor de reclamepraktijk: de opdrachtgever heeft ex art. 8 het auteursrecht op door een reclamebureau ontworpen reclamemateriaal, indien de reclame als van hem afkomstig openbaar gemaakt wordt (hetgeen uiteraard vrijwel altijd het geval is) en de naam van het bureau niet wordt vermeld. [...]

[...]

Ten aanzien van werken van buitenlandse herkomst moet overigens wél rekening gehouden worden met de bepaling van de rechthebbende volgens het toepasselijke buitenlandse recht (vgl. par. 18.19).

[...].'

4.38. Blijkens de wetsgeschiedenis is art. 8 niet bepaald bedoeld voor een geval als het onderhavige: erkenning van makerschap op een bedrijfslogo-tevens-merk ten behoeve van in dat logo geïdentificeerde onderneming. De tekst van art. 8 staat daaraan echter ook niet in de weg.³² Uit de wetsgeschiedenis blijkt voorts dat, hoewel het gaat om toedeling van het makerschap in de relatie tussen de openbaarmakende rechtspersoon en de werkelijke ontwerper, het artikel juist ook ertoe dient dat de openbaarmakende vennootschap zich jegens derden op dit auteursrecht krachtens wetsbepaling kan beroepen.

4.39. Mocht de Hoge Raad over de tardiviteit van 7-Eleven's beroep op art. 8 Aut.vo. heenstappen, dan slaagt het middel. Dat beroep van 7-Eleven bracht immers mee dat, gegeven de door haar gestelde openbaarmaking ('Op alle stukken die hier zijn overgelegd waarop het Beeldmerk (of het werk) staat afgebeeld staat de naam 7-Eleven Inc. dan wel haar vroegere naam The Southland Corporation'), zonder een natuurlijk persoon te noemen, zij om die reden als maker van het werk (in de zin van art. 8 Aut.vo.) diende te worden aangemerkt: en dus *zonder* nadere documentatie. 's Hofs rov. 11 kan niet als een toereikende weerlegging hiervan kan worden gezien.

4.40. Op deze plaats ervan uitgaande dat de Hoge Raad het beroep van 7-Eleven op art. 8 Aut.vo. niet tardief acht, veronderstel ik dat uw college oordeelt dat, nu het hof 7-Eleven's desbetreffende stellingen kennelijk wél tardief geacht heeft, daarover niettemin had moeten oordelen ná Laprior – door aanhouding van de pleidooien, of bij akte – in de gelegenheid te hebben gesteld zich daarover alsnog uit te laten, en om haar stellingen aan dit beroep van 7-Eleven op art. 8 Aut.vo. aan te passen.

Als ik dit juist zie – en temeer als ik dit niet juist zie – komt een dienovereenkomstige aanwijzing van de Hoge Raad met het oog op de beoordeling van de zaak na vernietiging en terugverwijzing dienstig voor³³.

³² Bedacht moet worden dat anno 1912/1913 stilistisch vormgegeven logo's met bedrijfsnamen nog weinig voorkwamen.

³³ Vgl. bijv. HR 22 februari 2008, nr. R07/097, NJ 2008, 124, LJN BB9670, rov. 3.2.

4.41. Vanzelfsprekend zullen in het geding na verwijzing voorts de door het hof nog niet besproken verdere verweren van Laprior (vgl. 4.3) tegen 7-Eleven's auteursrechtelijke grondslag wederom aan de orde zijn.

4.42. Aldus strekt mijn meer subsidiaire conclusie tot vernietiging en terugverwijzing. Hieronder vermeld ik alleen mijn primaire conclusie.

5. Conclusie

Mijn conclusie strekt tot verwerping van het beroep.

De procureur-generaal bij de
Hoge Raad der Nederlanden,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Prof. Verbeke', written in a cursive style.

A-G