

De vermogensrechtelijke status van de domeinnaam bestaat niet

Verschenen in *NJB* 2002-9, p. 399-402.

R.B. Bakels

Stel u bent geen jurist, maar zo'n snelle Internet jongen, die tot zijn ontsteltenis plotseling heeft ontdekt dat toch ook zijn bomen niet tot in de hemel groeien. U heeft dringend geld nodig en gaat naar *de* bank om uw mooie domeinnaam te verpanden. De bankier zal zich achter zijn oren krabben en zich afvragen: kan dat eigenlijk wel? Wat zeggen juristen daarvan? En dan blijkt dat zich inmiddels wel een indrukwekkende rij van schrijvers [1] met dit vraagstuk heeft beziggehouden, maar dat zich uit dat debat nog niet een zodanige *communis opinio* aftekent over *de* vermogensrechtelijke status van domeinnamen dat een degelijke bankier zich daarbij op zijn gemak kan voelen. Terwijl dat toch wel prettig zou zijn, want domeinnamen kunnen miljoenen guldens waard zijn.

De meeste juridische beschouwingen over domeinnamen gaan uit van het praktische gegeven, dat deze moeten worden *geregistreerd* teneinde op Internet toegankelijk te zijn. Die registratie heeft een technisch karakter: het betekent, dat de domeinnaam tezamen met een verwijzing naar (het adres van) het bijbehorende computersysteem op een zogenaamde *nameserver* wordt vastgelegd. [2] Juridisch kan die prestatie het voorwerp zijn van een obligatoire, privaatrechtelijke overeenkomst.

Iets anders is naar mijn mening de *toekenning* van een domeinnaam. [3] Het misverstand zou kunnen rijzen, dat die ook door het bureau plaatsvindt dat de registratie verzorgt (in Nederland de *Stichting Internet Domein Registratie*, [4] SIDN), al was het maar omdat de SIDN – in het verleden – sommige namen niet accepteerde: een positieve beslissing om een domeinnaam te registreren zou als een toekenning kunnen worden gezien, zolang ook de mogelijkheid van een negatieve beslissing bestaat. Maar zeker nu het registratiebeleid vrijwel geheel is geliberaliseerd, [5] en praktisch alles wordt geregistreerd wat wordt aangevraagd (mits nog niet vergeven), is het duidelijk dat van enigerlei "toekenning" geen sprake is. [6] In feite kent de aanvrager zichzelf een domeinnaam toe! Dit in tegenstelling tot (telefoon-)nummers, die op grond van de telecommunicatiewet (art. 4.2 Tw) wel worden toegekend, en wel door de OPTA, op basis van een door het Ministerie van V&W opgesteld "nummerplan". Juridisch heeft zulk een toekenning het karakter van een (publiekrechtelijke) vergunning. En een dergelijke vergunning kan natuurlijk nimmer door een zuiver private instelling als de SIDN worden verleend, een duidelijk geval van *nemo plus*. Ook kan niet gezegd worden, dat de SIDN hierin "*de* Internet gemeenschap" vertegenwoordigt, want indachtig het adagium "*wat off line geldt, geldt ook on line*", [7] zou dat betekenen dat zij de gemeenschap *tout court* vertegenwoordigt, en dat is toch echt voorbehouden aan overheidsorganen. Maar de SIDN is, om in de termen van art. 1:1 lid 1 a. en b. Awb te spreken, noch "krachtens publiekrecht ingesteld", noch "met enig openbaar gezag bekleed".

Als *registratie* en *toewijzing* conceptueel van elkaar zouden kunnen worden gescheiden, zouden zij dan ook daadwerkelijk onafhankelijk van elkaar kunnen bestaan? Zouden rechten op een domeinnaam kunnen ontstaan – door enigerlei "toekenning" - vóórdát er sprake is van registratie?

Stel dat een – beginnende – "*dot com*" onderneming briefpapier gebruikt waarop een bepaalde, (nog) niet geregistreerde domeinnaam staat vermeld. Er zou dan kunnen worden gesproken van "de naam waaronder een onderneming wordt gedreven" (art. 1 Hnw). [8] Dan lijkt mij de Handelsnaamwet onverkort van toepassing, registratie of niet. Als een ander dan die naam eerder laat registreren dan de rechthebbende op die

handelsnaam, lijkt mij dat onrechtmatig. Evenzo zou een merk gedeponeerd kunnen worden dat de vorm heeft van een (eventueel ongeregistreerde) domeinnaam, als die domeinnaam maar dient om "waren van een onderneming te onderscheiden" (art. 1 BMW). Ook dan zou naar mijn mening iemand anders die vervolgens die domeinnaam laat registreren, achter het net vissen, ook al is hij de eerste, en niet de merkhouder.

Vervolgens rijst dan de vraag of ook rechten op andere soorten namen zouden kunnen worden verkregen, eveneens los van registratie. Voor zover mij bekend is het antwoord is in het algemeen negatief, behoudens het "recht op naam" van art. 1:8 BW. [9] Het zijn geen "goederen" in de zin van art. 3:1 BW, en gesteld kan worden dat het gesloten karakter van het systeem van goederenrechtelijke rechten [10] zich verzet tegen het aannemen van enigerlei absolute "ongeschreven IE rechten". [11] Weliswaar kan in sommige gevallen op grond van het gemene recht tegen onrechtmatig gebruik van bepaalde – niet op zichzelf beschermde - benamingen worden opgetreden, [12] doch de grondslag is in deze visie dan geen "inbreuk op een recht" doch een ander soort onrechtmatige daad.

Voor de vermogensrechtelijke kwalificatie heeft zulk een ontkoppeling belangrijke gevolgen. Aan de ene kant kan de overeenkomst tot *registratie* met het registratiebureau (de SIDN) volgens het desbetreffende reglement [13] overgaan op iemand anders. [14] Aan de andere kant is de *toekenning* van een naam, door de "gebruiker" zelf, of op basis van een vergunning, volgens art. 3:83 lid 3 BW slechts overdraagbaar, als de wet dit bepaalt.

In de literatuur bestaat de neiging, om dit als een tekortkoming van de wet te zien: van het systeem van IE wetten, [15] of van dit wetsartikel zelf. [16] Als wij echter bezien hoe deze bepaling uitwerkt voor de overdracht van een toekenning van een domeinnaam, dan blijkt aan de ene kant dat die bijvoorbeeld keurig geregeld is in het merkenrecht, als de naam met een merk correspondeert. [17] Maar zoals gezegd kunnen tegenwoordig vrijwel alle, dus ook zuiver beschrijvende, zogenaamde generieke domeinnamen geregistreerd worden. [18] Een overdracht van (de "toekenning" van) zulke namen is op grond van art. 3:83 lid 3 BW niet mogelijk. Maar is dat eigenlijk ook niet de bedoeling? Het is tot daar aan toe dat Wehkamp de naam "bikini.nl" heeft weten te laten registreren (zodat niemand anders hem meer kan gebruiken op Internet), [19] maar is het niet heel goed dat deze (domein)naam dan tenminste niet overdraagbaar is? Nu in het kader van het MDW programma wordt overwogen, om art. 3:83 BW te wijzigen teneinde de mogelijkheden om rechten over te dragen te verruimen, [20] lijkt het mij belangrijk stil te staan bij de vraag, of het wel wenselijk is dat dit soort "rechten" kunnen worden overgedragen. Zou het niet bizar zijn als bijvoorbeeld de woorden "mooi weer" in de domeinnaam <http://www.mooiweer.nl> "geoccupeerd" [21] zouden kunnen worden om vervolgens tot in lengte van dagen een eigen leven te gaan leiden, door een (te) ruime overdraagbaarheid? Het zou verleidelijk kunnen zijn om hier volgens het leerstuk van de "eenlijnsprestatie" [22] te denken aan een recht, dat een overeenkomstige behandeling verdient als een merkenrecht. Dat lijkt mij onjuist: zulke beschrijvende aanduidingen zijn nu juist niet voor niets uitdrukkelijk uitgesloten als merken. [23]

Zeker, *registraties* van generieke namen worden in de praktijk wel overgedragen. [24] Dat betekent dat iemand anders voortaan de rekeningen van het registratiebureau betaalt. Maar er is geen enkele reden om aan te nemen, dat dan *dus* ook het recht op die naam zelf overdraagbaar zou zijn. Zoals wij zo-even al zagen, dat een recht op een domeinnaam kan bestaan zonder registratie, zo zien wij hier het omgekeerde: hier vervalt in onze visie het recht op de naam, maar niet automatisch het recht op de registratie: dat kan in stand blijven zolang de overeengekomen wederprestatie wordt geleverd, kortom zolang de rekeningen worden betaald, of tot er wilsovereenstemming wordt bereikt over opzegging van de overeenkomst. Natuurlijk, het registratiecontract *kan* bepalen dat in zulk een geval ook de registratie vervalt, maar voor onze discussie is

het vooral van belang dat bij gebreke van zulk een bepaling er geen koppeling is. De "vrijwaringsverklaring" die de SIDN verlangt, [25] kan niet als zodanig fungeren, omdat hier niet zonder meer sprake is van een inbreuk op rechten van derden. [26]

Het merkenrecht biedt overigens wel de mogelijkheid, om in sommige gevallen op zichzelf staande rechten op "namen" te verkrijgen. Weliswaar bepaalt art. 1 BMW dat merken "dienen om de waren van een onderneming te onderscheiden", doch dat vormt geen beletsel om merken te deponeren (nog) zonder dat er sprake is van enigerlei concrete "waren". [27] Wettelijk is er dus geen bezwaar tegen de praktijk, dat merken onafhankelijk worden ontwikkeld, en vervolgens worden verkocht. Wel wordt aan ieder merk de eis gesteld, dat het een "onderscheidend vermogen heeft". [28] Er wordt in dit geval een wezenlijk prestatie geleverd. Dit in tegenstelling tot "generieke namen": het claimen van een zulke namen is "geen kunst". Ook lijkt mij het auteursrecht niet van toepassing: het gaat hier juist om heel gewone woorden, en een eventuele "generieke-namen kaper" zal ook geen originele keuze uit die onoriginale woorden maken, [29] maar juist lukraak lange lijsten laten registreren. De investering is immers relatief gering (wat overigens irrelevant is voor het auteursrecht).

En welke rol speelt de *registratie* van zulke namen dan? Het antwoord moet naar mijn mening zijn: in deze discussie geen enkele: voor de techniek, en tegenwoordig ook voor de registratie-instanties is het om het even welke lettercombinaties in het *Domain Name System* worden vastgelegd. Het zal de lezer niet ontgaan hoe overzichtelijk de wereld wordt door de registratie als een afzonderlijke, van de toekenning onafhankelijke (rechts)handeling te zien.

Sinds kort kennen wij het fenomeen van de "nameserverpiraten": bedrijven, die alternatieve nameservers aanbieden. [30] Technisch gezien heeft "het" *Domain Name System* zoals dat onder andere door de SIDN wordt beheerd geenszins een "monopolie": nameservers bevatten lijsten die domeinnamen koppelen aan "adressen". [31] Die adressen zijn technisch bepaald. Maar alternatieve nameservers kunnen alternatieve domeinnamen laten verwijzen naar diezelfde adressen. [32] En het publiek heeft de vrijheid om geen gebruik te maken van de "gewone" nameservers maar van zulke alternatieve nameservers. Die keuze vereist weliswaar een ingreep in de software "onder de motorkap" van de PC, maar die zogenaamde nameserverpiraten leveren gereedschap dat dat heel erg makkelijk maakt. [33] De term "piraten" zou overigens de indruk kunnen wekken dat dit soort dienstverlening onrechtmatig is, maar bij gebrek aan enigerlei officiële status van de "normale" nameservers denk ik dat daar uitdrukkelijk geen sprake van is. Integendeel, concurrentie is toch goed?

"Nameserverpiraten" voorzien in een behoefte, omdat zij zogenaamde "top level domains" aanbieden, waar de traditionele registratieinstanties (nog) niet aan willen: zo registreren zij zelfs domeinnamen, die op .law eindigen. [34] Aan de andere kant is het maar de vraag, of dit verschijnsel een hoge vlucht zal nemen: het wordt toch wel rommelig als er veel nieuwe *Domain Name Systems* bij zouden komen. Maar voor onze gedachteontwikkeling is alleen al het bestaan van de mogelijkheid van meerdere parallele registraties van wezenlijk belang: eens te meer toont dat immers aan, dat de *toekenning* van domeinnamen los staat van de *registratie*. Concreet: als één registratieinstantie de domeinnaam die ik mijzelf heb toegekend weigert te *registreren*, dan kan ik gaan "shoppen" tot ik iemand vind die dat wel wil doen. Alleen al daarom kan zulk een weigering niet als het onthouden van een *toekenning* gelden.

De rol van de SIDN, en bijvoorbeeld ook haar internationale tegenhanger, de ICANN, [35] wordt regelmatig bekritiseerd: zijn de belangen die op het spel staan wel te rijmen met het feit, dat dit private instellingen zijn? Zij verwerpen zich onder meer door erop te wijzen dat zij "zelfregulering" toepassen, en dat past toch helemaal in de tijdgeest? [36] Ook de overheid worstelt met de rol van de SIDN. [37] In het licht van het

bovenstaande lijkt mij, dat zij zich vooral moeten blijven bezighouden met *registratie* - als de markt daar behoefte aan heeft eventueel ook in concurrentie met andere bedrijven - maar dat zij principieel te enen male de autoriteit ontberen om te beslissen over de *toekenning* van bepaalde (soorten) domeinnamen: dat is een taak voor de overheid. Omgekeerd lijkt het mij, dat een overheid een operationele activiteit als registratie beter aan het particulier initiatief kan overlaten. Anders zou de markt maar verstoord worden. Bovendien lijkt het mij heilzaam als er een functiescheiding is. De SIDN en haar verdedigers hoeven zich naar mijn mening niet zo veel zorgen te maken. [38] In de hierboven weergegeven gedachtegang is overigens nauwelijks plaats voor een rol van de OPTA bij de toekenning van domeinnamen, zoals die met name door Van Eijk wordt bepleit: dat zou de OPTA zelfs tot een soort alternatief merkenbureau kunnen maken voor namen die als echte merken niet deugen. [39]

Samenvattend: de vraag naar *de* vermogensrechtelijke status van domeinnamen dient naar mijn overtuiging beantwoord worden met de wedervraag, of de vermogensrechtelijke status van de *toekenning* of die van de *registratie* wordt bedoeld. De registratie kan slechts een relatief recht opleveren, maar voor de *toekenning* zijn er verschillende mogelijkheden, zoals samengevat in de volgende tabel.

	registratie	toekenning
<i>geen recht</i>	nee	bijv. voor generieke namen
<i>relatief recht</i>	ja, t.o.v. SIDN etc.	bijv. bij licenties van merken t.o.v. licentiegever
<i>absoluut recht</i>	nee	bijv. bij merken

Terug naar *de* bankier die in het begin van dit verhaal figureerde. Hij kan naar mijn idee eerder met een gerust hart een pand aanvaarden op een domeinnaam die met een merk overeenstemt (merken kunnen immers verpand worden), [40] dan wanneer het om een generieke naam gaat: [41] welke zekerheid heeft een bank dat een naam als <http://www.bikini.nl> te gelde zou kunnen worden gemaakt? [42] En als de naam nu op zo'n alternatieve server staat geregistreerd, bij zo'n zogenaamde piraat? Dat doet er dus weinig toe in deze visie: alleen de *toekenning* en niet de *registratie* wordt verpand!

Pleit dit er nu voor om art. 3:83 BW zo te veranderen, dat ook zulke namen overdraagbaar worden? Dan zou alsnog via een achterdeur de mogelijkheid kunnen ontstaan, om "taal te monopoliseren", iets, wat onder meer het merkenrecht nu juist weloverwogen uitdrukkelijk uitsluit. Als art. 3:83 BW wordt "gemoderniseerd", zal dat dus behoedzaam dienen te gebeuren.