

Nr. 37 Heerink/Staat (www.112.nl)

Gerechtshof Amsterdam 31 juli 2008

Arrest in de zaak van:

Abraham Paul Heerink, wonende te Amsterdam, appellant in het principaal hoger beroep, geïntimeerde in het incidenteel hoger beroep, procureur: mr. Q.J.A. Meijnen,

tegen

de publiekrechtelijke rechtspersoon Staat der Nederlanden, zetelend te 's-Gravenhage, geïntimeerde in het principaal hoger beroep, appellant in het incidenteel hoger beroep, procureur: mr. P.N. van Regteren Altena.

1. Het geding in hoger beroep

De partijen worden hierna Heerink en de Staat genoemd.

Bij dagvaarding van 1 juni 2007 is Heerink in hoger beroep gekomen van het vonnis dat de voorzieningenrechter in de rechtbank te Amsterdam in het kort geding tussen partijen (de Staat als eiser en Heerink als gedaagde) onder zaaknummer/rolnummer 366121 / KG ZA 07-566 P/JR heeft gewezen en dat is uitgesproken op 10 mei 2007.

Heerink heeft bij memorie vijf grieven voorgesteld, bescheiden in het geding gebracht en geconcludeerd dat het hof het vonnis waarvan beroep zal vernietigen en alsnog de vorderingen van de Staat integraal zal afwijzen en de Staat zal bevelen binnen zeven dagen na betekening van dit arrest al datgene te doen wat nodig is om de persoonsdomeinnaam www.112.nl over te (laten) dragen aan Heerink, met veroordeling van de Staat in de kosten van het geding in beide instanties.

Daarop heeft de Staat geantwoord, de grieven bestreden en zijnerzijds – in voorwaardelijk incidenteel hoger beroep – eveneens appel ingesteld. Daarbij heeft de Staat één grief voorgesteld, bescheiden in het geding gebracht en geconcludeerd in het principaal appel tot bekrachtiging van het vonnis waarvan beroep en in het (voorwaardelijk) incidenteel appel tot vernietiging van dat vonnis voor zover in dit appel bestreden, met veroordeling van Heerink in – naar het hof begrijpt – de kosten van het geding in beide hoger beroepen.

Vervolgens heeft Heerink in het (voorwaardelijk) incidenteel hoger beroep geantwoord, verdere bescheiden in het geding gebracht en geconcludeerd – zakelijk – tot verwerping van dat appel, met veroordeling van de Staat in de kosten.

Partijen hebben de zaak doen bepleiten op 16 mei 2008, Heerink door zijn procureur en de Staat door mr. H.J.M. Boukema, advocaat te 's-Gravenhage, aan de hand van door ieder van partijen overgelegde pleitnotities. Heerink is in persoon verschenen. Partijen hebben vragen van het hof beantwoord.

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 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 van die feiten zal uitgaan.

4. Beoordeling

4.1. Op 29 juli 1991 heeft de Raad van de Europese Gemeenschappen beschikking 91/396/EEG gegeven inzake invoering van een gemeenschappelijk Europees oproepnummer voor hulpdiensten. Artikel 1, lid 1, van deze beschikking luidt:

De Lid-Staten zorgen ervoor dat het nummer 112 als gemeenschappelijk Europees oproepnummer voor hulpdiensten wordt ingevoerd in openbare

telefoonnetten en in toekomstige digitale netwerken met geïntegreerde diensten en openbare mobiele diensten.

Het telefonisch noodnummer 112 is in 1998 in Nederland ingevoerd. Op 16 januari 2001 heeft Heerink de domeinnaam www.112.nl geregistreerd. De Staat gebruikt thans de domeinnamen www.112sos.nl en www.sos112.nl.

Op 3 april 2007 heeft de Staat bij spoedinschrijving als bedoeld in art. 2.8, lid 2, BVIE het woordmerk 1-1-2 doen inschrijven in het Benelux Merkenregister en op 5 april 2007 het beeldmerk 1-1-2. Het woordmerk is door het Benelux-Bureau voor de Intellectuele Eigendom voorlopig geweigerd, het beeldmerk is bij toetsing op absolute gronden in orde beoordeeld.

4.2. In eerste aanleg heeft de Staat gevorderd, kort gezegd, Heerink op straffe van een dwangsom ieder gebruik te verbieden van de aanduiding 112 als (onderdeel van een) domeinnaam, daaronder niet te verstaan de domeinnaam www.Heerink.112.nl, en hem te bevelen bij SIDN een verzoek in te dienen tot overdracht van de domeinnaam www.112.nl aan een door de Staat aan te wijzen natuurlijke persoon. De voorzieningenrechter heeft het gevorderde toegewezen. Tegen deze beslissing en de daaraan ten grondslag gelegde motivering komt Heerink op in principaal hoger beroep.

4.3. Ten tijde van de registratie van de domeinnaam www.112.nl door Heerink werd door de in Nederland voor registratie van domeinnamen verantwoordelijke Stichting Internet Domeinnaamregistratie Nederland (verder: SIDN) geen registratie toegestaan van een domeinnaam bestaande uit uitsluitend cijfers. Heerink heeft deze domeinnaam kunnen verkrijgen door gebruik te maken van het door SIDN bij registratie van persoonsdomeinnamen door natuurlijke personen gehanteerde voorschrift, dat deze namen gevolgd dienden te worden door een punt en drie cijfers. Alle internetpagina's behorende bij een bepaalde domeinnaam krijgen het voorvoegsel 'www'. Ook indien het voorvoegsel wordt weggelaten, worden de desbetreffende internetpagina's gevonden. Tikt men in een browser 'jansen.123.nl', dan wordt dit als het ware vertaald in 'www.jansen.123.nl'. Door als persoonsdomeinnaam 'www.112' op te geven verkreeg Heerink de domeinnaam www.112.nl. Bij het intikken van deze domeinnaam vertaalt de browser de internetpagina www.www.112.nl automatisch tot www.112.nl.

4.4. Heerink heeft na het vonnis de domeinnaam op verzoek van de Staat overgedragen aan mr. F.J. Oranje, notaris te 's-Gravenhage. Op 22 augustus 2007 heeft de voorzieningenrechter te 's-Gravenhage aan Heerink verlof verleend om 'tot zekerheid voor levering van de persoonsdomeinnaam www.112.nl' conservatoir beslag te leggen onder voornoemde notaris, met bepaling van de termijn voor het instellen van de eis in de hoofdzaak, voor zover nodig, op één week nadat door het hof eindarrest is gewezen in dit kort geding. Op 23 augustus 2007 heeft Heerink dienovereenkomstig beslag doen leggen op de persoonsdomeinnaam.

4.5. De Staat voert aan dat Heerink geen (voldoende) belang heeft bij zijn hoger beroep zodat hij daarin niet ontvankelijk dient te worden verklaard, aangezien SIDN in juli 2007 heeft aangekondigd alle persoonsdomeinnamen te willen opheffen ('uitfaseren') per 31 december 2007. SIDN heeft in dat verband in december 2007 de aanvraag en registratie van numerieke domeinnamen onder .nl opengesteld volgens het zogenoemde 'Sunrise-Reglement'.

Bij faxbrief van 14 november 2007 heeft SIDN aan de procureur van Heerink medegedeeld dat is 'besloten in afwachting van de uitspraak van het Hof de persoons-domeinnaam www.112.nl in stand te laten vanwege het gelegde beslag en niet over te gaan tot het registreren van de domeinnaam 112.nl.'

Onder deze omstandigheden, alsmede gelet op het feit dat Heerink in eerste aanleg in de kosten werd veroordeeld, moet geoordeeld worden dat Heerink wel degelijk belang heeft bij het door hem ingestelde hoger beroep, zodat hij daarin kan worden ontvangen.

4.6. De Staat heeft aan zijn vordering onder meer ten grondslag gelegd dat Heerink zijn bevoegdheid om persoonsdomeinnamen te registreren, in casu www.112.nl, heeft misbruikt en daarmee onrechtmatig jegens de Staat heeft gehandeld, waardoor aan de Staat onevenredig groot nadeel wordt toegebracht. Volgens de Staat frustrereert Heerink een ordelijke informatievoorziening in het algemeen belang en heeft Heerink geen rechtens te respecteren belang bij de registratie. Het geringe belang van Heerink bij gebruik van de domeinnaam www.112.nl weegt niet op tegen het belang van de Staat om de burgers zo effi-

ciënt en snel mogelijk van informatie te voorzien met betrekking tot het noodnummer 112. Heerink kende deze onevenredigheid, althans hij behoorde deze te kennen. Door op de bovenomschreven 'slimme' wijze deze persoonsdomeinnaam die voor numerieke domeinnaam kan doorgaan te registreren probeert Heerink op onrechtmatige wijze aan te haken bij de reputatie en internationale bekendheid van het noodnummer 112, aldus de Staat.

4.7. De voorzieningenrechter heeft, kort gezegd, overwogen dat het belang van Heerink bij behoud van de domeinnaam *www.112.nl* moet wijken voor het zwaarwegend belang van de Staat om de burgers goed en snel te kunnen informeren op het gebied van hulpdiensten. Geoordeeld is dat onder de in het vonnis weergegeven omstandigheden Heerink, die zich ervan bewust was of behoorde te zijn dat hij in strijd handelde met het belang van de Staat, onrechtmatig handelt jegens de Staat door zijn weigering om mee te werken aan overdracht van die domeinnaam. Naar aanleiding van de hiertegen door Heerink ingebrachte grieven overweegt het hof als volgt.

4.8. Ingevolge het tweede lid van art. 3:13 BW kan een bevoegdheid worden misbruikt in geval men, in aanmerking nemende de onevenredigheid tussen het belang bij de uitoefening en het belang dat daardoor wordt geschaad, naar redelijkheid niet tot de uitoefening had kunnen komen. Naar het voorlopig oordeel van het hof doet een dergelijk geval zich hier voor. Daarvoor is het volgende redengevend.

4.9. Volgens Heerink geldt hier de regel 'wie het eerst komt, die het eerst maalt' en mag hij, binnen de grenzen van het recht, als houder van de domeinnaam daarmee doen wat hem goeddunkt. Heerink heeft noch in eerste aanleg noch in hoger beroep opgegeven welk (specifiek) belang voor hem is verbonden aan de registratie van de domeinnaam *www.112.nl*. Het gebruik door Heerink van de website met deze naam is beperkt gebleven tot het doorlinken naar andere websites, in 2006/2007 gedurende enige tijd naar een pornografische website – naar Heerink stelt door een foutieve technische koppeling – en vervolgens, na sommatie namens de Staat, naar de website *www.startkabel.nl*, een tegen het nummer 112 aanleunende commerciële site. Heerink heeft in 2003, nadat hij door de Staat hierover was benaderd, aan overdracht van de domeinnaam een koopsom verbonden die voor de Staat niet aanvaardbaar was. Onder deze omstandigheden is het naar het voorlopig oordeel van het hof aanmerkelijk dat het belang van Heerink bij registratie van de onderhavige domeinnaam uitsluitend erin is gelegen, deze naam te gelde te kunnen maken.

4.10. Hier tegenover staat het evident zwaarwegende belang van de Staat bij adequate informatie van de burgers met betrekking tot hulpdiensten van de overheid onder het Europees voorgeschreven nummer 112. Met dat belang is niet verenigbaar dat burgers die – met het oog op (informatie over) het oproepnummer voor hulpdiensten – het internet raadplegen, ook als zij daarbij gebruik maken van een zoekmachine zoals Google, bij het voor de hand liggende intikken of aanklikken van *www.112.nl*, zonder toevoegingen als 'sos' of 'overheid', niet op een officiële site van de overheid terecht komen maar op een commerciële website. De door de overheid met tal van voorlichtingscampagnes ondersteunde algemene bekendheid van het noodnummer 112 brengt mee, dat het publiek geneigd zal zijn de domeinnaam *www.112.nl* te associëren met een website van de Staat. Daaraan doet niet af dat ook regionale overheden domeinnamen plegen te gebruiken waarin 112 voorkomt, zoals *www.112fryslan.nl* of *www.112amsterdam.nl*.

4.11. Al deze omstandigheden en de daarmee verweven onevenredigheid van de hier tegenover elkaar staande belangen in aanmerking nemende, is het hof voorshands van oordeel dat Heerink in redelijkheid niet tot de uitoefening van zijn bevoegdheid tot registratie van de persoonsdomeinnaam *www.112.nl*, althans tot weigering van de overdracht tegen vergoeding van zijn kosten, had kunnen komen en dat hij daarom die bevoegdheid heeft misbruikt. Dat betekent dat Heerink, die zich ervan bewust was of behoorde te zijn dat hij in strijd handelde met het evidente en zwaarwegende belang van de Staat waartegen het zijne niet opwoog, onrechtmatig handelt jegens de Staat door zijn weigering om, anders dan tegen een door hem verlangde maar voor de Staat onaanvaardbare en ook in redelijkheid niet te verlangen financiële vergoeding, mee te werken aan de overdracht van de bovengenoemde domeinnaam zoals gevorderd. Dat de Staat voorsnog de website niet zelf kan registreren, maar overdracht aan een door de Staat aangewezen natuurlijke persoon heeft gevorderd, doet aan dit een en ander niet af. Het gaat immers om het belang dat een derde de website niet exploiteert en dat belang wordt met zodanige overdracht voldoende gediend.

4.12. De conclusie luidt derhalve dat alle grieven, die geen afzonderlijke behandeling behoeven, falen en dat het vonnis waarvan beroep dient te worden bekrachtigd. Dat betekent dat de voorwaarde waaronder het incidenteel appel is ingesteld niet is vervuld, zodat dit appel geen behandeling behoeft. Heerink zal als de in het ongelijk gestelde partij worden verwezen in de kosten van het (principaal) hoger beroep.

5. Beslissing

Het hof:

- bekrachtigt het vonnis waarvan beroep;
- verwijst Heerink in de kosten van het geding in principaal hoger beroep, aan de zijde van de Staat tot op heden begroot op € 2.682,- voor salaris procureur en op € 300,- aan verschotten;
- verklaart dit arrest uitvoerbaar bij voorraad.

Dit arrest is gewezen door mrs. P. Ingelse, N. van Lingen en H.F. Doeleman en in het openbaar uitgesproken door de rolraadsheer op 31 juli 2008.

Noot

Remy Chavannes

Inleiding

Ook in hoger beroep verslaat de Staat de houder van *www.112.nl* en net als in eerste aanleg (*Mediaforum* 2007/6, nr. 24 met mijn noot) ligt daaraan een rechterlijke belangenafweging ten grondslag. Kort gezegd heeft de Staat volgens het Hof onevenredig veel meer belang bij het kunnen gebruiken van de domeinnaam *www.112.nl* dan Heerink, zodat deze in redelijkheid niet mag weigeren hem aan de Staat over te dragen.

Het Hof hanteert formeel een zwaarder criterium voor domeinnaamoverdracht dan de voorzieningenrechter leek te doen – misbruik van bevoegdheid in plaats van een 'gewone' belangenafweging. In de toepassing is het verschil echter moeilijk te zien. Dat is opmerkelijk, zeker in een verticale verhouding als deze waar een burger in wezen onteigend wordt met een beroep op 'een ordelijke informatievoorziening in het algemeen belang'. Ik bespreek aan het slot daarom kort enkele alternatieve benaderingen.

De norm: misbruik van bevoegdheid

Het Hof baseert zijn oordeel expliciet op het leerstuk van misbruik van bevoegdheid (artikel 3:13 BW). Het citeert in r.o. 4.8 het derde voorbeeld van misbruik in artikel 3:13 lid 2 BW: 'Een bevoegdheid kan onder meer worden misbruikt [...] in geval men, in aanmerking nemende de onevenredigheid tussen het belang bij de uitoefening en het belang dat daardoor wordt geschaad, naar redelijkheid niet tot die uitoefening had kunnen komen.'

Op het punt van de normstelling is dit arrest nieuw noch controversieel. Een bevel tot domeinnaamoverdracht op basis van misbruik van bevoegdheid is goed verdedigbaar en in het verleden ook meermalen verdedigd (te beginnen met Verkade in *Computerrecht* 1997, p. 4). Het pleidooi van Hugenholtz in zijn noot onder het arrest *Elsevier/Gaos* (Hof Amsterdam 11 januari 2001, *Computerrecht* 2001-2, p. 98-99), om misbruik van bevoegdheid te hanteren in plaats van allerlei gekunstelde merkenrechtelijke redeneringen, had vrijwel meteen succes. Enkele maanden later hanteerde het Hof Amsterdam de misbruikredenering om de domeinnamen *tweedekamer.com* en *zekamer.com* aan de Staat over te dragen (Hof Amsterdam 25 oktober 2001 (*Staat/Amstel Meer Land*), *DomJur* 2002-125). Een aantal vergelijkbare uitspraken uit dezelfde periode wordt besproken in Tsoutsanis, *Domeinnaamgeschillen: inbreuk, onrechtmatige daad of kwade trouw*, ITeR-reeks nr. 58 (2003), § 2.2.4.

Met zijn normstelling heeft het Hof ook de lijn uit zijn eerdere arrest *Passies/Gaos* (Hof Amsterdam 7 december 2000, *Mediaforum* 2001-2, nr. 8 m.nt. D.J.G. Visser) doorgetrokken. Nog steeds geldt rechtens dat het enkele feit dat eiser meer belang heeft bij de domeinnaam dan gedaagde geen grondslag is voor een bevel om de domeinnaam over te dragen. Daarvoor is een concrete normschending vereist. Hugenholtz

kon zich daarin vinden en betoogde terecht dat de Staat slechts in uitzonderlijke gevallen met een beroep op misbruik van bevoegdheid een domeinnaam zou kunnen vorderen (*Computerrecht* 2001-5, p. 281).

Toepassing van de norm: belangenafweging

In het genoemde arrest *Passies/Gaos* was de drempel voor het vaststellen van zo'n concrete normschending in niet-IE-zaken hoog. Het Hof overwoog toen:

De enkele omstandigheid dat de belangen van AC Passies sympathieker zijn of commercieel en financieel van aanzienlijk gewicht laat wellicht de conclusie toe dat zij zwaar wegen, maar maakt het nog niet onzorgvuldig dat Gaos met die belangen van AC Passies geen rekening houdt. Pas oneerlijke concurrentie of slaafse nabootsing (of de dreiging daarvan) kan tot een verbod of bevel leiden. Zo is het ook hier: eerst een onrechtmatig gebruik van de domeinnaam kan daartoe grondslag bieden.

In de toepassing van deze norm – de daadwerkelijke afweging van de belangen – gaat het voor Heerink anno 2008 echter meteen fout: het Hof heeft (r.o. 4.9) niet kunnen ontdekken welk relevant (volgens het Hof: 'specifiek') belang Heerink heeft bij de registratie van de domeinnaam. Heerink heeft www.112.nl een tijd lang voor een pornosite gebruikt en dat levert in domeinnaamzaken over het algemeen een gegarandeerde nederlaag op. Zeker tegenover met (r.o. 4.10) 'het evident zwaarwegende belang van de Staat bij adequate informatie van de burgers met betrekking tot hulpdiensten van de overheid onder het Europees voorgeschreven nummer 112.' Daarbij hoort volgens het Hof dat burgers die googlen op 112 of lukraak 112.nl intikken, als eerste de officiële 112-site verwachten en niet een 'commerciële website', zoals het Hof met kennelijke afkeur overweegt. Het voegt daar nog de paramerkenrechtelijke redenering aan toe, dat de algemene bekendheid van het noodnummer 112 meebrengt, dat het publiek geneigd zal zijn de domeinnaam www.112.nl te associëren met een website van de Staat.

Hoewel het Hof zijn belangenafweging plaatst in de sleutel van misbruik van bevoegdheid en daar in r.o. 4.11 nog een extra laag casatiebeveiliging aan toevoegt, valt deze belangenafweging materieel moeilijk te onderscheiden van een 'gewone' belangenafweging. En daarin schuilt het probleem. Natuurlijk heeft de Staat meer belang bij www.112.nl dan Heerink, maar dat betekent niet dat hij hem aan de Staat moet overdragen. Als we al het eigendom in de wereld gaan herverdelen op basis van een belangenafweging, zijn we nog wel even zoet.

Wat opvalt is dat het belang van ongestoord bezit van domeinnaameigendom in de afweging van het Hof geen (kenbare) rol speelt. We hebben het hier wel over een grondrecht, gegeven de zeer ruime definitie

van 'eigendom' in de rechtspraak van het EHRM (zie o.a. Barkhuysen & Van Emmerik, 'De eigendomsbescherming van het Eerste Protocol bij het EVRM en het Nederlandse burgerlijk recht: het Straatsburgse perspectief', preadvies NVBR 2005, p. 56 e.v.). Zeker in verticale verhoudingen moet er mijns inziens wat meer aan de hand zijn wil eerbiediging van dat eigendomsrecht ontoelaatbaar onevenredig zijn. Kijkt u eens naar wat er inmiddels op www.112.nl staat: is het belang van de Staat om *die* informatie via *die* domeinnaam aan te bieden – en het belang van burgers om *die* informatie via *die* domeinnaam aan te treffen – werkelijk onevenredig veel groter dan het belang van een individuele burger bij eerbiediging van zijn eigendomsrecht?

Alternatieven

Er zijn meer redenen waarom het bevelen van een domeinnaamoverdracht op grond van een belangenafweging problematisch is, zeker waar de Staat als eiser optreedt. De Staat beschikt immers al over verschillende middelen om, met behoud van rechtszekerheid en rechtsbescherming, bepaalde domeinnamen aan zich voor te behouden. Een Domeinnaamwet zou daar een grondslag voor kunnen bieden en ook via een Nummerplan voor domeinnamen zou de Staat nauwkeurig kunnen bepalen welke domeinnamen aan de Staat worden voorbehouden en welke door OPTA aan burgers kunnen worden toegekend op basis van hoofdstuk 4 Telecommunicatiewet. Het Ministerie van EZ volhardt echter in zelforganisatie en zelfregulering door SIDN. Het heeft onlangs een Convenant gesloten met SIDN (*Kamerstukken II* 26 643, nr. 129), dat vooral gaat over stabiliteit en continuïteit en geen afspraken bevat over aan de Staat voor te behouden domeinnamen. Je zou kunnen zeggen: kans verkeken, volgende keer beter onderhandelen (zie ook mijn opinie 'De overheid en (haar) domeinnamen – belangenverstrengeling of besluiteloosheid?', *Mediaforum* 2001-9).

Een andere mogelijkheid is om daadwerkelijk onteigening van domeinnamen mogelijk te maken. De regeling in de Onteigeningswet voor onteigening van octrooien kan daarbij als model dienen. De onteigeningsroute biedt uiteraard veel meer waarborgen voor de eigenaar – en een kostenvergoeding – dan de hier toegepaste methode. Artikel 97 Onteigeningswet maakt onteigening van octrooien onder meer mogelijk 'wanneer het algemeen nut vordert, dat iedereen in de gelegenheid worde gesteld de uitvinding toe te passen.' Waarom een met minder waarborgen omklede weg volgen als het algemeen nut kennelijk vordert dat iedereen in de gelegenheid worde gesteld via www.112.nl informatie over alarmdiensten te vinden?

Het lijkt niet waarschijnlijk dat de wetgever deze grondslagen zal creëren. Daarvoor is eerst nodig dat de lat voor domeinnaamoverdracht aan de Staat op basis van artikel 3:13 BW zeer aanzienlijk wordt verhoogd.