

# ECLI:NL:CBB:2025:81

|                      |  |
|----------------------|--|
| Instantie            | College van Beroep voor het bedrijfsleven  |
| Datum uitspraak      | 18-02-2025   |
| Datum publicatie     | 18-02-2025   |
| Zaaknummer           | 22/1570  |
| Formele relaties     | Eerste aanleg: ECLI:NL:RBROT:2022:5481, Overig   |
| Rechtsgebieden       | Bestuursrecht  |
| Bijzondere kenmerken | Hoger beroep   |
| Inhoudsindicatie     | Afwijzing handhavingsverzoek. Leveringsweigering van de .nl-zonefile. Bronner-criteria zijn van toepassing. De ACM heeft op goede gronden vastgesteld dat aan twee van de drie cumulatieve Bronner-criteria niet is voldaan, zodat er geen sprake is van misbruik van een economische machtspositie. |
| Wetsverwijzingen     | Mededingingswet  |
| Vindplaatsen         | Rechtspraak.nl   |

## Uitspraak

uitspraak

---

### COLLEGE VAN BEROEP VOOR HET BEDRIJFSLEVEN

zaaknummer: 22/1570

**uitspraak van de meervoudige kamer van 18 februari 2025 op het hoger beroep van:**

**[naam 1] B.V., te [plaats 1] ( [naam 1] )**

(gemachtigde: mr. R.W.G. Middendorff)

tegen de uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 7 juli 2022, kenmerk ROT 21/5719, in het geding tussen

**[naam 1]**

**en**

**de Autoriteit Consument en Markt (ACM)**

(gemachtigden: mr. P. Amador Sanchez, LM Brokx, JD, LL.M en mr. S. Thönissen)

met als derde partijen

**[stichting]** , te [plaats 2]

en

**[naam 2] B.V.**, te [plaats 2] (gezamenlijk aangeduid als [naam 2] )

(gemachtigden: mr. M.R. Baneke en mr. P.F.L. Wassenaar)

## **Procesverloop in hoger beroep**

[naam 1] heeft hoger beroep ingesteld tegen de uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 7 juli 2022 (ECLI:NL:RBROT:2022:5481).

De ACM en [naam 2] hebben een schriftelijke uiteenzetting over de zaak gegeven.

Ten aanzien van twee stukken die de ACM verplicht is over te leggen, heeft zij medegedeeld dat uitsluitend het College daarvan kennis zal mogen nemen. Bij beslissing van 15 november 2024 heeft een door het College aangewezen rechter-commissaris de gevraagde beperking van de kennisneming gerechtvaardigd geacht. [naam 1] heeft het College geen toestemming verleend om mede op grondslag van een van de twee stukken (stuk 5) uitspraak te doen. Ten aanzien van het andere stuk heeft [naam 1] die toestemming wel verleend. [naam 2] heeft het College toestemming verleend om mede op grondslag van de twee stukken uitspraak te doen. Het College heeft geen kennis genomen van stuk 5.

De zitting was op 21 november 2024. Aan de zitting hebben deelgenomen: [naam 3] namens [naam 1] , de gemachtigde van [naam 1] , de gemachtigden van de ACM, [naam 4] namens [naam 2] , en de gemachtigden van [naam 2] .

## **Grondslag van het geschil**

- 1.1 Het internet kent een alfabetisch uitgedrukte structuur, die bestaat uit domeinnamen. Elke domeinnaam kent een extensie. De extensie behoort tot (en is uniek voor) een bepaald Top Level Domain (TLD). Er zijn twee belangrijke soorten TLDs: generieke TLDs met een overwegend wereldwijde dimensie (zoals het .com-domein) en country code TLDs (ccTLDs) met een overwegend nationale dimensie (zoals het .nl-domein).
- 1.2 [naam 2] is de beheerder (registry) van het .nl-domein, een ccTLD. Zij beheert het .nl-domein en geeft als enige domeinnamen uit binnen dat domein. Het beheer van het .nl-domein is in de jaren tachtig ontleend aan de Internet Assigned Numbers Authority (IANA). De taken van IANA worden nu uitgeoefend door de Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN), de overkoepelende organisatie voor domeinnamen.
- 1.3 [naam 2] heeft in 2008 een convenant gesloten met het ministerie van Economische Zaken (convenant), dat in 2015 en 2022 is verlengd en tot 2029 van kracht is. Dit convenant is gesloten om de continuïteit en stabiliteit van het .nl-domein te waarborgen en om ervoor te zorgen dat het .nl-domein verbonden blijft met Nederland en beschikbaar blijft voor de gebruikers in Nederland.

1.4

[naam 2] beheert niet alleen het .nl-domein, maar biedt ook domeinbewakingsdiensten aan. Deze diensten bestaan uit het leveren van informatie aan ondernemingen over, in hoofdzaak, mogelijke inbreuken op het merkenrecht die online plaatsvinden. De mogelijke inbreuken op het merkenrecht kunnen betrekking hebben op de domeinnamen als zodanig en/of op de desbetreffende websites behorende bij die domeinnamen. Voor afnemers van domeinbewakingsdiensten, in Nederland of daarbuiten, zijn potentiële merkinbreuken via domeinnamen op het gehele internet van belang. [naam 2] maakt voor het verlenen van haar eigen domeinbewakingsdiensten gebruik van gegevens, afkomstig uit verschillende domeinen van het internet, waaronder het .nl-domein. Ten aanzien van de gegevens uit het .nl-domein maakt zij gebruik van de volledige lijst met .nl-domeinnamen. Dit is de .nl-zonefile, waar [naam 2] als enige over beschikt en toegang toe heeft.

- 1.5 [naam 1] is één van de concurrenten van [naam 2] wat betreft het aanbieden van domeinbewakingsdiensten. [naam 1] exploiteert een zoekmachine en daarvoor indexeert en structureert zij op het internet beschikbare informatie. Indexeren is het proces van een zoekmachine waarbij deze via een spider (computerprogramma) webpagina's analyseert (crawl) en samenvat, en deze samenvatting van een website in haar database plaatst. Deze database maakt zij via een zoekmachine toegankelijk voor de internetgemeenschap en haar klanten.
- 1.6 In september 2020 heeft [naam 1] aan [naam 2] verzocht om haar in staat te stellen gebruik te maken van de .nl-zonefile. [naam 2] heeft dit geweigerd. Vervolgens heeft [naam 1] de ACM verzocht handhavend op te treden, omdat [naam 2] door deze weigering in strijd met artikel 24 van de Mededingingswet (Mw) en/of artikel 102 van het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie (VWEU) misbruik zou maken van haar economische machtspositie (handhavingsverzoek).
- 1.7 Met het besluit van 19 april 2021 (primaire besluit) heeft de ACM de aanvraag tot het nemen van een besluit als bedoeld in artikel 56, eerste lid, van de Mw afgewezen. Met het besluit van 4 oktober 2021 heeft de ACM het bezwaar van [naam 1] ongegrond verklaard. Volgens de ACM kan de leveringsweigering van [naam 2] ten aanzien van de .nl-zonefile niet worden aangemerkt als misbruik van een (eventuele) economische machtspositie. Er is niet voldaan aan twee van de drie cumulatieve criteria uit het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie (Hof van Justitie) van 26 november 1998, Bronner (ECLI:EU:C:1998:569) (Bronner-criteria). De ACM acht niet aannemelijk dat toegang tot de .nl-zonefile onontbeerlijk is voor [naam 1] om haar domeinbewakingsdiensten te kunnen aanbieden en niet is gebleken dat de leveringsweigering tot gevolg heeft dat alle mededinging op de markt voor het aanbieden van domeinbewakingsdiensten verdwijnt.

## **Uitspraak van de rechtbank**

- 2.1 De rechtbank heeft het beroep van [naam 1] ongegrond verklaard. De rechtbank heeft, voor zover voor het hoger beroep van belang, het volgende overwogen, waarbij voor eiseres moet worden gelezen [naam 1] .

“ 5. De rechtbank overweegt dat, anders dan eiseres kennelijk meent, de ACM niet van oordeel is dat [naam 2] een economische machtspositie bekleedt. De ACM heeft het bestaan van een economische machtspositie niet vastgesteld en hoeft dat op grond van vaste rechtspraak ook niet te doen als zij kan vaststellen dat het gedrag van [naam 2] hoe dan ook geen misbruik kan opleveren. ( )

7. Naar het oordeel van de rechtbank zijn de Bronner-criteria hier onverkort van toepassing. Op grond van welke exacte juridische titel [naam 2] de .nl zonefile beheert doet er mededingingsrechtelijk niet toe. De vaststelling dat [naam 2] exclusief over de .nl zonefile beschikt en dus als enige daartoe toegang kan verlenen, volstaat. Verder is het tussen [naam 2] en het ministerie van EZ gesloten covenant niet vergelijkbaar met een wettelijk monopolie als aan de orde in de zaak Slovak Telekom [arrest van het Hof van Justitie van 25 maart 2021, Slovak Telekom (ECLI:EU:C:2021:239),

toevoeging College]. Nog daargelaten of het arrest van het Gerecht [van de Europese Unie (Gerecht) van 10 november 2021, Google Shopping (ECLI:EU:T:2021:763), toevoeging College], de vaste rechtspraak van het Hof van Justitie opzij kan zetten, overweegt de rechtbank dat het hier - anders dan in de zaak Google-shopping - gaat om een concreet verzoek om toelating dat wordt geweigerd, waarmee het kan worden gekwalificeerd als een leveringsweigering, zodat de Bronner-criteria van toepassing zijn. ()

- 10.1 De rechtbank is van oordeel dat de stellingen van eiseres geen steun bieden voor een oordeel dat de leveringsweigering alle mededinging op het gebied van domeinbewakingsdiensten uitsluit en dat de toegang tot de .nl zonefile voor eiseres en andere concurrenten van [naam 2] onontbeerlijk is voor de uitoefening van de betrokken activiteiten. Het feit dat eiseres en andere concurrenten (nog steeds) actief zijn op het gebied van domeinbewakingsdiensten en in staat zijn om domeinbewakingsdiensten te leveren zonder dat zij toegang hebben tot de .nl-zonefile wijst juist op het tegendeel. Eiseres heeft ook verklaard dat de leveringsweigering niet betekent dat zij op korte termijn haar diensten zou moeten staken en van de markt zou worden verdreven.
- 10.2 De rechtbank overweegt dat de stellingen van eiseres voornamelijk zijn gebaseerd op de veronderstelling dat concurrenten in alle opzichten in exact dezelfde uitgangspositie gebracht moeten worden als die van de dominante onderneming (level playing field). Artikel 24 van de Mw en artikel 102 van het VWEU (en de daarop gebaseerde rechtspraak) voorzien echter niet in regels die een level playing field garanderen en kunnen er ook niet toe leiden dat er een leveringsverplichting bestaat teneinde een level playing field te bereiken.
- 10.3 Nu ACM op goede gronden heeft vastgesteld dat aan twee van de drie Bronner-criteria niet is voldaan en er dus geen sprake is van misbruik van een economische machtspositie, heeft de ACM het al dan niet bestaan van een objectieve rechtvaardiging voor de leveringsweigering in het midden kunnen laten. ()”

## **Beoordeling van het geschil in hoger beroep**

### *Leveringsweigering*

- 3.1 Het College stelt allereerst vast dat het in deze zaak uitsluitend gaat om leveringsweigering. Bij een leveringsweigering kunnen mededingingsproblemen rijzen als de onderneming met een economische machtspositie op de stroomafwaartse markt (de markt waarvoor de geweigerde input nodig is om een product te vervaardigen of een dienst te leveren) concurreert met de afnemer aan wie hij weigert te leveren. Tussen partijen is niet in geschil dat de weigering van [naam 2] om toegang te verlenen tot de .nl-zonefile is aan te merken als leveringsweigering. Ook is niet in geschil dat het enkel gaat om die gedraging en niet (tevens) een andere vorm van misbruik van een (eventuele) economische machtspositie.
- 3.2 Bij de beoordeling of de leveringsweigering van [naam 2] misbruik van een (eventuele) economische machtspositie oplevert, moet als uitgangspunt worden gehanteerd dat in beginsel iedere onderneming het recht heeft haar handelspartners te kiezen en vrij is om over haar eigendom te beschikken. De ACM moet daarom zorgvuldig de mogelijkheid onderzoeken om op te treden op grond van het mededingingsrecht ingeval de toepassing van artikel 24 van de Mw en/of artikel 102 van het VWEU erin kan resulteren dat de onderneming met een economische machtspositie een leveringsverplichting krijgt opgelegd.
- 3.3 Op grond van de criteria die het Hof van Justitie heeft ontwikkeld in het arrest Bronner (zie het arrest Bronner, onder 41) kan de leveringsweigering van [naam 2] misbruik van een economische

machtspositie opleveren als:

1. de weigering van [naam 2] om toegang tot de .nl-zonefile te leveren alle mededinging op het gebied van domeinbewakingsdiensten uitsluit; en
2. de weigering van [naam 2] om toegang tot de .nl-zonefile te leveren niet objectief gerechtvaardigd is; en
3. de toegang tot de .nl-zonefile voor concurrenten van [naam 2] onontbeerlijk is voor de uitoefening van de betrokken activiteiten (het leveren van domeinbewakingsdiensten), in die zin dat er geen reëel of potentieel alternatief bestaat voor toegang tot de .nl-zonefile (de .nl-zonefile vormt een essential facility).

#### *Bronner-criteria van toepassing*

- 4.1 [naam 1] voert in hoger beroep aan dat de Bronner-criteria niet van toepassing zijn. Volgens haar kunnen de Bronner-criteria alleen worden toegepast als de essential facility eigendom is van de onderneming. In deze zaak is echter slechts sprake van beheer van de .nl-zonefile en niet van eigendom. Zij voert verder aan dat ook sprake kan zijn van misbruik van een economische machtspositie als gevolg van een leveringsweigering zonder dat de Bronner-criteria van toepassing zijn. De rechtbank heeft daarom ten onrechte overwogen dat kan worden daargelaten of het arrest Google Shopping van het Gerecht de vaste rechtspraak van het Hof van Justitie opzij kan zetten.
- 4.2 Naar het oordeel van het College zijn de Bronner-criteria wel van toepassing op deze zaak, omdat het gedrag van [naam 2] hier uitsluitend bestaat uit leveringsweigering. Het oordeel van de rechtbank onder 7 van de aangevallen uitspraak dat de exacte juridische titel op grond waarvan [naam 2] de .nl-zonefile beheert, er niet toe doet, is juist. [naam 2] beschikt exclusief over de .nl-zonefile en kan als enige toegang daartoe verlenen. Het is voldoende om vast te stellen dat zij exclusief over de .nl-zonefile beschikt. Deze zaak is ook niet op één lijn te stellen met de zaak Google Shopping. Het Gerecht heeft in die zaak geoordeeld dat het daar niet ging om een uitdrukkelijke weigering tot levering, na een verzoek daartoe, of althans de uiting van de wens om toegang te krijgen en een daarop volgende weigering (arrest van het Gerecht, onder 232 en 233), in welk geval de Bronner-criteria onverkort van toepassing zouden zijn. Op 10 september 2024 (ECLI:EU:C:2024:726) heeft het Hof van Justitie in deze zaak arrest gewezen. In dat arrest heeft het Hof van Justitie geoordeeld dat de Bronner-criteria niet van toepassing zijn wanneer een onderneming met een machtspositie weliswaar toegang tot haar infrastructuur verleent, maar onbillijke voorwaarden stelt voor die toegang, de levering van diensten of de verkoop van producten (arrest van het Hof van Justitie, onder 111). Omdat het in Google Shopping niet ging om toegangsweigering, maar om toegangsverlening onder discriminerende voorwaarden, waren de Bronner-criteria naar het oordeel van het Hof van Justitie dan ook niet van toepassing (arrest van het Hof van Justitie, onder 113). Anders dan in de zaak Google Shopping is in de voorliggende zaak wel uitsluitend en uitdrukkelijk sprake van leveringsweigering. [naam 1] heeft namelijk een verzoek gedaan om toegang tot de .nl-zonefile en [naam 2] heeft geweigerd deze toegang te verlenen.
- 4.3 [naam 1] beroept zich verder nog op de bijzondere omstandigheden in dit geval. Zij wijst erop dat de ontwikkeling van de .nl-zonefile heeft plaatsgevonden in het kader van de registratietoon van [naam 2]. Er is daarom geen sprake van een initiële investering die nog moet worden terugverdiend. Dat brengt volgens haar mee dat de Bronner-criteria niet onverkort moeten worden toegepast. Het college volgt [naam 1] hierin niet. Zoals hiervoor is overwogen, volstaat voor de toepasselijkheid van de Bronner-criteria dat [naam 1] exclusief over de .nl-zonefile beschikt en sprake is van leveringsweigering.

#### *Juiste toepassing van de Bronner-criteria*

- 5.1 [naam 1] betoogt dat de rechtbank een onjuiste toepassing heeft gegeven aan de Bronner-criteria. De specifieke omstandigheden in haar geval maken dat de .nl-zonefile onontbeerlijk is om met [naam 2] te concurreren en dat leveringsweigering leidt tot het verdwijnen van alle effectieve mededinging. Zij licht onder verwijzing naar randnummers 83 en verder van de Richtsnoeren betreffende de

handhavingsprioriteiten van de Commissie bij de toepassing van artikel 82 van het EG-Verdrag op onrechtmatig uitsluitingsgedrag door ondernemingen met een machtspositie toe dat daadwerkelijke concurrentie pas mogelijk is bij een level playing field (gelijk speelveld) en dat toegang tot de .nl-zonefile daarom nodig is om daadwerkelijk te kunnen concurreren met [naam 2]. [naam 1] is in staat om domeinbewakingsdiensten te leveren, maar er is geen potentieel alternatief om met name Nederlandse klanten een solide domeinbewakingsdienst te verschaffen ten aanzien van de .nl-domeinnamen. Met het crawlen van de .nl-domeinen kunnen namelijk niet alle .nl-domeinen worden geïndexeerd. Ter zitting heeft [naam 1] toegelicht dat het haar gaat om het voor haar nog onzichtbare deel van domeinnamen dat al wel in het .nl-domein is geregistreerd, maar nog niet actief is op het internet, zodat zij minder snel en minder compleet een overzicht kan leveren van het .nl-domein.

5.2 Naar het oordeel van het College is vroegtijdige en volledige toegang tot de .nl-zonefile, met inbegrip van de inactieve, maar al wel geregistreerde domeinnamen, niet onontbeerlijk voor het leveren van domeinbewakingsdiensten. [naam 1] heeft dit zelf erkend en ter zitting bevestigd. De weigering van toegang tot de .nl-zonefile betekent niet dat zij op korte termijn haar diensten moet staken en van de markt wordt verdreven. Bovendien zijn er nog andere concurrenten actief op het gebied van domeinbewakingsdiensten, die eveneens geen toegang hebben tot de .nl-zonefile. Zowel [naam 1] als andere concurrenten zijn dus in staat om domeinbewakingsdiensten te leveren zonder toegang tot de .nl-zonefile. Hieruit blijkt ook dat de leveringsweigering niet leidt tot uitsluiting van alle mededinging op het gebied van domeinbewakingsdiensten. In dit kader merkt het College nog op dat het .nl-domein slechts een beperkt deel betreft van het totaal te dekken gebied van domeinnamen voor domeinnaambeschermingsdiensten. Zo heeft [naam 2] erop gewezen dat het .nl-domein rond de 6 miljoen van alle ongeveer 364 miljoen domeinnamen ter wereld omvat en heeft [naam 1] ter zitting toegelicht dat zij veel internationale klanten heeft voor wie het .nl-domein enkel een deel van het te dekken gebied betreft.

5.3 Verder is het oordeel van de rechtbank onder 10.2 van de aangevallen uitspraak juist dat artikel 24 van de Mw en artikel 102 van het VWEU (en de daarop gebaseerde rechtspraak) niet voorzien in regels die een gelijk speelveld garanderen. Deze bepalingen verbieden misbruik van een economische machtspositie, maar gaan niet zo ver dat zij verplichten tot het creëren van een gelijk speelveld tussen concurrenten. Dat [naam 2] volgens [naam 1] een groot voordeel heeft en dat [naam 1] haar domeinbewakingsdiensten vanwege de leveringsweigering niet op dezelfde wijze kan uitvoeren als [naam 2], maakt niet dat alle concurrentie op het gebied van domeinbewakingsdiensten wordt uitgesloten of dat vroegtijdige en volledige toegang tot ook de inactieve, maar al wel geregistreerde domeinnamen in de .nl-zonefile onontbeerlijk is voor het leveren van domeinbewakingsdiensten.

5.4 De vergelijking door [naam 1] van deze zaak met het arrest van het Gerecht van 14 september 2022, Google/Android (ECLI:EU:T:2022:541), gaat niet op. De ACM en [naam 2] hebben er terecht op gewezen dat het in de zaak Google/Android ging om een vorm van bundeling en koppelverkoop. Reeds om die reden kan de zaak Google/Android niet worden vergeleken met de voorliggende zaak over leveringsweigering waarin de Bronner-criteria van toepassing zijn. De door [naam 1] aangevoerde omstandigheid dat haar mogelijkheid om inkomsten te verwerven uit andere activiteiten net als in de zaak Google/Android niet tot gevolg heeft dat zij daarmee in staat is het concurrentievoordeel van [naam 2] door het exclusieve gebruik van de .nl-zonefile te compenseren, is voor de toepassing van de Bronner-criteria niet van belang.

6 Gelet op het voorgaande is het oordeel van de rechtbank juist dat de ACM op goede gronden heeft vastgesteld dat de Bronner-criteria onverkort van toepassing zijn op deze zaak en dat aan twee van de drie cumulatieve Bronner-criteria niet is voldaan. Daarom is er geen sprake van misbruik van een (eventuele) economische machtspositie. De ACM heeft het handhavingsverzoek om die reden terecht afgewezen.

Slotsom

7 Het hoger beroep is ongegrond. Het College zal de aangevallen uitspraak bevestigen.

8 De ACM hoeft geen proceskosten te vergoeden.

### **Beslissing**

Het College bevestigt de aangevallen uitspraak.

Deze uitspraak is gedaan door mr. J.L.W. Aerts, mr. H.S.J. Albers en mr. H.L. van der Beek, in aanwezigheid van mr. L. ten Hove, griffier. De beslissing is in het openbaar uitgesproken op 18 februari 2025.

w.g. J.L.W. Aerts w.g. L. ten Hove