

DAGVAARDING

Heden, de tweeduizend eenentwintig, op verzoek van de stichting **Right to Consumer Justice**, statutair gevestigd en kantoorhoudend in Amsterdam, in deze zaak woonplaats kiezende aan de Molenwerf 16 (1014 BG) te Amsterdam op het kantoor van Kennedy Van der Laan N.V., van welk kantoor dr. C. Jeloschek in deze zaak tot advocaat zal worden gesteld en als zodanig zal optreden:

GEDAGVAARD:

1. De vennootschap naar buitenlands recht **APPLE DISTRIBUTION INTERNATIONAL LTD.**, statutair gevestigd en kantoorhoudend aan Hollyhill Industrial Estate, Hollyhill, Cork in de Republiek Ierland aan wie ik uit kracht van artikel 56 lid 2 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en in mijn hoedanigheid van verzendende instantie als bedoeld in Verordening (EG) nr. 1393/2007 van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 13 november 2007 ("**EG-betekenningsverordening**") en de Uitvoeringswet EG-betekenningsverordening op de volgende wijzen dit exploit beteken:
 - i. **Ten eerste** overeenkomstig lid 2 van voornoemd artikel 56 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en overeenkomstig artikel 15 van de EG-betekenningsverordening door verzending van twee afschriften dezes, met vertaling daarvan in de Engelse taal naar de ontvangende instantie in de Republiek Ierland, aan het adres:

**Service of EU Documents, Courts Service Centralised Office
Combined Court Office, the courthouse, Castlebar, Co.Mayo
Ierland**

Deze verzending heeft heden door mij, gerechtsdeurwaarder, plaatsgevonden per UPS, tezamen met het formulier als bedoeld in artikel 4, derde lid van de EG-betekenningsverordening, welke door mij, gerechtsdeurwaarder, is ingevuld in de Engelse taal.

Aan de ontvangende instantie heb ik verzocht om dit exploit met vertaling in de Engelse taal te betekenen of ter kennis te brengen overeenkomstig het recht van het land waarin het adres van gedaagde is gelegen, daarbij heb ik tevens verzocht om terugzending van één afschrift van dit exploit met het certificaat als bedoeld in artikel 4, vijfde lid jo. artikel 10 van de EG-betekenningsverordening;

- ii. **Ten tweede** overeenkomstig lid 3 van voornoemd artikel 56 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en overeenkomstig artikel 14 van de EG-betekenningsverordening door rechtstreekse verzending van een afschrift dezes, met vertaling daarvan in de Engelse taal, en

met gelijktijdige toezending van het in artikel 8 lid 1 van de EG-betekenningsverordening in bijlage II bedoelde modelformulier.

Deze verzending heeft heden door mij, gerechtsdeurwaarder, plaatsgevonden per UPS en is toegezonden aan voormeld adres van gedaagde met de mededeling dat gedaagde deze rechtstreeks toegezonden stukken mag weigeren door het hiervoor bedoelde modelformulier en de betekende stukken binnen één week na ontvangst aan mij, gerechtsdeurwaarder, te retourneren, indien zij niet gesteld zijn in of niet vergezeld gaan van een vertaling in één van de volgende talen:

- a. een taal die de gedaagde begrijpt; of
- b. de officiële taal van de aangezochte lidstaat of indien er verscheidene officiële talen in de aangezochte lidstaat zijn, de officiële taal of één van de officiële talen van de plaats waar de betekening of kennisgeving moet worden verricht.

2. De vennootschap naar buitenlands recht **APPLE INC.**, gevestigd te One Apple Park Way, Cupertino, CA 95014, Verenigde Staten van Amerika

- daartoe heb ik uit kracht van artikel 55 lid 1 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering mijn exploit gedaan aan het parket van de ambtenaar van het openbaar ministerie bij de Rechtbank Amsterdam, alwaar ik te Amsterdam aan het IJdok 163 twee afschriften hiervan voorzien van de vertaling van die stukken in de Engels taal, heb gelaten aan:

aldaar werkzaam en aanwezig.

- verzocht wordt dit exploit voorzien van de vertaling van die stukken in de Engels taal, aan de vennootschap naar Amerikaans recht Apple Inc., gevestigd te One Apple Park Way, Cupertino, CA 95014, Verenigde Staten van Amerika te doen betekenen/kennisgeven overeenkomstig de artikelen 3 tot en met 6 van het Verdrag inzake de betekening en de kennisgeving in het buitenland van gerechtelijke en buitengerechtelijke stukken in burgerlijke- en handelszaken van 15 november 1965 (het "Verdrag"), en wel door betekening of kennisgeving met inachtneming van de vormen in de wetgeving van de aangezochte lidstaat voorgeschreven voor de betekening of de kennisgeving van stukken, die in dat land zijn opgemaakt en bestemd zijn voor zich aldaar bevindende personen, waarbij aan de in artikel 6 van het Verdrag bedoelde (centrale) autoriteit voorts verzocht wordt een afschrift van dit exploit te retourneren, vergezeld van de verklaring als bedoeld in artikel 6 van het Verdrag.
- de kosten ten bedrage van USD 95,00 worden tijdig overgemaakt naar de Wells Fargo Bank, account no. 2007107119, onder vermelding van Swift Code: WFBIUS6S, 1763 4th Ave South, Seattle, Washington 98134 USA onder vermelding van de vennootschap naar het recht harer vestiging Apple Inc., gevestigd te One Apple Park Way, Cupertino, CA 95014, Verenigde Staten van Amerika;
- Voorts wordt een afschrift van dit exploit voorzien van de vertaling van die stukken in de Engels taal onverwijld door mij per aangetekende brief gezonden aan het adres van de vennootschap naar Amerikaans recht Apple Inc., voornoemd;

- en voorts heb ik in overeenstemming met artikel 10 sub b van het Verdrag vandaag een afschrift van dit exploit zonder producties, met vertaling daarvan in de Engelse taal, toegezonden aan een daartoe in de staat Californië (Verenigde Staten van Amerika), bevoegde deurwaarder, ambtenaar of andere bevoegde persoon met het verzoek betekening of kennisgeving hiervan te doen verrichten aan Apple Inc. met inachtneming van de vormen in de wetgeving van de staat Californië (Verenigde Staten van Amerika) voorgeschreven.

OM:

Op woensdag 26 januari tweeduizend tweeëntwintig des voormiddags om 10:00 uur, niet in persoon maar vertegenwoordigd door een advocaat, te verschijnen ter terechtzitting van de Rechtbank Amsterdam, die zal worden gehouden in het gerechtsgebouw aan de Parnassusweg 280 (1076 AV) te Amsterdam.

MET DE UITDRUKKELIJKE AANZEGGING DAT:

- a. indien een gedaagde verzuimt advocaat te stellen of het hierna te noemen griffierecht niet tijdig betaalt, en de voorgeschreven termijnen en formaliteiten in acht zijn genomen, de rechter verstek tegen die gedaagde zal verlenen en de hierna omschreven vordering zal toewijzen, tenzij deze hem onrechtmatig of ongegrond voorkomt;
- b. indien ten minste één van gedaagden in het geding verschijnt en het griffierecht tijdig heeft voldaan, tussen alle partijen één vonnis zal worden gewezen, dat als een vonnis op tegenspraak wordt beschouwd;
- c. bij verschijning in het geding van ieder van gedaagden een griffierecht zal worden geheven, te voldoen binnen vier weken te rekenen vanaf het tijdstip van verschijning;
- d. de hoogte van de griffierechten is vermeld in de meest recente bijlage behorend bij de Wet griffierechten burgerlijke zaken, die onder meer is te vinden op de website: www.kbvg.nl/griffierechtentabel;
- e. van een persoon die onvermogen is, een bij of krachtens de wet vastgesteld griffierecht voor onvermogenen wordt geheven, indien hij op het tijdstip waarop het griffierecht wordt geheven heeft overgelegd:
 - 1. een afschrift van het besluit tot toevoeging, bedoeld in artikel 29 van de Wet op de rechtsbijstand, of indien dit niet mogelijk is ten gevolge van omstandigheden die redelijkerwijs niet aan hem zijn toe te rekenen, een afschrift van de aanvraag, bedoeld in artikel 24, tweede lid, van de Wet op de rechtsbijstand, dan wel
 - 2. een verklaring van het bestuur van de raad voor rechtsbijstand, bedoeld in artikel 7, derde lid, onderdeel e, van de Wet op de rechtsbijstand waaruit blijkt dat zijn inkomen niet meer bedraagt dan de inkomens bedoeld in de algemene maatregel van bestuur krachtens artikel 35, tweede lid, van die wet;
- f. van gedaagden die bij dezelfde advocaat verschijnen en gelijklopende conclusies nemen of gelijklopend verweer voeren, op basis van artikel 15 van de Wet griffierechten burgerlijke zaken slechts eenmaal een gezamenlijk griffierecht wordt geheven;
- g. dat de Stichting op straffe van niet-ontvankelijkheid verplicht is deze dagvaarding aan te tekenen in het centraal register voor collectieve acties als bedoeld in art. 3:305a lid 7 BW;

- h. dat deze aantekening tot gevolg heeft dat – tenzij de Rechtbank de Stichting aanstonds niet ontvankelijk verklaart – de Rechtbank de zaak aanhoudt totdat een termijn van drie maanden na de aantekening in het centraal register is verstreken;
- i. dat na het verstrijken van deze termijn de behandeling van de zaak wordt voortgezet in de stand waarin zij zich bevindt, tenzij ingevolge art. 1018d lid 2 Rv deze termijn is verlengd of een andere collectieve vordering voor dezelfde gebeurtenis is ingesteld; dat de in art. 128 lid 2 Rv bedoelde roldatum voor het nemen van de conclusie van antwoord door de Rechtbank zal worden bepaald op een termijn van zes weken nadat de in art. 1018c lid 3 Rv bedoelde termijn is verstreken.

TENEINDE:

Op de terechtzitting kennis te nemen van de volgende eisen en gronden van eiseres, de stichting Right to Consumer Justice, waartegen gedaagden verweer kunnen voeren.

INHOUDSOPGAVE

1.	Inleiding	9
	Doel procedure.....	9
	Het misbruik van machtspositie van Apple in vogelvlucht	11
	Ontwikkelaars	11
	Consumenten	14
	Indeling dagvaarding	15
2.	De betrokken partijen	15
	Apple	15
	Apple Ierland	16
	De Stichting Right to Consumer Justice	18
3.	Apple heeft alle concurrentie op de markt voor distributiediensten voor iOS-Apps en In-App Producten tegengehouden	19
	De App Store is het enige distributiekanaal voor iOS-Apps	19
	Het IAP-mechanisme van Apple is het enige middel voor het distribueren van digitale In-App Producten	21
4.	De relevante markt: De distributiediensten voor iOS-Apps en In-App Producten	23
	De relevante productmarkt(en).....	24
	Geen substituten: inleiding	24
	Android-apps en Android-in-app-producten zijn geen redelijke substituten	25
	Webapps zijn geen redelijke substituten voor native apps	28
	Consoles en personal computers zijn geen redelijke substituten	30
	(Ook) <i>sideloading</i> biedt geen andere mogelijke substituten	30
	Jailbreaken	31
	(Oneigenlijke) Enterprise Distributie.....	31
	Xcode.....	31
	De relevante geografische markt	32
	Conclusie: Apple heeft een marktaandeel van nagenoeg 100% op de markt van distributiediensten voor iOS-Apps en In-App Producten	33
5.	Mededingingsrechtelijke beoordeling: inleiding	34
6.	Misbruik van machtspositie I - Apple hanteert excessieve provisies	35
	Vergoedingen voor de distributiediensten van Apple	35
	Vergelijking met app stores voor Windows-pc.....	37
	Apple's excessieve provisies zijn nadelig voor productie en innovatie	40
7.	Misbruik van machtspositie II – Apple hanteert sturingsregels.....	41

8. Misbruik van machtspositie III - Apple bevoordeelt haar eigen iOS Apps ten opzichte van concurrerende Apps	42
Bevoordeling 1: Apple eigent zich de innovaties van externe iOS ontwikkelaars toe	42
Bevoordeling 2: Apple zet haar eigen iOS Apps hoger in de zoekresultaten van de App Store	43
Bevoordeling 3: Apple maakt de meeste iOS Apps onvindbaar	44
Bevoordeling 4: Apple sluit concurrerende iOS Apps uit van de App Store	45
Bevoordeling 5: Apple beperkt de functionaliteit van concurrerende iOS Apps.....	46
Bevoordeling 6: Apple geeft haar eigen apps voorrang door ze vooraf te installeren op haar iOS-apparaten (en andere iOS-Apps niet).....	47
Bevoordeling 7: Apple stelt haar eigen iOS Apps vrij van de regels die voor concurrenten gelden	47
Bevoordeling 8: Apple beperkt de vrijheid van concurrenten om zelfstandig hun prijzen te bepalen	48
Consequenties van de verschillende vormen van bevoordeling door Apple voor de mededinging (ontwikkelaars & consumenten)	48
9. Mededingingsbeperkende afspraken (art. 101 VWEU)	49
Verhouding tussen artikel 101 VWEU en 102 VWEU	49
Inbreuk op artikel 101 VWEU	49
Verticale prijsbinding	49
10. Aansprakelijkheid Apple voor hanteren excessieve tarieven	50
Aansprakelijkheid ten aanzien van consumenten uit hoofde van onrechtmatige daad (artikel 6:162 BW)	50
Aansprakelijkheid ten aanzien van de iOS-ontwikkelaars op grond van onverschuldigde betaling (artikel 6:203 BW)	52
11. Aansprakelijkheid Apple voor overige (vormen van) misbruik van machtspositie dan wel overtreding van artikel 101 VWEU	53
Aansprakelijkheid uit hoofde van onrechtmatige daad (artikel 6:162 BW)	53
Schade als gevolg van overige (vormen van) misbruik van machtspositie dan wel overtreding van artikel 101 VWEU	54
De schade van de iOS-ontwikkelaars I: gedeelde winst	54
De schade van de iOS-ontwikkelaars II: kansschade	55
De schade van de consument	55
Conclusie ten aanzien van de schade van de Gedupeerden	56
Ongerechtvaardigde verrijking ten aanzien van overige (vormen van) misbruik van machtspositie dan wel overtreding van artikel 101 VWEU (artikel 6:212 BW).....	56
Verrijking van Apple en verarming van de Gedupeerden.....	56
Voldoende verband tussen de verrijking en verarming	57
Verrijking is ongerechtvaardigd.....	57
Verplichting tot afdracht aan de Gedupeerden is redelijk.....	57
Conclusie	58

12.	Toepasselijkheid WAMCA	58
	Temporele toepassing.....	58
	Eisen aan de dagvaarding onder de WAMCA (overzicht)	60
	Omschrijving nauw omschreven groep (artikel 1018c lid 1 sub b Rv)	60
	Schadeafwikkeling	62
	Gemeenschappelijkheid vorderingen (artikel 1018c lid 1 onder c en lid 5 Rv jo artikel 3:305a lid 1 BW).....	63
	Verklaring voor recht.....	64
	Vordering tot schadevergoeding	66
	Ontvankelijkheid Stichting (artikel 1018c lid 1 sub d Rv jo. artikel 3:305a BW)	67
	Gelijkoortige belangen, statuten en waarborg belangenbehartiging (art. 3:305a lid 1 BW).....	68
	De Stichting is voldoende representatief (art. 3:305a lid 2 aanhef BW).....	68
	De Stichting heeft een toezichthoudend orgaan (art. 3:305a, lid 2, sub a BW).....	69
	Passende mechanismen voor deelname van de Gedupeerden (art. 3:305a, lid 2, sub b BW)	69
	De Stichting kan de procedure financieren (art. 3:305a, lid 2, sub c BW).....	69
	De Stichting beschikt over een algemeen toegankelijke website (art. 3:305a, lid 2, sub d BW)	71
	De Stichting beschikt over voldoende ervaring en deskundigheid (art. 3:305a, lid 2, sub e BW).....	71
	Voldoende nauwe band met de Nederlandse rechtssfeer (art. 3:305a, lid 3, sub b BW)	72
	De Stichting heeft voldoende getracht minnelijk overleg te voeren (art. 3:305a, lid 3, sub c BW)	72
	Conclusie ten aanzien van de (wettelijke) ontvankelijkheidsvereisten	73
	Verdere (vrijwillige) conformering aan de Claimcode	73
	Principe I – Naleving en handhaving van de Code	73
	Principe II – Behartiging van de collectieve belangen zonder winstoogmerk.....	73
	Principe III – Externe financiering	73
	Principe IV – Onafhankelijkheid en vermijding van belangentegenstelling	74
	Principe V – de samenstelling, taak en werkwijze van het bestuur	74
	Principe VI – Vergoedingen aan bestuurders	75
	Principe VII – de Raad van Toezicht.....	75
	Verzoek om aanwijzing als Exclusieve Belangenbehartiger (ex art. 1018e BW).....	76
13.	Bekende verweren	77
14.	Bevoegdheid van de rechtbank Amsterdam en Toepasselijk recht	78
	Apple Ireland richt haar activiteiten op de Nederlandse consumenten (art. 17 lid 1 EEX-Vo).....	79
	Misbruik van machtspositie vindt plaats in Nederland (<i>Handlungsort</i> ex art. 7 lid 2 EEX-Vo)	80
	Schade treedt in Nederland in (<i>Erfolgsort</i> ex art. 7 lid 2 EEX-Vo).....	81
	Verknochtheid verschillende vorderingen (art. 8 lid 1 EEX-Vo).....	82
	Rechtsmacht ten aanzien van in ieder geval één medegedaagde (art. 7 Rv)	83

15.	Bewijs.....	83
-----	-------------	----

Deel I. INLEIDING

1. INLEIDING

Doel procedure

- 1.1. Met deze dagvaarding vordert de stichting Right to Consumer Justice ("**Stichting**"), kort gezegd, een aantal verklaringen voor recht en een collectieve schadevergoeding namens (1) alle particuliere en zakelijke eindgebruikers (verder aan te duiden als consumenten) van iOS-softwareapplicaties ('**iOS-Apps**')¹ die via het door Apple beheerde verkoopplatform ('**de App Store**') aan de Nederlandse markt zijn aangeboden en (2) alle ontwikkelaars die betaalde iOS-Apps op deze (Nederlandse) App Store aanbieden en hebben aangeboden (verder gezamenlijk aan te duiden als '**de Gedupeerden**'). De vorderingen zijn gebaseerd op het misbruik dat Apple heeft gemaakt van haar machtspositie sinds de oprichting van de App Store op 10 juli 2008 (de '**Relevante Periode**'). Concreet gaat het daarbij kort gezegd om mededingingsbeperkende maatregelen die Apple heeft genomen met betrekking tot de distributie van iOS-Apps en digitale producten die daarin of daarmee kunnen worden gekocht ("**In-App Producten**"). Dit is de eerste dagvaarding die de Stichting in Nederland heeft uitgebracht conform haar doel om de belangen te behartigen van gedupeerden van - onder meer - misbruik van machtspositie.
- 1.2. Het misbruik van machtspositie dat Apple valt te verwijten bestaat uit meerdere elementen die allemaal het gevolg zijn van het feit dat Apple met de App Store een *exclusief* distributiesysteem in het leven heeft geroepen waarmee zij de distributie van *alle* iOS-Apps controleert en dat dit de enige mogelijkheid is voor ontwikkelaars om iOS-Apps aan te bieden dan wel voor consumenten om deze iOS-Apps te verkrijgen. De Stichting verdeelt de schade die de Gedupeerden als gevolg van Apple's machtsmisbruik hebben geleden in twee onderdelen. Enerzijds betreft de schade de (te) hoge provisie die Apple heeft ingehouden op alle betalingen voor iOS Apps en In-App Producten. Anderzijds gaat het om een vergoeding voor de schade die het gevolg is geweest van een samenstel van andere concurrentiebeperkende maatregelen die Apple heeft genomen die, kort gezegd, haar eigen apps hebben bevoordeeld waardoor de keuzemogelijkheid van consumenten werd beperkt en zij mogelijk duurder uit zijn geweest en ontwikkelaars inkomsten zijn misgelopen. De Stichting vraagt voor dit laatste schade-onderdeel per consument en ontwikkelaar een forfaitair bedrag.
- 1.3. De Stichting meent dat zij de aangewezen partij is om op te komen voor de belangen van alle Gedupeerden van dit machtsmisbruik in Nederland, onder meer nu zij toegang heeft tot de expertise en ervaring van het Amerikaanse advocatenkantoor Hagens Berman, met wie zij goede banden onderhoudt en dat direct betrokken is geweest bij een vergelijkbare *class-action* in de Verenigde Staten², waarbij namens de Amerikaanse ontwikkelaars tegen het machtsmisbruik van Apple op de Amerikaanse markt is opgetreden. De procedure voor deze (andere) geografische markt heeft

¹ Tenzij anders vermeld, verwijst de term "apps" in deze dagvaarding naar "native" apps. Native apps zijn geschreven voor een bepaald besturingssysteem en worden als tegel afgebeeld op het (de) startscherm(en) van iOS-apparaten. Een native app verschilt van een webgebaseerde app, die via een internetbrowser werkt en alleen op het startscherm verschijnt als de gebruiker een aantal functies uitvoert.

² Hagens Berman, *U.S. iOS Developers to Benefit from \$100 Million Apple Small Developer Assistance Fund and Changes to App Store Policies in Developer Antitrust Class-Action Settlement*, 26 augustus 2021, beschikbaar via: <https://www.hbsslaw.com/press/apple-ios-app-developers/us-ios-developers-to-benefit-from-100-million-apple-small-developer-assistance-fund-and-changes-to-app-store-policies-in-developer-antitrust-class-action-settlement> (laatst geraadpleegd op 16 september 2021) (**Productie 1**). Zie tevens de ingediende *Consolidated Class Action Complaint for Violations of the Sherman Act and California Unfair Competition Law*, 4:19-cv-03074, 30 september 2019 (**Productie 2**).

inmiddels al geleid tot een schikking waarbij op 2 november 2021 een zitting is bepaald om te beoordelen of deze schikking voorlopig door de rechter zal worden goedgekeurd.

- 1.4. In het kader van die rechtszaak in de VS heeft Hagens Berman een procesdossier geanalyseerd dat meer dan 5,8 miljoen documenten en gigabytes aan transactiegegevens van Apple bevatte. Hagens Berman heeft ook het senior management van Apple, inclusief CEO [REDACTED], laten getuigen over het gedrag van Apple en de gevolgen daarvan voor ontwikkelaars. In verband met een recent verzoek tot ontvankelijkheidsverklaring van de collectieve eisers heeft Hagens Berman vooraanstaande economische deskundigen in de arm genomen - professor Einer Elhauge (Harvard Law School) en professor Nicholas Economides (New York University Stern School of Business)³ - die gedetailleerde rapporten hebben opgesteld over de mededingingsverstoringen van de distributiebeperkingen van Apple en de schade die deze beperkingen toebrengen aan iOS-ontwikkelaars in de VS. Deze onderzoeken zijn ook voor de onderhavige zaak relevant omdat de op Nederland gerichte App Store precies op dezelfde manier werkt.
- 1.5. Overigens staat Apple ook in Europa al langer in de spotlight wat betreft het misbruik van machtspositie dat zij middels haar App Store pleegt. Nadat de Autoriteit Consument & Markt ("ACM") eerst een marktstudie naar de verschillende app stores van Apple en andere software leveranciers heeft uitgevoerd ('**ACM Rapport**')⁴, heeft zij op 11 april 2019 aangekondigd een onderzoek naar de praktijken van Apple te beginnen.⁵ In de tussentijd is ook de Europese Commissie begonnen met een eigen onderzoek dat (onder meer) ziet op de vraag of Apple belemmeringen opwerpt voor apps van ontwikkelaars die direct concurreren met apps van Apple, zoals muziekstreaming.⁶ Op 22 juni 2021 heeft de ACM aangekondigd haar onderzoek in nauwe afstemming met de Europese Commissie voort te zetten.⁷ Daarmee zijn er in feite twee toezichthouders in Europa bezig verschillende facetten van het misbruik van de machtspositie die Apple via de App Store pleegt, te onderzoeken. In beide gevallen gaat het om de eerste fase van een bestuursrechtelijk traject dat naar verwachting later dit jaar zal worden afgerond en tot bestuursrechtelijke sancties zal (kunnen) leiden.

³ Professor Elhauge is hoogleraar rechtsgeschiedenis aan de Harvard Law School. Hij heeft verschillende boeken geschreven, waaronder *U.S. Antitrust Law & Economics*; hij is medeauteur van *Global Antitrust Law & Economics*, *Global Competition Law & Economics* en *Areeda, Elhauge & Hovenkamp, Vol X, Antitrust Law*; en redacteur van *The Research Handbook On the Economics of Antitrust Law* en *The Fragmentation Of U.S. Health Care*. Hij heeft ook talrijke artikelen geschreven over onderwerpen met betrekking tot de economische analyse van antitrust- en andere juridische kwesties, waaronder artikelen over monopolisering en uitsluitingsovereenkomsten.

Professor Economides is hoogleraar economie aan de Stern School of Business van New York University. Hij heeft meer dan honderd onderzoekspublicaties op het gebied van industriële organisatie, micro-economie, antitrust, netwerkeconomie, financiën en telecommunicatiebeleid op zijn naam staan en hij heeft talrijke presentaties gegeven bij academische en overheidsinstellingen en op conferenties.

⁴ ACM Rapport, *Market Study into mobile App Store*, 11 april 2019 (**Productie 3**).

⁵ ACM, *ACM start onderzoek misbruik machtspositie Apple in App Store*, 11 april 2019, beschikbaar via: <https://www.acm.nl/nl/publicaties/acm-start-onderzoek-misbruik-machtspositie-apple-app-store> (laatst geraadpleegd op 17 september 2021) (**Productie 4**).

⁶ Europese Commissie, *Antitrust: Commission sends Statement of Objections to Apple on App Store rules for music streaming providers*, 30 april 2021, beschikbaar via: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_2061 (laatst geraadpleegd op 17 september 2021) (**Productie 5**).

⁷ ACM, *ACM kan onderzoek naar Apple AppStore voortzetten*, 22 juni 2021, beschikbaar via: <https://www.acm.nl/nl/publicaties/acm-kan-onderzoek-naar-apple-appstore-voortzetten> (laatst geraadpleegd op 17 september 2021) (**Productie 6**).

Het misbruik van machtspositie van Apple in vogelvlucht

- 1.6. Apple produceert en verkoopt een reeks draagbare apparaten - iPhones, iPads en iPod touch-muziekspelers - die op het iOS-besturingssysteem van Apple draaien.⁸ iOS-ontwikkelaars maken de iOS Apps en In-App Producten die deze apparaten tot leven brengen. Daarmee kunnen gebruikers bijvoorbeeld de weg vinden in een stad, de volgende trein halen, spelletjes spelen in de rij bij de kassa, documenten bewerken, gezondheidsstatistieken bijhouden, films en muziek streamen, en nog veel meer. De geregistreerde slogan van Apple luidt: "*there's an app for that*" die geldt voor elk aspect van het leven anno nu.⁹

Ontwikkelaars

- 1.7. Ontwikkelaars mogen hun iOS-apps op grond van de voorwaarden die zij met Apple (moeten) overeenkomen, uitsluitend aanbieden en verkopen via de App Store van Apple. Dit is een platform dat op elke markt is toegesneden; zo bestaat er een Nederlandse App Store voor alle iOS-Apps die een gebruiker in Nederland kan downloaden. En als ontwikkelaars digitale In-App Producten willen distribueren - bijvoorbeeld abonnementen, speluitbreidingen of andere digitale producten die binnen een app beschikbaar zijn - moeten zij gebruik maken van het in-app-aankoopmechanisme ("**IAP**") van Apple.¹⁰ Ontwikkelaars hebben geen andere keus voor het distribueren van iOS-Apps en In-App Producten omdat Apple vanaf het begin een dominante positie op de markt heeft verworven door de deur dicht te gooien voor alle potentiële concurrenten. En zij heeft de deur sindsdien hermetisch gesloten gehouden. In 2019 concludeerde de ACM dan ook in het ACM-Rapport:

"[w]ithin the iOS-ecosystem, there are no realistic alternatives for apps or the App Store, so the App Store forms a bottleneck within the IOS-ecosystem."¹¹

- 1.8. Dit was een bewuste keuze van Apple. Zij was immers niet genoodzaakt om een (letterlijk) *exclusief* distributiemodel voor haar iOS systeem (en alle daarop draaiende iOS-Apps) te ontwikkelen zoals blijkt uit een vergelijking met markten voor apps die op een ander softwaresysteem cq. -platform zijn gebaseerd. Zo kunnen gebruikers van Windows-pc's apps verkrijgen bij een groot aantal app stores en zijn er platforms voor distributie in eigen beheer. Opmerkelijk is dat Apple zelf deze andere app stores toestemming geeft om macOS-apps te distribueren voor Apple-pc's (hetgeen een andere markt is dan die voor deze dagvaarding relevant is) en zijn er veel externe distributeurs op de markt actief.¹²
- 1.9. Voor haar iOS-apparaten – dus alle 'mobiele' apparaten die Apple aanbiedt en die het gros vormen van haar verkopen (zoals iPhones en iPads) – heeft Apple echter een andere koers gekozen. Toen Steve Jobs in 2008 apps van andere ontwikkelaars goedkeurde, maakte hij duidelijk dat: "*[t]he App Store is going to be the exclusive way to distribute iPhone applications directly to every iPhone*

⁸ In 2019 introduceerde Apple een apart iPadOS-besturingssysteem voor haar tablets. Alle in deze dagvaarding aan de orde gestelde beperkingen gelden evenzeer voor apps en in-app-producten die voor iPadOS zijn ontwikkeld. Gemakshalve zal de term "iOS" hier dus worden gebruikt voor zowel iOS- als iPadOS-producten.

⁹ Zie <http://www.cnn.com/2010/TECH/mobile/10/12/app.for.that/index.html> (laatst bezocht op 24 september 2021) (**Productie 7**).

¹⁰ Tenzij anders vermeld, zijn verdere verwijzingen naar "in-app-producten" beperkt tot producten die door Apple als *digitaal* van aard worden beschouwd. Over het algemeen worden digitale in-app-producten in digitale vorm gebruikt op een iOS-apparaat (bijv. gestreamde muziek). Hoewel fysieke producten en diensten ook in-app kunnen worden gekocht (bijvoorbeeld een ritje met Uber of een consumptieartikel van Amazon), hanteert Apple niet dezelfde distributiebeperkingen en bijbehorende kosten voor producten die volgens haar fysiek van aard zijn.

¹¹ ACM, *Market study into mobile app stores* (11 april 2019) blz. 5 (Productie 3).

¹² Google staat Android-gebruikers ook toe om apps buiten de Google Play Store om te kopen, maar heeft daarvoor een reeks mededingingsversturende beperkingen ingesteld. Zie het ACM-rapport.

user.”¹³ Jobs werd toen gevraagd of dit niet tot bezwaren over een monopolie zou leiden. Immers: “*What if a developer doesn’t want to distribute through the App Store?*” Jobs gaf toe dat zo’n ontwikkelaar niet in staat zou zijn om zijn app op de iPhone te distribueren, maar ging ervan uit dat geen enkele ontwikkelaar die keuze zou maken, omdat “*the developer wants to get their app out in front of every iPhone user and there is no way for even large developers to do that, much less smaller developers.*”¹⁴ Kortom, vanaf het allereerste begin wist Apple dat het door haar distributiebeperkingen een dominante marktpositie zou veroveren.

- 1.10. De App Store is niet alleen de *enige* distributiemogelijkheid binnen het iOS-ecosysteem, het wordt ook niet in toom gehouden door distributiekanaal buiten dit ecosysteem. In Nederland en wereldwijd is Android het enige andere mobiele besturingssysteem met een marktaandeel van enige betekenis. Samen hebben iOS en Android tussen 98% en 100% van de Nederlandse markt in handen.¹⁵ iOS- en Android-apps zijn echter niet compatibel; de ACM heeft dan ook geconstateerd dat “*switching behaviour between app-ecosystems is (...) infrequent due to high switching costs formed by the app-ecosystem that is not compatible with other app-ecosystems.*”¹⁶ Met andere woorden, consumenten die iOS-apparaten gebruiken zijn in feite “*locked into the app-ecosystem.*”¹⁷ Daardoor kan Apple een reeks beperkingen hanteren die de mededinging verstoren zonder zich zorgen te hoeven maken dat grote aantallen iOS-gebruikers hun iOS-producten de rug zullen toekeren en zullen overstappen op Android.
- 1.11. Nadat Apple zichzelf aan een machtspositie op de markt voor de distributie van iOS-apps en iOS In-App Producten had geholpen, heeft zij op verschillende manieren misbruik gemaakt van die positie. Wat in dit verband het meest in het oog springt, is dat Apple ontwikkelaars een buitensporige provisie van 30% in rekening brengt voor de verkoop van iOS Apps in de App Store én In-App Producten die via deze apps kunnen worden gekocht. Deze standaardprovisie is *dertien jaar* lang hetzelfde gebleven, ondanks het vanzelfsprekende feit dat Apple ervaring heeft opgebouwd en schaalvoordelen heeft verkregen.¹⁸ Dit staat in schril contrast met de uitspraak die Steve Jobs in 2008 in het openbaar deed, namelijk dat “*we don’t intend to make money off the App Store. . . . [W]e are basically giving all the money to the developers here and if that 30% of it pays for running the store, well that will be great.*”¹⁹

¹³ *Epic Games v. Apple Inc.*, zaak nr. 20-cv-5640 (Northern District of California), rolno. 777-3, *Findings of Fact Proposed by Epic Games, Inc.*, blz. 42-43, alinea 92(a). Dit openbare document bevat bewijsmateriaal dat is verzameld tijdens zittingen die verspreid over vijftien dagen werden gehouden in het kader van de rechtszaak die Epic Games had aangespannen tegen Apple. Deze zaak betrof vergelijkbare vorderingen die op grond van het Amerikaanse mededingingsrecht waren ingediend. De zittingen vonden plaats in mei 2021 (**Productie 8**).

¹⁴ *Idem*. blz. 43, alinea 92(b).

¹⁵ ACM Rapport, 32.

¹⁶ *Idem*, 56.

¹⁷ *Idem*.

¹⁸ Apple heeft bepaalde programma’s in het leven geroepen op grond waarvan ontwikkelaars een provisie van 15% betalen. Zoals hieronder uiteengezet wordt, komen deze programma’s niet neer op een verlaging van de vergoedingen die aan Apple worden betaald, omdat zij gekoppeld zijn aan eerder ingevoerd beleid op grond waarvan het aantal transacties waarover Apple provisie vraagt is uitgebreid en aan ontwikkelaars compleet nieuwe kosten in rekening worden gebracht (bijvoorbeeld voor zoekadvertenties).

¹⁹ *Epic Games v. Apple Inc.*, zaak nr. 20-cv-5640 (Northern District of California), rolno. 777-3, *Findings of Fact and Conclusions of Law Proposed by Epic Games, Inc.*, blz. 44, Alinea 92(c). blz. 7, alinea 18. In dit verband concludeerde Apple Fellow [REDACTED] jaren later in een e-mail uit 2011 dat hij niet geloofde dat Apple’s 30% commissie “*will last forever*”, omdat Apple op een gegeven moment “*[would] see enough challenge from another platform or web based solution to want to adjust [its] model.*” Destijds vroeg Schiller zich af of Apple niet de commissie moest verlagen op het moment dat de App Store \$1 miljard omzet zou genereren: “*is that enough to then think about: model where we ratchet down from 70/30 to 75/25 or even 80/20*” als Apple “a 1B a year run rate” zou kunnen behouden. *Idem*, blz. 188-89, alinea 239; zie ook Mark Gurman, *Apple’s Schiller Floated Cutting App Store Fees a Decade Ago*, Bloomberg (3 mei 2021), beschikbaar op:

- 1.12. Om de 30% provisie in perspectief te plaatsen; in het ecosysteem van Windows-pc's, waarin concurrerende app stores dan wel distributeurs van apps opereren en er dus concurrentie is, zijn de provisies veel lager; sommige distributeurs vragen slechts 10% of 12% per transactie. Bovenop de hoge provisies vraagt Apple ook nog eens een jaarlijkse vergoeding van \$ 99,00 van alle ontwikkelaars die hun iOS-Apps via de App Store willen - en moeten - verkopen.
- 1.13. Apple heeft enorm geprofiteerd van deze vergoedingen. Uit openbare rapporten naar aanleiding van rechtszaken in de VS blijkt dat de marge van de App Store in 2018 en 2019 79,6% bedroeg.²⁰ Andere analisten schatten dat de App Store in 2021 \$ 22 miljard aan inkomsten zal genereren en een brutowinst van 88%.²¹
- 1.14. Terwijl Apple enorme omzetten realiseert, zijn de ontwikkelaars de dupe van de buitensporige provisies die Apple eist en middels haar machtspositie afdwingt. In een functionerende markt met concurrentie hadden zij hun iOS-Apps en In-App Producten voor minder geld kunnen aanbieden, althans meer van de door hun gecreëerde inkomsten kunnen houden. Dit is niet alleen financieel nadelig voor de consumenten en ontwikkelaars, maar het gaat ook ten koste van de productie, de innovatie en, in het verlengde daarvan, de concurrentie. (Toekomstige) ontwikkelaars die dusdanig worden beconcurrerd door Apple en bovendien jaarlijks \$ 99,00 moeten betalen om überhaupt in de App Store te mogen verkopen, denken ongetwijfeld twee keer na voordat zij de noodzakelijke moeite, tijd en energie steken in het ontwerpen en programmeren van een iOS-App of In-App Product, als zij die app enkel op de markt kunnen brengen in de enige beschikbare winkel (dus de App Store) waarmee zij geen kans hebben om de kosten terug te verdienen en een redelijke winst te maken. Velen zien daar geen brood in. En dus houden ze het voor gezien. Zoals hieronder nog uiteen zal worden gezet, zijn daarmee niet alleen de ontwikkelaars maar ook de consumenten de dupe van het gedrag van Apple.
- 1.15. Ontwikkelaars die hun iOS Apps ondanks de concurrentiebeperkende maatregelen toch via de App Store willen aanbieden, krijgen te maken met een ander probleem: vindbaarheid. Vanwege het grote aantal apps in de App Store - meer dan 2 miljoen volgens Apple²² - zullen de meeste apps nooit door consumenten worden gezien. Omdat er zo veel apps beschikbaar zijn in die ene App Store die van Apple mag bestaan, raken enorme aantallen apps ondergesneeuwd en worden deze nooit verkocht. Dit leidt tot minder distributiekansen en transacties voor iOS-Apps en In-App Producten. Zonder de distributiebeperkingen van Apple zouden er niet alleen meer winkels zijn waarin meer App zouden worden aangeboden, maar ook winkels die zich zouden specialiseren in bepaalde soorten apps, hetgeen de vindbaarheid van een bepaald type app uiteraard zou bevorderen. Daarnaast is er een vergrote kans dat concurrenten nieuwe manieren zouden gaan vinden, onder meer door gebruik te maken van bestaande technologie of door andere en betere middelen uit te vinden, om meer apps onder de aandacht van bezitters van iOS-apparaten te brengen. Bovendien zouden dergelijke concurrenten Apple stimuleren om haar eigen App Store bruikbaar en functioneler te maken; deze prikkel ontbreekt op dit moment. Met andere woorden, concurrentie zou meer en betere middelen opleveren om gebruikers te koppelen aan de toepassingen die zij zoeken, nodig hebben of willen.

<https://www.bloomberg.com/news/articles/2021-05-03/apple-s-schiller-floated-cutting-app-store-fees-a-decade-ago> (laatst bezocht op 24 september 2021) (**Productie 9**).

²⁰ Zie Bloomberg News, Apple's App Store Had 78% Margin in 2019, Epic Experts Says, beschikbaar op: <https://www.bloomberg.com/news/articles/2021-05-01/apple-s-app-store-had-78-profit-margin-in-2019-testimony-shows> (laatst bezocht op 24 september 2021) (**Productie 10**).

²¹ *Idem*.

²² Zie Statista, *Number of apps available in leading app stores as of 1st quarter 2021*, beschikbaar op: <https://www.statista.com/statistics/276623/number-of-apps-available-in-leading-app-stores/> (laatst bezocht op 24 september 2021) (**Productie 11**).

Concurrentie zou dus de distributie en verkoop doen toenemen en leiden tot meer aanbod c.q. keuze voor consumenten.

- 1.16. Maar in plaats van het probleem met de vindbaarheid te verhelpen, verdient Apple er geld aan door ontwikkelaars extra advertentiekosten in rekening te brengen om hun apps beter vindbaar te maken. Apple promoot dit programma, dat bekend staat als "Search Ads", als een manier "[to] help people discover your app when they search on the App Store"²³ Apple verdient geld aan een "oplossing" voor een probleem dat zij zelf heeft gecreëerd en genereert nu naar verluidt alleen al uit zoekadvertenties een miljard dollar aan inkomsten per jaar.²⁴ Dit terwijl de oplossing niet heeft gewerkt. Veel ontwikkelaars klagen dat Search Ads slecht functioneert, onder meer omdat het ontwikkelaars in staat stelt de zoekresultaten voor producten van hun concurrenten te kopen. Zo kan iemands app bovenaan staan als er gezocht is op "Tinder" of "Netflix", op voorwaarde dat hij Apple betaalt voor dit (betere) zoekresultaat. Dit leidt gebruikers weg van (in plaats van naar) de apps waar ze naar zoeken.
- 1.17. Zelfs iOS-ontwikkelaars met redelijk vindbare en bekende apps worden vervolgens geconfronteerd met weer een ander probleem: Apple ontwikkelt een reeks eigen apps en maakt gebruik van haar marktmacht om *binnen* de App Store en het iOS-ecosysteem oneerlijk te concurreren. Apple is van meet af aan in het voordeel, omdat zij haar *eigen* apps kan distribueren zonder de 30% provisie te betalen die zij bij concurrerende ontwikkelaars in rekening brengt. Apple kan het bespaarde geld opnieuw investeren om de prestaties van haar apps te verbeteren. Dat is een oneerlijk concurrentievoordeel.
- 1.18. Bovendien concurreert Apple op oneerlijke wijze door a) zich stelselmatig innovaties van ontwikkelaars toe te eigenen; b) haar eigen apps in de zoekresultaten bovenaan te zetten; c) concurrerende applicaties uit de App Store te weren; d) de functionaliteit van concurrerende applicaties te beperken; e) enkel haar eigen apps vooraf op iOS-apparaten te installeren; en f) haar eigen apps vrij te stellen van aan concurrenten opgelegde regels.

Consumenten

- 1.19. Ook consumenten lijden schade als gevolg van het misbruik van Apple van haar machtspositie. De Stichting doet in dit verband een beroep op het (van origine Europees) bewijsvermoeden dat is neergelegd in artikel 6:193q BW. Op grond van deze bepaling wordt een indirecte afnemer (dus de consument) vermoed het bewijs van doorberekening te hebben geleverd indien hij aantoont dat (i) de inbreukpleger (dus Apple) een inbreuk op het mededingingsrecht heeft gepleegd, (ii) de inbreuk heeft geleid tot meerkosten voor de directe afnemer van de inbreukpleger (dus de iOS-ontwikkelaars), en (iii) de indirecte afnemer (dus de consument) de goederen of diensten heeft verworven die het voorwerp waren van de inbreuk (dus de iOS-Apps en In-App Producten). Aan deze criteria is voldaan.
- 1.20. Maar de consument wordt ook geraakt door de beperkte vindbaarheid van iOS Apps in de App Store, waarmee de consument in feite minder keuze heeft dan het enorme aantal beschikbare apps (volgens Apple ca 2 miljoen) op het eerste gezicht lijkt te suggereren. Meer concurrentie tussen verschillende app stores zou leiden tot meer aanbod c.q. een beter gespecificeerde en gecategoriseerde keuze voor consumenten. Daar komt nog bij dat consumenten op dit moment, als gevolg van de mogelijkheid van ontwikkelaars om middels Search Ads namen van (apps van)

²³ Zie <https://searchads.apple.com/> (laatst bezocht op 24 september 2021) (**Productie 12**).

²⁴ *Epic Games v. Apple Inc.*, zaak nr. 20-cv-5640 (Northern District of California), rol nr. 777-3, *Findings of Fact Proposed by Epic Games, Inc.*, blz. 64, alinea 129(e) (Productie 8).

concurrenten te kopen, worden misleid over de aanbieders van iOS-Apps en (nog verder) in hun vrije keuze worden beperkt. Bovendien heeft de uitsluiting van concurrerende iOS-Apps in de App Store en de pogingen om hun functionaliteit te beperken, de keuze voor consumenten beperkt en de kwaliteit van de apps ten nadele van consumenten gereduceerd. Ten slotte wordt de vrijheid van consumenten door het 'lock-in' systeem dat Apple hanteert beperkt en worden zij door de maatregelen die Apple in dit verband neemt in onevenredige mate gedwongen om gebruik te (blijven) maken van Apple producten.

- 1.21. Al deze gevolgen hebben zich enkel kunnen voordoen als gevolg van het misbruik van machtspositie waaraan Apple zich de afgelopen 13 jaar schuldig heeft gemaakt. Zij heeft op geen enkele manier laten zien dat zij de verantwoordelijkheid die een machtspositie met zich brengt serieus neemt. Integendeel, haar hele bedrijfsmodel is erop gericht concurrentie onmogelijk te maken en ontwikkelaars en consumenten maximaal uit te knippen. De Stichting beoogt met deze dagvaarding dan ook de schade die de Gedupeerden als gevolg van dit onrechtmatig handelen van Apple hebben geleden vergoed te krijgen.

Indeling dagvaarding

- 1.22. In deel I van deze dagvaarding zal de Stichting eerst een overzicht geven van de aanleiding en strekking van deze procedure (§1) en dan stil staan bij de betrokken partijen (§2).
- 1.23. In deel II komen vervolgens de feiten aan de orde. De Stichting zal eerst bespreken hoe Apple alle concurrentie in de Nederlandse App Store tegen heeft gehouden (§3) en vervolgens de relevante markt schetsen (§4).
- 1.24. In deel III zal de Stichting de juridische kwalificatie van het handelen van Apple bespreken. Na een inleiding c.q. overzicht van de mededingingsrechtelijke beoordeling (§5) zal de Stichting achtereenvolgens die verschillende vormen van machtsmisbruik door Apple bespreken, namelijk het vragen van excessieve provisies (§6), het hanteren van anti-sturingsregels (§7) en de bevoordeling van de eigen apps van Apple (§8), en de schending van artikel 101 VWEU (§9). Vervolgens zet de Stichting de civielrechtelijke gevolgen van het handelen van gedaagden uiteen, zowel wat betreft de excessieve provisies (§10) als de overige mededingingsrechtelijke inbreuken (§11). Vervolgens zal de Stichting aantonen dat aan alle ontvankelijkheidseisen is voldaan en verzoeken om benoeming als exclusieve belangenbehartiger (§12). Ten slotte gaat de Stichting kort in op de (bekende) verweren (§13).
- 1.25. In deel IV zal de Stichting afsluiten met enkele opmerkingen over de bevoegdheid van uw rechtbank en het toepasselijke recht (§14) en het bewijs (§15).
- 1.26. Voor een volledig overzicht van alle behandelende onderwerpen verwijst de Stichting naar de inhoudsopgave van deze dagvaarding na de aanzeggingen.

2. DE BETROKKEN PARTIJEN

- 2.1. Apple is al in de inleiding geïntroduceerd. Hieronder zal nog kort worden ingegaan op de twee voor de onderhavige zaak relevante rechtspersonen van Apple en de Stichting.

Apple Inc.

- 2.2. Apple Inc. is het grootste beursgenoteerde bedrijf ter wereld gemeten naar marktkapitalisatie, met een marktkapitalisatie van meer dan 2 biljoen Amerikaanse dollar.²⁵ Apple is daarmee meer dan twee keer zo groot als het Bruto Binnenlands Product van Nederland en groter dan dat van alle landen ter wereld, op zeven na.²⁶
- 2.3. Apple Inc. - waarvan het hoofdkantoor is gevestigd in Cupertino in Californië - ontwerpt, produceert en verkoopt iPhones, iPads en iPod touch-muziekspelers, pc's en andere apparaten. Apple ontwikkelt tevens besturingssystemen, waaronder iOS en frequente updates ervan. Daarnaast biedt Apple een reeks diensten aan via haar "Services"-divisie, waaronder AppleCare, Cloud Services, bepaalde Digital Content en Payment Services.²⁷ De App Store maakt deel uit van de Services-divisie van Apple en vormt een van de profit centers van het bedrijf.²⁸

Apple Ierland

- 2.4. De Europese markt wordt bediend door *Apple Distribution International Limited* ('**Apple Ierland**'). Apple Ierland is blijkens Apple's Form 10-K een dochtervennootschap van Apple Incl. en is statutair gevestigd te Hollyhill Industrial Estate, Hollyhill, Cork te Ierland.²⁹
- 2.5. Apple Ierland is voor eindgebruikers de leverancier van de content die wordt aangeboden in de App Store, zoals vermeld in de *Algemene Voorwaarden Apple Mediadiensten* ('**Algemene Voorwaarden**').³⁰ In de Nederlandse App Store wordt door middel van een hyperlink verwezen naar servicevoorwaarden, waarbij de gebruiker vervolgens wordt omgeleid naar de Algemene Voorwaarden. Daarin zijn voorwaarden opgenomen indien gebruik wordt gemaakt van de diensten van Apple waarmee content, iOS Apps, en In-App Producten worden verkocht, verkregen, gehuurd of op basis van abonnement wordt uitgegeven. Blijkens de Algemene Voorwaarden worden bepaalde diensten, waaronder het gebruik van de App Store, aangeboden door *Apple Distribution Ierland*.³¹ Apple Ierland wordt in dat geval dus gezien als de leverancier van de content. De consument verwerft daarmee de content van Apple Ierland, die – als het niet om een eigen app van Apple gaat - in licentie is gegeven door de aanbieder van de content (in casu de iOS-ontwikkelaar).
- 2.6. Vervolgens wordt in de Algemene Voorwaarden (onder L. '*Overige voorwaarden van toepassing op alle diensten*') expliciet vermeld dat de definitie van 'Apple' afhankelijk is van het land van herkomst

²⁵ Zie Investopia, *At \$2.08 Trillion, Apple is Bigger Than These Things* (17 maart 2021), beschikbaar op: <https://www.investopedia.com/news/apple-now-bigger-these-5-things/> (laatst bezocht op 24 september 2021) (**Productie 13**).

²⁶ *Idem*; zie ook BBP-gegevens Wereldbank, beschikbaar op: https://data.worldbank.org/indicator/NY.GDP.MKTP.CD?most_recent_value_desc=true (laatst bezocht op 24 september 2021) (**Productie 14**).

²⁷ Apple 2020 Form 10-K, 1-2, beschikbaar op: <https://d18rn0p25nwr6d.cloudfront.net/CIK-0000320193/7b5717ca-6222-48e6-801c-9ea28feef86.pdf> (laatst bezocht op 24 september 2021) (**Productie 15**).

²⁸ *Idem*, 21; zie ook Ari Levi, *Apple just recorded a 42.5% gross margin for the quarter, the highest in nine years*, CNBC (28 april 2021), beschikbaar op: <https://www.cnbc.com/2021/04/28/apple-price-hikes-and-services-growth-produced-a-42point5percent-gross-margin.html> ("Apple, the most valuable company in the U.S., is squeezing more profit out of its business by getting buyers of its iPhones and iPads to spend more money on services like iTunes, Apple Music, Apple Pay and App Store purchases. In reporting better-than-expected sales and earnings figures for the quarter, Apple said the services business jumped 27% from a year earlier, while its services gross margin expanded to 70% from 65% last year at this time and 64% a year before that.") (laatst geraadpleegd op 24 september 2021) (**Productie 16**).

²⁹ Apple 2020 Form 10-K (Productie 15); zie ook <https://www.apple.com/ie/contact/> (laatst bezocht op 24 september 2021) (**Productie 17**).

³⁰ Apple, *Algemene Voorwaarden Apple Mediadiensten*, 16 september 2020, beschikbaar via: <https://www.apple.com/nl/legal/internet-services/itunes/nl/terms.html> (laatst bezocht op 17 september 2021) (**Productie 18**).

³¹ *Idem*, onder B.

van de gebruiker. Voor Nederlandse of Europese gebruikers wordt met 'Apple' blijkens de Algemene Voorwaarden Apple Ierland bedoeld.

- 2.7. Daarnaast wordt in de Nederlandse App Store verwezen naar Apple's *Privacybeleid*. Hieruit blijkt dat de persoonsgegevens van consumenten van de Europese Economische Ruimte, het Verenigd Koninkrijk en Zwitserland door Apple Ierland worden beheerd.³² Dit betekent dat alle voor de aankopen van iOS Apps en In-App Producten relevante persoonsgegevens (zoals namen, adressen, e-mails, bankrekeningnummers etc.) door Apple Ierland worden verwerkt.
- 2.8. In de Algemene Voorwaarden wordt tevens expliciet aangegeven dat de diensten en content, zoals aangeboden door Apple Ierland, beschikbaar worden gesteld aan consumenten *in het land van hun herkomst*. Voor Nederlandse consumenten geldt dus dat de diensten zoals aangeboden door Apple Ierland beschikbaar worden gesteld voor gebruik in Nederland. Dat blijkt ook uit de App Store zelf. De App Store is immers geheel vertaald in het Nederlands en de '*Top Gratis Apps*' wordt gebaseerd op de geografische locatie van de gebruiker. Daarin staan dan ook bijvoorbeeld apps die ontwikkeld zijn door de Nederlandse Rijksoverheid, speciaal voor de Nederlandse gebruikers.³³ Ook de '*Top Betaalde Apps*' zijn gebaseerd op de geografische locatie van de gebruiker. Het gaat immers wederom om onder meer Nederlandstalige Apps (bijvoorbeeld '*Moofer*' van de Nederlandse e-bike producent VanMoof).³⁴ Alle categorieën zoals 'Amusement', 'Boeken', en 'Diensten' zijn tevens geheel in het Nederlands.
- 2.9. App ontwikkelaars kunnen daarnaast bij het uploaden van hun iOS Apps specifieke landen selecteren waar hun app beschikbaar voor moet zijn (zie nog verder in par. 3.3 e.v.).³⁵ Het aanbod van iOS Apps kan dus per land verschillen. Dit bevestigt Apple zelf ook op hun website.³⁶ Indien gebruikers van land of regio zouden willen wijzigen – teneinde apps te kunnen downloaden die niet beschikbaar zijn in het huidige land – dienen de gebruikers een aantal stappen te ondernemen alvorens zij kunnen overschakelen.³⁷ De mogelijkheid is er wel, maar wordt door de te nemen stappen flink bemoeilijkt. Zo dienen gebruikers eerst al hun Store-tegoed op te maken (deze is kennelijk niet meer te gebruiken in een andere regio), alle abonnementen op te zeggen en een nieuwe betaalmethode in te stellen voor het nieuwe land. Bepaalde stappen (zoals het opzeggen van alle abonnementen) zal de gebruiker alleen doen indien deze echt zou verhuizen naar een ander land. Apple bemoeilijkt dus het switchen naar een andere regio, wat bevestigt dat de Nederlandse App Store specifiek gericht is op Nederlandse gebruikers.
- 2.10. De conclusie is dan ook dat Apple Ierland met de App Store content (lees: iOS Apps en In-App Producten) aanbiedt gebaseerd op de geografische locatie van de gebruiker en zij zich met de App Store specifiek richt op de Nederlandse consumenten. Apple Ierland en Apple Incl. (als moederbedrijf van Apple Ierland) zijn dan ook gezamenlijk voor het misbruik van de machtspositie door Apple verantwoordelijk.

³² Apple, *Privacybeleid van Apple*, onder 'International doorgifte van persoonsgegevens', 1 juni 2021, beschikbaar via: <https://www.apple.com/legal/privacy/nl/> (laatst geraadpleegd op 14 september 2021) (**Productie 19**).

³³ Zie onderdeel 'Top gratis apps' in de App Store (**Productie 20**). Voorbeelden zijn de CoronaCheck-app en de DigiD app. Deze zijn alleen beschikbaar voor de Nederlandse markt.

³⁴ Zie onderdeel 'Top betaalde apps' in de App Store (**Productie 21**).

³⁵ In de App Store Connect kunnen softwareontwikkelaars kiezen in welke landen hun app beschikbaar moet zijn (**Productie 22**).

³⁶ Apple, *Beschikbaarheid van Apple Media Services*, 21 juni 2021, beschikbaar via <https://support.apple.com/nl-nl/HT204411> (laatst geraadpleegd op 24 september 2021) (**Productie 23**).

³⁷ Apple, *Het land of de regio van uw Apple ID wijzigen*, 12 februari 2021, beschikbaar via <https://support.apple.com/nl-nl/HT201389> (laatst geraadpleegd op 15 september 2021) (**Productie 24**).

De Stichting Right to Consumer Justice

- 2.11. De Stichting is opgericht om ervoor te zorgen dat alle Gedupeerden een vergoeding krijgen voor de schade die zij hebben geleden als gevolg van de overtreding van de Europese mededingingsregels door Apple, te weten de verschillende manieren waarop Apple misbruik maakt van haar machtspositie op de markt voor iOS-Apps en In-App Producten. De Stichting beoogt daarbij een oplossing die een efficiënte afhandeling van de schades van de achterban van de Stichting bewerkstelligt, tegen een zo groot mogelijke finaliteit en anderzijds zoveel mogelijk recht doet aan de feitelijke situatie en belangen van alle betrokken partijen.
- 2.12. De Stichting is opgericht op 10 mei 2021.³⁸ Zij stelt zich blijkens artikel 2 van haar statuten het volgende ten doel: “Het behartigen van de belangen van de gedupeerden die het slachtoffer zijn geworden van frauduleus of concurrentieverstorend gedrag, bedrijfsmisdrijven, consumentenfraude, farmaceutische fraude, antitrustgedrag, schendingen van intellectueel eigendom en beleggersfraude.”
- 2.13. In deze procedure vertegenwoordigt de Stichting de belangen van:
- alle eindgebruikers van (betaalde) iOS-Apps en In-App Producten die vanaf 10 juli 2008 (de Relevante Periode) via de (Nederlandse) App Store aan de Nederlandse markt zijn aangeboden; en
 - alle ontwikkelaars van iOS-Apps die deze apps, al dan niet samen met In-App Producten, in de Relevante Periode via de App Store aan de Nederlandse markt hebben aangeboden.
- NB: De Stichting zal verderop in deze dagvaarding een aantal subcategorieën van deze twee groepen van Gedupeerden onderscheiden, afhankelijk van het type Gedupeerde en de aard van de namens ieder type Gedupeerden in te stellen vorderingen.
- 2.14. De behartiging van de belangen van de Gedupeerden valt onder de statutaire doelomschrijving van de Stichting. De vordering namens alle Gedupeerden is immers gegrond op misbruik van machtspositie c.q. concurrentieverstorend gedrag van Apple. Hoewel de Stichting ook de belangen behartigt van personen of entiteiten die zich in andere jurisdicties bevinden, zal het (overgrote) merendeel van de Gedupeerden in Nederland woonachtig of gevestigd zijn en dus hier schade hebben geleden. Bovendien beperkt de grondslag van de vorderingen zich tot verschillende vormen van misbruik van machtspositie die in de Nederlandse App Store plaats hebben gehad en daarmee allemaal zien op de Nederlandse markt. Dit betekent dat ook ontwikkelaars die in het buitenland gevestigd zijn maar hun iOS-Apps en In-App Producten op de Nederlandse markt aanbieden, horen bij de Gedupeerden.
- 2.15. De Stichting stelt haar vorderingen primair in onder de per 1 januari 2020 in werking getreden Wet Afwikkeling Massaschade in Collectieve Actie (“**WAMCA**”). Zij zal in hoofdstuk 12 bespreken dat deze wet van toepassing is voor de gehele Relevante Periode, dat zij ontvankelijk is in deze procedure, en dat zij als exclusieve belangenbehartiger aangewezen dient te worden. Subsidiair, voor zover de WAMCA niet of slechts op een deel van de Relevante Periode van toepassing is, stelt de Stichting haar vorderingen in onder de Wet collectieve afwikkeling massaschade (“**WCAM**”), zoals die gold voor inwerkingtreding van de WAMCA.

³⁸ Statuten Stichting Right to Consumer Justice (**Productie 25**).

Deel II. FEITEN

3. APPLE HEEFT ALLE CONCURRENTIE OP DE MARKT VOOR DISTRIBUTIEDIENSTEN VOOR iOS-APPS EN IN-APP PRODUCTEN TEGENGEHOUDEN

- 3.1. Apple heeft voor iOS-Apps en In-App Producten (die allemaal op haar eigen operating system iOS zijn gebaseerd) nooit geconcentreerd met distributiekanaalen van derden. Dat komt omdat Apple heeft voorkomen dat dergelijke kanalen actief worden waardoor ontwikkelaars *alle* iOS-Apps via het platform van Apple, de App Store, moeten aanbieden aan consumenten die deze willen downloaden. In dit hoofdstuk wordt uiteengezet hoe Apple iOS-Apps en In-App Producten distribueert, welke beperkingen Apple heeft opgelegd aan ontwikkelaars en eindgebruikers en op welke wijze Apple iedere vorm van concurrentie met de App Store onmogelijk heeft gemaakt.

De App Store is het enige distributiekanaal voor iOS-Apps

- 3.2. Op 10 juli 2008, ongeveer een jaar na de introductie van de iPhone, lanceerde Apple de App Store. Hieraan voorafgaand introduceerde Apple in mei 2008 een softwareontwikkelingskit voor externe app-ontwikkelaars. Apple stelt deze gereedschapskist alleen ter beschikking van ontwikkelaars die zich inschrijven voor het Apple Developer Program. Dat kost \$ 99,00 per jaar.³⁹
- 3.3. Om hun iOS-Apps in de App Store te kunnen verkopen, moeten externe iOS-ontwikkelaars onder andere de Apple Developer Agreement,⁴⁰ de Apple Developer Program License Agreement (hierna: "DPLA")⁴¹ en bijlage 2 bij deze laatste overeenkomst⁴² (tezamen: "**Developer Agreement**") ondertekenen. Bijlage 2 bevat de voorwaarden die bepalen dat ontwikkelaars een provisie van 30% over betaalde verkopen van iOS-Apps en In-App Producten aan Apple betalen, behoudens een beperkt aantal uitzonderingen die hieronder worden besproken.⁴³
- 3.4. Zodra een iOS-ontwikkelaar zich heeft ingeschreven voor het Apple Developer Program – en de \$ 99,00 kosten voor het eerste jaar heeft betaald – krijgt hij toegang tot het Apple Developer Portal.⁴⁴ Daarin kunnen onder meer de *Membership* worden ingezien, de algemene accountgegevens worden gewijzigd, en het team van ontwikkelaars (en dus het team dat toegang heeft tot bepaalde test-versies van de iOS-App, ook wel 'TestFlight'-gebruikers genoemd) worden bijgehouden. Ook geeft dit portal toegang tot de App Store Connect.⁴⁵ Daarin wordt het volgende vermeld: "As a member of the Apple Developer Program, you'll use App Store Connect to submit and manage apps, invite users to test with TestFlight, add tax and banking information, access sales reports, and more".
- 3.5. In de App Store Connect verkrijgt de iOS-ontwikkelaar vervolgens een overzicht van de nog te publiceren of reeds gepubliceerde iOS-Apps.⁴⁶ Ook dienen ontwikkelaars in de App Store Connect akkoord te gaan met de Developer Agreement.⁴⁷

³⁹ Zie <https://developer.apple.com/support/compare-memberships/> (laatst geraadpleegd 24 september 2021) (**Productie 26**).

⁴⁰ Zie <https://developer.apple.com/support/downloads/terms/apple-developer-agreement/Apple-Developer-Agreement-20210607-Dutch.pdf> (laatst bezocht op 24 september 2021) (**Productie 27**).

⁴¹ Zie <https://developer.apple.com/support/downloads/terms/apple-developer-program/Apple-Developer-Program-License-Agreement-20210607-Dutch.pdf> (laatst bezocht op 24 september 2021) (**Productie 28**).

⁴² Zie <https://developer.apple.com/support/downloads/terms/schedules/Schedule-2-and-3-20210607-Dutch.pdf> (laatst bezocht op 24 september 2021) (**Productie 29**).

⁴³ Idem, bijv. alinea 3.4.

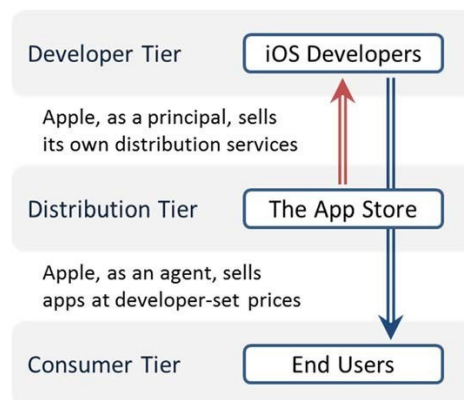
⁴⁴ Apple, *Apple Developer Portal*, screenshot 001 (**Productie 30**).

⁴⁵ Apple, *App Store Connect*, screenshot 002 (**Productie 31**).

⁴⁶ Apple, *App Store Connect*, screenshot 003 (**Productie 32**).

⁴⁷ Apple, *App Store Connect*, screenshot 004 (**Productie 33**).

- 3.6. Zodra een iOS-ontwikkelaar een door hem ontwikkelde iOS-App wilt publiceren, dient hij deze te uploaden in het daarvoor bestemde portal binnen de App Store Connect.⁴⁸ Zodra de iOS-App geüpload is, kan men de gewenste verkoopprijs selecteren.⁴⁹ Ook kan men bepaalde landen (de)selecteren zodat de iOS-App in specifieke nationale App Stores beschikbaar komt.⁵⁰
- 3.7. iOS-Apps en In-App Producten moeten eerst door Apple goedgekeurd worden, voordat een ontwikkelaar deze in de App Store mag verkopen. Daartoe heeft Apple een reeks App Store Review Guidelines opgesteld.⁵¹ Een iOS-App of In-App Product dat niet voldoet aan een vereiste in de Review Guidelines kan worden geweigerd.⁵²
- 3.8. Ontwikkelaars bepalen ogenschijnlijk zelf de prijzen voor producten die in de App Store worden verkocht, maar de vrijheid die zij daarin hebben wordt beperkt door Apple. In werkelijkheid moeten ontwikkelaars de prijs van hun iOS-Apps (en In-App-Producten) bepalen op basis van vaste prijscategorieën. Deze verschillen per valuta. Om hun apps binnen Europa te verkopen, moeten ontwikkelaars op dit moment ten minste € 0,99 vragen en liggen de daaropvolgende prijzen op € 1,,99, € 2,99, € 3,99, € 4,99, enzovoort.⁵³
- 3.9. Apple is de operator van de App Store en fungeert daarmee als tussenpersoon tussen de ontwikkelaars en de consumenten. Ontwikkelaars kopen de distributiediensten rechtstreeks bij Apple in; Apple treedt op als vertegenwoordiger en verkoopt de apps aan de eindgebruikers. In een memorie aan de Amerikaanse Supreme Court gaf Apple haar transacties met ontwikkelaars als volgt weer:⁵⁴



- 3.10. In deze hoedanigheid van tussenpersoon - die ook voor de EU markt geldt en dus in de Nederlandse App Store - brengt Apple bij ontwikkelaars een provisie over de verkoop van iedere iOS-App en In-App Product in rekening. De standaardprovisie van Apple bedraagt 30% en is hetzelfde gebleven sinds de lancering van de App Store. Pas zeer recent, op 18 november 2020, heeft Apple het

⁴⁸ Apple, *App Store Connect*, screenshot 005 (**Productie 34**).

⁴⁹ Apple, *App Store Connect*, screenshot 006 (**Productie 35**).

⁵⁰ Apple, *App Store Connect*, screenshot 007 (**Productie 36**).

⁵¹ Zie <https://developer.apple.com/app-store/review/guidelines/> (laatst bezocht op 24 september 2021) (**Productie 37**).

⁵² Zoals hieronder nader wordt toegelicht, heeft Apple apps van concurrenten geweigerd die wel aan de Review Guidelines voldoen.

⁵³ Zie <https://itunespartner.apple.com/assets/downloads/072821-Apps-Pricing-SAfr-UK-EUR.pdf> (laatst bezocht op 24 september 2021) (**Productie 38**).

⁵⁴ Consolidated Class Action Complaint for Violations of the Sherman Act and California Unfair Competition Law, 4:19-cv-03074, 30 september 2019 (Productie 2).

zogenaamde *Small Business Program* aangekondigd⁵⁵ (zie hieronder bij paragraaf 6.5 e.v.) en verwerkt in haar voorwaarden dat kort gezegd de provisie verlaagt naar 15% voor ontwikkelaars die in het afgelopen jaar minder dan USD 1.000.000 aan omzet hebben behaald. Apple heeft onlangs toegegeven dat de in de inleiding genoemde *class action* in de VS die door Hagens Berman werd geïnitieerd “[was] a factor in its decision to adopt the [Small Business Program]”.⁵⁶

- 3.11. Apple kan ook beschouwd worden als een detailhandelaar die op groothandelsniveau apps van ontwikkelaars koopt en deze aan consumenten doorverkoopt. Of Apple nu wordt gezien als de verkoper van app-distributiediensten of als detailhandelaar die op groothandelsniveau apps inkoopt en deze vervolgens doorverkoopt, heeft geen wezenlijk gevolgen voor de inhoudelijke analyse. In beide scenario's heeft Apple immers alle concurrentie voor de door haar aangeboden diensten de pas afgesneden.
- 3.12. Apple heeft dit gedaan door middel van een reeks elkaar wederzijds versterkende contractuele en technologische beperkingen. Op grond van de DPLA mogen ontwikkelaars hun iOS-Apps niet buiten de App Store om verspreiden.⁵⁷ Als er dus een iOS app store van een externe (derde) partij zou komen, zou het iOS-ontwikkelaars contractueel verboden zijn om hiervan gebruik te maken. De DPLA verbiedt ontwikkelaars bovendien iOS-Apps te maken die zelf als alternatieve app store zouden kunnen fungeren.⁵⁸ Ten slotte staat het iOS-besturingssysteem technologisch gezien niet toe dat gebruikers apps downloaden buiten de App Store om. Al deze beperkingen samen houden alle alternatieve distributiekanaalen tegen. De ACM concludeerde dan ook:

“[t]he Apple App Store (hereafter: App Store) is the only app store available for iOS. It is not possible for consumers to access native apps outside the App Store.”⁵⁹

- 3.13. Om deze beperkingen te omzeilen, moet niet alleen in strijd worden gehandeld met de (contractuele) richtlijnen van Apple, maar moet bovendien gebruik worden gemaakt van (technologisch) ongebruikelijke dan wel twijfelachtige *work-arounds*. Het is bijvoorbeeld mogelijk een iOS-apparaat te “jailbreaken” om programmeertoegang tot iOS te krijgen. Hiermee kunnen apps buiten de App Store om handmatig geïnstalleerd worden.⁶⁰ De ACM constateerde echter dat dit alleen kan worden gedaan door “*very skilled hackers or teams of hackers*” en dat de garantie kan komen te vervallen als een apparaat geïnstalleerd is en het apparaat dan “*very insecure*” kan worden.⁶¹ De ACM concludeerde dat het jailbreaken van een telefoon (of enig ander sideloading mechanisme) “*not viable for the average consumer*” is.⁶² Het wordt ook niet goedgekeurd door Apple.

Het IAP-mechanisme van Apple is het enige middel voor het distribueren van digitale In-App Producten

- 3.14. Een In-App Product is een functie, dienst of product dat binnen een app kan worden ontgrendeld dan wel gekocht. Er zijn vele soorten denkbaar. Zo houdt het bestellen van een Uber een in-app aankoop in. De gebruiker opent de Uber-app en voltooit van daaruit de transactie, dus het

⁵⁵ Apple, *Apple kondigt App Store Small Business Program aan*, 18 november 2018, beschikbaar via: <https://www.apple.com/nl/newsroom/2020/11/apple-announces-app-store-small-business-program/> (laatst bezocht op 17 september 2021) (**Productie 39**).

⁵⁶ Stipulation and Settlement, 4:19-cv-03074, 26 augustus 2021, § 2.3 (**Productie 40**)

⁵⁷ Zie <https://developer.apple.com/support/downloads/terms/apple-developer-program/Apple-Developer-Program-License-Agreement-20210607-Dutch.pdf> at § 3.2 (laats bezocht op 24 september 2021) (**Productie 29**).

⁵⁸ *Idem*, § 3.3.2.

⁵⁹ ACM-rapport, 21 (**Productie 3**).

⁶⁰ *Idem*, 46.

⁶¹ *Idem*.

⁶² *Idem*, 21 n.19.

vervoer.⁶³ Datingapps bieden doorgaans een scala aan functies die kunnen worden ontgrendeld door middel van abonnementsverlengingen die beschikbaar gesteld worden binnen de app. Apps die abonnementen op muziek of films aanbieden (bv. Spotify of Pathé Thuis), bieden hun inhoud ook aan door middel van een in-app aankoop, zowel wat betreft het abonnementsgeld als ook specifieke aankopen (zoals een film die alleen tegen extra betaling te zien is). Veel spelontwikkelaars bieden gebruikers de mogelijkheid hun prestaties en vaardigheden binnen het spel te verbeteren of levels vrij te spelen door middel van tools die binnen het spel kunnen worden gekocht. Ook dat zijn in-app aankopen.

- 3.15. Toen de App Store voor het eerst werd gelanceerd, had Apple nog geen IAP-mechanisme. Ontwikkelaars konden toen op verschillende manieren (en zonder tussenkomst van Apple) geld verdienen aan In-App Producten. ██████████, voormalig Senior Vice President van Apple en architect van iOS, heeft in een Amerikaanse rechtszaak toegegeven dat *"there were some apps on the App Store prior to the release of IAP that were using their own payment mechanisms for different kinds of purchases made in the app"*.⁶⁴

- 3.16. Apple zag de populariteit van In-App Producten en nam in 2009 maatregelen om een aanzienlijk deel van deze inkomsten voor zichzelf in te pikken. Apple heeft dit gedaan door haar eigen IAP-mechanisme voor (digitale) In-App Producten te introduceren en het gebruik ervan verplicht te stellen. Deze beperking wordt als volgt uiteengezet in de App Store Review Guidelines (en andere contracten):

"If you want to unlock features or functionality within your app, (by way of example: subscriptions, in-game currencies, game levels, access to premium content, or unlocking a full version), you must use in-app purchase. Apps may not use their own mechanisms to unlock content or functionality, such as license keys, augmented reality markers, QR codes, etc."⁶⁵

- 3.17. Net als bij de distributie van iOS-Apps brengt Apple standaard een provisie van 30% in rekening over alle (verkochte) In-App Producten van ontwikkelaars; ook dit tarief is hetzelfde gebleven sinds de lancering van IAP in 2009.
- 3.18. Deze koppeling van In-App Producten aan het eco-systeem van Apple komt erop neer dat Apple gebruikers van bepaalde iOS-Apps binnen die apps toegang biedt tot digitale content die buiten die apps is gekocht.⁶⁶ Zo kan een online gekocht Netflix-abonnement geopend worden op een iOS-apparaat.⁶⁷ Bij de lancering van IAP heeft Apple sommige ontwikkelaars (nog) de mogelijkheid geboden om links of andere prompts in hun iOS-Apps in te bouwen die gebruikers naar een externe website leiden voor de aanschaf van In-App Producten.⁶⁸ Deze aankopen konden toen worden voltooid met behulp van het betalingsmechanisme van de ontwikkelaars zelf, en dus zonder dat Apple daarover een provisie kreeg aangezien zij deze betaaltransacties niet verwerkte.

⁶³ Apple ziet een Uber-rit als een fysiek product waarop, zoals hieronder wordt besproken, haar verplichte IAP-mechanisme niet van toepassing is.

⁶⁴ *Epic Games v. Apple Inc.*, zaak nr. 20-cv-5640 (Northern District of California), transcript van het proces, 3096:17-21 (citaat bij getuigenverklaring) (Productie 8).

⁶⁵ Zie <https://developer.apple.com/app-store/review/guidelines/> § 3.1.1 (laatst bezocht op 24 september 2021) (Productie 37).

⁶⁶ *Idem*, § 3.1.3.

⁶⁷ In december 2018 stopte Netflix met het ondersteunen van in-app-facturatie voor nieuwe klanten, nadat zij tot de conclusie was gekomen dat de kosten van het aanbieden van abonnementen via IAP op iOS hoger waren dan de opbrengsten daarvan. Zie Chance Miller, *Emails reveal Apple's attempts to stop Netflix from dropping App Store In-App Purchase support*, 9to5 Mac (5 mei 2021), beschikbaar op <https://9to5mac.com/2021/05/05/netflix-apple-in-app-purchase/> (laatst bezocht op 24 september 2021) (Productie 41).

⁶⁸ *Epic Games v. Apple Inc.*, zaak nr. 20-cv-5640 (Northern District of California.), rol nr. 777-3, *Findings of Fact Proposed by Epic Games, Inc.* blz. 55-57, alinea 116.; *idem*, blz. 61, alinea 127-28 (Productie 8).

- 3.19. Deze praktijk was echter van korte duur. In 2011 heeft Apple strenge regels ingevoerd die ontwikkelaars verbieden om andere betaalopties te promoten dan het IAP-mechanisme van Apple. De App Store Review Guidelines hadden in dit verband bepaald:

"Apps and their metadata may not include buttons, external links, or other calls to action that direct customers to purchasing mechanisms other than in-app purchase."⁶⁹

Bovendien mogen ontwikkelaars geen andere middelen gebruiken die

"encourage users to use a purchasing method other than in-app purchase."⁷⁰

Als een ontwikkelaar bijvoorbeeld e-mailadressen van gebruikers verkrijgt via de iOS-App, was in het verleden niet toegestaan om die e-mailadressen vervolgens te gebruiken om alternatieve aankoopmethoden aan te prijzen.⁷¹ Kortom, hoewel het sommige ontwikkelaars in principe lijkt te zijn toegestaan om In-App Producten buiten hun iOS-apps om, dus bijvoorbeeld via de eigen website, te verkopen (nu dit niet specifiek is verboden), worden zij door Apple in feite verboden om gebruikers op deze mogelijkheid te wijzen. Zoals hieronder nog zal worden besproken, moet Apple deze zogenaamde *anti-steering* beperkingen in de VS verzachten als gevolg van de reeds genoemde *class action* aldaar.

- 3.20. De beperkingen ten aanzien van IAP die Apple hanteert gelden alleen voor de in-app-aankoop van *digitale* producten. Voor apps die goederen of diensten in de offline wereld aanbieden (aangeduid als: "*physical goods or services that will be consumed outside the app*"), mogen ontwikkelaars hun eigen betalingsmechanisme gebruiken; sterker nog, daarvoor mogen zij geen gebruik maken van IAP van Apple.⁷² Apple heeft nooit een logische reden gegeven waarom zij het gebruik van haar IAP-mechanisme alleen verplicht stelt voor *digitale* in-app content.⁷³ Apple heeft ook geen duidelijkheid gegeven over wat "digitaal" en wat "fysiek" is. Het onderscheid wordt ad hoc opgelegd; ontwikkelaars die in de categorie "digitaal" worden geplaatst, moeten deze kwalificatie gewoon aanvaarden en een aanzienlijk deel van elke verkocht In-App Product (30% in de meeste gevallen) afdragen aan Apple.⁷⁴ Daarbij komt dat Apple in een aantal belangrijke gevallen, bijvoorbeeld bij muziekstreamingsdiensten, dezelfde content aanbiedt via haar eigen apps (in het voorbeeld: Apple Music). Omdat Apple zichzelf echter niet hoeft te betalen voor het - voor haar concurrenten: verplichte - gebruik van IAP, heeft zij een concurrentievoordeel ten opzichte van concurrerende app-ontwikkelaars (voor wat betreft muziekstreamingsdiensten bijvoorbeeld Spotify). Zoals al in de inleiding aangestipt, wordt dit specifieke punt van concurrentievervalsing op dit moment door de Europese Commissie onderzocht.

4. DE RELEVANTE MARKT: DE DISTRIBUTIEDIENSTEN VOOR IOS-APPS EN IN-APP PRODUCTEN

- 4.1. Om te beoordelen of er sprake is van een machtspositie, is het van belang om eerst de relevante markt af te bakenen. In de Bekendmaking van de Commissie inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijke mededingingsrecht wordt dit als volgt toegelicht:

"De bepaling van de markt is een instrument om de grenzen van de mededinging tussen ondernemingen te onderkennen en af te bakenen. Zij biedt de mogelijkheid het kader af te bakenen waarbinnen de Commissie het mededingingsbeleid toepast. De voornaamste doelstelling van de

⁶⁹ Zie <https://developer.apple.com/app-store/review/guidelines> § 3.1.1 (laatst bezocht op 24 september 2021) (Productie 37).

⁷⁰ *Idem*, § 3.1.3.

⁷¹ *Idem*.

⁷² *Idem*, § 3.1.3(e).

⁷³ ACM-rapport (Productie 3), p. 89.

⁷⁴ *Idem*.

marktbevestiging is de vaststelling van een systematische manier om de concurrentiedwang waarmee de betrokken ondernemingen worden geconfronteerd, te onderkennen. De bepaling van een productmarkt en een geografische markt is erop gericht, vast te stellen welke feitelijke concurrenten van de betrokken ondernemingen in staat zijn te wege op het gedrag van de betrokken ondernemingen of deze te beletten onafhankelijk van daadwerkelijke concurrentiedwang op te treden."

- 4.2. De relevante markt waarop de machtspositie van Apple moet worden beoordeeld, wordt aldus vastgesteld aan de hand van de combinatie van de productmarkt en de geografische markt die als volgt worden gedefinieerd:

"Een relevante productmarkt omvat alle producten en/of diensten die op grond van hun kenmerken, hun prijzen en het gebruik waarvoor zij zijn bestemd, door de consument als onderling verwisselbaar of substitueerbaar worden beschouwd."

en

"De relevante geografische markt is het gebied waarbinnen de betrokken ondernemingen een rol spelen in de vraag naar en het aanbod van goederen of diensten, waarbinnen de concurrentievoorwaarden voldoende homogeen zijn en dat van aangrenzende gebieden kan worden onderscheiden doordat daar duidelijk afwijkende concurrentievoorwaarden heersen."

De relevante productmarkt(en)

- 4.3. Relevante productmarkten worden afgebakend op basis van de beginselen van substitutie of onderlinge uitwisselbaarheid. Dit betekent dat de relevante markt voor een product zowel het betrokken product moet omvatten als alle substituten die de consument redelijkerwijs onderling verwisselbaar acht. Op grond van deze beginselen wordt het gebied van daadwerkelijke mededinging afgebakend, waarbinnen substitutie de prijzen en het gedrag van ondernemingen in toom kan houden.
- 4.4. Omdat er geen (redelijke) substituten zijn voor de distributiediensten van Apple voor iOS-Apps en In-App-Producten, geldt als relevante productmarkt: de markt voor distributiediensten voor iOS-Apps en In-App Producten (via de App Store van Apple).
- 4.5. Er zou beargumenteerd kunnen worden dat er een onderscheid gemaakt kan worden tussen de distributiediensten voor iOS-Apps en voor In-App Producten. Dit vanuit de gedachte dat de distributie van een iOS-App niet geheel uitwisselbaar is met de distributie van een In-App Product. In dat geval zou er gesproken kunnen worden van twee aparte relevante productmarkten: (i) de markt voor distributiediensten voor iOS-Apps (via de App Store); en (ii) de markt voor distributiediensten voor In-App Producten (via de App Store).
- 4.6. Deze nadere afbakening is echter een puur theoretische en geen praktische exercitie. De marktpartijen, marktstructuur en concurrentievoorwaarden zijn in beide gevallen exact hetzelfde en er is geen consequentie voor vaststelling van de machtspositie van Apple. Om die reden wordt hieronder uitgegaan van één markt voor distributiediensten voor iOS-Apps én In-App Producten (via de App Store van Apple).

Geen substituten: inleiding

- 4.7. Andere app stores die iOS-Apps (en daaraan gekoppelde In-App Producten) kunnen distribueren, komen het dichtst in de buurt als substituuat voor de App Store. Een ander, iets minder verwant substituuat, is distributie in eigen beheer door iOS app-ontwikkelaars. Via beide distributiekkanalen zouden gebruikers iOS-Apps en In-App Producten kunnen downloaden op hun iOS apparaten en zou op een meer concurrerende markt enige mate van substitutie tussen alle kanalen te verwachten

zijn. Zo zijn bijvoorbeeld op de markt voor Windows-pc-apps zowel alternatieve app stores als verkooppunten voor distributie in eigen beheer ontstaan om consumenten te bedienen, hetgeen erop wijst dat er een zekere mate van substitutie bestaat tussen app stores en andere distributiekanaal voor (in dat geval) pc-apps.

- 4.8. In het iOS-ecosysteem heeft Apple het ontstaan van mogelijke substituten echter voorkomen. Zoals hierboven is uiteengezet, zijn iOS-app stores van derden en de distributie van apps door iOS-ontwikkelaars in eigen beheer strikt verboden vanwege de (contractuele en technische) beperkingen die Apple heeft opgelegd.⁷⁵ Daarmee heeft Apple zichzelf tot de *exclusieve* distributeur van alle iOS-Apps en In-App Producten gemaakt.
- 4.9. Voor zover Apple zich op het standpunt stelt dat zij concurreert op een grotere markt, zal de Stichting hieronder uiteenzetten dat geen enkel kanaal dat door Apple genoemd zou kunnen worden redelijkerwijs uitwisselbaar (vanuit welk oogpunt dan ook) is met haar eigen distributiediensten voor iOS-Apps en In-App Producten. Derhalve bestaat de relevante productmarkt (enkel) uit de voorgenoemde distributiediensten (van Apple), hetgeen overigens ook nog eens een zeer grote markt is, die alleen al in 2020 \$ 64 miljard aan inkomsten zou hebben gegenereerd.⁷⁶

Android-apps en Android-in-app-producten zijn geen redelijke substituten

- 4.10. Het iOS-besturingssysteem is uniek en niet compatibel met andere mobiele besturingssystemen. Dat geldt derhalve ook voor de markt voor iOS-distributiediensten. Een iOS-ontwikkelaar heeft dan ook iOS-distributiediensten nodig, zodat zijn product de gebruikers van iOS-apparaten kan bereiken. Het maakt voor een iOS-ontwikkelaar niet uit dat er andere distributiekanaal zijn opgezet om gebruikers van producten met een *ander* mobiel besturingssysteem te bereiken.
- 4.11. In Nederland, en overigens wereldwijd, is Android het enige andere mobiele besturingssysteem met een marktaandeel van betekenis. Samen hebben iOS en Android tussen 98% en 100% van de Nederlandse markt in handen.⁷⁷ De ACM heeft in haar onderzoek echter vastgesteld dat "*switching behaviour between [these] app-ecosystems is [] infrequent due to high switching costs formed by the app-ecosystem that is not compatible with other app-ecosystems.*"⁷⁸ Met andere woorden, consumenten die iOS-apparaten gebruiken, zijn in feite "locked into the app-ecosystem" (aldus de ACM).⁷⁹ Een subcommissie van het Amerikaanse Congres dat onderzoek doet naar (onder meer) het gedrag van Apple in het licht van Amerikaans mededingingsrecht is het eens met deze conclusie en constateert dat "*Apple's market power is durable due to high switching costs, ecosystem lock-in, and brand loyalty.*"⁸⁰
- 4.12. Het is geen toeval dat klanten vast komen te zitten aan het ecosysteem van Apple; dit is immers een van de hoofdpijlers van haar bedrijfsmodel. Steve Jobs zei ooit zelf dat de strategie van Apple bestaat uit "*[tying] all of our products together, so we further lock customers into our*

⁷⁵ De enige uitzondering vormen marginale verkooppunten die in strijd met de regels van Apple opereren en een *minimaal* marktaandeel hebben.

⁷⁶ Zie The Verge, *Apple's App Store made an estimated \$64 billion in 2020* (8 januari 2021), beschikbaar op: <https://www.theverge.com/2021/1/8/22220873/apple-2020-app-store-revenue-60-billion-dollars> (laatst bezocht op 24 september 2021) (**Productie 42**)

⁷⁷ Zie ACM-rapport (Productie 3), p. 32.

⁷⁸ *Idem*, p. 56.

⁷⁹ *Idem*.

⁸⁰ Subcommittee on Antitrust, Commercial and Administrative Law of the Committee on the Judiciary, *Investigation of Competition in Digital Markets* ("US Congressional Report"), p. 334, beschikbaar via: <https://s3.documentcloud.org/documents/7222833/House-Tech-Antitrust-Report.pdf> (laatst bezocht op 24 september 2021) (**Productie 43**).

ecosystem.”⁸¹ Om te voorkomen dat consumenten ergens anders gaan shoppen, integreert Apple haar diensten (waaronder de App Store) “as far into the iPhone OS experience as possible.”⁸² Functionarissen van Apple zien in dat dit “get[s] people hooked to the ecosystem.”⁸³ De ACM is het daarmee eens en merkt op dat de “tight integration” tussen Apple's apparaten en haar diensten het moeilijk maakt om op Android over te stappen.⁸⁴

- 4.13. De iMessage-dienst van Apple is hier een duidelijk voorbeeld van. iMessage is een populair platform voor de uitwisseling van berichten, maar alleen partijen die met elkaar communiceren via iOS-apparaten kunnen gebruik maken van alle eigenschappen (waaronder berichtversleuteling). De bedrijfstop van Apple erkent dat Apple eenvoudig een versie “on Android that worked with iOS” zou kunnen maken, zodat gebruikers van beide platforms de mogelijkheid hebben “[to] exchange messages with one another seamlessly.”⁸⁵ Apple kiest echter ervoor om dit niet te doen. Naar aanleiding van een voorstel van [REDACTED] (Apple's Senior Vice President of Internet Software and Services) om een team te zetten op het ondersteunen van iMessage op Android, gaf een andere senior executive van Apple in 2013 aan dat “[putting] iMessage on Android would simply serve to remove [an] obstacle to iPhone families giving their kids Android phones.”⁸⁶ Drie jaar later herhaalde Apple-fellow [REDACTED] (die lange tijd verantwoordelijk was voor het leiden van de App Store) dit nog eens toen een (niet bij naam genoemde) Apple-medewerker in 2016 opmerkte dat “[t]he #1 most difficult [reason] to leave the Apple universe app is iMessage. iMessage amounts to serious lock-in”. Schiller antwoordde: “[M]oving iMessage to Android will hurt us more than help us, this email illustrates why.”⁸⁷
- 4.14. Door iMessage exclusief voor de iPhone te maken en het diep in het ecosysteem in te bouwen, heeft Apple er bewust voor gekozen deze obstakels in stand gehouden.
- 4.15. Apple volgt dezelfde strategie met betrekking tot gebruikerswachtwoorden. Nadat gebruikers eerst nog zelf een wachtwoord in moesten (en konden) voeren, werd deze functie in grotere mate geautomatiseerd. Daarmee werd de gebruiker afhankelijk van deze functie van Apple waarmee wachtwoorden in iOS zelf zijn opgeslagen (en niet meer in het hoofd van de gebruiker). Omdat Apple niet bereid is deze functie over te laten zetten op een Android-apparaat, heeft Apple nog een belemmering opgeworpen om over te stappen. Toen Craig Federighi (Senior Vice President software engineering van Apple) in 2019 door zijn CEO [REDACTED] werd gevraagd om in te gaan op wat Apple doet “[to] give us a long term competitive advantage,” wees hij op deze wachtwoordfuncties en legde uit dat ze “likely [...] make our platform more ‘sticky.’”⁸⁸

⁸¹ CNET, “Steve Jobs wanted to ‘further lock customers’ into Apple’s ‘ecosystem’” 2 april 2014, beschikbaar via: <https://www.cnet.com/news/steve-jobs-wanted-to-further-lock-customers-into-apples-ecosystem> (laatst bezocht op 24 september 2021) (Productie 44).

⁸² *Epic Games v. Apple Inc.*, zaak nr. 20-cv-5640 (Northern District of California), rolnr. 777-3, *Findings of Fact Proposed by Epic Games, Inc.*, blz. 18, alinea 54 (Productie 8).

⁸³ *Idem*. blz. 18, alinea 55.

⁸⁴ ACM-rapport (Productie 3), p. 55

⁸⁵ *Epic Games v. Apple Inc.*, zaak nr. 20-cv-5640 (Northern District of California), rolnr. 777-3, *Findings of Fact Proposed by Epic Games, Inc.*, blz. 20, alinea 60 (Productie 8).

⁸⁶ *Idem*; zie ook Russell Brandom, [REDACTED] wanted to bring iMessage to Android in 2013, The Verge (27 april 2021), beschikbaar op: <https://www.theverge.com/2021/4/27/22406303/imessage-android-eddy-cue-emails-apple-epic-deposition> (laatst bezocht op 24 september 2021) (Productie 45).

⁸⁷ *Epic Games v. Apple Inc.*, zaak nr. 20-cv-5640 (Northern District of California), rolnr. 777-3, *Findings of Fact Proposed by Epic Games, Inc.*, blz. 21, alinea 60 (Productie 8).

⁸⁸ *Epic Games v. Apple Inc.*, zaak nr. 20-cv-5640 (Northern District of California), rolnr. 777-3, *Findings of Fact Proposed by Epic Games, Inc.*, blz. 22, alinea 61 (Productie 8).

- 4.16. Overstappen naar een ander mobiel ecosysteem wordt verder belemmerd vanwege de hoge overstapkosten. Om van besturingssysteem te veranderen, moeten consumenten bestanden van het ene platform naar het andere overzetten en niet alle inhoud kan worden overgezet van iOS naar Android en vice versa. Dit betekent dat er afscheid moet worden genomen van sommige inhoud of dat deze opnieuw moet worden gekocht. Met als gevolg, zo concludeerde de ACM, dat “[t]he longer the consumer uses one app-ecosystem and builds up files, data and information, the higher the switching costs and the harder the lock-in.”⁸⁹ De reeds genoemde senior executive van Apple, █████, wond er geen doekjes om: “Who’s going to buy a Samsung phone if they have apps, movies, etc already purchased? They now need to spend hundreds more to get to where they are today.” Hij voegde eraan toe: “[g]etting customers using our stores (iTunes, App and iBook store) is one of the best things we can do is get people hooked to the ecosystem”.⁹⁰
- 4.17. Een andere wijze waarop Apple overstappen belemmert, is door producten niet compatibel (of minder functioneel) te maken op apparaten in andere ecosystemen. Om met de woorden van de ACM te spreken: “When the consumer also owns other (IoT) hardware, cables and other accessories that are only compatible with the initial smartphone, the odds of them buying a non-compatible smartphone are even slimmer.”⁹¹ Apple stimuleert gebruikers om meerdere Apple-apparaten aan te schaffen door ze zodanig te integreren dat processen en inhoud probleemloos tussen deze iOS apparaten kunnen worden uitgewisseld. Zoals commentatoren hebben opgemerkt; “[t]he main draw of iOS is really interoperability between iPhone and other Apple products.”⁹² Gebruikers die in meerdere Apple-apparaten hebben geïnvesteerd, worden ontmoedigd om er een of meer in te ruilen voor een ander merk, omdat de combinatie van apparaten dan minder functioneel wordt.
- 4.18. Al met al hebben de lock-in-strategie van Apple en de hoge overstapkosten geleid tot wat de ACM omschrijft als “path dependency” - een vorm van lock-in die “transcends the product’s lifecycle.”⁹³ Met andere woorden, de consument komt vast te zitten in het ecosysteem zelf en zal binnen dat ecosysteem blijven wanneer hij apparaten vervangt en toevoegt. Dit is geen theoretisch risico zoals de ACM voor Nederland heeft geconstateerd:
- “In the Netherlands, 33% of consumers bought a new smartphone in 2018. Of these consumers, 86% bought a new smartphone with the same OS, 9% bought a smartphone with a different OS on a voluntary basis, and 5% bought a smartphone with a different OS because their initial OS was no longer available (BlackBerry’s RIM or Windows Phone). When Dutch consumers were asked whether they plan to switch OS in the future, 93% state they stay with the same operating system, and 7% expects this may change. So switching mobile ecosystem is rare in the Netherlands.”⁹⁴
- 4.19. In het bovenstaande ging de aandacht vooral uit naar de moeilijkheden die consumenten ondervinden bij het overstappen van het ene mobiele ecosysteem op het andere (dus van iOS naar Android). Maar ook ontwikkelaars vinden het lastig om over te stappen. Omdat consumenten in feite vastzitten aan het iOS-ecosysteem, moeten ontwikkelaars (ook) iOS-apps maken om toegang te krijgen tot en inkomsten te genereren bij consumenten die iOS apparaten gebruiken. Ontwikkelaars kunnen hun apps dus niet alleen voor Android-apparaten schrijven en verwachten dat iOS-consumenten hen (kunnen) volgen.

⁸⁹ ACM-rapport (Productie 3), p. 55.

⁹⁰ *Epic Games v. Apple Inc.*, zaak nr. 20-cv-5640 (Northern District of California), rolno. 777-3, *Findings of Fact Proposed by Epic Games, Inc.*, blz. 25, alinea 63 (Productie 8).

⁹¹ ACM-rapport (Productie 3), p. 55-56.

⁹² *Epic Games v. Apple Inc.*, zaak nr. 20-cv-5640 (Northern District of California), rolno. 777-3, *Findings of Fact Proposed by Epic Games, Inc.*, blz. 25, alinea 64 (Productie 8).

⁹³ ACM-rapport (Productie 8), p. 55.

⁹⁴ ACM-rapport (Productie 8), p. 53.

- 4.20. Bovendien is het ontwikkelen van apps voor zowel iOS als Android "*expensive and time-intensive*."⁹⁵ Het komt voor dat ontwikkelaars leren coderen in de programmeertaal Swift voor iOS-apparaten, maar niet de kennis in huis hebben om een app in een andere programmeertaal te schrijven die wordt gebruikt voor apparaten die op een ander besturingssysteem draaien. Er is ook géén programma beschikbaar waarmee de code van de ene (iOS) app naar de ander (Android) app kan worden geconverteerd (zoals dit bij geluidsbestanden mogelijk is). In plaats daarvan moeten de apps opnieuw *from scratch* worden geschreven in de code voor het desbetreffende nieuwe besturingssysteem.⁹⁶
- 4.21. Voor grote softwareontwikkelaars of ontwikkelaars van populaire apps kunnen de kosten van het bouwen van apps voor meerdere platforms de moeite waard zijn. Maar de meeste ontwikkelaars zijn individuen of kleine bedrijven die niet genoeg middelen hebben en daarom ervoor kiezen om eerst apps te ontwikkelen voor het ene ecosysteem en pas voor het andere ecosysteem te schrijven als de app aan populariteit wint.⁹⁷ De feiten bevestigen dit: in 2013 was slechts 1,7 tot 3,2 procent van alle apps beschikbaar in twee of meer app stores van verschillende besturingssystemen.⁹⁸
- 4.22. Kortom, Android-apps en Android-in-app-producten zijn geen substituten voor iOS-Apps en In-App Producten omdat de besturingssystemen niet compatibel zijn. Substitutie kan alleen plaatsvinden door van (besturings)platform te veranderen, maar dit wordt ontmoedigd, is technisch moeilijk, kost veel tijd en geld en wordt dus zelden gedaan. Dit geldt voor zowel consumenten als afnemers als ontwikkelaars als 'leveranciers'. Android producten kunnen dan ook niet tot dezelfde relevante markt worden gerekend.

Webapps zijn geen redelijke substituten voor native apps

- 4.23. Zoals hierboven uiteengezet is, zijn de vordering die de Stichting in deze dagvaarding instelt gebaseerd op de beperkingen die Apple heeft doorgevoerd voor de distributie van iOS Apps en In-App Producten in de App Store. Apps die in de App Store worden aangeboden zijn apart gebouwd voor het iOS besturingssysteem. Zij worden daarom ook wel *native* apps genoemd, dus een stuk software dat voor een bepaald besturingssysteem is geschreven. Alle apps in de App Store zijn daarmee native apps. In het iOS-ecosysteem worden native apps (na het downloaden) als tegels op het startscherm van het apparaat weergegeven. Ze kunnen worden geopend door de tegel aan te raken (of erop te klikken).
- 4.24. Een *web(based)app* daarentegen wordt geopend via een internetbrowser (bv. Safari) zoals elke andere webpagina (ter voorkoming van misverstanden: de 'safari' tegel op het startscherm van een iPhone is dus een native app waarmee de zoekmachine wordt geopend, maar Safari zelf leidt de gebruiker alleen naar de webapps die op het web wordt uitgevoerd). Hoewel een webapp kan proberen een native app na te bootsen (denk aan een rekenmachine), heeft de ACM terecht geconcludeerd dat "*web-apps cannot be considered a realistic alternative to most native apps since their functionality and usability is limited compared to native apps, especially on iOS*."⁹⁹

⁹⁵ *Idem*

⁹⁶ MLDDev, *How to Convert an Android App to iOS or Vice Versa: 4-Step Process* (29 juli 2021), beschikbaar via: <https://mlsdev.com/blog/how-to-convert-android-app-to-ios> ("It is misleading to be told to use some kind of service or program to transfer your app to another platform with just a few clicks. Online tools like an Android to iOS converter simply do not exist. To summarize this part, if you convert an Android app to iOS, it simply means that you develop a new app from scratch.") (laatst bezocht op 24 september 2021) (**Productie 46**).

⁹⁷ ACM Rapport (Productie 3), p. 52.

⁹⁸ *Idem*.

⁹⁹ ACM Rapport (Productie 3), p. 44.

- 4.25. Een van de vele nadelen van webapps is dat voor webapps een internetverbinding nodig is, terwijl dat voor native apps niet het geval is. Dit beperkt de locaties waar webapps kunnen worden geopend en brengt in het geval van veel mobiele abonnementen voor consumenten extra datakosten met zich mee. Bovendien hebben webapps minder unieke functies en "prolonged load instances compared with native apps."¹⁰⁰ Apple heeft ook Adobe Flash geblokkeerd op de iPhone, wat het aanbieden van "games or video content through the browser" bemoeilijkt.¹⁰¹ Tenslotte hebben webapps, in tegenstelling tot native apps, geen toegang tot, en kunnen ze dus niet integreren met, de hardware van een iOS-apparaat. Zo kan bijvoorbeeld een native app gebruik maken van de camera of GPS van een iPhone, terwijl een webgebaseerde app dat dus niet kan.¹⁰² [REDACTED], de architect van iOS, verklaarde in een Amerikaanse rechtszaak dat de voordelen van native apps ten opzichte van webapps "*voluminous*" zijn en dat native apps "*faster*" zijn, "*use less memory*" en een betere toegang hebben tot "*native graphics and libraries*."¹⁰³
- 4.26. Bovendien is de *user experience* van webapps van mindere kwaliteit, omdat er geen hulpmiddelen zijn zoals *swiping* om de inhoud te filteren.¹⁰⁴ Dit zijn belangrijke eigenschappen. De populariteit van datingapp Tinder is bijvoorbeeld te danken aan de swipe-functie, waarmee gebruikers met hun vinger de ene kant op kunnen vegen om een profiel af te wijzen en de andere kant op om het te accepteren. Door de swipe-functie, zo heeft de oprichter van Tinder uitgelegd, "*[p]eople end up having fun doing something that they would have otherwise considered laborious work*."¹⁰⁵ Die functie is echter niet beschikbaar in de webapp van Tinder, waarin gebruikers profielen moeten verslepen met de muis of het trackpad. Datingapps beschikken ook over pushmeldingen en locatiediensten, die niet beschikbaar zijn in de web-based varianten. Mede daarom heeft een vertegenwoordiger van de Match Group (eigenaar van Tinder) in een Amerikaanse rechtszaak verklaard dat zij webapps niet als substituuut voor een native iOS-app beschouwt.¹⁰⁶
- 4.27. Apple erkent overigens zelf dat web-based apps minder goed zijn dan native apps. Apple heeft de ACM in dit verband laten weten dat als een "*app offers [what] is also possible within a browser, then it doesn't belong in the App Store. A web-app can simulate a native app, but a native app shouldn't only simulate a web-app or browser*."¹⁰⁷ Als Apple een native app niet in de App Store zou toelaten op grond van het feit dat deze enkel de gebruikerservaring van een webapp zou nabootsen, kan zij moeilijk beweren dat native apps en webapps redelijkerwijs onderling uitwisselbaar zijn.
- 4.28. Gezien hun functionele verschillen en duidelijk beperkte gebruikerservaring zin webapps geen redelijk substituuut (zoals Apple zelf lijkt te erkennen) en kunnen deze dan ook niet tot dezelfde relevante markt worden gerekend als *native* iOS Apps en In-App Producten.

¹⁰⁰ *Idem*, 43.

¹⁰¹ *Idem*.

¹⁰² *Idem*.

¹⁰³ *Epic Games v. Apple Inc.*, Case No. 20-cv-5640 (N.D. Cal.), Dkt. No. 777-3, *Findings of Fact Proposed by Epic Games, Inc.*, p. 133 ¶ 231 (Productie 8).

¹⁰⁴ *Idem* p. 142 ¶ 240.

¹⁰⁵ Catherine Clifford, *How a Tinder founder came up with swiping and changed dating forever*, beschikbaar op: <https://www.cnbc.com/2017/01/06/how-a-tinder-founder-came-up-with-swiping-and-changed-dating-forever.html> (laatst bezocht op 24 september 2021) (Productie 47).

¹⁰⁶ *Epic Games v. Apple Inc.*, zaak nr. 20-cv-5640 (Northern District of California), rolr. 777-3, *Findings of Fact Proposed by Epic Games, Inc.*, blz. 142, alinea 240 (Productie 8).

¹⁰⁷ ACM Rapport, p. 42 (onder verwijzing naar notities gemaakt op een vergadering van Apple op 17 december 2018) (Productie 3).

Consoles en personal computers zijn geen redelijke substituten

- 4.29. In een Amerikaanse rechtszaak heeft Apple zich ook nog op het standpunt gesteld dat games die op consoles en pc's worden gespeeld tot dezelfde markt behoren als game apps en in-app-game products voor iOS. Dit is om de volgende redenen onjuist.
- 4.30. Games kunnen inderdaad worden gespeeld op een iOS-apparaat én op consoles (bijv. Sony PlayStation of Nintendo). Maar daar houdt de gelijkenis op. De meeste games die voor iOS beschikbaar zijn, zijn niet beschikbaar voor consoles of pc's en vice versa. Een wezenlijk verschil is bovendien dat het spelen van games op een console of pc op één vaste plek plaatsvindt. Het apparaat beweegt niet met de gebruiker mee. Dit terwijl games op iOS-apparaten juist overal kunnen worden gespeeld, bijvoorbeeld onderweg in de metro, in de rij bij de kassa, op school of waar de gebruiker zich ook bevindt.
- 4.31. Dit wil niet zeggen dat consumenten of op een console (of pc) of op een mobiel iOS-apparaat games spelen. Consumenten zullen vaak zowel op console én op een mobiel iOS apparaat games spelen. Maar dat maakt consoles (of pc's) nog geen *substituten*. Afgezien van het feit dat de meeste spellen niet op meerdere platforms beschikbaar zijn, zijn vaste en mobiele spellen hooguit producten die elkaar aanvullen. Consoles en pc's bieden een ervaring waarin de speler ondergedompeld wordt, die plaatsvindt op één plek en waarbij gebruik gemaakt wordt van geavanceerde besturing en gameplay. Mobiele games op iOS daarentegen bieden gebruikers een minder meeslepende ervaring, maar kunnen wel overal en altijd opgestart worden en ook even kort tussendoor gespeeld worden wanneer de gelegenheid zich voordoet. Analisten uit de game sector hebben in dit verband opgemerkt dat er steeds meer games op mobiele apparaten worden gespeeld vanwege "*an explosion in the number of micro-leisure moments—minutes of downtime when users can (and increasingly do) reach to mobile games to add interest and excitement to their daily routine.*"¹⁰⁸ Een gamer die op een console speelt, kan nog even verder spelen op een iPhone als hij niet thuis is. Maar in dit scenario vervangt de iPhone de console niet, of omgekeerd.
- 4.32. Kortom, consoles en pc-spellen kunnen niet voldoen aan de duidelijke vraag naar *mobiele* spellen die de populariteit van game apps en in-app-game producten voor iOS aanwakkert. Consoles en pc-spellen zijn niet redelijkerwijs uitwisselbaar met iOS-spellen en horen daarmee niet tot dezelfde relevante markt.

(Ook) *sideloading* biedt geen andere mogelijke substituten

- 4.33. De term "sideloading" beschrijft een proces waarbij apps kunnen worden geïnstalleerd "*on a smartphone without using the official app distribution channels.*"¹⁰⁹ Apple verbiedt uitdrukkelijk het sideloaden van iOS-apps of In-App Producten voor consumentengebruik. De technische middelen om dit te doen zijn niet alleen (contractueel) verboden, maar zij zijn ook uiterst schaars en vereisen technologische kennis die de gemiddelde consument niet heeft. In dit deel worden drie denkbare manieren voor het sideloaden van iOS-Apps of In-App Producten besproken en wordt uitgelegd waarom deze niet kunnen worden beschouwd als substituuat voor distributie via de App Store, zoals de ACM reeds heeft geconcludeerd.

¹⁰⁸ Liftoff, *Mobile Gaming Apps Report* (2018), 3, beschikbaar op: <https://cdn2.hubspot.net/hubfs/434414/Reports/2018 Apps/Liftoff 2018 Mobile Gaming Apps Report Aug.pdf> (laatst bezocht op 24 september 2021) (**Productie 48**).

¹⁰⁹ ACM-rapport (Productie 3), p. 45.

Jailbreaken

- 4.34. Wanneer een telefoon geïjailbreakt wordt, houdt dat in dat er een ongeoorloofde wijziging in iOS wordt aangebracht, waardoor de gebruiker onder meer iOS-Apps en In-App-Producten buiten de App Store om kan installeren. Cydia was een alternatieve iOS-app store waar ten minste tot en met 2018 apps voor geïjailbreakte telefoons konden worden gekocht.¹¹⁰
- 4.35. In de praktijk komt jailbreaken echter zelden voor. In de loop der tijd heeft Apple het steeds (technisch) moeilijker gemaakt om iOS-apparaten te jailbreaken en zijn er (zoals hierboven al opgemerkt) daar nu *"very skilled hackers or teams of hackers"* voor nodig.¹¹¹ Bovendien kan de Apple-garantie voor geïjailbreakte telefoons komen te vervallen. Daarnaast heeft Apple zelf gewaarschuwd dat jailbreaken leidt tot beveiligingsproblemen, instabiliteit, kortere batterijduur, onbetrouwbare spraak- en datatransmissie, storingen in de dienstverlening en het niet kunnen installeren van toekomstige software-updates.¹¹²
- 4.36. Gezien deze aanzienlijke nadelen en risico's en de vereiste technologische kennis en vaardigheden waarover men moet beschikken, is het jailbreaken van iOS-apparaten in de verste verte geen substituut voor het verkrijgen van iOS-Apps en In-App Producten via het enige goedgekeurde distributiekanaal van Apple: de App Store.¹¹³

(Oneigenlijke) Enterprise Distributie.

- 4.37. Het Apple Enterprise Program *"allows large organizations to develop and deploy proprietary, internal-use apps to their employees"*¹¹⁴ De apps die via het Enterprise Program zijn ontwikkeld, zijn echter niet bestemd voor algemeen gebruik, maar *"require private distribution directly to employees using secure internal systems."*¹¹⁵
- 4.38. Hoewel Apple dit niet toestond, heeft een beperkt aantal ontwikkelaars apps ontwikkeld via het Enterprise Program en deze vervolgens op illegale wijze aangeboden aan consumenten.¹¹⁶ Maar toen Apple achter deze overtredingen kwam, *"it banned the apps and revoked the license for the Enterprise Program."*¹¹⁷
- 4.39. Aangezien de distributie aan consumenten via het Enterprise Program op beperkte schaal plaatsvond, illegaal was en bovendien onmiddellijk werd stopgezet, kan het geen redelijk substituut vormen voor distributie via de App Store.¹¹⁸

Xcode

- 4.40. Apple staat ontwikkelaars toe om "Xcode provisioning" te gebruiken om hun apps te testen hetgeen buiten de App Store om gebeurt. Maar dit proces geeft een ontwikkelaar alleen toestemming om de iOS App voor testdoeleinden op zijn of haar eigen apparaten te

¹¹⁰ Zie Brian Heater, *Cydia shuts down purchasing mechanism for its jailbreak app store*, beschikbaar op: <https://techcrunch.com/2018/12/15/cydia-shuts-down-purchasing-mechanism-for-its-jailbreak-app-store/> (laatst bezocht op 24 september 2021) (**Productie 49**).

¹¹¹ ACM-rapport (Productie 3), p. 46.

¹¹² Apple, *Unauthorized modification of iOS can cause security vulnerabilities, instability, shortened battery life, and other issues*, 15 juni 2018, beschikbaar via: <https://support.apple.com/en-gb/HT201954> (laatst bezocht op 24 september 2021) (**Productie 50**).

¹¹³ ACM-rapport (Productie 3), p. 46, 51 ("[N]o realistic alternatives for apps or Apple's App Store exist within the iOS ecosystem.").

¹¹⁴ <https://developer.apple.com/programs/enterprise/> (laatst bezocht op 24 september 2021) (**Productie 51**).

¹¹⁵ *Idem*.

¹¹⁶ ACM-rapport (Productie 3), p. 45.

¹¹⁷ *Idem*.

¹¹⁸ *Idem*, 45, 51 ("[N]o realistic alternatives for apps or Apple's App Store exist within the iOS ecosystem.").

downloaden. Distributie aan consumenten is uitdrukkelijk verboden nu ontwikkelaars die gebruik willen maken van Xcode provisioning een overeenkomst moeten sluiten met Apple waarin zij verklaren dat zij *"install Your Applications on a reasonable, limited number of Authorized Test Units solely for use by You and/or Your Authorized Developers and only for internal testing and development of Your Applications, or for Your own personal, non-commercial use."*¹¹⁹

- 4.41. Xcode gebruiken om apps onder consumenten te verspreiden is niet alleen verboden, maar vereist ook veel technisch inzicht. Bovendien zijn apps die via Xcode provisioning zijn verkregen slechts 7 dagen geldig. Als een ontwikkelaar dus het arbeidsintensieve (en verboden) proces zou doorlopen om Xcode-apps onder consumenten te verspreiden, zouden die apps binnen een week verdwenen zijn en zou het hele proces opnieuw moeten worden doorlopen. En eventuele updates vereisen bovendien een volledige en arbeidsintensieve herinstallatie.¹²⁰
- 4.42. Hoewel er enkele meldingen zijn van ontwikkelaars die Xcode provisioning gebruiken om iOS Apps onder consumenten te verspreiden, komt dit slecht zelden voor, is het van korte duur en worden daarmee de streng gehandhaafde regels van Apple overtreden. De distributie van apps via dit medium kan niet als redelijkerwijs uitwisselbaar worden gezien met de diensten die door de App Store worden geleverd, hetgeen ook de ACM heeft geconcludeerd.¹²¹

"[N]o realistic alternatives for apps or Apple's App Store exist within the iOS ecosystem."

De relevante geografische markt

- 4.43. De Stichting behartigt in deze procedure de belangen van zowel ontwikkelaars van iOS-Apps en In-App Producten die deze in de (Nederlandse) App Store aanbieden als ook de belangen van de Nederlandse consumenten die deze in de App Store aanschaffen.
- 4.44. De relevante geografische markt is echter niet noodzakelijkerwijs beperkt tot de Nederlandse App Store en iOS-ontwikkelaars die in Nederland iOS-Apps of In-App Producten willen aanbieden. Immers, de vraag naar distributiediensten is vanuit iOS-ontwikkelaars niet beperkt tot Nederland. Veel ontwikkelaars zullen hun iOS-Apps en In-App Producten in meerdere landen of zelfs wereldwijd willen laten distribueren. In de praktijk zijn de iOS-Apps en In-App Producten van veel ontwikkelaars ook wereldwijd beschikbaar, althans in landen waar Apple een App Store heeft.
- 4.45. Ook het aanbod van distributiediensten is niet noodzakelijkerwijs beperkt tot Nederland. Apple heeft in vele landen een App Store en biedt daarmee in vele landen distributiediensten aan. Bovendien zijn de (concurrentie)voorwaarden in deze landen, en in ieder geval in de EU, vrijwel gelijk. Het is daarmee aannemelijk dat de afbakening van de relevante geografische markt ruimer is dan Nederland, bijvoorbeeld EU-breed of zelfs wereldwijd.
- 4.46. Net als bij de productmarkt geldt ook voor de afbakening van de relevante geografische markt(en) dat dit vooral een theoretische en geen praktische kwestie is. De App Store is immers wereldwijd op dezelfde manier opgezet (dus als exclusief en enige distributiekanaal) en daarmee heeft Apple in welke geografische marktdefinitie dan ook een marktaandeel van bijna 100% met betrekking tot de distributiediensten voor iOS-Apps en In-App Producten.

¹¹⁹ Zie Xcode and Apple SDKs Agreement, § 2.2B, 8 juli 2019 beschikbaar op:

<https://www.apple.com/legal/sla/docs/xcode.pdf> (laatst bezocht op 24 september 2021) (**Productie 52**).

¹²⁰ Zie ACM-rapport, 45. Zie tevens iCulture, *Apple beperkt sideloading op iOS tot 10 apps, maximaal 7 dagen*, 18 mei 2016, beschikbaar via: <https://www.iculture.nl/nieuws/apple-beperkt-sideloading-10-apps/> (laatst geraadpleegd op 17 september 2021) (**Productie 53**).

¹²¹ *Idem*, p. 45, 51.

- 4.47. Wat daar ook van zij; Apple heeft een machtspositie op *elke* relevante geografische markt, of deze nu mondiaal, Europees of land-specifiek is. Zoals uit de volgende conclusie ten aanzien van de machtspositie blijkt, is het marktaandeel van Apple in de distributie van iOS-Apps en In-App Producten namelijk nagenoeg 100%. Dat is *overal* zo. Het geldt voor elk land waar Apple een storefront heeft (zoals in Nederland), en het geldt wereldwijd. Hoe de geografische markt ook wordt gedefinieerd (wereldwijd of per land), Apple heeft een dominante marktpositie.

Conclusie: Apple heeft een marktaandeel van nagenoeg 100% op de markt van distributiediensten voor iOS-Apps en In-App Producten

- 4.48. Zoals in dit hoofdstuk uiteengezet, zijn de enige "concurrenten" van Apple op het gebied van de distributie van iOS Apps en In-App Producten illegale distributiekanaal die Apple heeft verboden en met succes heeft opgeheven of teruggedrongen. Omdat deze kanalen moeilijk toegankelijk en verboden zijn, zijn zij redelijkerwijs niet uitwisselbaar met de goedgekeurde distributiediensten voor iOS-Apps en In-App Producten die enkel en alleen door de App Store van Apple worden aangeboden.
- 4.49. Maar zelfs indien de illegale distributiekanaal tot de relevante markt zouden worden gerekend, dan betreft dit slechts een te verwaarlozen aandeel van de distributie, waardoor Apple een marktaandeel van nagenoeg 100% overhoudt. Ter illustratie: Cydia was het belangrijkste illegale distributiekanaal, maar zelfs op zijn hoogtepunt was Cydia goed voor slechts \$ 10 miljoen aan inkomsten per jaar, in tegenstelling tot de \$ 64 miljard aan inkomsten die de App Store jaarlijks genereert.¹²² Evenzo is de AltStore de belangrijkste organisatie die Xcode provisioning gebruikt(e) om op illegale wijze iOS-apps onder consumenten te verspreiden. Maar uit onderzoeksrapporten blijkt dat de inkomsten van de AltStore slechts \$ 15.000 per maand bedragen (of \$ 180.000 per jaar tegenover de \$ 64 miljard van de App Store).
- 4.50. Zoals uit deze cijfers blijkt, heeft de App Store een marktaandeel van bijna 100% op de relevante markt. Dat is een dominante machtspositie, ongeacht de maatstaf die men aanlegt.
- 4.51. Zoals aangegeven gaan ook de ACM en Europese Commissie er vanuit dat Apple beschikt over een machtspositie. De ACM heeft in (de samenvatting van) het ACM-Rapport bijvoorbeeld opgemerkt:
- "Omdat er op iOS geen realistische alternatieven voor de App Store zijn, concludeert de ACM dat de appstore een bottleneck vormt binnen het iOS ecosysteem. (...) Apple [heeft] een grote onderhandelingsmacht ten opzichte van appaanbieders (...)."*¹²³
- 4.52. Ook de Europese Commissie heeft in haar onderzoek op het gebied van music streaming apps voorlopig geconcludeerd dat Apple een machtspositie heeft voor de distributie van iOS Apps via de App Store.¹²⁴

¹²² The Verge, *Apple's App Store made an estimated \$64 billion in 2020* (8 January 2021), beschikbaar via: <https://www.theverge.com/2021/1/8/22220873/apple-2020-app-store-revenue-60-billion-dollars> (laatst bezocht op 24 september 2021) (Productie 42); iPhone Hacks, *Cydia Developers Have Sued Apple for Anti-Competitive Behavior* (10 december 2020) beschikbaar via: <https://www.iphonehacks.com/2020/12/cydia-sue-apple-anti-competitive.html> (laatst bezocht op 24 september 2021) (Productie 54).

¹²³ ACM rapport (Productie 3) p. 11.

¹²⁴ Europese Commissie, *Antitrust: Commission sends Statement of Objections to Apple on App Store rules for music streaming providers*, 30 april 2021, beschikbaar via: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_2061 (laatst geraadpleegd op 17 september 2021) (Productie 5).

Deel III. JURIDISCHE ARGUMENTATIE

5. MEDEDINGINGSRECHTELIJKE BEOORDELING: INLEIDING

5.1. Hieronder zal nader uiteen worden gezet dat:

- Apple misbruik heeft gemaakt van haar machtspositie; en
- Apple in strijd heeft gehandeld met het kartelverbod.

5.2. In hoofdstuk 6 t/m 8 zal allereerst worden ingegaan op de verschillende manieren waarop Apple misbruik heeft gemaakt van haar machtspositie en daarmee in strijd heeft gehandeld met artikel 24 van de Mededingingswet (hierna: “**Mw**”) en artikel 102 van het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie (hierna: “**VWEU**”). Artikel 24 Mw verbiedt ondernemingen om misbruik te maken van hun economische machtspositie. Ook artikel 102 VWEU verbiedt dit misbruik, voor zover het de handel tussen EU-lidstaten ongunstig kan beïnvloeden.¹²⁵ In het onderhavige geval is (ook) sprake van het laatste omdat veel van de ontwikkelaars die hun iOS Apps en In-App Producten in de Nederlandse App Store (en dus op de Nederlandse markt) aanbieden buiten Nederland zijn gevestigd. De Stichting zal later nog uiteen zetten waarom de Nederlandse rechter bevoegd is om (in ieder geval) over schade die in dát verband is veroorzaakt, te oordelen.

5.3. Voor de toepassing en uitleg van beide artikelen is de rechtspraak van het Hof van Justitie (“**HvJ EU**”) en het Gerecht van de Europese Unie, en de beschikkingenpraktijk van de Europese Commissie richtinggevend. Op grond van vaste rechtspraak¹²⁶ dient uw Rechtbank het Europese mededingingsrecht toe te passen, dat overigens ook richtinggevend is voor de invulling van het nationale mededingingsrecht. In het volgende zal dan ook enkel worden verwezen naar artikel 102 VWEU waarin ook telkens artikel 24 Mw moet worden gelezen.

5.4. Uit de Europese rechtspraak volgt dat artikel 102 VWEU zo moet worden uitgelegd dat deze bepaling niet alleen ziet op gedragingen die consumenten rechtstreeks kunnen benadelen, maar ook op praktijken die hen kunnen benadelen door de verstoring van de mededinging. Er rust op een onderneming met een machtspositie dus een *bijzondere verantwoordelijkheid* om niet door haar gedrag afbreuk te doen aan een daadwerkelijke en onvervalste mededinging.¹²⁷

5.5. Het gedrag van Apple heeft geleid tot een verstoring van de mededinging en gaat ten koste van zowel iOS-ontwikkelaars alsook de consumenten. Het gedrag van Apple bestaat uit meerdere vormen van misbruik die in de drie volgende hoofdstukken nader zullen worden toegelicht:

- I. Apple hanteert excessieve provisies die door de app-ontwikkelaars voor *elke* verkoop van hun iOS-App en/of In-App Product in de App Store aan Apple moeten worden afgedragen
- II. Apple hanteert anti-sturingsregels

¹²⁵ Het belangrijkste verschil tussen enerzijds de artikelen 101 en 102 VWEU en anderzijds de artikelen 6 en 24 Mw betreft de territoriale werkingssfeer. Voor de toepassing van de artikelen 101 en 102 VWEU is vereist dat de handel tussen de EU-lidstaten ongunstig kan worden beïnvloed. Zoals hierboven uiteengezet bestrijkt het gedrag van Apple met haar App Store op zijn minst het gehele Nederlandse grondgebied. Het is vaste jurisprudentie dat een gedraging die het gehele grondgebied van een lidstaat bestrijkt van invloed is op het handelsverkeer tussen lidstaten.

¹²⁶ HvJ EU 13 juli 2006, ECLI:EU:C:2006:461, zaak C-295/04, *Manfredi*, r.o. 31 en HvJ EU 4 juni 2009, ECLI:EU:C:2009:343, *T-Mobile*, r.o. 49.

¹²⁷ HvJ EU 9 november 1983, ECLI:EU:C:1983:313, zaak C-322/81, *Michelin I*, r.o. 57; HvJ EU 2 april 2009, ECLI:EU:C:2009:214, zaak C-202/07 P, *France Télécom*, r.o. 105 en HvJ EU 27 maart 2012, ECLI:EU:C:2012:172, *C-209/10, Post Danmark I*, r.o. 23.

- III. Apple geeft haar eigen iOS Apps voorrang op die van concurrenten door de volgende handelingen in de context van de App Store:
1. Apple eigent zich de innovaties van externe iOS ontwikkelaars toe
 2. Apple bevoordeelt haar eigen iOS Apps in de zoekresultaten van de App Store
 3. Apple maakt de meeste iOS Apps en In-App Producten onvindbaar.
 4. Apple sluit concurrerende iOS Apps uit van de App Store
 5. Apple beperkt de functionaliteit van concurrerende iOS Apps
 6. Apple geeft haar eigen iOS Apps voorrang door ze vooraf te installeren op haar iOS-apparaten (en concurrerende apps niet)
 7. Apple stelt haar eigen iOS Apps vrij van de regels die voor concurrenten gelden
 8. Apple beperkt de vrijheid van concurrenten om zelfstandig hun prijzen te bepalen.

6. MISBRUIK VAN MACHTSPOSITIE I - APPLE HANTEERT EXCESSIEVE PROVISIES

- 6.1. Apple hanteert onbillijk hoge, excessieve, provisies voor de distributiediensten die zij (exclusief) via haar App Store verricht. De provisies staan niet in een redelijke verhouding tot de economische waarde van de geleverde prestatie en vormen misbruik van machtspositie.¹²⁸
- 6.2. Uit de rechtspraak volgt dat er geen limitatieve criteria zijn voor het vaststellen van het excessieve karakter van de provisie. Het excessieve karakter van de provisies van Apple volgt uit, onder meer, de volgende punten:
- de door Apple gehanteerde provisies zijn disproportioneel hoger dan van vergelijkbare aanbieders van distributiediensten via app stores;
 - er wordt door Apple een excessief rendement behaald
- 6.3. In dit hoofdstuk zal de Stichting het excessieve karakter van de provisies nader uitwerken nadat zij eerst stil staat bij de vergoedingen die Apple voor haar distributiediensten vraagt.

Vergoedingen voor de distributiediensten van Apple

- 6.4. Sinds de lancering van de App Store in juli 2008 brengt Apple iOS-ontwikkelaars standaard een provisie van 30% in rekening over elke verkoop van iOS-Apps en – vanaf 2009 - In-App Producten, ondanks de toegenomen efficiëntie en schaalvoordelen. Zij haalt bovendien het volle pond uit deze provisie door vaste prijzen voor te schrijven voor betaalde iOS-Apps (en In-App Producten), die in Europa beginnen bij € 0,99. Apple staat niet toe dat ontwikkelaars minder in rekening brengen, zodat de winst van Apple op elke verkochte app zo hoog mogelijk is. Als ontwikkelaars dus niet de minimale prijs van € 0,99 willen rekenen zijn zij gehouden de app gratis aan te bieden.
- 6.5. Apple heeft in reactie op eerdere bezwaren op andere markten beweerd dat haar provisie in de praktijk daalt, omdat zij bepaalde programma's heeft ingevoerd waarbij geselecteerde ontwikkelaars minder provisie moeten betalen, namelijk 15% in plaats van 30%. Dit is op zijn zachtst misleidend te noemen. Het klopt dat Apple bepaalde programma's heeft gelanceerd waarbij 15% wordt betaald, maar die gelden slechts voor een klein segment van de App Store. In 2016 verlaagde Apple haar provisies op IAP abonnementen (van consumenten) van langer dan een jaar die automatisch werden

¹²⁸ HvJ EU 14 februari 1978, ECLI:EU:C:1978:22, zaak 27/76, *United Brands*.

verlengd naar 15%.¹²⁹ Apple heeft ook een *Video Partner Program* waarbij "premium subscription video providers" 15% provisie betalen, mits ze hun apps op verschillende manieren in het Apple ecosysteem integreren.¹³⁰ Ten slotte heeft Apple, naar aanleiding van de toenemende kritiek van wet- en regelgevende instanties en procespartijen over de hele wereld, een *Small Business Program* vastgesteld, waarbij de provisie van Apple - met ingang van 1 januari 2021 - wordt verlaagd naar 15% voor ontwikkelaars die in het voorgaande kalenderjaar minder dan \$ 1 miljoen omzet hebben gemaakt met de verkoop van iOS-Apps en In-App Producten. Echter, Apple's beweringen ten aanzien van deze 15% programma's zijn misleidend.

- 6.6. In het kader van Apple's programma voor het automatisch verlengen van abonnementen en het *Video Partner Program* moeten de ontwikkelaars een tegenprestatie voor de 15% leveren. Door abonnementen van consumenten automatisch te verlengen via het IAP-mechanisme van Apple, zorgen ontwikkelaars ervoor dat Apple een groter aantal transacties verwerkt; bovendien gaat de korting van 15% pas in wanneer er langer dan een jaar transacties hebben plaatsgevonden. Dit komt in wezen neer op een volumekorting; Apple rekent de lagere provisie, omdat de ontwikkelaar zorgt voor meer transacties voor Apple. Overigens kunnen ontwikkelaars een automatische verlenging niet afdwingen van consumenten nu deze op grond van het Nederlandse consumentenrecht, kort gezegd, de mogelijkheid hebben om hun abonnement na een jaar met een opzegtermijn van één maand op te zeggen. Om deel te nemen aan het *Video Partner Program* moeten ontwikkelaars kosten maken en programmeerwerk uitvoeren om hun iOS-Apps diep in het Apple ecosysteem te integreren, onder meer door ze beschikbaar te maken op tvOS (het besturingssysteem voor AppleTV), door de Live Tune-In-functie van Apple te ondersteunen, door ze te integreren "with Universal Search, Siri, and the Apple TV app in all regions where those features and services are available" en door AirPlay te ondersteunen. Al dit werk (en de daarmee gepaarde kosten van de ontwikkelaar van dergelijke iOS-Apps) heeft een toegevoegde waarde voor Apple, omdat de iOS-apparaten van Apple hierdoor een grotere functionaliteit krijgen en aantrekkelijker worden voor de consument. Kortom, de ontwikkelaars betalen voor de 15% die zij in het kader van deze programma's ontvangen.
- 6.7. Het *Small Business Program* van Apple is niet het gevolg van een werkende mededinging ten aanzien van de distributie van iOS-Apps en In-App Producten, maar van externe druk van dreigende en lopende rechtszaken. De Amerikaanse federale voorzittende rechter in de *Epic Games v. Apple* rechtszaak liet [REDACTED] weten:
- "The issue with the \$1 million Small Business Program, at least from what I've seen thus far, that really wasn't the result of competition. That seemed to be a result of the pressure that you're feeling from investigations, from lawsuits, not competition."¹³¹
- 6.8. Inderdaad, in het kader van de schikking van diverse vorderingen van kleine ontwikkelaars in de VS heeft Apple onomwonden toegegeven dat deze lopende rechtszaak "[was] a factor in its decision to adopt the [Small Business Program]."¹³² Apple heeft nergens beweerd dat de mededinging hiervoor verantwoordelijk was.
- 6.9. In werkelijkheid heeft Apple haar provisie in de loop van de tijd gestaag verhoogd door ze op een steeds groter aantal transacties toe te passen. Zoals hierboven al vermeld, heeft Apple in 2009 haar

¹²⁹ Zie <https://developer.apple.com/support/downloads/terms/schedules/Schedule-2-and-3-20210607-Dutch.pdf>, § 3.4 (laatst bezocht op 24 september 2021 (Productie 29)).

¹³⁰ Zie <https://developer.apple.com/programs/video-partner/> (laatst bezocht op 24 september 2021) (Productie 55).

¹³¹ *Epic Games v. Apple Inc.*, Zaak nr. 20-cv-5640 (N.D. Cal.), nr. 3992:4-8 (Productie 8).

¹³² Stipulation and Settlement, 4:19-cv-03074, 26 augustus 2021, § 2.3 (Productie 40).

IAP-mechanisme in het leven geroepen en verplicht gesteld waardoor ontwikkelaars gedwongen werden Apple 30% te betalen voor deze "service". Voor iOS-ontwikkelaars die hun eigen betaaloplossingen voor In-App Producten gebruikten, was dit een aanzienlijke stijging van de verschuldigde provisie, niet in de laatste plaats omdat ontwikkelaars de iOS-App vaak gratis aanbieden en pas via verkoop van In-App Producten inkomsten generen. Vervolgens voerde Apple in 2011 regels in die ontwikkelaars verbieden om in-app-prompts te plaatsen om gebruikers naar alternatieve betaallopties te leiden. Dit leidde tot weer meer transacties via het IAP-mechanisme van Apple, waardoor de provisies die de ontwikkelaars betaalden in wezen opnieuw werden verhoogd. Uiteindelijk lanceerde Apple in 2016 *Search Ads* om ook nog geld te verdienen aan het vindbaarheidsprobleem dat de App Store teistert. Ontwikkelaars betalen Apple nu om hun iOS-Apps beter vindbaar te maken; zoals gezegd, levert dit Apple jaarlijks \$ 1 miljard aan extra inkomsten op, allemaal over de rug van ontwikkelaars, waarbij dit systeem overigens als bijkomend nadeel heeft dat het gebruik ervan in veel gevallen leidt tot misleiding van de consument.

- 6.10. De uiteindelijke vraag is overigens niet in welke richting de provisies van Apple evolueren, maar of zij hoger zijn dan zij op een concurrerende markt zouden zijn. Er is voldoende bewijs om hier een bevestigend antwoord op te kunnen geven zoals in het volgende zal worden besproken.

Vergelijking met app stores voor Windows-pc

- 6.11. De markt voor Windows-pc-apps biedt in dit verband bruikbaar vergelijkingsmateriaal. Op die markt heeft Microsoft de distributie van apps en in-app-producten niet beperkt zoals Apple dat heeft gedaan. Microsoft heeft weliswaar een eigen app store, maar staat toe (i) dat derden hun eigen stores ontwikkelen en (ii) dat ontwikkelaars hun apps zelf *rechtstreeks* aan hun consumenten verkopen. Met andere woorden, er is concurrentie op de markt voor de distributie van Windows-pc-apps.
- 6.12. Geheel in lijn met marktwerking als een belangrijk economische principe heeft de concurrentie op de markt voor de distributie van Windows-pc-apps de provisiepercentages omlaag gebracht die bovendien verder blijven dalen:
- **Epic Games Store:** In november 2018 lanceerde Epic (de producent van het immens populaire spel Fortnite) de Epic Games Store waar een provisiepercentage geldt van 12%. De CEO van Epic, Tim Sweeney, verwacht dat de Epic Games Store winstgevend zal zijn met dit provisiepercentage.¹³³ Hij legde uit:

"While running Fortnite we [Epic] learned a lot about the cost of running a digital store on PC. The math is quite simple: we pay around 2.5 per cent to 3.5 per cent for payment processing for major payment methods, less than 1.5 per cent for CDN¹³⁴ costs (assuming all games are updated as often as Fortnite), and between 1 and 2 per cent for variable operating and customer support costs . . . Fixed costs of developing and supporting the platform become negligible at a large scale. In our analysis, stores charging 30 per cent are marking up their

¹³³ MCV/Develop, *New Epic Games Store takes on Steam with Just 12% revenue share – Tim Sweeney answers our questions* (4 december 2018), beschikbaar via: <https://www.mcvuk.com/business/new-epic-games-store-takes-on-steam-with-just-12-revenue-share-tim-sweeney-answers-our-questions> (laatst bezocht op 24 september 2021) (**Productie 56**).

¹³⁴ Content Delivery Network kosten om een snelle overdracht van data mogelijk te maken.

costs by 300 to 400 per cent But with developers receiving 88 per cent of revenue and Epic receiving 12 per cent, this store will still be a profitable business for us."¹³⁵

- **Steam:** Steam is de gevestigde distributeur van game apps voor Windows-pc's. Slechts enkele dagen voordat de Epic Games Store zijn intrede deed, kondigde Steam aan dat het haar provisie verlaagde via een nieuwe gedifferentieerde regeling.¹³⁶ Daaronder betalen ontwikkelaars Steam alleen 30% voor hun eerste \$ 10 miljoen aan verkopen, daarna daalt de provisie naar 25% voor verkopen tot \$ 50 miljoen en naar 20% voor verkopen boven \$ 50 miljoen.¹³⁷
 - **Microsoft Store:** In maart 2019 verlaagde Microsoft de provisies in haar eigen app store voor non-games van 30% naar 15% en 5%.¹³⁸ Vervolgens kondigde Microsoft in april 2021 aan dat het (met ingang van 1 augustus 2021) zijn provisie op games zou verlagen van 30% naar 12%, wat commentatoren beschreven als een "*clear bid to compete with Steam and entice developers and studios to bring more PC games to its Microsoft Store.*"¹³⁹ Onlangs kondigde Microsoft aan dat (met ingang van 28 juli 2021) non-game Windows-pc-apps hun eigen betalingsprocessen mogen gebruiken voor in-app-aankopen en 0% van de gegenereerde inkomsten aan Microsoft hoeven te betalen.¹⁴⁰
- 6.13. Daarnaast hebben andere innovatieve platforms de markt voor de distributie van Windows-pc-apps betreden en bieden ontwikkelaars een veel gunstigere verdeling van de inkomsten aan dan Apple. *HumbleBundle.com* biedt bijvoorbeeld diensten aan om het verspreiden van apps en in-app-content in eigen beheer te vergemakkelijken, waaronder hosting- en downloaddiensten.¹⁴¹ Hiervoor rekent HumbleBundle aan ontwikkelaars 5% na aftrek van de kosten voor verwerking van de betaling, die zij op ongeveer 5% schat.¹⁴² Dus voor slechts 10% van de verkoopopbrengst kunnen ontwikkelaars gebruik maken van het dienstenpakket van HumbleBundle om hun apps en in-app-producten te verspreiden. Ontwikkelaars van Windows-pc's kunnen bovendien hun eigen apps in eigen beheer distribueren, dus zonder zelfs maar gebruik te hoeven maken van distributiediensten van derden. Verschillende grote ontwikkelaars doen dat ook, waaronder Activision Blizzard, Electronic Arts en Tencent.
- 6.14. Met name wat In-App Producten betreft, zouden er zonder de beperkingen van Apple veel aanbieders van betaaloplossingen in de bank- en fintech-sector in-app-betalingen voor iOS ontwikkelaars kunnen verwerken, nota bene voor veel minder dan de 30% die Apple standaard in rekening brengt. Tot deze betaaldiensten-aanbieders behoren vertrouwde namen, waaronder

¹³⁵ MCV/Develop, *New Epic Games Store takes on Steam with Just 12% revenue share – Tim Sweeney answers our questions* (4 december 2018), beschikbaar via: <https://www.mcvuk.com/business/new-epic-games-store-takes-on-steam-with-just-12-revenue-share-tim-sweeney-answers-our-questions> (laatst bezocht op 24 september 2021) (Productie 56).

¹³⁶ *New Revenue Share Tiers and other updates to the Steam Distribution Agreement* (30 november 2018), beschikbaar via: https://store.steampowered.com/news/group/4145017/old_view/1697191267930157838 (laatst bezocht op 24 september 2021) (Productie 57).

¹³⁷ *Idem.*

¹³⁸ 9to5Mac, *Microsoft updates Store revenue split to give developers a 95% cut, but with limitations* (6 maart 2019), beschikbaar via: <https://9to5mac.com/2019/03/06/microsoft-store-revenue-share/> (laatst bezocht op 24 september 2021) (Productie 58).

¹³⁹ The Verge, *Microsoft shakes up PC gaming by reducing Windows store cut to just 12 percent* (29 april 2021), beschikbaar via: <https://www.theverge.com/2021/4/29/22409285/microsoft-store-cut-windows-pc-games-12-percent> (laatst bezocht op 24 september 2021) (Productie 59).

¹⁴⁰ *Building a new, open Microsoft Store on Windows 11* (24 juni 2021), beschikbaar via: <https://blogs.windows.com/windowsexperience/2021/06/24/building-a-new-open-microsoft-store-on-windows-11/> (laatst bezocht op 24 september 2021) (Productie 60).

¹⁴¹ Zie <https://www.humblebundle.com/developer/widget> (laatst bezocht op 24 september 2021) (Productie 61).

¹⁴² *Idem*; zie ook <https://support.humblebundle.com/hc/en-us/articles/202742190-Widget-Developer-FAQ> (laatst bezocht op 24 september 2021) (Productie 62).

PayPal, Square en Stripe. Zij bieden allemaal diensten aan op het gebied van betalingsverwerking voor over het algemeen minder dan 5%.¹⁴³ Deze alternatieve platforms voor de verwerking van betalingen vragen niet alleen lagere tarieven, maar kunnen ook op andere manieren concurreren, waar zowel ontwikkelaars als consumenten van profiteren: bijvoorbeeld door het verbeteren van het klantenbeheer (waardoor minder klanten weggaan, wat meestal gebeurt wanneer abonnementen aflopen) of het ondersteunen van andere betalingsvormen.

- 6.15. Kortom, hoewel Apple op verschillende fora heeft beweerd dat haar provisie van 30% de "*industry standard*" zou zijn, blijkt uit het voorgaande dat dit onjuist is. Google rekent weliswaar standaard 30% aan provisie voor Android apps, maar ook die markt is vertroebeld door Google's eigen mededingingsversturende beperkingen en praktijken, zoals uit het ACM-Rapport blijkt.¹⁴⁴ Op de markt voor Windows-pc-apps, waar zoals hierboven uiteengezet sprake is van concurrentie, zijn de provisies veel lager en dalen deze snel wanneer de verschillende distributiekanaalen met elkaar concurreren om ontwikkelaars binnen te halen. Er is geen enkele aanwijzing dat deze distributeurs van Windows-pc-apps geen gezonde winst kunnen maken met de lagere provisiepercentages. Integendeel. Epic Games beweert dat haar app store zelfs met een provisie van 12% winstgevend zal zijn op de juiste schaal. Als er al sprake is van een "*industry standard*" voor de verwerking van in-app-betalingen, dan is dat de verwerkingsprovisie van 5% of minder die wordt gerekend door betalingsverwerkers; dat is precies wat veel ontwikkelaars zullen betalen in de Windows Store, waar Microsoft ontwikkelaars binnenkort zal toestaan om hun eigen betalingsoplossing te kiezen voor in-app-aankopen.
- 6.16. Dat de provisies van Apple voor zowel de iOS-Apps en In-App Producten bij lange na niet concurrerend zijn, wordt verder geïllustreerd door de buitengewone marges van de App Store. Zoals al opgemerkt, bedroegen deze in 2018 en 2019 (naar verluidt) een duizelingwekkende 79,6%.¹⁴⁵ Marges in die orde van grootte zijn niet normaal. Zij wijzen op een hoge mate van marktdominantie. Na analyse van de financiële gegevens van Apple concludeerde een commissie van het Amerikaanse Congres dan ook dat:

"Apple's monopoly power over software distribution on iOS devices appears to allow it to generate supranormal profits from the App Store and its Services business."¹⁴⁶

- 6.17. Apple kan ook niet op geloofwaardige wijze beweren dat haar hoge provisies een noodzakelijke vergoeding zijn voor de intellectuele eigendom die Apple heeft gecreëerd en aan iOS-ontwikkelaars ter beschikking heeft gesteld. Om te beginnen rekent Apple ontwikkelaars al \$ 99 per jaar voor het enkel kunnen deelnemen aan de App Store hetgeen dus niet gekoppeld is aan enige omzet die de iOS ontwikkelaar vervolgens maakt. Dit resulteert al ruim 2 miljard (!) euro aan inkomsten zonder dat er nog een enkele app is verkocht.¹⁴⁷ Het aanbieden van intellectuele eigendom en ontwikkelingstools aan iOS-ontwikkelaars heeft zichzelf bovendien al tienvoudig terugbetaald doordat het een sterk indirect netwerkeffect heeft ontketend dat het succes van Apple nog groter heeft gemaakt. De actieve ontwikkeling van iOS-Apps door derden maakt de iOS-producten van

¹⁴³ US Congressional Report p. 346 (Productie 43)

¹⁴⁴ ACM Rapport, p. 104 (Productie 3).

¹⁴⁵ Bloomberg News, *Apple's App Store Had 78% Margin in 2019, Epic Experts Says* (1 mei 2021), beschikbaar via: <https://www.bloomberg.com/news/articles/2021-05-01/apple-s-app-store-had-78-profit-margin-in-2019-testimony-shows> (laatst bezocht op 24 september 2021) (Productie 10).

¹⁴⁶ US Congressional Report p. 335 (Productie 43)

¹⁴⁷ Tech Crunch, *App Store hits 20M registered developers and \$100B in revenues, 500M visitors per week* (4 juni 2018), beschikbaar via: <https://techcrunch.com/2018/06/04/app-store-hits-20m-registered-developers-at-100b-in-revenues-500m-visitors-per-week/> (laatst bezocht op 24 september 2021) (Productie 63) (opgemerkt dat er 20 miljard geregistreerde iOS ontwikkelaars zijn).

Apple immers aanzienlijk aantrekkelijker voor consumenten; hoe meer ontwikkelaars iOS-apps zullen willen maken, hoe meer consumenten de producten van Apple gebruiken, enzovoort. Wanneer deze vraag-gestuurde *feedback loop* - oftewel het indirecte netwerkeffect - in werking wordt gesteld, is dit zeer winstgevend voor een platform zoals de App Store, omdat deze loop zichzelf in stand houdt met "*limited resources from the platform*."¹⁴⁸ De ACM concludeerde:

"Opening up the platform to third-party developers by offering SDKs so third parties could develop apps for Android and iOS thus was a very effective way for Google and Apple to activate indirect network effects, and make their products and services more valuable."

- 6.18. Vooruitlopend op deze (economische) dynamiek merkte Steve Jobs ooit op dat het hebben van externe ontwikkelaars en een App Store in het voordeel van Apple zou zijn, omdat "[w]e'll sell more iPhones because of it."¹⁴⁹ Dit bleek waar te zijn.

Apple's excessieve provisies zijn nadelig voor productie en innovatie

- 6.19. De excessieve provisies die Apple in rekening brengt, brengen de iOS-ontwikkelaars die deze provisies moeten betalen niet alleen economische schade toe, maar hebben ook nadelige gevolgen voor de productie en innovatie op de markt als geheel.
- 6.20. De distributiekosten van Apple zijn zo hoog dat veel iOS-ontwikkelaars zich niet aan de App Store wagen. Een ontwikkelaar kan weliswaar een geweldig idee hebben voor een app, maar niet iedereen zal het financiële risico (kunnen) nemen om tijd en moeite te investeren in de ontwikkeling, wetende dat Apple zo'n groot percentage van de verkoop van hun iOS-Apps en In-App Producten zal opstrijken. Dit is nadelig voor consumenten met een mobiel iOS-apparaat, omdat zij niet de beschikking krijgen over meer andere apps die nuttig, leuk of innovatief zouden kunnen zijn. Zelfs de grootste ontwikkelaars hebben te lijden onder deze dynamiek. In een schriftelijke verklaring die in april 2021 aan de *Judiciary Committee* van de Amerikaanse Senaat werd voorgelegd, legde Jared Sine (de *Chief Legal Officer* van de Match Group) uit:

"For Match these app store fees are our fastest growing and our single largest expense—soon eclipsing half a billion dollars annually. That's \$500 million dollars that could be going back into the pockets of everyday consumers or deployed to hire employees or invest in new innovations."¹⁵⁰

- 6.21. Bij de aankondiging van haar *Small Business Program* heeft Apple in feite erkend dat haar standaardprovisie van 30% innovatie in de weg zit. In de eerste alinea van dit programma staat te lezen:

"The new App Store Small Business Program is designed to accelerate innovation and help propel your small business forward with the next generation of groundbreaking apps on the App Store. It features a reduced commission rate of 15% on paid apps and in-app purchases, so you can invest more resources into your business to continue building quality apps that customers love."¹⁵¹(onderstreping advocaat)

¹⁴⁸ ACM Rapport p. 34 (Productie 3)

¹⁴⁹ *Epic Games v. Apple Inc.*, Zaak nr. 20-cv-5640 (N.D. Cal.), Dkt. nr. 777-3, *Findings of Fact and Proposed by Epic Games, Inc.* p. 45 ¶ 94 (Productie 8)

¹⁵⁰ Testimony for U.S. Senate Judiciary Committee Subcommittee on Competition Policy, Antitrust, and Consumer Rights Jared Sine, Chief Legal Officer, Match Group (21 april 2021), beschikbaar via: <https://www.judiciary.senate.gov/imo/media/doc/4.21%20Jared%20Sine%20Submitted%20Testimony%20Senate%20Jud%20Antitrust%20Sbcmte.pdf> (laatst bezocht op 24 september 2021) (Productie 64).

¹⁵¹ *App Store Small Business Program*, beschikbaar via: <https://developer.apple.com/app-store/small-business-program/> (laatst bezocht op 24 september 2021) (Productie 65).

- 6.22. Apple heeft gelijk dat iOS-ontwikkelaars bij lagere provisies meer geld in hun bedrijf kunnen investeren om nieuwe en innovatieve producten op de markt te brengen. Door gedurende meer dan een decennium excessieve provisies te rekenen, heeft Apple deze productie en innovatie onderdrukt.

7. MISBRUIK VAN MACHTSPOSITIE II – APPLE HANTEERT STURINGSREGELS

- 7.1. Apple hanteert strenge regels die iOS-ontwikkelaars verbieden om bij hun gebruikers aan te sturen op het gebruik van andere betaalinstrumenten dan het IAP-mechanisme van Apple. Zoals hierboven uiteengezet, bestaan deze zogenaamde sturingsregels¹⁵² uit twee elementen:
- Ontwikkelaars mochten tot kort geleden geen knoppen, externe links of andere ‘calls to action’ opnemen in hun iOS-Apps die gebruikers sturen richting alternatieve betaalmethoden voor de In-App Producten. Een ontwikkelaar die abonnementen heeft (bijvoorbeeld voor video content) mag in haar iOS-App niet linken naar een externe website waar dat abonnement afgesloten kan worden;
 - Ontwikkelaar mochten bovendien tot kort geleden geen alternatieve betaalinstrumenten promoten via de contact informatie die zij met de iOS-App hebben verkregen. Dit is vooral van belang omdat de meeste ontwikkelaars de contact informatie (zoals e-mail) van hun gebruikers enkel via de iOS-App hebben verkregen, bijvoorbeeld op het moment dat de gebruikers zich registreerde of een abonnement afsloot in de iOS-App. Er is geen andere wijze om hun gebruikers te contacteren.
- 7.2. Ondanks dat iOS-ontwikkelaar ogenschijnlijk toestemming hebben om hun In-App Producten ook buiten de iOS-Apps aan te bieden, maakten de sturingsregels het effectief onmogelijk om deze optie effectief te communiceren aan hun gebruikers. Zolang gebruikers niet weten dat er alternatieve betaalmethoden bestaan, blijven de gebruikers in de veronderstelling dat het IAP-mechanisme van Apple de enige manier is om de In-App Producten af te nemen.
- 7.3. De sturingsregels bevoordelen Apple omdat zij een provisie int voor *iedere* IAP-transactie (dus aankoop van een In-App Product). Tegelijkertijd worden de ontwikkelaars geschaad en de concurrentie beperkt. Zonder de sturingsregels zouden ontwikkelaars hun gebruikers kunnen sturen richting content en betaalmethoden buiten de iOS-App, die bovendien tegen concurrerendere prijzen zouden kunnen worden aangeboden omdat er geen provisie verschuldigd is. Consumenten zouden profiteren van een betere toegang tot apps en bijbehorende content tegen lagere prijzen. Bovendien zou de mogelijkheid om aan te sturen op alternatieve betaalmethoden concurrentiedruk uitoefenen op Apple en Apple aansporen om haar eigen provisies te verlagen naar een concurrerend niveau.
- 7.4. De afgelopen maanden is Apple gedwongen om zijn anti-sturingsregels te versoepelen. Als onderdeel van een voorgestelde schikking met Amerikaanse ontwikkelaars die op 26 augustus 2021 werd aangekondigd, stemde Apple ermee in Amerikaanse ontwikkelaars toe te staan alternatieve betalingsmechanismen te promoten met behulp van in-app verkregen contactinformatie. Dagen later, om een onderzoek van de Japan Fair Trade Commission (JFTC) af te ronden, stemde Apple ermee in dat het ontwikkelaars van bepaalde "reader"-apps tegen begin 2022 zal toestaan in-app

¹⁵² De term sturingsregels is mede afkomstig uit Europese financiële wetgeving op grond waarvan het verboden is voor een betaalscheme (zoals een creditcard scheme) om de begunstigden (zoals winkels) te verbieden bij haar klanten aan te sturen op het gebruik van andere betaalinstrumenten dan het betaalinstrument van het scheme (bijvoorbeeld aan te sturen op het betalen met een PIN pas in plaats van een creditcard). Een winkel moet bijvoorbeeld vrij zijn om verschillende betaalinstrumenten aan te bieden en deze te promoten bij haar klanten. Vg. EU Verordening 2015/751 van 29 april 2015 betreffende afwikkelingsvergoedingen voor op kaarten gebaseerde betalingstransacties, artikel 11.

links naar hun websites op te nemen, waar aankopen kunnen worden gedaan. Op 10 september 2021 oordeelde een federale rechter in de Verenigde Staten ten slotte dat de anti-sturingsregels van Apple concurrentiebeperkend waren en vaardigde hij een verbod uit op de handhaving ervan in de Verenigde Staten.¹⁵³

- 7.5. Deze wijzigingen zijn weliswaar wenselijk, maar maken geen einde aan het marktmisbruik van Apple, met name ten aanzien van Nederlandse ontwikkelaars of consumenten. De Amerikaanse schikking is beperkt tot Amerikaanse ontwikkelaars, en het Amerikaanse rechterlijk bevel is beperkt tot de Verenigde Staten. Bovendien heeft geen van deze juridische ontwikkelingen Nederlandse ontwikkelaars en consumenten compensatie geboden voor de schade die zij hebben geleden als gevolg van Apple's historische handhaving van haar anti doorstuurbeperkingen.

8. MISBRUIK VAN MACHTSPOSITIE III - APPLE BEVOORDEELT HAAR EIGEN iOS APPS TEN OPZICHTE VAN CONCURRERENDE APPS

- 8.1. Apple beheert niet alleen de App Store, maar ontwikkelt ook een reeks eigen iOS Apps die zij aan consumenten verkoopt, bijvoorbeeld Apple Music, iCloud, Pages, iMovie, Keynote, Numbers, GarageBand en iPhoto. Elk van deze iOS Apps concurreert rechtstreeks met iOS-Apps die door derden zijn ontwikkeld. Zo concurreert Apple Music onder andere met Spotify en Amazon Music, en iCloud met onder meer Dropbox en Google Drive.
- 8.2. Als ontwikkelaar en tevens exploitant van het exclusieve distributiekanaal voor iOS-Apps heeft Apple zichzelf tot de vos gemaakt die het spreekwoordelijke kippenhok bewaakt. Doordat Apple de baas is over de App Store (en het iOS-ecosysteem), heeft zij alle mogelijkheden om haar eigen iOS Apps te bevoordelen ten opzichte van concurrerende apps. Er is concreet bewijs dat Apple dit doet, op zowel subtiele als meer in het oog springende manieren.
- 8.3. Hiermee verstoort Apple de concurrentie op de (aanverwante) markten, concurreert zij niet "on the merits" en handelt in strijd met de bijzondere verantwoordelijkheid die op haar rust als onderneming met een machtspositie. Dit wordt hieronder nader toegelicht per specifieke vorm van bevoordeling.

Bevoordeling 1: Apple eigent zich de innovaties van externe iOS ontwikkelaars toe

- 8.4. Steve Jobs gaf ooit omwonden toe dat Apple "[has] always been shameless about stealing great ideas."¹⁵⁴ Deze basishouding vormt een valkuil voor externe iOS-ontwikkelaars, want om hun iOS Apps in de App Store te mogen verkopen moeten zij deze eerst ter beoordeling aan Apple (en dus hun concurrent op het gebied van bouwen van iOS Apps) voorleggen. Door iOS Apps van derden te beoordelen, krijgt Apple echter toegang tot alles wat zij nodig heeft om zich goede ideeën voor haar eigen Apps toe te eigenen. Dit is niet alleen een theoretische mogelijkheid, maar iets wat Apple regelmatig doet, zoals verschillende keren publiek werd.
- 8.5. In een artikel uit 2019 constateerde de *Washington Post* dat "[d]evelopers have come to accept that, without warning, Apple can make their work obsolete by announcing a new app or feature that uses or incorporates their ideas."¹⁵⁵ Zo heeft een voormalige directeur van Apple voor het Amerikaanse Congres verklaard dat toen een externe ontwikkelaar "an innovative way to wirelessly sync the iPhone and Mac" voorstelde, Apple de desbetreffende iOS App niet goedkeurde (ook al voldeed

¹⁵³ *Epic Games v. Apple Inc.*, Zaak nr. 20-cv-5640 (N.D. Cal.), Dkt. nr. 813 (Productie 8).

¹⁵⁴ US Congressional Report, p. 363 (Productie 43).

¹⁵⁵ Reed Albergotti, *How Apple uses its App Store to copy the best ideas*, WASH. POST. (5 september 2019), <https://www.washingtonpost.com/technology/2019/09/05/how-apple-uses-its-app-store-copy-best-ideas/> (laatst bezocht op 24 september 2021) (Productie 66).

deze aan de richtlijnen van Apple) om zich vervolgens *"the rejected app's features for its own offerings"*¹⁵⁶ toe te eigenen. Dit patroon is gebruikelijk, zoals talrijke andere iOS-ontwikkelaars hebben gemeld.¹⁵⁷ Zo heeft bijvoorbeeldde Match Group opgemerkt dat *"closely monitoring the success of apps in the App Store, only to copy the most successful of them and incorporate them in new iPhones"* heel gewoon is bij Apple.¹⁵⁸

- 8.6. Een ander voorbeeld is het bedrijf *Tile*, dat hardware en software ontwikkelt (waaronder een iOS-App in de App Store) waarmee gebruikers hun bezittingen kunnen traceren. Het bedrijf heeft geklaagd over de manier waarop het is behandeld door Apple, dat in april 2021 een concurrerend product aankondigde (de "AirTag") dat rechtstreeks concurreert met het aanbod van *Tile*. In een verklaring die in april 2021 werd ingediend bij de *Judiciary Committee* van de Amerikaanse Senaat verzette [REDACTED] (de *Chief Privacy Officer* en *General Counsel* van *Tile*) zich tegen wat zij omschrijft als Apple's *"systemic abuse of its market power and platform dominance that has stifled innovation and competition in this country and around the world."*¹⁵⁹
- 8.7. [REDACTED] beschreef hoe de relatie tussen *Tile* en Apple, na een aantal productieve jaren, in 2019 verslechterde toen bekend werd dat Apple een concurrerend hardware- en softwareproduct zou uitbrengen. Apple verwijderde toen het product van *Tile* zonder uitleg uit haar fysieke winkels, huurde een van *Tile*'s "star engineers" in, bracht met haar nieuwe versie van haar besturingssoftware (iOS 13) een iOS App uit die vergelijkbaar is met een app van *Tile* (een app die bovendien standaard is geïnstalleerd en niet kan worden verwijderd) en bracht vervolgens wijzigingen aan *"to its operating system that denigrated [Tile's] user experience, in sharp contrast to [Apple's] new capabilities that had been seamlessly integrated into its operating system."*¹⁶⁰ Sindsdien is Apple doorgegaan met het versterken van haar eigen "FindMy"-aanbod in de gebruikerservaring van iOS, terwijl zij ondertussen *"depriv[ed] customers of the choice to use the same data and APIs used by Apple for FindMy to power Tile features."*¹⁶¹

Bevoordeling 2: Apple zet haar eigen iOS Apps hoger in de zoekresultaten van de App Store

- 8.8. Met meer dan 2 miljoen apps in de App Store is de zoekfunctie van de App Store een belangrijk middel om gebruikers c.q. consumenten aan apps te koppelen. Een zoekalgoritme kan uiteraard op vele manieren gemaakt worden. In het geval van de App Store heeft Apple echter het algoritme zodanig gemanipuleerd dat haar eigen iOS Apps voorrang krijgen door een prominentere plaats en een betere weergave in de App Store te krijgen.
- 8.9. Zo blijkt uit onderzoek van de *New York Times* uit 2019 dat Apple's eigen iOS Apps bovenaan staan bij ten minste 700 veelgebruikte zoektermen en dat *"[s]ome searches produced as many as 14 Apple apps before showing results from rivals."*¹⁶² De populaire muziek iOS App Spotify stond bijvoorbeeld bovenaan in de lijst met zoekresultaten wanneer werd gezocht op "music" totdat Apple in 2016 haar eigen muziek app introduceerde. Vanaf dat moment werd deze het eerste zoekresultaat en zakte

¹⁵⁶ US Congressional Report, p. 363 (Productie 43).

¹⁵⁷ *Idem* p. 362-363 (waarin staat vermeld dat externe ontwikkelaars Match Group en Blix hebben geklaagd over de kopieerpraktijken).

¹⁵⁸ *Idem* p. 362

¹⁵⁹ Testimony for U.S. Senate Judiciary Committee Subcommittee on Competition Policy, Antitrust, and Consumer Rights Kirsten Daru, Chief Privacy Officer and General Counsel, Tile Inc. (21 april 2021), blz. 2, beschikbaar op: [https://www.judiciary.senate.gov/imo/media/doc/04.21.21 Kirsten Daru Senate Judiciary Testimony Final.pdf](https://www.judiciary.senate.gov/imo/media/doc/04.21.21%20Kirsten%20Daru%20Senate%20Judiciary%20Testimony%20Final.pdf) (laatst bezocht op 24 september 2021) (Productie 64).

¹⁶⁰ *Idem*, blz. 4-5.

¹⁶¹ *Idem*, blz. 6-8.

¹⁶² US Congressional Report, p. 358 (Productie 43).

Spotify naar plek ¹⁶³. Hetzelfde gebeurde met Apple Books. Jarenlang stond *Audiobooks.com* bovenaan de lijst met zoekresultaten wanneer in de App Store werd gezocht op "audiobooks". Toen Apple haar Apple Books app introduceerde, kwam deze app op haast miraculeuze wijze als het eerste zoekresultaat uit de bus. Volgens Audiobooks.com heeft dit geleid tot een daling van 25% van het aantal app-downloads.¹⁶⁴

- 8.10. Op dezelfde manier heeft Apple in 2018 haar "Files" app voor het delen van bestanden voorrang gegeven boven Dropbox, dé toonaangevende iOS App van een externe ontwikkelaar. Uit interne documenten, die in een Amerikaanse rechtszaak aan het licht zijn gekomen, blijkt dat Apple haar eigen Files app handmatig had "geboosted", zodat deze "[at the top for the query 'Dropbox'" verscheen.¹⁶⁵
- 8.11. Apple beweert dat haar eigen apps hoog in de zoekresultaten verschijnen omdat ze generieke namen hebben zoals "Music" of "Books". Zelfs als dit waar is, heeft Apple eerder iOS Apps van derden laten zakken in de lijst met zoekresultaten door het zoekalgoritme om precies dezelfde reden voor de gek te houden.¹⁶⁶ Zo stond een iOS App van een externe ontwikkelaar met de naam "Photo Editor—Stylo" gedurende enige tijd bovenaan de lijst met iOS Apps wanneer er werd gezocht op "photo editor" (dus een tamelijk generieke naam).¹⁶⁷ Apple liet deze iOS App echter verdwijnen middels een zogenaamde "rank demotion", omdat de naam "matched a broad query term like 'photo editor'". Een subcommissie van het Amerikaanse Congres heeft vastgesteld dat dit een voorbeeld is van hoe Apple "*punish[es] an app for the same conduct it said justified Apple's position atop the App Store rankings.*"¹⁶⁸

Beoordeling 3: Apple maakt de meeste iOS Apps onvindbaar

- 8.12. Door zichzelf tot exclusieve distributeur van iOS Apps en In-App Producten te maken, belemmert Apple de distributie van deze producten. De enige mogelijke vorm van distributie is de App Store en door het grote aantal en de verscheidenheid aan iOS Apps slibt de App Store dicht. De meeste iOS Apps (en dus ook In-App Producten) raken ondergesneeuwd en worden onvindbaar. Met andere woorden, Apple geeft niet alleen haar eigen apps een prominentere plaats en betere weergave in de App Store (zie hierboven onder Beoordeling 2), maar combineert dit met het degraderen van concurrerende iOS Apps en In-App Producten. Dit leidt tot een verstoring van de concurrentie, minder verkopen en minder distributietransacties.
- 8.13. Als Apple concurrerende app stores niet zou verbieden, zouden grote en kleine concurrenten de markt kunnen betreden en iOS ontwikkelaars nieuwe en extra manieren kunnen bieden om hun producten onder de aandacht te brengen. Concurrentie zou Apple er ook toe aanzetten de vindbaarheid op haar eigen platform (dus de App Store) te verbeteren om iOS ontwikkelaars aan te trekken. Een betere vindbaarheid op de markt zou leiden tot meer verkopen en de behoefte aan meer distributietransacties, zodat de kwantiteit en kwaliteit van distributiediensten voor iOS zou stijgen.

¹⁶³ *Idem* p. 359.

¹⁶⁴ *Idem*.

¹⁶⁵ *Epic Games v. Apple Inc.*, zaak nr. 20-cv-5640 (Northern District of California), rolno. 777-3, *Findings of Fact Proposed by Epic Games, Inc.*, blz. 226, alinea 328(b); zie ook Sean Hollister, *Apple admits why its own Files app was ranked first when users searched for competitor Dropbox*, The Verge (11 juni 2021), beschikbaar op: <https://www.theverge.com/2021/6/11/22528701/apple-rank-own-app-over-competitor-files-dropbox-wwdc-2017> (laatst bezocht op 24 september 2021) (**Productie 67**).

¹⁶⁶ US Congressional Report, p. 360-361 (Productie 43).

¹⁶⁷ *Idem* p. 360.

¹⁶⁸ *Idem* p. 361.

- 8.14. Op dit moment heeft Apple echter weinig prikkels om het ernstige probleem van de vindbaarheid aan te pakken. Uit onderzoek blijkt dat slechts 36% van de iOS ontwikkelaars gelooft dat de App Store "[e]nables discovery of my apps."¹⁶⁹ Met andere woorden, ongeveer twee derde van de iOS ontwikkelaars is niet tevreden met de vindbaarheid van hun iOS Apps in de App Store. In een samenvatting van de onderzoeksresultaten concludeerde Apple in 2016 dan ook dat "[d]evelopers don't believe that the App Store enables profitability of their apps, enables app discovery, or provides the tools to successfully market their apps."¹⁷⁰
- 8.15. In 2015 erkende ████████ dat Apple "need[ed] to do much more to improve discovery."¹⁷¹ Met de oplossing die Apple bedacht, het reeds genoemde "Search Ads" als een nieuwe functie waarvoor ontwikkelaars moeten betalen om hun apps hoger in de lijst met zoekresultaten te laten verschijnen, probeerde Apple echter geld te verdienen aan het probleem in plaats van het aan de wortel aan te pakken. Hoewel de inkomsten van Apple door deze extra functie zijn toegenomen, is het probleem van de vindbaarheid niet opgelost. Sterker nog, het probleem is zelfs groter geworden. Zo hebben iOS ontwikkelaars geklaagd dat de zoekresultaten voor een bepaalde iOS App door een concurrent kunnen worden gekocht. Zo kan bijvoorbeeld elke datingapp het eerste resultaat zijn voor "Tinder", als de ontwikkelaar voldoende betaalt voor deze plek.¹⁷²
- 8.16. Kortom, ondanks het grote aantal middelen en de enorme kennis van Apple, heeft Apple geen doeltreffende instrumenten ontwikkeld om iOS Apps vindbaar te maken in zijn App Store. Aangezien er geen concurrentie is die druk uitoefent, hoeft het dat ook niet te doen.

Beoordeling 4: Apple sluit concurrerende iOS Apps uit van de App Store

- 8.17. Een voormalige functionaris van Apple heeft tegenover een subcommissie van het Amerikaanse Congres toegegeven dat Apple tijdens zijn dienstverband "would find pretextual reasons to remove apps from the app Store, particularly when those apps competed with Apple's Services."¹⁷³
- 8.18. Toen Apple bijvoorbeeld *Screen Time* introduceerde, een applicatie waarmee iOS-gebruikers de schermtijd van hun kinderen in de gaten konden houden, "[it] began to purge many of the leading rival parental control apps from the App Store."¹⁷⁴ Apple beweerde dat dit kwam doordat deze iOS Apps gebruik maakten van een technologie die bekend staat als "Mobile Device Management" ("MDM"), maar in werkelijkheid werden apps voor ouderlijk toezicht die gebruik maken van MDM al jaren in de App Store aangeboden en had Apple honderden updates voor die apps goedgekeurd zonder te wijzen op eventuele problemen met MDM.¹⁷⁵ Naar verluidt zijn er na de verwijdering van concurrerende iOS Apps van derden nog steeds iOS Apps in de App Store die gebruik maken van MDM, alleen - veelzeggend genoeg - niet meer iOS Apps die concurreren met Apple's eigen apps.¹⁷⁶
- 8.19. Toen een functionaris van Apple op meldingen van deze vorm misbruik van marktmacht stuitte, merkte hij intern op: "[t]his is quite incriminating. Is it true?".¹⁷⁷ Daarop kwam het communicatieteam van Apple in actie en "asked CEO ████████ to approve a 'narrative' that Apple's clear-out of Screen

¹⁶⁹ *Epic Games v. Apple Inc.*, zaak nr. 20-cv-5640 (Northern District of California), rolr. 777-3, *Findings of Fact Proposed by Epic Games, Inc.*, blz. 219, alinea 321 (Productie 8).

¹⁷⁰ *Idem*, blz. 223, alinea 324(ii).

¹⁷¹ *Idem*, blz. 221, alinea 321(f).

¹⁷² *Idem*

¹⁷³ US Congressional Report, p. 367 (Productie 43).

¹⁷⁴ *Idem*, p. 364

¹⁷⁵ *Idem*, 364-365.

¹⁷⁶ *Idem*, p. 366.

¹⁷⁷ *Idem*, p. 365.

*Time's rivals was 'not about competition, this is about protecting kids [sic] privacy.'*¹⁷⁸ Dit 'verhaal' was echter van A tot Z verzonnen. Toen het Amerikaanse Ministerie van Justitie aangaf dat het onderzoek deed naar het gedrag van Apple vanwege een mogelijke schending van de mededingingsregels, heeft Apple nog diezelfde dag een groot aantal van de geschrapte iOS Apps teruggezet.¹⁷⁹

- 8.20. Een subcommissie van het Amerikaanse Congres heeft het bewijs van dit voorval bestudeerd en kwam tot de volgende conclusie:

"Here, Apple's monopoly power over app distribution enabled it to exclude rivals to the benefit of Screen Time. Apple could have achieved its claimed objective—protecting user privacy—through less restrictive means, which it ultimately did only after significant outcry from the public and a prolonged period of harm to rivals. Apple's conduct here is a clear example of Apple's use of privacy as a sword to exclude rivals and a shield to insulate itself from charges of anticompetitive conduct."¹⁸⁰

Bevoordeling 5: Apple beperkt de functionaliteit van concurrerende iOS Apps

- 8.21. Zoals al besproken, hebben native iOS Apps het voordeel (ten opzichte van webapps) dat zij kunnen communiceren met, en gebruik kunnen maken van, de hardware van iOS-apparaten. Dit wordt ook wel interoperabiliteit genoemd. Voor interoperabiliteit is toegang tot API's (oftewel de *application programming interfaces*) vereist. De ACM verwoordde dit als volgt:

"In order to develop a well-functioning app, developers for example need access to APIs (Application Programming Interface). An API facilitates the communication between hardware and a software application. An API gives an app access to, among other things, system functions, such as the brightness and color of your screen Furthermore, APIs allow the integration of functionalities of other apps within the app of the app provider" ¹⁸¹

- 8.22. Een iOS App die toegang heeft tot alle functionaliteiten van de API's van Apple kan een reeks functies uitvoeren die een app met beperkte toegang niet kan uitvoeren. Apple - die dit erkent - geeft bepaalde concurrerende apps echter geen toegang tot de benodigde API's, zodat Apple een voorsprong krijgt op de concurrentie omdat de iOS Apps van derden niet eerlijk met de eigen apps van Apple kunnen concurreren. Een voorbeeld: Apple heeft haar eigen Apple Music app gekoppeld aan haar stembesturingsprogramma Siri, zodat gebruikers muziek in Apple Music kunnen afspelen door met een stem een opdracht te geven die Siri uitvoert. Spotify, de iOS App die het meest rechtstreeks met Apple Music concurreert, heeft in het verleden geen toegang tot deze functionaliteit gekregen.¹⁸²
- 8.23. Op dezelfde wijze heeft Apple eigen apps ontwikkeld die zijn geïntegreerd in Apple's *Near Field Communication* (NFC) chip, waardoor contactloze interactie tussen apparaten mogelijk gemaakt wordt (zoals Apple Pay). Hiermee kunnen gebruikers contactloos betalen met behulp van Apple Pay door deze app te openen en hun iOS-apparaat (doorgaans een iPhone) dichtbij een betaalterminal te houden en daarmee in plaats van een bankpas te betalen. Deze NFC-technologie is echter niet altijd beschikbaar voor externe ontwikkelaars, waaronder de Nederlandse overheid die tevergeefs heeft geprobeerd om NFC te gebruiken voor het ontwikkelen van een veilige inloginterface voor overheidstoepassingen.¹⁸³

¹⁷⁸ *Idem*, p. 366.

¹⁷⁹ *Idem*.

¹⁸⁰ *Idem*, p. 366-367.

¹⁸¹ ACM-rapport, 81.

¹⁸² *Idem*, 82.

¹⁸³ *Idem*, 83.

- 8.24. De mogelijkheid om toegang te krijgen tot de NFC technologie van Apple die contactloos betalen mogelijk maakt, is nog nooit zo belangrijk geweest dan tijdens de COVID-19-pandemie. In april 2020 meldde MasterCard dat het aantal contactloze betalingen met 40% was gestegen.¹⁸⁴ Apple zag dit in en heeft haar Apple Pay gepromoot als "*a safer way to pay that helps you avoid touching buttons or exchanging cash*", maar is kennelijk niet bereid deze technologie met derden te delen.¹⁸⁵

Bevoordeling 6: Apple geeft haar eigen apps voorrang door ze vooraf te installeren op haar iOS-apparaten (en andere iOS-Apps niet)

- 8.25. Apple installeert haar eigen apps vooraf op iOS-apparaten en doet dat niet met iOS Apps van concurrerende externe ontwikkelaars. Wanneer iOS-consumenten een apparaat kopen, komen zij dus onmiddellijk (enkel) in aanraking met het aanbod van Apple en worden zij, omdat het aanbod op het startscherm verschijnt, uitgenodigd om hiermee nader kennis te maken terwijl zij met hun apparaat vertrouwd raken. Hierdoor ontstaat wat de Europese Commissie omschrijft als een "status-quo bias" voor de apps van Apple; Apple krijgt zo een voorsprong op haar concurrenten, waaronder externe ontwikkelaars die betere applicaties aanbieden.¹⁸⁶
- 8.26. Uit interne documenten van Apple zelf blijkt dat het vooraf installeren van applicaties "[is] advantageous when competing against third-party apps."¹⁸⁷ Dit is niet verwonderlijk, aangezien consumenten de standaardopties op hun mobiele toestellen vaak overnemen en niet wijzigen.¹⁸⁸
- 8.27. Behalve dat Apple haar eigen apps vooraf installeert, zijn de API's van Apple standaard gelinkt met de apps van Apple en niet die van concurrenten. Bijvoorbeeld, als een iOS-gebruiker dus op een link klikt, opent zijn apparaat de Safari-browser van Apple en niet een browser van een concurrent.¹⁸⁹
- 8.28. Al deze standaardinstellingen werken in het voordeel van Apple en geven haar eigen apps voorrang ten opzichte van concurrerende apps.

Bevoordeling 7: Apple stelt haar eigen iOS Apps vrij van de regels die voor concurrenten gelden

- 8.29. Een andere manier waarop Apple haar eigen apps bevoordeelt is door selectieve handhaving van haar *eigen* regels. Zoals hierboven vermeld, heeft Apple iOS Apps van andere ontwikkelaars 'bestraft' vanwege het gebruik van generieke namen (zoals "Photo Editor") die hoog scoren in zoekopdrachten, terwijl Apple haar eigen apps soortgelijke namen geeft (zoals Apple "Books" of "Music"). Dit is niet het enige geval van selectieve toepassing van de regels door Apple in het voordeel van haar eigen apps.
- 8.30. Zo zijn er berichten dat Apple verhindert dat iOS Apps van derden pushberichten (kunnen) sturen voor marketingdoeleinden, terwijl Apple's eigen apps dit wel kunnen en doen.¹⁹⁰ Zo werd een LinkedIn iOS App afgekeurd omdat daarin marketingmateriaal werd gebruikt (hoewel deze manier van doen was gekopieerd van een Apple-app), waarop de *Director of Developer Relations* van Apple zelf opmerkte: "*Developers (latest LinkedIn) cannot fathom why our apps are permitted to do things they are not.*"¹⁹¹ In dezelfde trant heeft Apple "embedded game"-apps verboden om vervolgens

¹⁸⁴ US Congressional Report, 345-355.

¹⁸⁵ *Idem*, p. 355.

¹⁸⁶ ACM-rapport, 84.

¹⁸⁷ US Congressional Report, 352.

¹⁸⁸ *Idem*.

¹⁸⁹ *Idem*, 353.

¹⁹⁰ *Epic Games v. Apple Inc.*, zaak nr. 20-cv-5640 (Northern District of California), rol nr. 777-3, *Findings of Fact and Conclusions of Law Proposed by Epic Games, Inc.*, blz. 227, alinea 329(a) (Productie 8).

¹⁹¹ *Idem*. blz. 227, alinea 329(b).

Apple Arcade te lanceren waarin een reeks games is ingebouwd. Dit was voor een vertrekende Apple medewerker aanleiding om op te merken dat “[w]ith the new Apple Arcade announcement, it is making available a type of app that Apple has consistently disallowed on the store. But now it is OK for them to make this app available, even though it violates the existing guidelines?”¹⁹²

Bevoordeling 8: Apple beperkt de vrijheid van concurrenten om zelfstandig hun prijzen te bepalen

- 8.31. Apple bevoordeelt haar eigen apps door de vrijheid van concurrenten om zelfstandig hun prijzen te bepalen in te perken; iOS-ontwikkelaars moeten namelijk de prijs van hun iOS-Apps (en In-App-Producten) bepalen op basis van vaste door Apple bepaalde prijscategorieën. Deze verschillen per valuta. Om hun apps binnen Europa te verkopen, moeten ontwikkelaars ten minste € 0,99 vragen en liggen de daaropvolgende prijzen op € 1,99, € 2,99, € 3,99, € 4,99, enzovoort.¹⁹³
- 8.32. Door de vaste prijscategorieën wordt het voor iOS-ontwikkelaars moeilijker om te concurreren op prijsgebied. Bijvoorbeeld, wanneer Apple haar eigen app voor € 0,99 aanbiedt, dan wordt het voor een concurrerende ontwikkelaar onmogelijk om een lagere prijs te hanteren. Tenzij de ontwikkelaar zijn app gratis zou aanbieden. Maar ook als Apple een app voor bijvoorbeeld € 1,99 aanbiedt wordt de concurrentie beperkt. De enige mogelijke lagere prijs zou dan € 0,99 zijn. Dit is meer dan een halvering en zal in veel gevallen de marge van de ontwikkelaar volledig tenietdoen.
- 8.33. Hiermee wordt het grotendeels onmogelijk gemaakt om op prijs te concurreren. Dit terwijl prijs één van de belangrijkste, zo niet de belangrijkste, concurrentieparameter is op een markt. Wanneer er geen vaste prijscategorieën zouden zijn, kan een iOS-ontwikkelaar met kleinere prijsdalingen de concurrentie aangaan en zijn iOS-Apps gunstiger in de markt zetten. De vaste prijscategorieën van Apple beperken dan ook de concurrentie op prijs en leiden tot hogere prijzen voor consumenten.

Consequenties van de verschillende vormen van bevoordeling door Apple voor de mededinging (ontwikkelaars & consumenten)

- 8.34. Het feit dat Apple haar eigen apps bevoordeelt, heeft meerdere mededingingsversturende effecten en gaat ten koste van zowel iOS-ontwikkelaars als de consumenten:
- Het gedrag van Apple schermt de markten af voor concurrerende ontwikkelaars en potentiële nieuwe toetreders
 - Het gedrag van Apple beperkt het aanbod van iOS Apps en In-App Producten en beperkt de innovatie van deze producten
 - Het gedrag van Apple leidt tot hogere prijzen voor consumenten.
 - Het gedrag van Apple maakt het voor consumenten moeilijker om toegang te krijgen tot de voor hun relevante apps en onderliggende diensten.

¹⁹² *Idem*, blz. 227-28, alinea 330(a).

¹⁹³ Zie <https://itunespartner.apple.com/assets/downloads/072821-Apps-Pricing-SAfr-UK-EUR.pdf> (laatst bezocht op 24 september 2021) (**Productie 68**).

9. MEDEDINGINGSBEPERKENDE AFSPRAKEN (ART. 101 VWEU)

- 9.1. In dit hoofdstuk zal uiteen worden gezet dat - naast het misbruiken van haar machtspositie - Apple ook in strijd heeft gehandeld met het kartelverbod van artikel 6 Mw en artikel 101 VWEU.
- 9.2. Ook voor artikel 6 Mw en artikel 101 VWEU geldt dat voor de toepassing en uitleg van beide artikelen de rechtspraak van het HvJ EU en het Gerecht van de Europese Unie, en de beschikkingenpraktijk van de Europese Commissie richtinggevend is. Ook artikel 101 VWEU dient door uw rechtbank te worden toegepast. Aangezien artikel 101 VWEU richtinggevend is voor de invulling van het nationale artikel 6 Mw, zal in het volgende dan ook enkel worden verwezen naar artikel 101 VWEU. Daarin zal ook telkens artikel 6 Mw moeten worden gelezen.

Verhouding tussen artikel 101 VWEU en 102 VWEU

- 9.3. Waar artikel 102 VWEU in de basis ziet op unilateraal gedrag van een onderneming met een machtspositie, heeft artikel 101 VWEU betrekking op overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen die de mededinging merkbaar ongunstig kunnen beïnvloeden.
- 9.4. Uit vaste rechtspraak van het Hof van Justitie EU volgt dat artikel 101 VWEU en artikel 102 VWEU elkaar niet uitsluiten en gelijktijdig kunnen worden toegepast op dezelfde contractuele afspraken.¹⁹⁴

Inbreuk op artikel 101 VWEU

- 9.5. Hierboven zijn meerdere vormen van misbruik van machtspositie omschreven die hun basis vinden in de door Apple aan de ontwikkelaars opgelegde contractuele voorwaarden. Het gaat daarbij specifiek om de volgende misbruikvormen: het hanteren van excessieve provisies, het toepassen van sturingsregels en verschillende manieren van bevoordeling van haar eigen iOS Apps (zie hoofdstukken 6 t/m 8 hierboven). Deze gedragingen vormen naast misbruik van machtspositie eveneens een inbreuk op artikel 101 VWEU. Het betreffen immers contractuele afspraken die de mededinging merkbaar beperken.
- 9.6. Voorzover deze gedragingen niet reeds onrechtmatig zijn geacht in verband met artikel 102 VWEU zouden deze op grond van artikel 101 VWEU als onrechtmatig moeten worden gekwalificeerd. Daarnaast heeft Apple ook in strijd gehandeld met artikel 101 VWEU door middel van verticale prijsbinding.

Verticale prijsbinding

- 9.7. Zoals hierboven omschreven (namelijk Bevoordeling 8), hanteert Apple vaste prijscategorieën voor betaalde iOS-Apps, die in Europa beginnen bij € 0,99. Apple staat niet toe dat ontwikkelaars zelfstandig hun prijzen bepalen. Dit is een vorm van verticale prijsbinding door Apple richting haar afnemers, de ontwikkelaars.
- 9.8. Verticale prijsbinding vindt plaats wanneer een leverancier aan een afnemer oplegt welke prijzen de afnemer moet hanteren. Afnemers moeten vrij zijn in hun prijsbeleid en moeten vrij zijn om hun eigen prijzen te bepalen.
- 9.9. Apple kan gezien worden als een aanbieder van online-tussenhandeldiensten en moet in het kader van artikel 101 VWEU gelijkgesteld worden aan een leverancier. Dit blijkt bijvoorbeeld uit de concept

¹⁹⁴ Vg. HvJ EU 13 februari 1979, ECLI:EU:C:1979:36, zaak 85/76, *Hoffman-La Roche* en HvJ EU 16 maart 2000, ECLI:EU:C:2000:132, zaken C-395/96 P en C-396/96 P, *Compagnie Maritime Belge Transports*, par. 33.

Verticale Richtsnoeren van de Europese Commissie van juli 2021, die een weergave vormen van de huidige stand van de Europese rechtspraak en beschikkingenpraktijk:

“Daarnaast wordt in artikel 1, lid 1, punt d), VBER verduidelijkt dat een aanbieder van onlinetussenhandelsdiensten een leverancier is op grond van de VBER, ook wanneer hij partij is bij een transactie die hij faciliteert. Dit betekent dat wanneer een onderneming onlinetussenhandelsdiensten aanbiedt en derhalve onder de definitie van artikel 1, lid 1, punt d), VBER valt, deze onderneming haar kwalificatie als leverancier met betrekking tot de verstrekte onlinetussenhandelsdiensten niet kan omzeilen, door bijvoorbeeld partij te worden bij de transactie die zij faciliteert of contractueel vast te leggen dat zij een afnemer is van de op basis van een dergelijke transactie geleverde goederen of diensten.”¹⁹⁵

- 9.10. Aangezien Apple, als leverancier, vaste prijscategorieën oplegt aan haar afnemers, de ontwikkelaars, is er sprake van verticale prijsbinding. Dit is een zogenaamde ‘*hard core*’ restrictie die naar haar aard in strijd is met artikel 101 VWEU. Bij dergelijke strekkingsbedingen hoeven geen mededingingsbeperkende effecten te worden aangetoond om de strijd met artikel 101 VWEU vast te kunnen stellen.
- 9.11. Overigens worden de mededingingsbeperkende effecten van de verticale prijsbinding in de onderhavige situatie nog verergerd door de dubbele rol van Apple als leverancier en tegelijkertijd aanbieder van eigen apps en. Daarmee beperkt Apple niet alleen de concurrentie tussen iOS-ontwikkelaars, maar ook tussen Apple zelf en de iOS-ontwikkelaars.

10. AANSPRAKELIJKHEID APPLE VOOR HANTEREN EXCESSIEVE TARIEVEN

- 10.1. De Stichting heeft hierboven drie verschillende inbreuken op de mededingingsregels besproken die Apple allemaal als gevolg van haar machtspositie heeft gepleegd, namelijk het hanteren van excessieve provisies, het toepassen van sturingsregels en verschillende manieren van bevoordeling van haar eigen apps (zie hoofdstukken 6 t/m 8 hierboven).
- 10.2. In dit hoofdstuk zal de Stichting de civielrechtelijke kwalificatie van de eerste van deze mededingingsrechtelijke overtredingen bespreken. In het volgende hoofdstuk volgen dan de andere vormen van misbruik van machtspositie. Daarbij zal de Stichting telkens het nadeel dan wel de schade bespreken die de Gedupeerden in deze procedure vorderen.

Aansprakelijkheid ten aanzien van consumenten uit hoofde van onrechtmatige daad (artikel 6:162 BW)

- 10.3. De handelingen van Apple die zien op het hanteren van excessieve provisies zijn jegens de consumenten onrechtmatig. Immers, het mededingingsrecht beschermt consumenten door een eerlijke concurrentie - en daarmee lagere prijzen, een beter aanbod, etc. – te waarborgen.
- 10.4. Zoals al in de inleiding aangestipt (zie para. 1.19 e.v. boven), doet de Stichting ten aanzien van de schade als gevolg van de provisie van 30% die Apple heeft opgelegd voor elke verkoop van iOS-Apps en In-App Producten een beroep op het (van origine Europees) bewijsvermoeden dat is neergelegd in artikel 6:193q BW, waarin een indirecte afnemer wordt vermoed het bewijs van doorberekening te hebben geleverd indien hij aantoont dat:

¹⁹⁵ Europese Commissie 9 juli 2021, *Concept Richtsnoeren inzake verticale beperkingen*, par. 63 en 64. Hiermee wordt overigens aangesloten bij de definities die worden gehanteerd in Verordening (EU) 2019/1150 van het Europees Parlement en de Raad van 20 juni 2019 ter bevordering van billijkheid en transparantie voor zakelijke gebruikers van onlinetussenhandelsdiensten (hierna “P2B-verordening”).

- a.de inbreukpleger een inbreuk op het mededingingsrecht heeft gepleegd,
 - b.de inbreuk heeft geleid tot meerkosten voor de *directe* afnemer van de inbreukpleger, en
 - c.de indirecte afnemer de goederen of diensten heeft verworven die het voorwerp waren van de inbreuk, of goederen of diensten waarin deze zijn verwerkt of die daarvan zijn afgeleid.
- 10.5. Aan deze voorwaarden is voldaan. Apple levert in ruil voor de provisie de (functionaliteiten van de) App Store en vraagt als gevolg van haar misbruik van machtspositie hiervoor excessieve provisies (art. 193q onder a BW). De iOS-ontwikkelaars nemen die distributiediensten van Apple af en gelden daarmee als de directe afnemers. De schade zijn de meerkosten die zij hebben moeten betalen doordat Apple excessieve tarieven heeft gehanteerd in plaats van een redelijke vergoeding te vragen (art. 193q onder b BW). Het vermoeden van doorberekening wordt geleverd doordat de consument de iOS-Apps en/of In-App Producten heeft gekocht die het voorwerp zijn van de inbreuk (te weten: misbruik machtspositie door Apple), althans een afgeleide zijn van de distributiediensten van Apple waarop de provisie van toepassing is. Uit de Amerikaanse rechtszaak tussen Epic Games en Apple blijkt dat Epic Games de provisie heeft doorbelast aan haar eindgebruikers. Dit onderstreept dat het door de wet gegeven bewijsvermoeden in dit geval opgeld doet.
- 10.6. De schade die op die manier onder het (wettelijke) bewijsvermoeden aan de consumenten is doorgegeven, is gelijk aan het verschil tussen de door Apple gehanteerde provisie (van 30%) en de redelijke provisie die Apple voor de verkoop van iOS-Apps en In-App Producten in de App Store *zonder* misbruik van machtspositie had kunnen vragen. De hoogte van deze redelijke provisie dient door uw rechtbank in deze procedure te worden vastgesteld. De Stichting is vooralsnog van mening dat een redelijke percentage niet hoger ligt dan een percentage tussen de 12% en 15%, gelet op de verlaagde provisie die Apple zelf in het kader van verschillende programma's vraagt en de vergelijkbare tarieven die Epic Games en Microsoft hanteren, waarbij de CEO van Epic Games de verwachting heeft uitgesproken dat een percentage van 12% winstgevend zal zijn. De Stichting behoudt zich het recht voor dit percentage in een later stadium van de procedure aan te passen aan de hand van feiten en omstandigheden die zich nog moeten voordoen, bijvoorbeeld naar aanleiding van de uitkomst van het onderzoek van de ACM en de Europese Commissie of de verdere verlaging van de provisie van vergelijkbare app stores buiten het iOS-ecosysteem, waaruit zou blijken dat ook de hantering van een percentage van 12% misbruik van de machtspositie zou betekenen.
- 10.7. Als uitgangspunt voor deze procedure geldt in elk geval dat de iOS-ontwikkelaars *tenminste* 15% te veel hebben betaald aan provisie van ieder aankoop in de App Store gedurende de Relevante Periode. De Stichting verzoekt uw rechtbank voor wat betreft het redelijke tarief dat Apple zou mogen vragen aan te sluiten bij de tarieven die andere platforms toepassen (thans 12%). Indien uw rechtbank die tarieven van andere platforms niet als maatstaf wil nemen, verzoekt de Stichting uw rechtbank ter vaststelling van een redelijk tarief een deskundige te benoemen. Als ook dit niet wenselijk of mogelijk is, verzoekt de Stichting uw rechtbank het redelijke tarief, althans de als gevolg van het onredelijke tarief veroorzaakte schade schattenderwijs vast te stellen.
- 10.8. Het te veel betaalde als gevolg van de excessieve tarieven van Apple kan zonder meer *collectief* worden vastgesteld. Het gaat immers om de te hoge tarieven die Apple voor haar distributiediensten via de App Store voor *alle* iOS-Apps en In-App Producten in rekening brengt. De vraag is dan ook of de App Store, kort gezegd, in het algemeen 'te duur' is (althans excessief), en niet alleen ten aanzien van een iOS-ontwikkelaar van een bepaalde iOS-App of In-App Product.

Aansprakelijkheid ten aanzien van de iOS-ontwikkelaars op grond van onverschuldigde betaling (artikel 6:203 BW)

- 10.9. Voor zover Apple zich op het standpunt stelt dat de iOS-ontwikkelaars de te hoge provisies niet door hebben gegeven aan de consumenten die de iOS-Apps en In-App Producten hebben gekocht – althans het in dat verband op grond van artikel 6:193q BW aan te nemen bewijsvermoeden weet te ontzenuwen – vordert de Stichting het te veel betaalde aan provisies namens de betrokkene iOS-ontwikkelaars van Apple uit hoofde van onverschuldigde betaling.
- 10.10. Daarbij merkt de Stichting op dat zij in deze procedure opkomt voor diegenen die feitelijk de excessieve provisie hebben betaald. Op grond van het wettelijke bewijsvermoeden in artikel 6:193q BW is dat de consument (als eindgebruiker). Indien Apple dit bewijsvermoeden weerlegt, is dat de iOS-ontwikkelaar. De doorberekening van de provisie kan er in elk geval niet toe leiden dat de schade die Apple in dit verband heeft veroorzaakt niet voor toewijzing in aanmerking kan komen. Dit is ook precies de reden voor het wettelijke bewijsvermoeden ex artikel 193q BW. Voor de goede orde: de Stichting vraagt dus niet dezelfde schade twee keer.
- 10.11. Apple Inc heeft als gevolg van het misbruik van haar machtspositie in de Developer Agreement een veel hogere provisie kunnen vragen dan zij zonder dat misbruik had kunnen doen. Zonder dat misbruik zou er een gezonde concurrentie zijn ontstaan die een drukkend effect op de provisie had gehad. Voor deze vorm van misbruik, en de hieronder te bespreken vergoeding van de teveel betaalde provisie, is alleen Apple Inc aansprakelijk, aangezien alle iOS-ontwikkelaars met haar hebben gecontracteerd en niet met Apple Ireland.
- 10.12. Als gevolg van dit misbruik van machtspositie is de provisiebepaling in de voorwaarden van Apple nietig, althans vernietigbaar op grond van artikel 3:40 lid 2 BW. Anders dan bij artikel 101 VWEU dat in lid 2 zelf bepaalt dat een afspraak in strijd met deze bepaling nietig is, zijn de gevolgen van artikel 102 VWEU overgelaten aan het nationale (civiele) recht. Artikel 102 VWEU heeft horizontale werking en kan dus door de betrokkenen direct worden ingeroepen. Het betreft bovendien dwingend recht dat ambtshalve moet worden toegepast. Een rechtshandeling die in strijd is met dit artikel (omdat ze tot stand is gekomen als gevolg van misbruik van een economische machtspositie) is daarmee in strijd met een dwingend-rechtelijke wetsbepaling en als gevolg daarvan nietig.
- 10.13. Voor zover uw rechtbank van mening is dat de overtreding van 102 VWEU ten aanzien van de provisiebepaling alleen tot vernietigbaarheid van de desbetreffende afspraken leidt, roept de Stichting namens de iOS-ontwikkelaars de vernietiging van de provisiebepaling in.
- 10.14. De nietigheid (althans vernietiging) van de provisiebepaling in de Developer Agreement van Apple heeft tot gevolg dat de provisie die de iOS-ontwikkelaars over elke verkoop van hun iOS-App en/of In-App Product aan Apple hebben moeten afdragen, onverschuldigd is betaald. In beginsel ziet dat op de volledige 30%. Echter, naar de mening van de Stichting dient de nietige bepaling te worden vervangen met een bepaling die niet langer in strijd is met het mededingingsrecht, dus een redelijke provisie voor de distributiediensten van Apple.
- 10.15. Voor wat betreft de hoogte van deze redelijke provisie, verwijst de Stichting naar de berekening van de schade van de consumenten (conform art. 6:193q BW) hierboven die gelijk is aan (het bedrag van) de onverschuldigde betaling van de iOS-ontwikkelaars die de provisie niet heeft doorberekend.
- 10.16. Ten slotte merkt de Stichting op dat zij het teveel betaalde ook, bij wijze van een alternatieve grondslag, uit hoofde van onrechtmatige daad van Apple terug vordert. Wat deze (subsidiare) vordering tot schadevergoeding namens de iOS-ontwikkelaars betreft, verwijst de Stichting naar de

hierboven besproken aansprakelijkheid ex artikel 6:162 BW ten aanzien van consumenten die ook voor de iOS-ontwikkelaars relevant is en hier als herhaald en ingelast moet worden beschouwd.

11. AANSPRAKELIJKHEID APPLE VOOR OVERIGE (VORMEN VAN) MISBRUIK VAN MACHTSPOSITIE DAN WEL OVERTREDING VAN ARTIKEL 101 VWEU

- 11.1. De Stichting heeft al uitgebreid besproken op welke verschillende *andere* manieren Apple misbruik van haar machtspositie in het kader van de App Store heeft gepleegd, namelijk (naast het hanteren van excessieve provisie's) ook door het hanteren van sturingsregels en de bevoordeling van haar eigen apps. De Stichting heeft ook besproken dat Apple inbreuk heeft gemaakt op artikel 101 VWEU door, kort gezegd, de iOS-ontwikkelaars (contractueel) te dwingen om hun iOS-Apps tegen vaste prijzen te verkopen.
- 11.2. Elke van deze handelingen is, zowel afzonderlijk als ook in onderling verband beschouwd, een onrechtmatige daad die leidt tot schadevergoeding. In dit hoofdstuk zal de Stichting de civielrechtelijke kwalificatie van deze mededingingsrechtelijke overtredingen bespreken, te weten de onrechtmatige daad die Apple daarmee heeft gepleegd dan wel de ongerechtvaardigde verrijking die daardoor is veroorzaakt.

Aansprakelijkheid uit hoofde van onrechtmatige daad (artikel 6:162 BW)

- 11.3. In alle gevallen van misbruik van machtspositie zoals beschreven in hoofdstuk 7 (sturingsregels) en 8 (bevoordeling) is er sprake van onrechtmatig handelen jegens de iOS-ontwikkelaars wiens mogelijkheid om eerlijk te kunnen concurreren beperkt zijn. Maar ook de consumenten zijn de dupe van dit handelen doordat zij hetzij meer moeten betalen voor iOS-Apps en In-App Producten, hetzij een minder overzichtelijk en/of concreet (tot stand gekomen op grond van eerlijke concurrentie, etc) aanbod in de App Store hebben. De situatie die Apple met haar App Store heeft gecreëerd, is juist wat de mededingingsregels willen voorkomen.
- 11.4. Normadressanten zijn overigens zowel de iOS-ontwikkelaars als afnemers op de markt voor distributiediensten van Apple (en tevens als concurrenten wat betreft de app ontwikkeling *an sich*), als ook de consumenten zelf voor wie de App Store is bedoeld en die iOS Apps (en In-App Producten) alleen via de App Store kunnen verkrijgen.
- 11.5. Er is ook sprake van causaliteit tussen de handelingen van Apple en de schade die de Gedupeerden hebben geleden. Zoals al uitgebreid besproken, was deze schade niet ontstaan op een functionerende markt met voldoende concurrentie.
- 11.6. Deze handelingen worden gepleegd door Apple Inc., die aan het hoofd staat van het Apple concern en dus verantwoordelijk gehouden moet worden voor alle strategische keuzes van het bedrijf die het misbruik van machtspositie teweeg hebben gebracht. Daar komt nog bij dat Apple Inc. een rechtstreekse band heeft met de iOS-ontwikkelaars die hun iOS-Apps en In-App Producten enkel op grond van de Developer Agreement (ook) in de Nederlandse App Store aan kunnen bieden,
- 11.7. Zoals al aangestipt, is voor deze handelingen ook Apple Ireland aansprakelijk. Apple Ireland beheert en opereert de App Store voor de Europese Unie, waaronder dus ook Nederland (zie al para. 2.4 e.v. boven). Daarmee geeft zij uitvoering aan de mededinging beperkende maatregelen. Zij is verder als zodanig (mede) verantwoordelijk voor de inrichting, presentatie en verkoop van de iOS-Apps en In-App Producten in de Nederlandse App Store en bovendien het aanspreekpunt voor alle consumenten in Nederland.

- 11.8. De conclusie is dan ook dat Apple Inc. en Apple Ireland, ieder voor zich maar ook in onderling verband, ook door de overige concurrentiebeperkende maatregelen een onrechtmatige daad hebben gepleegd en uit hoofde van artikel 6:162 BW direct (hoofdelijk) aansprakelijk zijn voor de daardoor veroorzaakte schade die in het volgende zal worden omschreven.

Schade als gevolg van overige (vormen van) misbruik van machtspositie dan wel overtreding van artikel 101 VWEU

- 11.9. De Stichting vordert, naast de terugbetaling van de te veel betaalde provisies, een schadevergoeding voor de andere mededingingsverstoringen van Apple tezamen, dus (de verschillende vormen van) het misbruik dat Apple maakt door haar *eigen* iOS-Apps in de App Store te bevoordelen en de sturingsregels. Iedere iOS-ontwikkelaar en iedere consument heeft schade geleden als gevolg van deze onrechtmatige handelingen.

De schade van de iOS-ontwikkelaars I: gederfde winst

- 11.10. De schade van de iOS-ontwikkelaars is gelegen in het feit dat zij minder inkomsten hebben kunnen genereren omdat zij minder iOS-Apps en In-App Producten hebben kunnen verkopen (mede) als gevolg van de bevoordeling door Apple van haar *eigen* apps c.q. de benadeling van concurrerende iOS Apps van de ontwikkelaars door de functionaliteiten daarvan te beperken. Het gaat hier zowel om de bevoordelende maatregelen die verboden zijn onder artikel 102 VWEU als om de verticale prijsbinding waaraan Apple zich schuldig heeft gemaakt en verboden is onder artikel 101 VWEU. Inkomsten van ontwikkelaars kunnen immers zowel zijn verminderd als gevolg van – bijvoorbeeld – de verminderde vindbaarheid ten opzichte van eigen apps van Apple, als van het feit dat een ontwikkelaar gebonden was aan een vastgestelde prijsschema en dus niet met concurrenten op prijs kon concurreren. Al deze schade kan worden gekwalificeerd als misgelopen winsten (gederfde winst).
- 11.11. Voor vergoeding van gederfde winst komt alleen winst in aanmerking waarvan redelijkerwijs mag worden aangenomen dat de iOS-ontwikkelaar die werkelijk zou hebben gemaakt als de schadeveroorzakende gebeurtenissen zich niet hadden voorgedaan. Hoewel de winst van de iOS-ontwikkelaars kan worden achterhaald, is het niet eenvoudig vast te stellen wat die winst zonder de inbreuk op de mededinging zou zijn geweest. Er zijn allerlei omstandigheden van invloed op die (hypothetische) winst en het is onduidelijk wat de omvang is van het effect dat de onrechtmatige handelingen van Apple op de winst van de ontwikkelaars hebben gehad. De Stichting is evenwel van mening dat als vaststaand moet worden aangenomen dat de beperkingen van de mededinging tot gevolg hebben gehad dat de ontwikkelaars daadwerkelijk inkomsten zijn misgelopen. Het gaat dan alleen om de vaststelling van de omvang van die schade, desnoods door middel van een schatting.
- 11.12. De Stichting is evenwel van mening dat compensatie van deze schade het best kan worden benaderd door voor al deze onrechtmatige handelingen een forfaitair bedrag vast te stellen per jaar dat een iOS-ontwikkelaar via de App Store actief is geweest. Zij zal dit bedrag in een later stadium van de procedure concretiseren. Daarbij zal zij zich onder meer baseren op de praktische gids voor de begroting van schade bij inbreuken op artikelen 101 en 102 VWEU die de Europese Commissie heeft opgesteld als onderdeel van haar mededeling van 13 juni 2013 over de begroting van schade bij schadeacties wegens inbreuken op het Europese mededingingsrecht (Pb. 2013, C 167, p. 7). Deze mededeling heeft tot doel partijen en rechters te assisteren in het begroten van de schade van mededingingsinbreuken. Voor zover uw rechtbank deze onderbouwing onvoldoende zal vinden, zal de Stichting uw rechtbank verzoeken een deskundige aan te stellen die het genoemde forfaitaire bedrag zal bepalen, althans verzoekt zij u het concrete bedrag zelf schattenderwijs vast te stellen.

11.13. Noodzakelijkerwijs zal de vaststelling van een forfaitair bedrag ertoe leiden dat de ontwikkelaars hun gehele schade niet vergoed zullen zien. Dat is naar de mening van de Stichting inherent aan een massaschadezaak waar de vergoeding van – in dit geval – strooischade wordt gevorderd waarvoor de ontwikkelaars individueel niet bij Apple zouden aankloppen, nog daargelaten dat zij dit te minder zouden doen vanwege hun afhankelijk positie van Apple. Het is ondoenlijk en leidt niet tot een efficiënte en effectieve afwikkeling van de door Apple veroorzaakte schade om te eisen dat de Stichting de concrete schade van iedere ontwikkelaars aan de hand van individuele omzetcijfers en andere stukken vaststelt. Bij de vaststelling van schade in massaschadezaken moet in belangrijke mate van de concrete schade van iedere vertegenwoordigde kunnen worden geabstraheerd. Dit gebeurt ook in Amerikaanse class actions, op welk systeem de Wet Afwikkeling Massaschade in Collectieve Actie (WAMCA) is gestoeld. Ontwikkelaars die met het vast te stellen forfaitaire bedrag geen genoegen willen nemen, hebben vervolgens de mogelijkheid om zich daaraan door middel van een *opt-out* verklaring te onttrekken.

De schade van de iOS-ontwikkelaars II: kansschade

11.14. Voor zover uw rechtbank zou oordelen dat überhaupt niet duidelijk is dat de inbreuken schade hebben veroorzaakt, vordert de Stichting een nader vast te stellen percentage van het forfaitaire bedrag zoals hiervoor genoemd aan de hand van een afweging van de goede en kwade kansen dat de schade zich bij het wegblijven van het onrechtmatig handelen van Apple zou hebben verwezenlijkt. De Hoge Raad definieert dit leerstuk van de kansschade in haar arrest van 21 december 2012 als volgt (r.o. 3.5.3)¹⁹⁶

“Deze leer van de kansschade is derhalve geëigend om een oplossing te bieden voor sommige situaties waarin onzekerheid bestaat over de vraag of een op zichzelf vaststaande tekortkoming of onrechtmatige daad schade heeft veroorzaakt, en waarin die onzekerheid haar grond vindt in de omstandigheid dat niet kan worden vastgesteld of en in hoeverre in de hypothetische situatie dat de tekortkoming of onrechtmatige daad achterwege zou zijn gebleven, de kans op succes zich in werkelijkheid ook zou hebben gerealiseerd.”

11.15. Naar de mening van de Stichting kan deze leer in dit geval (al dan niet analoog) worden toegepast. De inbreuk op de mededinging van Apple staat vast. Door deze inbreuken hebben ontwikkelaars hun iOS-App minder goed aan eindgebruikers kunnen aanbieden. Dit heeft afbreuk gedaan aan de kans van succes van die apps. Het *conditio-sine-qua-non* verband tussen de inbreuk op de mededinging en het verlies op een kans is daarmee gegeven. Het is in dit subsidiaire scenario echter onduidelijk of de iOS-Apps van de ontwikkelaars ook daadwerkelijk succesvoller zouden zijn geweest in de hypothetische situatie dat het onrechtmatig handelen van Apple achterwege was gebleven. Er dient dan een afweging van de ‘goede en kwade kansen’ gemaakt te worden dat – in dit geval – een app van een ontwikkelaar succesvoller was geweest als de inbreuken op de mededinging niet hadden plaatsgevonden. Het percentage dat uit deze berekening voortvloeit dient te worden toegepast op de schade die is geleden, waarvoor de Stichting zoals hiervoor uiteengezet een forfaitair bedrag zal vorderen.

De schade van de consument

11.16. De schade van de consument vloeit voort uit de verminderde gebruiksmogelijkheden van de *app economy*, welke het gevolg zijn in onder meer beperkende werking van het ‘lock-in’ systeem van Apple (met in feite minder innovatie en aanbod bij gebrek aan concurrentie) en de beperkte vindbaarheid van iOS Apps als gevolg van het feit dat Apple geen andere app stores toestaat, die

¹⁹⁶ Hoge Raad, 21 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7491, (Deloitte Belastingadviseurs/H&H Beheer)

een ander, selectiever of gespecialiseerder aanbod van apps aan zouden kunnen bieden. De consument is hierdoor 'gedwongen' geweest eigen apps van Apple of iOS-Apps waarvoor door de ontwikkelaar aan Apple is betaald om die beter vindbaar te maken, te gebruiken. Deze apps waren dan wel betaald, of duurder dan betaalde apps van ontwikkelaars, dan wel boden In-App producten aan die mogelijk duurder waren dan alternatieve opties, die aan de consument evenwel als gevolg van de inbreuken op de mededinging zijn onthouden. Dergelijke vermogensschade komt voor vergoeding in aanmerking.

11.17. Het gaat voor wat betreft deze schade dus alleen om de consumenten die iOS-Apps hebben gekocht en vervolgens al dan niet In-App Producten hebben afgenomen, en niet om gebruikers van gratis iOS-Apps. Ook voor wat betreft deze schadepost is het lastig om de schade te concretiseren, omdat onduidelijk is welke alternatieve apps, of alternatieve iOS-app store(s), de consumenten in plaats van de door hen gekochte iOS-Apps ter beschikking hadden als Apple geen misbruik van haar machtspositie op de App Store had gemaakt. Naar de mening van de Stichting staat echter vast dat de inbreuken op de mededinging door Apple vermogensschade aan de zijde van de consument hebben opgeleverd.

11.18. Ook voor wat betreft de consument zal de Stichting een forfaitair bedrag vragen voor ieder jaar dat iedere consument gebruik heeft gemaakt van (betaalde) iOS-Apps via de App Store (en bijhorende In-App Producten), welk bedrag zij een later stadium zal proberen te concretiseren aan de hand van onder meer de door de Europese Commissie vastgestelde uitgangspunten. Ook voor wat betreft deze schade kan het evenwel mogelijk zijn dat uw rechtbank een deskundige zal willen benoemen die het gevorderde forfaitaire bedrag nader vaststelt.

Conclusie ten aanzien van de schade van de Gedupeerden

11.19. Op basis van deze uitgangspunten kan de schade van (iedere subgroep van) Gedupeerden worden vastgesteld. Als een concrete schadeberekening echter niet mogelijk blijkt te zijn en ook een schatting niet voor de hand ligt, verzoekt de Stichting uw Rechtbank om de schade per iOS App en daaraan gerelateerde In-App Producten middels winstafracht (art. 6:104 BW) vast te stellen. Het gaat in het onderhavige geval immers precies om de situatie die de wetgever hier voor ogen stond:

"De gedachte achter deze bepaling is dat het onredelijk werd geacht om ongeoorloofd ten koste van een ander verkregen winst aan de verkrijger te laten, waar door die ander vermoedelijk wel schade is geleden, maar deze naar haar aard niet goed bewijsbaar is".¹⁹⁷

Ongerechtvaardigde verrijking ten aanzien van overige (vormen van) misbruik van machtspositie dan wel overtreding van artikel 101 VWEU (artikel 6:212 BW)

11.20. Voor zover uw rechtbank van oordeel is dat er geen sprake is van een onrechtmatige daad, stelt de Stichting zich op het standpunt dat Apple ongerechtvaardigd is verrijkt, met een bedrag waarmee de Gedupeerden zijn verarmd, en dat Apple gehouden is dit bedrag aan de Gedupeerden te vergoeden.

11.21. Voor een vergoeding op grond van art. 6:212 BW moet sprake zijn van 1) verrijking van de één, 2) verarming van de ander, 3) een voldoende verband tussen de verrijking en verarming 4) een verrijking die ongerechtvaardigd is en 5) een verplichting tot afdracht aan de verarmde die redelijk is, welke voorwaarden de Stichting hieronder zal bespreken.

Verrijking van Apple en verarming van de Gedupeerden

¹⁹⁷ T&C Vermogensrecht, aantekening 1 bij art. 6:104 BW (met bronvermelding PG)

- 11.22. De concurrentiebeperkende maatregelen die Apple heeft getroffen als gevolg van haar machtspositie hebben onmiskenbaar een verrijking van Apple tot gevolg gehad. Apple heeft geprofiteerd van de mededingingsbeperkende maatregelen die haar eigen apps bevoordeelden, doordat meer van die apps door eindgebruikers zijn gedownload dan het geval was geweest indien Apple zich van haar onrechtmatige handelen had onthouden (namelijk de onder hoofdstuk 7 en 8 omschreven concurrentiebeperkende handelingen). Hetzelfde geldt voor de verticale prijsbinding waaraan Apple de iOS-ontwikkelaars heeft onderworpen. Apple heeft ook daardoor meer van haar eigen apps kunnen verkopen en daaraan kunnen verdienen omdat de iOS-ontwikkelaars niet in staat waren met elkaar te concurreren en een goedkopere, voor de consument aantrekkelijkere iOS-App en In-App producten op de markt te brengen.
- 11.23. Al deze concurrentiebeperkende maatregelen hebben geleid tot aanzienlijk hogere winsten voor Apple. Ten eerste hebben deze maatregelen geleid tot een hogere afname van haar *eigen* apps ten koste van de iOS-apps van de ontwikkelaars. Ten tweede heeft de sturing wat betreft In-App Producten (dus het gebruik van het IAP betalingssysteem) geleid tot een hoger aantal transacties waarop de provisieverplichting van toepassing was (omdat de iOS-ontwikkelaar deze niet buiten Apple om kon verkopen). .
- 11.24. Apple is verrijkt met het bedrag dat deze concurrentiebeperkende maatregelen haar tezamen extra hebben opgeleverd. De Gedupeerden zijn met hetzelfde bedrag verarmd; de iOS-ontwikkelaars omdat zij gederfde winst hebben en de consumenten omdat ze te veel hebben betaald voor de gekochte iOS-Apps (dan wel meer voor hetzelfde aankoopbedrag hadden kunnen krijgen). De schade die de concurrentiebeperkende maatregelen van Apple hebben teweeg gebracht bij de Gedupeerden heeft de Stichting hierboven al uiteengezet.

Voldoende verband tussen de verrijking en verarming

- 11.25. Tussen de verrijking en de verarming bestaat ook een direct verband. De verschillende vormen van machtsmisbruik hebben gelijktijdig gezorgd voor de verrijking aan de zijde van Apple en de verarming aan de zijde van de Gedupeerden.
- 11.26. Voor de duidelijkheid: deze verrijking staat los van het bedrag waarmee Apple ongerechtvaardigd is verrijkt als gevolg van het hanteren van een te hoge provisies. De provisie die Apple op relevante betalingen heeft ingehouden staat immers los van de extra inkomsten die Apple heeft gegenereerd doordat zij haar eigen apps kon bevoordelen ten opzichte van de iOS-Apps van de ontwikkelaars.

Verrijking is ongerechtvaardigd

- 11.27. Dat de verrijking ongerechtvaardigd is, volgt uit de verschillende vormen van misbruik van machtsmisbruik door Apple. De verrijking van Apple is niet het gevolg van de verwezenlijking van enige risicoaanvaarding. De Gedupeerden hadden op geen enkele wijze rekening hoeven te houden met het machtsmisbruik van Apple. De verrijking van Apple vloeit evenmin voort uit de wet en dient ook niet naar maatschappelijke opvattingen aan Apple toe te vallen.

Verplichting tot afdracht aan de Gedupeerden is redelijk

- 11.28. Ten slotte is de afdracht aan de Gedupeerden redelijk. Apple heeft gigantische winsten gemaakt ten koste van de Gedupeerden. Apple wordt tegenwoordig gewaardeerd op ca. 2 biljoen dollar. Een belangrijk deel van haar inkomsten zijn gegenereerd met de App Store, die vanaf het meest fundamentele niveau is opgebouwd om de keuzevrijheid van consumenten en iOS-ontwikkelaars te beperken en de concurrentie onmogelijk te maken. Er is geen enkele grond om aan te nemen dat

het niet redelijk zou zijn om het bedrag waarmee Apple zichzelf ten koste van de Gedupeerden heeft verrijkt aan de Gedupeerden af te dragen.

Conclusie

- 11.29. Voor zover uw rechtbank zou oordelen dat de gevorderde forfaitaire vergoeding op grond van onrechtmatige daad niet kan worden toegewezen, is de Stichting van mening dat deze op grond van het leerstuk van ongerechtvaardigde verrijking wél toewijsbaar is.

12. TOEPASSELIJKHEID WAMCA

- 12.1. Naar de mening van de Stichting moeten de vorderingen die zij namens de Gedupeerden instelt primair worden beoordeeld aan de hand van de Wet Afwikkeling Massaschade in Collectieve Actie (“**WAMCA**”).

Temporele toepassing

- 12.2. De WAMCA is per 1 januari 2020 in werking getreden. In het oorspronkelijk wetsvoorstel was geen overgangsrecht opgenomen. Nadat hierop de nodige kritiek was geuit, heeft de wetgever op 11 januari 2018 per nota van wijziging een beperkte vorm van overgangsrecht ingevoerd, welk recht na aanvaarding van het amendement van de Kamerleden Van Gent, Van der Staaij en Van Dam¹⁹⁸ is aangescherpt. Als gevolg van dit amendement is in artikel 119a van de Overgangswet Burgerlijk Wetboek opgenomen dat op procedures die reeds aanhangig waren op het moment van de inwerkingtreding van de WAMCA (lid 1) en op procedures die zien op gebeurtenissen van vóór 15 november 2016 (de datum waarop het initiële wetsvoorstel van de WAMCA aan de Tweede Kamer werd aangeboden) het oude actierecht van toepassing is.
- 12.3. In de toelichting op het amendement wordt evenwel duidelijk een uitzonderling gemaakt voor gebeurtenissen die zich vóór 15 november 2016 voordeden, maar ná die datum zijn voortgeduurd:
- “In het theoretische geval dat sprake is van een reeks van gebeurtenissen die zowel vóór als na 15 november 2016 plaatsvinden, is het recht van toepassing zoals dat geldt op het moment dat de laatste gebeurtenis waarop de vordering betrekking heeft, heeft plaatsgevonden. Het amendement gaat ervan uit dat de WAMCA in dat geval ook op de gebeurtenissen vóór 15 november 2016 van toepassing is.”¹⁹⁹
- 12.4. De wetgever licht niet toe wat zij met ‘een reeks van gebeurtenissen’ bedoelt. Naar de mening van de Stichting omvat een redelijke uitleg hiervan zowel de situatie dat zich vóór 15 november 2016 een onrechtmatige daad heeft voorgedaan die tot ná 15 november 2016 voortduurt, als de situatie dat zich zowel vóór als na 15 november 2016 verschillende gebeurtenissen voordoen die ieder op zichzelf een onrechtmatige daad opleveren, maar zo nauw met elkaar in verband staan dat voor gedaagde bij de inwerkingtreding van de WAMCA voorzienbaar was dat indien zij haar handelen zou voortzetten ook haar eerdere handelen onder het nieuwe actierecht zou moeten worden beoordeeld en/of dat beoordeling van deze gebeurtenissen onder verschillende regimes tot een onredelijke uitkomst zou leiden.
- 12.5. De onderhavige casus laat zien dat het bestaan van een vordering die is gebaseerd op een reeks gebeurtenissen die zich zowel vóór als na 15 november 2016 hebben voorgedaan allerminst theoretisch is.

¹⁹⁸ *Kamerstukken II* 2018-2019, 34 608, nr. 13 (Amendement Van Gent) (**Productie 69**).

¹⁹⁹ *Ibidem*, p. 2.

- 12.6. De Stichting verwijt Apple dat zij misbruik heeft gemaakt van haar machtspositie in de App Store als gevolg waarvan zowel consumenten als iOS-ontwikkelaars schade hebben geleden, althans als gevolg waarvan Apple ongerechtvaardigd is verrijkt. Zoals hiervoor toegelicht heeft het machtsmisbruik zich op verschillende manieren verwezenlijkt, waarbij iedere verwezenlijking schade althans een nadeel voor de Gedupeerden met zich heeft gebracht die voor compensatie in aanmerking komt. Het machtsmisbruik van Apple is niet alleen gelegen in de aanvankelijk vaststelling van de concurrentiebeperkende maatregelen die Apple heeft getroffen (dus de inrichting van de App Store), maar ook – daarna – in de handhaving daarvan. Wat de Stichting Apple verwijt is dat zij door misbruik van haar machtspositie te maken, een systeem heeft gecreëerd en in stand heeft gehouden (de App Store) waarmee zij voor eigen gewin sinds 2008 de concurrentieverhoudingen dusdanig heeft beïnvloed dat van enige reële vorm van concurrentie of keuzevrijheid geen sprake is geweest. Naar de mening van de Stichting staan deze gebeurtenissen zodanig met elkaar in verband dat Apple zich bij de indiening van het wetsvoorstel van de WAMCA op 15 november 2016 redelijkerwijs had kunnen realiseren dat, indien zij dit systeem in stand zou blijven houden, ook haar handelen uit het verleden onder het nieuwe actieregime zou worden beoordeeld.
- 12.7. Dit standpunt wordt overigens ook gesteund door het feit dat de verjaringstermijn van een vordering tot schadevergoeding pas begint te lopen *als de inbreuk is stop gezet* én de benadeelde bekend is met de schade en de aansprakelijke personen. Dit geldt niet alleen voor de korte verjaringstermijn van 5 jaar, maar ook voor de absolute termijn van 20 jaar (art. 6:193s BW). Overigens wordt in dat verband onder inbreuk het geheel van de handelingen begrepen, en dus niet elke specifieke handeling van Apple als gevolg van de verschillende vormen van misbruik van machtspositie. Anders gezegd, bij een overtreding van de mededingingsregels dient de inbreukmaker rekening te houden met een periode van aansprakelijkheid die veel langer is dan in andere gevallen, te weten vanaf het begin van de inbreuk. Het is naar de mening van de Stichting niet de bedoeling van de WAMCA om de periode van aansprakelijkheid als gevolg van een inbreuk op de mededinging te beperken, in die zin dat een stichting die de belangen van een groep vertegenwoordigt over een minder lange periode schade zou kunnen vorderen dan indien de leden van die groep als individuen zouden procederen.
- 12.8. Naar de mening van de Stichting zou een beoordeling van het machtsmisbruik van Apple onder het oude actieregime tot een onbillijke uitkomst kunnen leiden. Immers, de WAMCA biedt expliciet de mogelijkheid om schade collectief te verhalen waar dat onder het oude actieregime niet mogelijk is. Dit zou kunnen betekenen dat consumenten en iOS-ontwikkelaars die vanaf 1 november 2016 de dupe zijn geworden van het machtsmisbruik van Apple hun schade wel in deze procedure vergoed kunnen krijgen, maar dat Gedupeerden vóór die datum het nakijken hebben als Apple niet bereid zou blijken met hen tot een vaststellingsovereenkomst te komen (zodat zij over de schade individueel door zouden moeten procederen), terwijl de schade in beide gevallen voortvloeit uit de instandhouding van exact hetzelfde systeem van concurrentiebeperkende maatregelen dat in het mededingingsrecht als één (voortdurende) inbreuk wordt gezien. Dat zou naar de mening van de Stichting mede gelet op de vergelijkbaarheid van de gebeurtenissen die aan de vorderingen van de Stichting ten grondslag liggen en de voorzienbaarheid van de toepasselijkheid van de WAMCA op eerder handelen in dit concrete geval tot een onbillijke uitkomst leiden.
- 12.9. Uitsluitend voor zover uw rechtbank zou oordelen dat het machtsmisbruik van Apple vóór 15 november 2016 niet onder de WAMCA zou moeten worden beoordeeld, dienen de vorderingen voor zover die betrekking hebben op het machtsmisbruik van Apple vóór die periode te worden ingesteld onder het oude actierecht (de WCAM). Ten behoeve van de Gedupeerden die als gevolg van dit

machtsmisbruik schade hebben geleden worden verschillende verklaringen voor recht gevorderd, waarna met Apple over een afwikkeling van de door deze Gedupeerden geleden schade in onderhandeling kan worden getreden. Uiteraard kunnen deze onderhandelingen worden gecombineerd met onderhandelingen over een schadevergoeding voor de Gedupeerden die vorderingen hebben op Apple die wél onder de WAMCA moet worden beoordeeld, hetgeen de Stichting ondanks het starten van deze procedure nog altijd zou prefereren. Indien uw rechtbank zou oordelen dat de WAMCA niet, althans niet geheel op alle vorderingen van toepassing is, verzoekt de Stichting haar in de gelegenheid te stellen haar stellingen en vorderingen daar waar nodig aan te passen. In het hiernavolgende gaat de Stichting uit van de toepasselijkheid van de WAMCA op alle vorderingen die de Stichting namens de Gedupeerden instelt.

Eisen aan de dagvaarding onder de WAMCA (overzicht)

12.10. Artikel 1018c lid 1, onder a tot en met e Rv, dat met de WAMCA in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering is geïmplementeerd, stelt een aantal nadere eisen waaraan deze dagvaarding dient te voldoen. Een uiteenzetting van de voor de collectieve vorderingen relevante gebeurtenissen (artikel 1018c lid 1 sub a Rv) is al uitvoerig in het feitenhoofdstuk hiervoor besproken.

12.11. De Stichting zal nu achtereenvolgens ingaan op:

- de omschrijving van de personen tot bescherming van wier belangen zij de onderhavige vorderingen instelt (artikel 1018c lid 1 sub b Rv);
- de gemeenschappelijkheid van de te beantwoorden feitelijke en rechtsvragen, de bundelbaarheid daarvan en de mate waarin de ingestelde vorderingen een effectieve en efficiënte rechtsbescherming van de vertegenwoordigde groep bevorderen (artikel 1018c lid 1 sub c Rv jo. 1018c lid 5 sub b Rv jo. artikel 3:305a lid 1 BW);
- de ontvankelijkheid van de Stichting (artikel 1018c lid 1 sub d Rv jo. 3:305a BW); en
- de geschiktheid van de Stichting om als Exclusieve Belangenbehartiger aangewezen te worden (artikel 1018c lid 1 sub e Rv).

Omschrijving nauw omschreven groep (artikel 1018c lid 1 sub b Rv)

12.12. De Stichting komt in deze procedure op voor de belangen van consumenten (als gebruikers van iOS-Apps en In-App Producten) en de belangen van iOS-ontwikkelaars (in de inleiding reeds gezamenlijk aangeduid als de Gedupeerden). Daarbij dient een onderscheid te worden gemaakt tussen de verschillende vormen van misbruik van machtspositie waaraan Apple zich schuldig heeft gemaakt en de gevolgen ervan.

12.13. Ten aanzien van het door Apple in rekening brengen van een provisie van 30% (het misbruik dat hierboven als misbruik I werd aangeduid), vertegenwoordigt de Stichting:

- ten eerste de belangen van (i) alle gebruikers van iOS, dus zowel consumenten als zakelijke gebruikers, (ii) die in de Relevante Periode (iii) één of meerdere iOS Apps en/of In-App Producten (iv) via de (Nederlandse) App Store hebben gekocht (v) van een iOS-ontwikkelaar die (vi) de kosten van de 30% provisie op grond van het wettelijke bewijsvermoeden (art. 6:193q BW) aan deze gebruikers heeft doorgegeven (aangeduid als “**Consumenten A**”); en
- ten tweede de belangen van (i) alle iOS-ontwikkelaars, ongeacht hun plaats van vestiging, (ii) die in de Relevante Periode (iii) één of meerdere iOS Apps en/of In-App Producten (iv) via de (Nederlandse) App Store hebben aangeboden aan de Nederlandse consumenten c.q.

andere iOS-gebruikers in Nederland en (v) als gevolg daarvan gehouden waren 30% aan provisie voor de distributiediensten aan Apple af te dragen (vi) die zij, na een weerlegging van het wettelijke bewijsvermoeden (art. 6:193q BW), niet aan de eindgebruikers hebben doorbelast (aangeduid als **“iOS-Ontwikkelaars A”**).

- NB: zoals al in hoofdstuk 10 besproken, gaat het hierbij uitdrukkelijk dus niet om dubbele schade, maar steeds om de (enkelvoudige) schade die in een voorkomend geval dan wel door de consument dan wel door de iOS-ontwikkelaar is geleden. Zoals gezegd doet de Stichting een beroep op het wettelijke bewijsvermoeden (art. 6:193q BW) op grond waarvan de schade aan de consument is doorgegeven. De iOS-Ontwikkelaars A komen enkel in beeld indien en voor zover Apple het in dit verband door de wet gegeven bewijsvermoeden zou weten te ontzenuwen.

12.14. Ten aanzien van de overige door Apple gepleegde vormen van misbruik van machtsmisbruik (hierboven aangeduid als misbruik II (anti-steering) en misbruik III (bevoordeling) en de inbreuk op artikel 101 VWEU, komt de Stichting op:

- ten derde voor de belangen van (i) alle iOS-ontwikkelaars, ongeacht hun plaats van vestiging, (ii) die in de Relevante Periode (iii) één of meerdere - betaalde - iOS Apps en/of In-App Producten (iv) via de (Nederlandse) App Store hebben aangeboden aan de Nederlandse consumenten c.q. andere iOS-gebruikers in Nederland en (v) die nadeel hebben ondervonden van de verschillende vormen van machtsmisbruik van Apple via de App Store (aangeduid als **“iOS-Ontwikkelaars B”**).
- ten vierde voor de belangen van (i) alle gebruikers van iOS, dus zowel consumenten als zakelijke gebruikers, (ii) die in de Relevante Periode (iii) één of meerdere iOS Apps en/of In-App Producten (iv) via de (Nederlandse) App Store hebben gekocht (v) van hetzij Apple hetzij andere iOS-ontwikkelaars en (vi) die nadeel hebben ondervonden van de verschillende vormen van machtsmisbruik van Apple via de App Store (aangeduid als **“Consumenten B”**);
- NB: zoals al in hoofdstuk 11 besproken, hebben beide subgroepen een zelfstandig nadeel ondervonden dat dan ook naast elkaar kan worden gevorderd.

12.15. De Stichting komt aldus niet op voor de belangen van iOS ontwikkelaars die:

- hun iOS Apps dan wel In-App Producten niet via de Nederlandse App Store aan de Nederlandse gebruikers c.q. consumenten hebben aangeboden, wat wil zeggen dat hun apps niet via de Nederlandse App Store waren of zijn te downloaden.
- uitsluitend iOS Apps hebben aangeboden waarmee bij de distributie door de App Store géén provisie verschuldigd was of is (dus gratis apps zonder (betaalde) In-App Producten).

12.16. De Stichting komt ook niet op voor de belangen van iOS-gebruikers:

- die geen iOS Apps of In-App Producten via de Nederlandse App Store hebben gekocht. die alleen gratis iOS Apps via de Nederlandse App Store hebben gedownload, en ook geen nadere betalingen hebben gedaan (bijvoorbeeld voor In-App Producten).

12.17. Door de groep Gedupeerden enerzijds te beperken tot ontwikkelaars van iOS Apps en In-App Producten die op de Nederlandse markt zijn aangeboden en anderzijds tot Nederlandse gebruikers van de Nederlandse App Store, wordt voldaan aan het in artikel 3:305a lid 3 sub b BW neergelegde ontvankelijkheidsvereiste dat de vorderingen voldoende band met de Nederlandse rechtssfeer

moeten hebben. Het gaat immers steeds om transacties die zijn verricht door Nederlandse gebruikers van iOS Apps dan wel In-App Producten die zijn aangeboden via de Nederlandse App Store, althans gericht waren op de Nederlandse markt.

- 12.18. Dat een (groot) deel van de iOS-ontwikkelaars niet in Nederland zal zijn gevestigd, ontdoet de vorderingen niet van de vereiste band met de Nederlandse rechtssfeer. De gebeurtenissen die tot de schade hebben geleid - het machtsmisbruik van Apple en de in dat kader verrichte transacties c.q. aankopen van de gebruikers - hebben immers steeds in Nederland plaatsgevonden. De consumenten hebben hun schade hoe dan ook in Nederland geleden. Nu de schade door (althans in) de Nederlandse App Store is veroorzaakt en daar (aanvankelijk) is geleden, is bovendien irrelevant waar de iOS-ontwikkelaars hun woonplaats hebben. Eveneens is irrelevant dat de betreffende iOS Apps dan wel In-App Producten ook via lokale App Stores in andere jurisdicties zullen zijn aangeboden; hiervoor komt de Stichting immers niet op. Daarnaast zijn de iOS-gebruikers wel (vrijwel) allemaal in Nederland woonachtig. Gelet op het marktaandeel van Apple op de Nederlandse markt, is aannemelijk dat ca. 3 miljoen Nederlanders een iPhone of iPad gebruiken. De totale groep Gedupeerden is daarmee voor het overgrote deel in Nederland gevestigd.

Schadeafwikkeling

- 12.19. De Stichting hoopt met haar vorderingen ten behoeve van de Gedupeerden een redelijke vergoeding te verkrijgen voor de schade die zij allen hebben geleden. Gelet op de hoeveelheid Gedupeerden, het vermoedelijke bedrag dat Apple op basis van de provisie gedurende de Relevante Periode uit de Nederlandse markt heeft opgehaald en de omvang van de overige schade die de Gedupeerden als gevolg van het machtsmisbruik door Apple hebben geleden, is evenwel aannemelijk dat het hier om een zeer omvangrijk bedrag gaat.
- 12.20. De Stichting heeft uiteraard nagedacht over hoe zij dit schadebedrag onder de Gedupeerden zal verdelen. Gedupeerden zal zich daarbij laten bijstaan door een of meerdere gespecialiseerde partijen die de juiste verdeling van het schadebedrag in goede banen kan leiden. Zij kan uw rechtbank over haar plannen in dit verband desgewenst nader informeren.
- 12.21. De begroting van de schade kan op verschillende manieren plaatsvinden. Zoals bij de feiten uiteengezet lopen alle transacties die gebruikers via de App Store verrichten via Apple (dus alle aankopen van iOS Apps en In-App Producten). Apple houdt daarop provisie in - met 30% als de standaard percentage - en betaalt het restant door aan de iOS-ontwikkelaar. Apple heeft daarmee als enige partij een volledig inzicht in de omvang van het bedrag dat Nederlandse consumenten in de Relevante Periode voor Apps en In-App Producten hebben uitgegeven.
- 12.22. Naar de mening van de Stichting kan van haar niet worden verlangd dat zij iedere consument en iOS-ontwikkelaar waarvan zij de belangen vertegenwoordigt vraagt om een gespecificeerd overzicht van de transacties c.q. inkomsten per ontwikkelde iOS-App en In-App Product als Apple die informatie relatief eenvoudig in één keer kan verstrekken. Indien de volledige bewijslast in dit verband op de Stichting zou komen te liggen, zou dit een onevenredige administratieve last met zich brengen waarvan de kosten in mindering zullen strekken op de schade die voor uitkering aan de Gedupeerden beschikbaar zal komen.
- 12.23. De Stichting zal uw rechtbank daarom later in deze procedure op grond van artikel 22 Rv, althans op grond van artikel 843a Rv, verzoeken Apple te bevelen opgave te doen, een en ander onder toezicht en ter controle van een door uw rechtbank aan te stellen deskundige, van

- Het totale bedrag aan (betalingen voor) transacties in de App Store dat Apple gedurende de Relevante Periode uit de Nederlandse markt heeft ontvangen; en
- Het totale bedrag dat Apple van deze transacties onder de 30% provisie verplichting heeft ingehouden.

12.24. Indien uw rechtbank het voorstel van de Stichting volgt om de schade voor Consumenten B en iOS ontwikkelaars B op een forfaitair bedrag te begroten volgt, is voor deze schadebegroting naar de voorlopige mening van de Stichting geen verdere documentatie vereist, alhoewel uw rechtbank voor de vaststelling van het forfaitaire bedrag wellicht een deskundige zal willen aanwijzen.

12.25. De Stichting is evenwel van mening dat om proceseconomische redenen eerst de te verwachten formele verweren van Apple over onderwerpen zoals uw (internationale) bevoegdheid, de ontvankelijkheid van de Stichting en haar benoeming als exclusieve belangenbehartiger zouden moeten worden behandeld en dat zij daarna, als de procedure bij een inhoudelijke beoordeling van de vorderingen zal uitkomen, haar stellingen omtrent de berekening van de schade en eventueel in dat verband in te stellen (neven)vorderingen nader toelicht. De WAMCA biedt de exclusieve belangenbehartiger overigens ruimte om haar stellingen na haar benoeming nader toe te lichten (artikel 1018g Rv).

12.26. Voor het doel van deze dagvaarding is afdoende dat de Stichting onderbouwt dat Apple een te hoge provisie heeft gehanteerd en andere concurrentiebeperkende handelingen heeft verricht dat Gedupeerden als gevolg daarvan schade hebben geleden – althans zijn verarmd – en dat Apple gehouden kan worden dat nadeel op te heffen. De Stichting heeft het bestaan van deze omstandigheden voldoende toegelicht.

Gemeenschappelijkheid vorderingen (artikel 1018c lid 1 onder c en lid 5 Rv jo artikel 3:305a lid 1 BW)

12.27. Een belangrijke vraag bij collectieve vorderingen is of de ingestelde vorderingen zich wel lenen voor gemeenschappelijke behandeling. In het onderhavige geval is hiervan sprake. De Hoge Raad heeft al in 2010 geoordeeld dat in het kader van een vordering ex artikel 3:305a BW (oud) de te beschermen belangen gelijksoortig zijn indien *“zij zich lenen voor bundeling, zodat een efficiënte en effectieve rechtsbescherming ten behoeve van de belanghebbenden kan worden bevorderd.”*²⁰⁰

12.28. Ontegenzeggelijk is in dit geval sprake van gelijksoortige belangen. Alle Gedupeerden hebben immers schade geleden als gevolg van het misbruikelijk handelen van Apple, welk handelen gelegen is in het in het leven roepen van een machtspositie door de App Store en het voortdurend misbruik ervan bij het aanbod en de verkoop van iOS Apps en In-App Producten. Dit ziet zowel op het vragen van een te hoge provisie van externe iOS-ontwikkelaars hetgeen leidt tot een minder concurrerende markt voor iOS-ontwikkelaars en schade bij de consumenten, als ook op het op andere manieren misbruiken van haar machtspositie met als resultaat dat het (ook) daardoor geen sprake is van concurrentie en bijhorend aanbod voor consumenten in Nederland. Het gaat dus om twee kanten van één medaille waarbij de App Store in Nederland centraal staat.

12.29. Zoals gezegd zien de vorderingen van de Stichting op transacties die zijn verricht met iOS Apps en In-App Producten die op de Nederlandse markt zijn aangeboden en daar zijn gekocht. Zij richten zich dus op een veel kleiner gebied dan het onderzoek van de Europese Commissie (die immers de hele EU markt onderzoekt). Eventuele regionale verschillen tussen de impact van het misbruikelijk

²⁰⁰ HR 26 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK5756, r.o. 4.2.

handelen zijn in dit geval dus niet relevant. Op alle transacties die door Gebruikers zijn verricht is dezelfde provisie toegepast. Apple onderhandelt niet individueel over deze provisie die alleen lager kan zijn als een iOS-ontwikkelaar in aanmerking komt van een van de programma's waarvoor een lagere provisie geldt (zoals het Small Business Program). Voor het vaststellen van het onrechtmatig handelen van Apple zijn de persoonlijke omstandigheden van iedere Gedupeerde irrelevant en is enkel van belang of Apple haar machtspositie heeft misbruikt door een hogere provisie te verlangen dan in een concurrerende markt het geval was geweest. Dit geldt ook voor de vergoeding van het nadeel dat de Stichting voor de andere vormen van misbruik van machtspositie vordert. Zoals al uiteengezet, gaat het daarbij ook om een beoordeling c.q. berekening die voor iedere Gedupeerde hetzelfde is. De belangen van de Gedupeerden zijn daarmee bundelbaar.

- 12.30. De aard van de ingestelde vorderingen doet aan de geschiktheid van de vorderingen van de Gedupeerden tot bundeling verder niet af (zoals hierna zal worden uiteengezet).

Verklaring voor recht

- 12.31. De Stichting vraagt ten behoeve van ieder van de hiervoor gedefinieerde subgroepen ten eerste een verklaring voor recht (i) dat Apple onrechtmatig jegens hen heeft gehandeld als gevolg van misbruik van haar machtspositie en vervolgens (ii) dat Apple daarom hun schade dient te vergoeden. Voor wat betreft iOS Ontwikkelaars A zal de Stichting bovendien een verklaring voor recht vragen dat de provisiebepaling in hun overeenkomsten met Apple nietig althans vernietigd zijn. Het staat buiten kijf dat de belangen van Gedupeerden op dit punt voor bundeling vatbaar zijn. Deze verklaring voor recht vereist immers een oordeel dat Apple haar machtspositie heeft misbruikt door een hogere provisie per transactie te verlangen dan zij anders had kunnen doen, dan wel dat zij haar machtspositie op de andere, hiervoor toegelichte manieren heeft misbruikt. Om tot dat oordeel te kunnen komen, zijn de persoonlijke omstandigheden van iedere Gedupeerde irrelevant. Dit maakt de vorderingen bij uitstek geschikt voor gemeenschappelijke behandeling.
- 12.32. In de recente beslissing van de rechtbank Den Haag die door verschillende milieuorganisaties onder de WAMCA tegen Shell was aangespannen (maar waarin geen schadevergoeding werd gevorderd) oordeelde de rechtbank op het punt van gelijksoortigheid van de vorderingen als volgt:

“De rechtbank is van oordeel dat het primair met de collectieve acties gediende belang van huidige en toekomstige generaties van de gehele wereldbevolking zich niet leent voor bundeling. Hoewel de hele wereldbevolking gediend is met het tegengaan van gevaarlijke klimaatverandering, zijn er grote verschillen in het moment en de manier waarop de wereldbevolking op de ene of de andere plaats getroffen zal worden door klimaatverandering als gevolg van CO₂-emissies. Dit primaire belang voldoet dus niet aan het vereiste van ‘gelijksoortig belang’ van artikel 3:305a BW.

Het subsidiair met de collectieve acties gediende belang van de huidige en de toekomstige generatie Nederlandse ingezetenen en (voor de Waddenvereniging) (de inwoners van) het deels in Nederland gelegen Waddengebied leent zich wel voor bundeling, ook al zijn er binnen Nederland en het Waddengebied verschillen in het moment, de mate en de intensiteit waarin de inwoners zullen worden getroffen door de klimaatverandering als gevolg van CO₂-emissies. Deze verschillen zijn veel kleiner en van andere aard dan de onderlinge verschillen als het gaat om de hele wereldbevolking en staan niet in de weg aan bundeling in een collectieve actie.” (*onderstreping advocaat*)

- 12.33. Uit deze uitspraak komt naar voren dat de vorderingen die in die procedure werden ingesteld bundelbaar waren omdat de materiele gevolgen van emissie-uitstoot voor het Nederlandse grondgebied gelijksoortig werden bevonden, waarbij overigens werd onderkend dat ook in Nederland de belangen niet identiek waren, maar dat enig verschil niet tot de conclusie moet leiden dat geen grond voor bundeling bestaat.

12.34. Ook in de onderhavige procedure stelt de Stichting vorderingen waarbij voor de toewijzing geen individuele beoordeling van de persoonlijke omstandigheden van de (subgroepen van) Gedupeerden nodig is, maar enkel een algemene beoordeling van de onrechtmatigheid van het misbruik van machtspositie door Apple op het Nederlandse grondgebied. Het enige onderscheid bestaat in de omvang van de schade die per onderwerp als gevolg van dat misbruik is geleden, maar dat in dit verband een verschil zou kunnen bestaan maakt niet dat de vorderingen onvoldoende gemeenschappelijk zijn om als massaschadeclaim te kunnen worden behandeld.

12.35. In een recente uitspraak van uw rechtbank op 30 juni 2021 in de procedure die (onder de WCAM) door onder andere de Consumentenbond terzake vermeende privacy schendingen tegen Facebook was aangespannen, oordeelde uw rechtbank dat de gevorderde verklaringen voor recht een efficiënte rechtsbedeling bevorderen en zich lenen voor bundeling:

“De vraag of de bij de vorderingen betrokken belangen zich voor bundeling lenen, hangt mede af van de aard van de ingestelde vorderingen. De vorderingen van de Stichting beperken zich tot verklaringen voor recht dat sprake is van onrechtmatig handelen, oneerlijke handelspraktijken en ongerechtvaardigde verrijking. Anders dan in enkele van de uitspraken waarnaar Facebook c.s. heeft verwezen, vordert de Stichting bijvoorbeeld geen verklaring voor recht die verband houdt met dwaling, bij de beoordeling waarvan eerder individuele omstandigheden van belang zijn.

De vorderingen van de Stichting hebben betrekking op diverse voldoende nauw omschreven handelwijzen van Facebook c.s. Die vorderingen zijn er in de kern op gebaseerd dat Facebook c.s. de privacy van haar gebruikers (voor zover behorend tot de achterban) heeft geschonden doordat zij zonder de benodigde toestemming persoonsgegevens heeft verwerkt. Met de ingestelde vorderingen wenst de Stichting zodoende een oordeel over de vraag of persoonsgegevens van (bepaalde) gebruikers van de Facebook-dienst in overeenstemming met de regelgeving zijn verwerkt. Een dergelijk oordeel over de (on)rechtmatigheid van de handelwijze van Facebook c.s. ten aanzien van de verwerking van persoonsgegevens leent zich voor een collectieve actie.

(...)

Anders dan Facebook c.s. heeft betoogd, bevordert bundeling van de belangen van de achterban van de Stichting ook een efficiënte en effectieve rechtsbescherming. De algemene vraag naar de onrechtmatigheid van de gestelde handelwijze en de aansprakelijkheid van Facebook c.s. kan in deze collectieve procedure immers worden beantwoord. Daarmee is deze collectieve procedure efficiënter dan het op individuele basis voeren van procedures over de rechtmatigheid van de gegevensverwerking door Facebook c.s. Ook is duidelijk dat de individuele belanghebbenden voor wie de Stichting opkomt, onmiskenbaar baat hebben bij toewijzing van de door de Stichting gevorderde verklaringen voor recht. Aan het voorgaande doet niet af dat een individuele belanghebbende op basis van een eventuele toewijzing van de gevorderde verklaringen voor recht in deze collectieve actie niet zonder meer aanspraak kan maken op schadevergoeding en dat daarvoor mogelijk een (individuele) vervolgprocedure nodig is.”

12.36. In een onder de WCAM ingestelde procedure tegen o.a. Volkswagen in de Dieselgate affaire oordeelde uw rechtbank Amsterdam over de gelijksoortigheid van de door de Stichting Car Claim ingestelde verklaringen voor recht als volgt (r.o. 6.34):

“De rechtbank is van oordeel dat als uitgangspunt geldt dat Volkswagen c.s. opzettelijk een Manipulatie-instrument heeft toegepast in alle in Nederland op de markt gebrachte Betrokken voertuigen. Dat betekent dat de belangen van alle Autobezitters die hierdoor stellen benadeeld te zijn met elkaar overeenkomen en dus bundelbaar zijn. De gestelde verschillen doen hieraan niet af, omdat deze immers in geen enkel geval hebben geleid tot bekendheid van het Manipulatie-instrument bij de koper.

De vraag of de update de schadelijke gevolgen van de aanwezigheid van een Manipulatie-instrument heeft weggenomen, zoals Volkswagen c.s. heeft gesteld, maar Car Claim heeft betwist, zal – zoals

hiervoor onder 5.49-5.51 is overwogen – in fase 3 van de procedure moeten worden beoordeeld. Ook zal dan moeten worden beoordeeld of de update zelf ook weer Manipulatie-instrumenten bevat, zoals Car Claim heeft gesteld. Nu die gestelde nieuwe Manipulatie-instrumenten volgens Car Claim in elk Betrokken voertuig dat een update heeft ondergaan aanwezig zijn, zijn de belangen van deze Autobezitters (namelijk diegenen die de update hebben laten uitvoeren) voldoende bundelbaar. Dat het gebruik van technologie (zoals temperatuurvensters en hoogtemeters) bij de verschillende varianten software voor de EA 189 Dieselmotor verschilt, doet – anders dan Volkswagen c.s. heeft betoogd – hieraan niets af.

Met betrekking tot de vorderingen uit hoofde van oneerlijke handelspraktijken heeft Car Claim in de dagvaarding Volkswagen c.s. verschillende verwijten gemaakt. De rechtbank acht de belangen van Autobezitters gelijksoortig voor zover het gaat om de installatie en het verzwijgen van een Manipulatie-instrument. Voor zover het gaat over de door Volkswagen c.s. gegeven informatie met betrekking tot haar producten lopen de situaties van de Autobezitters echter zo sterk uiteen dat de verwijten die daarop betrekking hebben zich niet lenen voor bundeling.”

12.37. De rechtbank brengt hier duidelijk een verschil aan tussen belangen die een individuele beoordeling van de persoonlijke omstandigheden van de gedupeerde vereisen, zoals de gevorderde verklaringen voor recht die op de onjuiste verstrekking van informatie zijn gebaseerd, en de belangen waarvoor de individuele omstandigheden niet relevant zijn, zoals de non-conformiteit van iedere auto als gevolg van de aanwezigheid van een manipulatie instrument.

12.38. De vraag die in deze procedure centraal staat, te weten of Apple zich schuldig heeft gemaakt aan misbruik van machtspositie (en dus onrechtmatig heeft gehandeld), vereist geen individuele beoordeling van iedere Gedupeerde omdat dit niet afhankelijk is geweest van informatieverstrekking door de Gedupeerde of van andere omstandigheden die per Gedupeerde verschillend kunnen zijn. De in dit verband gevorderde verklaringen voor recht zijn daarmee hoe dan ook bundelbaar

Vordering tot schadevergoeding

12.39. De Stichting vordert daarnaast een collectieve schadevergoeding. Ook deze vordering moet gelet op de nieuwe regels en waarborgen die de WAMCA biedt worden geacht de effectieve en efficiënte rechtsbescherming van de Gedupeerden te bevorderen. De minister merkt hierover in de memorie van toelichting bij de WAMCA op:

“Ten slotte is de procedure zelf zodanig vormgegeven dat het feit dat bepaalde bij een massaschade spelende vragen slechts individueel beantwoord kunnen worden, niet aan een efficiënte en effectieve afwikkeling in de weg hoeft te staan. (...). De voorgestelde procedure kan worden ingezet voor de afwikkeling van alle soorten schade. Ook beperkt de procedure zich niet tot bepaalde vorderingsgerechtigden.

[...]

De voorgestelde procedure maakt geen onderscheid naar de oorzaak van de schade. (...) Indien de rechter heeft geoordeeld dat de wederpartij onrechtmatig heeft gehandeld, kan de daardoor veroorzaakte massaschade in de voorgestelde procedure worden afgewikkeld.”²⁰¹

12.40. De minister heeft bij de invoering van de WAMCA expliciet het (in het verleden aangevoerde) bezwaar tegen een collectieve schadevergoedingsactie, te weten dat causaliteit en schade slechts individueel kunnen worden bepaald, onderkend door verschillende procedurele waarborgen in te bouwen die een efficiënte en effectieve afwikkeling van een collectieve schadevergoeding bevorderen. Die waarborgen zijn onder meer de aanvullende eisen die aan de professionaliteit van

²⁰¹ *Kamerstukken II 2016-2017, 34 608, nr. 3 (MvT), p. 7 (Productie 70).*

de belangenbehartiger worden gesteld en het aanwijzen van een Exclusieve Belangenbehartiger om duidelijkheid bij de aangesproken partij(en) te creëren over de partij met wie eventueel kan worden onderhandeld over een schikking en de verschillende bevoegdheden van rechters om partijen te stimuleren tot een schikking te komen.²⁰²

- 12.41. Met het vorenstaande wordt duidelijk dat de wetgever de procedure onder de WAMCA zo heeft ingericht dat mogelijke individuele factoren die bij de bepaling van de omvang van de schade in geval van onrechtmatig handelen een rol kunnen spelen, niet in de weg behoeven te staan aan een collectieve actie tot schadevergoeding omdat de ingebouwde processuele waarborgen moeten worden geacht een efficiënte en effectieve afwikkeling van massaschade claims te bevorderen. Daarmee moet, anders dan in het verleden, thans het uitgangspunt zijn dat collectieve schadevergoedingen zich lenen voor bundeling en dat Apple zich daartegen niet met succes kan verweren, enkel door te wijzen op de individuele factoren (zoals causaliteit, eigen schuld etc.) die voor de beoordeling van schade in zijn algemeenheid relevant kunnen zijn.
- 12.42. Daarbij komt dat in het onderhavige geval noch de provisie per individuele ontwikkelaar is vastgesteld (bij gebrek aan enige onderhandeling en als gevolg van de uniforme benadering van Apple) noch de andere vormen van misbruik afhankelijk zijn van individuele factoren. Apple hanteerde voor iedere ontwikkelaar dezelfde provisie en daarmee kan de schade over het geheel aan betalingen waarop de provisie van toepassing was voor de gehele groep Gedupeerden worden berekend, zonder dat individuele factoren daarbij een rol spelen. Hetzelfde geldt voor de schade die de Stichting vordert voor de overige misbruikelijke handelingen van Apple. Deze schade betreft een *forfaitaire* vergoeding waarbij juist is geabstraheerd van de effecten van de concurrentiebeperkende maatregelen van Apple op de individuele Gedupeerde.
- 12.43. De vorderingen bevorderen ten slotte een efficiënte en effectieve rechtsbedeling. De schade die iedere individuele Gedupeerde heeft geleden zal met name in het geval de Gedupeerde een consument of andere iOS-gebruiker is, in veel gevallen relatief gering zijn. Geen enkele Gedupeerde zal daarvoor naar de rechter stappen. Dat zal ook voor de meeste individuele iOS-ontwikkelaars gelden, die bovendien voor hun toegang tot de iOS-gebruikers van Apple afhankelijk zijn. Het is onder meer om de vergoeding van dit soort 'strooischade' mogelijk te maken dat de wetgever de collectieve schadevergoeding in het leven heeft geroepen. De Gedupeerden die wél voldoende schade hebben geleden om de gang naar de rechter te overwegen (zoals Epic Games dit in de VS deed), wordt een langsepende en kostbare procedure bespaard. Daarnaast wordt de rechtspraak door al deze procedures in één procedure te behandelen een onevenredige belasting bespaard.
- 12.44. De conclusie moet dan ook zijn dat alle vorderingen van de Stichting gemeenschappelijk zijn zoals bedoeld in artikel 1019c lid 1 Rv jo 3:305a lid 1 BW en dat de Stichting dus aan dit ontvankelijkheidsvereiste voldoet.

Ontvankelijkheid Stichting (artikel 1018c lid 1 sub d Rv jo. artikel 3:305a BW)

- 12.45. De Stichting heeft vorderingen ingesteld op basis van artikel 3:305a BW. Met de invoering van de WAMCA per 1 januari 2020 heeft de wetgever ook het instellen van een collectieve vordering tot schadevergoeding mogelijk gemaakt. Om te voorkomen dat een dergelijke vordering ten onrechte of lichtzinnig wordt gebuikt en om de effectieve en efficiënte rechtsbescherming van de Gedupeerden te bevorderen, heeft de wetgever de in artikel 3:305a BW (oud) neergelegde ontvankelijkheidsvereisten in artikel 3:305a lid 1 tot en met 3 BW (nieuw) aangevuld met een aantal

²⁰² *Ibidem*.

nadere ontvankelijkheids-vereisten waaraan een collectieve belangenbehartiger moet voldoen. Deze nieuwe eisen betreffen gedeeltelijk een wettelijke verankering van (onderdelen van) de Claimcode die in 2011 is geïntroduceerd en in 2019 is herzien.²⁰³ Zij dient de bevordering van kwaliteit en transparantie van belangenorganisaties via zelfregulering.

- 12.46. De Stichting zal hieronder uiteenzetten dat zij aan alle op grond van de WAMCA geldende voorwaarden voor ontvankelijkheid voldoet, althans zal voldoen op het moment dat haar ontvankelijkheid zal worden beoordeeld. Daarna zal de Stichting kort de principes van de Claimcode bespreken die weliswaar niet wettelijk zijn verankerd, maar waaraan zij zich desalniettemin, in haar wens om zo transparant mogelijk te zijn, zoveel als mogelijk zal conformeren.

Gelijksoortige belangen, statuten en waarborg belangenbehartiging (art. 3:305a lid 1 BW)

- 12.47. Artikel 3:305a lid 1 BW schrijft voor dat een Stichting een rechtsvordering kan instellen die strekt tot bescherming van gelijksoortige belangen van andere personen, voor zover zij deze belangen ingevolge haar statuten behartigt en deze belangen voldoende zijn gewaarborgd.

- 12.48. Hiervoor is al uiteengezet dat de belangen van (de subgroepen van de) Gedupeerden in deze procedure gelijksoortig zijn en een efficiënte en effectieve rechtsbescherming van deze belangen bevorderen en dat zij deze belangen blijkens haar statuten behartigt (par. 2.12). Aan dit vereiste is derhalve voldaan.

- 12.49. Het laatste criterium, namelijk dat de Stichting voldoende waarborgen moet bieden voor een adequate belangenbehartiging, is met de invoering van de WAMCA verder uitgewerkt in het nieuwe artikel 3:305a lid 2 BW. Dat artikellid bepaalt, kort gezegd, dat aan het vereiste van voldoende waarborg is voldaan wanneer de belangenbehartiger voldoende representatief is. De Stichting gaat hieronder op de desbetreffende eisen in.

De Stichting is voldoende representatief (art. 3:305a lid 2 aanhef BW)

- 12.50. Met de eerste zin van dit artikellid heeft de wetgever beoogd de rechter de mogelijkheid te geven om te toetsen of een belangenorganisatie voldoende representatief is, gelet op de achterban en de omvang van de vertegenwoordigde belangen. Op voorhand moet duidelijk zijn dat de belangenbehartiger kwantitatief gezien voor een voldoende groot deel van de groep gedupeerden opkomt. Wat een voldoende groot deel is, kan per geval verschillen, maar moet in elk geval worden beoordeeld in relatie tot het totaal aantal gedupeerden dat wordt vertegenwoordigd. De memorie van toelichting noemt als manier waarop dit criterium kan worden getoetst uitdrukkelijk het aantal gedupeerden dat zich actief voor de door de Stichting ingediende vordering heeft aangemeld.²⁰⁴

- 12.51. De in de vorige paragraaf genoemde toetsing moet plaatsvinden op het moment waarop de ontvankelijkheid van de Stichting door de rechtbank zal worden beoordeeld (*ex nunc*).

- 12.52. Hoewel er uiteraard wereldwijd veel meer gedupeerden zijn van het door Apple gepleegde misbruik van machtspositie via haar App Store, vertegenwoordigt de Stichting de Gedupeerden zoals hiervoor gedefinieerd. Dat is naar de mening van de Stichting de enige relevante groep omdat andere gedupeerden, consumenten in andere landen of schade die ontwikkelaars in andere landen hebben geleden, met de Nederlandse rechtssfeer weinig tot niets te maken hebben. De Stichting zal haar aanzienlijke middelen inzetten om het bestaan van de Stichting bij alle Gedupeerden onder de aandacht te brengen en zal ervoor zorgdragen dat zij voorafgaand aan de in deze procedure op enig

²⁰³ Claimcode 2019 (**Productie 71**).

²⁰⁴ *Kamerstukken II* 2016-2017, 34 608, nr. 3 (MvT), p. 22 (Productie 70).

moment te houden zitting ter gelegenheid waarvan dit ontvankelijkheidsvereiste aan de orde zal komen, zal kunnen aantonen dat zij voldoende ondersteuning van een daadwerkelijke achterban geniet om als belangenbehartiger van alle Gedupeerden in deze procedure ontvankelijk te kunnen zijn.

De Stichting heeft een toezichthoudend orgaan (art. 3:305a, lid 2, sub a BW)

- 12.53. De Stichting heeft een bestuur, dat ten tijde van het uitbrengen van deze dagvaarding bestaat uit één persoon, en een toezichthoudend orgaan dat bestaat uit drie personen, in de vorm van een Raad van Toezicht. Het bestuur zal in de komende tijd worden aangevuld met tenminste twee bestuurders. De identiteit van de op dit moment bekende bestuurders en commissarissen en hun expertise worden hieronder besproken bij de behandeling van het vereiste van voldoende deskundigheid (art. 3:305a, lid 2, sub e BW).

Passende mechanismen voor deelname van de Gedupeerden (art. 3:305a, lid 2, sub b BW)

- 12.54. De memorie van toelichting op de WAMCA vermeldt dat het aan de belangenorganisatie zelf is om te bepalen op welke manier zij invulling wenst te geven aan dit vereiste, maar dat een mogelijkheid voor een stichting is om aangesloten gedupeerden in de gelegenheid te stellen zich over bepaalde besluiten uit te laten.²⁰⁵ De Stichting zal laten zien dat zij hiervoor een passende oplossing heeft gevonden.

- 12.55. Wanneer een belangenorganisatie is ingericht overeenkomstig de Claimcode, kan overigens worden aangenomen dat aan dit vereiste is voldaan.²⁰⁶ Zoals hieronder nog nader zal worden toegelicht, voldoet de Stichting volledig aan de vereisten die de Claimcode in aanvulling op de wettelijke vereisten stelt, zodat aangenomen dient te worden dat de Stichting aan het hier besproken vereiste voldoet.

De Stichting kan de procedure financieren (art. 3:305a, lid 2, sub c BW)

- 12.56. De Stichting is verplicht ervoor zorg te dragen dat zij over voldoende financiële middelen beschikt om het instellen van de rechtsvorderingen mogelijk te maken, waarbij bovendien de zeggenschap over het instellen van de rechtsvorderingen in voldoende mate bij de Stichting ligt.

- 12.57. De memorie van toelichting vermeldt over dit punt dat de door de rechter uit te voeren toetsing slechts marginaal kan zijn, maar dat de rechter in het geval van externe procesfinanciering de financieringsovereenkomst kan opvragen om te bekijken hoe daarin de invloed van de financier op de procedure is geregeld en of die regeling niet in de weg staat aan een zorgvuldige behartiging van de belangen van de benadeelden.²⁰⁷

- 12.58. De Stichting laat zich door een externe financier financieren (*Right to Consumer Justice B.V.: 'de Financier'*). Zij heeft met deze partij een financieringsovereenkomst afgesloten. Externe financiering is niet alleen onder de WAMCA maar ook onder de Claimcode 2019 uitdrukkelijk toegestaan (Principe III – Externe financiering). De Claimcode 2019 stelt aan de financieringsovereenkomst de volgende voorwaarden:²⁰⁸

- De Stichting doet onderzoek naar de track record en kapitalisatie van de financier (Principe III - uitwerking 1);

²⁰⁵ *Ibidem*, p. 23

²⁰⁶ *Ibidem*, p. 23.

²⁰⁷ *Ibidem*.

²⁰⁸ Claimcode 2019, p. 11 (Productie 71).

- De overeenkomst wordt schriftelijk vastgelegd en bevat een rechtskeuze voor Nederlands recht en een forumkeuze voor de Nederlandse rechter (Principe III - uitwerking 2);
- De overeenkomst bepaalt dat de zeggenschap over de proces- en schikkingsstrategie uitsluitend bij de belangenorganisatie berust (Principe III – uitwerking 3);
- De overeenkomst voorziet in een regeling die de vertrouwelijkheid van de aan de belangenorganisatie toebehorende informatie waarborgt en afbakent tot welke informatie de externe financier vertrouwelijk toegang heeft (Principe III – uitwerking 5);
- De overeenkomst voorziet in een regeling die waarborgt dat de externe financier de overeenkomst niet kan opzeggen voordat een einduitspraak in eerste aanleg is verkregen en dat voor het overige een redelijke opzegtermijn wordt gehanteerd die de belangenorganisatie in staat stelt alternatieve financiering te verkrijgen (Principe III – uitwerking 6).

12.59. Hoewel deze voorwaarden (als soft law) de Stichting strikt genomen niet binden, verklaart de Stichting dat zij volledig aan al deze vereisten voldoet. Zij heeft contact gezocht met de Financier, die wordt bestuurd door twee partners van het Engelse class action kantoor Hagens Berman UK, een satellietkantoor van het Amerikaanse Hagens Berman Sobol Shapiro LLP, dat zich uitsluitend bezighoudt met class actions in de Verenigde Staten. De keuze voor de Financier is niet alleen gemaakt vanwege de aanzienlijke middelen die de Financier ter beschikking kan stellen, en die meer dan voldoende zullen zijn om de vorderingen tegen gedaagden zo nodig volledig uit te procederen, maar ook vanwege haar toegang tot specifieke ervaring met en kennis van class actions in de Verenigde Staten, door welk type procedures de wetgever zich bij de invoering van de WAMCA heeft laten inspireren. Zoals al aangegeven, is Hagens Berman (naast verschillende andere acties in de tech sector en tegen Apple) betrokken geweest bij de class action in verband met het machtsmisbruik van Apple in de App Store in de VS die recentelijk tot een schikking heeft geleid. Op dit moment dient de bereikte schikking nog door de rechter in de VS goedgekeurd te worden. De Financier biedt derhalve naast voldoende financiële middelen ook ruime expertise op het gebied van massaschadeclaims zoals de onderhavige. De Stichting heeft zich bij haar keuze voor de Financier laten bijstaan door haar eigen advocaten (Kennedy Van der Laan). De overeenkomst met de Financier wordt beheerst door Nederlands recht en de Stichting is een regeling overeengekomen met betrekking tot haar zeggenschap over de processtrategie, de vertrouwelijkheid en de beëindiging van de overeenkomst.

12.60. De Stichting legt de financieringsovereenkomst bij deze dagvaarding (gezien de vertrouwelijke informatie) niet over. Uit de parlementaire behandeling blijkt dat deze onthouding de Stichting expliciet is toegestaan: *“Niet nodig is overigens dat ook de wederpartij in de financieringsovereenkomst krijgt”*²⁰⁹ en *“[i]nzage ten behoeve van een andere procespartij zou deze inzicht geven in de mogelijkheden om de procedure verder te dragen (de »oorlogskas«). Een dergelijke inzage is niet wenselijk omdat de aangesproken partij daarop zijn processtrategie kan aanpassen. Zo zou zij bijvoorbeeld kunnen proberen om financiers te benaderen om financiering te stoppen of de procedure proberen te vertragen, omdat zij weet heeft van de beperkte financiële middelen van de verwerende partij.”*²¹⁰ De Stichting heeft met de Financier afgesproken dat zij de overeenkomst enkel op basis van een daartoe strekken bevel van uw rechtbank zal overleggen. Indien uw rechtbank dit inderdaad zal bevelen, verzoekt de Stichting uw rechtbank de overeenkomst niet ter kennis te brengen van de overige procespartijen in deze procedure.

²⁰⁹ *Kamerstukken II 2016-2017, 34 608, nr. 3 (MvT), p. 23 (Productie 70).*

²¹⁰ *Kamerstukken II 2017-2018, 34 608, nr. 6 (NV II), p. 11-12 (Productie 72).*

De Stichting beschikt over een algemeen toegankelijke website (art. 3:305a, lid 2, sub d BW)

- 12.61. De Stichting werkt aan een website die zal voldoen aan de in de wet gestelde eisen en die binnenkort live zal gaan.. De Website zal in elk geval de volgende in artikel 3:305a lid 2 onder d genoemde onderdelen bevatten: haar statuten (onderdeel 1), een gedetailleerde governance statement (onderdeel 2), de bezoldiging van de bestuurders en leden van de Raad van Toezicht (onderdeel 5), de doelstellingen en werkwijzen van de Stichting (onderdeel 6), een overzicht van de stand van zaken in lopende procedures (onderdeel 7 – momenteel alleen de procedure tegen Apple) en een overzicht van de wijze waarop Gedupeerden zich bij de Stichting kunnen aansluiten en deze aansluiting kunnen beëindigen (onderdeel 9).
- 12.62. Onderdeel 8 (eigen bijdrage) is niet van toepassing omdat er van de Gedupeerden als gevolg van het besluit van de Stichting om externe financiering aan te trekken geen eigen bijdrage wordt gevraagd. Onderdelen 3 en 4 zullen worden geïmplementeerd zodra de eerste jaarlijkse verantwoording respectievelijk het eerste bestuursverslag zal worden afgelegd.
- 12.63. In aanvulling op deze wettelijke vereisten zal de Stichting conform uitwerking 7 van Principe III van de Claimcode op haar website eveneens vermelden dat i) sprake is van externe financiering ii) de identiteit en het vestigingsadres van de Financier en iii) een overzicht van de wijze waarop de externe financiering plaatsvindt, inclusief het overeengekomen percentage dat aan de Financier zal worden uitgekeerd ingeval van een schikking.

De Stichting beschikt over voldoende ervaring en deskundigheid (art. 3:305a, lid 2, sub e BW)

- 12.64. Het laatste vereiste van dit artikellid is dat de Stichting aantoonbaar over (toegang tot) voldoende ervaring en deskundigheid beschikt ten aanzien van het instellen en voeren van de rechtsvordering. Aan dit vereiste kan worden voldaan door blij te geven van eerdere werkzaamheden op dat gebied, door een eerder ingestelde collectieve vorderingen of door deelname aan het bestuur van personen die over deze ervaring beschikken.²¹¹
- 12.65. De Stichting heeft een bestuur en een Raad van Toezicht. Het bestuur bestaat ten tijde van het uitbrengen van deze dagvaarding uit Martha Seijas. De Raad van Toezicht bestaat momenteel uit drie commissarissen, Greg Doman (voorzitter), Steven Berman en Sergei Purewal (beiden leden). Naast de bestuurders en de leden van de Raad van Toezicht beschikt de Stichting in de persoon van Michael Gallagher over een algemeen directeur die zich bezighoudt met de dagelijkse gang van zaken, hetgeen gelet op de uitdijende werkzaamheden van de Stichting nodig is geworden (de Stichting onderzoekt momenteel verschillende andere zaken waarbij consumenten schade hebben geleden). De heer Gallagher heeft geen stemrecht en hij is niet betrokken bij de beleidsbepaling van de Stichting.
- 12.66. De heer Berman en de heer Gallagher zijn bestuurders van de Financier. Beide zijn partners bij het Engelse advocatenkantoor Hagens Berman UK LLP, de heer Berman is tevens de managing partner van het Amerikaanse advocatenkantoor Hagens Berman Sobol Shapiro LLP dat, zoals al gezegd, gespecialiseerd is in het voeren van class actions in de VS, waaronder specifiek tegen Apple over het door Apple gepleegde misbruik van machtspositie.. Zoals toegestaan onder de Claimcode (principe VII, uitwerking 3), mag de Financier één lid van de Raad van Toezicht voordragen, niet zijnde de voorzitter. Dit is de heer Berman geworden.

²¹¹ *Kamerstukken II 2016-2017, 34 608, nr. 3 (MvT), p. 24 (Productie 70).*

12.67. De Claimcode vereist verder dat in beide organen tenminste één lid zit dat over voldoende relevante juridische expertise beschikt en één lid dat over voldoende relevante financiële expertise beschikt²¹². Aan dit vereiste is voor wat betreft de Raad van Toezicht voldaan. Voor wat betreft het bestuur beschikt Martha Seijas over meer dan voldoende juridische expertise. Het bestuur zal in de komende tijd worden aangevuld met bestuurders waarvan tenminste één aantoonbaar over voldoende financiële expertise beschikt. Voor wat betreft de Raad van Toezicht hebben alle drie de leden aanzienlijke juridische ervaring, waarbij de heer Berman zoals gezegd in de Verenigde Staten zeer nauw betrokken is geweest bij verschillende omvangrijke massaschadeprocedures en schikkingsonderhandelingen die tot omvangrijke schadevergoedingen voor de gedupeerden in die kwesties hebben geleid. De heer Berman en de heer Purewal beschikken over voldoende financiële expertise om adequaat toezicht op het bestuur uit te kunnen oefenen.

12.68. De Stichting laat zich verder bijstaan door haar eigen advocaten, waarmee zij toegang heeft tot specifieke expertise over de WCAM, WAMCA en kwesties van aansprakelijkheid in Nederland in zijn algemeenheid. Al met al heeft de Stichting dus toegang tot meer dan voldoende expertise om de belangen van de Gedupeerden in deze procedure op een adequate wijze te kunnen behartigen. Ook aan dit ontvankelijkheidsvereiste is derhalve voldaan.

Bestuurders hebben geen (on)middellijk winstoogmerk (art. 3:305a, lid 3, sub a BW)

12.69. Dit vereiste beoogt te voorkomen dat bestuurders kunnen beschikken over de gelden van de stichting of vereniging als ware het hun eigen gelden. De Stichting zal erop toezien dat geen van de (toekomstige) leden van de Raad van Bestuur hebben een dergelijk direct of middellijk winstoogmerk hebben.

Voldoende nauwe band met de Nederlandse rechtssfeer (art. 3:305a, lid 3, sub b BW)

12.70. Een voldoende band in de zin van dit artikellid is aanwezig indien

- a) degenen namens wie de rechtsvordering wordt ingesteld in Nederland hun gewone verblijfplaats hebben,
- b) degene tegen wie de vordering zich richt in Nederland gevestigd is of
- c) de gebeurtenis waarop de rechtsvordering ziet in Nederland heeft plaatsgevonden.

Zoals hiervoor al is uiteengezet, beperken de vorderingen zich tot het machtsmisbruik op de Nederlandse markt c.q. App Store. De vorderingen zien daarmee uitsluitend op een gebeurtenis die in Nederland heeft plaatsgevonden. Het merendeel van de Gedupeerden, ook als daarbij de buitenlandse ontwikkelaars worden betrokken, zal daarnaast in Nederland gevestigd zijn. De vorderingen die de Stichting instelt hebben daarmee ten aanzien van alle Gedaagden een voldoende band met de Nederlandse rechtssfeer om in volle omvang inhoudelijk te kunnen worden beoordeeld.

De Stichting heeft voldoende getracht minnelijk overleg te voeren (art. 3:305a, lid 3, sub c BW)

12.71. Dit artikellid bepaalt expliciet dat een termijn van twee weken na ontvangst door de verweerder onder vermelding van het gevorderde voldoende is. De Stichting heeft Apple bij brief van 14 mei 2021 aansprakelijk gesteld voor de door de Gedupeerden geleden schade en hen uitgenodigd die aansprakelijkheid te erkennen en over die schade in onderhandeling te treden. De Stichting overlegt deze brief (die per koerier, e-mail en/of fax aan Gedaagden zijn gezonden) als **Productie 73**.²¹³ De Stichting heeft Apple één maand, derhalve twee weken méér dan de wettelijke minimumtermijn,

²¹² *Ibidem*, Principe V, uitwerking 2 en 3, respectievelijk Principe VII uitwerking 4 en 5.

²¹³ Brief van Right to Consumer Justice aan Apple Inc. en Apple Ireland, dd. 14 mei 2021 (Productie 73).

gegeven om op haar uitnodiging in onderhandeling te treden in te gaan. Vanwege de voorbereidende werkzaamheden voor deze dagvaarding, die langer in beslag hebben genomen dan voorzien, heeft de Stichting Apple bovendien niet onmiddellijk na het verstrijken van de gestelde termijn gedagvaard, maar pas op de in de kop van deze dagvaarding genoemde datum waarmee Apple de facto dus aanzienlijk langer had om met de Stichting over een minnelijke regeling in onderhandeling te treden. Van de zijde van Apple is evenwel niets vernomen zodat de Stichting moet aannemen dat Apple het op een procedure wenst aan te laten komen.

12.72. Daarmee is ook aan dit laatste ontvankelijkheidsvereiste voldaan.

Conclusie ten aanzien van de (wettelijke) ontvankelijkheidsvereisten

12.73. Uit het voorgaande blijkt dat de Stichting volledig voldoet aan de wettelijke ontvankelijkheidsvereisten die artikel 3:305a lid 1 - 3 BW stellen. Zij verzoekt uw rechtbank dan ook haar ontvankelijk te verklaren in haar collectieve vorderingen.

Verdere (vrijwillige) conformering aan de Claimcode

12.74. Zoals gezegd heeft een aantal elementen uit de Claimcode in de eerste drie leden van artikel 3:305a BW wettelijke grondslag gevonden. Voor het overige bindt de Claimcode de Stichting niet, maar heeft de Stichting ervoor gekozen daaraan - voor zover op haar van toepassing - vrijwillig toch volledig te voldoen. De Stichting zet hierna per Principe uiteen op welke wijze zij aan de Claimcode voldoet.

Principe I – Naleving en handhaving van de Code

12.75. De Stichting zal op haar website haar governance structuur op hoofdlijnen uiteenzetten (uitwerking 1).

12.76. De Stichting heeft zich in artikel 6.5. van haar statuten verplicht haar governance structuur jaarlijks waar nodig bij te werken (uitwerking 1) en eventuele afwijkingen van de Claimcode toe te lichten. Alle informatie die zij hieromtrent op de website plaatst, zal op de website aanwezig blijven (uitwerking 2). De Stichting legt wijzigingen van haar governance structuur ter bespreking aan de Raad van Toezicht voor (artikel 6.6. van de statuten en uitwerking 3).

Principe II – Behartiging van de collectieve belangen zonder winstoogmerk

12.77. De statuten van de Stichting verbieden in artikel 4.3. dat een natuurlijk persoon of rechtspersoon geheel of gedeeltelijk over het vermogen en de inkomsten van de Stichting kan beschikken. De statuten bepalen verder (artikel 7.1.) dat de Stichting wordt vertegenwoordigd door het bestuur of door twee gezamenlijk handelende bestuurders. Aldus geldt een tweehandtekeningenstelsel (uitwerking 1).

12.78. Uitwerking 3 van de Claimcode vereist dat de statuten bepalen dat een eventueel batig liquidatiesaldo zoveel mogelijk zal worden aangewend ten behoeve van het doel van de Stichting en ten goede zal komen aan de deelnemers van de Stichting of aan een ANBI instelling (uitwerking 3). De Stichting heeft in artikel 17.3 van haar statuten opgenomen dat een eventueel batig saldo zoveel mogelijk ten behoeve van het doel van de Stichting zal worden aangewend.

Principe III – Externe financiering

12.79. De Stichting heeft zich verzekerd van een solide externe financier. Zij heeft met behulp van haar eigen advocaten onderzoek gedaan naar de kapitalisatie, het trackrecord en de reputatie van de Financier (uitwerking 1). Deze zijn alle meer dan voldoende bevonden.

12.80. Tussen de financier en de Stichting is een schriftelijke financieringsovereenkomst tot stand gekomen. De Stichting heeft bedongen dat zij bevoegd is de overeenkomst aan de rechter mee te delen indien deze daartoe bevel geeft, met dien verstande dat de wederpartijen van de Stichting daarin – voor zover mogelijk – geen inzage krijgen (uitwerking 8).

12.81. De Stichting heeft verder in de opdrachtbevestiging aan haar advocaten (Kennedy Van der Laan N.V.) laten vastleggen dat zij uitsluitend optreden voor en ten behoeve van de Stichting en haar statutaire achterban en dat zij in deze kwestie geen opdracht(en) aannemen van de Financier en de aan deze rechtstreeks of middellijk verbonden rechtspersonen (uitwerking 4).

12.82. De Stichting heeft ten slotte op haar website vermeld (i) dat sprake is van externe financiering (ii) wat de identiteit en woonplaats van de financier is en (iii) wat op hoofdlijnen de systematiek van de met de externe financier overeengekomen vergoeding(en) en overeengekomen diensten is, inclusief het percentage waarop de Financier aanspraak maakt in het geval van een schikking (uitwerking 7).

Principe IV – Onafhankelijkheid en vermijding van belangen tegenstelling

12.83. De Stichting heeft in artikel 5.2. van haar statuten geborgd dat de bestuurders onafhankelijk van elkaar zijn (uitwerking 1). Zij vervullen thans geen conflicterende nevenfuncties. Eventuele toekomstige nevenfuncties zullen op de website van de Stichting worden vermeld (uitwerking 2). Het bestuur is verder op grond van artikel 6.4 van de statuten onbevoegd om overeenkomsten met partijen te sluiten waarin zij zelf direct of indirect zijn betrokken (uitwerking 3).

Principe V – de samenstelling, taak en werkwijze van het bestuur

12.84. Zoals gezegd bestaat het bestuur van de Stichting ten tijde van het uitbrengen van deze dagvaarding uit één bestuurder in de persoon van Martha Seijas, maar zal het bestuur in de komende periode worden aangevuld met tenminste twee extra bestuurders om in overeenstemming te zijn met de vereisten uit de Claimcode (uitwerking 1).

12.85. Zoals blijkt uit de curricula vitae van de bestuurders, beschikt het bestuur over specifieke deskundigheid die nodig is om de in de statutaire doelomschrijving omschreven belangen te kunnen behartigen, met name voor wat betreft de ervaring met (de behandeling van) massaschadeclaims, en beschikt ten minste één lid van het bestuur over de daartoe benodigde specifieke juridische expertise en één lid over de benodigde financiële expertise (uitwerkingen 2,3 en 4). Zij vertegenwoordigen het bestuur gezamenlijk (artikel 7.1 statuten en uitwerking 5).

12.86. Het bestuur legt conform artikel 15.4 van de statuten een balans van de staat van baten en lasten en de begroting ter goedkeuring voor aan de Raad van Toezicht (uitwerking 6).

12.87. De Raad van Bestuur kan ten slotte op grond van artikel 8.11. besluiten om ieder besluit dat zij belangrijk acht aan haar goedkeuring te laten onderwerpen. In artikel 8.12. van de statuten is bepaald dat de Stichting de Gedupeerden bij een eventuele vaststellingsovereenkomst die tot een schikking van de ingestelde vorderingen leidt, betreft (uitwerking 7).

12.88. Ten slotte zal het bestuur van de Stichting de in uitwerking 8 van de Claimcode weergegeven elementen allemaal op haar website vermelden. In aanvulling op de wettelijke vereisten zal de website ook vermelden:

- De curricula vitae van de leden van het bestuur en de Raad van Toezicht (uitwerking 8 vii)
- Als onderdeel van de informatie over de inschrijving: een plan van aanpak op grond waarvan de potentiële deelnemer kan beoordelen of de aard en werkwijze van de Stichting aansluiten bij zijn/haar belangen

- Een overzicht van de door de Stichting gesloten vaststellingsovereenkomsten. In dit verband heeft de Stichting de vaststellingsovereenkomsten genoemd die door toedoen van haar Financier in de Verenigde Staten zijn gesloten. Hoewel deze overeenkomst strikt genomen niet door de Stichting zijn bereikt, heeft zij wel als enige partij in deze procedure toegang tot de expertise van degenen die daarvoor wel verantwoordelijk waren.

Principe VI – Vergoedingen aan bestuurders

12.89. Aan de bestuurders wordt een redelijke vergoeding betaald van EUR 250,- per uur. Deze vergoeding is op grond van artikel 9.1 van de statuten vastgesteld door de Raad van Toezicht (uitwerking 1). De bestuurders ontvangen op grond van artikel 9.2. van de statuten slechts vergoedingen van de Stichting (uitwerking 2). De met de bestuurders overeengekomen vergoedingen worden op grond van artikel 9.3. van de statuten in de jaarstukken van de Stichting opgenomen (uitwerking 3). Zoals al gezegd zal de bezoldiging van de bestuurders op de website worden vermeldt (uitwerking 4).

Principe VII – de Raad van Toezicht

12.90. De Raad van Toezicht bestaat te tijde van het uitbrengen van deze dagvaarding uit de hiervoor genoemde drie personen (Greg Doman, Sergei Purewal en Steve Berman). De Stichting voldoet hiermee aan artikel 10.1 van de statuten en de inleiding van principe VII. Hoewel ook de samenstelling van de Raad van Toezicht nog aan wijziging onderhevig kunnen zijn, zal de minimale bezetting van drie personen worden gehandhaafd.

12.91. De Raad van Toezicht komt op grond van artikel 12.1 van haar statuten tenminste één maal per jaar bijeen (uitwerking 1). De Stichting heeft in artikel 10.3 van haar statuten opgenomen dat de leden van de Raad van Toezicht ten opzichte van elkaar en het bestuur en ten aanzien van de door de stichting behartigde belangen onafhankelijk en kritisch kunnen opereren. Met de hiervoor genoemde bezetting is daarvan sprake (uitwerking 2).

12.92. De Financier van de Stichting heeft één lid van de Raad van Toezicht voorgedragen (uitwerking 3). Dit betreft Steve Berman. De Stichting merkt op dat hij een middellijk persoonlijk belang heeft bij een eventueel door de Stichting te bereiken schikking. In zoverre wijkt de Stichting af van de Claimcode. De Stichting zal hierover informatie verschaffen op de website. De heer Berman ziet af van het hem toekomende uurtarief voor zijn werkzaamheden.

12.93. Uit de CV's van de commissarissen volgt dat zij beschikken over voldoende juridische en financiële expertise om de belangen van de gedupeerden op een adequate wijze te kunnen behartigen (uitwerkingen 4 en 5). Het bestuur verschaft de Raad van Toezicht op grond van artikel 11.2 en 11.3 van de statuten de voor de uitoefening van haar taak vereiste documentatie en verleent haar inzage in alle boeken, bescheiden en gegevensdragers van de stichting (uitwerking 6).

12.94. De Raad van Toezicht heeft op grond van artikel 15.5 het recht de balans en staat van baten en lasten te doen onderzoeken door een door de Raad van Toezicht aan te wijzen registeraccountant, die zal rapporteren aan de Raad van Toezicht. Het verslag wordt ter kennis gebracht aan het bestuur. (uitwerking 7).

12.95. De Raad van Toezicht stelt op grond van artikel 11.6. van de statuten jaarlijks een document op waarin zij op hoofdlijnen verantwoording aflegt over het uitgevoerde toezicht. Dit overzicht zal worden vermeld op de website (uitwerking 8).

12.96. De bezoldiging voor de Raad van Toezicht wordt op grond van artikel 13.1 van de statuten in de gemeenschappelijke vergadering van bestuur en Raad van Toezicht vastgesteld. De vastgestelde vergoedingen zijn niet bovenmatig en zullen worden gepubliceerd op de website. De leden van de

Raad van Toezicht ontvangen op grond van artikel 13.2 van de statuten geen andere vergoedingen. Aldus is ook voldaan aan uitwerking 9.

Verzoek om aanwijzing als Exclusieve Belangenbehartiger (ex art. 1018e BW)

- 12.97. De Stichting verzoekt uw rechtbank haar als Exclusieve Belangenbehartiger aan te wijzen. Voor zover zich een andere stichting zal melden om een massa-claim voor dezelfde gebeurtenissen in te stellen, zal zij in een aanvullende akte - met het oog op de vraag wie dan zal worden aangewezen - de relevante criteria (in art. 1018e lid 1 sub a t/m sub c BW) bespreken. In het volgende zal de Stichting nog enkele opmerkingen ten aanzien van de finaliteit plaatsen die met de onderhavige collectieve actie zal moeten worden bereikt.
- 12.98. De wetgever heeft lang geaarzeld over de invoering van de mogelijkheid om in het kader van collectieve acties ook een vordering tot schadevergoeding open te stellen. De vrees was (onder meer) dat daarmee “Amerikaanse toestanden” zouden kunnen ontstaan doordat claim vehicles vervolgens torenhoge schadevergoedingen in alle denkbare situaties kunnen claimen. Daar kwam nog bij dat de invoering van een dergelijk massa-claim regime (dat op de Amerikaanse leest geschoeid is) ook zou kunnen leiden tot een verstoring van de positie van Nederland (en haar bedrijven) op het internationale toneel, vooral binnen de EU. Andere landen hebben immers (nog) geen vergelijkbare collectieve acties, maar kunnen in principe wel worden geraakt door acties die in Nederland worden ingesteld.
- 12.99. Deze vrees is uiteindelijk door een systeem van waarborgen geadresseerd dat de Stichting al hiervoor uitgebreid heeft besproken. Wat nog niet aan de orde kwam, is de ratio achter de invoering van de WAMCA die moet worden meegewogen bij de vraag wie uiteindelijk het best in staat is om als belangenbehartiger van de Gedupeerden op te treden.
- 12.100. De uitbreiding van het Nederlandse regime van collectieve acties door de WAMCA heeft als doel om vele soortgelijke claims in één keer op te lossen. Daarmee is niet alleen de economie als zodanig gediend door de vordering in te stellen voor alle Gedupeerden en te bekostigen, maar wordt er ook voor gezorgd dat de rechterlijke macht niet onnodig wordt belast. Dat laatste volgt bijvoorbeeld uit de Dexia affaire die tot een ware vloedgolf aan procedures in Nederland heeft geleid. Het uitgangspunt van de WAMCA is dan ook dat één eiser (dan wel een groep van eisers) alle relevante claims bundelt om het probleem in één keer aan de rechter voor te leggen. Deze mogelijkheid bestaat al geruime tijd in het mededingingsrecht waar de civielrechtelijke schadevergoedingsacties het sluitstuk vormen van het publiekrechtelijke boetetraject waarin bijvoorbeeld de leden van een kartel worden beboet.
- 12.101. Het verschil met deze zogenaamde ‘follow-on’ procedures is echter dat de WAMCA niet primair is geënt op het uit procederen van alle juridische twistpunten wat de merites van de vorderingen betreft. In plaats daarvan gaat de wet ervan uit dat partijen eerst proberen een schikking te treffen. Ook als dat niet lukt, komt later in het proces weer de gedachte van een efficiënte oplossing terug die beide partijen gezamenlijk hebben bedacht (die immers beide een voorstel voor de collectieve afwikkeling van de schade in kunnen dienen).
- 12.102. Uiteindelijk gaat het om finaliteit. Kort gezegd, moeten alle geschilpunten gezamenlijk worden geadresseerd zodat het onderliggende probleem in één keer wordt opgelost. Dit kan echter alleen worden bereikt als er realistische en haalbare vorderingen op tafel liggen die zijn gericht tegen alle betrokken partijen en die tot een collectieve afwikkeling kunnen leiden. Daarbij dient niet alleen aan de belangen van de Gedupeerden te worden gekeken, maar ook naar die van Apple en andere betrokkenen, zoals de aandeelhouders van Apple. Finaliteit betekent immers ook dat de kous met

één procedure af is, althans dat het probleem voor de hele markt is opgelost. Dit is ook in het belang van gedaagden die daarmee een streep kunnen zetten onder hun onrechtmatig handelen. Bij deze belangenafweging dient ten slotte ook rekening te worden gehouden met bredere aspecten, zoals de noodzaak om weer met een schone lei verder te kunnen gaan en een provisie te vragen die voldoet aan de geldende regelgevingen ongeschreven verplichtingen.

12.103. De Stichting heeft geprobeerd met haar vorderingen oog te houden voor al deze belangen. Naar haar mening zijn de vorderingen van een omvang die recht doet aan de schade die haar achterban door het handelen van Apple heeft geleden, maar vraagt zij niet het onderste uit de kan, door voor een belangrijk deel van het onrechtmatig handelen (enkel) een lump sum schadevergoeding te vragen. De achterban van Apple ontvangt zo enerzijds wel een vergoeding voor alle concurrentiebeperkende maatregelen waarmee zij te maken hebben gehad, maar ziet anderzijds af van vergoeding van de in een individueel geval daadwerkelijk geleden schade. Dat voorkomt een onredelijke belasting van het juridisch systeem en stelt Apple in staat om met een schone lei verder te gaan, terwijl Apple wel ter verantwoording wordt geroepen voor hetgeen zij op de Nederlandse markt in de afgelopen 13 jaar teweeg heeft gebracht.

12.104. Zoals al eerder gezegd heeft de Stichting toegang tot de processtukken, de kennis en expertise van de advocaten die in de VS al een vergelijkbare procedure tegen Apple tot een succesvol einde hebben weten te brengen. Om voornoemde redenen is de Stichting van mening dat zij als Exclusieve Belangenbehartiger dient te worden aangewezen.

13. BEKENDE VERWEREN

13.1. Apple heeft tot op heden niet gereageerd op de uitnodiging van de Stichting, gedaan bij brief van 14 mei 2021, om met haar in onderhandeling te treden.²¹⁴ De Stichting is dan ook niet bekend met enige verweren van de gedaagden.

²¹⁴ Brief van Right to Consumer Justice aan Apple Inc. en Apple Ireland, dd. 14 mei 2021 (Productie 73).

Deel IV. OVERIG

14. BEVOEGDHEID VAN DE RECHTBANK AMSTERDAM EN TOEPASSELIJK RECHT

- 14.1. Uitgangspunt voor de bevoegdheid van uw rechtbank is het misbruik van machtspositie door Apple op de *Nederlandse App Store*, dus de (naar haar eigen zeggen) specifieke ‘store front’ die zich op de Nederlandse consumenten richt en waarop iOS-ontwikkelaars uit verschillende landen actief kunnen zijn. Het gaat daarbij om inbreuk op Europees (evenals Nederlands) mededingingsrecht dat zowel consumenten (dus de gebruikers van iOS-apparaten) als ook de aanbieders van Apps en In-App Producten (dus de iOS-ontwikkelaars) beschermt. De vorderingen van de Stichting zien op de vaststelling van dit onrechtmatig handelen van Apple en de (civielrechtelijke) gevolgen ervan, te weten de vergoeding van de schade die de Gedupeerde hebben geleden.
- 14.2. Nu Apple Inc. en Apple Ireland in het buitenland zijn gevestigd, is de (herschikte) EEX Verordening²¹⁵ (“**EEX-Vo**”) van toepassing om de internationale bevoegdheid van uw rechtbank te bepalen. In dit hoofdstuk zal de Stichting uiteenzetten dat uw rechtbank op de volgende gronden bevoegd is van haar vorderingen kennis te nemen:
- op grond van artikel 18 lid 1 EEX-Vo omdat Apple Ireland, de aanbieder van de Nederlandse App Store, haar activiteiten vanuit Ireland op de Nederlandse consumenten richt (art. 17 lid 1, onder c, EEX-Vo);
 - op grond van artikel 7 lid 2 EEX-Vo omdat het misbruik van machtspositie door Apple in de Nederlandse App Store is gepleegd en daarmee de *Handlungsort* in Nederland is gelegen;
 - op grond van artikel 7 lid 2 EEX-Vo omdat de gevolgen van dit handelen, zowel schade als ook andere buitencontractuele gevolgen (in de Engelse versie aangeduid als *quasi-delict*), in Nederland zijn ingetreden en daarmee (ook) de *Erfolgsort* in Nederland is gelegen; en
 - op grond van artikel 8 lid 1 EEX-Vo omdat een aanzienlijke groep van de Nederlandse consumenten (en iOS-gebruikers) binnen het arrondissement van uw Rechtbank zijn gevestigd en hun vorderingen zodanig nauw verbonden zijn met de vorderingen van de ontwikkelaars die hun iOS-Apps en In-App Producten in de Nederlandse App Store hebben aangeboden dat deze samen behandeld dienen te worden om onverenigbare beslissingen te voorkomen.
 - op grond van artikel 7 Rv omdat uw rechtbank ten aanzien van de Nederlandse consumenten rechtsmacht heeft en tussen hun vorderingen en die van de iOS-ontwikkelaars een zodanig samenhang bestaat dat het doelmatig is om deze gezamenlijk te behandelen.
- 14.3. Het toepasselijke recht dient aan hand van de Rome II Verordening²¹⁶ (“**Rome II**”) bepaald te worden gezien de gevolgen van de inbreuk op het mededingingsrecht door Apple aan hand van nationaal (civiel) recht moeten worden beoordeeld. Op grond van artikel 6 lid 1 Rome II is Nederlands recht van toepassing.

²¹⁵ Verordening (EU) nr. 1215/2012 van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van besluiten in burgerlijke en handelszaken.

²¹⁶ Verordening (EG) nr. 864/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 11 juli 2007 betreffende het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen.

Apple Ireland richt haar activiteiten op de Nederlandse consumenten (art. 17 lid 1 EEX-Vo)

- 14.4. Internationale bevoegdheid kan op grond van verschillende aanknopingspunten aangenomen worden. De hoofdregel is de plaats van vestiging (art. 4 lid 1 EEX-Vo), maar daarnaast kunnen ook andere gerechten bevoegd zijn op grond van regels over de bijzondere bevoegdheid (art. 5 lid 1 EEX-Vo). Een van deze bijzondere regels ziet op de bevoegdheid voor door consumenten gesloten overeenkomsten waarvan niet (vooraf) bij overeenkomst kan worden afgeweken (art. 19 EEX-Vo).
- 14.5. De essentie van deze regels is dat consumenten, kort gezegd, hun vorderingen altijd bij het gerecht van hun woonplaats in kunnen stellen (art. 18 lid 1 EEX-Vo). Hiervoor is vereist dat aan de voorwaarden van artikel 17 EEX-Vo is voldaan, te weten dat het gaat (i) om een overeenkomst met een consument (ii) gesloten met een professionele wederpartij die haar commerciële activiteiten ontplooit in de woonplaats van de consument dan wel haar activiteiten richt op die woonplaats (art. 17 lid 1, onder c, EEX-Vo). De Stichting zal hieronder bespreken dat aan deze voorwaarden is voldaan.
- 14.6. Zoals al besproken (zie paragraaf 2.4 e.v. boven), is Apple Ireland de aanbieder van de Nederlandse App Store die haar activiteiten vanuit Ierland op de Nederlandse consumenten richt. Het gaat hierbij om het sluiten van overeenkomsten op afstand, namelijk (onder mee) de aankopen van iOS-Apps en In-App Producten die door de iOS-gebruikers in Nederland worden gedaan. De iOS-gebruikers kwalificeren als consumenten omdat zij deze activiteiten niet beroeps- of bedrijfsmatig verrichten. Voor de goede orde: zelf als sommige iOS-gebruikers aankopen voor hun werk doen, zal dit voor bedrijven via een Enterprise oplossing (lees: in een specifieke omgeving voor bedrijven) worden aangeboden of zullen de iOS-Apps en In-App Producten in ieder geval ook voor privédoeleinden worden gebruikt.
- 14.7. Overigens erkent Apple dat zij haar activiteiten per land verricht. Zo heeft zij in de Amerikaanse rechtszaak tegen Epic Games aangevoerd dat de relevante geografische markt voor distributiediensten van iOS Apps en In-App Producten land-specifiek is, omdat de App Store "country-specific storefronts" heeft.²¹⁷ Wanneer een consument de App Store opent, gaat hij of zij standaard naar de *lokale* winkel in zijn of haar land. Een consument kan in theorie deze storefront veranderen, maar volgens Apple is dit erg bewerkelijk: "*the process involves a number of steps and conditions that most consumers would find too inconvenient unless strictly necessary.*"²¹⁸ Aangezien consumenten in wezen vastzitten aan de App Store in hun eigen land, moet de relevante markt volgens Apple land-specifiek zijn. Volgens deze formulering bestaat er een relevante markt voor elk land of elke regio waarin iOS-ontwikkelaars hun iOS-Apps en In-App Producten verspreiden die gelijk is met de lokale App Store.
- 14.8. Overigens vallen alle vormen van misbruik van machtspositie die hierboven zijn beschreven, onder artikel 17 lid 1, onder c, EEX-Vo. Deze, althans de gevolgen ervan, houden immers verband met de desbetreffende vorderingen van de consumenten omdat ze zien op de activiteiten die Apple in het kader van haar verkoop in de Nederlandse App Store verricht.
- 14.9. Voor zover uw rechtbank dit anders ziet, kunnen de consumenten ook een beroep doen op artikel 7 lid 2 EEX-Vo dat hierna zal worden besproken. Dit is overigens ook het aanknopingspunt voor

²¹⁷ *Epic Games v. Apple Inc.*, zaak nr. 20-cv-5640 (Northern District of California), rolnr. 779-1, *Apple Inc.'s Proposed Findings of Fact and Conclusions of Law*, blz. 140, alinea 438-450 (waarin wordt betoogd dat de VS een relevante geografische markt is); *idem*, 450 (waarin wordt aangegeven dat andere landen met Apple storefronts relevante geografische markten zijn, omdat er "different market conditions in each country" zouden zijn) (Productie 8).

²¹⁸ *Idem*, blz. 140, alinea 441.

rechtsmacht ten aanzien van Apple Inc. die zelf geen direct contractueel band heeft met de Nederlandse consumenten.

Misbruik van machtspositie vindt plaats in Nederland (*Handlungsort* ex art. 7 lid 2 EEX-Vo)

- 14.10. Op grond van artikel 7 lid 2 EEX-VO kan een vordering (naast het gerecht in het land waar de gedaagde gevestigd is) ook worden ingesteld bij het gerecht van de plaats “*waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan of kan voordoen*”. Daarbij zijn twee plaatsen relevant, namelijk de plaats van de handeling *of* de plaats waar de schade is ingetreden (*Handlungs-* respectievelijk *Erfolgsort*)²¹⁹ die de Stichting achtereenvolgens zal bespreken.
- 14.11. Zoals uitgebreid in deze dagvaarding besproken, heeft Apple haar machtspositie ten aanzien van de App Store op verschillende manieren misbruikt en daarmee een inbreuk op het mededingingsrecht gepleegd. Al deze handelingen zien op misbruik in de *Nederlandse* App Store omdat Apple zich specifiek richt op de Nederlandse gebruikers van iOS-apparaten. Tot deze markt horen enerzijds de Nederlandse consumenten die iOS-Apps en In-App Producten alleen via de Nederlandse ‘store front’ kunnen afnemen, en anderzijds de iOS-ontwikkelaars die deze in de Nederlandse App Store aanbieden. Anders gezegd, gaat het om twee kanten van dezelfde medaille, namelijk de vraagkant en de aanbodkant die samen de Nederlandse markt vormen.
- 14.12. Voor de goede orde: dat de marktdefinitie in mededingingsrechtelijke termen wellicht (geografisch) breder is, is voor de voorliggende IPR vraag niet relevant. Hoewel het misbruik van machtspositie van Apple veel groter is (en ook in andere landen wordt gepleegd), beperkt de Stichting haar vorderingen op de handelingen die in Nederland – via de Nederlandse App Store – zijn verricht en de gevolgen die in Nederland zijn ingetreden (waarover later meer).
- 14.13. Bij de handelingen gaat het om de verschillende vormen van machtsmisbruik die allemaal (ook) in de Nederlandse App Store zijn gepleegd. Zo heeft Apple de 30% provisie voor aankopen van iOS-Apps en In-App Producten in Nederland in mindering gebracht op de prijs die de Nederlandse consumenten hiervoor in Nederland hebben betaald. Daarnaast heeft Apple de anti-sturingsregels in de Nederlandse App Store toegepast en haar eigen apps ook in de Nederlandse App Store bevoorreed. Deze handelingen zien niet alleen op de Nederlandse consumenten (die immers uitsluitend via de Nederlandse App Store aankopen kunnen doen), maar ook op de iOS-ontwikkelaars die hun iOS-Apps en In-App Producten specifiek aan de Nederlandse gebruikers aanbieden. Zoals al besproken, kunnen de iOS-ontwikkelaars bij de lancering van een app in de App Store aangeven in welke regio dan wel land zij hun apps aan willen bieden.
- 14.14. Tegen deze achtergrond staat vast dat de handelingen van Apple die het uitgangspunt zijn van de vorderingen van de Stichting, allemaal in Nederland plaats hebben gehad. Dat de App Store in feite een virtuele handelsplatform is, maakt dit niet anders. Immers, op grond van Europese rechtsspraak ten aanzien van (digitale) media-inbreuken staat vast dat er bij online transacties verschillende aanknopingspunten zijn. Met de woorden van het HvJ EU:

Artikel 5, punt 3, van verordening (EG) nr. 44/2001 (...) [*opmerking advocaat: nu art. 7 lid 2 EEX-Vo*] moet aldus worden uitgelegd dat in geval van een beweerde schending van de persoonlijkheidsrechten door op internet geplaatste content, de persoon die zich gelaedeerd acht een vordering tot vergoeding van de volledige schade kan indienen, hetzij bij de gerechten van de lidstaat waar de uitgever van die content gevestigd is, hetzij bij de gerechten van de lidstaat waar zich het centrum van zijn belangen bevindt. In plaats van een vordering tot vergoeding van de volledige schade kan die persoon ook een

²¹⁹ HvJ 30 november 1976, C-21/76, ECLI:EU:C:1976:166 (*Kalimijnen*). Zie ook HvJ 16 mei 2013, C-228/11, ECLI:EU:C:2013:305 (*Melzer*).

vordering indienen bij de gerechten van elke lidstaat op het grondgebied waarvan een op internet geplaatste content toegankelijk is of is geweest. Deze gerechten kunnen enkel kennisnemen van vorderingen betreffende schade die is veroorzaakt op het grondgebied van de lidstaat van het aangezochte gerecht.²²⁰

- 14.15. Ten slotte merkt de Stichting nog op dat de forumkeuze in de Developer Agreement niet in de weg staat van bevoegdheid ten aanzien van de iOS-ontwikkelaars. Deze ziet immers enkel op de contractuele verhouding, maar niet op de onrechtmatige daad dan wel andere vormen van buitencontractuele aansprakelijkheid zoals onverschuldigde betaling dan wel ongerechtvaardigde verrijking (in de Engelse versie van art. 7 lid 2 EEX-Vo aangeduid als “quasi-delict”). Daar komt nog bij dat zich (ook) de effectiviteit van het EU mededingingsrecht zich verzet tegen pogingen om haar werking middels een forumkeuze voor buitenlands (niet EU) recht te omzeilen.
- 14.16. De rechtsmacht van uw rechtbank kan dus worden aangeknoopt aan de *Handlungsort*. De Stichting zal in het volgende uiteenzetten dat ook de *Erfolgsort* in Nederland is gelegen.

Schade treedt in Nederland in (*Erfolgsort* ex art. 7 lid 2 EEX-Vo)

- 14.17. Ook de gevolgen van het handelen van Apple (dus de verschillende vormen van misbruik van machtspositie) zijn in Nederland ingetreden waarmee (ook) de *Erfolgsort* in Nederland is gelegen. Het gaat daarbij, zoals al aangestipt, om de verschillende buitencontractuele gevolgen (schade, onverschuldigde betaling en ongerechtvaardigde verrijking) die reeds in hoofdstuk 10 en 11 aan de orde kwamen.
- 14.18. Uit vaste Europese rechtspraak volgt dat uitsluitend de *directe* schade die het gevolg is van de onrechtmatige daad relevant is voor de bepaling van de *Erfolgsort*. De ‘plaats waar de schade is ingetreden’ mag niet zo ruim worden uitgelegd dat het iedere plaats omvat waar de gevolgen van schade die in werkelijkheid elders is ingetreden voelbaar zijn.²²¹ Met de woorden van het HvJ EU in de zaak *Marinari*:²²²

“13 De aldus aan de eiser geboden keuzemogelijkheid dient echter te worden beperkt tot de bijzondere omstandigheden die ze rechtvaardigen. Anders zou de algemene regel van artikel 2, eerste lid, Executieverdrag, volgens welke de gerechten van de Verdragsluitende Staat op het grondgebied waarvan de verweerder woonplaats heeft, bevoegd zijn, worden uitgehold (...).

14 Ofschoon dus is aanvaard, dat het begrip “plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan”, in de zin van artikel 5, sub 3, Executieverdrag, zowel kan zien op de plaats waar de schade is ingetreden, als op die van de veroorzakende gebeurtenis, kan dat begrip echter niet zo ruim worden uitgelegd, dat het iedere plaats omvat waar de schadelijke gevolgen voelbaar zijn van een feit dat reeds elders daadwerkelijk ingetreden schade heeft veroorzaakt.

15 Bijgevolg kan dat begrip niet aldus worden uitgelegd, dat het ook ziet op de plaats waar de gelaedeerde, zoals thans in het hoofdgeding het geval is, stelt vermogensschade te hebben geleden als gevolg van een door hem geleden, in een andere Verdragsluitende Staat ingetreden aanvankelijke schade.” [onderstreping advocaat].

- 14.19. Het gevolg is dat het enkele feit dat de gelaedeerde op zijn plaats van vestiging indirecte gevolgen ondervindt van de onrechtmatige daad (bijvoorbeeld: minder geld op de bank door schade elders) niet maakt dat die plaats kan worden gezien als de ‘plaats waar de schade is ingetreden’.

²²⁰ HvJ 25 oktober 2011, C-509/09 en C-161/10 (*eDate Advertising en Martinez en Martinez*).

²²¹ HvJ 19 september 1995, C-364/93, ECLI:EU:C:1995:289 (*Marinari*) en HvJ 11 januari 1990, C-220/88, ECLI:EU:C:1990:8 (*Dumez*). Zie ook recenter: HvJ 5 juli 2018, C-27/17, ECLI:EU:C:2018:533 (*flyLAL II*).

²²² HvJ 19 september 1995, C-364/93, ECLI:EU:C:1995:289 (*Marinari*).

- 14.20. Er moet dus niet worden gekeken naar de vestigingsplaats van de iOS-ontwikkelaars (die in Nederland, maar ook in het buitenland kan zijn gelegen), maar naar waar de schade dan wel ander nadeel waarvoor de Gedupeerden een vergoeding vorderen *aanvankelijk* is ingetreden. Dit is Nederland als de plaats waar de IOS-Apps en In-App Producten door de Nederlandse consumenten zijn gekocht. De transacties, die het vertrekpunt zijn voor de berekening van de provisie van 30%, vinden alle in Nederland hun oorsprong aangezien zij vanuit de (Nederlandse) bankrekeningen van de eindgebruikers plaatsvinden en daarvandaan verder worden afgewikkeld. Dit geldt ook voor de overige vormen van misbruik van Apple die leiden tot schade c.q. nadeel in Nederland, te weten: geen mogelijkheid om andere betaalmethodes te gebruiken, gedeelde winst dan wel kansschade voor iOS-ontwikkelaars die in Nederland minder iOS-Apps en In-App Producten kunnen afzetten en verhoogde kosten voor consumenten als gevolg van de bevoordeling van de eigen apps van Apple die hebben geleid tot aankopen die zij bij werkende concurrentie niet, of tegen een lagere vergoeding, hadden verricht. Deze *Erfolgsort* was voor Apple ook te voorzien nu zij haar diverse 'store fronts' op specifieke landen richt, waaronder Nederland.
- 14.21. Overigens ligt de *Erfolgsort* voor consumenten hoe dan ook in Nederland; zij wonen in Nederland, hebben hier via de Nederlandse App Store de iOS-Apps en In-App Producten gekocht en hebben hiervoor in Nederland (aan Apple en dus niet direct aan de iOS-ontwikkelaars) betaald.

Verknochtheid verschillende vorderingen (art. 8 lid 1 EEX-Vo)

- 14.22. De bevoegdheid van uw rechtbank kan, ten aanzien van de iOS-ontwikkelaars, ook (subsidiar) op artikel 8 lid 1 EEX-Vo worden gestoeld. Daarbij merkt de Stichting op dat deze bepaling *strictu sensu* alleen van toepassing is indien een van de *gedaagden* binnen het arrondissement van uw rechtbank is gevestigd. Hoewel dit hier niet het geval is, meent de Stichting dat deze bepaling (al dan niet analoog) op de onderhavige situatie kan worden toegepast.
- 14.23. Uitgangspunt is daarbij dat consumenten op grond van artikel 18 lid 1 EEX-Vo Apple op hun woonplaats kunnen dagvaarden. Deze woonplaats zal voor een aanzienlijke groep van de Nederlandse iOS-gebruikers binnen het arrondissement van uw Rechtbank zijn gevestigd. De Stichting heeft al besproken dat uw rechtbank ten aanzien van de consumenten rechtsmacht heeft. Daarmee is voldaan aan de ratio van artikel 8 lid 1 EEX-Vo, namelijk dat er in ieder geval duidelijkheid bestaat over de rechtsmacht ten aanzien van de ankergedaagde.
- 14.24. De Stichting zal hieronder kort de andere vereisten van artikel 8 lid 1 EEX-Vo bespreken, te weten (i) een dusdanig nauwe band tussen de vorderingen dat ze tegelijkertijd behandeld dienen te worden en (ii) het voorkomen dat bij afzonderlijke berechting onverenigbare beslissingen worden genomen.
- 14.25. Bij verschillende vorderingen is een nauwe band nodig dat een gezamenlijke behandeling rechtvaardigt. Uit de rechtspraak volgt dat voor een nauwe band niet nodig is dat de rechtsgrondslagen van de tegen de verschillende gedaagden ingestelde vorderingen identiek zijn. In het voorliggende geval is er sprake van een nauwe band, namelijk het misbruik van machtspositie dat Apple via haar Nederlandse App Store heeft gepleegd. De mogelijkheid van de *passing-on* van de schade ten aanzien van de 30% provisie laat onmiddellijk zien dat de vorderingen van de consumenten nauw verband houden met die van de iOS-ontwikkelaars. Dit geldt overigens ook voor de overige vormen van misbruik die immers voor zowel iOS-ontwikkelaars als ook consumenten hetzelfde - gezamenlijke - uitgangspunt van de aansprakelijkheid van Apple zijn. Overigens was het voor Apple ook *voorzienbaar* dat zij kon worden opgeroepen in de lidstaat waar de consumenten

woonplaats hebben.²²³ Immers, zij heeft zich met haar App Store specifiek op de Nederlandse markt gericht.

- 14.26. Ten slotte bestaat zonder gelijktijdige behandeling het gevaar op tegenstrijdige beslissingen. Uit rechtspraak volgt dat beslissingen niet reeds onverenigbaar kunnen worden geacht op grond van divergentie in de beslechting van het geschil. Vereist is dat die divergentie zich voordoet in het kader van eenzelfde situatie, feitelijk en rechtens.²²⁴ En dit is precies wat zich in het onderhavige geval voordoet.

Rechtsmacht ten aanzien van in ieder geval één medegedaagde (art. 7 Rv)

- 14.27. Ten slotte kan uw rechtbank haar bevoegdheid ook baseren op artikel 7 Rv. Hiervoor is, anders dan bij artikel 8 lid 1 EEX-Vo, niet vereist dat een van de medegedaagde zijn woonplaats binnen het arrondissement van uw rechtbank heeft.
- 14.28. Zoals al besproken, heeft uw rechtbank rechtsmacht ten aanzien van de Nederlandse consumenten. Tussen hun vorderingen en die van de iOS-ontwikkelaars bestaat een (dwingende) samenhang die hierboven al is besproken. Dat maakt dat het doelmatig is om deze vorderingen gezamenlijk te behandelen.

15. BEWIJS

- 15.1. Ter onderbouwing van haar stellingen verwijst de Stichting naar de in deze dagvaarding genoemde Producties 1 tot en met 74 die bij het aanbrengen (bij akte) zullen worden overgelegd.
- 15.2. Zonder overigens onverplicht enige bewijslast op zich te nemen, biedt zij daarnaast aan haar stellingen verder te bewijzen door alle middelen rechtens, waaronder door het horen van getuigen dan wel deskundigen die betrokken waren bij, of anderszins kunnen verklaren over, de misbruik van machtspositie van Apple. De Stichting zal daartoe in een later stadium van deze procedure een concreet bewijsaanbod doen.

²²³ Rb Amsterdam 30 juni 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:3307, r.o. 5.19: *‘Wanneer tegen de verschillende gedaagden ingestelde vorderingen verschillende rechtsgrondslagen hebben, staat dat op zich niet in de weg aan toepassing van art. 8, mits voor de gedaagden voorzienbaar was dat zij konden worden opgeroepen in de lidstaat waar ten minste één van hen woonplaats had.’*

²²⁴ Rb Amsterdam 30 juni 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:3307, r.o. 5.18.

OM DEZE REDENEN:

Het uw Rechtbank behage om bij vonnis, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

A. Verzoek aanwijzing exclusieve belangenbehartiger

1. Voor zover de WAMCA op de onderhavige vorderingen van toepassing is; de Stichting aan te wijzen als exclusieve belangenbehartiger in de zin van artikel 1018e lid 1 Rv;

B. Provisiebepaling – misbruik van machtspositie I (hoofdstuk 6)

Verklaringen voor recht – iOS Ontwikkelaars A en Consumenten A

2. Te verklaren voor recht dat Apple Inc. en Apple Ireland ten aanzien van de Nederlandse App Store misbruik van haar machtspositie hebben gemaakt door de provisiebepaling van 30% te hanteren, zoals uiteengezet in deze dagvaarding;
3. Te verklaren voor recht dat Apple Inc. en Apple Ireland daarmee onrechtmatig jegens iOS Ontwikkelaars A en Consumenten A hebben gehandeld;

Verklaringen voor recht – iOS Ontwikkelaars A

4. Te verklaren voor recht dat de provisiebepaling in de Developer Agreement met Apple op grond waarvan de iOS Ontwikkelaars A gehouden zijn 30% over iedere verkoop van hun iOS-Apps en/of In App Producten aan Apple af te staan, in strijd is met het mededingingsrecht;
5. Te verklaren voor recht dat deze provisiebepaling daarom nietig is, dan wel rechtsgeldig door de Stichting vernietigd is.

Vordering tot schadevergoeding– Consumenten A

6. Apple Inc. en Apple Ireland hoofdelijk te veroordelen tot betaling aan de Stichting van de als gevolg van de (te) hoge provisiebepaling van 30% door de Consumenten A geleden schade, waarvan de omvang in deze procedure nader zal worden vastgesteld;

Vordering tot terugbetaling, dan wel schadevergoeding – iOS Ontwikkelaars A

7. Apple Inc. te veroordelen tot betaling aan de Stichting van het als gevolg van de (te) hoge provisiebepaling van 30% door de iOS Ontwikkelaars A te veel betaalde – uit hoofde van onverschuldigde betaling dan wel schadevergoeding – waarvan de omvang in deze procedure nader zal worden vastgesteld;

C. Overige inbreuken – misbruik van machtspositie II en III en art. 101 VWEU (hoofdstukken 7 t/m 9)

Verklaringen voor recht - iOS Consumenten B en iOS Ontwikkelaars B

8. Te verklaren voor recht dat Apple Inc. en Apple Ireland ten aanzien van de Nederlandse App Store misbruik van haar machtspositie hebben gemaakt door de overige concurrentiebeperkende maatregelen te hanteren, zoals uiteengezet in deze dagvaarding;
9. Te verklaren voor recht dat Apple Inc. en Apple Ireland daarmee onrechtmatig jegens iOS Consumenten B en iOS Ontwikkelaars B hebben gehandeld;
10. Te verklaren voor recht dat Apple Inc. en Apple Ireland hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de als gevolg van hun onrechtmatig handelen door iOS Consumenten B en iOS Ontwikkelaars B geleden schade en gehouden zijn die schade te vergoeden;

Vordering tot schadevergoeding – Consumenten B

11. Apple Inc, en Apple Ireland hoofdelijk te veroordelen aan de Stichting een forfaitair bedrag te betalen voor de schade die de iOS Consumenten B hebben geleden als gevolg van de overige concurrentiebeperkende handelingen van Apple, zoals uiteengezet in deze dagvaarding en nader vast te stellen door uw rechtbank;

Vordering tot schadevergoeding – iOS Ontwikkelaars B

12. Apple Inc. en Apple Ireland hoofdelijk te veroordelen aan de Stichting een forfaitair bedrag te betalen voor de schade die de Ontwikkelaars B hebben geleden als gevolg van de overige concurrentiebeperkende handelingen van Apple, zoals uiteengezet in deze dagvaarding en nader vast te stellen door uw rechtbank;

D. Wettelijke rente en proceskosten (ten aanzien van alle Gedupeerden)

Wettelijke rente

13. Apple Inc. en Apple Ireland hoofdelijk te veroordelen tot vergoeding van de wettelijke rente over het totale bedrag dat zij op grond van de hiervoor onder 6, 7, 11 en 12 ingestelde vorderingen voor ieder jaar van de Relevante Periode gehouden is aan de Stichting te voldoen, steeds vanaf 1 januari van ieder jaar sinds 2008 over het voor de door het voorgaande jaar verschuldigde schadevergoeding dan wel onverschuldigde betaling tot aan de dag der algehele voldoening (aldus dat gedaagden wettelijke verschuldigd zijn over bedrag X voor 2008 vanaf 1 januari 2009 tot aan de dag der betaling, bedrag X voor 2009 vanaf 1 januari 2010 tot aan de dag der betaling etc.);

Vordering tot vergoeding van proceskosten

14. Apple Inc. en Apple Ireland hoofdelijk te veroordelen in de kosten van dit geding, waaronder de nakosten, althans – voor zover de WAMCA van toepassing is en uw rechtbank een uitspraak doet ingevolge artikel 1018i Rv - de door uw rechtbank nader vast te stellen redelijke en evenredige kosten die de Stichting in verband met het instellen van deze procedure heeft gemaakt als bedoeld in artikel 1018l lid 2 Rv, en al deze kosten te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf de dag van de uitspraak van het in deze procedure te wijzen vonnis tot aan de dag der algehele voldoening.

De kosten dezes zijn voor mij, deurwaarder, € 83,38

Deze zaak wordt behandeld door mrs. C. Jeloschek, M.R.S. Bacon en M. van Bommel van Kennedy Van der Laan, Postbus 58188 te (1040 HD) Amsterdam, 020-5506843 / christoph.jeloschek@kvdl.com

PRODUCTIEOVERZICHT

1. Hagens Berman - *U.S. iOS Developers to Benefit from \$100 Million Apple Small Developer Assistance Fund and Changes to App Store Policies in Developer Antitrust Class-Action Settlement* - 26 augustus 2021
2. Consolidated Class Action Complaint for Violations of the Sherman Act and California Unfair Competition Law - 4:19-cv-03074 – 30 september 2019
3. ACM Rapport – *Market Study into mobile App Store* – 11 april 2019
4. ACM - *ACM start onderzoek misbruik machtspositie Apple in App Store* - 11 april 2019
5. Europese Commissie - *Antitrust: Commission sends Statement of Objections to Apple on App Store rules for music streaming providers* - 30 april 2021
6. ACM - *ACM kan onderzoek naar Apple AppStore voortzetten* - 22 juni 2021
7. CNN – *There's an app for that* – 12 oktober 2010
8. Epic Games v. Apple Inc. – *Findings of Fact and Conclusions of Law Proposed by Epic Games* – 4 augustus 2021
9. Bloomberg – *Apple's Schiller Floated Cutting App Stores Fees a Decade Ago* – 3 mei 2021
10. Bloomberg – *Apple's App Store Had 78% Margin in 2019, Epic Experts Says* – 1 mei 2021
11. Statistica – *Number of apps available in leading app stores as of 1st quarter 2021* – mei 2021
12. Apple – Search Ads
13. Investopia – *At \$2.08 Trillion, Apple is Bigger Than These Things* – 17 maart 2021
14. BBP-gegevens Wereldbank
15. Apple 2020 Form 10-K, 1-2, *For the Fiscal Year Ended September 26, 2020*
16. Ari Levi, *Apple just recorded a 42.5% gross margin for the quarter, the highest in nine years*, CNBC - 28 april 2021
17. Apple - Contactpagina
18. Apple – *Algemene Voorwaarden Apple Mediadiensten* – 16 september 2020
19. Apple – *Privacybeleid van Apple* – 1 juni 2021
20. Apple – App Store 'Top gratis apps' (screenshot)
21. Apple – App Store 'Top Betaald Apps' (screenshot)
22. Apple App Store Connect – Country or Region Availability (screenshot)
23. Apple - *Beschikbaarheid van Apple Media Services* - 21 juni 2021
24. Apple - *Het land of de regio van uw Apple ID wijzigen* - 12 februari 2021
25. Statuten Stichting Right to Consumer Justice
26. Developer.Apple.com – *Choosing a Membership*
27. Apple – *Apple Developer Agreement* – 6 juli 2021
28. Apple – *Apple Developer Program License Agreement* – 6 juli 2021
29. Apple – *Paid Applications Agreement (Schedules 2 and 3 of the Apple Developer Program License Agreement)* – 7 juni 2021
30. Apple - *Apple Developer Portal* - screenshot 001
31. Apple - *App Store Connect* - screenshot 002
32. Apple - *App Store Connect* - screenshot 003
33. Apple - *App Store Connect* - screenshot 004
34. Apple - *App Store Connect* - screenshot 005
35. Apple - *App Store Connect* - screenshot 006
36. Apple - *App Store Connect* - screenshot 007
37. Apple – *App Store Review Guidelines*
38. Apple – App Store Pricing – augustus 2021
39. Apple - *Apple kondigt App Store Small Business Program aan* - 18 november 2018
40. Stipulation and Settlement - 4:19-cv-03074 - 26 augustus 2021
41. Chance Miller – *Emails reveal Apple's attempts to stop Netflix from dropping App Store In-App Purchase support, 9to5 Mac* – 5 mei 2021
42. The Verge – *Apple's App Store made an estimated \$64 billion in 2020* – 8 januari 2021

43. US Congressional Report
44. CNET – *Steve Jobs wanted to 'further lock customers' into Apple's 'ecosystem'* – 2 april 2014
45. Russell Brandom - [REDACTED] *wanted to bring iMessage to Android in 2013* - The Verge - 27 april 2021
46. MLDDDev - *How to Convert an Android App to iOS or Vice Versa: 4-Step Process* - 29 juli 2021
47. Catherine Clifford - *How a Tinder founder came up with swiping and changed dating forever* – 6 januari 2017
48. Liftoff - *Mobile Gaming Apps Report* – 2018
49. Brian Heater - *Cydia shuts down purchasing mechanism for its jailbreak app store* – 15 december 2018
50. Apple - *Unauthorized modification of iOS can cause security vulnerabilities, instability, shortened battery life, and other issues* – 15 juni 2018
51. Apple – *Apple Developer Enterprise Program*
52. Apple - *Xcode and Apple SDKs Agreement* – 8 juli 2019
53. iCulture - *Apple beperkt sideloading op iOS tot 10 apps, maximaal 7 dagen* - 18 mei 2016
54. iPhone Hacks - *Cydia Developers Have Sued Apple for Anti-Competitive Behavior* - 10 december 2020
55. Apple Video Partner Program
56. MCV/Develop - *New Epic Games Store takes on Steam with Just 12% revenue share – Tim Sweeney answers our questions* - 4 december 2018
57. *New Revenue Share Tiers and other updates to the Steam Distribution Agreement* - 30 november 2018
58. 9to5Mac - *Microsoft updates Store revenue split to give developers a 95% cut, but with limitations* - 6 maart 2019
59. The Verge - *Microsoft shakes up PC gaming by reducing Windows store cut to just 12 percent* - 29 april 2021
60. *Building a new, open Microsoft Store on Windows 11* - 24 juni 2021
61. Humble Bundle – Developer Widget
62. Humble Bundle – Developer Widget FAQ
63. Tech Crunch - *App Store hits 20M registered developers and \$100B in revenues, 500M visitors per week* - 4 juni 2018
64. Testimony for U.S. Senate Judiciary Committee Subcommittee on Competition Policy, Antitrust, and Consumer Rights Jared Sine, Chief Legal Officer, Match Group - 21 april 2021
65. Apple - App Store Small Business Program
66. Reed, Albergotti - *The 'app store' before there was an App Store wants to liberate your iPhone ... again* - 10 december 2020
67. The Verge - *Apple admits why its own Files app was ranked first when users searched for competitor Dropbox* – 11 juni 2021
68. Apple – App Store Pricing – augustus 2021
69. *Kamerstukken II 2018-2019, 34 608, nr. 13 (Amendement Van Gent)*
70. *Kamerstukken II 2016-2017, 34 608, nr. 3 (MvT)*
71. Claimcode 2019
72. *Kamerstukken II 2017-2018, 34 608, nr. 6 (NV II)*
73. Brief van Right to Consumer Justice aan Apple Inc. en Apple Ierland, dd. 14 mei 2021.