



DAGVAARDING
IN EEN WET AFWIKKELING MASSASCHADE IN COLLECTIEVE ACTIE PROCEDURE

Heden, de
ten verzoeken van:

tweeduizendtweeëentwintig,

- (1) De **Stichting Consumenten Competition Claims**, een stichting, statutair gevestigd te Amsterdam, en kantoorhoudende aan de Keizersgracht 241 te (1016 EA) Amsterdam;

in deze zaak woonplaats kiezende op het kantoor van Scott+Scott Attorneys at Law, LLP te (1016 BX) Amsterdam aan de Herengracht 286, alwaar de zaak wordt behandeld onder verantwoordelijkheid van mr. S. Tuinenga, mr. D.F. Berkhout, mr. R.J.G. Lamberti en mr. A.A. Koeman, met recht van vervanging, die als advocaten worden gesteld en als zodanig zullen optreden;

GEDAGVAARD:

- (1) de rechtspersoon naar het recht van Ierland **Apple Distribution International Limited**, zonder bekende woon- of vestigingsplaats in Nederland doch gevestigd en kantoorhoudende aan Hollyhill Industrial Estate, Hollyhill, Co., **Cork** in **Ierland**, daarom heb ik (toegevoegd) gerechtsdeurwaarder heden uit kracht van artikel 56 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en in mijn hoedanigheid van verzendende instantie als bedoeld in Verordening 1393/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 13 november 2007 inzake de betekening en kennisgeving in de lidstaten van gerechtelijke en buitengerechtelijke stukken in burgerlijke of in handelszaken (de "**EU-Betekenningsverordening**"), twee afschriften van dit exploot met vertaling in de Engelse taal omdat gedaagde sub 1 de Nederlandse taal niet machtig is, verzonden naar de ontvangende instantie te Ierland, te weten:

Service of EU documents
Courts Service Centralised Office
Combined Court Office
The Courthouse
Castlebar



Co. Mayo
F23 YA99
Ierland

dat de verzending heeft plaatsgevonden per UPS Koerier met ontvangstbevestiging;

het in artikel 4 lid 3 van de EU-Betekenningsverordening genoemde formulier "aanvraag om betekening of kennisgeving van stukken", opgenomen in Bijlage I van de EU-Betekenningsverordening (het "artikel 4 lid 3-formulier") is door mij ingevuld in de Engelse taal;

aan de ontvangende instantie heb ik verzocht om dit stuk en voormeld afschrift aan gedaagde sub 1 te betekenen op de wijze als onder 5.1 in het artikel 4 lid 3-formulier omschreven, te weten: betekening volgens de wet van de aangezochte staat;

BOVENDIEN WORDT, TER BETEKENING/KENNISGEVING AAN APPLE DISTRIBUTION INTERNATIONAL LIMITED VOORNOEMD,

vandaag een afschrift van dit exploot, voorzien van een vertaling van dit exploot in de Engelse taal, door mij (toegevoegd) gerechtsdeurwaarder, in overeenstemming met artikel 56 lid 3 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en artikel 14 van de EU-Betekenningsverordening, per UPS koerier gezonden aan het adres van gedaagde sub 1 voornoemd, voorzien van het in artikel 8 lid 1 van de EU-Betekenningsverordening genoemde modelformulier, opgenomen in Bijlage II van de EU-Betekenningsverordening, met de mededeling dat gedaagde sub 1 dit stuk mag weigeren indien het niet gesteld is in een taal of niet vergezeld gaat van een vertaling, bedoeld in artikel 8 lid 1 van de EU-Betekenningsverordening en dat de geweigerde stukken dienen te worden teruggezonden binnen de termijn zoals gesteld in voormeld artikel;

- (2) de rechtspersoon naar het recht van Ierland **Apple Operations International Limited**, zonder bekende woon- of vestigingsplaats in Nederland doch gevestigd en kantoorhoudende aan Hollyhill Industrial Estate, Hollyhill, Co., **Cork** in **Ierland**, daarom heb ik (toegevoegd) gerechtsdeurwaarder heden uit kracht van artikel 56 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en in mijn hoedanigheid van verzendende instantie als bedoeld in Verordening 1393/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 13 november 2007 inzake de betekening en kennisgeving in de lidstaten van gerechtelijke en buitengerechtelijke stukken in burgerlijke of in handelszaken (de "**EU-Betekenningsverordening**"), twee afschriften van dit exploot met vertaling in de Engelse taal omdat gedaagde sub 2



de Nederlandse taal niet machtig is, verzonden naar de ontvangende instantie te Ierland, te weten:

Service of EU documents
Courts Service Centralised Office
Combined Court Office
The Courthouse
Castlebar
Co. Mayo
F23 YA99
Ierland

dat de verzending heeft plaatsgevonden per UPS Koerier met ontvangstbevestiging;

het in artikel 4 lid 3 van de EU-Betekenningsverordening genoemde formulier "aanvraag om betekening of kennisgeving van stukken", opgenomen in Bijlage I van de EU-Betekenningsverordening (het "artikel 4 lid 3-formulier") is door mij ingevuld in de Engelse taal;

aan de ontvangende instantie heb ik verzocht om dit stuk en voormeld afschrift aan gedaagde sub 2 te betekenen op de wijze als onder 5.1 in het artikel 4 lid 3-formulier omschreven, te weten: betekening volgens de wet van de aangezochte staat;

BOVENDIEN WORDT, TER BETEKENING/KENNISGEVING AAN APPLE OPERATIONS INTERNATIONAL LIMITED VOORNOEMD,

vandaag een afschrift van dit exploot, voorzien van een vertaling van dit exploot in de Engelse taal, door mij (toegevoegd) gerechtsdeurwaarder, in overeenstemming met artikel 56 lid 3 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en artikel 14 van de EU-Betekenningsverordening, per UPS koerier gezonden aan het adres van gedaagde sub 2 voornoemd, voorzien van het in artikel 8 lid 1 van de EU-Betekenningsverordening genoemde modelformulier, opgenomen in Bijlage II van de EU-Betekenningsverordening, met de mededeling dat gedaagde sub 2 dit stuk mag weigeren indien het niet gesteld is in een taal of niet vergezeld gaat van een vertaling, bedoeld in artikel 8 lid 1 van de EU-Betekenningsverordening en dat de geweigerde stukken dienen te worden teruggezonden binnen de termijn zoals gesteld in voormeld artikel;

- (3) (A) de vennootschap naar het recht van de Verenigde Staten van Amerika **Apple Inc.**, zonder bekende woon- of vestigingsplaats in Nederland doch gevestigd en

kantoorhoudende aan One Apple Park Way, **Cupertino**, Californië 95014 in **de Verenigde Staten van Amerika**; mitsdien overeenkomstig artikel 55 lid 2 Rv mijn exploit doende ten parkette van de ambtenaar van het Openbaar Ministerie van de Rechtbank Amsterdam aan het IJdok 163 te Amsterdam, aldaar mijn exploit doende en twee afschriften dezes alsmede een tweetal vertalingen van dit exploit in de Engelse taal latende aan:

aldaar werkzaam

onder mededeling dat verzocht wordt het exploit te betekenen overeenkomstig de artikelen 3-6 van het Verdrag inzake de betekening in het buitenland van gerechtelijke stukken in burgerlijke en handelszaken van 15 november 1965 door eenvoudige afgifte of – zo dit niet mogelijk is – door betekening met inachtneming van de wetgeving van de Verenigde Staten van Amerika, in beide gevallen onder afgifte van een bewijs van ontvangst.

Voorts wordt een derde en vierde afschrift van dit exploit, voorzien van de vertaling van die stukken in de Engelse taal, onverwijld door mij per aangetekende brief alsmede per UPS koerier gezonden aan het adres van Apple Inc. bovengenoemd.

Uit een aan dit exploit gehecht betalingsbewijs blijkt inmiddels de in verband met de uitreiking van het exploit verschuldigde kosten ad (USD) \$ 95 zijn overgemaakt naar de Wells Fargo Bank, account no. 2007107119, onder vermelding van Swift Code: WFBUS6S, 1763 4th Ave South, Seattle, Washington 98134 USA onder vermelding "Service of documents to defendant Apple Inc."

en voorts heb ik in overeenstemming met artikel 10 sub b van het Verdrag inzake de betekening en kennisgeving in het buitenland van gerechtelijke en buitengerechtelijke stukken in burgerlijke- en handelszaken van 15 november 1965 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;

(B) de vennootschap naar het recht van de Verenigde Staten **Apple Inc.**, zonder bekende woon- of vestigingsplaats in Nederland doch gevestigd en kantoorhoudende ten kantore van de door haar daartoe aangewezen 'registered agent' zijnde CT Corporation System, kantoorhoudende aan het adres 330 N Brand Blvd, Ste 700, Glendale, CA 91203 in de **Verenigde Staten van Amerika**, mitsdien overeenkomstig artikel 55 lid 2 Rv mijn exploit doende ten parkette van de ambtenaar van het Openbaar Ministerie van de Rechtbank Amsterdam aan het IJdok 163 te Amsterdam, aldaar mijn exploit doende en twee afschriften dezes



alsmede een tweetal vertalingen van dit exploit in de Engelse taal, heb gelaten aan:

aldaar werkzaam

onder mededeling dat verzocht wordt het exploit te betekenen overeenkomstig de artikelen 3-6 van het Verdrag inzake de betekening in het buitenland van gerechtelijke stukken in burgerlijke en handelszaken van 15 november 1965 door eenvoudige afgifte of – zo dit niet mogelijk is – door betekening met inachtneming van de wetgeving van de Verenigde Staten van Amerika, in beide gevallen onder afgifte van een bewijs van ontvangst.

Voorts wordt een derde en vierde afschrift van dit exploit, voorzien van de vertaling van die stukken in de Engelse taal, onverwijld door mij per aangetekende brief alsmede per UPS koerier gezonden aan het adres van Apple Inc. bovengenoemd.

Uit een aan dit exploit gehecht betalingsbewijs blijkt inmiddels de in verband met de uitreiking van het exploit verschuldigde kosten ad (USD) \$ 95 zijn overgemaakt naar de Wells Fargo Bank, account no. 2007107119, onder vermelding van Swift Code: WFBUS6S, 1763 4th Ave South, Seattle, Washington 98134 USA onder vermelding "Service of documents to defendant Apple Inc."

en voorts heb ik in overeenstemming met artikel 10 sub b van het Verdrag inzake de betekening en kennisgeving in het buitenland van gerechtelijke en buitengerechtelijke stukken in burgerlijke- en handelszaken van 15 november 1965 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;

- (4) de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid **Apple Holding B.V.**, statutair gevestigd te Bunnik en kantoorhoudende te (1017 PS) **Amsterdam** aan het **Leidseplein 29**, aan dat adres mijn exploit doende en afschrift dezès latende aan:

- (5) de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid **Apple Benelux B.V.**, statutair gevestigd te Bunnik en kantoorhoudende te (1017 PS) **Amsterdam** aan



het **Leidseplein 29**, aan dat adres mijn exploit doende en afschrift dezes latende aan:

- (6) de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid **Apple Retail Netherlands B.V.**, statutair gevestigd te Amsterdam en kantoorhoudende te (1101 CM) **Amsterdam** aan de Herikerbergweg 238, Luna ArenA aan dat adres mijn exploit doende en afschrift dezes latende aan:

De eerste tot en met de zesde gedaagde worden samen ook aangeduid als "**Gedaagden**" en individueel als "**Gedaagde**". Eiseres en Gedaagden worden samen ook wel genoemd: "**Partijen**".

OM

op woensdag 6 juli 2022 (woensdag zes juli tweeduizendentweeëntwintig) om 10.00 uur (tien uur) (de "**Eerstdienende Dag**"), niet in persoon maar vertegenwoordigd door een advocaat, te verschijnen ter terechtzitting van de rechtbank Amsterdam, team Civiel recht, afdeling handelszaken, te houden in het gerechtsgebouw aan de Parnassusweg 280, (1076 AV) te Amsterdam,

MET AANZEGGING:

dat bij verschijning in het geding van ieder van de Gedaagden een griffierecht zal worden geheven, te voldoen binnen vier weken te rekenen vanaf het tijdstip van verschijning, waarvan de hoogte is vermeld in de meest recente bijlage bij de Wet griffierechten burgerlijke zaken zoals die geldt op het moment dat Gedaagde het griffierecht verschuldigd wordt (d.w.z. bij verschijning in het geding); dat deze bijlage bij de Wet griffierechten burgerlijke zaken te vinden is op de website: www.kbvg.nl/griffierechtentabel of op de website: <http://wetten.overheid.nl/>;

dat van Gedaagden die bij dezelfde advocaat verschijnen en gelijklopende conclusies nemen op grond van artikel 15 van de Wet griffierechten burgerlijke zaken slechts eenmaal een gezamenlijk griffierecht wordt geheven;

dat 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/haar 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 dat ieder van de Gedaagden ervoor dient te zorgen dat het door hem verschuldigde griffierecht ter griffie wordt voldaan of wordt overgemaakt naar de rekening van de rechtbank waar dit geding aanhangig is binnen vier weken na de roldatum waarop de Gedaagde in het geding verschijnt;

dat, indien een Gedaagde niet op de Eerstdienende Dag in het geding verschijnt zoals voorgeschreven (d.w.z. vertegenwoordigd door een advocaat) of verzuimt om tijdig het bij verschijning door hem verschuldigde griffierecht te voldoen, 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;

dat, indien ten minste een van de Gedaagden in het geding verschijnt zoals voorgeschreven (d.w.z. vertegenwoordigd door een advocaat) en het bij verschijning griffierecht tijdig heeft voldaan, en de voorgeschreven termijnen en formaliteiten in acht zijn genomen met betrekking tot de andere Gedaagde(n), verstek zal worden verleend tegen die andere Gedaagde(n) en wordt voortgeprocedeerd tussen Eiseressen en de verschenen Gedaagden, waarna tussen alle partijen één vonnis zal worden gewezen, dat als een vonnis op tegenspraak wordt beschouwd,

MET MEDEDELING DAT:

Eiseres, op straffe van niet ontvankelijkheid, binnen twee dagen na de dag van de dagvaarding het exploit van dagvaarding ter griffie indient en gelijktijdig aantekening maakt van de dagvaarding in het centraal register voor collectieve acties als bedoeld in artikel 305a, lid 7, van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek, te vinden op www.rechtspraak.nl/Registers/centraal-register-voor-collectieve-vorderingen. De aantekening zal vergezeld gaan van een afschrift van de dagvaarding,

TEINEINDE:

Eiseres als volgt te horen eisen en concluderen:

INHOUDSOPGAVE

1.	Inleiding en samenvatting	1
A.	De kern van de zaak	1
B.	Het onrechtmatige gedrag	1
C.	De overtredingen	2
D.	Onderzoek door autoriteiten	3
E.	De vorderingen van de Stichting	4
F.	Plan van aanpak	4
2.	Partijen	5
A.	Gedaagden: Apple	5
B.	Eiseres: de Stichting	6
3.	Apple's gesloten ecosysteem	7
A.	Inleiding	7
B.	Historische achtergrond: de introductie van iOS, de Apple App Store en Apple IAP	7
C.	De restricties die Apple oplegt aan app ontwikkelaars	12
D.	Conclusie: een gesloten ecosysteem	23
4.	Onderzoeken en procedures tegen Apple vanwege misbruik machtspositie	23
A.	Inleiding	23
B.	ACM stelt misbruik machtspositie vast en verplicht Apple tot toelating alternatieve betalingsverwerkers	24
C.	Ook Europese Commissie klaagt Apple aan voor misbruik machtspositie	30
D.	Ook andere autoriteiten wereldwijd onderzoeken Apple's mededingingsbeperkende praktijken	32
E.	Civiele acties tegen Apple	37
F.	Tussenconclusie	39
5.	Mededingingsrechtelijke beoordeling: Apple heeft een machtspositie	40
A.	Inleiding	40
B.	Apple is een onderneming onder het mededingingsrecht	40
C.	Juridisch kader machtspositie	42
D.	Juridisch kader marktafbakening	45

E.	Apple heeft een machtspositie op de markt voor de distributie van apps op iOS	47
F.	Apple heeft een machtspositie op de markt voor betalingsverwerking op iOS	54
G.	Conclusie - Apple heeft een dominante positie op de EU-brede markt voor app distributie en betalingsverwerkingsdiensten op iOS	58
6.	Apple maakt misbruik van haar machtspositie	58
A.	Inleiding	58
B.	Specifieke verboden voor ondernemingen met een machtspositie	59
C.	Apple hanteert onredelijke voorwaarden	61
D.	Apple koppelt haar betalingsverwerkingsdienst op illegale wijze aan app distributie	72
E.	Apple hanteert excessieve prijzen	82
F.	Apple's gedragingen kunnen de mededinging beperken	89
G.	Objectieve rechtvaardiging	91
H.	Conclusie: Apple maakt misbruik van haar machtspositie	92
7.	Apple beperkt de vrije prijsbepaling door app ontwikkelaars	93
A.	Juridisch kader	93
B.	Toepassing: er is sprake van verboden verticale prijsbinding door Apple	94
8.	Toepasselijk recht	95
A.	Inleiding	95
B.	Direct effect artikel 102 VWEU	95
C.	Richtlijn Schadevorderingen mededingingsrecht	97
D.	Doeltreffendheids- en gelijkwaardigheidsbeginsel	97
E.	Antikiesregel	97
F.	Toepasselijkheid Nederlands recht	98
9.	Aansprakelijkheid	98
A.	Schendingen	98
B.	Toerekening: aansprakelijkheid van de onderneming	99
C.	Toerekening aan individuele vennootschappen	107
D.	Relativiteit	107
E.	Causaal verband	108

10.	Schade	108
A.	Inleiding	108
B.	Juridische toets: mogelijkheid van schade aannemelijk	108
C.	De mogelijkheid van schade is aannemelijk	109
D.	Vergoeding voor de Funder	117
E.	Proceskosten	120
F.	Buitengerechtelijke kosten	120
11.	Schadeafwikkeling	121
A.	Inleiding	121
B.	Voorstel tot claimafhandeling	121
12.	Stichting is ontvankelijk	123
A.	Inleiding	123
B.	Temporele werking WAMCA	123
C.	De Nauw Omschreven Groep: Consumenten	124
D.	Gelijksoortigheid	125
E.	Statutenvereiste	127
F.	Waarborgvereiste	128
G.	De Stichting voldoet aan de eisen van de Claimcode	134
H.	Aanvullende ontvankelijkheidsvereisten	138
I.	Verzoek om aanwijzing Stichting tot exclusieve belangenbehartiger	140
13.	Bevoegdheid	142
A.	Inleiding	142
A.	Vestigingsplaats van Gedaagden	142
B.	Nauwe band	142
C.	Plaats van de schade	142
14.	Bewijslast	143
A.	Inleiding	143
B.	Binding aan vaststellingen ACM en Europese Commissie	143
C.	Mededingingsrechtelijke bewijsvermoedens	145
D.	Verlichting bewijslast en gebod artikel 22 Rv	146
15.	Bewijsaanbod en middelen	151
A.	Bewijsaanbod onder protest van gehoudenheid	151



B.	Tegenbewijs	152
16.	Verweren van Gedaagden	152
17.	Toelichting op onderdelen uit het petitum	154
A.	Bevelen tot staking onrechtmatige gedragingen	154
B.	Dwangsom	155
C.	Verdere toelichting op het petitum	155
18.	Petitum	156

BIJLAGEN:

Geen inhoudsopgavegegevens gevonden.

1. INLEIDING EN SAMENVATTING

A. De kern van de zaak

- 1.1 Apple maakt al meer dan een decennium misbruik van haar dominante positie in de markt voor app distributie en betalingsverwerking op haar besturingssysteem iOS (“**iOS**”). Dit onrechtmatige gedrag vindt plaats sinds in elk geval 1 september 2009 en duurt nog steeds voort (de “**Relevante Periode**”). Elke dag sluit Apple concurrentie op iOS uit en elke dag buit zij consumenten uit die apps kopen of in-app aankopen doen op iOS.
- 1.2 De Stichting Consumenten Competition Claims (“**Stichting**”) vertegenwoordigt personen die (i) woonachtig zijn in de EU, en die (ii) vanaf 1 september 2009, (iii) applicaties (“**apps**”) hebben gekocht in de Apple App Store en/of in-app aankopen hebben gedaan met gebruik van Apple’s betalingsverwerker, Apple in-app purchasing (“**Apple IAP**”), het een en ander met uitsluiting van apps die door Apple zelf gemaakt zijn (de “**Consumenten**”).
- 1.3 De Stichting vordert dat de gedaagden Apple Inc., Apple Distribution International Limited, Apple Operations International Limited, Apple Holding B.V., Apple Benelux B.V. en Apple Retail Netherlands B.V. (“**Gedaagden**” of “**Apple**”) hun onrechtmatige gedragingen staken, gestaakt houden en de schade vergoeden die de Consumenten door dit gedrag hebben geleden. Consumenten in de EU hebben ten minste EUR 2,7 tot EUR 4,7 miljard aan schade geleden. De Stichting vordert bovendien rente en toekomstige schade, waarmee de schade kan oplopen tot meer dan EUR 5 miljard.

B. Het onrechtmatige gedrag

- 1.4 Apple heeft op haar besturingssysteem iOS (dat zij gebruikt voor iPhones en iPads) een gesloten ecosysteem gecreëerd waarbinnen iedere concurrentie met Apple onmogelijk is. Vanaf de creatie van de Apple App Store in 2008 heeft Apple app ontwikkelaars niet toegelaten om apps te distribueren op andere wijzen dan via de Apple App Store. Op deze wijze creëert Apple een monopolie op de markt voor app distributie op iOS. Om apps te kunnen distribueren moeten app ontwikkelaars een jaarlijkse “*App Developer Program*” commissie betalen van USD 99,-. Bovendien moeten app ontwikkelaars 30% van de verkoopprijs van hun apps afdragen aan Apple.¹
- 1.5 Vanaf september 2009 heeft Apple ook het gebruik van Apple IAP verplicht gesteld voor app ontwikkelaars. Sindsdien moeten app ontwikkelaars ook een 30% commissie betalen voor aankopen van Consumenten in hun eigen apps op iOS.² Op deze wijze creëert Apple ook een monopolie op de markt voor betalingsverwerking op

¹ Zoals toegelicht in paragraaf 3 sub C zijn er zeer beperkte uitzonderingen op de 30% commissie. De economische experts van de Stichting schatten dat Apple’s gewogen gemiddelde commissie 29,6% is, en dus erg dicht bij 30%.

² Dezelfde uitzonderingen als voor app aankopen zijn van toepassing, zie wederom paragraaf 3 sub C.

iOS. Apple beperkt bovendien de vrijheid van app ontwikkelaars om hun prijs te bepalen door het opleggen van bepaalde prijscategorieën.

- 1.6 Uiteindelijk zijn de Consumenten de dupe van Apple's onrechtmatig handelen. Hun keuzevrijheid wordt scherp beperkt, en de excessieve, monopolistische prijzen die Apple in rekening brengt worden door de app ontwikkelaars doorberekend aan de Consumenten.

C. De overtredingen

- 1.7 Apple's gedrag is om verschillende redenen onrechtmatig. Ten eerste heeft Apple artikel 102(a) van het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie ("VWEU") geschonden alsmede artikel 24 van de Mededingingswet³ door onredelijke voorwaarden op te leggen aan app ontwikkelaars voor de distributie van apps en betalingsverwerking op iOS. Het gaat in elk geval om de volgende onredelijke voorwaarden:
- (i) Het verbod op alternatieve app stores;
 - (ii) Het verbod op alternatieve betalingsverwerkers;
 - (iii) Het verbod op het gebruik van hyperlinks (of enige andere verwijzing) naar websites met alternatieve betalingsmethoden ("**anti-steering**");
 - (iv) Beperkingen met betrekking tot de toegang tot klantdata voor app ontwikkelaars;
 - (v) Arbitraire voorwaarden en arbitraire toepassing van voorwaarden door Apple; en
 - (vi) Het hanteren van een onredelijke prijssystematiek.
- 1.8 Door de onredelijke voorwaarden is iedere concurrentie uitgesloten, en heeft Apple monopolieprijzen in rekening gebracht.
- 1.9 Ten tweede heeft Apple artikel 102(d) VWEU geschonden door haar Apple App Store app distributiedienst te koppelen aan haar betalingsverwerkingsdienst Apple IAP. Apple heeft haar machtspositie misbruikt in de app distributiemarkt op iOS door concurrentie uit te sluiten in de markt voor betalingsverwerking op iOS. Ook deze uitsluiting van concurrentie heeft geleid tot monopolieprijzen die zij in rekening heeft gebracht.
- 1.10 Ten derde zijn de monopolieprijzen ook op zichzelf in strijd met het verbod op misbruik machtspositie. Apple heeft artikel 102(a) VWEU geschonden door excessieve prijzen in rekening te brengen voor app distributie en betalingsverwerking. Tussen wat Apple in rekening brengt en Apple's daadwerkelijke kosten voor de Apple App Store en Apple IAP is een enorm, disproportioneel gat. Apple's prijzen zijn excessief op zichzelf, en vergeleken met concurrerende producten.

³ Waar de Stichting verwijst naar provisies uit het Europese mededingingsrecht en de Nederlandse Mededingingswet ("Mw") verwijst zij ook naar vergelijkbare provisies van nationaal mededingingsrecht van de overige lidstaten van de Europese Unie, tenzij dit expliciet is uitgezonderd.

- 1.11 Ten vierde heeft Apple artikel 101 VWEU geschonden door specifieke prijscategorieën op te leggen voor de verkoop van apps via de Apple App Store. Deze praktijk kwalificeert als illegale prijshandhaving onder artikel 101 VWEU en artikel 6 Mw.

D. Onderzoek door publieke autoriteiten

- 1.12 Verschillende publieke autoriteiten doen reeds onderzoek naar Apple's praktijken. Bijvoorbeeld:
- (i) Op 24 augustus 2021 heeft de Autoriteit Consument en Markt ("**ACM**") vastgesteld dat Apple haar machtspositie heeft misbruikt door app ontwikkelaars te verplichten Apple IAP te gebruiken en verwijzingen naar alternatieve betalingswijzen te verbieden (het "**Inbreukbesluit**").⁴ Het Inbreukbesluit is gericht op dating apps, maar de redenering die ten grondslag ligt aan het Inbreukbesluit geldt net zo zeer voor andere iOS apps. De voorzieningenrechter van de rechtbank Rotterdam heeft het Inbreukbesluit in een voorlopige voorzieningsprocedure bevestigd.
 - (ii) Op 30 april 2021 heeft de Europese Commissie ("**Commissie**") Apple door middel van het uitbrengen van punten van bezwaar aangeklaagd voor misbruik machtspositie. De bezwaren zien onder meer op de verplichting voor app ontwikkelaars om IAP te gebruiken en het verbod op verwijzing naar alternatieve betalingswijzen.⁵
 - (iii) Op 3 maart 2021 is de Consumer Markets Authority van het Verenigd Koninkrijk ("**CMA**") een onderzoek gestart naar Apple's concurrentiebeperkende praktijken in relatie tot de distributie van apps en de voorwaarden die opgelegd worden aan app ontwikkelaars.⁶
 - (iv) Andere voorbeelden van autoriteiten die allen onderzoek doen naar de praktijken van Apple zijn een onderzoek van de Australische Australian Competition & Consumer Commission ("**ACCC**"), het *Committee on the Judiciary* in de VS, de Koreaanse communicatiecommissie KCC, de Japanse mededingingsautoriteit JFTC en de Indiase mededingingsautoriteit CCI.
- 1.13 Het handhavend optreden van verschillende publieke autoriteiten heeft er nog steeds niet voor gezorgd dat Apple haar illegale praktijken heeft gestaakt. Zo weigert Apple in Nederland aan het Inbreukbesluit van de ACM te voldoen, zelfs nadat de rechtbank Rotterdam heeft bevestigd dat het Inbreukbesluit rechtmatig is. Apple kiest ervoor de wet te negeren, en de resulterende boetes op de koop toe te nemen.⁷ Zij kan zich de oplopende miljoenenboetes veroorloven vanwege de enorme winsten die zij maakt met de excessieve prijzen. De onderhavige zaak is daarmee nodig om een einde te brengen aan het onrechtmatige gedrag van Apple.

⁴ Zie nader paragraaf 4 sub B.

⁵ Zie nader paragraaf 4 sub C.

⁶ Zie nader paragraaf 4 sub D.

⁷ <https://www.acm.nl/nl/publicaties/acm-nieuwe-app-maken-onnodige-en-onredelijke-voorwaarde-van-apple-aan-datingapp-aanbieders>.

E. De vorderingen van de Stichting

- 1.14 De Stichting houdt Apple aansprakelijk voor haar onrechtmatig gedrag jegens de Consumenten, en vordert dat Apple (i) haar onrechtmatige gedragingen onmiddellijk staakt en gestaakt houdt; en (ii) de Consumenten compenseert voor de schade die zij lijden.
- 1.15 Consumenten in de EU hebben ongeveer EUR 21 miljard uitgegeven in de Apple App Store sinds september 2009, waarvan meer dan EUR 6 miljard aan Apple is betaald vanwege de toepasselijke commissies van doorgaans 30%. Zonder de overtredingen zou Apple niet in staat zijn geweest om monopolieprijzen te rekenen voor app distributie en betalingsverwerking omdat er concurrerende aanbieders zouden zijn geweest. De commissies zouden dan maximaal 5% zijn geweest. Economische theorie en empirisch onderzoek wijst uit dat de lagere prijzen voor een zeer groot gedeelte zouden zijn doorberekend aan consumenten: voor 75 tot 93%.
- 1.16 Op deze basis schatten de economische experts van de Stichting dat consumenten in de EU schade hebben geleden van ten minste EUR 2,7 miljard tot EUR 4,7 miljard (excl. wettelijke rente). Daarnaast vordert de Stichting ook wettelijke rente en toekomstige schade. De Stichting vordert bovendien dat Apple haar onrechtmatige gedragingen staakt en gestaakt houdt, op last van een dwangsom.

F. Plan van aanpak

- 1.17 Deze dagvaarding is als volgt gestructureerd. In hoofdstuk 2 worden de partijen geïntroduceerd.
- 1.18 Vervolgens worden de feiten uiteengezet in hoofdstukken 3 en 4. Na een beschrijving van de historische achtergrond van de Apple App Store, Apple IAP en iOS beschrijft de Stichting de beperkingen die Apple oplegt aan app ontwikkelaars, en het resulterende gesloten ecosysteem waarin geen concurrentie mogelijk is. In hoofdstuk 4 licht de Stichting toe dat Apple's gedrag reeds kritisch werd en wordt onderzocht in Nederland, de EU en wereldwijd. In Nederland is machtsmisbruik al vastgesteld in het Inbreukbesluit.
- 1.19 Hoofdstukken 5 tot en met 9 beschrijven de grondslagen voor Apple's aansprakelijkheid. De Stichting legt uit dat Apple een machtspositie heeft op de relevante markten, en deze machtspositie misbruikt. Vervolgens licht de Stichting toe dat Apple ook het kartelverbod overtreedt. De Stichting stelt vast dat vanwege deze overtredingen alle Gedaagden aansprakelijk zijn op grond van Europees recht en de toepasselijke nationale rechtsstelsels.
- 1.20 Hoofdstukken 10 en 11 beschrijven de door Consumenten geleden schade en een geschikte wijze van afhandeling van de vorderingen. De Stichting heeft reeds een specifiek voorstel voor de afhandeling van de collectieve vordering opgenomen in deze dagvaarding.
- 1.21 In hoofdstukken 12 en 13 licht de Stichting toe waarom de vorderingen van de Stichting ontvankelijk zijn en de rechtbank bevoegd is.

- 1.22 Hoofdstukken 14 tot en met 18 behandelen procedurele onderwerpen, zoals de bewijslastverdeling, verweren van Gedaagden en (een toelichting op) het petitum.

2. PARTIJEN

A. Gedaagden: Apple

- 2.1 Apple Inc. is de moedermaatschappij van de Apple-groep. Apple is gevestigd in Cupertino in Californië (Verenigde Staten). Apple houdt zich bezig met de verkoop en het aanbod van onder meer smart telefoons (de iPhone), tablets (de iPad), pc's (de Mac-computer), apps (e.g. de Apple App Store, Apple Music, Apple Arcade) en accessoires (e.g. de AirPods, Apple Watch, Apple TV).⁸
- 2.2 Apple biedt ook diensten aan zoals opslag in de cloud (iCloud), betalingsverwerking (Apple Pay, Apple IAP) en advertentiediensten. Verder ontwikkelt Apple besturingssystemen, waaronder het besturingssysteem iOS voor iPhones en iPads en MacOS voor de Mac-computer. Bij Apple werken per 25 september 2021 ongeveer 154.000 mensen.⁹
- 2.3 Apple is met een marktkapitaal van 3 triljoen dollar (USD 3.000.000.000.000, EUR 2,7 triljoen) het grootste bedrijf ter wereld.¹⁰ In 2021 had zij een netto omzet van USD 366 miljard (EUR 323 miljard) en Apple's bruto winstmarge hierover was USD 153 miljard (EUR 135 miljard). Ongeveer een kwart van de omzet en winst wordt behaald in Europa.¹¹
- 2.4 In Europa biedt Apple haar diensten aan consumenten aan via de 100% dochtermaatschappijen Apple Operations International Ltd. ("**Apple Operations**")¹² en Apple Distribution International Ltd. ("**Apple Distribution**").^{13 14} In Nederland verkoopt Apple onder andere haar iPhones en iPads via Apple Retail Netherlands B.V. ("**Apple Retail Netherlands**")¹⁵.
- 2.5 Apple Benelux B.V. ("**Apple Benelux**")¹⁶ is het Benelux-hoofdkantoor van Apple. Apple Benelux houdt zich bezig met de verkoop, lease en verhuur van Apple-producten, ondersteunt bij de verkoop, marketing en logistiek in ten minste de

⁸ Productie SCCC – 0001: Uittreksel bedrijfsregister Apple Inc.

⁹ Apple's jaarverslag (10K filing) over het fiscale jaar eindigend op 25 september 2021, te vinden via: <https://investor.apple.com/sec-filings/>

¹⁰ Per 21 december 2021, zie <https://www.investopedia.com/biggest-companies-in-the-world-by-market-cap-5212784>

¹¹ Apple's jaarverslag 2021 (10-K filing), p.22 zie: [https://s2.q4cdn.com/470004039/files/doc_financials/2021/q4/_10-K-2021-\(As-Filed\).pdf](https://s2.q4cdn.com/470004039/files/doc_financials/2021/q4/_10-K-2021-(As-Filed).pdf)

¹² Productie SCCC - 0002: financieel jaarverslag 2020 Apple Operations International Ltd., p 33.

¹³ Productie SCCC - 0003: KvK-uittreksel Apple Distribution International Ltd..

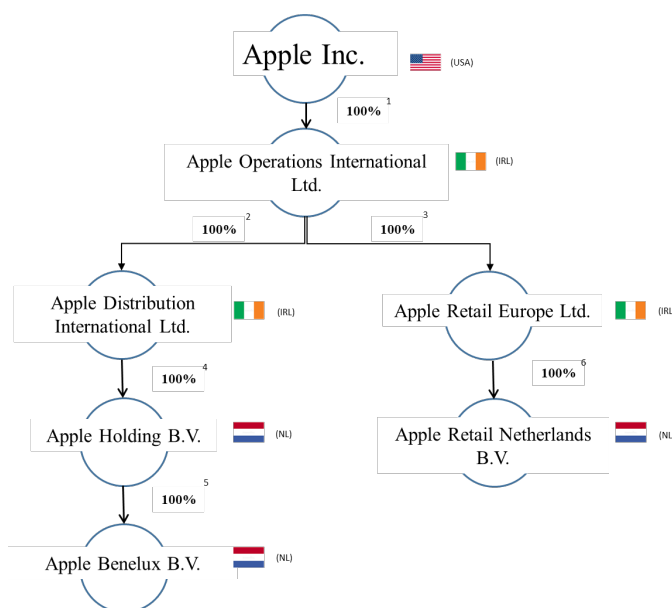
¹⁴ Zie ook Productie SCCC – 0004: Algemene voorwaarden Apple mediadiensten voor diensten in Nederland. Voor overige Europese landen te vinden via <https://www.apple.com/nl/legal/internet-services/itunes/nl/terms.html>.

¹⁵ Productie SCCC - 0005: KvK-uittreksel Apple Retail Netherlands B.V., p. 1. Zie ook https://www.apple.com/legal/sales-support/sales-policies/retail_nl.html.

¹⁶ Productie SCCC - 0006: Financieel jaarverslag 2020 Apple Benelux B.V., p. 7. Zie tevens Productie SCCC – 0007: KvK-uittreksel Apple Benelux.

Benelux, en houdt zich bezig met data-overdracht, research & development en administratieve diensten aan groepsmaatschappijen.

- 2.6 Apple Holding B.V. (“**Apple Holding**”)¹⁷ is de moedermaatschappij van Apple Benelux. Apple Benelux en Apple Holding zijn gevestigd in het Hirsch-gebouw aan het Leidseplein in Amsterdam, boven een Apple-winkel. De concernstructuur ziet er, voor zover relevant, als volgt uit:



Figuur 1 – concernstructuur Apple

B. Eiseres: de Stichting

- 2.7 De Stichting is een collectieve belangenbehartiger die is opgericht om Nederlandse en Europese consumenten te beschermen tegen oneerlijke marktpraktijken, zoals schendingen van het mededingingsrecht of consumentenrecht. Zoals uit haar statuten, zoals hierbij overgelegd als **Productie SCCC - 0009: Akte van oprichting en statuten Stichting**, artikel 2 lid 1, blijkt heeft de Stichting als doel:

“(…) het behartigen van de belangen van Gedupeerden met betrekking tot iedere vorm van benadeling die de Gedupeerden stellen te hebben geleden of te (zullen) lijden als gevolg van elke frauduleuze, misleidende of oneerlijke handelspraktijk die onrechtmatig is volgens de geldende regelgeving, waaronder – maar niet beperkt tot – een of meerdere schending(en) van het (Europese, Nederlandse dan wel buitenlandse) mededingingsrecht of het (Europese, Nederlandse dan wel buitenlandse) consumentenrecht.”

- 2.8 Om haar statutaire doelstellingen te verwezenlijken, doet de Stichting onderzoek naar aansprakelijkheid van derden, en ondersteunt en start zij juridische procedures om

¹⁷ Productie SCCC - 0002: financieel jaarverslag 2020 Apple Operations International Ltd., p 33 en Productie SCCC - 0008: KvK-uitreksel en handelsregisterhistorie Apple Holding B.V., p. 1.

onrechtmatig handelen jegens consumenten tegen te gaan. Het kan dan gaan om procedures in Nederland of daarbuiten, bijvoorbeeld een procedure als deze, op grond van artikel 3:305a BW. De Stichting verstrekt informatie aan consumenten over hun rechten en treedt op als woordvoerder namens hen.¹⁸ Het uiteindelijke doel van de Stichting is het beëindigen van inbreuken op het mededingingsrecht en het consumentenrecht en ervoor zorgen dat de schade van de consumenten aan hen wordt vergoed. Dit kan zowel door middel van een schikking als een gerechtelijke uitspraak.

- 2.9 De Stichting heeft een bestuur en een raad van toezicht ("**RvT**"). De leden van deze organen beschikken over de specifieke deskundigheid die nodig is voor een adequate behartiging van de belangen van de in deze procedure vertegenwoordigde groep. De Stichting onderschrijft verder ook de best practice bepalingen van de Claimcode 2019 ("**Claimcode**"), en volgt de daarin opgenomen beginselen, zoals ook blijkt uit haar compliance statement (**Productie SCCC - 0010: Claimcode Compliance Statement Stichting**).
- 2.10 De Stichting heeft geen winstoogmerk. Zij heeft bovendien geen financieel belang bij de uitkomst van deze procedure. De Stichting zal haar interne orde en ontvankelijkheid verder toelichten in hoofdstuk 12 van deze dagvaarding.
- 2.11 De Stichting is een permanente belangenvertegenwoordiger voor de Nederlandse en Europese consument, en is dus geen *ad hoc*-organisatie die specifiek is opgericht voor deze collectieve actie tegen Apple.

3. **APPLE'S GESLOTEN ECOSYSTEEM**

A. Inleiding

- 3.1 Apple verbiedt iedere concurrentie met haar eigen app store (de Apple App Store genoemd) en betalingsverwerker (Apple IAP genoemd) op iPhones en iPads. Daardoor hebben app ontwikkelaars en Consumenten geen keuze en zijn Consumenten uiteindelijk de dupe doordat ze gedwongen worden om excessieve prijzen te betalen.
- 3.2 In dit hoofdstuk zal de Stichting allereerst de historische achtergrond van de iPhone, iPad en Apple's software (waaronder iOS, de Apple App Store en Apple IAP) toelichten. Vervolgens worden Apple's voorwaarden en de voornaamste beperkingen die zij oplegt beschreven.
- 3.3 De Stichting concludeert dat Apple al meer dan tien jaar iedere concurrentie uitsluit, daarmee een volledig afgesloten ecosysteem heeft gecreëerd waardoor de consumenten geen andere keuze hebben dan veel te hoge prijzen te betalen.

B. Historische achtergrond: de introductie van iOS, de Apple App Store en Apple IAP

I. De introductie van de iPhone en iOS in 2007

¹⁸ Productie SCCC - 0009: Akte van oprichting en statuten Stichting, artikel 2 lid 2.

- 3.4 In 2007 kondigde toenmalig Apple CEO Steve Jobs (“**Jobs**”) de introductie van de iPhone aan op de MacWorld beurs in San Francisco. De iPhone was, en is, standaard voorzien van Apple’s eigen besturingssysteem iOS.¹⁹
- 3.5 Met de iPhone en iOS werden apps als YouTube, Maps en Mail meegeleverd. In 2008 werd de iPhone ook in Nederland geïntroduceerd. De lancering van de iPhone werd gevolgd door de lancering van de iPad op 3 april 2010 in de VS en 23 juli 2010 in Nederland. De iPad draait eveneens op iOS.²⁰

Smartphones

De iPhone was één van de eerste smartphones voor een groter publiek. De ACM definieert een smartphone in haar onderzoek naar app stores als “1) *a type of mobile device that uses a high-level mobile operating system and 2) a device that runs a wide variety of apps that add extra functionality on the device.*” (Productie SCCC - 0011: ACM rapport, Market study into mobile app stores d.d. 11 april 2019, p. 20)

II. De introductie van de Apple App Store in 2008

- 3.6 Bij de introductie van de iPhone dacht Apple dat de door haar voorgeïnstalleerde apps voldoende zouden zijn voor consumenten. Deze tevoren apps waren grotendeels door Apple zelf ontwikkeld. Al snel werd duidelijk dat consumenten een sterke wens hadden om andere dan door Apple ontwikkelde apps te gebruiken.
- 3.7 In 2008 zwichtte Apple voor deze wens en liet zij door derden ontwikkelde apps toe op iOS. Tegelijkertijd wenste Apple wel volledige controle te houden over welke apps beschikbaar zouden komen op iOS. Om deze reden verplichtte zij app ontwikkelaars om alle apps via haar eigen Apple App Store te distribueren. Het was (en is) app ontwikkelaars niet toegestaan om apps op een andere wijze te distribueren op iOS dan via de Apple App Store.
- 3.8 Op 6 maart 2008 kondigde Apple de opening van de Apple App Store aan. Hierbij stelde zij ook ‘tools’ ter beschikking aan app ontwikkelaars voor de ontwikkeling van apps (in de vorm van *software development kits* en *application programming interfaces*). Om apps te kunnen verkopen via de Apple App Store dienden app ontwikkelaars lid worden van het Apple Developer Program voor een bedrag van USD 99,- per jaar, en een Developer Program License Agreement te tekenen. App ontwikkelaars dienen tot op de dag van vandaag aan Apple nog steeds ieder jaar USD 99,- te betalen om hun apps te kunnen distribueren via de Apple App Store.
- 3.9 Bij de aankondiging informeerde Jobs de app ontwikkelaars dat de Apple App Store de exclusieve distributeur zou worden voor apps op iOS. App ontwikkelaars dienden 30% van de verkoopprijs van apps als commissie af te dragen aan Apple.
- 3.10 De commissie van 30% zou gebruikt worden om de Apple App Store te bouwen en te onderhouden. De Stichting dient een verslag van de presentatie van de Apple App

¹⁹ Tot 2009 nog “Apple OS” genoemd.

²⁰ Oorspronkelijk op dezelfde iOS versie als de iPhone, in september 2019 werd dit een aangepaste iOS (iPadOS genoemd) dat aangepast is aan het grotere scherm van de iPad.

Store aan app ontwikkelaars in als **Productie SCCC - 012: Verslag Apple Software Development Kit Launch d.d. 6 maart 2008.**

- 3.11 De app ontwikkelaars uitten onmiddellijk zorgen over het monopolie dat hiermee voor Apple zou ontstaan:²¹

Q Isn't the fact that Apple is going to be the exclusive distributor for all these applications raise some questions about monopolies and so forth? What if a developer doesn't want to distribute through the App Store?

- 3.12 Jobs antwoordde dat een app ontwikkelaar geen alternatief heeft: het was (en is) onmogelijk om iPhone-gebruikers (en sinds 2010 ook iPad-gebruikers) te bereiken met apps zonder deze via de Apple App Store te verkopen:²²

S Then they won't be able to distribute their app on the iPhone but we don't think that that's going to be the case with almost every developer. Remember, 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 small developers. So we think this is going to be boon for developers and that they are going to love it.

- 3.13 Om de app ontwikkelaars gerust te stellen voegde hij eraan toe dat Apple niet de intentie had om winst te maken met de Apple App Store, alle inkomsten zouden terugvloeien naar de app ontwikkelaars:²³

S And also, just to make it a little clearer, we don't intend to make money off the App Store. I mean, we don't make a lot of money off iTunes and the split with the music companies is about the same, so in the case of the iTunes Music Store, we give all the money to the content owners and we 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, but we just want to create a very efficient channel for these developers to reach every single iPhone user.

- 3.14 Op 11 juli 2008 ging de Apple App Store 'live'.²⁴ Bij de introductie waren er 500 apps beschikbaar, in 2009 al 100.000 en inmiddels meer dan 1,8 miljoen.²⁵ De door onafhankelijke app ontwikkelaars ontwikkelde apps waren een belangrijke reden voor het (financiële) succes van de iPhone (en later de iPad).²⁶ Niet voor niets maakte Apple reclame met de slogan "*There's an app for that*":

²¹ Productie SCCC - 012: Verslag Apple Software Development Kit Launch d.d. 6 maart 2008.

²² *Ibidem.*

²³ *Ibidem.*

²⁴ Zie: <https://www.apple.com/newsroom/2008/09/09App-Store-Downloads-Top-100-Million-Worldwide/>.

²⁵ Zie: <https://www.apple.com/newsroom/2018/07/app-store-turns-10/>

²⁶ De verkopen van iPhones zijn toegenomen van 1,4 miljoen in 2007 (toen Apple de iPhone nog niet had opengesteld voor ontwikkelaars) naar 11,6 miljoen in 2008 en 20,7 miljoen in 2009. Zie <https://www.statista.com/statistics/276306/global-apple-iphone-sales-since-fiscal-year-2007/>.



Figuur 2 – reclame Apple

- 3.15 Apple sluit nog steeds iedere concurrentie uit, en laat geen concurrerende app 'winkels' toe op iPhones en iPads. Ook verplicht zij app ontwikkelaars nog steeds om een excessieve vergoeding van 30% van de verkoopprijs af te dragen als commissie aan Apple.²⁷ Zoals nader toegelicht zal worden in paragraaf 6 sub E staat deze commissie in geen verhouding tot de kosten van de app store en vergelijkbare diensten, en is de commissie excessief.
- 3.16 Hier komt nog bij dat Apple als commissionair optreedt bij de verkoop van apps, en relevante klantgegevens afschermt van app ontwikkelaars (zie nader paragraaf 3 sub C). Hierdoor beperkt Apple de app ontwikkelaars in hun service aan Consumenten. App ontwikkelaars kunnen bijvoorbeeld niet eenvoudig in contact treden met hun gebruikers om te helpen met problemen of zorg te dragen voor terugbetalingen. Consumenten worden ook hierdoor geschaad.

III. De introductie van de In-App Payment ("Apple IAP") verplichting in 2009

- 3.17 Sinds september 2009 verplicht Apple app ontwikkelaars om voor betalingsverwerking bij aankopen binnen een app (zogenoemde "**in-app aankopen**") gebruik te maken van haar eigen betalingsverwerkingsdienst Apple IAP, en ook hiervoor een 30% commissie te betalen.²⁸
- 3.18 Of app ontwikkelaars gebruik maken van Apple IAP hangt af van het businessmodel van de app ontwikkelaar. Sommige app ontwikkelaars vragen een bepaald bedrag voor de download van hun app in de Apple App Store. Andere app ontwikkelaars bieden hun app gratis aan, maar vragen vervolgens binnen een app een vergoeding voor een upgrade of premium versie van de app. Weer een ander model is het vragen

²⁷ Met enkele zeer beperkte uitzonderingen, zie nader paragraaf 3 sub C.

²⁸ Productie SCCC - 0013: Verklaring [REDACTED] in de Epic Games vs. Apple zaak, 21 augustus 2020, p. 2.

van een periodieke vergoeding voor het gebruik van een app (een zogenoemd abonnementsmodel).

Businessmodellen apps

Paid downloads: betaling voor downloaden, daarna vrije toegang tot app (e.g. Grand Theft Auto, BabyPhone 3G)

In-app purchase: gratis te downloaden, aanvullende diensten tegen betaling (e.g. Candy Crush, Clash of Titans)

Freemium: gratis te downloaden, betaling voor aanvullende opties (e.g. Spotify, TomTom)

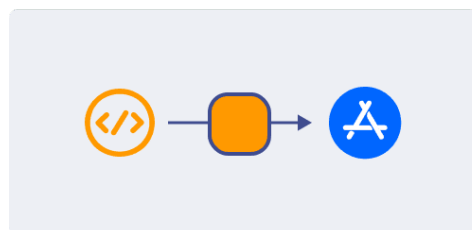
Abonnement: periodieke betaling voor gebruik app (e.g. Netflix, kranten)

- 3.19 In eerste instantie konden app ontwikkelaars voor in-app aankopen hun eigen betalingsverwerker kiezen. Zij konden er bijvoorbeeld voor kiezen dat gebruikers in-app aankopen konden doen met een Mastercard creditcard of via PayPal.
- 3.20 Sinds september 2009 verplicht Apple app ontwikkelaars om voor betalingsverwerking binnen apps Apple IAP te gebruiken en verbiedt zij concurrentie van alternatieve betalingsverwerkers. Apple buit dit monopolie uit door aan app ontwikkelaars een commissie op te leggen van 30%, tienmaal het gebruikelijke tarief van 3% voor betalingsverwerking (zie nader paragraaf 6 sub E). Apple dwingt app ontwikkelaars tot de dag van vandaag nog steeds om een excessieve commissie van 30% af te dragen voor iedere in-app aankoop.²⁹
- 3.21 Zie hieronder een visuele weergave van de werking van app aankopen en in-app aankopen in Figuur 3.

²⁹ Met enkele zeer beperkte uitzonderingen, zie nader paragraaf 3 sub C.

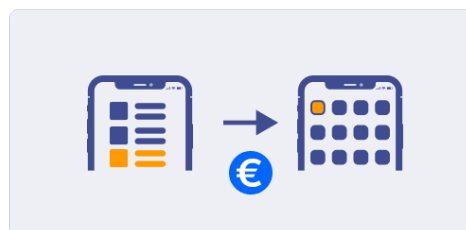
De aanschaf van een betaalde app

De gebruiker download een betaalde app uit de Apple App Store en heeft daarna vrije toegang tot de app.



Stap 1

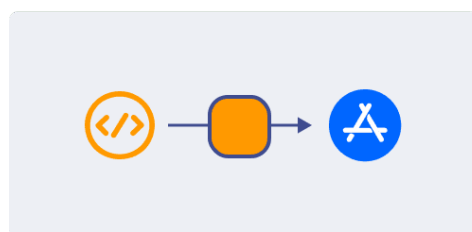
App-ontwikkelaar plaatst app in de Apple App Store. Elke app-ontwikkelaar betaalt Apple **USD 99 per jaar** voor toegang tot de Apple App Store.



Stap 2

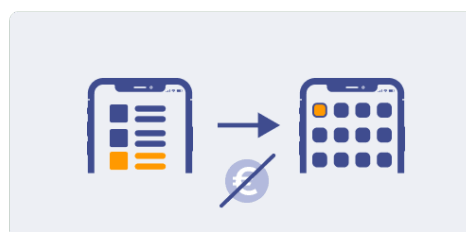
Gebruiker downloadt de app in de Apple App Store. Apple ontvangt **30% van de verkoopprijs** van de app in de Apple App Store als commissie voor de distributie.

Het doen van in-app aankopen



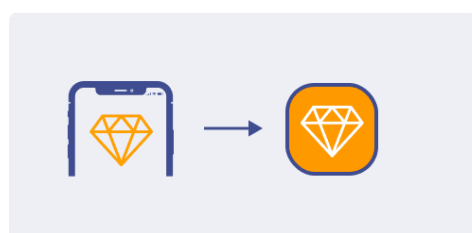
Stap 1

App-ontwikkelaar plaatst gratis app in de Apple App Store. Elke app-ontwikkelaar betaalt Apple **USD 99 per jaar** voor toegang tot de Apple App Store.



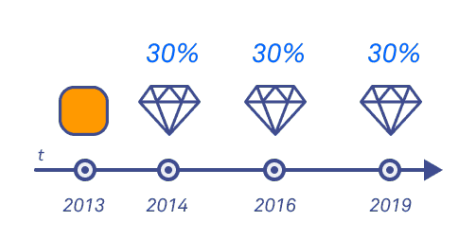
Stap 2

Gebruiker downloadt de gratis app.



Stap 3

Binnen de app koopt de gebruiker een upgrade of aanvullende dienst. Apple ontvangt **30% commissie** over de prijs van de in-app aankoop voor betalingsverwerking via Apple IAP.



Stap 4

Apple ontvangt vervolgens **30% commissie** over de prijs van **alle toekomstige** in-app aankopen, wederom ter vergoeding van het gebruik van Apple IAP.

Figuur 3 – visuele weergave van de werking van (in-) app aankopen

C. De restricties die Apple oplegt aan app ontwikkelaars

I. Inleiding

- 3.22 Zoals hiervoor toegelicht laat Apple geen enkele concurrentie toe bij de distributie van apps en betalingsverwerking op iOS. Het is niet mogelijk voor app ontwikkelaars om een alternatieve app store aan te bieden op een iPhone of iPad (bijvoorbeeld een app store waarin apps beter vindbaar zijn, of een app store gespecialiseerd in games).

- 3.23 Apple verbiedt app ontwikkelaars ook om alternatieve betalingsmogelijkheden aan te bieden anders dan Apple IAP, bijvoorbeeld betalingen met een creditcard of PayPal. Apple verbiedt app ontwikkelaars zelfs om consumenten via hun apps te informeren over alternatieve betalingsmogelijkheden buiten het Apple ecosysteem, bijvoorbeeld via een webpagina. Haar iOS ‘ecosysteem’ is daarmee volkomen gesloten.
- 3.24 De geslotenheid van Apple’s ecosysteem en de restricties die zij aan app ontwikkelaars oplegt volgen uit een onoverzichtelijk web van voorwaarden, overeenkomsten en ‘*guidelines*’ voor app ontwikkelaars (de Stichting zal de hieronder genoemde voorwaarden, overeenkomsten en guidelines voor app ontwikkelaars gezamenlijk aanduiden als de “**Apple voorwaarden**”).
- 3.25 De Stichting zal de belangrijkste voorwaarden en restricties die Apple aan app ontwikkelaars oplegt hieronder nader toelichten.³⁰

II. Apple voorwaarden

- 3.26 Om apps te kunnen aanbieden op iOS dienen app ontwikkelaars met Apple een App Developer Agreement af te sluiten. De Stichting voegt de meest recente versie van deze App Developer Agreement van 13 december 2021 bij als **Productie SCCC - 0014: Apple Developer Agreement d.d. 13 december 2021** (de “**Ontwikkelaarsovereenkomst**”).
- 3.27 Vervolgens dienen app ontwikkelaars een App Developer Program License Agreement afsluiten met Apple om hun apps via de Apple App Store te kunnen distribueren. De Stichting voegt de meest recente versie bij als **Productie SCCC - 0015: Apple Developer Program License Agreement d.d. 13 december 2021** (de “**Licentieovereenkomst**”)³¹.
- 3.28 Bij de Licentieovereenkomst zit een Schedule 1 gevoegd voor de distributie van gratis apps, en een Schedule 2 en Schedule 3 voor betaalde apps, waarbij Schedule 3 is gericht op bedrijfsapps. De Stichting voegt de meest recente versie van Schedule 2 en Schedule 3 bij als **Productie SCCC - 0016: Schema 2 en 3 bij de Licentieovereenkomst d.d. 25 februari 2022** (de “**Schedules**”).
- 3.29 Op basis van artikel 6.1 van de Licentieovereenkomst weigert Apple apps te distribueren die niet voldoen aan haar App Store Review Guidelines.³² Dit betreft een lange lijst van voorwaarden. In de App Store Review Guidelines verwijst Apple naar een groot aantal aanvullende guidelines, zoals bijvoorbeeld iOS Data Storage Guidelines, Human Interface Guidelines, Marketing Resources and Identity Guidelines, Apple Pay Marketing Guidelines, Add to Apple Wallet Guidelines en Guidelines for using Apple Trademarks and Copyrights. Ook daar moeten app ontwikkelaars aan voldoen om toegang te verkrijgen tot de Apple App Store. De Stichting voegt de meest recente versie van de App Store Review Guidelines bij als

³⁰ De voorwaarden zijn opgevraagd via de website van Apple: <https://developer.apple.com/support/terms/> (laatst geraadpleegd 13 januari 2022).

³¹ Hierbij is ook Schedule 1 opgenomen.

³² Productie SCCC - 0015: Apple Developer Program License Agreement d.d. 13 december 2021, artikel 6.1, p. 33.

Productie SCCC - 0017: Apple App Store Review Guidelines d.d. 22 oktober 2021 (de "Review Guidelines").³³

- 3.30 In de EU verkoopt Apple apps via Apple Distribution, zo blijkt uit haar algemene voorwaarden voor consumenten.³⁴ Apple treedt in de EU bij de verkoop van apps en betalingsverwerking op als commissionair van app ontwikkelaars tegenover consumenten.³⁵ Apple definieert dit zelf als volgt:

"For the purposes of this Agreement, "commissionaire" means an agent who purports to act on their own behalf and concludes agreements in their own name but acts on behalf of other persons, as generally recognized in many Civil Law legal systems."³⁶

- 3.31 Onder Nederlands recht kwalificeert de contractuele verhouding tussen app ontwikkelaars en Apple in de relatie tot consumenten aldus als een vorm van lastgeving, waarbij Apple op eigen naam, maar voor rekening van app ontwikkelaars apps verkoopt en betalingsverwerkingsdiensten voor in-app aankopen uitvoert. Mededingingsrechtelijk kwalificeert deze relatie tussen Apple en app ontwikkelaars overigens als agentuur.³⁷
- 3.32 Voor zover de Stichting bekend wijken eerdere versies van de Apple voorwaarden in de Relevante Periode niet op relevante punten af van de meest recente Apple voorwaarden, met uitzondering van de hierna genoemde voorwaarden inzake abonnementen en het Small Business Program. De Stichting zal dan ook uitgaan van de meest recente voorwaarden, tenzij specifiek anders wordt gesteld in deze dagvaarding.
- 3.33 De Apple voorwaarden maken elke concurrentie op het gebied van app distributie en betalingsverwerking op iOS onmogelijk. Bovendien sluit Apple op arbitraire wijze apps uit. De Stichting zal de belangrijkste beperkingen nader toelichten.

III. De voornaamste restricties

(a) 30% commissie en USD 99,- jaarlijkse fee

³³ Productie SCCC - 0017: Apple App Store Review Guidelines d.d. 22 oktober 2021, p. 2 en 3. De aanvullende guidelines zijn te vinden via de website van Apple: <https://developer.apple.com/app-store/review/guidelines/> (laatst geraadpleegd 29 maart 2022).

³⁴ Zie Productie SCCC – 0004: Algemene voorwaarden Apple mediadiensten voor diensten in Nederland. Voor overige Europese landen te vinden via <https://www.apple.com/nl/legal/internet-services/itunes/nl/terms.html>.

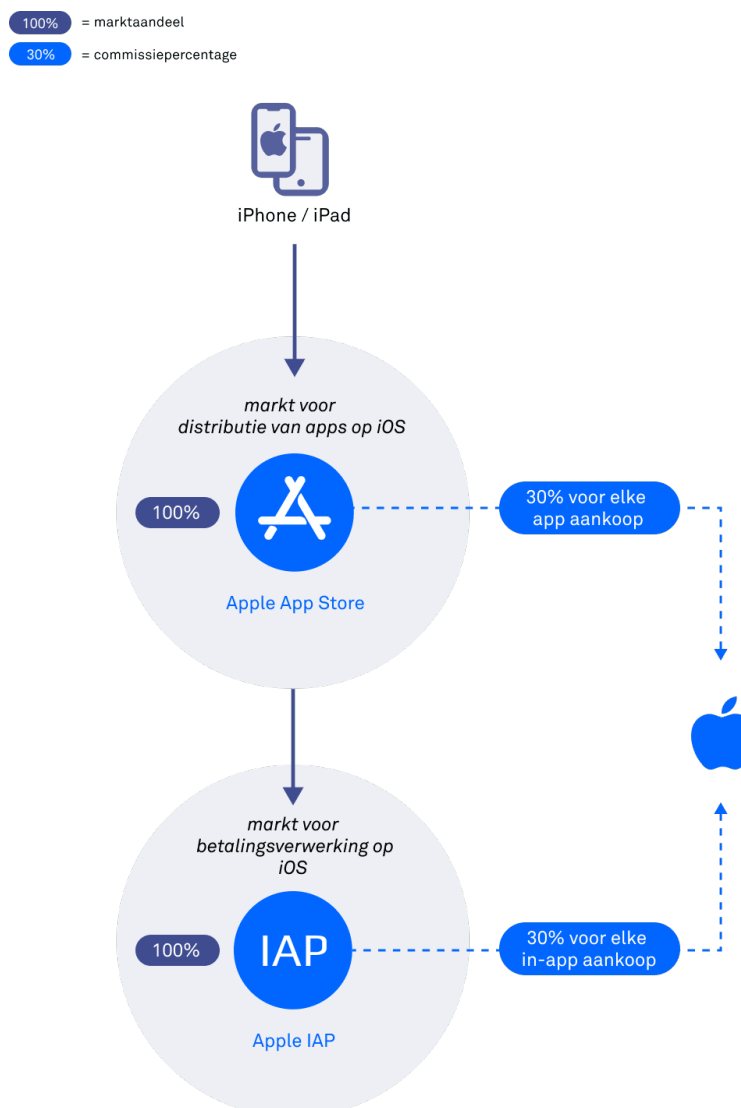
³⁵ Productie SCCC - 0016: Schema 2 en 3 bij de Licentieovereenkomst, Artikel 1.1, artikel 1.3 (in combinatie met Exhibit A, onder 2) van Schedule 2 en artikel 1.1, artikel 1.3 (in combinatie met Exhibit A onder 2) van Schedule 3.

³⁶ Productie SCCC - 0016: Schema 2 en 3 bij de Licentieovereenkomst, Exhibit A onder 2.

³⁷ Dit omdat Apple geen risico's op zich neemt bij de verkoop van apps en betalingsverwerking. Zie Richtsnoeren inzake verticale beperkingen, 19 mei 2010, 2010/C 130/01, randnummers 12-21 (Hierna "**Richtsnoeren Verticale Beperkingen**"). De Richtsnoeren Verticale Beperkingen geven uitleg aan Verordening (EU) nr. 330/2010 van de Commissie van 20 april 2010 betreffende de toepassing van artikel 101, lid 3 VWEU op groepen verticale overeenkomsten en onderlinge afgestemde gedragingen, 23 april 2010, PB L 102 ("**Groepsvrijstellingsverordening**").

- 3.34 Apple weigert apps te distribueren of in-app aankopen af te handelen als zij niet 30% van de omzet ontvangt van iedere verkoop, en jaarlijks een bedrag van USD 99,- van app ontwikkelaars ontvangt. Dit volgt uit de Licentieovereenkomst.
- 3.35 Op basis van artikel 8 van de Licentieovereenkomst betalen app ontwikkelaars Apple een App Developers Fee van USD 99,- per jaar om het recht te verwerven om apps te mogen ontwikkelen voor iOS. Zonder de betaling van de App Developers Fee is het niet mogelijk om (gratis of betaalde) apps aan te bieden op iPhones en iPads. App ontwikkelaars betalen de App Developers Fee daarmee in feite voor toegang tot de winkel van Apple, en om gepresenteerd te kunnen worden in Apple's winkelschap.
- 3.36 Schedule 1 bij de Licentieovereenkomst beschrijft de voorwaarden voor de distributie van gratis apps.³⁸ Voor de distributie van gratis te downloaden apps rekent Apple geen commissie, en de app ontwikkelaars die hun apps gratis ter beschikking stellen nemen dus ook geen betalingsverwerkingsdiensten af van Apple. Deze app ontwikkelaars dienen wel de jaarlijkse vergoeding van USD 99,- aan Apple te betalen. Voor de app ontwikkelaars is de distributie van 'gratis' apps via de Apple App Store dus niet gratis.
- 3.37 In artikel 3.4 van de Schedules bij de Licentieovereenkomst bepaalt Apple dat van het aankoopbedrag van iedere "*Licensed Application to End-Users*" 30% als 'commissie' naar Apple gaat:³⁹
- 3.4 Apple shall be entitled to the following commissions in consideration for its services as Your agent and/or commissionaire under this Schedule 2:
- (a) For sales of Licensed Applications to End-Users, Apple shall be entitled to a commission equal to thirty percent (30%) of all prices payable by each End-User. Solely for auto-renewing subscription purchases made
- 3.38 Onder *Licensed Application* valt volgens artikel 1.2 van de Licentieovereenkomst niet alleen de verkoop van apps, maar ook 'aanvullende toegestane functionaliteit' via betalingsverwerking:
- "Licensed Application"** means an Application that (a) meets and complies with all of the Documentation and Program Requirements, and (b) has been selected and digitally signed by Apple for distribution, and includes any additional permitted functionality, content or services provided by You from within an Application using the In-App Purchase API.
- 3.39 Op deze basis eist Apple aldus 30% van de omzet van app verkopen via de Apple App Store en 30% van de omzet voor in-app aankopen via Apple IAP. Dit kan als volgt worden gevisualiseerd:

³⁸ Productie SCCC - 0015: Apple Developer Program License Agreement d.d. 13 december 2021.
³⁹ Productie SCCC - 0016: Schema 2 en 3 bij de Licentieovereenkomst, artikel 3.4.



Figuur 4 – 30% commissie Apple voor app aankopen en in-app aankopen

- 3.40 Apple maakt op deze 30% commissie een uitzondering voor producten die geconsumeerd worden buiten de app (zogenoemde ‘fysieke producten’, zie uitgebreider onder (c)). Verder maakt Apple zeer beperkte uitzonderingen voor de verlenging van abonnementen na een looptijd van een jaar⁴⁰ en sinds recentelijk voor het App Store Small Business Program.⁴¹ In deze gevallen is een 15% commissie van toepassing. Zoals nog zal worden toegelicht, is ook deze verplichte commissie onrechtmatig omdat ook deze kwalificeert als misbruik van een machtspositie door Apple.

⁴⁰ Productie SCCC - 0016: Schema 2 en 3 bij de Licentieovereenkomst, artikel 3.4 onder a.

⁴¹ *Ibidem*, artikel 3.4 onder b.

(b) Geen andere app stores toegelaten op iOS

- 3.41 Apple verbiedt app ontwikkelaars om applicaties te ontwikkelen voor iOS waarin andere apps worden aangeboden. Oftewel: Apple verbiedt app ontwikkelaars om te concurreren met de Apple App Store. In de Review Guidelines maakt Apple duidelijk dat dergelijke apps “*Unacceptable*” zijn, en geweerd worden van de Apple App Store:⁴²

3.2.2 Unacceptable

(i) Creating an interface for displaying third-party apps, extensions, or plug-ins similar to the App Store or as a general-interest collection.

- 3.42 Op deze wijze sluit Apple iedere concurrentie uit op het gebied van de distributie van apps binnen haar ecosysteem: de Apple App Store heeft een monopolie op de markt voor de distributie van apps op het besturingssysteem iOS.

(c) Verplicht gebruik Apple IAP en verbod verwijzing naar alternatieve betalingsmethoden

- 3.43 In artikel 3.1.1 van de Review Guidelines verplicht Apple app ontwikkelaars om uitsluitend Apple IAP te gebruiken voor in-app aankopen. Het is app ontwikkelaars bovendien niet toegestaan om te verwijzen naar alternatieve (goedkopere) betalingsmethoden buiten een app, bijvoorbeeld op de website van de app ontwikkelaar:⁴³

3.1 Payments

3.1.1 In-App Purchase:

- 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. **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.**

- 3.44 Apple maakt slechts zeer beperkte uitzonderingen op deze beperking, waarvan de belangrijkste is voor producten die geconsumeerd worden buiten de app.⁴⁴ Voor dergelijke apps schrijft Apple juist voor dat Apple IAP niet gebruikt mag worden:

3.1.3(e) Goods and Services Outside of the App: If your app enables people to purchase physical goods or services that will be consumed outside of the app, you must use purchase methods other than in-app purchase to collect those payments, such as Apple Pay or traditional credit card entry.

⁴² Productie SCCC - 0017: Apple App Store Review Guidelines d.d. 22 oktober 2021, p. 14.

⁴³ *Ibidem*, p. 10.

⁴⁴ Overige (geclausuleerde) uitzonderingen maakt Apple voor Reader Apps, Multiplatform Services, Enterprise Services, Person-to-Person Services en Free Stand-Alone Apps. Voor deze apps geldt echter ook dat app ontwikkelaars gebruikers niet mogen aanmoedigen om andere betaalmethoden te gebruiken dan Apple IAP, zie artikel 3.1.3, p. 12 van de Review Guidelines.

- 3.45 Apple heeft Apple IAP verplicht gesteld omdat app ontwikkelaars goedkopere en betere alternatieven zouden kiezen, indien Apple de keuzemogelijkheid zou laten bestaan. Alternatieve betalingsverwerkers zoals PayPal en Adyen bieden immers betalingsverwerking aan voor een fractie van de prijs van Apple IAP (zie nader paragraaf 10 sub C).
- 3.46 Apple is zich hier goed van bewust. Nadat app ontwikkelaar Uber met Apple een uitzondering had onderhandeld op het gebruik van Apple IAP, liet een Apple-manager zich ontvallen dat niemand Apple IAP gebruikt als ze een keuze hebben:⁴⁵

From: [REDACTED]
To: [REDACTED]
CC: [REDACTED]
BCC: [REDACTED]
Subject: Re: FYI - Lyft & Uber update
Attachments:
Sent: 12/12/2018 07:54:27 PM 0000 (GMT)

Thanks. Unfortunately, IAP being "optional" means that no one will ever use it.

- 3.47 Oftewel: Apple IAP wordt enkel en alleen gebruikt omdat Apple het verplicht heeft gesteld en geen alternatieven toelaat op iOS en daarmee iedere keuzevrijheid heeft ontnomen.

(d) Apple geeft geen toegang tot de benodigde klantgegevens ten behoeve van klantenserviceondersteuning door app ontwikkelaar

- 3.48 Zoals hiervoor beschreven handelt Apple als commissionair op eigen naam maar voor risico van de app ontwikkelaars.
- 3.49 Het is Apple die de bestellingen van consumenten ontvangt, en dus niet de app ontwikkelaars zelf. De app ontwikkelaars zijn hierdoor volledig afhankelijk van Apple om relevante informatie over hun eigen klanten te krijgen.⁴⁶ Apple weigert echter deze relevante informatie met app ontwikkelaars te delen.
- 3.50 Consumenten kunnen in de Apple App Store alleen aankopen doen met hun Apple ID. Apple verstrekt deze Apple ID gegevens, waaronder naam, (e-mail)adres, telefoonnummer en betalingsgegevens echter niet aan app ontwikkelaars. Apple bepaalt dat de app ontwikkelaar verantwoordelijk is voor de klantenservice voor apps,⁴⁷ maar biedt de app ontwikkelaars niet de informatie die nodig is om deze klantenservice te kunnen bieden.
- 3.51 Indien een consument bijvoorbeeld een probleem heeft met een app en terugbetaling wenst, dan kan een app ontwikkelaar de consument niet helpen omdat Apple de benodigde persoons- en betalingsgegevens niet deelt met de app ontwikkelaar.

⁴⁵ Productie SCCC - 0018: interne Apple e-mail van [REDACTED] aan [REDACTED] d.d. 12 december 2018.

⁴⁶ Zie Productie SCCC - 0016: Schema 2 en 3 bij de Licentieovereenkomst. Artikel 1.2 van Schema 2

⁴⁷ Zie Productie SCCC - 0016: Schema 2 en 3 bij de Licentieovereenkomst. Artikel 6.1 van Schema 2

Ondertussen kan ook Apple de consument niet helpen omdat Apple de problemen met de app helemaal niet kan beoordelen. Consumenten zijn daardoor dus de dupe.

(e) Apple beperkt de vrijheid van app ontwikkelaars om hun prijzen te bepalen

- 3.52 Als commissionair verkoopt Apple de apps en de in-app aankopen namens de app ontwikkelaars in bepaalde prijscategorieën (“*price tiers*”). De app ontwikkelaars hebben geen vrije keuze in de prijs waarvoor zij hun apps aanbieden. Zij moeten kiezen uit vaste prijscategorieën zoals die door Apple worden vastgesteld via Apple’s App Store Connect tool.⁴⁸ Dus als een app ontwikkelaar besluit dat een app in “*Tier 1*” zit (zie hierna) dan betekent dit dus dat per land de prijzen zijn bepaald; USD 0,99, CAD 1,39, CNY 6,00 en EUR 1,09.
- 3.53 Bovendien kon een app ontwikkelaar tot 2013 geen onderscheid maken wat betreft de verkoopprijs per land (alle prijscategorieën werkten door in alle landen); met de introductie van de “*alternate price tiers*” in 2013 is differentiatie op dit gebied beperkt mogelijk geworden. Echter, app ontwikkelaars blijven gebonden aan de prijscategorieën zoals voorgeschreven door Apple, afwijking is niet mogelijk. Er is dus geen vrije prijsvorming en marktwerking mogelijk.
- 3.54 Ter illustratie: app ontwikkelaars kunnen een app aanbieden voor een prijs van EUR 1,09 of EUR 2,29, maar niet voor een bedrag daar tussenin. De *price tiers* zien er bijvoorbeeld als volgt uit:

⁴⁸ Zie Productie SCCC - 0016: Schema 2 en 3 bij de Licentieovereenkomst. Artikel 3.1 van Schedule 2 en artikel 3.1 van Schedule 3

Tier	United States (USD)	CAD	CNY	EUR
Free	\$0.00	\$0.00	¥0.00	0,00 €
Tier 1	\$0.99	\$1.39	¥6.00	1,09 €
Tier 2	\$1.99	\$2.79	¥12.00	2,29 €
Tier 3	\$2.99	\$3.99	¥18.00	3,49 €
Tier 4	\$3.99	\$5.49	¥25.00	4,49 €
Tier 5	\$4.99	\$6.99	¥30.00	5,49 €
Tier 6	\$5.99	\$8.49	¥40.00	6,99 €
Tier 7	\$6.99	\$9.99	¥45.00	7,99 €
Tier 8	\$7.99	\$10.99	¥50.00	8,99 €
Tier 9	\$8.99	\$11.99	¥60.00	9,99 €
Tier 10	\$9.99	\$13.99	¥68.00	10,99 €
Tier 11	\$10.99	\$14.99	¥73.00	11,99 €
Tier 12	\$11.99	\$16.99	¥78.00	12,99 €
Tier 13	\$12.99	\$17.99	¥88.00	13,99 €
Tier 14	\$13.99	\$19.99	¥93.00	14,99 €
Tier 15	\$14.99	\$20.99	¥98.00	16,99 €
...	...	...	...	...

3.55 Apple wijzigt de prijscategorieën periodiek. Prijswijzigingen zijn echter zeldzaam en betreffen dan niet de gehele prijscategorie.

3.56 Met de vaststellingen van prijscategorieën beperkt Apple de vrijheid voor app ontwikkelaars om hun eigen prijs te bepalen voor hun product. Hierdoor beperkt Apple de marktwerking waardoor Consumenten worden benadeeld.

IV. Apple past haar eigen voorwaarden op arbitraire wijze toe

(a) Apple weigert apps op arbitraire gronden

3.57 Apple weigert apps op gronden die niet in haar Apple voorwaarden staan en past haar voorwaarden op arbitraire wijze toe.

3.58 De Licentieovereenkomst bepaalt dat Apple een app kan afwijzen “for any reason, even if your application meets the documentation and program requirements”.⁴⁹

6.9 Selection by Apple for Distribution

You understand and agree that if You submit Your Application to Apple for distribution via the App Store, Custom App Distribution, or TestFlight, Apple may, in its sole discretion:

(a) determine that Your Application does not meet all or any part of the Documentation or Program Requirements then in effect;

(b) reject Your Application for distribution for any reason, even if Your Application meets the Documentation and Program Requirements; or

⁴⁹ Productie SCCC - 0015: Apple Developer Program License Agreement d.d. 13 december 2021, artikel 6.9 p. 35.

- 3.59 In de praktijk weigert Apple ook daadwerkelijk apps op arbitraire gronden. Verschillende nationale mededingingsautoriteiten zijn hier al over gevallen. Een marktstudie van de ACM (Nederland) geeft hier verschillende voorbeelden van:⁵⁰

“ACM has spoken to several app developers who complain about Apple’s approval process. Apps are refused for reasons that are unclear or unreasonable. In other cases, access is refused without any explanation. Furthermore, correspondence on the reasons for refusal (if stated at all) is difficult or takes a very long time (see section 4.3.1).

One app by a well-known international company was refused because it would not have enough consumer reach. Apple was of the opinion that it would not be used by a sufficient number of consumers. By contrast, the app was successfully launched in the Play Store”

- 3.60 De CMA (Verenigd Koninkrijk) heeft eveneens vastgesteld dat er sterke aanwijzingen zijn dat Apple apps weigert op arbitraire gronden. Bovendien stelt de CMA vast dat Apple zich een ruim beoordelingskader geeft om apps te weigeren, zelfs op gronden die niet in de huidige regels zijn opgenomen.⁵¹

- 3.61 Apple tracht haar beleid om apps te weren op gronden die niet opgenomen staan in de Apple voorwaarden in de Review Guidelines te verdedigen met de stelling dat deze gronden evident zouden moeten zijn voor app ontwikkelaars. Zij stelt in de Review Guidelines:⁵²

“We will reject apps for any content or behavior that we believe is over the line. What line, you ask? Well, as a Supreme Court Justice once said, “I’ll know it when I see it”. And we think that you will also know it when you cross it.”

- 3.62 Dat de afwijzingsgronden van Apple evident zijn is echter niet de ervaring van app ontwikkelaars. De CMA stelt vast dat de meerderheid van app ontwikkelaars negatieve ervaringen heeft met Apple’s beoordelingsproces van apps. App ontwikkelaars noemen het proces van Apple ‘obscure’, ‘arbitrary’ en ‘kafkaesque’.⁵³

- 3.63 De CMA verdeelt de klachten in drie categorieën:⁵⁴

- *“apps being rejected without sufficient explanation of the reasons for rejection;*
- *changes in interpretation of the guidelines, over time or between reviewers; and*
- *apps being rejected for things that were seen as acceptable in other apps, or in Apple’s own apps.”*

⁵⁰ Productie SCCC - 0011: ACM rapport, Market study into mobile app stores d.d. 11 april 2019, p. 77.

⁵¹ **Productie SCCC – 0019: CMA rapport, ‘Mobile ecosystems - market study interim report’ met bijlagen, d.d. 14 december 2021**, nr. 6.57.

⁵² Productie SCCC - 0017: Apple App Store Review Guidelines d.d. 22 oktober 2021, p. 1.

⁵³ Productie SCCC – 0019: CMA rapport, ‘Mobile ecosystems - market study interim report’ met bijlagen, d.d. 14 december 2021, nr. 6.60.

⁵⁴ *Ibidem.*

- 3.64 De CMA beschrijft dat Apple vaak geen, of onvoldoende, uitleg geeft over de redenen van weigering van een app. Op die basis kunnen app ontwikkelaars de afwijzingsgronden ook niet adresseren, en ervoor zorgdragen dat alsnog aan de wensen van Apple (wat deze ook mogen zijn) wordt voldaan.⁵⁵
- 3.65 Uit het onderzoek van de CMA blijkt ook dat Apple de Review Guidelines arbitrair toepast.⁵⁶ Apple wijst bepaalde apps af op gronden die zij voor eigen apps of apps van andere app ontwikkelaars wel toestaat.⁵⁷ Protesteren of beroep aantekenen bij Apple tegen afwijzingen blijkt in de praktijk vrijwel altijd vruchteloos.⁵⁸ Ook door deze arbitraire afwijzingen van apps wordt de keuzevrijheid van consumenten beperkt.

(b) Arbitraire toepassing uitzondering voor fysieke producten

- 3.66 Apple maakt een arbitraire uitzondering voor het verplichte gebruik van Apple IAP voor zogenoemde 'fysieke producten' en past deze uitzondering op arbitraire wijze toe.
- 3.67 Zoals hiervoor beschreven verplicht Apple app ontwikkelaars om gebruik te maken van Apple IAP, maar maakt een uitzondering voor producten die geconsumeerd worden buiten de app.⁵⁹ Het gaat hierbij om zogenoemde 'fysieke' producten of diensten, zoals maaltijdbezorging en taxidiensten. Voor dergelijke apps mag Apple IAP juist niet gebruikt worden.
- 3.68 Het onderscheid tussen fysieke producten en niet-fysieke producten, en de definitie van fysieke producten, zijn echter willekeurig. Dat Apple het onderscheid niet consequent toepast blijkt uit haar onderhandelingen met Uber. Zoals hiervoor beschreven wenste Apple taxidienst Uber te verplichten om IAP te gebruiken, maar maakte uiteindelijk een uitzondering. Hierbij lijkt zij zich alles behalve te laten leiden door objectieve criteria, maar door de onderhandelingsmacht van een grote marktpartij als Uber, en de toegevoegde waarde die de app heeft voor haar eigen product en de Apple App Store en de iPhone.
- 3.69 Kleinere app ontwikkelaars hebben deze onderhandelingspositie niet, en zij worden gedwongen om wel Apple IAP te gebruiken. Hierdoor kunnen zij niet concurreren met grote ondernemingen als Uber, waardoor wederom de keuzevrijheid voor de consument wordt beperkt.

V. Technische beperkingen opgelegd door Apple

- 3.70 Apple laat apps niet toe tot de Apple App Store als deze volgens Apple niet voldoen aan de Apple voorwaarden. De beperkingen die Apple oplegt zijn dus niet alleen

⁵⁵ Productie SCCC – 0019: CMA rapport, 'Mobile ecosystems - market study interim report' met bijlagen, d.d. 14 december 2021, randnummer 6.61.

⁵⁶ *Ibidem*, nr. 6.63.

⁵⁷ *Ibidem*, nr. 6.64.

⁵⁸ *Ibidem*, nr. 6.66.

⁵⁹ Overige (geclausuleerde) uitzonderingen maakt Apple voor Reader Apps, Multiplatform Services, Enterprise Services, Person-to-Person Services en Free Stand-Alone Apps. Voor deze apps geldt echter ook dat app ontwikkelaars gebruikers niet mogen aanmoedigen om andere betaalmethoden te gebruiken dan Apple IAP, zie artikel 3.1.3, p. 12 van de Review Guidelines.

contractueel, maar ook technisch: het is technisch niet mogelijk een app aan te bieden via de Apple App Store zonder de goedkeuring van Apple.

- 3.71 Ter illustratie wijst de Stichting op de poging van Epic Games (“**Epic**”) om in haar populaire Fortnite app een alternatief voor betaling via IAP aan te bieden voor in-app aankopen. De alternatieve betalingsverwerking was veel goedkoper omdat Epic een concurrerende prijs in rekening bracht. De overgrote meerderheid van de consumenten maakte dan ook gebruik van het alternatief dat geboden werd. Apple reageerde daarop snel en meedogenloos: zij verwijderde Fortnite diezelfde dag uit de Apple App Store, en blokkeerde updates van de Fortnite app.⁶⁰ De Stichting beschrijft de procedures die Epic naar aanleiding hiervan is gestart in paragraaf 4 sub C en paragraaf 4 sub E.
- 3.72 Hieruit volgt dat Apple daadwerkelijk apps weigert te distribueren die niet aan haar voorwaarden voldoen en de distributie met technische middelen blokkeert. Kortom, Apple effectueert haar misbruik van haar machtspositie ook met technische middelen.

D. Conclusie: een gesloten ecosysteem

- 3.73 Apple heeft een gesloten ecosysteem gecreëerd door geen enkele concurrentie toe te laten op haar besturingssysteem iOS, zowel bij de distributie van apps als de betalingsverwerking voor apps. Zij dwingt app ontwikkelaars bovendien om gebruik te maken van haar eigen betalingsverwerker Apple IAP als zij hun apps via iOS willen distribueren.
- 3.74 Dit betekent dat vanaf het moment dat Consumenten een iPhone of iPad kopen zij uitsluitend via Apple apps kunnen kopen en betalingen kunnen doen op deze apparaten. Ook app ontwikkelaars zijn afhankelijk van Apple om hun apps te kunnen distribueren aan Consumenten met een iPhone of iPad (zie hiervoor paragraaf 3 sub C).
- 3.75 Apple buit dit gebrek aan concurrentie uit door een excessieve prijs van 30% te vragen voor de distributie van apps en betalingsverwerking voor apps (zie nader paragraaf 6 sub E). Anders dan in 2008 aan app ontwikkelaars is voorgespiegeld heeft Apple deze winsten niet teruggegeven. In plaats daarvan heeft Apple deze in eigen zak gestoken. Als gevolg van de uitsluiting van concurrentie en de excessieve prijzen maakt Apple met de Apple App Store exorbitante winsten ten koste van de Consumenten. Haar winstmarge is al jaren hoger dan 75% (zie nader paragraaf 6 sub E). Consumenten worden bovendien benadeeld doordat Apple haar voorwaarden op arbitraire wijze toepast, waardoor apps Consumenten ten onrechte niet bereiken, en Apple beperkt app ontwikkelaars in de prijsstelling van hun apps.

4. ONDERZOEKEN EN PROCEDURES TEGEN APPLE VANWEGE MISBRUIK MACHTSPOSITIE

A. Inleiding

⁶⁰ Zie: <https://appleinsider.com/articles/20/08/23/apple-versus-epic-games-fortnite-app-store-saga----the-story-so-far>

- 4.1 Toezichthouders zijn in verschillende landen onderzoeken gestart naar Apple's misbruik van haar machtspositie. Het gaat dan om Commissie, de Nederlandse, Britse, Australische, Zuid-Koreaanse, Japanse en Indiase mededingingsautoriteiten. Bovendien heeft het Amerikaanse Huis van Afgevaardigden in de '*Subcommittee on Antitrust, Commercial and Administrative Law*'⁶¹ onderzoek gedaan naar Apple's mededingingsbeperkende praktijken. Er zijn daarnaast civiele acties gestart tegen Apple in andere jurisdicties (o.a. door app ontwikkelaars).
- 4.2 Deze onderzoeken en de civiele acties bieden ieder voor zich bewijs dat Apple misbruik maakt van haar machtspositie. Daarom zal de Stichting in dit hoofdstuk toelichten wat reeds boven tafel is gekomen in deze onderzoeken en procedures.

B. ACM stelt misbruik machtspositie vast en verplicht Apple tot toelating alternatieve betalingsverwerkers

- 4.3 In het Inbreukbesluit van 24 augustus 2021 heeft de ACM vastgesteld dat Apple een machtspositie heeft en haar machtspositie met de Apple App Store heeft misbruikt.⁶² De ACM heeft Apple bevolen om haar gedrag te stoppen en heeft hiertoe een last onder dwangsom opgelegd. Apple heeft deze last onder dwangsom zonder succes aangevochten met een verzoek tot een voorlopige voorziening bij de rechtbank Rotterdam. Ondanks een uitspraak van de rechtbank Rotterdam dat Apple aan het Inbreukbesluit moet voldoen weigert zij tot op heden haar voorwaarden aan te passen. De Stichting zal het onderzoek van de ACM en het Inbreukbesluit hieronder nader toelichten.

I. Marktstudie naar app stores

- 4.4 Op 25 juli 2018 startte de ACM een marktonderzoek naar de invloed van de app stores van Apple en Google op het aanbod van apps.⁶³ Op 11 april 2019 leidde dit tot een marktstudie.⁶⁴
- 4.5 In de marktstudie concludeert de ACM dat de Apple App Store een "bottleneck" is voor app ontwikkelaars om consumenten te bereiken, en dat er geen echte alternatieven zijn voor de distributie via de Apple App Store:

*"In this market study, ACM described the importance of the app stores for both Apple and Google in order to maintain their respective ecosystems. ACM also showed that the app stores form a bottleneck for app providers to reach consumers on both mobile OSs. On iOS, there are no viable alternatives for the App Store."*⁶⁵ [Onderstreping toegevoegd, advocaat].

⁶¹ Volledigheidshalve betreft dit de *Subcommittee on Antitrust, Commercial and Administrative Law of the Committee of the Judiciary*.

⁶² **Productie SCCC - 0020: ACM, Samenvatting besluit misbruik van economische machtspositie door Apple, d.d. 24 augustus 2021.** Enkel de samenvatting van het besluit is gepubliceerd op het moment van schrijven.

⁶³ <https://www.acm.nl/nl/publicaties/acm-start-marktstudie-appstores-voor-mobiele-telefoons>

⁶⁴ Productie SCCC - 0011: ACM rapport, Market study into mobile app stores d.d. 11 april 2019.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 106.

- 4.6 De ACM stelt ook vast dat Apple de app ontwikkelaars dwingt om gebruik te maken van Apple IAP, en dat het niet toegestaan is om links op te nemen om te verwijzen naar andere betalingsmethoden:

“[...] veel appaanbieders [hebben] aan de ACM laten weten dat zij problemen hebben met de commissie die zij dienen te betalen over in-app purchases (IAP). Wanneer een appaanbieder bij Apple of Google digitale content of services verkoopt in zijn app, dient hij gebruik te maken van IAP. Dit houdt in dat de appstore de betaling afhandelt via de account van de consument (...) Ook is het niet toegestaan om een link te plaatsen naar betaalmethoden buiten de app. Appaanbieders klagen over de hoogte van de commissie (in het bijzonder bij abonnementen) en het onderscheid dat gemaakt wordt tussen apps die wel en niet aan deze verplichting moeten voldoen.”⁶⁶

- 4.7 De marktstudie was, mede naar aanleiding van signalen van app-aanbieders, voor de ACM reden om een opsporingsonderzoek te starten vanwege mogelijk misbruik van machtspositie door Apple.⁶⁷ De ACM had ook klachten ontvangen tegen Apple van in ieder geval de Match Group (bekend van de dating-app Tinder).
- 4.8 Ook de Commissie was een onderzoek gestart naar het misbruik van een machtspositie door Apple. In juni 2021 stemmen de ACM en de Commissie de reikwijdte van hun respectievelijke onderzoeken naar Apple af. Na de afstemming beperkt de ACM haar onderzoek tot de markt voor de distributie van datingapps via iOS.⁶⁸

II. Inbreukbesluit misbruik machtspositie

- 4.9 De ACM stelt uiteindelijk in het Inbreukbesluit vast dat Apple haar machtspositie met de Apple App Store heeft misbruikt door geen alternatieve betalingsverwerkers toe te laten voor in-app aankopen bij datingapps.
- 4.10 De ACM heeft op het moment van schrijven van deze dagvaarding louter een samenvatting van het Inbreukbesluit gepubliceerd.⁶⁹ De conclusies van het Inbreukbesluit zijn echter helder.
- 4.11 In het Inbreukbesluit concludeert de ACM dat Apple een machtspositie heeft omdat er geen alternatieven zijn voor haar app store-diensten. Apple heeft een 100% marktaandeel op de markt voor app distributie en betalingsverwerking op iOS, en de meeste consumenten met een iPhone of een iPad hebben geen toegang tot een alternatief besturingssysteem (e.g. Google Android). Ook voor app ontwikkelaars zijn

⁶⁶ Productie SCCC - 0011: ACM rapport, Market study into mobile app stores d.d. 11 april 2019, p. 12.

⁶⁷ Zie: <https://www.acm.nl/nl/publicaties/acm-start-onderzoek-misbruik-machtspositie-apple-app-store>.

⁶⁸ Zie: <https://www.acm.nl/nl/publicaties/acm-kan-onderzoek-naar-apple-appstore-voortzetten>. Dat wil dus zeggen dat uit de beperktere strekking van het onderzoek door de ACM niet kan worden afgeleid dat Apple op andere gebieden niet haar macht misbruikt.

⁶⁹ Productie SCCC - 0020: ACM, Samenvatting besluit misbruik van economische machtspositie door Apple, d.d. 24 augustus 2021.

er geen alternatieven: app ontwikkelaars dienen voor een breed bereik op iOS aanwezig te zijn als gateway naar gebruikers van Apple-producten.⁷⁰

- 4.12 De ACM stelt vast dat Apple deze economische machtspositie misbruikt doordat zij onbillijke contractuele voorwaarden aan datingappaanbieders oplegt in de zin van artikel 102 sub a VWEU.
- 4.13 Deze onredelijke voorwaarden betreffen allereerst de beperking van de keuzevrijheid van app ontwikkelaars door (i) app ontwikkelaars te verplichten uitsluitend Apple IAP te gebruiken als betalingsverwerker; en (ii) app ontwikkelaars te verbieden in hun app te verwijzen naar alternatieve betaalmogelijkheden:

“Ten eerste beperkt Apple hiermee de keuzevrijheid van datingappaanbieders ten aanzien van de afwikkeling van de betaling voor de door hun verkochte digitale content en diensten. Datingappaanbieders kunnen deze diensten niet door een ander betaalsysteem laten uitvoeren, noch kunnen zij in hun app naar betaalmogelijkheden buiten de app verwijzen.”⁷¹

- 4.14 De ACM stelt bovendien misbruik vast doordat Apple de app ontwikkelaars geen toegang geeft tot gegevens over de klanten van de app ontwikkelaars.⁷²
- 4.15 Apple’s argument dat de voorwaarden noodzakelijk en proportioneel zijn voor het waarborgen van kwaliteit, privacy en veiligheid wijst de ACM af. De ACM heeft vastgesteld dat deze doelen ook op andere, minder schadelijke manieren door Apple bereikt kunnen worden.⁷³ De ACM stelt ten slotte vast dat Apple’s beperkingen ook tot schade leiden bij app ontwikkelaars.⁷⁴
- 4.16 De ACM stelt vast dat Apple misbruik maakt van haar machtspositie en verplicht Apple om haar voorwaarden aan te passen onder last van een dwangsom.⁷⁵

III. Voorzieningenrechter rechtbank Rotterdam bevestigt misbruik machtspositie Apple

- 4.17 Apple heeft getracht in een voorlopige voorzieningsprocedure de last onder dwangsom te schorsen en de publicatie van het Inbreukbesluit te voorkomen. Deze vorderingen zijn door de voorzieningenrechter van de rechtbank Rotterdam voor bovenbeschreven onderdelen van het Inbreukbesluit afgewezen.
- 4.18 De voorzieningenrechter oordeelt dat:
- (i) **Apple een machtspositie heeft.** De ACM heeft terecht aangenomen dat er sprake is van een machtspositie op de relevante markt voor app distributiediensten op iOS. De meeste Nederlanders hebben namelijk toegang tot één mobiel besturingssysteem met bijbehorende app store (*single-*

⁷⁰ Productie SCCC - 0020: ACM, Samenvatting besluit misbruik van economische machtspositie door Apple, d.d. 24 augustus 2021, p. 2-3.

⁷¹ *Ibidem*, p. 3.

⁷² *Ibidem*.

⁷³ *Ibidem*.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 3-4.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 4.

homing), namelijk iOS met daarop de Apple App Store of Android met daarop de Google Play Store. Apple laat geen alternatieve app stores toe op iOS en de voorzieningenrechter oordeelt dan ook dat Apple een marktaandeel van 100% bezit. Er is geen toetreding door andere partijen mogelijk en mobiele websites zijn functioneel geen alternatief.⁷⁶

- (ii) **App distributie en betalingsverwerking afzonderlijke diensten zijn.** Het leveren van app store diensten door Apple via de Apple App Store is een afzonderlijke dienst van het leveren van betalingsverwerking via Apple IAP. Dit blijkt, ten eerste, uit de voorwaarden van de Apple App Store zelf. Zo krijgen app ontwikkelaars voor gratis apps op basis van de Licentieovereenkomst toegang tot de Apple App Store zonder gebruik te maken van Apple IAP. Ook in het zogenaamde Video Partner Program van Apple zit de mogelijkheid voor app ontwikkelaars om een eigen betaalsysteem te gebruiken.⁷⁷ Ten tweede zijn er onafhankelijke aanbieders die gespecialiseerd zijn in betalingsverwerking van in-app aankopen of aankopen van apps zelf. Dit worden *Payment Service Providers* of *PSP's* genoemd. Dit duidt erop dat er een afzonderlijke markt voor deze dienst van betalingsverwerking bestaat.⁷⁸
- (iii) **Apple app ontwikkelaars ten onrechte dwingt tot gebruik van IAP en ten onrechte verwijzingen naar alternatieve betalingsmogelijkheden verbiedt.** De voorzieningenrechter bevestigt de conclusie van de ACM dat app ontwikkelaars door Apple ten onrechte gedwongen worden om de betalingsverwerkingsdienst IAP van Apple te gebruiken indien zij apps wensen te distribueren via de Apple App Store.⁷⁹ Er is aldus sprake van koppelverkoop van de app distributiedienst en de betalingsverwerkingsdienst van Apple. De voorzieningenrechter overweegt:⁸⁰

“Vast staat dat de datingappaanbieders bij de verkoop van content in hun apps niet kunnen kiezen voor een andere wijze van betaalafwikkeling dan via de IAP-API en dat het hen ook niet is toegestaan in de app te verwijzen naar andere betaalmogelijkheden buiten de app”
- (iv) **Apple klantgegevens ten onrechte afschermt van app ontwikkelaars.** Apple weigert ten onrechte gegevens aan app ontwikkelaars te verstrekken waarmee de identiteit van de klant kan worden achterhaald, waardoor app ontwikkelaars niet in contact kunnen treden met hun eigen klanten voor bijvoorbeeld het verlenen van klantenservice ten aanzien van facturering, annuleringen en/of terugbetalingen. Apple beslist hierover en is weinig servicegericht en veel meer terughoudend in het toekennen van

⁷⁶ Voorzieningenrechter rechtbank Rotterdam 24 december 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:12851, r.o. 8.

⁷⁷ Voor de volledigheid: Apple rekent een commissie van 15% voor het gebruik van Apple IAP bij het Video Partner Program. Zie: <https://developer.apple.com/programs/video-partner/>

⁷⁸ Voorzieningenrechter rechtbank Rotterdam 24 december 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:12851, r.o. 11.1.

⁷⁹ *Ibidem*, r.o. 11.2 en r.o. 15.

⁸⁰ *Ibidem*, r.o. 15.

terugbetalingen dan de app ontwikkelaars willen. Dit is schadelijk voor de consument.⁸¹ De voorzieningenrechter concludeert:⁸²

“Verder staat vast dat Apple zich op die wijze als commissionair posteert tussen de datingappaanbieders en de consument waardoor bij in-app-aankopen een klantrelatie ontstaat tussen Apple en de consument en niet tussen de datingappaanbieder en de consument. De voorzieningenrechter volgt de ACM in haar standpunt dat dit sterk belemmerend werkt voor de datingappaanbieders in hun klantencontact”

- 4.19 De voorzieningenrechter oordeelt dat Apple misbruik maakt van haar machtspositie met de Apple voorwaarden omdat de voorwaarden disproportioneel zijn en niet noodzakelijk:⁸³

Verder volgt de voorzieningenrechter de ACM in haar standpunt dat deze voorwaarden ook disproportioneel zijn want niet noodzakelijk voor het exploitatiemodel van de App Store.

(...)

Concluderend is de voorzieningenrechter van oordeel dat de ACM zich terecht op het standpunt stelt dat dit deel van de aan de datingappaanbieders opgelegde voorwaarden van Apple onbillijk zijn in de zin van artikel 102, onder a, van het VWEU.”

- 4.20 De voorzieningenrechter oordeelt ten slotte ook over het standpunt van Apple dat haar misbruikelijk gedrag nodig zou zijn vanwege privacy- of veiligheidsredenen:⁸⁴

“De stellingen van Apple dat deze voorwaarden nodig zijn in verband met privacy en veiligheid heeft de ACM in haar verweerschrift en in haar dupliek overtuigend weerlegd. Met name wordt het gewicht van de argumentatie van Apple sterk gerelativeerd door het feit dat Apple van Schedule 1 appaanbieders die diensten of goederen via hun apps verkopen, niet vanwege de privacy en veiligheid verlangt dat betalingen via Apple moeten worden afgewikkeld.”

- 4.21 Aldus oordeelt ook de voorzieningenrechter dat Apple misbruik maakt van haar machtspositie door (i) app ontwikkelaars ten onrechte te dwingen tot gebruik van betalingsverwerkingsdienst IAP en verwijzingen naar alternatieve betalingsmogelijkheden te verbieden; en (ii) app ontwikkelaars geen toegang te geven tot klantgegevens. De voorzieningenrechter verplicht Apple om de maatregelen voor 15 januari 2022 door te voeren.⁸⁵

⁸¹ Voorzieningenrechter rechtbank Rotterdam 24 december 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:12851, r.o. 11.3 en r.o. 15.

⁸² *Ibidem*, r.o. 15.

⁸³ *Ibidem*.

⁸⁴ *Ibidem*.

⁸⁵ *Ibidem*, r.o. 26.

IV. Apple weigert aan de voorwaarden van het Inbreukbesluit te voldoen

- 4.22 Op 14 januari 2022 stelt Apple in een persbericht dat zij ontwikkelaars van datingapps in de Nederlandse Apple App Store zal toestaan om in-app hyperlinks op te nemen naar alternatieve betalingsmogelijkheden op een website, of een betalingsverwerker van concurrerende betalingsverwerkers te gebruiken binnen de app. Apple kondigt ook aan de commissie voor in-app aankopen te verlagen naar 27% wanneer er gebruik wordt gemaakt van een alternatieve betalingsmethode. Daarbij dienen app ontwikkelaars een maandelijks overzicht aan Apple te sturen met alle digitale aankopen.⁸⁶
- 4.23 Op 24 januari 2022 stelt de ACM vast dat Apple niet voldoet aan de eisen van haar dwangsbesluit. De ACM beschrijft dat Apple haar voorwaarden niet heeft aangepast waardoor de app ontwikkelaars nog steeds geen gebruik kunnen maken van andere betalingsverwerkers. App ontwikkelaars kunnen nu slechts hun 'interesse' in het gebruik van andere betalingsverwerkers tonen. Apple werpt bovendien drempels op voor app ontwikkelaars om gebruik te maken van andere betalingsverwerkers. Volgens de ACM verplicht Apple de app ontwikkelaars om een keuze te maken: óf een verwijzing naar betaalmogelijkheden buiten de app óf een alternatief betaalsysteem. Dit mag volgens de ACM niet: beide opties moeten gebruikt kunnen worden door app ontwikkelaars.⁸⁷
- 4.24 Op 14 februari 2022 heeft Apple nog steeds niet aan het Inbreukbesluit voldaan. De ACM stelt vast dat een nieuw voorstel van Apple nog steeds onredelijk is. De ACM overweegt dat Apple ten onrechte app ontwikkelaars verplicht een geheel nieuwe app te ontwikkelen als ze gebruik willen maken van een alternatieve betalingsverwerker, zij kunnen niet hun bestaande app aanpassen. De ACM oordeelt dat dit een onredelijke voorwaarde is die in strijd is met de eisen die de ACM heeft gesteld.
- 4.25 Apple verbeurt vanaf 15 januari 2022 een dwangsom van EUR 5 miljoen voor iedere week dat zij niet voldoet aan het Inbreukbesluit, met een maximum van EUR 50 miljoen. Op 28 maart 2022 is het totaal aan verbeurde dwangsommen opgelopen tot de maximale EUR 50 miljoen.⁸⁸
- 4.26 Apple kiest er aldus bewust voor om misbruik te blijven maken van haar machtspositie, en negeert het Inbreukbesluit van de ACM en het oordeel van de rechtbank Rotterdam.

V. Inbreukbesluit net zo zeer relevant voor andere apps

- 4.27 Het Inbreukbesluit (en aldus ook de uitspraak) is gefocust op dating apps maar de onderliggende analyse geldt net zo zeer en op dezelfde wijze voor andere typen apps. De Apple voorwaarden gelden namelijk voor elke soort betaalde app of een app met in-app aankopen functies, niet alleen dating apps. Ook bij deze apps maakt Apple dus

⁸⁶ Productie SCCC - 0021: Persbericht Apple 3 februari 2022, Distributing dating apps in the Netherlands.

⁸⁷ Productie SCCC - 0022: ACM, Apple voldoet niet aan de eisen van de ACM, 24 januari 2022.

⁸⁸ Zie: <https://www.acm.nl/nl/publicaties/acm-beoordeelt-aangepast-voorstel-apple-over-voorwaarden-datingapps>

misbruik van haar machtspositie. Om onder meer de onderstaande redenen is het Inbreukbesluit relevant:

- (i) Voor alle apps (niet alleen dating-apps) geldt de USD 99,- ontwikkelaarsbijdrage en de 30% commissie.⁸⁹ Apple benadeelt andere app ontwikkelaars dus op dezelfde manier als de dating-app ontwikkelaars;
- (ii) Aangezien de Apple voorwaarden voor alle apps identiek zijn, weert Apple betalingsverwerkers ook uit andere apps dan dating-apps;
- (iii) Apple heeft niet alleen bij dating-apps controle over de klantgegevens van klanten die aankopen hebben gedaan, maar eveneens bij andere apps; en
- (iv) De Apple voorwaarden gelden niet alleen voor de Nederlandse Apple App Store maar voor alle Apple App Stores in de EU. Zij zijn identiek in de gehele EU. In elke andere EU Apple App Store maakt Apple dus misbruik van haar machtspositie.

4.28 Kortom: er zijn geen relevante verschillen tussen dating apps en andere typen apps, zodat Apple ook andere app ontwikkelaars op dezelfde wijze beperkt, met als resultaat dat de financiële nadelen ten aanzien van al deze apps bij de Consumenten worden neergelegd.

C. Ook Europese Commissie klaagt Apple aan voor misbruik machtspositie

4.29 Ook de Commissie heeft Apple aangeklaagd voor misbruik machtspositie.⁹⁰

4.30 Deze aanklacht volgt op een klacht van app ontwikkelaar Spotify bij de Commissie over de contractuele voorwaarden van Apple in maart 2019. Deze klacht zag onder meer op de 30% commissie die Apple in rekening brengt aan app ontwikkelaars via Apple IAP.⁹¹ Spotify klaagde ook over Apple's verbod voor app ontwikkelaars om gebruik te maken van alternatieve betalingsmethoden of hiernaar te verwijzen.⁹²

4.31 Sinds de klacht van Spotify in maart 2019 hebben ook andere app ontwikkelaars bij de Commissie geklaagd over de contractuele voorwaarden en vergoedingsstructuur van Apple, of andere klachten ingediend over misbruik door Apple van haar machtspositie door onder meer de excessieve commissies, het verplichte gebruik van Apple IAP en het verbod om te verwijzen naar andere wijzen van betaling voor in-app betalingen.⁹³

⁸⁹ Er bestaan bepaalde uitzonderingen op de 30% commissie regel, zie paragraaf 3 sub C.

⁹⁰ **Productie SCCC - 0023: Persbericht Europese Commissie, Antitrust: Commission sends Statement of Objections to Apple on App Store rules for music streaming providers, d.d. 30 april 2021.**

⁹¹ Zie: <https://newsroom.spotify.com/2019-03-13/consumers-and-innovators-win-on-a-level-playing-field/>

⁹² *Ibidem*.

⁹³ In maart 2020 diende Rakuten/Kobo een klacht in. In juni 2020 spraken zowel Epic Games als Match Group (moederbedrijf van onder meer Tinder en Hinge) hun steun uit aan Spotify in haar klacht bij de Europese Commissie over onder meer de Apple App Store commissie van 30%. In het geval van Match Group krijgt Apple een deel van de inkomsten van daters die via de app upgraden of abonnementen kopen. Epic Games betaalt een commissie van 30% aan Apple voor items die spelers in het spel kopen. Zie: <https://www.theverge.com/2020/6/17/21294230/epic-games-match-group-spotify-eu-apple-app-store>.

- 4.32 Op 16 juni 2020 kondigde de Commissie aan dat zij een formeel onderzoek was begonnen naar onder meer de Apple App Store en Apple IAP.⁹⁴ Het onderzoek ziet onder meer op het verplichte gebruik van Apple IAP en de beperkingen op de mogelijkheid voor app ontwikkelaars om gebruikers van Apple's iOS te informeren over goedkopere aankoopmogelijkheden buiten iOS. In de woorden van de Commissie:⁹⁵

"The Commission will investigate in particular two restrictions imposed by Apple in its agreements with companies that wish to distribute apps to users of Apple devices:

(i) The mandatory use of Apple's own proprietary in-app purchase system "IAP" for the distribution of paid digital content. Apple charges app developers a 30% commission on all subscription fees through IAP.

(ii) Restrictions on the ability of developers to inform users of alternative purchasing possibilities outside of apps. While Apple allows users to consume content such as music, e-books and audiobooks purchased elsewhere (e.g. on the website of the app developer) also in the app, its rules prevent developers from informing users about such purchasing possibilities, which are usually cheaper." (Onderstreping toegevoegd, advocaat)

- 4.33 Op 17 januari 2021 diende ook Epic een klacht in bij de Commissie. Ook Epic klaagt over het feit dat Apple geen andere app stores en geen andere betalingsverwerkers toelaat op iOS, waardoor Apple excessieve prijzen kan hanteren. Epic beschrijft dat Apple haar pogingen om een eigen app store en betalingsverwerking te introduceren, met lagere prijzen die consumenten ten goede kwamen, heeft geblokkeerd:

"Epic has faced and been harmed by Apple's anti-competitive restrictions across payments and app distribution. When Epic gave Fortnite players on iOS a choice between Apple payment and Epic direct payment, passing on savings to direct purchasers, Apple retaliated by blocking Fortnite updates. When Epic sought to bring the Epic Games Store to iOS, Apple declined. And while Apple has launched its own gaming distribution service, Apple Arcade, it has barred competitors including Epic from doing the same."⁹⁶

- 4.34 Op 30 april 2021 heeft de Commissie een aanklacht in de vorm van 'punten van bezwaar' aan Apple uitgebracht. De Commissie komt tot het voorlopige oordeel dat Apple haar machtspositie heeft misbruikt op de markt voor de distributie van *music streaming* apps via de Apple App Store door:

- (i) het verplichte gebruik van Apple IAP; en

⁹⁴ Productie SCCC – 0024: Persbericht Europese Commissie, Antitrust: Commission opens investigations into Apple's App Store rules, d.d. 16 juni 2020.

⁹⁵ *Ibidem.*

⁹⁶ Zie: <https://www.epicgames.com/site/fr/news/epic-games-files-eu-antitrust-complaint-against-apple>

- (ii) het verbod om consumenten te informeren over goedkopere aankoopmogelijkheden buiten iOS.⁹⁷

4.35 Eurocommissaris Vestager stelt vast dat Apple misbruik maakte van haar machtspositie, onder meer door de excessieve commissies:⁹⁸

"[by] charging high commission fees on each transaction in the App store for rivals and by forbidding them from informing their customers of alternative subscription options."

4.36 Vestager benadrukte dat consumenten de dupe zijn van Apple's gedragingen:

*"(...) This means that music streaming providers cannot sell subscriptions in their apps without paying a 30 % fee to Apple each month, on each subscription. Our investigation showed that this fee was passed on to end users by raising prices, typically from 9.99 to 12.99 Euros."*⁹⁹

4.37 De punten van bezwaar zijn vertrouwelijk en nog niet gepubliceerd. Na een (gesloten) hoorzitting met Apple en daarbij horende schriftelijke reactie van Apple, is de verwachting dat een inbreukbesluit zal volgen.¹⁰⁰

4.38 Uit de speech van Eurocommissaris Vestager van 30 april 2021 volgde dat dit slechts een eerste resultaat was van het onderzoek naar Apple's misbruik van machtspositie, en dat andere gedrag nog wordt onderzocht.¹⁰¹

D. Ook andere autoriteiten wereldwijd onderzoeken Apple's mededingingsbeperkende praktijken

4.39 Apple hanteert haar schadelijke beleid wereldwijd. Het is dan ook niet verwonderlijk dat wereldwijd door mededingingsautoriteiten onderzoek wordt gedaan naar deze gedragingen. Een aantal van deze onderzoeken zijn inmiddels openbaar geworden.

I. CMA (Competition and Markets Authority – Verenigd Koninkrijk)

4.40 Op 3 maart 2021 is de CMA een onderzoek gestart naar Apple's mededingingsbeperkende gedragingen met betrekking tot de distributie van apps via de Apple App Store, in het bijzonder de voorwaarden die aan app ontwikkelaars worden opgelegd.¹⁰² De CMA heeft verscheidene klachten ontvangen van app ontwikkelaars over de onbillijke en mededingingsbeperkende voorwaarden van Apple.

4.41 De CMA merkt hierover het volgende op:

⁹⁷ Productie SCCC - 0023: Persbericht Europese Commissie, Antitrust: Commission sends Statement of Objections to Apple on App Store rules for music streaming providers, d.d. 30 april 2021.

⁹⁸ *Ibidem*.

⁹⁹ Productie SCCC - 0025: Persbericht Europese Commissie, Statement by Executive Vice-President Margrethe Vestager on the Statement of Objections sent to Apple on App Store rules for music streaming providers d.d. 30 april 2021.

¹⁰⁰ De zaak is geregistreerd onder zaaknummer AT.40437 *Apple – App Store Practices (music streaming)*.
¹⁰¹ Productie SCCC – 0025: Persbericht Europese Commissie, Statement by Executive Vice-President Margrethe Vestager on the Statement of Objections sent to Apple on App Store rules for music streaming providers d.d. 30 april 2021.

¹⁰² Zie: <https://www.gov.uk/cma-cases/investigation-into-apple-appstore>

“The complaints from developers focus on the terms that mean they can only distribute their apps to iPhones and iPads via the App Store. These complaints also highlight that certain developers who offer ‘in-app’ features, add-ons or upgrades are required to use Apple’s payment system, rather than an alternative system. Apple charges a commission of up to 30% to developers on the value of these transactions or any time a consumer buys their app.

*The CMA’s investigation will consider whether Apple has a dominant position in connection with the distribution of apps on Apple devices in the UK – and, if so, whether Apple imposes unfair or anti-competitive terms on developers using the App Store, ultimately resulting in users having less choice or paying higher prices for apps and add-ons.”*¹⁰³

- 4.42 Net zoals de onderzoeken van de ACM en de Commissie richt ook het onderzoek van de CMA zich op het verplichte gebruik van Apple IAP en de beperkingen voor app ontwikkelaars om gebruikers van Apple’s iOS te informeren over goedkopere aankoopmogelijkheden buiten iOS. De CMA verwachtte in maart 2022 een verslag uit te kunnen brengen over de lopende informatieverzameling evenals een eerste analyse en beoordeling van deze informatie.¹⁰⁴

CMA ‘Mobile ecosystems market study – interim report’

- 4.43 De CMA heeft ook op 14 december 2021 een marktstudie gepubliceerd over ‘*Mobile Ecosystems*’.¹⁰⁵ Hierin concludeert de CMA dat er vrijwel geen concurrentie plaatsvindt binnen en tussen de ‘mobiele ecosystemen’ van Apple en Google. Dit kan consumenten op verschillende manieren benadelen.¹⁰⁶
- 4.44 De CMA stelt vast dat Apple door haar concurrentiebelemmeringen in staat is om hogere prijzen in rekening te brengen dan het geval was geweest in een situatie waarin concurrentie mogelijk is. De CMA benadrukt dat de distributie van apps zeer winstgevend is. Hieraan voegt de CMA toe dat deze hogere prijzen uiteindelijk door consumenten worden gedragen.¹⁰⁷
- 4.45 Verder komt de CMA tot de conclusie dat:

“The App Store and Play Store face a lack of competition from within and outside of their respective ecosystems as a method of delivering native apps to users:

¹⁰³ Productie SCCC – 026: Persbericht CMA, CMA investigates Apple over suspected anti-competitive behaviour, d.d. 4 maart 2021.

¹⁰⁴ Ten tijde van het schrijven deze dagvaarding, was er nog geen update van de CMA. Zie: <https://www.gov.uk/cma-cases/investigation-into-apple-appstore>

¹⁰⁵ Productie SCCC - 0019: CMA rapport, ‘Mobile ecosystems - market study interim report’ met bijlagen, d.d. 14 december 2021.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 9-10.

¹⁰⁷ *Ibidem*.

- *In Apple's ecosystem, the App Store is the only method of native app distribution and so 100% of native apps downloaded on iOS devices are through the App Store.*¹⁰⁸

4.46 Voor wat betreft de winsten die Apple met haar betaalsysteem voor in-app transacties behaalt, en de bijbehorende commissie die zij rekent, stelt de CMA vast:

*"In addition, Apple and Google require app developers to use their payment systems for certain in-app transactions relating to digital content consumed within the app, and charge an average commission of close to 30%. These commissions result in Apple and Google making substantial and growing profits (with high margins) from their app stores, consistent with market power."*¹⁰⁹

4.47 De CMA concludeert aldus dat Apple's gedragingen op de markten voor app stores en app-distributie de mededinging in het Verenigd Koninkrijk zouden kunnen beperken of verstoren. In de tweede helft van de marktstudie zal de CMA de mededingingsbezwaren die zij heeft vastgesteld, verder onderzoeken. Zij zal haar conclusies en aanbevelingen voor maatregelen uiteenzetten in het eindverslag, dat uiterlijk op 14 juni 2022 zal worden gepubliceerd.¹¹⁰

II. ACCC (Australian Competition & Consumer Commission)

4.48 Ook de Australische ACCC heeft onderzoek gedaan naar de Apple App Store. Op 28 april 2021 publiceerde zij een tussentijds rapport in het kader van haar onderzoek naar de markt voor de levering van digitale platformdiensten. Meer specifiek richt het rapport van de ACCC zich (in lijn met de Commissie en andere mededingingsautoriteiten) op onder meer het verplichte gebruik van Apple IAP en de beperkingen op de mogelijkheid voor app ontwikkelaars om gebruikers van Apple's iOS te informeren over alternatieve (goedkopere) betalingsmogelijkheden buiten iOS:

*"Apple and Google's respective IAP terms and conditions prohibit app developers informing consumers about any alternative payment options other than the app marketplaces' respective IAP systems. These restrictions prevent app developers from steering consumers off-app (for example, by providing a hyperlink for consumers which takes them to a website) and from informing consumers that an alternative payment option exists."*¹¹¹

4.49 Wat betreft het verplichte gebruik van Apple IAP en de door Apple ingestelde beperking om Consumenten te informeren over goedkopere aankoopmogelijkheden buiten iOS concludeerde de ACCC het volgende in haar rapport:

"[T]he ACCC considers that Apple and Google's respective positions as 'gatekeepers' to the app marketplace enables them to each set terms and

¹⁰⁸ Productie SCCC - 0019: CMA rapport, 'Mobile ecosystems - market study interim report' met bijlagen, d.d. 14 december 2021, nr. 41.

¹⁰⁹ *Ibidem*, nr. 43

¹¹⁰ *Ibidem*, nrs. 93, 99-100.

¹¹¹ Productie SCCC - 0027: ACCC Digital platform services inquiry, Interim report, App marketplaces, maart 2021, p. 79.

conditions for app developers on a ‘take it or leave it’ basis. The restrictions on app developers communicating with consumers about alternative payment methods off-app is one example of this.

The ACCC considers that Apple and Google’s respective restrictions result in insufficient information for informed choice: consumers are not fully informed about the payment options available to them, including possibly cheaper options for content that they will access in an app.”¹¹²

- 4.50 Over de hoogte van de commissie die Apple rekent voor het gebruik van de Apple IAP merkt de ACCC op dat het zeer waarschijnlijk is dat deze opgeblazen is (door machtsmisbruik):

“The commission applied to in-app payments is a keyway in which Apple and Google recover costs and generate profit from their app marketplaces and possibly from their mobile ecosystem more broadly. The ACCC considers the requirement to use app marketplace IAP systems and the level of the commission are interlinked”.¹¹³

“The ACCC considers that it is highly likely that the commission rates are inflated by the market power that Apple and Google have in their dealings with app developers. Apple and Google structure their charges and their levels in order to maximise their profits. In the case of apps, this is about setting commission rates based on the likely ability and willingness of app developers to pay, and, to the extent possible, minimising any flow on effects to consumers.”¹¹⁴ [Onderstreping toegevoegd, advocaat].

- 4.51 Het rapport van de ACCC benoemt mogelijke maatregelen die Apple kan treffen om haar schadelijke beleid bij te stellen. Zo kan Apple haar iOS openstellen voor alternatieve marktplaatsen. Het opsplitsen van de ‘*app marketplaces’ services*’ zou er daarnaast toe leiden dat de marktmacht van Apple niet langer kan worden gebruikt om de betaalsystemen voor consumenten te controleren.¹¹⁵

III. Onderzoek Subcommittee on Antitrust, Commercial and Administrative Law VS

- 4.52 In juni 2020 initieerde het ‘*Subcommittee on Antitrust, Commercial and Administrative Law*’ van het Huis van Afgevaardigden van de Verenigde Staten een onderzoek naar de marktwerking op digitale markten.¹¹⁶ Het Comité verrichte onder meer onderzoek naar de machtspositie van Apple.
- 4.53 Het comité merkt op dat Apple’s stevige greep op haar iOS ten gevolge heeft dat zij de distributie van software op iOS devices beheerst. Daardoor heeft Apple een dominante positie op de markt voor mobile app stores en een monopolie op de

¹¹² Productie SCCC - 0027: ACCC Digital platform services inquiry, Interim report, App marketplaces, maart 2021, p. 81-82.

¹¹³ *Ibidem*, p. 67.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 72.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 78.

¹¹⁶ Productie SCCC – 0028: US House Judiciary, Report on the investigation of competition in digital markets, 2020.

distributie van software programma's en apps op iOS apparaten.¹¹⁷ Deze monopoliepositie zorgt ervoor dat Apple in staat is om exorbitante winsten te genereren uit de Apple App Store en haar dienstenverlening.¹¹⁸

- 4.54 Een voormalige Senior Director van Apple's App Store Review schatte in een verhoor bij het comité in dat de kosten die Apple maakt om de App Store draaiende te houden minder dan USD 100 miljoen per jaar bedragen. Afgezet tegen de jaarlijkse omzet die Apple behaalt met de App Store van USD 15,5 miljard in 2018 en naar verwachting USD 18,8 miljard in 2022 zijn de winsten exorbitant volgens het comité.¹¹⁹ Voor de inzichtelijkheid: uitgaande van USD 100 miljoen aan kosten zouden de kosten slechts 0,6% van de omzet bedragen in 2018, en 0,5% in 2022. In werkelijkheid zullen de kosten nog lager zijn aangezien de kosten *minder* dan USD 100 miljoen zijn. Apple heeft geweigerd om inzicht te geven in haar daadwerkelijke kosten.
- 4.55 De 30% vergoeding die wordt berekend aan app ontwikkelaars worden ofwel doorberekend aan de consument of hebben tot gevolg dat de app ontwikkelaars minder investeren in innovatieve nieuwe diensten. Apple's weigering om concurrerende app stores en alternatieve wijzen van betaling toe te staan beperkt de mededinging, en app ontwikkelaars en consumenten zitten vast in Apple's ecosysteem, aldus het comité.¹²⁰

IV. Overige onderzoeken wereldwijd

- 4.56 Op 14 september 2021 heeft de Koreaanse Communicatiecommissie Apple verboden om app ontwikkelaars te dwingen van haar betalingssysteem gebruik te maken.¹²¹ Op 11 januari 2022 heeft Apple besloten Zuid-Koreaanse app ontwikkelaars toe te staan alternatieve betalingssystemen te gebruiken voor aankopen in apps. Apple heeft daarbij aangekondigd dat zij een lagere commissie in rekening zal brengen dan bij gebruik van Apple IAP.¹²² De toezeggingen gelden echter uitsluitend voor de Zuid-Koreaanse Apple App Store.
- 4.57 Op 2 september 2021 is de Japanse mededingingsautoriteit JFTC tot de voorlopige conclusie gekomen dat Apple misbruik maakt van haar machtspositie door app ontwikkelaars niet toe te staan consumenten te wijzen op andere betalingsmethoden voor in-app aankopen:

"(...) prohibiting developers from including an in-app link could be a problem under the Antimonopoly Act because it gives concerns on developers' sales

¹¹⁷ Productie SCCC – 0028: US House Judiciary, Report on the investigation of competition in digital markets, 2020, p. 334.

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 335.

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 345.

¹²⁰ *Ibidem*.

¹²¹ Productie SCCC - 0029: Mlex artikel, South Korea's app-market law comes into effect today, communications regulator says, d.d. 14 september 2021.

¹²² Productie SCCC - 0030: Mlex artikel, Apple takes step back, plans to allow alternative in-app payment systems in South Korea, d.d. 11 januari 2022.

channel using means of payment other than IAP, such as insufficient functions and abandon of introducing them.”¹²³

Naar aanleiding van het onderzoek van de JFTC heeft Apple een schikking getroffen met de JFTC en toezeggingen gedaan om app ontwikkelaars voor bepaalde apps (in het bijzonder reader-apps¹²⁴ en muziekstreamingdiensten apps) de mogelijkheid te geven te verwijzen naar alternatieve betalingsmethoden en haar Review Guidelines voor Japan te herzien.¹²⁵ Deze toezeggingen gelden echter uitsluitend voor Japan en niet voor alle typen apps.

- 4.58 Op 31 december 2021 is de Indiase mededingingsautoriteit CCI een onderzoek gestart naar Apple. Aanleiding hiervoor is de klacht van een nationale belangenorganisatie “*Together We Fight Society*”, waarin zij klaagt dat Apple IAP in strijd is met het Indiase mededingingsrecht. Apple misbruikt haar machtspositie onder meer door (i) het rekenen van excessieve vergoedingen van 30% voor Apple IAP; (ii) het verplicht stellen in-app aankopen via Apple IAP te laten lopen; en (iii) het onrechtmatig koppelen van de Apple App Store aan Apple IAP in de markt voor iOS In-App betalingsverwerkingen.¹²⁶

E. Civiele acties tegen Apple

I. Verenigd Koninkrijk: collectieve actie

- 4.59 Op 11 mei 2021 heeft dr. Rachael Kent, docent *Digital Economy & Society* bij het King’s College in Londen, bij de Competition Appeal Tribunal (“CAT”) in het Verenigd Koninkrijk een collectieve actie tegen Apple ingesteld namens circa 20 miljoen Britse iPhone- en iPad-gebruikers. Volgens de vordering handelt Apple in strijd met het verbod op misbruik machtspositie van artikel 102 VWEU en de Britse mededingingswet.
- 4.60 De vordering beschrijft dat Apple haar machtspositie heeft misbruikt door concurrentie op de markt voor distributie van apps te beperken en door oneerlijke en excessieve vergoedingen te rekenen aan app ontwikkelaars. De vordering stelt dat deze gedragingen blijken geven van een monopolie van Apple en dat Apple zulke excessieve vergoedingen niet zou kunnen rekenen in een markt die open stond voor concurrentie.¹²⁷ Op 3 mei 2022 is een hoorzitting gepland in deze zaak.

II. Verenigde Staten: collectieve actie app ontwikkelaars

- 4.61 Op 4 juni 2019 dienden Amerikaanse app ontwikkelaars een vordering in tegen Apple bij de District Court van Californië. Met vorderingen op grond van de Sherman Act en California’s Unfair Competition Law stelden de eisers dat Apple een monopolie heeft op de relevante markt voor iOS app- en iOS in-app-product distributie. Apple zou deze

¹²³ Productie SCCC - 0031: JFTC notice on the closing of the investigation on the suspected violation of the Antimonopoly Act by Apple Inc., d.d. 2 september 2021, p. 3.

¹²⁴ Met reader-apps kunnen gebruikers door eerder gekochte inhoud of abonnementen op digitale tijdschriften, kranten, boeken, audio, muziek en video bladeren.

¹²⁵ Productie SCCC - 0031: JFTC notice on the closing of the investigation on the suspected violation of the Antimonopoly Act by Apple Inc., d.d. 2 september 2021.

¹²⁶ Productie SCCC - 0032: Competition Commission India, Case No. 24 of 2021, 31 December 2021.

¹²⁷ Productie SCCC - 0033: CAT order, d.d. 21 December 2021.

positie op de markt misbruiken doordat zij supra competitieve vergoedingen rekent aan de iOS app ontwikkelaars.¹²⁸

- 4.62 Gedurende de procedure zijn partijen met elkaar in schikkingsonderhandelingen gegaan. Deze onderhandelingen hebben ertoe geleid dat Apple met de app ontwikkelaars een aantal toezeggingen is overeengekomen.
- 4.63 Een van de toezeggingen van Apple betreft een driejarige verlenging van het verlaagde commissietarief van 15% voor Amerikaanse ontwikkelaars die zijn ingeschreven in het '*Small Business Program*'. In het kader van dit programma, kunnen bestaande en nieuwe ontwikkelaars die jaarlijks tot USD 1 miljoen omzet draaien aanspraak maken op een verlaagd commissietarief van 15% op betaalde apps en in-app aankopen.¹²⁹ Daarnaast heeft Apple toegezegd dat zij per 31 december 2022 de prijsklassen aanpast waardoor er meer ruimte ontstaat voor app ontwikkelaars om hun apps te prijzen.¹³⁰ Verder heeft Apple gezegd de Apple App Store Review Guidelines aan te passen zodat app ontwikkelaars van alle categorieën mogen communiceren met consumenten, buiten hun app om, onder meer via e-mail en andere communicatiediensten, over andere aankoopmethoden dan Apple IAP.¹³¹
- 4.64 Deze schikking ziet echter alleen op de Verenigde Staten. Apple heeft haar gedragingen niet aangepast in de EU. Bovendien volstaan de toezeggingen die Apple heeft gedaan in de schikking niet om te voldoen aan de Europese regelgeving.

III. Verenigde Staten: Epic/Apple

- 4.65 In augustus 2020 stelde Epic bij de United States District Court van Californië een vordering in tegen Apple. Epic vorderde opheffing van de beperkingen tot het gebruik van Apple IAP, en het verbod om in apps te verwijzen naar alternatieve betalingsmogelijkheden.¹³²
- 4.66 Zoals hierboven beschreven in paragraaf 3 sub C probeerde Epic haar eigen betalingssysteem in het populaire spel Fortnite te gebruiken. Gebruikers konden daardoor in-app aankopen doen tegen aanzienlijk lagere prijs, en het Apple IAP systeem kon hiermee worden ontweken. In reactie hierop heeft Apple Fortnite uit de Apple App Store verwijderd.
- 4.67 De District Court van Californië oordeelde dat het *anti-steering* beleid van Apple de marktmacht van Apple kunstmatig vergroot doordat het app ontwikkelaars verbiedt om app-gebruikers te wijzen op een (voordeligere) alternatieve betalingsmogelijkheid buiten Apple IAP. De *anti-steering* bepalingen verhullen daarmee informatie en

¹²⁸ Productie SCCC - 0034 United States District Court of the Northern District of California, (Donald R. Cameron v. Apple Inc), d.d. 12 oktober 2021.

¹²⁹ Productie SCCC - 0034 United States District Court of the Northern District of California, (Donald R. Cameron v. Apple Inc), d.d. 12 oktober 2021, p. 5.

¹³⁰ *Ibidem*, p. 7.

¹³¹ *Ibidem*, p. 6.

¹³² Epic heeft ook een vordering ingesteld bij het *Competition Appeal Tribunal* in het Verenigd Koninkrijk, maar het CAT heeft geweigerd de zaak in behandeling te nemen op grond van, onder meer, het feit dat het geschil in wezen ging tussen twee grote Amerikaanse ondernemingen met hoofdzetel in de VS, die in de VS reeds een procedure over dezelfde kwesties hadden aangespannen, Epic Games, Inc. Apple Inc [2021] CAT 4.

onderdrukken vrije consumentenkeuze. In combinatie met schendingen van de mededingingsregels vormen deze bepalingen een concurrentiebeperking. Een landelijke maatregel om deze bepalingen op te heffen acht de rechtbank daarom gerechtvaardigd:

“(...) evidence shows Apple’s anti-steering restrictions artificially increase Apple’s market power by preventing developers from communicating about lower prices on other platforms.”¹³³

(...)

“Apple’s anti-steering provisions hide critical information from consumers and illegally stifle consumer choice. When coupled with Apple’s incipient antitrust violations, these anti-steering provisions are anticompetitive and a nationwide remedy to eliminate those provisions is warranted.”¹³⁴

- 4.68 In hetzelfde vonnis overweegt de rechtbank ook dat de operationele marges van de Apple App Store “extraordinarily high”¹³⁵ zijn:

“(...) the evidence presented showed anticompetitive effects and excessive operating margins under any normative measure. (...) The costs to developer are higher because competition is not driving the commission rate. As described, the commission rate driving the excessive margins has not been justified.”¹³⁶ (Onderstreping toegevoegd, advocaat)

- 4.69 Bovendien concludeert de rechtbank dat de consument uiteindelijk de dupe is van Apple’s praktijken:

“(...) that common threads run through Apple’s practices which unreasonably restrains competition and harm consumers, namely the lack of information and transparency about policies which effect consumers’ ability to find cheaper prices, increased customer service, and options regarding their purchases.”¹³⁷

- 4.70 De rechtbank concludeert dat Apple de mededingingsregelgeving van Californië heeft overtreden en toe moet laten dat app ontwikkelaars in hun apps verwijzen naar alternatieve wijzen van betaling, bijvoorbeeld door middel van een link naar hun eigen website. De door de rechtbank van Californië opgelegde verplichting geldt alleen voor de Verenigde Staten. Bovendien is de uitvoering geschorst hangende een hoger beroep.¹³⁸

F. Tussenconclusie

- 4.71 Wereldwijd lopen er onderzoeken van mededingingsautoriteiten en civiele procedures naar de mededingingsbeperkende gedragingen van Apple in de Apple App Store. De

¹³³ Productie SCCC – 0035: United States District Court of the Northern District of California (Epic v. Apple), d.d. 10 september 2021, p. 93.

¹³⁴ *Ibidem*, p. 2.

¹³⁵ *Ibidem*, p. 93-94.

¹³⁶ *Ibidem*, p. 163.

¹³⁷ *Ibidem*, p. 118.

¹³⁸ *Ibidem*, p. 168.

ACM heeft reeds vastgesteld dat Apple misbruik maakt van haar machtspositie, en ook de Commissie is tot deze voorlopige conclusie gekomen. Deze, en andere wereldwijde onderzoeken bevestigen de onrechtmatigheid van de gedragingen die in deze procedure centraal staan: het afschermen van de Apple App Store en Apple IAP van concurrentie en de daaruit resulterende excessieve prijzen voor de Consumenten.

- 4.72 De hierboven beschreven onderzoeken en besluiten hebben er echter niet voor gezorgd dat Apple haar illegale praktijken heeft gestopt. Zo weigert Apple in Nederland aan het Inbreukbesluit van de ACM te voldoen. Apple kiest ervoor de wet te negeren, en de resulterende boetes op de koop toe te nemen. Zij kan zich de oplopende miljoenenboetes veroorloven vanwege de enorme winsten die zij maakt met de excessieve prijzen.

5. MEDEDINGINGSRECHTELIJKE BEOORDELING: APPLE HEEFT EEN MACHTSPOSITIE

A. Inleiding

- 5.1 Apple is een onderneming met een machtspositie op de markten voor (i) app distributie op iOS en (ii) betalingsverwerking op iOS.
- 5.2 Artikel 102 VWEU verbiedt dat ondernemingen met een machtspositie misbruik maken van deze machtspositie. De vereisten voor het vaststellen van misbruik machtspositie zijn kort gezegd dat er sprake moet zijn van:
- (i) een onderneming;
 - (ii) met een machtspositie op één of meerdere markten; en
 - (iii) misbruik.
- 5.3 In dit hoofdstuk wordt toegelicht dat Apple een onderneming is met een machtspositie op de relevante markten voor app distributie op iOS en betalingsverwerking op iOS. Kortom, dat aan voorwaarden (i) en (ii) wordt voldaan. Voor het vaststellen van een machtspositie op één of meer relevante markten is allereerst van belang dat vastgesteld wordt op welke relevante markten Apple actief is met haar app distributiedienst Apple App Store en betalingsverwerkingsdienst Apple IAP. Vervolgens kan beoordeeld worden of Apple een machtspositie heeft op de betreffende markten.¹³⁹ De Stichting heeft de economische experts van Brattle Group (“**Brattle**”) ingeschakeld om een economische analyse te maken van de relevante markten en de positie van Apple daarop.
- 5.4 In hoofdstuk 6 beschrijft de Stichting vervolgens waarom Apple misbruik maakt van haar (machts-)positie op deze markten.

B. Apple is een onderneming onder het mededingingsrecht

¹³⁹ Zie bijvoorbeeld: Gerecht 30 januari 2007, T-340/03, ECLI:EU:T:2007:22, (*France Télécom SA t. Commissie*), r.o. 78 en de aldaar aangehaalde jurisprudentie.

- 5.5 Het Europese mededingingsrecht richt zich tot ondernemingen als normadressaat onder artikel 101 VWEU en 102 VWEU. Apple is een onderneming onder het Europese mededingingsrecht.¹⁴⁰
- 5.6 Het is vaste jurisprudentie in het (Europees) mededingingsrecht dat een 'onderneming' wordt gedefinieerd als:¹⁴¹
- “elke eenheid (...) die een economische activiteit uitoefent, ongeacht de rechtsvorm ervan en de wijze waarop zij wordt gefinancierd”*
- 5.7 Voor de toepassing van de Europese mededingingsregels is aldus uitsluitend vereist dat economische activiteiten worden uitgeoefend. Dit houdt in het aanbieden van goederen en diensten op de markt.¹⁴²
- 5.8 De juridische structuur is niet relevant. Voor de reikwijdte van de onderneming gaat het Europese mededingingsrecht namelijk niet uit van afzonderlijke rechtspersonen, maar van de economische realiteit. Het Europese mededingingsrecht beschouwt het geheel van individuele onderdelen, divisies en verkoopkantoren van een onderneming als een eenheid in het economische verkeer. Het doet er in dit kader dus niet toe of bedrijfsonderdelen ondergebracht zijn in afzonderlijke vennootschappen.
- 5.9 Verschillende juridische entiteiten kunnen gezamenlijk één onderneming vormen. De Commissie heeft dit helder verwoord in haar richtsnoeren voor de toepassing van artikel 101 VWEU op horizontale samenwerkingsovereenkomsten. Of twee vennootschappen onderdeel zijn van dezelfde onderneming hangt af van de vraag of de ene vennootschap beslissende invloed uitoefent over de andere vennootschap:¹⁴³
- “Wanneer één bedrijf een beslissende invloed uitoefent over een ander bedrijf, vormen zij één enkele economische entiteit en maken zij derhalve deel uit van dezelfde onderneming. Hetzelfde geldt voor zusterondernemingen, dat wil zeggen ondernemingen waarover dezelfde moedermaatschappij beslissende invloed uitoefent”.* (Onderstreping toegevoegd, advocaat)
- 5.10 Apple is evident een onderneming in de zin van het mededingingsrecht, aangezien zij goederen en diensten (waaronder iPhones, iPads, app distributiediensten en betalingsverwerkingsdiensten) op de markt aanbiedt.
- 5.11 Zoals de Stichting nader zal toelichten in paragraaf 9 sub B oefent gedaagde Apple Inc. beslissende invloed uit op de overige Gedaagden. De Gedaagden vormen aldus gezamenlijk de onderneming Apple in het kader van het Europese

¹⁴⁰ HvJ EU 14 mei 1998, T-352/94, ECLI:EU:T:1998:103 (*Mo Och Domsjö*), r.o. 87-88.

¹⁴¹ HvJ EU 14 december 2006, C-217/05, ECLI:EU:C:2006:784 (*CEEES*), r.o. 39. Zie ook het oordeel in HvJ EU 14 juli 1972, C-48/69, ECLI:EU:C:1972:70 (*ICI*), r.o. 140, HvJ EU 12 juli 1984, C-170/83, ECLI:EU:C:1984:271, (*Hydrotherm*), r.o. 11 en HvJ EU 23 april 1991, C-41/90, ECLI:EU:C:1991:161 (*Höfner en Elser*), r.o. 21.

¹⁴² HvJ EU 12 september 2000, C-180/98, ECLI:EU:C:2000:428, (*Pavel e.a. t. Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten*), r.o. 75.

¹⁴³ Commissie Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op horizontale samenwerkingsovereenkomsten (2011/C11/01), nr. 11.

mededingingsrecht. De machtspositie en het misbruik van Apple dient ook door deze lens gezien te worden: ter beoordeling ligt voor of de onderneming Apple een machtspositie heeft en hier misbruik van heeft gemaakt, en niet de individuele vennootschappen.

C. Juridisch kader machtspositie

- 5.12 Vaste Europese rechtspraak omschrijft een machtspositie als:¹⁴⁴

“een economische machtspositie die een onderneming in staat stelt de daadwerkelijke mededinging op de relevante markt te verhinderen en die het haar mogelijk maakt zich jegens haar concurrenten, haar afnemers en, uiteindelijk, de gebruikers in belangrijke mate onafhankelijk te gedragen.”
(onderstreping toegevoegd, advocaat)

- 5.13 De kernvoorwaarde voor het vaststellen van een machtspositie is aldus dat een onderneming genoeg marktmacht heeft om zich onafhankelijk te kunnen gedragen van concurrenten en afnemers. Met deze marktmacht kan de onderneming invloed uitoefenen op de wijze dat geconcentreerd wordt.¹⁴⁵ Hier is sprake van als de concurrentie onvoldoende sterk is om tegenwicht te bieden, bijvoorbeeld omdat zij een veel kleiner marktaandeel hebben. De voornaamste factor voor de bepaling of een onderneming een machtspositie heeft is haar marktpositie, uitgedrukt in het marktaandeel. Andere factoren die van belang kunnen zijn betreffen eventuele potentiële concurrentiedruk van andere ondernemingen (toetredings- en uitbreidingsdrempels); en de onderhandelingspositie van afnemers (compenserende afnemersmacht). De Stichting zal deze drie factoren nader toelichten.

I. Marktpositie van de onderneming

- 5.14 Marktaandelen bieden een belangrijke eerste indicatie van de marktstructuur en van het relatieve belang van de verschillende ondernemingen die op de markt actief zijn.¹⁴⁶ Het HvJ EU heeft sinds de *Hoffmann-La Roche* uitspraak uit 1978 telkens geoordeeld dat het bezit van een groot marktaandeel gedurende langere tijd het bewijs van het bestaan van een machtspositie oplevert.¹⁴⁷ Zo oordeelde het HvJ EU in *AstraZeneca*:¹⁴⁸

“Het Hof heeft ook reeds gepreciseerd dat de betekenis van marktaandelen weliswaar van markt tot markt kan verschillen, maar dat het bezit van een uiterst groot marktaandeel gedurende een zekere tijd behoudens

¹⁴⁴ HvJ EU 14 februari 1978, C-27/76, EU:C:1978:22, (*United Brands en Continentaal/Commissie*), r.o. 65; HvJ EU 13 mei 1978, C-85/76, EU:C:1979:36, (*Hoffmann-La Roche/Commissie*), r.o. 38; HvJ 16 maart 2000, C-395/96 en C-396/96, EU:C:2000:132, (*Compagnie maritime belge transports/Commissie*), r.o. 34 en Gerecht 17 september 2007, T-201/04, ECLI:EU:T:2007:289, (*Microsoft/Commissie*), r.o. 229.

¹⁴⁵ HvJ EU 13 mei 1978, C-85/76, EU:C:1979:36, (*Hoffmann-La Roche/Commissie*), r.o. 39.

¹⁴⁶ HvJ EU 13 mei 1978, C-85/76, EU:C:1979:36, (*Hoffmann-La Roche/Commissie*), r.o. 39-41; Gerecht 12 december 1991, T-30/89, EU:T:1991:70, (*Hilti AG/Commissie*), r.o. 90-92; HvJ EU 3 juli 1991, C-62/86, EU:C:1991:286, (*AKZO/Commissie*), r.o. 60.

¹⁴⁷ HvJ EU 6 december 2012, C-457/10, EU:C:2012:770, (*AstraZeneca/Commissie*), r.o. 176; HvJ EU 13 mei 1978, C-85/76, EU:C:1979:36, (*Hoffmann-La Roche/Commissie*), r.o. 41.

¹⁴⁸ HvJ EU 6 december 2012, C-457/10, EU:C:2012:770, (*AstraZeneca/Commissie*), r.o. 176, Gerecht 29 maart 2012, T-336/07, EU:T:2012:172, (*Telefónica/Commissie*), r.o. 149.

buitengewone omstandigheden het bewijs van het bestaan van een machtspositie oplevert [...]"

- 5.15 Sinds het arrest *AKZO/Commissie* uit 1991 is het vaste Europese rechtspraak dat een marktaandeel van 50% op zichzelf het bewijs van een machtspositie op de relevante markt oplevert. Het Gerecht vatte de regels in de *Telefonica* uitspraak goed samen:¹⁴⁹

"Volgens de rechtspraak vormt een marktaandeel van 50 %, uitzonderlijke omstandigheden daargelaten, op zich een machtspositie (arrest Hof van 3 juli 1991, AKZO/Commissie, C-62/86, Jurispr. blz. I-3359, punt 60, en arrest Imperial Chemical Industries/Commissie, aangehaald in punt 148, punt 256). Zo ook is een marktaandeel van 70 tot 80 % op zichzelf een duidelijke aanwijzing voor het bestaan van een machtspositie (arrest Gerecht Hilti/Commissie, aangehaald in punt 148, punt 92; arrest van 30 september 2003, Atlantic Container Line e.a./Commissie, T-191/98, T-212/98–T-214/98, Jurispr. blz. II-3275, punt 907, en arrest Imperial Chemical Industries/Commissie, aangehaald in punt 148, punt 257)." (Onderstreping toegevoegd, advocaat).

- 5.16 Een marktaandeel dat (veel) groter is dan 50% is een nog duidelijkere aanwijzing voor het bestaan van een machtspositie op een relevante markt dan een marktaandeel van 50%.¹⁵⁰ Zo oordeelde het HvJ EU in de *Hoffmann-La Roche* uitspraak dat marktaandelen tussen 70 en 90% "op zichzelf het bestaan van een machtspositie bewijzen"¹⁵¹ en in de *Hilti* uitspraak werd geoordeeld dat bij marktaandelen tussen de 70 en 80% sprake is van "[e]en zo groot aandeel" dat dit "op zichzelf een duidelijke aanwijzing [is] voor het bestaan van een machtspositie op de relevante markt".¹⁵² Kortom, dergelijke marktaandelen behoeven geen nader bewijs voor een dominante positie. Het Gerecht oordeelde verder in de *Tetra Pak* uitspraak, waar sprake was van een marktaandeel van 90%, "dat dergelijke marktaandelen op zichzelf, bij ontbreken van uitzonderlijke omstandigheden, het bewijs van het bestaan van een machtspositie leveren"¹⁵³.
- 5.17 Concreet heeft een marktaandeel groter dan 50% tot gevolg dat zonder verder onderzoek aangenomen mag worden dat er sprake is van een dominante positie op de relevante markt. Het marktaandeel levert dan "op zichzelf" reeds het bewijs op van

¹⁴⁹ Gerecht 29 maart 2012, T-336/07, EU:T:2012:172, (*Telefónica/Commissie*), r.o. 150..

¹⁵⁰ Gerecht 12 december 1991, T-30/89, EU:T:1991:70, (*Hilti AG/Commissie*), r.o. 92; Gerecht 30 september 2003, T-191/98, T-212/98–T-214/98, EU:T:2003:245, (*Atlantic Container Line/Commissie*), r.o. 907, Gerecht 25 juni 2010, T-66/01, EU:T:2010:255, (*Imperial Chemical Industries/Commissie*), r.o. 256-257 en Gerecht 29 maart 2012, T-336/07, EU:T:2012:172, (*Telefónica/Commissie*), r.o. 150.

¹⁵¹ HvJ EU 13 mei 1978, C-85/76, EU:C:1979:36, (*Hoffmann-La Roche/Commissie*), r.o. 59-60.

¹⁵² Gerecht 12 december 1991, T-30/89, EU:T:1991:70, (*Hilti AG/Commissie*), r.o. 92. Bevestigd in beroep in zaak C-53/92 P.

¹⁵³ Gerecht 6 oktober 1994, T-83/91, EU:T:1994:246, (*Tetra Pak II*), r.o. 109. Dit oordeel werd bevestigd in zaak C-333/94 P. Zie ook: Zaak AT.40153 – *E-Book MFNs and related matters (Amazon)*, 4 mei 2017, rnr. 53, 59. Zaak AT.39740 – *Google Search (Shopping)*, 27 juni 2017, rnr. 280. De dominante positie wordt niet betwist. Zie Gerecht 10 november 2021, T-612/17, EU:T:2021:763, (*Google/Commissie*), r.o. 180. Zaak AT.40099 – *Google Android*, 18 juli 2018, rnr. 433, 446.

een machtspositie, behoudens tegenbewijs van “*uitzonderlijke omstandigheden*”. Zo merkt het Gerecht bijvoorbeeld op:¹⁵⁴

“Op grond van al deze overwegingen is het Gerecht van oordeel, dat de Commissie mocht aannemen, dat Hilti een machtspositie bezat op de markt voor nagels, bestemd voor de door haar vervaardigde schiethamers.”
(Onderstreping toegevoegd, advocaat)

- 5.18 Kortom, het voorgaande betekent dat bij een marktaandeel van 50% of meer het vaststaat, behoudens tegenbewijs, dat een onderneming een dominante machtspositie op die markt bezit. Hiervoor hoeft geen nader onderzoek te worden gedaan. Zoals dadelijk zal worden toegelicht (paragraaf 5 sub E en paragraaf 5 sub F), is het marktaandeel van Apple 100%, zodat reeds op basis van deze factor de machtspositie van Apple vaststaat.

II. Potentiële concurrentiedruk van andere ondernemingen

- 5.19 De tweede factor betreft de potentiële concurrentiedruk. Dit ziet op het al dan niet bestaan van toetredingsdrempels tot de markt voor nieuwe en bestaande concurrenten.¹⁵⁵ Indien de toetredingsdrempels hoog zijn, is er eerder een machtspositie. De toetredingsdrempels kunnen bijvoorbeeld bestaan uit (i) hoge benodigde investeringen om de markt te betreden;¹⁵⁶ (ii) grote schaalvoordelen waarvan een nieuwkomer niet direct van zal kunnen profiteren;¹⁵⁷ (iii) een gesloten ecosysteem van de dominante onderneming¹⁵⁸ (iv) overstapkosten;¹⁵⁹ (v) financiële kracht en winstgevendheid van de dominante onderneming¹⁶⁰; en (vi) verticale integratie.¹⁶¹

III. Compenserende afnemersmacht

- 5.20 Ten slotte bestaat de derde factor uit de eventuele macht van afnemers. Indien de afnemers een sterke onderhandelingspositie hebben is er minder snel sprake van een

¹⁵⁴ Gerecht 12 december 1991, T-30/89, EU:T:1991:70, (*Hilti AG/Commissie*), r.o. 94.

¹⁵⁵ Mededeling van de Commissie - Richtsnoeren betreffende de handhavingsprioriteiten van de Commissie bij de toepassing van artikel 82 van het EG-Verdrag op onrechtmatig uitsluitingsgedrag door ondernemingen met een machtspositie (2009/C 45/02), rnr. 12 en 16-18.

¹⁵⁶ HvJ EU 14 februari 1978, C-27/76, ECLI:EU:C:1978:22, (*United Brands en Continentaal/Commissie*), r.o. 122.

¹⁵⁷ *Ibidem*.

¹⁵⁸ Zaak AT.40153 – *E-Book MFNs and related matters (Amazon)*, 4 mei 2017, rnr. 65 (2).

¹⁵⁹ Zaak AT.40099 – *Google Android*, 18 juli 2018, rnr. 709 e.v. (paragraaf 9.5.3 van het besluit).

¹⁶⁰ Gerecht 1 juli 2010, T-321/05, ECLI:EU:T:2010:266, (*AstraZeneca AB e.a. t. Commissie*), r.o. 284-286. Zaak 37.392 24 maart 2004, (*Microsoft*), rnr. 464. Dit besluit is bevestigd door het Gerecht in zaak T-201/04.

¹⁶¹ Zie bijvoorbeeld: Gerecht 30 januari 2007, T-340/03, ECLI:EU:T:2007:22, (*France Telecom t. Commissie*), r.o. 116-118. Dit oordeel werd door het HvJ EU bevestigd in zaak C-202/07.

machtspositie.¹⁶² Machtige afnemers kunnen ondernemingen immers afschrikken om bijvoorbeeld hun prijzen te verhogen.¹⁶³

D. Juridisch kader marktafbakening

I. Inleiding

- 5.21 Zoals hiervoor beschreven is de marktpositie van een onderneming, uitgedrukt in marktaandeel, een belangrijke indicatie voor een machtspositie. Voor het bepalen van marktaandelen is het echter (uiteraard) ook van belang om de relevante markt te bepalen waarop de onderneming actief is.¹⁶⁴ Het afbakenen van de relevante markt is een instrument om de concurrentiedruk te analyseren waarmee een onderneming wordt geconfronteerd.
- 5.22 De Commissie heeft met haar “*Bekendmaking inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijke mededingingsrecht*” (de “**Bekendmaking**”)¹⁶⁵ richtsnoeren gepubliceerd over de manier waarop relevante markten afgebakend kunnen worden. De Europese rechter gebruikt de Bekendmaking eveneens in haar beoordeling.¹⁶⁶ De Stichting heeft deze Bekendmaking als uitgangspunt genomen.
- 5.23 Een relevante markt heeft zowel een productcomponent als een geografische component. Een product- of dienstenmarkt¹⁶⁷ bestaat uit de producten die in voldoende mate alternatieven (of: substituten) zijn voor afnemers.¹⁶⁸ Wanneer een product in onvoldoende mate een substituut is bevindt deze zich op een andere relevante markt. Substitutie kan zowel vanuit de afnemer (de vraagkant) als de aanbodkant (de leverancier) bekeken worden, waarbij de vraagzijde de belangrijkste factor is.¹⁶⁹ Een relevante markt heeft ook een geografische component, die bestaat uit het gebied waarbinnen de concurrentievoorwaarden voldoende homogeen zijn.

¹⁶² Zie de definitie van dominante positie: HvJ EU 9 november 1983, C-322/81, ECLI:EU:C:1983:313, (*Nederlandsche Banden Industrie Michelin t. Commissie*), r.o. 30. Zie ook Gerecht 7 oktober 1999, T-228/97, ECLI:EU:T:1999:246, (*Irish Sugar Plc t. Commissie*), r.o. 97-104.

¹⁶³ Mededeling van de Commissie - Richtsnoeren betreffende de handhavingsprioriteiten van de Commissie bij de toepassing van artikel 82 van het EG-Verdrag op onrechtmatig uitsluitingsgedrag door ondernemingen met een machtspositie (2009/C 45/02), nr. 18.

¹⁶⁴ HvJ EU 14 februari 1978, C-27/76, ECLI:EU:C:1978:22, (*United Brands en Continentaal/Commissie*), r.o. 10-11; HvJ EU 13 mei 1978, C-85/76, ECLI:EU:C:1979:36, (*Hoffmann-La Roche/Commissie*), r.o. 38-39; HvJ EU 9 november 1983, C-322/81, ECLI:EU:C:1983:313, (*Nederlandsche Banden Industrie Michelin t. Commissie*), r.o. 37; Gerecht 6 oktober 1994, T-83/91, ECLI:EU:T:1994:246, (*Tetra Pak II*), r.o. 63.

¹⁶⁵ Bekendmaking van de Commissie inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijke mededingingsrecht, 9 december 1997, (97/C 372/03).

¹⁶⁶ Gerecht 15 december 2010, T-427/08, ECLI:EU:T:2010:517, (*CEAHR t. Commissie*), r.o. 66-72, 80, 84, 115 en 118. Gerecht 28 april 2010, T-446/05, ECLI:EU:T:2010:165, (*Amman & Sohne e.a. t. Commissie*), r.o. 59-80. Gerecht 30 januari 2007, T-340/03, ECLI:EU:T:2007:22, (*France Télécom SA t. Commissie*), r.o. 81 en 86.

¹⁶⁷ De Stichting zal in het vervolg steeds verwijzen naar productmarkt, het concept is echter op dezelfde wijze van toepassing op diensten.

¹⁶⁸ HvJ EU 13 mei 1978, C-85/76, ECLI:EU:C:1979:36, (*Hoffmann-La Roche/Commissie*), r.o. 28; HvJ EU 23 januari 2018, C-179/16, ECLI:EU:C:2018:25, (*F. Hoffmann-La Roche and Others*), r.o. 51. Gerecht 24 mei 2012, T-111/08, ECLI:EU:T:2012:260, (*MasterCard t. Commissie*), r.o. 170. Zie ook de Bekendmaking, p. 5.

¹⁶⁹ Gerecht 4 juli 2006, T-177/04, ECLI:EU:T:2006:187, (*easyJet Airline t. Commissie*), r.o. 99. Commissie besluit 18 juli 2018, AT.40099 (*Google Android*), nr. 213, Bekendmaking, nr. 13.

II. Substitueerbaarheid aan de vraagzijde

- 5.24 Het onderzoek naar de substitueerbaarheid aan de vraagzijde houdt in dat wordt vastgesteld welke producten door de afnemer als alternatieven worden beschouwd.¹⁷⁰ Het Gerecht merkt hierbij op dat producten een afzonderlijke markt vormen als zij bijzondere productkenmerken hebben waardoor zij specifiek geschikt zijn voor het doel waarvoor zij worden gebruikt, of geschikt op grond van hun gebruik.¹⁷¹
- 5.25 Ter illustratie: in de *United Brands* uitspraak oordeelde het HvJ EU over de substitueerbaarheid tussen een appel (het fruit) en een banaan. Het HvJ EU overwoog dat deze twee producten zich niet op dezelfde markt bevonden omdat bepaalde groepen consumenten appels en bananen niet als onderling verwisselbaar beschouwen. Met name voor kinderen, ouderen en zieken is een banaan makkelijker handelbaar vanwege onder meer haar zachtheid.¹⁷² Appels en bananen bevinden zich aldus op afzonderlijke relevante markten.
- 5.26 De substitueerbaarheid aan de vraagzijde kan worden bepaald door de reactie van afnemers op een hypothetische kleine duurzame wijziging van de prijs van het betrokken product. Als afnemers door deze hypothetische prijswijziging overschakelen op een ander product of product uit een ander gebied, dan kan dit product of gebied worden aangemerkt als een substitutie-product of substitutie-gebied. Deze substituten zullen vervolgens worden opgenomen in de relevante productmarkt.¹⁷³ Dit wordt ook wel de SSNIP-test genoemd.¹⁷⁴
- 5.27 Overigens heeft de Europese rechter geoordeeld dat deze methode slechts één van de (economische) methodes is die tot de beschikking staat van de Commissie (of in dit geval de Stichting en de rechtbank) bij het bepalen van de relevante markt. In sommige gevallen kan de methode ook ongeschikt zijn.¹⁷⁵
- 5.28 Substitueerbaarheid aan de vraagzijde kan op directe of indirecte wijze onderzocht worden. Direct bewijs voor substitutie kan worden aangetoond door gedragingen van consumenten in het (recente) verleden. Als consumenten in het verleden op prijsveranderingen hebben gereageerd door te wisselen van product is dat een indicatie van substitueerbaarheid aan de vraagzijde. Als geen direct bewijs

¹⁷⁰ Gerecht 28 april 2010, T-446/05, ECLI:EU:T:2010:165, (*Amman & Sohne e.a. t. Commissie*), r.o. 55.

¹⁷¹ Gerecht 28 april 2010, T-446/05, ECLI:EU:T:2010:165, (*Amman & Sohne e.a. t. Commissie*), r.o. 58. Gerecht 11 januari 2017, T-699/14, (*Topps Europe Ltd t. Commissie*) ECLI:EU:T:2017:2, r.o. 81.

¹⁷² HvJ EU 14 februari 1978, C-27/76, ECLI:EU:C:1978:22, (*United Brands en Continentaal/Commissie*), r.o. 29, 30 en 35.

¹⁷³ Gerecht 30 januari 2007, T-340/03, ECLI:EU:T:2007:22, (*France Télécom SA t. Commissie*), r.o. 87. Bekendmaking, nr. 15-19. Zie ook Gerecht 15 december 2010, T-427/08, ECLI:EU:T:2010:517, (*CEAHR t. Commissie*), r.o. 69.

¹⁷⁴ SSNIP staat voor "Small but Significant Non-transitory Increase in Prices".

¹⁷⁵ Bijvoorbeeld in de situatie van de zogenoemde 'cellophane fallacy'. In een dergelijke situatie heeft de betrokken onderneming al een virtueel monopolie en zijn de prijzen al op dermate niet-competitief (hoog) niveau dat het overstappen van consumenten bij een SSNIP-prijsverandering toch geen goede methode is voor het bepalen van de relevante markt. Gerecht 11 januari 2017, T-699/14, (*Topps Europe Ltd t. Commissie*) ECLI:EU:T:2017:2, r.o. 82. Bekendmaking, nr. 25.

beschikbaar is, is indirect bewijs noodzakelijk. Hiervoor kunnen zowel kwantitatieve als kwalitatieve analyses worden gebruikt.¹⁷⁶

III. Substitueerbaarheid aan de aanbodzijde

- 5.29 Van substitueerbaarheid aan de aanbodzijde is sprake als leveranciers bij een prijsstijging van het relevante product op korte termijn een alternatief op de markt kunnen brengen, zonder grote kosten of risico's en hiermee een serieus tegenwicht kunnen vormen voor de reeds op deze markt aanwezige leveranciers.¹⁷⁷
- 5.30 Van substitueerbaarheid kan bijvoorbeeld sprake zijn als ondernemingen een breed assortiment kwaliteiten of soorten van één product op de markt brengen. Zelfs wanneer deze producten voor één bepaalde eindafnemer of consument niet inwisselbaar zijn, worden deze verschillende soorten van één product tot één productmarkt gerekend indien de te onderscheiden soorten product onmiddellijk en zonder aanzienlijke verhoging van de kosten, op de markt kunnen worden aangeboden en verkocht.¹⁷⁸ Indien er wel aanzienlijke aanpassingen en investeringen moeten worden gemaakt die veel tijd kosten, dan is er geen sprake van substitueerbaarheid.

IV. Geografische markt

- 5.31 De relevante geografische markt is het gebied waarbinnen de concurrentievoorwaarden gelijk of voldoende homogeen zijn. Het hoeft dus niet volstrekt homogeen te zijn. Alleen de gebieden waarin de objectieve concurrentievoorwaarden heterogeen zijn, kunnen niet als een uniforme markt worden beschouwd.¹⁷⁹
- 5.32 De relevante geografische markt omvat het gebied waar consumenten een product en haar alternatieven kunnen afnemen en waarin leveranciers hun product leveren of gemakkelijk kunnen leveren met een aanpassing van het productieproces. Verder kunnen ook factoren zoals nationale voorkeuren of voorkeuren voor nationale merken, taal, cultuur en levensstijl, wetgeving en de noodzaak van een plaatselijke aanwezigheid van belang zijn.¹⁸⁰
- 5.33 Afhankelijk van de homogeniteit van de concurrentievoorwaarden tussen verschillende gebieden kan de relevante geografische markt bijvoorbeeld wereldwijd, EU-wijd, nationaal of regionaal zijn.

E. Apple heeft een machtspositie op de markt voor de distributie van apps op iOS

¹⁷⁶ Commissie besluit 18 juli 2018, AT.40099 (*Google Android*), rnr. 210 e.v.

¹⁷⁷ Gerecht 28 april 2010, T-446/05, ECLI:EU:T:2010:165, (*Amman & Sohne e.a. t. Commissie*), r.o. 57, Gerecht 30 september 2003, T-191/98, ECLI:EU:T:2003:245, (*Atlantic Container Line AB e.a. t. Commissie*), r.o. 829. Bekendmaking, rnr. 20.

¹⁷⁸ Bekendmaking, rnr. 21.

¹⁷⁹ Bekendmaking, rnr. 8. Zie tevens HvJ EU 14 februari 1978, C-27/76, ECLI:EU:C:1978:22, (*United Brands en Continentaal/Commissie*), r.o. 11 en 53, Gerecht 21 oktober 1997, T-229/94, ECLI:EU:T:1997:155, (*Deutsche Bahn t. Commissie*), r.o. 92 en Commissie besluit 18 juli 2018, AT.40099 (*Google Android*), rnr. 400-401.

¹⁸⁰ Bekendmaking, rnr. 46.

I. Inleiding

- 5.34 Na in de voorgaande twee paragrafen het juridisch kader uiteen te hebben gezet, past de Stichting dit toe op de feiten van deze zaak. De conclusie is dat de relevante markten bestaan uit de markt voor de distributie van apps op iOS en de markt voor betalingsverwerking op iOS en dat Apple op deze markten een machtspositie heeft. Apple's machtspositie volgt reeds uit het feit dat Apple een 100% marktaandeel heeft op de relevante markten. Bovendien bevestigen ook andere factoren dat Apple een machtspositie heeft. De Stichting zal in deze paragraaf de machtspositie van Apple op markt voor de distributie van apps op iOS toelichten en in de volgende paragraaf de markt voor betalingsverwerking op iOS.

II. De relevante markt is distributie van apps op iOS

- 5.35 Zowel consumenten als app ontwikkelaars hebben geen alternatieven voor de distributie van apps op iOS. Doordat er geen substituten zijn is de markt tot de distributie van apps op iOS beperkt.

Geen alternatieven voor app ontwikkelaars

- 5.36 App ontwikkelaars hebben geen substituten ter beschikking voor de distributie van hun apps indien zij consumenten willen bereiken met een iPhone of iPad.

- 5.37 Ten eerste is distributie via andere app stores geen alternatief. Als app ontwikkelaars niet distribueren via de Apple App Store (de enige app store op iOS), en uitsluitend via andere app stores buiten iOS, dan verliezen zij ten eerste al hun iPhone- en iPad-klanten, en de daarmee samenhangende opbrengsten. De iOS app-gebruiker is een 'high-end' gebruiker. De iOS app-gebruiker is bereid om meer geld uit te geven aan apps dan bijvoorbeeld een Android app-gebruiker.¹⁸¹ Het stoppen met distribueren op iOS heeft aldus een aanzienlijk verlies tot gevolg voor app ontwikkelaars. Het is voor app ontwikkelaars namelijk belangrijk om hun apps in zowel op iOS (in de Apple App Store) als op Android (in de Google Play Store) aan te bieden ('multi-homing') in plaats van op slechts een van deze besturingssystemen ('single-homing'). Door *multi-homing* kunnen app ontwikkelaars 99% van alle smartphone gebruikers bereiken. Kiezen app ontwikkelaars voor *single-homing*, dan missen zij dus een groot gedeelte van hun potentiële gebruikers.¹⁸²

- 5.38 Ten tweede dienen zij, voor zover zij niet al actief zijn op alternatieve besturingssystemen, opnieuw te investeren in de ontwikkeling van hun app. Voor een alternatief besturingssysteem dient namelijk een aangepaste app gemaakt te worden. Dit vereist de nodige investeringen (zowel in tijd als geld).¹⁸³

Geen alternatieven voor consumenten

- 5.39 Ook voor iPhone en iPad gebruikers bestaan er geen alternatieven voor het aanschaffen van apps op iOS. Indien consumenten apps willen kopen op een ander

¹⁸¹ Productie SCCC - 0011: ACM rapport, Market study into mobile app stores d.d. 11 april 2019, p. 52.

¹⁸² *Ibid.*

¹⁸³ Productie SCCC - 0011: ACM rapport, Market study into mobile app stores d.d. 11 april 2019, p. 52. Productie SCCC - 0036: Brattle, *Consumer Harm Resulting from Apple's Anticompetitive Practices related to the iOS App Store*, maart 2022, nr. 19.

besturingssysteem dan iOS, dan dienen zij over te stappen naar een andere telefoon of tablet. Het is tegelijk niet realistisch dat een consument bij een verhoging van commissies in iOS app stores besluit een andere telefoon te kopen, en dus besluit om daadwerkelijk over te stappen.

- 5.40 De kosten van een andere smartphone zijn namelijk al snel ca. EUR 360,- (waarbij nog de aanmerking moet gelden dat deze goedkopere, alternatieve smartphone door de gemiddelde consument niet zal worden gezien als een gelijkwaardig alternatief voor de iPhone).¹⁸⁴ De kosten om een andere telefoon te kopen zijn aanzienlijk hoger dan de verhoogde prijs van de app. Het is dus niet aannemelijk dat een consument bij verhoging van de commissie door Apple in de Apple App Store zal overstappen naar een andere telefoon of tablet met een ander besturingssysteem.
- 5.41 Bovendien wordt een consument die wisselt van besturingssysteem geconfronteerd met (i) het verlies van de reeds gedownloade apps; en (ii) een tijdsinvestering om te wennen aan het gebruik van een ander besturingssysteem. Consumenten wisselen dan ook zelden van besturingssysteem.¹⁸⁵ Ook de ACM stelt vast dat:¹⁸⁶
- “[...] switching behavior between app-ecosystems is also infrequent due to high switching costs formed by the app-ecosystem that is not compatible with other app-ecosystems, defined as path dependency. The app stores and apps that consumers already use and have downloaded play their part in raising switching costs. [...] So consumers are locked into the app-ecosystem.”* (onderstreping toegevoegd, advocaat)
- 5.42 Er zijn ook geen realistische mogelijkheden voor consumenten om de aankoop van apps via iOS te omzeilen door (i) het gebruik van web apps; of (ii) side-loading.
- 5.43 Gebruik van web apps houdt in dat de gebruiker een programma gebruikt via een webbrowser, door een websitenaam in te tikken via een URL of door te zoeken via een internetzoekmachine. Een voorbeeld hiervan is Outlook.com. Een gebruiker logt via een internetpagina in op diens Outlook e-mail en verstuurt en ontvangt van daaruit e-mailberichten. Dit is geen alternatief omdat web apps minder gebruiksvriendelijk zijn dan de reguliere ‘native’-apps die worden gedownload in de Apple App Store. Ook bieden web apps minder mogelijkheden voor unieke functies en worden web apps niet opgeslagen op het apparaat. Verder heeft een web app een minderwaardige prestatie en langere laadtijden ten opzichte van ‘native-apps’ en tenslotte kunnen web apps niet worden bezocht wanneer een gebruiker offline is of geen internetbereik heeft.¹⁸⁷
- 5.44 Side-loading is het installeren van apps op een smartphone zonder gebruik te maken van de officiële distributiekanaal voor apps (de officiële app store). Side-loading is

¹⁸⁴ Voor 2020. Zie Productie SCCC – 0019: CMA rapport, Mobile ecosystems - market study interim report met bijlagen, d.d. 14 december 2021, nr. 4.187. Op basis van de wisselkoers op 8 maart 2022.

¹⁸⁵ Productie SCCC - 0011: ACM rapport, Market study into mobile app stores d.d. 11 april 2019, p. 53; Productie SCCC – 0019: CMA rapport, Mobile ecosystems - market study interim report met bijlagen, d.d. 14 december 2021, nr. 3.82. Productie SCCC - 0036, Brattle, Consumer Harm Resulting from Apple's Anticompetitive Practices related to the iOS App Store, maart 2022, nr. 18.

¹⁸⁶ Productie SCCC - 0011: ACM rapport, Market study into mobile app stores d.d. 11 april 2019, p. 56.

¹⁸⁷ *Ibid.*, p. 43.

geen alternatief omdat slechts een zeer beperkte groep consumenten de technische kennis heeft om de iPhone of iPad te ‘hacken’ en apps op deze wijze te downloaden.¹⁸⁸ Met side-loading komt bovendien de veiligheid van gebruikersgegevens in gevaar en gedownloade apps dienen vaak wekelijks opnieuw geïnstalleerd te worden.¹⁸⁹

- 5.45 De ACM bevestigt in haar marktstudie dat web apps en side-loading geen alternatieven zijn voor de Apple App Store. De ACM concludeert:

“In conclusion, the browser or web-apps cannot be considered a realistic alternative to most native apps since their functionality and usability is limited compared with native apps, especially on iOS. It is also a lot harder to reach an audience with a web app since there is no central distribution point where consumers come to search for web-apps.”¹⁹⁰

“For consumers, sideloading is not possible on iOS. Sideloading might be a realistic alternative on Android, but only for apps that already have a large brand awareness and established user bases.”¹⁹¹

- 5.46 Ook Brattle stelt vast dat web apps en side-loading geen daadwerkelijke alternatieven zijn voor ‘native-apps’:¹⁹²

“I have considered whether app developers could bypass the iOS App Store and serve iOS users directly through either side-loading, pre-installing apps or web-apps. However, these do not seem credible alternatives for app-developers or consumers. Side-loading would require a certain amount of technical expertise from iOS users and the apps might need to be reinstalled every week. The security of the smartphone may also be compromised. Pre-installing an app from a device manufacturer or app provider is not possible on iOS mobile devices given that Apple controls both the hardware and the iOS App store. Although it is theoretically possible for an app developer to provide web-apps, it is unlikely that this would be a credible alternative given the lower quality and technical functionality of web-apps, as well as the worse user experiences.”

- 5.47 Consumenten zijn voor de distributie van apps aldus *locked-in* op hun iOS besturingssysteem en het overschakelen naar een ander besturingssysteem is geen alternatief.

- 5.48 Uit het voorgaande volgt dat de relevante productmarkt bestaat uit de markt voor de distributie van apps op iOS.

¹⁸⁸ Productie SCCC - 0011: ACM rapport, Market study into mobile app stores d.d. 11 april 2019, p. 45-56. Productie SCCC - 0019: CMA rapport, Mobile ecosystems - market study interim report met bijlagen, d.d. 14 december 2021, rnr. 4.92-4.96; Productie SCCC - 0036: Brattle, Consumer Harm Resulting from Apple's Anticompetitive Practices related to the iOS App Store, maart 2022, rnr. 20.

¹⁸⁹ *Ibidem.*

¹⁹⁰ Productie SCCC - 0011: ACM rapport, Market study into mobile app stores d.d. 11 april 2019, p. 44.

¹⁹¹ *Ibid.*, p. 4.

¹⁹² Productie SCCC - 0032: Brattle, Consumer Harm Resulting from Apple's Anticompetitive Practices related to the iOS App Store, maart 2022, rnr. 20.

Geografische markt

- 5.49 De markt voor de distributie van iOS-apps is ten minste EU-wijd. App ontwikkelaars kunnen hun apps desgewenst EU-wijd of zelfs wereldwijd aanbieden. Zij kunnen eenvoudig doorgeven aan Apple of zij hun app alleen willen aanbieden in de Nederlandse App Store, of breder.¹⁹³
- 5.50 Ook volgens de Commissie zijn de toetredingsdrempels voor app store aanbieders wereldwijd laag en staan de taalverschillen tussen verschillende geografische gebieden app store aanbieders niet in de weg.¹⁹⁴

"413. First, barriers to entry are low in most of the regions of the world. SFR, for example, stated: "appstores are developed, installed and distributed on a global scale, by companies that intend to offer their services on an international basis." Similarly, Amazon indicated that "[...] outside of China, there are no technological differences, trade barriers or legal barriers that would mean that some providers only compete on a narrower basis." Aptoide also stated that "Mobile App Stores operate globally except in markets where there are some restrictions (China)." Nokia also stated that "[...] select countries may have trade compliance issues or certain technical and/or business requirements that make it challenging to enter such markets (e.g. China)."

414. Second, the fact that there are language differences between different geographic areas does not appear to create obstacles for app store developers. As stated by ZTE, "Although providers will customize some apps to meet the local requirements, it does not contradict their identity as worldwide operators. Consumers don't care about provider's operation method as long as their requirements are satisfied." In addition, according to Huawei, "Generally speaking, competition takes place at a worldwide level because this is at that level that most of the apps in the appstore compete. For instance, customers in UK and USA will download the same version of gaming applications, such as Angry Birds. Some of applications like news-related ones may compete at a regional level, but their number is limited." (onderstreping toegevoegd, advocaat)

- 5.51 Het vertalen van teksten van en naar Europese talen is doorgaans eenvoudig en bovendien kosteloos via publiek toegankelijke vertaalmachines zoals DeepL.¹⁹⁵ Ook zijn binnen de EU (concurrentie-)voorwaarden vrijwel gelijk, en is er sprake van Europese regulering voor online tussenhandelsdiensten zoals de distributie van apps via app stores.¹⁹⁶

¹⁹³ Zie: <https://developer.apple.com/forums/thread/95355>

¹⁹⁴ Zaak AT.40099 – Google Android, 18 juli 2018, nr. 413-414.

¹⁹⁵ Zie: <https://www.deepl.com/en/translator>.

¹⁹⁶ Verordening 2019/1150 van 20 juni 2019 ter bevordering van billijkheid en transparantie voor zakelijke gebruikers van onlinetussenhandelsdiensten ("P2B Verordening"), art. 2 lid 3: 'onlinetussenhandelsdienstverlener': elke natuurlijke of rechtspersoon die onlinetussenhandelsdiensten aan zakelijke gebruikers levert of aanbiedt die te leveren.

5.52 Ook vanuit de vraagzijde is de markt ten minste EU-wijd. Consumenten kopen apps van app ontwikkelaars in heel Europa, en daarbuiten. De meest gedownloade betaalde en onbetaalde apps in 2021 in Nederland zijn gemaakt in Zweden¹⁹⁷, de Verenigde Staten¹⁹⁸ en Nederland.¹⁹⁹

5.53 Dat de geografische markt voor app distributie op iOS ten minste EU-breed is wordt bevestigd door Brattle. Brattle concludeert, op grond van het beschikbare bewijs en de Commissie praktijk:²⁰⁰

“Based on the evidence I reviewed, as well as the European Commission reasoning in the Google Android decision, I conclude that the relevant geographic market for the iOS app distribution market is at least EU-wide.”

5.54 De markt voor de distributie van apps op iOS is aldus tenminste EU-wijd. Overigens is de afbakening van de precieze geografische markt niet relevant nu Apple, zoals hierna nader beschreven, op elke mogelijke geografische markt een 100% marktaandeel heeft op de markt voor distributie van apps op iOS. Of dit nu een nationale, EU-wijde of wereldwijde geografische markt betreft.

III. Apple heeft een 100% marktaandeel op de markt voor app distributie op iOS

5.55 Apple heeft een 100% marktaandeel op de markt voor app distributie op iOS omdat zij contractueel en technisch geen alternatieve app stores toestaat (zie hiervoor, paragraaf 3 sub C).

5.56 Ook de ACM en de CMA komen tot deze conclusie.²⁰¹ De CMA overweegt:²⁰²

“Apple’s App Store is pre-installed on iOS devices; and is the only approved app store. In addition, Apple does not allow the distribution of apps whose primary purpose is to distribute a competing app store.”

5.57 Dit betekent dat Apple geen concurrentie heeft op iOS en er geen disciplinerende werking bestaat op het gedrag van Apple. De CMA stelt vast:²⁰³

“As noted above, Apple does not allow third-party app stores on iOS devices and as set out below, the sideloading of alternative app stores is not a credible

¹⁹⁷ Minecraft App (avontuurspel) gemaakt door ‘Mojang AB’ uit Zweden - <https://www.minecraft.net/en-us/terms>.

¹⁹⁸ Among Us (actiespel) gemaakt door Innersloth uit Seattle, VS - <https://www.innersloth.com/press-kit/>.

¹⁹⁹ CoronaCheck app (gezondheid) en DigiD app (productiviteit), beiden gemaakt door de Nederlandse Rijksoverheid - <https://apps.apple.com/nl/app/coronacheck/id1548269870> en <https://apps.apple.com/nl/app/digid/id1208460960>.

²⁰⁰ Productie SCCC - 0036: Brattle, Consumer Harm Resulting from Apple’s Anticompetitive Practices related to the iOS App Store, maart 2022, rnr. 23.

²⁰¹ Productie SCCC - 0020: ACM, Samenvatting besluit misbruik van economische machtspositie door Apple, d.d. 24 augustus 2021, rnr. 12. Zie ook paragraaf 3 sub C.

²⁰² Productie SCCC - 0019: CMA rapport, ‘Mobile ecosystems - market study interim report’ met bijlagen, d.d. 14 december 2021, rnr. 4.16. Zie ook paragraaf 3 sub C en bijvoorbeeld Productie SCCC - 0020: ACM, Samenvatting besluit misbruik van economische machtspositie door Apple, d.d. 24 augustus 2021, rnr. 12.

²⁰³ Productie SCCC - 0019: CMA rapport, ‘Mobile ecosystems - market study interim report’ met bijlagen, d.d. 14 december 2021, rnr 4.57.

option. This means that there are currently no rival app stores on iOS devices and no prospect of new entry such that Apple does not face a constraint from alternative app stores on iOS devices.” (Onderstreping toegevoegd, advocaat)

- 5.58 Net zoals de CMA stelt ook de ACM vast dat Apple geen concurrentie heeft voor de distributie van apps op iOS en een 100% marktaandeel heeft.²⁰⁴ De vaststelling van de ACM is bevestigd door de rechtbank Rotterdam. De rechtbank Rotterdam oordeelt:²⁰⁵

“[...] Apple staat op haar slimme mobiele apparaten geen alternatieve appstores toe. Apple is dus de enige partij die appstorediensten aanbiedt (marktaandeel van 100%) en toetreding door andere partijen is niet mogelijk. [...]”

“De voorzieningenrechter is van oordeel dat de ACM op goede gronden heeft aangenomen dat er sprake is van een economische machtspositie op de relevante markt voor appstorediensten op het mobiele besturingssysteem iOS ten behoeve van datingappaanbieders. [...]”

- 5.59 Het Inbreukbesluit en (daardoor) de uitspraak van de rechtbank Rotterdam gaan over de distributie van datingapps maar de analyse van de ACM en de voorzieningenrechter geldt net zo zeer, en op dezelfde wijze voor andere apps (zie hiervoor, paragraaf 4 sub B). Immers, voor app ontwikkelaars die andere apps aanbieden dan dating-apps bestaat er om dezelfde redenen als genoemd door de ACM en de rechtbank geen alternatief.

IV. Tussenconclusie: Apple heeft op basis van haar marktaandeel een machtspositie op de markt voor distributie van apps op iOS

- 5.60 Uit het voorgaande blijkt dat de relevante markt de markt is voor distributie van apps op iOS en dat Apple op deze markt een 100% marktaandeel heeft op iedere mogelijke geografische markt en derhalve ook in Nederland en de EU. Dit brengt met zich mee dat ervan moet worden uitgegaan dat sprake is van een dominante positie op iedere mogelijke geografische markt en derhalve ook in Nederland en de EU.²⁰⁶ Het ligt op het pad van Apple om overtuigend tegenbewijs te leveren dat geen sprake is van een machtspositie op de genoemde markten (en dat bewijs *kan* niet worden geleverd, gegeven de feiten).

V. Andere factoren bevestigen machtspositie Apple

- 5.61 Vanwege de presumptie van een dominante positie op basis van het marktaandeel van Apple hoeft de Stichting geen verdere onderbouwing aan te dragen voor het feit dat Apple een dominante positie heeft. Toch geeft de Stichting, geheel ten overvloede,

²⁰⁴ Productie SCCC - 0020: ACM, Samenvatting besluit misbruik van economische machtspositie door Apple, d.d. 24 augustus 2021, nr. 13.

²⁰⁵ Voorzieningenrechter rechtbank Rotterdam 24 december 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:12851, r.o. 7-8.

²⁰⁶ HvJ EU 3 juli 1991, C-62/86, ECLI:EU:C:1991:286, (*AKZO/Commissie*), r.o. 60, Gerecht 12 december 1991, T-30/89, ECLI:EU:T:1991:70, (*Hilti AG/Commissie*), r.o. 92; Gerecht 30 september 2003, T-191/98, T-212/98–T-214/98, ECLI:EU:T:2003:245, (*Atlantic Container Line/Commissie*), r.o. 907, Gerecht 25 juni 2010, T-66/01, ECLI:EU:T:2010:255, (*Imperial Chemical Industries/Commissie*), r.o. 256-257 en Gerecht 29 maart 2012, T-336/07, ECLI:EU:T:2012:172, (*Telefónica/Commissie*), r.o. 150.

een verdere onderbouwing. Zij wijst erop dat ook de toetredingsdrempels en de afwezigheid van compenserende afnemersmacht de machtspositie van Apple onderschrijven.

Hoge toetredingsdrempels

- 5.62 De bestaande toetredingsdrempels bevestigen dat Apple een dominante positie bezit. Immers, Apple laat met haar beperkingen (zie paragraaf 3 sub C) geen enkele concurrentie toe op iOS. Hierdoor bestaat er een onoverkomelijke toetredingsdrempel voor (potentiële) concurrenten.

Geen compenserende afnemersmacht

- 5.63 App ontwikkelaars bezitten geen enkele compenserende afnemersmacht. Dit wordt bevestigd door de ACM marktstudie. Apple dwingt app ontwikkelaars om alle voorwaarden te accepteren ("*take-it-or-leave-it*"). Zelfs voor grote ondernemingen als Spotify en Netflix is het vrijwel onmogelijk om andere voorwaarden te onderhandelen.²⁰⁷
- 5.64 Kortom, ook als er gekeken wordt naar andere factoren dan het 100% marktaandeel, is het duidelijk dat Apple een dominante positie heeft op de Nederlandse en de EU-brede markt voor distributie van apps op iOS.

VI. Conclusie: Apple heeft een machtspositie op de markt voor app distributie op iOS

- 5.65 Apple heeft een dominante positie op de EU-brede markt voor distributie van apps op iOS. Dit blijkt ten eerste uit het marktaandeel van Apple. Omdat Apple 100% marktaandeel op de markt voor app distributie heeft op iOS is de presumptie van een machtspositie van toepassing.
- 5.66 Er bestaat voor Apple geen bedreiging van toekomstige uitbreiding door bestaande concurrenten of door toetreding van potentiële concurrenten. Er is immers geen concurrentie zolang Apple deze uitsluit. Ook afnemers bieden geen tegenmacht. App ontwikkelaars kunnen niet anders dan accepteren wat Apple hen aanbiedt, er bestaan immers geen alternatieven om consumenten met een iPhone of iPad te bereiken. Ook dit onderstreept het feit dat Apple een dominante positie heeft op de markt voor app distributie op iOS.

F. Apple heeft een machtspositie op de markt voor betalingsverwerking op iOS

I. Inleiding

- 5.67 Apple heeft ook een machtspositie op de markt voor betalingsverwerking op iOS. Ook hier geldt: er is sprake van een (minstens) EU-brede markt voor betalingsverwerkingsdiensten op iOS en Apple laat geen concurrentie toe op deze

²⁰⁷ Productie SCCC - 0011: ACM rapport, Market study into mobile app stores d.d. 11 april 2019, p. 68-69.

markt. Er bestaan daardoor geen realistische alternatieven voor betalingsverwerkingsdiensten op iOS en Apple heeft een 100% marktaandeel.²⁰⁸

II. De relevante markt is betalingsverwerking op iOS

Productmarkt - substitueerbaarheid aan de vraagzijde

- 5.68 Apple heeft haar iOS ecosysteem afgesloten van concurrentie van buiten iOS.²⁰⁹
- 5.69 Apple verbiedt app ontwikkelaars om consumenten in apps te wijzen op alternatieve betalingsmogelijkheden buiten iOS.²¹⁰ App ontwikkelaars en consumenten die willen uitwijken naar een betalingsmogelijkheid buiten iOS dienen uit te wijken naar een apparaat met een ander besturingssysteem dan iOS of naar een web browser. Dit zijn geen reële substituten. Ten eerste is het veel omslachtiger om op een dergelijke alternatieve wijze te betalen. Ten tweede heeft niet iedere app ontwikkelaar en/of consument toegang tot een alternatief besturingssysteem. Ten derde zijn consumenten doorgaans niet bekend met alternatieve betalingsmogelijkheden omdat Apple app ontwikkelaars verbiedt om consumenten hierover te informeren via hun app.²¹¹
- 5.70 Aldus is er geen substitueerbaarheid mogelijk aan de vraagzijde. De relevante markt is hierdoor beperkt tot betalingsverwerking op iOS.

Productmarkt - substitueerbaarheid aan de aanbodzijde

- 5.71 Om dezelfde redenen als aan de vraagzijde bestaat er ook geen substitueerbaarheid aan de aanbodzijde voor betalingsverwerkingsdiensten op iOS. Alternatieve betalingsverwerkers hebben geen toegang tot app ontwikkelaars en consumenten op iOS omdat zij door Apple uitgesloten worden van concurrentie op iOS, en app ontwikkelaars en consumenten ook niet via apps kunnen informeren over alternatieve betalingsmogelijkheden buiten iOS. Apple heeft op deze wijze haar iOS ecosysteem afgesloten van concurrentie, en de markt is aldus beperkt tot betalingsverwerking op iOS.

Geografische markt

- 5.72 De geografische markt voor betalingsverwerkingsdiensten op iOS is ten minste EU-wijd. Ten eerste is het regulerend kader in de EU homogeen. Zo is bijvoorbeeld de PSD2 Richtlijn²¹² net als andere EU wet- en regelgeving van toepassing binnen de EU en creëren dergelijke regels een gelijk speelveld binnen de EU.

²⁰⁸ Zie ook bijvoorbeeld: Productie SCCC – 0019: CMA rapport, 'Mobile ecosystems - market study interim report' met bijlagen, d.d. 14 december 2021, rnr. 6.181. Dit met uitzondering van betalingsverwerking van 'fysieke' producten en diensten waarvoor Apple wel concurrentie toelaat. Voor dergelijke fysieke producten biedt Apple echter geen Apple IAP aan. Dus dit is niet relevant voor de onderstaande analyse (zie nader paragraaf 3 sub C).

²⁰⁹ Productie SCCC - 0011: ACM rapport, Market study into mobile app stores d.d. 11 april 2019, p. 51.

²¹⁰ Productie SCCC – 0019: CMA rapport, 'Mobile ecosystems - market study interim report' met bijlagen, d.d. 14 december 2021, rnr. 6.216.

²¹¹ Zie ook paragraaf 3 sub C.

²¹² Richtlijn (EU) 2015/2366 van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2015 betreffende betalingsdiensten in de interne markt, houdende wijziging van de Richtlijnen 2002/65/EG, 2009/110/EG

- 5.73 Ten tweede zijn app ontwikkelaars vaak EU-wijd of zelfs wereldwijd actief en zoeken dus in dit geografisch gebied naar (één of meerdere) betalingsverwerkingsaanbieders die hen het beste kunnen helpen. Het is voor app ontwikkelaars het meest efficiënt om hierbij een betalingsverwerker te kiezen die ook EU-wijd of wereldwijd actief is.
- 5.74 Ten derde, vanuit de aanbodzijde gezien, opereren betalingsverwerkingsaanbieders internationaal. Zo opereert PayPal in 200 markten in meer dan 100 valuta's in een wereldwijd netwerk. Daarbij horen 24 miljoen webwinkels als klant en 346 miljoen consumenten.²¹³ Adyen handelt in meer dan 30 valuta's en is ook wereldwijd actief in Noord en Zuid-Amerika, Europa, een groot deel van Azië, Oceanië, het Midden-Oosten en Afrika. PayPal en Adyen hebben ook wereldwijd kantoren. Hieruit volgt dat over het algemeen de nationale toetredingsdrempels voor dit soort ondernemingen laag zijn en er dus waarschijnlijk sprake is van een bredere geografische markt.
- 5.75 Deze conclusie wordt bevestigd door Brattle. Brattle concludeert, op grond van de eigenschappen van de markt en het regulerend kader, dat er sprake is van een geografische markt die minimaal EU-breed is:²¹⁴

"In terms of the relevant antitrust geographic market, I note that third-party payment processing providers usually operate on an international basis, including EU countries. For instance, PayPal is active in more than 200 countries/regions, whereas Braintree and Stripe operate in more than 40 countries. Moreover, as described above, app developers are active EU-wide or worldwide and usually engage payment processing operators that are also offering their services on an EU wide or worldwide basis."

- 5.76 Uit het voorgaande moet worden opgemaakt dat de geografische markt voor betalingsverwerkingsdiensten op iOS ten minste EU-wijd is.

III. Apple heeft een 100% marktaandeel op de markt voor betalingsverwerking op iOS

- 5.77 Op de relevante markt voor betalingsverwerking op iOS staat Apple contractueel en technisch geen alternatieven toe.²¹⁵ Zo stelt het CMA rapport vast:²¹⁶

"Apple's and Google's rules on in-app purchase effectively combine the provision of a distribution platform to app developers through their app stores with a payment service for in-app transactions. (...)"

A key impact of this is that app developers cannot use other third-party options for the processing of in-app payments. In the absence of Apple's and Google's payment system requirements, app developers would be able to choose third parties referred to as 'payment service providers' or PSPs

en 2013/36/EU en Verordening (EU) nr. 1093/2010 en houdende intrekking van Richtlijn 2007/64/EG, J L 337, 23.12.2015, p. 35–127.

²¹³ Zie: <https://www.paypal.com/nl/business/platforms-and-marketplaces>.

²¹⁴ Productie SCCC - 0036: Brattle, Consumer Harm Resulting from Apple's Anticompetitive Practices related to the iOS App Store, maart 2022, nmr. 33.

²¹⁵ Voorzieningenrechter rechtbank Rotterdam 24 december 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:12851, r.o. 11.2.

²¹⁶ Productie SCCC – 0019: CMA rapport, 'Mobile ecosystems - market study interim report' met bijlagen, d.d. 14 december 2021, nmr. 6.186.

(such as Adyen, PayPal and Stripe) to process in-app payments, which would mean that: (i) an app developer could choose to act as the direct seller for the payment transaction, with a third-party PSP processing the transaction on their behalf; and (ii) app developers would benefit from greater competition between PSPs to provide them services in relation to in-app transactions. (Onderstreping door advocaat).

- 5.78 Ook de ACM komt tot deze vaststelling, en deze vaststelling is bevestigd door de rechtbank Rotterdam. De rechtbank Rotterdam heeft geoordeeld:²¹⁷

“Voordat een app in de App Store kan worden geplaatst, dient deze door de appaanbieder ter beoordeling aan Apple te worden voorgelegd. Apple toetst dan of de app voldoet aan de technische en inhoudelijke eisen die Apple stelt. Bij deze toetsing hanteert Apple de Review Guidelines. Aan de hand van deze Review Guidelines toetst Apple op aspecten als veiligheid, design en functionaliteit. In deze Review Guidelines worden ook regels gesteld voor de IAP-API, waaronder dat indien een appaanbieder betaalde digitale content of diensten binnen een app aanbiedt IAP verplicht is (artikel 3.1.1).” (Onderstreping door advocaat).

- 5.79 Doordat Apple geen alternatieven toestaat voor betalingsverwerking op iOS heeft Apple een 100% marktaandeel.

IV. Tussenconclusie: Apple heeft een machtspositie op basis van haar marktaandeel

- 5.80 Zoals hiervoor beschreven is de relevante markt die voor betalingsverwerking op iOS, en is deze markt ten minste EU wijd. Apple is de enige onderneming die actief is op deze markt, doordat zij andere ondernemingen uitsluit. Zij heeft daarmee een 100% marktaandeel op de markt voor betalingsverwerking op iOS. Op deze basis is de presumptie van toepassing van een dominante positie.²¹⁸

V. Andere factoren bevestigen dominante positie

- 5.81 Vanwege de presumptie van een dominante positie op basis van het marktaandeel van Apple hoeft de Stichting geen verdere onderbouwing aan te dragen voor het feit dat Apple een dominante positie heeft. Ten overvloede merkt de Stichting op dat ook de hoge toetredingsdrempels en de afwezigheid van compenserende afnemersmacht de machtspositie van Apple bevestigen.

Hoge toetredingsdrempels

- 5.82 De bestaande toetredingsdrempels bevestigen dat Apple een dominante positie bezit. Immers, Apple laat met haar beperkingen (zie paragraaf 3 sub C) geen

²¹⁷ Voorzieningenrechter rechtbank Rotterdam 24 december 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:12851, r.o. 3.6
²¹⁸ HvJ EU 3 juli 1991, C-62/86, ECLI:EU:C:1991:286, (AKZO/Commissie), r.o. 60 GvEA 12 december 1991, T-30/89, ECLI:EU:T:1991:70, (Hilti AG/Commissie), r.o. 92; GvEA 30 september 2003, T-191/98, T-212/98–T-214/98, ECLI:EU:T:2003:245, (Atlantic Container Line/Commissie), r.o. 907, GvEA 25 juni 2010, T-66/01, ECLI:EU:T:2010:255, (Imperial Chemical Industries/Commissie), r.o. 256-257 en GvEA 29 maart 2012, T-336/07, ECLI:EU:T:2012:172, (Telefónica/Commissie), r.o. 150.

enkele concurrentie toe op iOS. Hierdoor bestaat er een onoverkomelijke toetredingsdrempel voor (potentiële) concurrenten.

Geen compenserende afnemersmacht

- 5.83 Er is ook geen compenserende afnemersmacht tegen de machtspositie van Apple. Dit blijkt ook uit de marktstudie van de ACM.²¹⁹ App ontwikkelaars zijn gedwongen om alle voorwaarden te accepteren.

VI. Conclusie: Apple heeft een machtspositie op de markt voor betalingsverwerking op iOS

- 5.84 Apple heeft een dominante positie op de EU-brede markt voor betalingsverwerking op iOS. Dit blijkt ten eerste uit het marktaandeel van Apple. Omdat Apple 100% marktaandeel op de markt voor betalingsverwerking op iOS heeft is de presumptie van een machtspositie van toepassing.
- 5.85 Er bestaat voor Apple geen bedreiging van toekomstige uitbreiding door bestaande concurrenten of door toetreding van potentiële concurrenten. Er is immers geen concurrentie zolang Apple deze uitsluit. Ook afnemers bieden geen tegenmacht. App ontwikkelaars kunnen niet anders dan accepteren wat Apple hen aanbiedt. Apple staat immers geen alternatieve betalingsverwerkingsdiensten op iOS toe. Ook dit onderstreept het feit dat Apple een dominante positie heeft op de markt voor betalingsverwerking op iOS.

G. Conclusie - Apple heeft een dominante positie op de markten voor app distributie en betalingsverwerkingsdiensten op iOS

- 5.86 Apple heeft een dominante positie op de EU-brede markt voor app distributie en betalingsverwerkingsdiensten op iOS.
- 5.87 Zowel vanuit de vraagzijde als de aanbodzijde zijn er geen alternatieven voor de Apple App Store en Apple IAP. Apple laat contractueel en technisch geen concurrentie toe. Omdat er geen concurrentiedruk bestaat zijn de gedragingen van Apple onafhankelijk van de acties en reacties van concurrenten, app ontwikkelaars en uiteindelijk de gebruikers. Apple bezit daardoor een 100% marktaandeel. Op deze basis is de Akzo-presumptie van een dominante positie van toepassing.²²⁰ Ook de aanvullende factoren duiden op een machtspositie: de toetredingsdrempels zijn hoog omdat Apple geen concurrentie toelaat op iOS, en app ontwikkelaars bieden geen compenserende afnemersmacht.

6. APPLE MAAKT MISBRUIK VAN HAAR MACHTSPOSITIE

A. Inleiding

- 6.1 Hiervoor is aangetoond dat Apple een machtspositie heeft op de markten voor app distributie op iOS en betalingsverwerking op iOS in de EU.

²¹⁹ Productie SCCC - 0011: ACM rapport, Market study into mobile app stores d.d. 11 april 2019, p. 68-69.
²²⁰ HvJ EU 3 juli 1991, C-62/86, ECLI:EU:C:1991:286, (AKZO/Commissie), r.o. 60. Zie paragraaf 5 sub C.

- 6.2 Uit het Europese mededingingsrecht volgt dat ondernemingen met een machtspositie een bijzondere verantwoordelijkheid hebben om de mededinging niet te beperken.²²¹ Dit geldt des te meer voor superdominante ondernemingen met een platform waaraan deelname onvermijdelijk is (zogenoemde: poortwachters of “gatekeepers”) zoals Apple.
- 6.3 Apple heeft haar machtspositie echter ernstig misbruikt (en misbruikt deze nog steeds), zowel op de markten voor app distributie op iOS als betalingsverwerking op iOS. Het misbruik van Apple bestaat ten minste uit de volgende gedragingen:
- (i) **Onredelijke voorwaarden.** Apple hanteert onredelijke voorwaarden voor app ontwikkelaars in strijd met artikel 102 sub (a) VWEU. Apple doet dit onder meer met haar verbod op alternatieve app stores en betalingsverwerkers;
 - (ii) **Koppelverkoop.** Apple koppelt op illegale wijze en in strijd met artikel 102 sub (d) VWEU de distributie van apps aan betalingsverwerking; en
 - (iii) **Excessieve prijzen.** Apple hanteert excessieve prijzen voor app distributie en betalingsverwerking in strijd met artikel 102 sub (a) VWEU.
- 6.4 Bovenstaande gedragingen hebben een gemeenschappelijk mededingingsbeperkend doel: het uitsluiten van concurrenten om Apple’s dominante machtspositie te kunnen handhaven, en daarmee samenhangend het uitbuiten van app ontwikkelaars, en uiteindelijk de Consumenten, met excessieve prijzen.
- 6.5 De Stichting zal hierna allereerst de bijzondere verantwoordelijkheid van ondernemingen met een machtspositie zoals Apple toelichten. Daarna zal de Stichting beschrijven hoe Apple misbruik maakt van haar machtspositie.
- B. Specifieke verboden voor ondernemingen met een machtspositie**
- 6.6 Op een onderneming met een machtspositie rust volgens vaste Europese rechtspraak “een bijzondere verantwoordelijkheid (...) om niet door haar gedrag inbreuk te maken op een daadwerkelijke en onvervalste mededinging op de gemeenschappelijke markt”.²²² Dit betekent dat bepaalde gedragingen niet verboden zijn voor gewone marktpartijen maar wel voor ondernemingen met een machtspositie.²²³ Deze bijzondere verantwoordelijkheid gaat nog verder voor digitale platformen waaraan deelname praktisch onvermijdelijk is (“poortwachters” of “gatekeepers”).²²⁴
- 6.7 Hoever de bijzondere verantwoordelijkheid van dominante ondernemingen zich uitstrekt, dient altijd beoordeeld te worden op basis van de specifieke omstandigheden

²²¹ Zie HvJ EU 2 april 2009, C-202/07P, ECLI:EU:C:2009:214, (*France Telecom/Commissie*), r.o. 105; HvJ EU 9 november 1983, C-322/81, ECLI:EU:C:1983:313, (*Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Commissie*), r.o. 57.

²²² Zie HvJ EU 2 april 2009, C-202/07 P, ECLI:EU:C:2009:214, (*France Telecom/Commissie*), r.o. 105; HvJ EU 9 november 1983, C-322/81, ECLI:EU:C:1983:313, (*Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Commissie*), r.o. 57.

²²³ Gerecht 17 juli 1998, T-111/96, ECLI:EU:T:1998:183, (*ITT Promedia/Commissie*), r.o. 139; Gerecht 9 september 2009, T-301/04, ECLI:EU:T:2009:317 (*Clearstream Banking AG en Clearstream International SA/Commissie*), r.o. 133.

²²⁴ HvJ EU 27 maart 1974, C-127/73, ECLI:EU:C:1974:25, (*BRT/SABAM*), r.o. 8.

van elke zaak.²²⁵ Artikel 102 VWEU bepaalt tegelijk dat in ieder geval de volgende gedragingen voor ondernemingen met een machtspositie kwalificeren als misbruik:

- (a) het rechtstreeks of zijdelings opleggen van onbillijke aan- of verkoopprijzen of van andere onbillijke contractuele voorwaarden;
- (b) het beperken van de productie, de afzet of de technische ontwikkeling ten nadele van de verbruikers;
- (c) het toepassen ten opzichte van handelspartners van ongelijke voorwaarden bij gelijkwaardige prestaties, hun daarmee nadeel berokkenend bij de mededinging;
- (d) het feit dat het sluiten van overeenkomsten afhankelijk wordt gesteld van het aanvaarden door de handelspartners van bijkomende prestaties, welke naar hun aard of volgens het handelsgebruik geen verband houden met het onderwerp van deze overeenkomsten.

6.8 Deze lijst is niet uitputtend, want ook andere gedragingen kunnen kwalificeren als misbruik.²²⁶ Misbruik in het kader van artikel 102 VWEU is een objectief begrip.²²⁷ Dit betekent dat gedragingen kunnen worden beschouwd als ‘misbruik’ ongeacht de daartoe aangewende middelen of handelwijzen.²²⁸ Ook kunnen meerdere gedragingen, die apart van elkaar geen misbruik zouden opleveren, gezamenlijk wel tot een misbruik van machtspositie leiden.

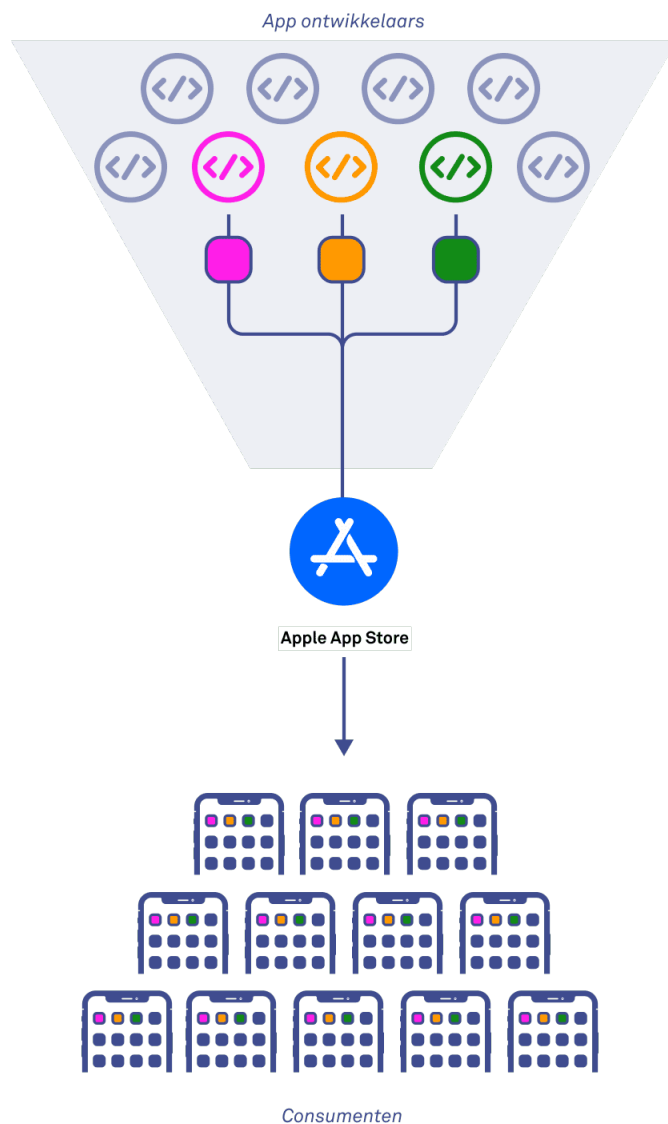
6.9 Zoals beschreven in hoofdstuk 5 heeft Apple een machtspositie. Haar machtspositie gaat zover dat zij beschouwd dient te worden als poortwachter voor app ontwikkelaars en consumenten. App ontwikkelaars en consumenten kunnen namelijk niet om Apple heen. De enige wijze om apps te verkopen aan gebruikers met een iPhone of een iPad is immers via de Apple App Store. Dit kan als volgt grafisch weergegeven worden:

²²⁵ HvJ EU 16 maart 2000, C-395/96 P en C-396/96 P, ECLI:EU:C:2000:132, (*Compagnie maritime belge transports a.o./Commissie*), r.o. 114; HvJ EU 14 november 1996, C-333/94P, ECLI:EU:C:1996:436, (*Tetra Pak/Commissie*), r.o. 24.

²²⁶ Zie onder meer HvJ EU 21 februari 1973, C-6/72, ECLI:EU:C:1973:22, (*Europemballage en Continental Can t. Commissie*), r.o. 26; HvJ 14 oktober 2010, 280/08, ECLI:EU:C:2010:603, (*Deutsche Telekom AG/Commissie*), r.o. 173 en HvJ 17 februari 2011, C-52/09, ECLI:EU:C:2011:83, (*Konkurrensverket t. TeliaSonera Sverige AB*), r.o. 26.

²²⁷ HvJ EU 16 juli 2015, C-170/13, EU:2015:477, (*Huawei Technologies/Commissie*), r.o. 45. Te weten: “[...] dat het begrip misbruik van machtspositie in de zin van artikel 102 VWEU een objectief begrip is dat betrekking heeft op gedragingen van een onderneming met een machtspositie die, op een markt waar de mededinging juist door de aanwezigheid van deze onderneming al is verzwakt, de instandhouding of de ontwikkeling van de nog op deze markt aanwezige mededinging verhinderen door het gebruik van andere middelen dan die welke bij een normale, op ondernemersprestaties berustende mededinging van goederen of diensten gebruikelijk zijn.”

²²⁸ HvJ EU 21 februari 1973, C-6/72, ECLI:EU:C:1973:22, (*Europemballage en Continental Can t. Commissie*), r.o. 27 en 29; Gerecht in Eerste Aanleg 12 december 2000, T-128/98, ECLI:EU:T:2000:290, (*Aéroports de Paris t. Commissie*), r.o. 170.



Figuur 5 – Apple als poortwachter

- 6.10 Ook de ACM heeft vastgesteld dat de bijzondere verantwoordelijkheid van dominante ondernemingen des te meer speelt voor poortwachters. Bovendien heeft de ACM vastgesteld dat Apple een poortwachter is.²²⁹
- 6.11 Apple schendt artikel 102 VWEU op ten minste drie manieren: door onredelijke voorwaarden te hanteren, door koppelverkoop en met excessieve prijzen. Elk van deze overtredingen wordt hierna nader toegelicht.

C. Apple hanteert onredelijke voorwaarden

I. Inleiding

²²⁹

Rechtbank Rotterdam 24 december 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:12851, r.o. 10.1 en 11.2.

- 6.12 De Apple voorwaarden zijn onredelijk en in strijd met artikel 102 onder a VWEU. Het gaat in het bijzonder om de volgende voorwaarden:
- (i) Het verbod op alternatieve app stores voor iOS app distributie.
 - (ii) Het verbod op het gebruik van alternatieve betalingsverwerkers.
 - (iii) Het verbod op verwijzingen naar alternatieve betalingsmethoden in apps.
 - (iv) Het niet verschaffen van toegang tot aankoopdata en contactgegevens van app gebruikers aan de app ontwikkelaars.
 - (v) Het arbitrair toepassen van voorwaarden.
 - (vi) Onredelijke prijssystematiek.
- 6.13 De Stichting zal toelichten dat de betreffende voorwaarden niet noodzakelijk en disproportioneel zijn.

II. Juridisch kader

- 6.14 Het opleggen van onbillijke contractuele voorwaarden aan afnemers door een onderneming met een machtspositie kwalificeert als misbruik in de zin van artikel 102 sub (a) VWEU en artikel 24 Mw. Voorwaarden zijn onbillijk indien een van de volgende twee situaties zich voordoet:
- (i) Ten eerste zijn alle voorwaarden die de mededinging beperken en niet noodzakelijk zijn voor een legitiem (niet concurrentiebeperkend) doel onbillijk²³⁰ (de **noodzakelijkheidstoets**); en
 - (ii) Ten tweede zijn voorwaarden die wel noodzakelijk zijn maar waarvan het belang van de dominante onderneming niet opweegt tegen het belang van de afnemers onbillijk (de **proportionaliteitstoets**).²³¹
- 6.15 Er wordt niet voldaan aan de proportionaliteitstoets als:²³²
- (i) de voorwaarden **geen legitiem doel** dienen of niet geschikt zijn om het legitieme doel te bereiken. Een legitiem doel dient een niet-concurrentiebeperkend doel te zijn;²³³

²³⁰ Commissiebesluit 24 juli 1991 (IV/31043), 92/163/EEG, (*Tetra Pak II*), mr. 119. Bevestigd door het Gerecht op 6 oktober 1994, T-83/91, ECLI:EU:T:1994:246, (*Tetra pak/Commissie*) en door HvJ EU op 14 november 1996, C333/94, ECLI:EU:C:1996:436, (*Tetra Pak/Commissie*) en HvJ EU 27 maart 1974, ECLI:EU:C:1974:25 (*BRT II*), r.o. 11.

²³¹ HvJ EU 25 november 2020, C-372/19, ECLI:EU:C:2020:959, (*SABAM/Weareone. World BVBA, e.a.*), r.o. 60. Zie tevens rechtbank Rotterdam 24 december 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:12851, r.o. 10.1 t/m 10.4.

²³² Zie ook rechtbank Rotterdam 24 december 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:12851, r.o. 10.4. Vgl. ook het proportionaliteitsbeginsel zoals verwoord in de zaak HvJ EU 19 februari 2002, C-309/99, ECLI:EU:C:2002:98, (*Wouters t. Orde van Advocaten*), 109. Zie verder B. van Rompuy, *Verplichte sportarbitrage als uitbuitingsmisbruik: de Pechstein-zaak door de lens van artikel 102 VWEU*, M&M juni 2016 nr. 3, p.129 en Robert O'Donoghue & Jorge Padilla, *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, Hart Publishing, Third Edition 2020, p. 1040.

²³³ HvJ EU 27 maart 1974, C-127-73, ECLI:EU:C:1974:25, (*BRT II*), r.o. 8 e.v.

- (ii) er **minder beperkende alternatieve middelen** zijn om het doel te bereiken;²³⁴ of
- (iii) in een **belangenafweging** het doel niet opweegt tegen de concurrentiebeperkende gevolgen voor de afnemers.²³⁵

- 6.16 In de zaak *Tetra Pak II* oordeelde de Commissie dat voorwaarden die het effect hebben dat afnemers volledig afhankelijk zijn van de dominante onderneming onbillijk zijn. Het Gerecht en het HvJ EU onderschreven deze visie in hun daaropvolgende oordelen.²³⁶
- 6.17 De Apple voorwaarden voldoen niet aan bovenstaande eisen en zijn onbillijk. In paragraaf 6 sub F beschrijft de Stichting dat de voorwaarden bovendien de mededinging kunnen beperken.

III. Toepassing

(i) Verbod alternatieve app stores voor iOS app distributie

- 6.18 Zoals beschreven in paragraaf 3 sub C verbieden de Review Guidelines van Apple andere app stores.²³⁷ Dit verbod is niet noodzakelijk en disproportioneel en daarmee onbillijk.

Niet noodzakelijk verbod

- 6.19 Apple heeft geen legitiem doel om alternatieve app stores toegang tot iOS te weigeren. Voor zover het doel is om alle concurrentie uit te schakelen is dit evident geen legitiem doel. Het uitsluiten van concurrerende app stores is in ieder geval niet noodzakelijk voor de distributie van apps.
- 6.20 Het toestaan van concurrerende app stores doet ook geen afbreuk aan de kwaliteit, privacy, veiligheid en vertrouwelijkheid van de Apple App Store.²³⁸ Integendeel, meer concurrentie zou de kwaliteit en innovatie van app stores op iOS ten goede komen. Bovendien kunnen doelen als privacy en veiligheid ook op andere wijzen bereikt worden dan een verbod, bijvoorbeeld kwaliteitseisen.

Disproportioneel verbod

²³⁴ *Ibidem*, r.o. 11. Zie ook HvJ EU 13 juli 1989, C-395/87, ECLI:EU:C:1989:319, (*Jean-Louis Tournier*), r.o. 31.

²³⁵ HvJ EU 25 november 2020, C-372/19, ECLI:EU:C:2020:959, (*SABAM*) punt 30 en 60, HvJ EU 11 december 2008, C-52/07, ECLI:EU:C:2008:703, (*Kanal 5 en TV4*), r.o. 30-31 en HvJ EU 27 maart 1974, ECLI:EU:C:1974:25, (*BRT II*), r.o. 8.

²³⁶ Commissiebesluit 24 juli 1991 (IV/31043), 92/163/EEG, (*Tetra Pak II*), nr. 119. Bevestigd door het Gerecht op 6 oktober 1994, T-83/91, ECLI:EU:T:1994:246, (*Tetra pak/Commissie*) en door HvJ EU op 14 november 1996, C-333/94, ECLI:EU:C:1996:436, (*Tetra Pak/Commissie*).

²³⁷ Productie SCCC - 0017: Apple App Store Review Guidelines d.d. 22 oktober 2021, p. 14.

²³⁸ Zie paragraaf 6 sub G omtrent (het niet slagen van) de rechtvaardigingsgronden van Apple.

6.21 De voorwaarde is ook disproportioneel omdat Apple iedere concurrentie uitsluit met haar weigering. Apple maakt app ontwikkelaars volledig afhankelijk van haar, doordat apps op geen andere wijze gedistribueerd kunnen worden op iOS dan via Apple.²³⁹

6.22 Consumenten hebben ondertussen groot belang bij concurrerende app stores. Als Apple concurrerende app stores niet zou verbieden, dan krijgen Consumenten meer keuzevrijheid. Consumenten dienen zelf de keus te kunnen maken tussen verschillende app stores op basis van prijs, kwaliteit en de door Apple gestelde “vertrouwdheid”.²⁴⁰ De CMA heeft vastgesteld dat deze keuzevrijheid leidt tot:²⁴¹

“[...] better terms of use for developers, including on price, and better outcomes for consumers including lower prices for apps.”

6.23 Het verbod op alternatieve app stores is aldus niet noodzakelijk en disproportioneel.

(i) Verbod gebruik alternatieve betalingsverwerkers

6.24 Zoals beschreven in paragraaf 3 sub C verplicht Apple in artikel 3.1.1 van de Review Guidelines dat app ontwikkelaars Apple IAP gebruiken voor in-app aankopen.²⁴² Het verbod om andere betalingsverwerkers te gebruiken dan Apple IAP is niet noodzakelijk en disproportioneel.

Niet noodzakelijk verbod

6.25 Apple heeft geen legitiem doel met het verbod op alternatieve betalingsverwerkers en het verbod is daarmee niet noodzakelijk. Voor zover Apple stelt dat het verbod nodig is voor het waarborgen van kwaliteit, privacy en veiligheid van (het gebruik van) de Apple App Store is dit onjuist.²⁴³ Het feit dat Apple alternatieven voor Apple IAP wel toestaat voor onder meer ‘fysieke producten’ en producten die verkocht worden via haar Video Partner Program, (zie paragraaf 4 sub B), zonder dat dit leidt tot veiligheidsproblemen, maakt al duidelijk dat dit een gelegenheidsargument is.

6.26 De ACM en de rechtbank Rotterdam komen tot dezelfde conclusie:²⁴⁴

“De stellingen van Apple dat deze voorwaarden nodig zijn in verband met privacy en veiligheid heeft de ACM in haar verweerschrift en in haar dupliek overtuigend weerlegd. Met name wordt het gewicht van de argumentatie van Apple sterk gerelativeerd door het feit dat Apple van Schedule 1 appaanbieders die diensten of goederen via hun apps verkopen, niet vanwege de privacy en veiligheid verlangt dat betalingen via Apple moeten worden afgewikkeld. Het Video Partner Program van Apple, waarin in-app aankopen

²³⁹ Vgl. Commissiebesluit 24 juli 1991 (IV/31043), 92/163/EEG, (*Tetra Pak II*), nr. 119. Bevestigd door het Gerecht op 6 oktober 1994, T-83/91, ECLI:EU:T:1994:246, (*Tetra pak/Commissie*) en door HvJ EU op 14 november 1996, C333/94, ECLI:EU:C:1996:436, (*Tetra Pak/Commissie*)

²⁴⁰ Vgl. ook Commissiebesluit 24 juli 1991 (IV/31043), 92/163/EEG, (*Tetra Pak II*), nr. 119.

²⁴¹ Productie SCCC - 0019: CMA rapport, Mobile ecosystems - market study interim report met bijlagen, nr. 7.52.

²⁴² Productie SCCC - 0017: Apple App Store Review Guidelines d.d. 22 oktober 2021, p. 10.

²⁴³ Zie paragraaf 6 sub G voor (het niet slagen van) de rechtvaardigingsgronden van Apple.

²⁴⁴ Voorzieningenrechter rechtbank Rotterdam 24 december 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:12851, r.o. 15. Zie ook Productie SCCC - 0020: ACM, Samenvatting besluit misbruik van economische machtspositie door Apple, d.d. 24 augustus 2021, p. 3.

via een door de appaanbieder zelfgekozen PSP worden betaald en de consument via de PSP direct met de app-aanbieder afrekent, illustreert dat de voorwaarden kennelijk zelfs binnen Schedule 2 niet noodzakelijk zijn voor Apple.” (Onderstreping toegevoegd, advocaat)

6.27 Ook voor betalingsverwerkers zouden app ontwikkelaars en Consumenten de keus moeten hebben tussen Apple IAP en alternatieven, zodat zij kunnen kiezen welke betalingsverwerker de beste prijs en kwaliteit biedt.

6.28 Het verbod op alternatieve betalingsverwerkers is aldus niet noodzakelijk en daarmee onbillijk.

Disproportioneel verbod

6.29 Het verbod op alternatieve betalingsverwerking is ook disproportioneel omdat Apple iedere concurrentie daarmee uitsluit. Apple maakt app ontwikkelaars volledig afhankelijk van haar, doordat in-app aankopen op geen andere manier kunnen worden afgerekend.²⁴⁵

6.30 App ontwikkelaars en Consumenten hebben ondertussen groot belang bij concurrerende betalingsverwerkers. Als Apple concurrerende betalingsverwerkers niet zou verbieden, krijgen app ontwikkelaars en uiteindelijk Consumenten meer keuzevrijheid hoe zij de betalingsverwerking vormgeven. Dit komt de prijs, kwaliteit en innovatie ten goede.

6.31 Dit wordt onderstreept door het rapport van de CMA, waarin zij concludeert dat vrijwel alle app ontwikkelaars van alternatieve betalingsverwerkers gebruik zouden maken als Apple IAP niet verplicht was:²⁴⁶

“Most of the large app developers that responded to our requests for information have suggested that Apple’s and Google’s payment systems are in various ways limited compared to the alternative payment solutions available from PSPs. Almost all developers submitted that they would not use Apple’s or Google’s payment systems if they were not required to. Some highlighted the difference in commission between Apple’s and Google’s systems and third-party PSPs as the main reason. However, many stated that the alternative payment solutions they used elsewhere were preferable, irrespective of the commission, as they offered greater flexibility and functionality and enabled the developer to offer a more consistent user experience across platforms.” (Onderstreping door advocaat).

6.32 Dit wil zeggen dat Consumenten dus ook gebruik zouden kunnen maken van alternatieve betalingsverwerkers, indien Apple geen misbruik zou maken van haar machtspositie. Het verbod op alternatieve betalingsverwerkers is dan ook niet noodzakelijk en disproportioneel.

²⁴⁵ Vgl Commissiebesluit 24 juli 1991 (IV/31043), 92/163/EEG, (*Tetra Pak II*), nr. 119. Bevestigd door het Gerecht op 6 oktober 1994, T83/91, ECLI:EU:T:1994:246, (*Tetra pak/Commissie*) en door HvJ EU op 14 november 1996, C333/94, ECLI:EU:C:1996:436, (*Tetra Pak/Commissie*)

²⁴⁶ Productie SCCC - 0019: CMA rapport, Mobile ecosystems - market study interim report met bijlagen, nr. 6.187 e.v.

6.33 De ACM komt in haar Inbreukbesluit van 24 augustus 2021 tot dezelfde conclusie (zie paragraaf 4 sub B)²⁴⁷ en de Rechtbank Rotterdam heeft de conclusies van de ACM bevestigd (zie paragraaf 4 sub B).²⁴⁸

6.34 De Voorzieningenrechter van de rechtbank Rotterdam oordeelt:

“De ACM heeft aannemelijk gemaakt dat Apple met de verplichting van datingappaanbieders om betalingen voor in-app aankopen alleen via de IAP-API af te mogen laten wikkelen handelt in strijd artikel 24 en artikel 102 van het VWEU zodat de ACM in zoverre bevoegd is een last onder dwangsom op te leggen.”²⁴⁹

6.35 Het onderzoek van de ACM was gericht op dating-apps, maar de beperkingen gelden zoals reeds eerder gezegd net zo zeer en op dezelfde wijze voor andere soorten apps (zie paragraaf 3 sub C). Apple hanteert immers dezelfde beperkende contractuele voorwaarden voor alle andere typen apps.

(iii) Verbod gebruik verwijzingen naar alternatieve betalingsmethoden in apps

6.36 Apple verbiedt verwijzingen (waaronder bijvoorbeeld hyperlinks) naar alternatieve betalingsmethoden in apps (zie eveneens in paragraaf 3 sub C).²⁵⁰ Om dezelfde redenen als hierboven genoemd voor alternatieve betalingsverwerkers dient dit verbod geen legitiem doel, is het niet noodzakelijk en disproportioneel.

6.37 Hier komt bij dat het verbod op verwijzingen naar externe websites nogmaals onderstreept dat het Apple niet om de kwaliteit, veiligheid en privacy is te doen maar om het uitsluiten van concurrentie.

6.38 Ook de ACM heeft in haar Inbreukbesluit van 24 augustus 2021 bevestigd dat het verbod op verwijzingen naar alternatieve betalingsmethoden een onbillijke contractuele voorwaarde betreft (zie paragraaf 4 sub B), en dit was ook het oordeel van de rechtbank Rotterdam.²⁵¹

(iv) Geen toegang tot aankoopdata en contactgegevens van desbetreffende app gebruikers

6.39 Apple geeft app ontwikkelaars geen toegang tot de aankoopdata en contactgegevens van hun gebruikers. App ontwikkelaars kunnen daardoor niet zelf facturering, annuleringen of terugbetalingen afwikkelen.²⁵² Dit gaat ten koste van de

²⁴⁷ Productie SCCC - 0020: ACM, Samenvatting besluit misbruik van economische machtspositie door Apple, d.d. 24 augustus 2021, nr. 15-21.

²⁴⁸ Voorzieningenrechter rechtbank Rotterdam 24 december 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:12851, r.o. 15.

²⁴⁹ *Ibidem.*, r.o. 17.

²⁵⁰ Productie SCCC - 0017: Apple App Store Review Guidelines d.d. 22 oktober 2021, p. 10.

²⁵¹ Productie SCCC - 0020: ACM, Samenvatting besluit misbruik van economische machtspositie door Apple, d.d. 24 augustus 2021, nr. 15-21. Voorzieningenrechter rechtbank Rotterdam 24 december 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:12851, r.o. 15.

²⁵² Zie bijvoorbeeld het optreden van Apple ten aanzien van datingappaanbieders: Productie SCCC - 0020: ACM, Samenvatting besluit misbruik van economische machtspositie door Apple, d.d. 24 augustus 2021, nr. 16.

dienstverlening/klantenservice van app ontwikkelaars, zoals uiteengezet in paragraaf 3 sub C.

Niet noodzakelijke beperking

- 6.40 De beperking van Apple dient geen legitiem doel en is alleen al om deze reden niet noodzakelijk. Voor zover het doel van Apple is om de klantdata te confisqueren is dit evident geen legitiem doel.
- 6.41 Het toestaan van toegang tot de aankoopdata en contactgegevens van de desbetreffende app gebruikers aan app ontwikkelaars doet ook geen afbreuk aan het kunnen exploiteren van de Apple App Store of de kwaliteit, privacy en veiligheid van (het gebruik van) de Apple App Store.²⁵³ Voor zover Apple van mening is dat dit wel het geval zou zijn, kunnen deze doelen op andere, minder schadelijke manieren bereikt worden, bijvoorbeeld door Consumenten om toestemming te vragen om klantgegevens te delen met app ontwikkelaars.

Disproportioneel verbod

- 6.42 De voorwaarde is disproportioneel omdat deze iOS app ontwikkelaars en Consumenten beperkt. Door zich de klantdata toe te eigenen, en niet te delen met app ontwikkelaars, maakt Apple app ontwikkelaars en Consumenten volledig afhankelijk van haar.²⁵⁴
- 6.43 Indien Apple de toegang tot de aankoopdata en contactgegevens van de desbetreffende app gebruikers aan app ontwikkelaars toestaat kunnen app ontwikkelaars hierop het verlenen van klantenservice ten aanzien van bijvoorbeeld facturen, annuleringen en terugbetalingen aanpassen.
- 6.44 Ook de ACM komt tot deze conclusie in het Inbreukbesluit (zie paragraaf 4 sub B). De ACM stelde vast:²⁵⁵

“De ACM heeft ook de doelen die Apple zegt na te streven met haar voorwaarden beoordeeld en of de voorwaarden daartoe noodzakelijk en proportioneel zijn. Deze doelen zijn het kunnen exploiteren van de App Store, [geschorst] en het waarborgen van kwaliteit, privacy en veiligheid. De ACM stelt vast dat Apple deze doelen ook op andere, minder schadelijke manieren kan bereiken.

Omdat de voorwaarden schadelijk zijn voor datingappaanbieders en niet noodzakelijk zijn voor de doelen die Apple zegt na te streven, concludeert de ACM dat de voorwaarden onbillijk zijn en Apple misbruik maakt van haar machtspositie.”²⁵⁶

²⁵³ Zie paragraaf 6 sub G omtrent (het niet slagen van) de rechtvaardigingsgronden van Apple.

²⁵⁴ Commissiebesluit 24 juli 1991 (IV/31043), 92/163/EEG, (*Tetra Pak II*), nr. 119. Bevestigd door het Gerecht op 6 oktober 1994, T-83/91, ECLI:EU:T:1994:246, (*Tetra pak/Commissie*) en door HvJ EU op 14 november 1996, C333/94, ECLI:EU:C:1996:436, (*Tetra Pak/Commissie*).

²⁵⁵ Productie SCCC - 0020: ACM, Samenvatting besluit misbruik van economische machtspositie door Apple, d.d. 24 augustus 2021, nr. 15-21.

²⁵⁶ *Ibidem.*, nr. 18-19.

- 6.45 In de procedure voor de rechtbank Rotterdam heeft de ACM verduidelijkt dat zij heeft vastgesteld dat de consument nadeel ondervindt van de Apple voorwaarden.²⁵⁷

“Er ontstaat ook al nadeel voor de consument doordat Apple met behulp van de Voorwaarden afbreuk doet aan de directe klantrelatie tussen datingappaanbieder en de gebruikers van datingapps.”

- 6.46 Omdat de voorwaarde iOS app ontwikkelaars en Consumenten beperkt en niet noodzakelijk is voor de doelen die Apple mogelijk zou nastreven, is het niet verlenen van toegang tot de aankoopdata en contactgegevens van de desbetreffende app gebruikers aan app ontwikkelaars onbillijk. Apple maakt misbruik van haar machtspositie.

(v) Het toepassen van arbitraire voorwaarden

- 6.47 Ten vijfde kan Apple op grond van haar Review Guidelines apps weigeren te distribueren zonder reden. In de Licentieovereenkomst behoudt Apple zich expliciet het recht voor een app af te wijzen *“for any reason, even if your application meets the documentation and program requirements”*.²⁵⁸ In de praktijk weigert Apple ook daadwerkelijk apps op arbitraire gronden, zo blijkt onder meer uit de marktstudie van de ACM (zie nader van paragraaf 3 sub C).²⁵⁹
- 6.48 Daarnaast verplicht Apple app ontwikkelaars om gebruik te maken van Apple IAP voor in-app aankopen, maar maakt zij een uitzondering voor zogenoemde ‘fysieke’ producten of diensten, zoals de maaltijdbezorging en taxidiensten. Deze partijen mogen wel alternatieve betalingsverwerkingsdiensten gebruiken.
- 6.49 De reden waarom Apple aanbieders van fysieke producten niet verplicht om een vergoeding van 30% te betalen vanwege de verplichte betalingsverwerking via Apple IAP is onduidelijk. Zowel het onderscheid tussen fysieke en niet-fysieke producten en Apple’s definitie van fysieke producten is arbitrair.

Niet noodzakelijk onderscheid

- 6.50 Het arbitrair stellen van voorwaarden is niet noodzakelijk omdat Apple transparant kan zijn en één lijn kan trekken in haar beleid ten aanzien van Apple IAP gebruik door app ontwikkelaars en tegelijkertijd de Apple App Store kan exploiteren.
- 6.51 Het gelijk behandelen van app ontwikkelaars doet ook geen afbreuk aan het kunnen exploiteren van de Apple App Store of de kwaliteit, privacy en veiligheid van (het gebruik van) de Apple App Store.²⁶⁰ Voor zover Apple van mening is dat dit wel het geval zou zijn, kunnen deze doelen op andere, minder schadelijke manieren bereikt worden.

Disproportioneel onderscheid

²⁵⁷ Voorzieningenrechter rechtbank Rotterdam 24 december 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:12851, r.o. 12.2.
²⁵⁸ Productie SCCC - 0015: Apple Developer Program License Agreement d.d. 13 december 2021, artikel 6.9, p. 35.
²⁵⁹ Productie SCCC - 0011: ACM rapport, Market study into mobile app stores d.d. 11 april 2019, p. 77.
²⁶⁰ Zie paragraaf 6 sub G omtrent (het niet slagen van) de rechtvaardigingsgronden van Apple.

- 6.52 Omdat het ongelijk behandelen van iOS app ontwikkelaars hen beperkt en niet noodzakelijk is voor de doelen die Apple mogelijk zou nastreven, is het toepassen van arbitraire voorwaarden onbillijk. Apple maakt misbruik van haar machtspositie.

(vi) Onredelijke prijssystematiek

- 6.53 Ten zesde hanteert Apple een onredelijke prijssystematiek. De Europese rechter heeft in de zaken *Der Grüne Punkt* en *SABAM* bepaald dat een onredelijke prijssystematiek een onredelijke voorwaarde kan zijn in strijd met artikel 102(a) VWEU.²⁶¹
- 6.54 In de zaak *Grüne Punkt* oordeelde het Gerecht dat het in rekening brengen van tarieven voor diensten die niet worden afgenomen onredelijk bezwarend is. Het Gerecht oordeelde:²⁶²

“Uit het voorgaande volgt dat, zoals is gesteld in de bestreden beschikking, noch het Duitse verpakkingenbesluit noch het merkenrecht noch de aan de werking van het DSD-systeem inherente noodzakelijke vereisten verzoekster het recht geven van de ondernemingen die van haar systeem gebruik maken, betaling van een licentievergoeding te vragen voor alle in Duitsland in de handel gebrachte verpakkingen met het logo Der Grüne Punkt, wanneer deze ondernemingen aantonen dat zij voor alle of een deel van deze verpakkingen geen gebruik maken van het DSD-systeem.”

- 6.55 Zoals de ACM ook vaststelt in het Inbreukbesluit dient een dominante onderneming zich ervan te vergewissen dat de voorwaarden die zij oplegt niet zoveel nadeel opleveren voor een specifiek deel van haar afnemers dat de voorwaarden tegenover deze groep disproportioneel zijn.²⁶³
- 6.56 Apple hanteert een onredelijke prijssystematiek op ten minste vier manieren. Ten eerste hanteert Apple een onredelijke prijssystematiek door haar onderscheid tussen vermeende ‘fysieke’ en niet fysieke producten. Voor fysieke producten hoeft geen gebruik gemaakt te worden van Apple IAP (met de excessieve commissie van 30%) en voor niet-fysieke producten wel (zie paragraaf 3 sub C). Het onderscheid wordt door Apple arbitrair toegepast en kent geen enkele objectieve rechtvaardiging.
- 6.57 Ten tweede biedt Apple app ontwikkelaars met haar Video Partner Program wel de mogelijkheid een ander betalingsverwerkingssysteem dan Apple IAP te gebruiken (zie paragraaf 4 sub B).
- 6.58 Ten derde zijn verkoopprijscategorieën die Apple oplegt onredelijk.²⁶⁴ De Stichting zal dit nader toelichten in het hoofdstuk verticale prijsbepaling als inbreuk op het

²⁶¹ Gerecht 24 mei 2007, T-151/01, ECLI:EU:T:2007:154, (*Der Grüne Punkt – Duales System Deutschland GmbH t. Commissie*). HvJ EU 25 november 2020, C-372/19, ECLI:EU:C:2020:959, (*SABAM t. Weareone.World BVBA en Wecandance NV*).

²⁶² Gerecht 24 mei 2007, T-151/01, ECLI:EU:T:2007:154, (*Der Grüne Punkt – Duales System Deutschland GmbH t. Commissie*), r.o. 164.

²⁶³ Zie verwijzing in Voorzieningenrechter rechtbank Rotterdam 24 december 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:12851, r.o. 10.1.

²⁶⁴ Zie paragraaf 3 sub C.

kartelverbod, maar de bepalingen kwalificeren ook als onredelijke voorwaarde onder artikel 102 VWEU.

- 6.59 Ten vierde rekent Apple een commissie van 30% voor haar betalingsverwerkingsdienst Apple IAP bij in-app aankopen. Zoals de Stichting heeft toegelicht betreft dit evident een betalingsverwerkingsdienst. De werking van in-app aankopen kan als volgt worden geïllustreerd:

Het doen van in-app aankopen



Figuur 3 – visuele weergave van de werking van in-app aankopen

- 6.60 Apple stelt dat zij de 30% commissie voor in-app aankopen niet in rekening brengt voor haar betalingsverwerkingsdienst, maar voor de initiële distributie van de app via de Apple App Store. Dit is onjuist en in strijd met de feiten. Overigens helpt dit standpunt Apple niet omdat deze lezing niets afdoet aan het misbruikelijke karakter van de commissie. Immers, een app distributiedienst wordt eenmalig geleverd, bij de aanschaf van de app. Na de aankoop van een app kan een consument jarenlang in-app aankopen doen binnen de app. Indien Apple's argument aanvaard zou worden, dan zou een app ontwikkelaar voor eeuwig 30% van haar omzet met in-app aankopen moeten afdragen, vanwege een eenmalige dienst die tot wel jaren terug geleverd kan zijn (zie stap 4 in Figuur 3). Dat is evident onredelijk.

Niet noodzakelijke beperking

- 6.61 De beperkingen die Apple oplegt met betrekking tot het onderscheid in prijzen van fysieke en niet fysieke producten dient geen legitiem doel en is alleen al om deze reden niet noodzakelijk. Voor zover Apple stelt dat het verbod nodig is voor het waarborgen van kwaliteit, privacy en veiligheid van (het gebruik van) de Apple App Store is dit onjuist.²⁶⁵ Zoals hierboven reeds beschreven, gezien het feit dat Apple alternatieven voor Apple IAP wel toestaat voor onder meer ‘fysieke producten’ en producten die verkocht worden via haar Video Partner Program, (zie paragraaf 4 sub B), zonder dat dit leidt tot veiligheidsproblemen, maakt al duidelijk dat dit een gelegenheidsargument is en dat het onderscheid in prijsstelling niet noodzakelijk is.
- 6.62 Ook het (prijs)onderscheid van Apple met betrekking tot het Video Partner Program, waarbij het wel toegestaan is om Apple IAP te gebruiken voor het tarief van 15% in plaats van 30% en ook andere betalingsverwerkingssystemen wel gebruikt mogen worden, dient geen legitiem doel en is alleen al om deze reden niet noodzakelijk. Het feit dat er bij het Video Partner Program wel de mogelijkheid is om een lagere commissie aan Apple te betalen en om een eigen betalingsverwerker te kiezen maar dat dit bij andere betaalde apps niet kan, laat zien dat Apple’s prijssystematiek een niet noodzakelijke beperking bevat.
- 6.63 Bovendien dienen de verkoopprijscategorieën die Apple aan app ontwikkelaars oplegt geen legitiem doel en zijn die alleen om die reden al niet noodzakelijk. Voor zover Apple stelt dat deze verkoopprijscategorieën nodig zijn voor het waarborgen van de Apple App Store is dit onjuist. Het is mogelijk om een (succesvolle) app store te exploiteren waarbij app ontwikkelaars wel vrijheid hebben om een prijs te kiezen, zie bijvoorbeeld de Google Play Store of de Microsoft Store.
- 6.64 Ook het telkens weer 30% commissie in rekening brengen voor een in-app aankoop, dient geen legitiem doel. Het is niet noodzakelijk dat 4 jaar nadat de app is gedownload er nog steeds 30% commissie in rekening wordt gebracht voor een in-app aankoop. De app is immers al jaren daarvoor gedistribueerd, en er is geen relatie tussen de betaling en de ooit geleverde dienst, waardoor Apple ook geen enkele waarde meer toevoegt.
- 6.65 De hiervoor beschreven prijssystematiek is aldus niet noodzakelijk en daarmee onbillijk.

Disproportionele beperking

- 6.66 Ook is de prijssystematiek disproportioneel beperkend. Apple zou in dit kader de minst nadelig maatregel moeten toepassen en een passend evenwicht moeten vinden tussen haar belangen en het belang van de app ontwikkelaars en de Consumenten om de diensten onder redelijke voorwaarden te gebruiken.²⁶⁶ Apple pas echter niet de minst nadelige maatregel toe, want zij kan app ontwikkelaars meer vrijheid bieden. Hetzelfde geldt voor de andere beperkende vormen van prijssystematiek zoals hierboven beschreven. De prijssystematiek kan zodanig ingericht worden dat er een

²⁶⁵ Zie paragraaf 6 sub G omtrent (het niet slagen van) de rechtvaardigingsgronden van Apple.

²⁶⁶ Voorzieningenrechter rechtbank Rotterdam 24 december 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:12851, r.o. 10.4.

beter evenwicht bestaat tussen de belangen van Consumenten en de belangen van Apple. Onder de huidige prijssystematiek is hier geen sprake van en is er dus sprake van een disproportionele beperking. Het feit dat Apple voor in-app aankopen hoge commissies in rekening blijft brengen (zogenaamd voor app distributie) lang nadat de distributie heeft plaatsgevonden, is evident onredelijk.

- 6.67 Kortom, op grond van het voorgaande is het duidelijke dat Apple's prijssystematiek niet alleen niet noodzakelijk is maar ook disproportioneel. Daarmee is de prijssystematiek een onredelijke voorwaarde in de zin van artikel 102 VWEU.

IV. Conclusie

- 6.68 De Stichting concludeert dat bovengenoemde Apple voorwaarden onbillijk zijn en daarmee in strijd met het verbod op misbruik machtspositie.

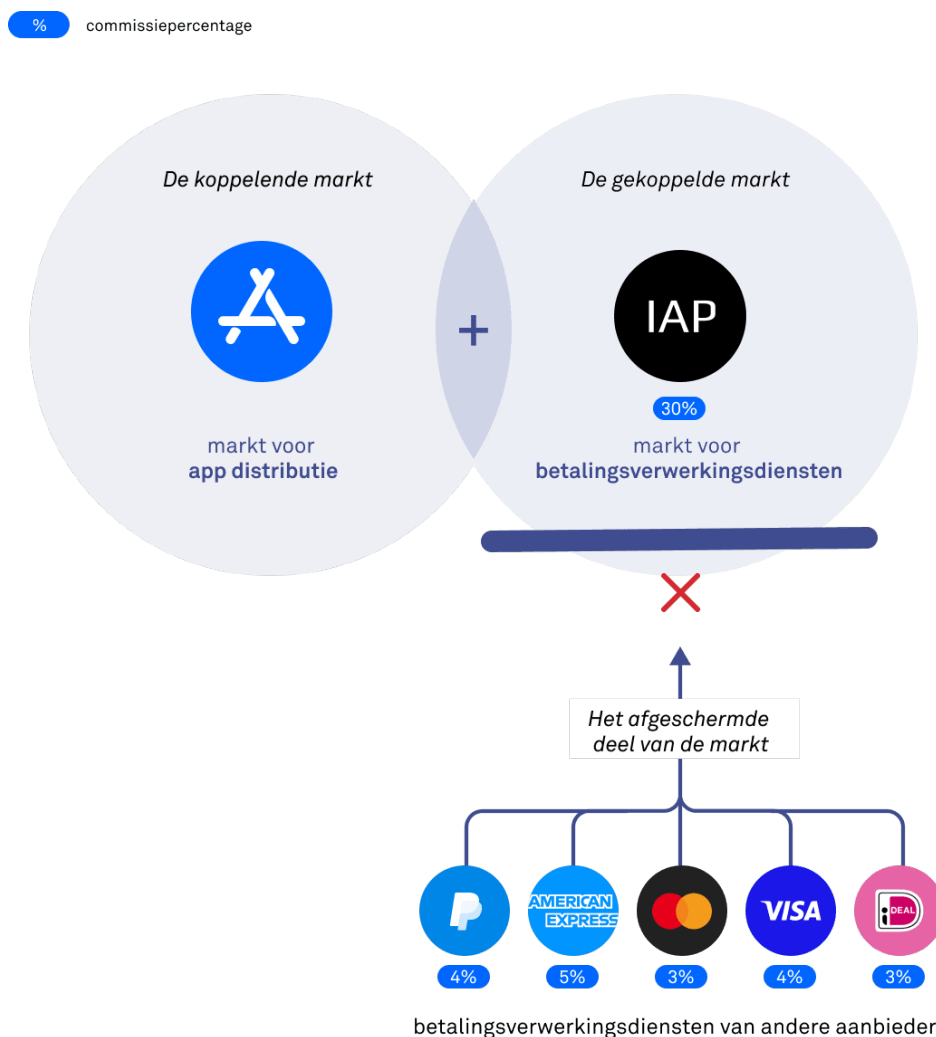
D. Apple koppelt haar betalingsverwerkingsdienst op illegale wijze aan app distributie

I. Juridisch kader

- 6.69 Artikel 102 sub (d) VWEU en artikel 24 Mw bepalen dat het voor ondernemingen met een machtspositie verboden is om het leveren van een bepaald product afhankelijk te stellen van het aanvaarden van een ander product.
- 6.70 Illegale koppelverkoop ('*tying*') vindt doorgaans plaats in een situatie dat afnemers die een product kopen (het koppelende product), ook een ander product van de producent moeten afnemen (het gekoppelde product). Koppelverkoop kan op technische of op contractuele basis plaatsvinden.²⁶⁷
- 6.71 Een onderneming met een machtspositie kan op één of meer productmarkt(en) met koppelverkoop ('de koppelende markt') de gebruikers door koppelverkoop schade berokkenen door de markt af te schermen voor de andere producten waaraan het product is gekoppeld ('de gekoppelde markt'), en zo, indirect ook, de koppelende markt.²⁶⁸
- 6.72 Koppelverkoop kan als volgt worden geïllustreerd:

²⁶⁷ Mededeling van de Commissie - Richtsnoeren betreffende de handhavingsprioriteiten van de Commissie bij de toepassing van artikel 82 van het EG-Verdrag op onrechtmatig uitsluitingsgedrag door ondernemingen met een machtspositie (2009/C 45/02), nr. 48. Een voorbeeld van technische koppeling was Gerecht 17 september 2007, T-201/04, ECLI:EU:T:2007:289, (*Microsoft/Commissie*), voorbeeld van contractuele koppeling was HvJ EU 14 november 1996, C-333/94, ECLI:EU:C:1996:436, (*Tetra Pak/Commissie*).

²⁶⁸ Mededeling van de Commissie - Richtsnoeren betreffende de handhavingsprioriteiten van de Commissie bij de toepassing van artikel 82 van het EG-Verdrag op onrechtmatig uitsluitingsgedrag door ondernemingen met een machtspositie (2009/C 45/02), nr. 49.



Figuur 6 – koppelverkoop

- 6.73 Ook wanneer het gekoppelde product een complementair product is voor de afnemers van het koppelende product, kan een beperking van het aantal alternatieve aanbieders van het gekoppelde product, en dus een beperkte beschikbaarheid van dit product, de toetreding tot uitsluitend de koppelende markt moeilijker maken²⁶⁹ en daarmee de verkoopprijs opdrijven.
- 6.74 Het HvJ EU heeft in de Europese rechtspraak verduidelijkt wanneer er sprake is van illegale koppelverkoop.²⁷⁰ Koppelverkoop valt volgens de rechtspraak van het HvJ EU

²⁶⁹ Mededeling van de Commissie - Richtsnoeren betreffende de handhavingsprioriteiten van de Commissie bij de toepassing van artikel 82 van het EG-Verdrag op onrechtmatig uitsluitingsgedrag door ondernemingen met een machtspositie (2009/C 45/02), rnr. 58.

²⁷⁰ Zie bijvoorbeeld: Gerecht 17 september 2007, T-201/04, ECLI:EU:T:2007:289, (*Microsoft/Commissie*), r.o. 814 e.v.

onder het verbod van artikel 102 sub (d) VWEU wanneer aan de volgende voorwaarden is voldaan:²⁷¹

- (i) **Afzonderlijke producten.** Het koppelende product en het gekoppelde product zijn twee afzonderlijke producten;
- (ii) **Machtspositie op markt koppelende product.** De betrokken onderneming houdt een machtspositie op de markt voor het koppelende product;
- (iii) **Koppelverkoop.** De dominante onderneming geeft afnemers geen keuze om het koppelende product te verkrijgen zonder het gekoppelde product; en
- (iv) De betrokken gedraging **kan de mededinging beperken.**

6.75 Wanneer aan deze voorwaarden wordt voldaan, is het aan de betrokken onderneming, welke de bewijslast hiervoor draagt, om aan te tonen dat er een objectieve rechtvaardiging bestaat voor haar handelen.²⁷² In deze zaak wordt aan deze voorwaarden voldaan, en ligt het dus op het pad van Apple om bewijs te leveren.

(i) Afzonderlijke producten

6.76 Of producten als afzonderlijke producten worden beschouwd is ten eerste afhankelijk van de vraag van afnemers. Zonder onafhankelijke vraag naar het gekoppelde product, is er geen sprake van afzonderlijke producten en geen misbruik in de vorm van koppelverkoop. Twee producten zijn dus afzonderlijke producten indien zonder koppelverkoop een substantieel aantal afnemers het koppelende product bij dezelfde aanbieder zouden afnemen zonder ook het gekoppelde product af te nemen.²⁷³ Om te bepalen of er sprake is van een afzonderlijke vraag van afnemers voor het gekoppelde product zijn de volgende factoren van belang:²⁷⁴

- (a) **de aard en de technische eigenschappen van de betrokken producten;**
- (b) **de eigenschappen van de markt,** zoals de aanwezigheid van onafhankelijke ondernemingen gespecialiseerd in de productie en verkoop van het gekoppelde product, de ontwikkelingsgeschiedenis van de betrokken producten en de commerciële praktijk van de onderneming met een machtspositie.

6.77 Het Gerecht heeft de voorwaarden voor koppelverkoop verduidelijkt in de *Microsoft*-uitspraak. Deze zaak betrof de koppeling door Microsoft van haar mediaspeler Windows Media Player aan haar besturingssysteem Windows, terwijl Microsoft op de

²⁷¹ Gerecht 17 september 2007, T-201/04, ECLI:EU:T:2007:289, (*Microsoft/Commissie*), r.o. 859, 862, 864, 867. Vergelijk tevens Commissie besluit 18 juli 2018, zaak AT.40099 (*Google Android*), rnr. 728-750.

²⁷² Gerecht 17 september 2007, 201/04, ECLI:EU:T:2007:289, (*Microsoft/Commissie*), r.o. 859 en 869. Mededeling van de Commissie - Richtsnoeren betreffende de handhavingsprioriteiten van de Commissie bij de toepassing van artikel 82 van het EG-Verdrag op onrechtmatig uitsluitingsgedrag door ondernemingen met een machtspositie (2009/C 45/02), rnr. 62.

²⁷³ Gerecht 17 september 2007, T-201/04, ECLI:EU:T:2007:289, (*Microsoft/Commissie*), r.o. 917 en 919, 920-922.

²⁷⁴ *Ibidem.*, r.o. 925.

markt voor besturingssystemen voor PC's een machtspositie had. Deze zaak heeft grote overeenkomsten met de onderhavige zaak.

- 6.78 In de *Microsoft*-uitspraak beoordeelde het Gerecht of Microsoft Windows en de Windows Media Player afzonderlijke producten waren, en concludeerde dat dat het geval was. Wat betreft de aard en de technische eigenschappen van de producten overwoog het Gerecht dat Windows en Windows Media Player verschillende functionaliteiten hadden. Wat betreft de eigenschappen van de markt was van belang dat er meerdere aanbieders van mediaspelers op de markt actief waren en dat deze partijen hun producten ontwierpen om op verschillende besturingssystemen te werken. Bovendien was er vraag naar concurrerende mediaspelers: een significant aantal klanten gebruikte mediaspelers van concurrenten van Microsoft (Microsoft had het niet onmogelijk gemaakt voor concurrenten om alternatieve mediaspelers te installeren). Op basis van deze factoren oordeelde het Gerecht dat er sprake was van twee afzonderlijke producten.²⁷⁵
- 6.79 In dezelfde *Microsoft*-uitspraak overwoog het Gerecht dat het feit dat Microsoft Windows en Windows Mediaspelers complementaire producten waren niet uitsloot dat er sprake was van koppelverkoop.²⁷⁶ Ook complementaire producten kunnen afzonderlijke producten in de zin van artikel 102 sub (d) VWEU zijn. Afnemers kunnen er immers een voorkeur voor hebben een complementair product van een andere leverancier af te nemen. Recentelijk heeft de Commissie in de *Google Android*-zaak herbevestigd dat complementaire producten afzonderlijke producten kunnen zijn:²⁷⁷
- “Complementary products can constitute separate products for the purposes of Article 102 TFEU, in particular Article 102(d) TFEU. This is because, for example, customers may wish to obtain complementary products together, but from different sources.”*
- 6.80 Ook de technische integratie van een product in een ander product betekent niet dat de twee producten niet langer afzonderlijke producten zijn. Hierover oordeelde het Gerecht in de *Microsoft*-uitspraak:²⁷⁸
- “volstaat de vaststelling dat het feit dat een koppelverkoop plaatsvindt in de vorm van de technische integratie van een product in een ander product, niet tot gevolg heeft dat deze integratie voor de beoordeling van de weerslag ervan op de markt niet kan worden gekwalificeerd als de bundeling van twee afzonderlijke producten.”*
- 6.81 Ten slotte is het vaste rechtspraak dat ook bij een handelsgebruik of een natuurlijke band tussen twee producten er sprake kan zijn van illegale koppelverkoop. Het Gerecht oordeelde in de *Microsoft*-uitspraak:²⁷⁹

²⁷⁵ Gerecht 17 september 2007, T-201/04, ECLI:EU:T:2007:289, (*Microsoft/Commissie*), r.o. 926-932.

²⁷⁶ *Ibidem.*, r.o. 921-922.

²⁷⁷ Zaak AT.40099 – *Google Android*, 18 juli 2018, nr. 744.

²⁷⁸ Gerecht 17 september 2007, T-201/04, ECLI:EU:T:2007:289, (*Microsoft/Commissie*), r.o. 935. Zaak AT.40099 – *Google Android*, 18 juli 2018, nr. 745.

²⁷⁹ HvJ EU 14 november 1996, C-333/94 P, EU:C:1996:436, (*Tetra Pak/Commissie*), r.o. 37. Gerecht 17 september 2007, 201/04, ECLI:EU:T:2007:289, (*Microsoft/Commissie*), r.o. 942.

“is het in ieder geval vaste rechtspraak dat zelfs wanneer de koppelverkoop van twee producten in overeenstemming is met handelsgebruiken, of wanneer er een natuurlijk verband tussen de betrokken producten bestaat, deze verkoop niettemin misbruik in de zin van artikel 82 EG kan opleveren, tenzij deze objectief gerechtvaardigd is”

(ii) Machtspositie op koppelende markt

- 6.82 Koppelverkoop houdt in dat een onderneming haar machtspositie op één markt (de koppelende markt) misbruikt op een andere markt (de gekoppelde markt). Dit betekent dat de onderneming alleen een machtspositie hoeft te hebben op de koppelende markt, en niet op de gekoppelde markt.²⁸⁰

(iii) Geen keuze voor de afnemers om koppelende product te kopen zonder het gekoppelde product

- 6.83 De derde voorwaarde houdt in dat afnemers geen keuze hebben om het koppelende product zonder het gekoppelde product af te nemen. Dit kan opgelegd worden via bijvoorbeeld een overeenkomst of met technische middelen, zo volgt uit de *Microsoft* uitspraak:²⁸¹

“De dwang die aldus wordt uitgeoefend op OEM's is niet uitsluitend contractueel, maar ook technisch van aard. Het staat immers vast dat het technisch niet mogelijk was om Windows Media Player te verwijderen.”

- 6.84 Aldus is aan deze voorwaarde voldaan indien de aankoop van een gekoppeld product in een overeenkomst wordt opgelegd, en ook indien het gekoppelde product niet verwijderd kan worden.
- 6.85 Het is geen voorwaarde dat voor het gekoppelde product een afzonderlijke prijs in rekening wordt gebracht, de prijs van het gekoppelde product zit immers in het koppelende product verwerkt: het koppelende en gekoppelde product worden als bundel verkocht.²⁸²
- 6.86 Ook indien een afnemer niet verplicht is het gekoppelde product te gebruiken of gerechtigd is hetzelfde product te gebruiken dat door een concurrent van de onderneming met een machtspositie wordt geleverd kan er sprake zijn van koppelverkoop. Het Gerecht oordeelde hierover in het *Microsoft*-uitspraak:²⁸³

“Wederom vereist noch artikel 82, tweede alinea, sub d, EG noch de rechtspraak inzake koppelverkoop dat consumenten verplicht worden om het gekoppelde product te gebruiken of dat het hen wordt belet om gebruik te maken van hetzelfde product, geleverd door een concurrent van de dominante onderneming, om de voorwaarde inzake de afhankelijkstelling van het sluiten van overeenkomsten van de aanvaarding van bijkomende prestaties als vervuld te kunnen beschouwen. Zoals de Commissie terecht opmerkt in

²⁸⁰ Gerecht 17 september 2007, T-201/04, ECLI:EU:T:2007:289, (*Microsoft/Commissie*), r.o. 853-854 en 870.

²⁸¹ *Ibidem.*, r.o. 963 en 965.

²⁸² *Ibidem.*, r.o. 967-969.

²⁸³ *Ibidem.*, r.o. 970.

punt 832 van de bestreden beschikking, waren consumenten in de zaak Hilti bijvoorbeeld niet verplicht om gebruik te maken van de spijkers van het merk Hilti, die zij tegelijk met de spijkerpistolen van dat merk verkregen.”

(iv) Gedraging kan de mededinging beperken

- 6.87 In de *Microsoft* uitspraak heeft het Gerecht overwogen dat een gedraging alleen als misbruik kan worden aangemerkt als deze gedraging “*de mededinging kan beperken*”.²⁸⁴ Hierbij is van belang dat koppelverkoop naar zijn aard een marktafschermend effect heeft en dus de mededinging kan beperken. Het Gerecht heeft dit bevestigd in de zaken *Hilti*²⁸⁵ en in *Tetra Pak II*²⁸⁶. Een verdere analyse is dus niet nodig.
- 6.88 Ten overvloede voegt de Stichting toe dat koppelverkoop de mededinging onder meer op de volgende wijzen kan beperken:
- (i) Vermindering van prikkels voor gebruikers om een product te kiezen van andere aanbieders dan de onderneming met een machtspositie;²⁸⁷
 - (ii) Ontmoediging van afnemers van de onderneming met een machtspositie om de producten van andere aanbieders van het gekoppelde product aan te bieden;²⁸⁸ en
 - (iii) Stimulering van ondernemingen om producten te ontwikkelen waarin alleen de onderliggende technologie wordt toegepast waarop het gekoppelde product is gebaseerd.²⁸⁹

II. Apple maakt misbruik van haar machtspositie door Apple IAP te koppelen aan de Apple App Store

- 6.89 Apple maakt misbruik van haar machtspositie door haar betalingsverwerkingsdienst Apple IAP te koppelen aan de distributie van apps via de Apple App Store. De Stichting zal de vier voorwaarden voor koppelverkoop bespreken.
- (i) De distributie van apps op iOS en de betalingsverwerkingsdiensten op iOS zijn twee afzonderlijke producten**
- 6.90 De distributie van apps op iOS en de betalingsverwerkingsdiensten op iOS zijn twee afzonderlijke producten.
- 6.91 Voor de beoordeling of er sprake is van twee afzonderlijke producten is zoals hiervoor beschreven met name de vraag van de afnemers relevant, en deze vraag kan

²⁸⁴ Gerecht 17 september 2007, T-201/04, ECLI:EU:T:2007:289, (*Microsoft/Commissie*), r.o. 967, Gerecht 30 september 2003, 203/01, ECLI:EU:T:2003:250, (*Michelin/Commissie*), r.o. 237-239.

²⁸⁵ Gerecht 12 december 1991, T-30/89, EU:T:1991:70 (*Hilti/Commissie*), r.o. 100-101.

²⁸⁶ Gerecht 6 oktober 1994, T-83/91, EU:T:1994:246, (*Tetra Pak/Commissie*), r.o. 137, HvJ EU 14 november 1996, C-333/94, ECLI:EU:C:1996:436, (*Tetra Pak/Commissie*), r.o. 37.

²⁸⁷ Gerecht 17 september 2007, 201/04, ECLI:EU:T:2007:289, (*Microsoft/Commissie*), r.o. 1041. Zaak AT.40099 – *Google Android*, 18 juli 2018, nr. 750.

²⁸⁸ Gerecht 17 september 2007, 201/04, ECLI:EU:T:2007:289, (*Microsoft/Commissie*), r.o. 1043. Zaak AT.40099 – *Google Android*, 18 juli 2018, nr. 750.

²⁸⁹ Gerecht 17 september 2007, 201/04, ECLI:EU:T:2007:289, (*Microsoft/Commissie*), r.o. 1060-1077. Zaak AT.40099 – *Google Android*, 18 juli 2018, nr. 750.

beoordeeld worden op basis van twee factoren: (i) de aard en technische eigenschappen van de betrokken producten en (ii) de eigenschappen van de markt. Eigenschappen van de markt zijn bijvoorbeeld de aanwezigheid van onafhankelijke ondernemingen die het gekoppelde product aanbieden, de ontwikkelgeschiedenis van de betrokken producten en de commerciële praktijk van de onderneming met de machtspositie.

- 6.92 De aard en de eigenschappen van de Apple App Store en Apple IAP zijn verschillend. De Apple App Store is ontwikkeld om apps te distribueren, zowel betaald als gratis, terwijl de Apple IAP betalingsverwerkingsdienst ontwikkeld is om betalingen binnen apps te verwerken.
- 6.93 Ook uit de ontwikkelingsgeschiedenis en de commerciële praktijk blijkt dat er sprake is van twee afzonderlijke diensten.
- 6.94 Zo zijn er onafhankelijke ondernemingen op de markt actief die gespecialiseerd zijn in betalingsverwerkingsdiensten (zogenoemde *Payment Service Providers of PSP's*). Onder meer bekende betalingsverwerkers zoals PayPal, Adyen en Stripe bieden betalingsverwerkingsdiensten specifiek voor apps aan.²⁹⁰ Deze partijen zijn niet actief op de markt voor app distributie.
- 6.95 Ook app distributiediensten worden in de praktijk aangeboden zonder koppeling aan een betalingsverwerker. Zo kunnen app ontwikkelaars in de Google Play Store en de Microsoft Store niet alleen de betalingsverwerkingsdienst van Microsoft en Google gebruiken maar ook de betalingsverwerkingsdiensten van derde partijen zoals PayPal en Adyen.²⁹¹
- 6.96 Bovendien biedt ook Apple zelf de distributie van bepaalde apps aan zonder koppeling aan haar betalingsverwerkingsdienst. Apple maakt namelijk een uitzondering op de koppelverkoop tussen app distributie en betalingsverwerking voor fysieke goederen of diensten en voor Apple's Video Partner Program. Voor deze goederen en diensten is het voor app ontwikkelaars en consumenten mogelijk om bij in-app aankopen gebruik te maken van alternatieven voor Apple IAP.²⁹² Hier komt bij dat Apple voor 1 september 2009 app ontwikkelaars nog niet verplichtte gebruik te maken van Apple IAP.²⁹³ Dit toont aan dat er sprake is van een afzonderlijke markt en de producten niet noodzakelijkerwijs gekoppeld zijn.
- 6.97 De enige reden dat de distributie van apps en betalingsverwerking gezamenlijk afgenomen worden is omdat Apple dit verplicht heeft gesteld. Zonder de koppelverkoop zouden veel afnemers van Apple (de app ontwikkelaars) alleen de diensten met betrekking tot de distributie van de app in de Apple App Store afnemen en niet ook de betalingsverwerkingsdienst van Apple.

²⁹⁰ Zie bijvoorbeeld <https://www.adyen.com/our-solution/in-app-payments#customerexperience> en <https://www.paypal.com/nl/business/platforms-and-marketplaces>

²⁹¹ Zie: <https://www.theverge.com/2021/6/24/22549222/microsoft-store-developers-windows-11-revenues-games> en Productie SCCC - 0019: CMA rapport, 'Mobile ecosystems - market study interim report' met bijlagen, d.d. 14 december 2021, nr. 6.190.

²⁹² Zie paragraaf 3 sub C.

²⁹³ Zie paragraaf 3 sub B.

- 6.98 Dat app ontwikkelaars andere betalingsverwerkers zouden inschakelen als Apple Apple IAP niet verplicht had gesteld wordt bevestigd door een onderzoek van de CMA.²⁹⁴ Vrijwel alle ondervraagde app ontwikkelaars gaven aan dat zij geen gebruik zouden maken van Apple's betalingsverwerkingsdienst indien dat niet verplicht was.²⁹⁵ Apple beseft dit zelf ook. In een interne e-mail zegt een manager van Apple dat niemand gebruik zou maken van Apple IAP als dit niet verplicht zou zijn.²⁹⁶ Ofwel: de enige reden dat Apple IAP wordt gebruikt is dat Apple het verplicht heeft gesteld en geen alternatieven toelaat op iOS.
- 6.99 Voor zover Apple in deze procedure wil gaan betogen dat app distributie en betalingsverwerking complementaire producten zijn, en dat de producten geïntegreerd zijn, geldt allereerst dat ook complementaire producten afzonderlijke producten zijn in de zin van artikel 102 sub (d) VWEU als afnemers deze producten van verschillende leveranciers willen verkrijgen. Zoals hierboven beschreven is dat het geval. Wat betreft de integratie van de producten geldt dat het feit dat twee producten technisch geïntegreerd zijn, niet betekent dat de twee producten geen gescheiden producten zijn in de zin van artikel 102 VWEU.²⁹⁷ Dat is ook logisch, want het is Apple's eigen keus om de producten al dan niet te integreren. Zij kan niet door middel van integratie aan de toepassing van artikel 102 VWEU ontsnappen. Belangrijker is dat de producten niet zijn geïntegreerd: voor fysieke producten en het Video Partner Program kunnen app ontwikkelaars immers gebruik maken van alternatieve betalingsverwerkers.
- 6.100 De ACM heeft in het Inbreukbesluit bovendien reeds vastgesteld dat Apple's betalingsverwerkingsdiensten via Apple IAP te onderscheiden zijn van app distributiediensten via de Apple App Store (zie paragraaf 4 sub B). Ook de Rechtbank Rotterdam heeft dit in haar uitspraak van 24 december 2021 geoordeeld. De Rechtbank oordeelt dat er sprake is van afzonderlijke producten om de volgende redenen:²⁹⁸
- (i) **Uit de voorwaarden van Apple zelf blijkt er sprake is van afzonderlijke producten.** App ontwikkelaars die geen kosten in rekening brengen voor apps nemen app distributiediensten af maar geen betalingsverwerkingsdiensten. Deze app ontwikkelaars sluiten geen overeenkomst af met Apple voor betalingsverwerkingsdiensten.²⁹⁹
 - (ii) **Het is technisch mogelijk om afzonderlijke betalingsverwerkingsdiensten aan te bieden.** Voor app ontwikkelaars die zogenoemde 'fysieke producten of diensten' aanbieden³⁰⁰ geldt dat zij wél

²⁹⁴ Zie nader over het onderzoek van de CMA paragraaf 4 sub D.

²⁹⁵ Productie SCCC – 0019: CMA rapport, 'Mobile ecosystems - market study interim report' met bijlagen, d.d. 14 december 2021, nr. 6.187.

²⁹⁶ Productie SCCC - 0018: interne Apple e-mail van Matt Fischer aan Lindsey Blumenthal d.d. 12 december 2018. Zie nader paragraaf 3 sub C.

²⁹⁷ Gerecht 17 september 2007, T-201/04, ECLI:EU:T:2007:289, (*Microsoft/Commissie*), r.o. 935. Zaak AT.40099 – *Google Android*, 18 juli 2018, nr. 745.

²⁹⁸ Voorzieningenrechter rechtbank Rotterdam, 24 december 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:12851, r.o. 11.1.
²⁹⁹ Zie ook de toelichting op de voorwaarden in paragraaf 3 sub C.

³⁰⁰ *Ibidem*.

alternatieve betalingsverwerkingsdiensten kunnen aanbieden. Aldus is het technisch mogelijk voor Apple om binnen een app de in-app aankopen via een ander betalingssysteem te laten lopen die de app ontwikkelaar kiest. Apple kiest er alleen voor om deze mogelijkheid voor andere app ontwikkelaars uit te sluiten.³⁰¹ Ook uit het zogenoemde *Video Partner Program* van Apple blijkt dat het gebruik van een zelfgekozen betalingssysteem mogelijk is. Op grond van dit *Program*, zo merkt de voorzieningenrechter op, mag een bepaalde groep app ontwikkelaars (die onder Schedule 2 vallen van de Apple App Store voorwaarden), wel een eigen betaalsysteem gebruiken voor de aankopen binnen een app voor app gebruikers die zijn geworven buiten de app.³⁰²

- (iii) **Er zijn ondernemingen die gespecialiseerd zijn in de betreffende betalingsverwerking.** Er zijn afzonderlijke aanbieders actief die gespecialiseerd zijn in betalingsverwerking (*Payment Service Providers of PSP's* genoemd). Dit is een sterke aanwijzing voor een afzonderlijke markt. Verschillende betalingsverwerkers zijn gespecialiseerd in betalingen via de mobiele telefoon en in-app betalingen. Voorbeelden van PSP's zijn het bekende PayPal en het Nederlandse Adyen.
- (iv) **Op Android-telefoons maken consumenten gebruik van alternatieve betalingsverwerkers.** Google biedt op haar besturingssysteem Android wel de mogelijkheid voor alternatieve betalingsverwerkers. Hier wordt veelvuldig gebruik van gemaakt door app ontwikkelaars. Ook hieruit volgt dat er een afzonderlijke vraag en aanbod bestaat naar deze twee diensten.

6.101 Ook de economische experts van Brattle bevestigen dat er sprake is van afzonderlijke producten. Brattle stelt vast dat er derde partijen zijn die betalingsverwerkingsdiensten kunnen aanbieden (en al aanbieden in het kader van fysieke goederen).³⁰³ Brattle concludeert:³⁰⁴

"This market and regulatory evidence leads me to conclude that, absent Apple's anticompetitive tying, there would be significant demand for third-party payment processing providers on iOS, indicating that iOS payment processing constitutes a separate antitrust product market"

6.102 Op grond van het voorgaande wordt dus aan de eerste voorwaarde voldaan: er is sprake van twee afzonderlijke producten, namelijk de distributie van apps op iOS en de betalingsverwerkingsdienst op iOS.

- (ii) **Apple heeft een dominante positie op de koppelende markt voor de distributie van apps op iOS**

6.103 Zoals in paragraaf 5 sub E beschreven bezit Apple een dominante positie op de markt voor de distributie van apps op iOS. Dit is de koppelende markt. Apple heeft een dominante positie op deze markt omdat zij iedere concurrentie heeft uitgesloten, zij

³⁰¹ Voorzieningenrechter rechtbank Rotterdam, 24 december 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:12851, r.o. 11.1.

³⁰² *Ibidem.*, r.o. 11.1.

³⁰³ Productie SCCC - 0036: Brattle, Consumer Harm Resulting from Apple's Anticompetitive Practices related to the iOS App Store, maart 2022, rnr. 24 en 27.

³⁰⁴ *Ibidem.*, rnr. 32.

laat op basis van haar contractuele voorwaarden met app ontwikkelaars geen alternatieve app stores toe op iOS.³⁰⁵ Apple heeft daarmee een 100% marktaandeel.

- 6.104 Ook aan de tweede voorwaarde wordt aldus voldaan. Overigens heeft Apple ook een dominante positie op de markt voor betalingsverwerking op iOS (de gekoppelde markt).³⁰⁶ Dit is echter geen noodzakelijke voorwaarde voor het vaststellen van illegale koppelverkoop.

(iii) App ontwikkelaars kunnen hun apps niet distribueren op iOS zonder zich te verplichten tot gebruik van Apple IAP

- 6.105 Zoals beschreven in paragraaf 3 sub C dwingt Apple app ontwikkelaars die hun apps willen distribueren op iOS (via de Apple App Store) gebruik te maken van Apple's betalingsverwerker Apple IAP. Bovendien is het app ontwikkelaars verboden om binnen de eigen app op enige wijze te verwijzen naar betalingsmogelijkheden buiten de app om, bijvoorbeeld betaling via de eigen website (*anti-steering*). Apple dwingt app ontwikkelaars tot gebruik van Apple IAP zowel op contractuele basis als op basis van technische middelen.
- 6.106 Apple dwingt app ontwikkelaars dus ook tot gebruik van Apple IAP door middel van technische middelen. App ontwikkelaars dienen hun nieuwe of bijgewerkte applicatie steeds voor te leggen aan Apple via een app review systeem (zie paragraaf 3 sub C). Indien de app niet voldoet aan Apple's voorwaarden wordt de app niet door Apple goedgekeurd en kan deze niet gedistribueerd worden via de Apple App Store.
- 6.107 Ook de ACM en de CMA hebben vastgesteld dat Apple app ontwikkelaars die apps distribueren via de Apple App Store dwingt tot gebruik van Apple IAP.³⁰⁷ Zo stelt de ACM in randnummer 3 van het Inbreukbesluit:

“Maar in het geval een appaanbieder binnen de app tegen betaling digitale content of diensten aanbiedt, is hij verplicht om akkoord te gaan met aanvullende contractuele voorwaarden van Apple. Deze voorwaarden verplichten de appaanbieder gebruik te maken van de IAP-dienst van Apple voor het afwickelen van de betaling. [geschorst] Ook is het een appaanbieder niet toegestaan om binnen zijn eigen app op enige wijze te verwijzen naar betaalmogelijkheden buiten de app om, bijvoorbeeld naar alternatieve betalingsmogelijkheden die de appaanbieder op zijn eigen website aanbiedt (anti-steering).”

- 6.108 De CMA concludeert in randnummer 6.181 van haar onderzoek:

“In this section we have considered the following possible harms arising from the payment system rules:

³⁰⁵ Zie paragraaf 3 sub C

³⁰⁶ Zie paragraaf 5 sub F.

³⁰⁷ Productie SCCC - 0020: ACM, Samenvatting besluit misbruik van economische machtspositie door Apple, d.d. 24 augustus 2021, rnr. 3, Productie SCCC – 0019: CMA rapport, 'Mobile ecosystems - market study interim report' met bijlagen, d.d. 14 december 2021, rnr. 6.181.

- *the requirements for in-app purchases to be made through Apple and Google mean that app developers cannot choose alternatives for processing payments for digital content that better meet their needs;*
- *the requirements for in-app purchases to be made through Apple and Google mean that developers are ‘disintermediated’ from their users in certain respects;*
- *the requirements for in-app purchases to be made through Apple and Google (and the commission payable to Apple and Google for these transactions) distort competition between Apple’s and Google’s own apps and rival apps;*
- *the requirement for in-app purchases to be made through Apple and Google make cause billing issues for users who switch between iOS and Android devices and vice versa; and*
- *the anti-steering rules prevent developers from informing users of the fact that there may be alternative ways to pay for content outside of an app, limiting their ability to make informed choices and drive effective competition between distribution channels.”*

6.109 Op grond van het voorgaande wordt eveneens aan de derde voorwaarde voldaan.

(iv) De gedraging kan de mededinging beperken

6.110 Voor de bespreking van deze voorwaarde in het kader van koppelverkoop verwijst de Stichting ter voorkoming van herhaling naar paragraaf 6 sub F hieronder.

E. Apple hanteert excessieve prijzen

I. Juridisch kader

- 6.111 Met de hiervoor in de paragrafen 6 sub C en 6 sub D beschreven misbruikelijke gedragingen sluit Apple iedere concurrentie uit, waardoor zij excessieve prijzen in rekening kan brengen aan app ontwikkelaars. Het verbod op misbruik van machtspositie verbiedt in artikel 102 sub (a) VWEU ook onbillijke prijzen op zichzelf, waaronder ook excessieve prijzen worden verstaan.³⁰⁸ Dit betekent dat excessieve prijzen ook zonder onredelijke voorwaarden of koppelverkoop verboden zijn.
- 6.112 Een prijs is excessief in de zin van artikel 102 sub (a) VWEU indien de prijs niet in een redelijke verhouding staat tot de economische waarde van de prestatie.
- 6.113 Het HvJ EU heeft in de zaak *United Brands* geoordeeld dat objectief kan worden vastgesteld of een prijs excessief is door te beoordelen of:³⁰⁹

³⁰⁸ Een andere vorm van onbillijke prijzen betreft het hanteren van onbillijk lage prijzen waarmee concurrenten uit de markt worden gedrukt (zogenoemde “roofprijzen”). Deze vorm van misbruik is niet relevant in de onderhavige zaak.

³⁰⁹ HvJ EU 14 februari 1978, 27/76, EU:C:1978:22, (*United Brands en Continentaal/Commissie*), r.o. 251-252.

- (i) Het verschil tussen de werkelijk gemaakte kosten en de werkelijke gevraagde verkoopprijs (de winstmarge) disproportioneel is; en
 - (ii) De prijs onbillijk is in absolute zin (“*op zichzelf*”³¹⁰) of in vergelijking met concurrerende producten.
- 6.114 Indien er aan beide voorwaarden is voldaan, is een prijs buitensporig hoog en derhalve onbillijk is in de zin van artikel 102 VWEU.³¹¹
- 6.115 Het HvJ EU heeft in het verleden de volgende vergelijkingsmethoden genoemd waarmee kan worden vastgesteld of een prijs excessief is:³¹²
- (iii) **Een vergelijking tussen de verkoopprijs en de productiekosten:** deze analyse is toegespitst op de marges (of de winstgevendheid) van de dominante onderneming bij de verkoop van de betrokken goederen of diensten;
 - (iv) **productvergelijking:** prijzen die in dezelfde of een vergelijkbare markt worden gevraagd door ondernemingen zonder machtspositie;³¹³
 - (v) **vergelijking in tijd:** prijzen van dezelfde onderneming met een machtspositie op verschillende tijdstippen;³¹⁴ of
 - (vi) **geografische vergelijking:** prijzen die in andere geografische markten worden gevraagd door dezelfde onderneming met een machtspositie of door andere ondernemingen.³¹⁵
- 6.116 Er is niet één geschikte methode voor het vaststellen van een excessieve prijs, de meest geschikte methode kan dus per zaak worden gekozen. Er kunnen bovendien andere methoden gebruikt worden om aan te tonen dat een prijs onbillijk is.³¹⁶
- 6.117 Voor wat betreft de analyse of de prijs onbillijk is op zichzelf, heeft de Commissie in de zaak *Aspen*³¹⁷ kaders gegeven hoe dit dient te worden geanalyseerd. Zo stelt de Commissie dat rekening dient te worden gehouden met (i) de aard van de producten, (ii) de rechtvaardiging voor hogere prijzen, bijvoorbeeld in de vorm van activiteiten met commerciële risico's of innovatie, investeringen of materiele verbeteringen van de producten, (iii) de disproportionaliteit van prijsverhogingen ten opzichte van de

³¹⁰ Conclusie van Advocaat-Generaal Wahl, 6 april 2017, Zaak C-177/16, ECLI:EU:C:2017:286 (AKKA/LAA), r.o. 18.

³¹¹ Conclusie van Advocaat-Generaal Wahl 6 april 2017, Zaak C-177/16, ECLI:EU:C:2017:286 (AKKA/LAA), r.o. 23.

³¹² Zie ook de conclusie van Advocaat-Generaal Wahl 6 april 2017, Zaak C-177/16, ECLI:EU:C:2017:286 (AKKA/LAA), r.o. 18-19 en HvJ EU 14 februari 1978, C-27/76, EU:C:1978:22, (*United Brands en Continentaal/Commissie*), r.o. 249 en 253.

³¹³ HvJ EU 29 februari 1968, C-24/76, ECLI:EU:C:1968:11, (*Parke/Probel*); HvJ 5 oktober 1988, C-53/87, ECLI:EU:C:1988:472, (*CIRCA en Maxicar*), r.o. 17.

³¹⁴ HvJ EU 13 november 1975, C-26/75, EU:C:1975:150, (*General Motors Continental/Commissie*), r.o. 16; HvJ EU 11 november 1986, C-226/84, EU:C:1986:421, (*British Leyland/Commissie*), r.o. 25.

³¹⁵ HvJ EU 8 juni 1971, C-78/70, ECLI:EU:C:1971:59, (*Deutsche Grammophon Gesellschaft/Metro*), r.o. 14; HvJ EU 4 mei 1988, C-30/87, ECLI:EU:C:1988:225, (*Bodson/ SA Pompes funèbres des régions libérées*), r.o. 31.

³¹⁶ HvJ 14 februari 1978, 27/76, ECLI:EU:C:1978:22, (*United Brands en Continentaal/Commissie*), r.o. 253.

³¹⁷ Zaak AT.40394 (*Aspen*), 10 februari 2021, nrns. 165-195.

kosten, (iv) de omvang van de excessieve winsten, (v) de strategie van een onderneming om uit te buiten (hierbij wordt het gedrag en de economische motieven beoordeeld) en (vi) de methoden en middelen die zijn toegepast bij het opleggen van de hogere prijzen.

6.118 De laatste jaren staan excessieve prijzen vol in de schijnwerpers van mededingingsautoriteiten in de EU:³¹⁸

- (i) In 2016 beboette de Italiaanse mededingingsautoriteit Aspen in Italië voor het verhogen van verkoopprijzen van verschillende medicijnen tegen kanker.³¹⁹ De boete bleef in beroep in stand.³²⁰ De bevindingen van de Italiaanse mededingingsautoriteit luidde een formeel onderzoek in van de Commissie naar Aspen Pharma's verkoopprijzen voor kankermedicijnen in de gehele EER (minus Italië).³²¹ Op 10 februari 2021 werd het besluit van de Commissie gepubliceerd waarin Aspen toezeggingen deed ten aanzien van haar prijsbeleid.³²²
- (ii) Op 31 januari 2018 beboette de Deense mededingingsautoriteit CD Pharma omdat CD Pharma haar machtspositie had misbruikt door oneerlijke verkoopprijzen te hanteren voor het medicijn Syntocinon.³²³
- (iii) AKKA/LAA is een organisatie voor het collectieve beheer van auteursrechten inzake muziekwerken in Letland en als enige gemachtigd om licenties te verlenen voor de mededeling aan het publiek van de muziekwerken waarvan zij de auteursrechten beheert. In 2008 legde de Letse mededingingsautoriteit AKKA/LAA een boete op omdat te hoge tarieven waren gerekend. Naar aanleiding van een nieuw onderzoek naar de aangepaste tarieven heeft de Letse mededingingsautoriteit op 2 april 2013 een boete opgelegd voor het hanteren van niet billijke tarieven.³²⁴
- (iv) Op 19 juli 2021 stelde de ACM vast dat Leadiant misbruik maakte van haar economische machtspositie doordat zij een te hoge prijs heeft gerekend voor het geneesmiddel CDCA-Leadiant. De prijs die Leadiant rekende voor het geneesmiddel was volgens de ACM onbillijk omdat de prijs in combinatie met

³¹⁸ Zie, naast de onderstaande zaken, tevens: Competition Appeal Tribunal, Court of Appeal 10 maart 2020, C3/2018/1847 & 1874, (*Competition and Markets Authority/Flynn Pharma Ltd.*), https://www.catribunal.org.uk/sites/default/files/2020-04/1275-76_Flynn_CoA_Judgment_100320.pdf.

³¹⁹ Besluit Autorità garante della concorrenza e del mercato (ICA) 29 September 2016, No. 26185.

³²⁰ Besluit Lazio Regional Administrative Tribunal 26 juli 2017, n. 8948/2017, (*Aspen*).

³²¹ Persbericht Europese Commissie 15 mei 2017, 'Antitrust: Commission opens formal investigation into Aspen Pharma's pricing practices for cancer medicines'. Zie: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_17_1323

³²² Zaak AT.40394 (*Aspen*) 10 februari 2021.

³²³ Besluit 31 januari 2018 van de Deense Mededingingsautoriteit, 'CD Pharma has abused its dominant position by increasing their price by 2,000 percent', <https://www.en.kfst.dk/nyheder/kfst/english/decisions/2018-cd-pharma-has-abused-its-dominant-position-by-increasing-their-price-by-2-000-percent/>.

³²⁴ HvJ EU 14 september 2017, Zaak C-177/16, ECLI:EU:C:2017:286 (*AKKA/LAA*), r.o. 7-11.

de lage kosten en lage risico's Leadiant een buitensporig rendement heeft opgeleverd.³²⁵

- 6.119 Voor de volledigheid merkt de Stichting op dat ook buiten de EU excessieve prijzen meer aandacht krijgen. Zo heeft de CMA op 29 juli 2021 Advanz Pharma (en de vorige eigenaren) een boete opgelegd van GBP 101 miljoen voor het opleggen van excessieve en onbillijke prijzen voor medicijnen voor schildklierproblemen. Ondanks dat de octrooien waren verlopen, was er geen sprake van mededinging bij dit medicijn en resulteerde dit in een grote prijsverhoging. De CMA concludeerde dat geen innovatie, productietoename of kostenstijging deze prijsverandering verklaarde.³²⁶

II. Toepassing

- 6.120 Zoals hierboven beschreven, wordt een prijs als “excessief” vastgesteld door middel van een toets in twee cumulatieve stappen, (i) beoordeling van de disproportionaliteit van de winstmarge (i.e. het verschil tussen de werkelijk gemaakte kosten en de verkoopprijs) en (ii) de beoordeling of de prijs onbillijk is in absolute zin of in vergelijking met concurrerende producten.

(i) Voorwaarde 1 is vervuld: Apple's winstmarge is disproportioneel

- 6.121 Het verschil tussen de werkelijk gemaakte kosten en de verkoopprijs (de winstmarge) van Apple bij de distributie van apps via de Apple App Store en Apple IAP is extreem en disproportioneel.
- 6.122 Volgens eigen cijfers van Apple heeft zij in het financiële jaar eindigend in september 2021 USD 365,8 miljard omzet behaald, waarvan USD 68,4 miljard voor “Diensten” (*Services*) zoals de Apple App Store.³²⁷ De overige opbrengsten kwam van “Apparaten” (*Devices*). De Apple App Store heeft het grootste aandeel in de omzet die Apple behaalt met diensten.³²⁸ De bijdrage van de Apple App Store aan de omzet voor diensten is toegenomen van 8% in 2011 naar 19% van de omzet in 2021.³²⁹
- 6.123 In 2017 was de winstmarge van Apple voor Diensten 55%.³³⁰ Sinds 2017 is deze winstmarge alleen maar toegenomen.³³¹ In 2020 had Apple een winstmarge voor de Apple App Store en Advertenties van tussen de 75 en 100%, zo bevestigt ook een

³²⁵ Autoriteit Consument & Markt, ‘ACM beboet fabrikant Leadiant voor excessieve prijs geneesmiddel CDCA’, 19 juli 2021. Zie: <https://www.acm.nl/nl/publicaties/acm-beboet-fabrikant-leadiant-voor-excessieve-prijs-geneesmiddel-cdca>

³²⁶ UK Competition and Markets Authority, ‘CMA fines pharma firm over pricing of crucial thyroid drug’, 29 juli 2021. Zie: <https://www.gov.uk/government/news/cma-fines-pharma-firm-over-pricing-of-crucial-thyroid-drug>

³²⁷ Apple, “2021 10K”, pagina's 1,2 en 29, zie: <https://investor.apple.com/sec-filings/default.aspx>

³²⁸ Productie SCCC – 0019: CMA rapport, ‘Mobile ecosystems - market study interim report’ met bijlagen, d.d. 14 december 2021, Appendix D, Figure D.3.

³²⁹ *Ibidem.*, Appendix D, p. D2.

³³⁰ Productie SCCC - 0036: Brattle, Consumer Harm Resulting from Apple's Anticompetitive Practices related to the iOS App Store, maart 2022, nr. 52.

³³¹ *Ibidem.*, nr. 52 en Table 2.

onderzoek van de CMA.³³² Apple heeft in 2021 in totaal USD 94,7 miljard aan winst gemaakt.³³³

- 6.124 Deze excessieve winstmarge van 75-100% is tevens bevestigd in een hoorzitting van het 'Subcommittee on Antitrust, Commercial and Administrative Law' van het Huis van Afgevaardigden van de Verenigde Staten (zie ook hiervoor, paragraaf 4 sub D). Dit comité concludeerde, op grond van conclusies van een onafhankelijk onderzoeksbureau, dat de wereldwijde omzet van Apple met haar Apple App Store in 2018 USD 15,5 miljard bedroeg. Het onderzoeksbureau schatte de omzet voor 2022 op ca. USD 19 miljard. Ondertussen zijn de wereldwijde kosten van de Apple App Store minder dan USD 100 miljoen.³³⁴ Een voormalige Senior Director van Apple's App Store Review heeft dit in een verhoor bij het comité bevestigd.³³⁵ Afgezet tegen de jaarlijkse omzet die Apple behaalt met de Apple App Store zijn de winsten exorbitant volgens het comité.³³⁶ Voor de inzichtelijkheid: uitgaande van USD 100 miljoen aan kosten zouden de kosten slechts 0,6% van de omzet bedragen in 2018, en 0,5% in 2022. In werkelijkheid zullen de kosten nog lager zijn aangezien de kosten *minder* dan USD 100 miljoen zijn. Apple heeft tot zover geen inzicht gegeven in haar daadwerkelijke kosten.
- 6.125 Dat Apple's winstmarge meer dan 75% bedraagt, blijkt ook uit Apple's eigen berekeningen. In de Epic/Apple zaak in de Verenigde Staten (zie paragraaf 4 sub E) stelde de United States District Court van Californië vast dat uit Apple's eigen operationele margeberekeningen³³⁷ in interne stukken over de Apple App Store bleek dat haar winstmarge meer dan 75% was.³³⁸ Bovendien had een economisch expert voor Epic eerder eveneens berekend dat Apple's winstmarge meer dan 75% was. De Californische rechtbank concludeerde op deze basis dat Apple's winstmarge meer dan 75% bedroeg in de (fiscale) jaren 2018 en 2019 en meer dan 72% vanaf 2013.³³⁹
- 6.126 Op grond van deze informatie kan niet anders geconcludeerd worden dat Apple een exorbitante winstmarge heeft en dat aan de eerste stap van de cumulatieve toets voldaan is.

³³² Productie SCCC - 0019: CMA rapport, 'Mobile ecosystems - market study interim report' met bijlagen, d.d. 14 december 2021, Appendix D, p. D6.

³³³ Apple, "2021 10K", pagina's 1,2 en 29, zie: <https://investor.apple.com/sec-filings/default.aspx>

³³⁴ Productie SCCC - 0028: US House Judiciary, Report on the investigation of competition in digital markets, 2020, p. 344-345, zie tevens Productie SCCC - 0036: Brattle, Consumer Harm Resulting from Apple's Anticompetitive Practices related to the iOS App Store, maart 2022, rnr. 55.

³³⁵ Productie SCCC - 0028: US House Judiciary, Report on the investigation of competition in digital markets, 2020, p. 345

³³⁶ *Ibidem*.

³³⁷ Hiermee wordt bedoeld de winst die een bedrijf maakt per euro/dollar van verkochte producten na aftrek van variabele kosten van productie, zoals loon en grondstoffen. Dit is nog zonder de aftrek van rente op leningen of belastingen.

³³⁸ **Productie SCCC - 0037: Written direct testimony of [REDACTED], CPA (Epic v. Apple), d.d. 3 mei 2021**, rnr. 2, Productie SCCC – 0035: United States District Court of the Northern District of California (Epic v. Apple), d.d. 10 september 2021, p. 41-42.

³³⁹ Productie SCCC - 0037: Written direct testimony of [REDACTED], CPA (Epic v. Apple), d.d. 3 mei 2021, rnr. 2, Productie SCCC – 0035: United States District Court of the Northern District of California (Epic v. Apple), d.d. 10 september 2021, p. 41-42 en Productie SCCC - 0036: Brattle, Consumer Harm Resulting from Apple's Anticompetitive Practices related to the iOS App Store, maart 2022, rnr. 53.

- 6.127 Hoewel het voorgaande reeds genoeg bewijs is om de stelling te onderbouwen dat Apple een disproportionele winstmarge behaalt met de Apple App Store, heeft de Stichting bovendien de economische experts van Brattle verzocht om de winstmarges van Apple te onderzoeken. Brattle heeft volgens de gebruikelijke methoden onderzocht wat Apple's winstmarge is en wat haar *Return on Capital Employed* ("ROCE") is.³⁴⁰
- 6.128 ROCE geeft een mate van winstgevendheid op basis van boekhoudkundige winsten. De ROCE wordt berekend door de EBIT (i.e. *earnings before interest and taxes*) door de waarde van het toegepaste kapitaal te delen.³⁴¹ De ROCE van Apple is over een periode van vele jaren uitzonderlijk hoog gebleven, in het bijzonder voor een onderneming wiens technologie en innovaties al gekopieerd zijn door andere partijen.
- 6.129 Brattle heeft hierbij allereerst gekeken naar een analyse van de CMA, die concludeerde dat Apple's ROCE gedurende een periode van 11 jaar (2011-2021) tussen de 250-300% was. De CMA merkt hierbij op dat Apple niet alleen erg winstgevend is maar tevens de winstgevendheid van andere dominante digitale spelers zoals Facebook en Google doet verbleken.³⁴²
- 6.130 Brattle is van oordeel dat de analyse van de CMA nog conservatief is aangezien sinds 2017 het aandeel van omzet uit diensten gegroeid is in vergelijking met andere omzet (zo blijkt uit Apple's 10-K³⁴³ documenten). Tevens heeft Dr. Evans, deskundige van Epic in de gerechtelijke procedure tegen Apple onder ede verklaard dat de Apple App Store na de licentieomzet, de grootste omzetbron is van Apple.³⁴⁴
- 6.131 Kortom, uit het voorgaande volgt dat Apple niet alleen extreem hoge marges behaalt met de Apple App Store maar ook dat Apple's ROCE veel groter is dan andere ondernemingen met een machtspositie. De verhouding tussen Apple's kosten en haar winsten met de Apple App Store is dan ook disproportioneel.
- (ii) Voorwaarde 2 is vervuld: Apple's prijzen zijn onbillijk op zichzelf en in vergelijking met concurrerende producten**
- 6.132 Apple's commissies voor (i) app aankopen en (ii) betalingsverwerking bij in-app aankopen zijn onbillijk op zichzelf en in vergelijking met concurrerende producten. Dit om de volgende redenen.
- Prijs op zichzelf: App distributie*
- 6.133 Sinds de lancering van de Apple App Store in 2008 verplicht Apple app ontwikkelaars om (i) jaarlijks USD 99,- te betalen (ongeacht of het om betaalde apps gaat of gratis

³⁴⁰ Productie SCCC - 0036: Brattle, Consumer Harm Resulting from Apple's Anticompetitive Practices related to the iOS App Store, maart 2022, nr. 57 e.v.

³⁴¹ *Ibidem*.

³⁴² Productie SCCC – 0019: CMA rapport, 'Mobile ecosystems - market study interim report' met bijlagen, d.d. 14 december 2021, Appendix D, p. D11 en voetnoot 23, zie tevens Productie SCCC - 0036: Brattle, Consumer Harm Resulting from Apple's Anticompetitive Practices related to the iOS App Store, maart 2022, nr. 58.

³⁴³ Dit betreft de jaarlijkse rapporten die moeten worden ingediend bij de Amerikaanse *Securities and Exchange Commission* door beursgenoteerde bedrijven.

³⁴⁴ Productie SCCC - 0036: Brattle, Consumer Harm Resulting from Apple's Anticompetitive Practices related to the iOS App Store, maart 2022, nr. 59.

apps) en (ii) 30% commissie af te dragen bij de aankoop van de app in de Apple App Store. Deze prijs is reeds onbillijk op zichzelf.

- 6.134 Wat betreft de aard van het product is van belang dat de variabele en marginale kosten vrijwel nihil zijn. Apple heeft meer dan tien jaar geleden een app store gemaakt, maar de distributie van apps kost haar bijna niets, en de aanvullende kosten voor de distributie van meer apps zijn vrijwel nihil. Zoals hiervoor beschreven heeft een oud-medewerker van Apple erkend dat de Apple App Store *minder* dan USD 100 miljoen per jaar kost, wat (ruim) minder is dan 1% van de opbrengsten van de Apple App Store.³⁴⁵
- 6.135 Apple heeft ook geen rechtvaardiging voor de excessieve prijzen, zij innoveert nauwelijks en haar risico's bij de distributie zijn zeer beperkt omdat deze contractueel (op de app ontwikkelaar) zijn afgewenteld. Apple's huidige kosten voor het onderhoud van de Apple App Store zijn relatief verwaarloosbaar, en Apple voert vrijwel geen verbeteringen door.³⁴⁶ De innovaties die Apple heeft doorgevoerd, waren erop gericht dat zij nog meer winst kon behalen met de Apple App Store. Zo heeft Apple in 2016 Apple Search Ads geïntroduceerd in de Apple App Store, waarmee app ontwikkelaars tegen een extra betaling betere vindbaarheid konden verkrijgen. Apple heeft ook geen prikkel om te innoveren, omdat zij monopolist is.
- 6.136 Ondertussen is Apple's winstmarge met de Apple App Store exorbitant, zoals hierboven reeds is toegelicht. Het voorgaande laat duidelijk zien dat ook aan deze voorwaarde is voldaan: de prijzen van Apple voor de app distributie via de Apple App Store (i.e. de commissie en de jaarlijkse bijdrage) zijn onbillijk op zichzelf.

Prijs op zichzelf: Betalingsverwerking bij in-app aankopen

- 6.137 Ook de prijs van Apple IAP is onbillijk op zichzelf. Het betreft geen nieuw innovatief product en er is geen rechtvaardiging voor de hoge prijs.
- 6.138 De prijs van Apple IAP is ook disproportioneel in vergelijking met de kosten. Apple besteedt haar betalingsverwerkingsdienst uit aan derden (Chase Bank³⁴⁷ en PayPal³⁴⁸), die een tarief in rekening brengen van ca. 3%. Het verschil tussen de 3% aan kosten en 30% aan opbrengst is excessief op zichzelf.

Vergelijking met concurrerende producten: app distributie

- 6.139 Een geschikte benchmarkprijs voor app distributie op iOS is de prijs voor app distributie op PC's.

³⁴⁵ Productie SCCC - 0028: US House Judiciary, Report on the investigation of competition in digital markets, 2020, p. 345.

³⁴⁶ De Apple App Store heeft slechts enkele nieuwe functionaliteiten gekregen sinds 2008 die ook nog eens Apple meer geld hebben opgeleverd met minimale investeringen. Voorbeelden hiervan is de invoering van advertenties en uitgelichte apps. Zie bijvoorbeeld: <https://pickaso.com/en/2020/apple-app-store-evolution>

³⁴⁷ Productie SCCC - 0035: United States District Court of the Northern District of California (Epic v. Apple), d.d. 10 september 2021, p. 155.

³⁴⁸ Zie: <https://www.businessinsider.com/paypal-and-apple-enter-major-partnership-2017-7?international=true&r=US&IR=T#:~:text=PayPal%20and%20Apple%20have%20partnered,iTunes%20C%20to%20name%20a%20few.>

- 6.140 Op PC's rekent de app store van Microsoft, de Microsoft Store, 0% commissie voor alle apps behalve gaming apps.³⁴⁹ In vergelijking met deze 0% is de 30% die Apple rekent evident excessief.
- 6.141 Ook in vergelijking met de markt voor de distributie van gaming apps op PC's is de 30% die Apple in rekening brengt excessief. Op de markt voor de distributie van pc-games hanteren partijen als Microsoft (met haar Xbox/Microsoft Store) en Epic een tarief van 12% voor de gecombineerde dienst van app distributie en betalingsverwerking. Ook deze 12% is een conservatieve inschatting van een competitieve marktprijs, omdat er op deze markt een beperkt aantal partijen actief is en Microsoft en Epic niet op dezelfde schaal actief zijn als Apple. De kosten van Apple zijn relatief veel lager omdat Apple voor ieder extra afgenomen product nauwelijks extra kosten maakt. Ook Brattle concludeert dat in vergelijking met de commissies van 0 tot 12% die gehanteerd worden op de markt voor app distributie op PC's een commissie van 30% excessief is.³⁵⁰

Vergelijking met concurrerende producten: betalingsverwerking bij in-app aankopen

- 6.142 Apple legt aan app ontwikkelaars een commissie op van 30% voor in-app aankopen met haar betalingsverwerkingsdienst Apple IAP. Brattle heeft onderzocht wat andere betalingsverwerkingsdiensten voor aankopen op mobiele telefoons in rekening brengen. Zij concludeert dat de commissies voor betalingsverwerkingsdiensten lager zijn dan 5%.³⁵¹ Zelfs als een conservatieve vergelijkingsprijs van 5% wordt gehanteerd voor betalingsverwerking dan is de prijs van 30% die Apple hanteert nog steeds evident excessief.³⁵²
- 6.143 Kortom, ook in vergelijking met andere betalingsverwerkers zijn Apple's commissies onbillijk.³⁵³

F. Apple's gedragingen kunnen de mededinging beperken

I. Juridisch kader

- 6.144 Gedragingen zijn in strijd met het verbod op misbruik machtspositie indien zij de mededinging *kunnen* beperken (in het Engels: "*capable of restricting competition*") en de Stichting hoeft in deze procedure dus niet de concrete effecten van het misbruik aan te tonen.³⁵⁴
- 6.145 Onder de voorwaarde van het kunnen beperken van de mededinging vallen ook gedragingen die de mededinging *indirect* kunnen beperken, bijvoorbeeld door afbreuk

³⁴⁹ Zie: <https://www.theverge.com/2021/6/24/22549222/microsoft-store-developers-windows-11-revenues-games>

³⁵⁰ Productie SCCC - 0036: Brattle, Consumer Harm Resulting from Apple's Anticompetitive Practices related to the iOS App Store, maart 2022, nrns. 66-68.

³⁵¹ E.g. Paypal, "Zakelijke tarieven van PayPal," zie: <https://www.paypal.com/nl/webapps/mpp/merchant-fees#fixed-fees-commercialtrans>; Mollie, "Pay per transaction only," zie: <https://www.mollie.com/en/pricing>

³⁵² Productie SCCC - 0036: Brattle, Consumer Harm Resulting from Apple's Anticompetitive Practices related to the iOS App Store, maart 2022, nrns. 69-70.

³⁵³ *Ibidem.*, nr. 70.

³⁵⁴ Zie bijvoorbeeld Gerecht 29 maart 2012, T-336/07, ECLI:EU:T:2012:172, (*Telefonica t. Commissie*), r.o. 272. Bevestigd door het HvJ EU (C-295/12 P).

te doen aan de structuur van de markt.³⁵⁵ Het is evident dat Apple's gedragingen de mededinging kunnen beperken. De Stichting zal dit toelichten.

II. Onredelijke voorwaarden

- 6.146 Aangezien de voorwaarden van Apple elke concurrentie op markt voor app distributie op iOS en de markt voor betalingsverwerking op iOS verbiedt en daarmee dus uitsluit, is het evident dat deze onredelijke voorwaarden (zoals beschreven in paragraaf 6 sub C hierboven) de mededinging kunnen beperken. Er is dus sprake van het opleggen van onbillijke contractuele voorwaarden aan afnemers in de zin van artikel 102 sub (a) VWEU.

III. Koppelverkoop

- 6.147 Zoals toegelicht in het juridisch kader onder paragraaf 6 sub D heeft koppelverkoop naar haar aard een marktafschermend effect. Dit betekent dat koppelverkoop altijd de mededinging kan beperken.³⁵⁶
- 6.148 Bovendien is het evident dat de koppelverkoop in deze zaak de mededinging kan beperken. Net zoals in de *Microsoft*-zaak kan de mededinging door Apple's koppelverkoop onder meer beperkt worden door:
- (i) de prikkels voor afnemers te verminderen om van andere aanbieders af te nemen;³⁵⁷
 - (ii) afnemers te ontmoedigen om van andere aanbieders af te nemen;³⁵⁸ en
 - (iii) derden te stimuleren om producten te ontwikkelen waarin alleen de onderliggende technologie wordt toegepast waarop de dienst van de dominante onderneming is gebaseerd.³⁵⁹
- 6.149 In het onderhavige geval vermindert de koppelverkoop de prikkels voor app ontwikkelaars evident om betalingsverwerking af te nemen van andere aanbieders dan Apple en worden app ontwikkelaars ontmoedigd om dit te doen. Immers, Apple stelt de app ontwikkelaars contractueel en technisch niet in staat om betalingsverwerking bij andere aanbieders af te nemen. Ook zijn app ontwikkelaars gedwongen om hun apps zo te ontwerpen dat alleen de technologie van Apple's betalingsverwerkingsdienst in de betreffende app werkt. Hieruit volgt dan automatisch dat appaanbieders en ontwikkelaars alleen de onderliggende technologie van de betalingsverwerkingsdienst van Apple gebruiken bij het ontwikkelen van een nieuwe

³⁵⁵ HvJ EU 13 februari 1979, C-85/67, ECLI:EU:C:1979:36, (*Hoffmann-La Roche/Commissie*), r.o. 125; Gerecht 7 oktober 1999, T-228/97, ECLI:EU:T:1999:246, (*Irish Sugar/Commissie*), r.o. 232.

³⁵⁶ Gerecht 6 oktober 1994, T-83/91, EU:T:1994:246, (*Tetra Pak/Commissie*), r.o. 137, HvJ EU 14 november 1996, C-333/94, ECLI:EU:C:1996:436, (*Tetra Pak/Commissie*), r.o. 37, Gerecht 17 september 2007, T-201/04, ECLI:EU:T:2007:289, (*Microsoft/Commissie*), r.o. 967, Gerecht 30 september 2003, T-203/01, ECLI:EU:T:2003:250, (*Michelin/Commissie*), r.o. 237-239.

³⁵⁷ Gerecht 17 september 2007, 201/04, ECLI:EU:T:2007:289, (*Microsoft/Commissie*), r.o. 1041. Zaak AT.40099 – *Google Android*, 18 juli 2018, nr. 750.

³⁵⁸ Gerecht 17 september 2007, T-201/04, ECLI:EU:T:2007:289, (*Microsoft/Commissie*), r.o. 1043. Zaak AT.40099 – *Google Android*, 18 juli 2018, nr. 750.

³⁵⁹ Gerecht 17 september 2007, T-201/04, ECLI:EU:T:2007:289, (*Microsoft/Commissie*), r.o. 1060-1077. Zaak AT.40099 – *Google Android*, 18 juli 2018, nr. 750.

app met in-app betaling. Voor de goede orde benoemt de Stichting dat de koppelverkoop uiteindelijk de Consumenten raakt: zij verliezen immers door de koppelverkoop keuzevrijheid, innovatie en lijden financiële schade doordat zij excessieve, monopolistische prijzen moeten betalen.

- 6.150 De gedraging kan de mededinging dus beperken en aan de laatste voorwaarde voor koppelverkoop is dus voldaan. Er is derhalve sprake van verboden koppelverkoop in de zin van artikel 102 sub (d) VWEU.

IV. Excessieve prijzen

- 6.151 Zoals hierboven toegelicht in paragraaf 6 sub E, hanteert Apple excessieve prijzen. Hier is eveneens evident dat deze gedraging de mededinging kan beperken. Immers, door de excessieve prijzen betalen app ontwikkelaars en Consumenten anti-competitieve prijzen.

G. Geen objectieve rechtvaardiging

I. Inleiding

- 6.152 Een dominante onderneming kan zich disculperen van misbruik indien zij een objectieve rechtvaardiging heeft voor misbruik. De bewijslast voor een objectieve rechtvaardiging ligt bij de dominante onderneming (en dus bij Apple in deze zaak).³⁶⁰
- 6.153 Apple kan geen beroep doen op een objectieve rechtvaardiging. Hierna zal de Stichting de voor haar bekende rechtvaardigingsgronden van Apple behandelen en aangeven waarom deze rechtvaardigingsgronden niet slagen.

II. Geen rechtvaardigingsgronden voor misbruik

- 6.154 Uit de samenvatting van het Inbreukbesluit van de ACM³⁶¹ en de uitspraak van de Voorzieningenrechter³⁶² blijkt dat Apple stelt drie doelen na te streven met haar beperkende voorwaarden, namelijk kwaliteit, privacy en veiligheid.
- 6.155 De Stichting heeft in paragraaf 6 sub C reeds toegelicht dat de voorwaarden niet noodzakelijk en proportioneel zijn. De Stichting verwijst hier ook naar in het kader van de gestelde rechtvaardigingsgronden.
- 6.156 Ook de ACM heeft de noodzakelijkheid en de proportionaliteit van de beperkingen reeds afgewezen en concludeert dat:

*“Apple deze doelen ook op andere, minder schadelijke manieren kan bereiken”*³⁶³

³⁶⁰ HvJ EU 27 maart 2012, C-209/10, ECLI:EU:C:2012:172, (*Post Danmark t. Konkurrenceradet*), r.o. 40-41.

³⁶¹ Productie SCCC - 0020: ACM, Samenvatting besluit misbruik van economische machtspositie door Apple, d.d. 24 augustus 2021, rnr. 18.

³⁶² Voorzieningenrechter rechtbank Rotterdam 24 december 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:12851, r.o. 15 en 25.2.

³⁶³ Productie SCCC - 0020: ACM, Samenvatting besluit misbruik van economische machtspositie door Apple, d.d. 24 augustus 2021, rnr. 18.

- 6.157 Ook de rechtbank Rotterdam wijst de door Apple gestelde rechtvaardigingsgronden af (zie paragraaf 4 sub B).
- 6.158 In het kader van het onderzoek van de CMA heeft Apple nog gesteld dat de verplichting om Apple IAP te gebruiken noodzakelijk zou zijn om bij te houden voor welke transacties commissies verschuldigd zijn door app ontwikkelaars.³⁶⁴ De CMA constateert echter dat deze voorwaarde niet noodzakelijk is voor het doel dat Apple stelt na te streven.
- 6.159 De CMA stelt vast dat er reële alternatieven bestaan waarmee Apple eveneens de transacties kan monitoren en haar commissie kan innen. Zo is het bijvoorbeeld mogelijk om een app ontwikkelaar te verzoeken het transactievolume dat verwerkt is door een externe betalingsverwerker aan Apple te rapporteren. De CMA overweegt dat een dergelijke constructie ook gebruikelijk is, bijvoorbeeld in het kader van licentieafdrachten.³⁶⁵
- 6.160 In het CMA-onderzoek heeft Apple ook gesteld dat de Apple IAP-verplichting ten goede komt aan consumenten. Ook deze stelling is reeds door de CMA verworpen. De verplichting om Apple IAP te gebruiken is volgens de CMA niet noodzakelijk om de veiligheid van de consument te waarborgen. De CMA stelt vast dat er vele betalingsverwerkers op de markt actief zijn die deze dienst veilig en efficiënt kunnen leveren. Sterker nog, andere betalingsverwerkers leveren vaak meer gebruikersgemak dan Apple levert. Zo concludeert de CMA dat app ontwikkelaars nooit Apple IAP zouden gebruiken indien zij de keus hadden en dat andere betalingsverwerkers meer functionaliteiten en flexibiliteit bieden: *“Almost all developers submitted that they would not use Apple’s or Google’s payment systems if they were not required to”*.³⁶⁶
- 6.161 Hiermee wordt nogmaals bevestigd dat Apple met de Apple IAP-verplichting Consumenten benadeelt en niet bevoordeelt. Apple kan dan ook geen beroep doen op een objectieve rechtvaardiging zoals efficiëntieverbeteringen.
- 6.162 Tot slot kwalificeren de Apple voorwaarden ook niet als redelijke stappen om Apple’s commerciële belangen tegen aanvallen te verdedigen. Het uitsluiten van andere app stores en betalingsverwerkers is geen redelijke en evenredige stap om Apple’s belangen te beschermen. Er zijn minder vergaande stappen mogelijk, bijvoorbeeld het toestaan van app stores met hoge kwaliteitseisen of betalingsverwerkers die toezeggen mee te werken met het doorgeven van de commissie aan Apple. Ook heeft deze reactie tot gevolg dat de mededinging volledig wordt uitgeschakeld. Apple kan dus geen beroep doen op de rechtvaardigheidsgrond dat zij deze maatregelen neemt als redelijke stappen als verdediging tegen aanvallen op haar commerciële belangen.

H. Conclusie: Apple maakt misbruik van haar machtspositie

- 6.163 Nu vastgesteld is dat Apple:

³⁶⁴ Productie SCCC – 0019: CMA rapport, ‘Mobile ecosystems - market study interim report’ met bijlagen, d.d. 14 december 2021, rnr. 6.167.

³⁶⁵ *Ibidem.*, rnr. 6.169.

³⁶⁶ *Ibidem.*, rnr. 6.175 en 6.185.

- (i) **een dominante positie bezit** op de markt voor de distributie van apps in iOS en de markt voor betalingsverwerkingsdiensten op iOS in de EU; en
- (ii) **van deze machtspositie misbruik maakt** door middel van onredelijke voorwaarden, koppelverkoop en excessieve prijzen;

staat de onrechtmatigheid in deze zaak vast. Aan de voorwaarden van artikel 102 VWEU en artikel 24 Mw is immers voldaan. Van een objectieve rechtvaardiging die dit misbruik zou kunnen rechtvaardigen is geen sprake.

- 6.164 De Stichting zal in paragraaf 10 sub C toelichten dat de Consumenten uiteindelijk de personen zijn die uiteindelijk het nadeel lijden dat wordt veroorzaakt door Apple's onrechtmatig handelen. Voordat de Stichting daartoe komt, zal zij eerst ook toelichten dat Apple niet alleen misbruik maakt van haar machtspositie, maar ook het kartelverbod van artikel 101 VWEU, artikel 6 Mw en vergelijkbare nationale provisies van andere lidstaten overtreedt.

7. APPLE BEPERKT DE VRIJE PRIJSBEPALING DOOR APP ONTWIKKELAARS

A. Juridisch kader

- 7.1 Het kartelverbod van 101 VWEU en artikel 6 Mw verbiedt concurrentiebeperkende afspraken, waaronder het bepalen van verkoopprijzen (artikel 101 VWEU lid 1 onder a). Het kartelverbod ziet niet alleen op overeenkomsten tussen concurrenten (zogenoemde horizontale afspraken) maar ook op overeenkomsten tussen leveranciers en afnemers (zogenoemde verticale afspraken).
- 7.2 In de Europese rechtspraak heeft het HvJ EU bevestigd dat een overeenkomst tussen een leverancier en een afnemer, waarbij de leverancier bepaalt welke verkoopprijzen de afnemer moet hanteren, een ernstige overtreding van het mededingingsrecht betreft. Het HvJ EU oordeelde in de zaak *SA Binon*:³⁶⁷
- “Vooreerst zij erop gewezen, dat bedingen betreffende vaste prijzen die in overeenkomsten met derden in acht moeten worden genomen, als zodanig leiden tot beperking van de mededinging in de zin van artikel [101 lid 1 VWEU]. In deze bepaling worden overeenkomsten waarbij verkoopprijzen worden bepaald, genoemd als voorbeeld van een door het Verdrag verboden ondernemersafpraak.”*
- 7.3 Deze verboden praktijk wordt ook wel verticale prijsbinding of *resale price maintenance* (RPM) genoemd.
- 7.4 De Commissie heeft in de Groepsvrijstellingsverordening voor verticale overeenkomsten³⁶⁸ en de Richtsnoeren Verticale Beperkingen nader toegelicht welke verticale afspraken toegestaan en verboden zijn.

³⁶⁷ HvJ EU 3 juli 1985, C-243/83, EU:C:1985:284, (*SA Binon & Cie t. SA Agence et messageries de la presse*), r.o. 44.

³⁶⁸ De Groepsvrijstellingsverordening vervalt op 31 mei 2022, zie artikel 10.

- 7.5 De Commissie bepaalt in artikel 4 van de Groepsvrijstellingsverordening dat verticale prijsbinding een ernstige overtreding van het mededingingsrecht betreft (*hardcore* strekkingsbeperkingen). Van dergelijke *hardcore* strekkingsbeperkingen is het zo waarschijnlijk dat ze schade veroorzaken aan afnemers, dat voor de vaststelling van een overtreding geen effecten hoeven te worden aangetoond.³⁶⁹
- 7.6 De Richtsnoeren Verticale Beperkingen benadrukken dat verticale prijsbinding niet alleen direct (door de wederverkoopprijzen die door de afnemer gehanteerd moeten worden contractueel vast te leggen) maar ook indirect kan plaatsvinden. In dat geval dwingt de leverancier de afnemer om bepaalde prijzen naar de eindafnemer te hanteren op straffe van bijvoorbeeld waarschuwingen of sancties.³⁷⁰ De afnemer moet vrij zijn om zijn prijzen vaststellen voor de consument, de leverancier mag alleen adviesprijzen aan de afnemer geven of maximumprijzen.
- 7.7 Aangezien de Groepsvrijstellingsverordening in 2022 vervalt, heeft de Commissie een nieuw concept Groepsvrijstellingsverordening³⁷¹ gepubliceerd en concept Richtsnoeren Verticale Beperkingen.³⁷² Onder de concept Groepsvrijstellingsverordening is verticale prijsbinding uiteraard nog altijd een ernstige overtreding van het mededingingsrecht (een zogenoemde *hardcore* beperking).

B. Toepassing: er is sprake van verboden verticale prijsbinding door Apple

- 7.8 Apple maakt zich schuldig aan verboden verticale prijsbinding. Zoals beschreven in paragraaf 3 sub C, legt Apple prijscategorieën op aan app ontwikkelaars waaruit app ontwikkelaars de verkoopprijzen van hun apps moeten kiezen. Apple beperkt de vrije prijsbepaling op twee manieren.
- 7.9 Ten eerste bepaalt Apple de prijscategorieën waaruit app ontwikkelaars moeten kiezen. Dit heeft bijvoorbeeld tot resultaat dat veel van de apps in de Nederlandse appstore EUR 0,99 of EUR 1,99 kosten en dat geen enkele app in de Nederlandse app store bijvoorbeeld EUR 0,80 kost. Er is hier geen sprake van een adviesprijs of een maximumprijs: dit is een vorm van verticale prijsbinding door Apple richting haar afnemers (namelijk de app ontwikkelaars).
- 7.10 Doordat Apple de app ontwikkelaars beperkt in hun prijsstelling worden consumenten geconfronteerd met hogere prijzen dan wanneer Apple dat niet zou doen. Immers, een app ontwikkelaar wordt gedwongen om grote prijssprongen te maken terwijl dat niet volgt uit de eigen kostprijzen. Ter illustratie: indien de kostprijs van een app voor een app ontwikkelaar op basis van het verwachte aantal afnemers EUR 1,20 is, wordt de app ontwikkelaar gedwongen om een prijs te hanteren die niet lager kan zijn dan EUR 1,99 om de app niet onder de kostprijs te verkopen. Het verschil tussen de prijscategorieën is bovendien enorm. Een stap van de prijscategorie van EUR 0,99 naar EUR 1,99 betekent een toename in de prijs van meer dan 100%. Door de vrije

³⁶⁹ Zaak AT.40465 (*Asus*), 24 juli 2018, rnr. 106 en HvJ EU 11 september 2014, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, (*CB t. Commissie*), r.o. 49.

³⁷⁰ Richtsnoeren Verticale Beperkingen, rnr. 48.

³⁷¹ Concept Groepsvrijstellingsverordening, 9 juli 2021, C(2021) 5026.

³⁷² Concept Richtsnoeren Verticale Beperkingen, 9 juli 2021.

markt niet haar werk te laten doen beperkt Apple de concurrentie, wat leidt tot een suboptimaal prijspeil, uiteindelijk ten nadele van de Consumenten.

- 7.11 Ten tweede beperkt Apple de vrije prijsbepaling door de app ontwikkelaars door hen niet vrij te laten om de prijzen aan te passen per land, bijvoorbeeld een onderscheid tussen landen met een hoger en een lager bruto nationaal product. App ontwikkelaars konden tot 2013 bijvoorbeeld niet zelf bepalen een app in Nederland EUR 1,99 te laten kosten, en in Griekenland EUR 0,75. Sinds 2013 heeft Apple alternatieve prijscategorieën geïntroduceerd, waardoor app ontwikkelaars meer vrijheid hebben om prijzen per land aan te passen. Echter, ook deze alternatieve prijscategorieën beperken de app ontwikkelaars nog steeds in een vrije prijsbepaling van apps per land. Een app ontwikkelaar moet namelijk nog steeds de prijscategorieën van Apple volgen, en kan nog steeds niet zelf zijn prijzen bepalen.
- 7.12 Apple maakt zich met de verticale prijsbeperkingen schuldig aan verboden verticale prijsbinding in de zin van artikel 101 VWEU en artikel 6 Mw. Zoals aangegeven, is dit een ernstige schending van het (Europese) mededingingsrecht.

8. TOEPASSELIJK RECHT

A. Inleiding

- 8.1 Het Europese recht beheerst welke entiteiten aansprakelijk zijn voor de schade veroorzaakt door de overtreding ex artikelen 101 en 102 VWEU, en wat de constitutieve voorwaarden voor dergelijke schadevorderingen zijn. Dit volgt zowel uit:
- (a) de verdragsbepalingen van artikelen 101 en 102 VWEU;
 - (b) de Richtlijn Schadevorderingen Mededingingsrecht;³⁷³
 - (c) de Europeesrechtelijke beginselen van doeltreffendheid en gelijkwaardigheid.
- 8.2 Voor zover nationaal recht relevant is voor de gedetailleerde regels betreffende de uitoefening van recht op schadevergoeding is de antikiesregel van toepassing. Indien uw rechtbank van oordeel mocht zijn dat de antikiesregel niet (volledig) van toepassing zou zijn, dan worden de vorderingen beheerst door Nederlands recht op basis van de Rome II-verordening.³⁷⁴

B. Direct effect artikelen 101 en 102 VWEU

- 8.3 Uit de rechtspraak van het HvJ EU volgt dat de Europese mededingingsregels van artikel 101 en 102 VWEU direct effect hebben en daarmee rechten creëren voor particulieren. In de zaak *Skanska* heeft het HvJ EU verduidelijkt dat de constitutieve

³⁷³ Richtlijn 2014/104/EU van 26 november 2014 (de “**Richtlijn Schadevorderingen mededingingsrecht**”).

³⁷⁴ Verordening (EG) nr. 864/2007 betreffende het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen, “**Rome II**”).

voorwaarden van aansprakelijkheid als gevolg van overtredingen van artikel 101 VWEU worden beheerst door Europese regels. Het HvJ EU oordeelde dat:³⁷⁵

“(…) Zoals de advocaat-generaal in wezen heeft opgemerkt in de punten 60 tot en met 62 van zijn conclusie, wordt de kwestie van de aanwijzing van de entiteit die gehouden is tot vergoeding van de door een inbreuk op artikel 101 VWEU veroorzaakte schade, evenwel rechtstreeks geregeld door het Unierecht.”

8.4 In zijn overwegingen verwees het HvJ EU naar advocaat-generaal Wahl die had geadviseerd dat:³⁷⁶

“58. Omdat artikel 101 VWEU rechtstreekse werking heeft, heeft het rechtsgevolgen in de relaties tussen particulieren en creëert het aldus rechten ten gunste van particulieren, die de nationale rechters moeten beschermen. Zoals hierboven aangegeven, heeft het Hof op basis van de rechtstreekse werking van die bepaling geconcludeerd dat een particulier het recht heeft om vergoeding te vorderen van de schade die hij als gevolg van een schending van deze bepaling heeft geleden. Verder heeft het Hof in dat kader herhaaldelijk gesteld dat gedetailleerde regels betreffende de uitoefening van dat recht moeten worden vastgesteld door de lidstaten, met inachtneming van de (minimale) vereisten van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid.

59. Is de bepaling wie aansprakelijk zijn voor de betaling van schadevergoeding wegens een inbreuk op het EU-mededingingsrecht een dergelijke gedetailleerde regel betreffende de uitoefening van het recht om schadevergoeding te vorderen? Of is zij een door het Unierecht geregelde constitutieve voorwaarde voor aansprakelijkheid?

60. Mijns inziens is dit een constitutieve voorwaarde van aansprakelijkheid die wordt beheerst door het Unierecht.

61. De bepaling wie aansprakelijk kunnen worden gesteld voor schadevergoeding is geen kwestie betreffende bijzonderheden van de concrete toepassing van een vordering voor schadevergoeding of een regel betreffende de effectieve handhaving van het recht om schadevergoeding te eisen. De bepaling wie aansprakelijk zijn voor de betaling van schadevergoeding is onlosmakelijk verbonden met het recht een vergoeding te vorderen voor schade die is veroorzaakt door een inbreuk op het EU-mededingingsrecht. Het bestaan van een recht om schadevergoeding te vorderen op basis van artikel 101 VWEU veronderstelt immers dat er sprake is van een wettelijke verplichting waarop inbreuk is gemaakt. Het veronderstelt eveneens dat er een persoon is die aansprakelijk is voor die inbreuk.

³⁷⁵ HvJ EU 14 maart 2019, C-724/17, ECLI:EU:C:2019:204, (*Skanska*), r.o. 28. Nogmaals bevestigd in HvJ EU 6 oktober 2021, C-882/19 (*Sumal*), ECLI:EU:C:2021:800, r.o. 34.

³⁷⁶ Conclusie AG Wahl 6 februari 2019, C-724/17, ECLI:EU:C:2019:100, (*Skanska*).

62. *Die persoon kan worden afgeleid uit artikel 101 VWEU, een bepaling die van toepassing is op ondernemingen. De geadresseerden van het in artikel 101 VWEU vastgestelde verbod zijn immers ondernemingen, een concept dat het Hof flexibel heeft toegepast in het kader van publiekrechtelijke handhaving en het opleggen van geldboetes.*” (Onderstreping toegevoegd, advocaat)

- 8.5 Deze oordelen zijn gewezen in zaken die overtredingen van artikel 101 VWEU betroffen, maar gelden net zo zeer voor overtredingen van artikel 102 VWEU. De constitutieve elementen betreffende aansprakelijkheid zijn daarom een zaak van Europees recht, terwijl alleen de “*gedetailleerde regels betreffende de uitoefening van dat recht*” een zaak van de nationale wetgeving zijn.
- 8.6 De Stichting beroept zich direct op de Europese verdragsbepalingen van artikelen 101 en 102 VWEU en de jurisprudentie van het HvJ EU ter ondersteuning van haar vorderingen in deze zaak en daarnaast ook op vergelijkbare nationale bepalingen zoals artikelen 6 en 24 Mw.

C. Richtlijn Schadevorderingen mededingingsrecht

- 8.7 Op 26 november 2014 is de Richtlijn Schadevorderingen mededingingsrecht aangenomen. Deze richtlijn moest uiterlijk op 26 november 2016 worden geïmplementeerd in de lidstaten, en werd uiteindelijk in Nederland op 25 januari 2017 bij wet ingevoerd in artikelen 6:193k en verder BW en artikelen 844 en verder Rv (“**Implementatiewet**”). Op basis van de Richtlijn Schadevorderingen mededingingsrecht en de daaropvolgende implementatie zijn onder meer regels inzake doorberekening en verjaringstermijnen voor mededingingsvorderingen onderwerpen van Europees recht geworden.

D. Doeltreffendheids- en gelijkwaardigheidsbeginsel

- 8.8 Voor zover het nationaal recht van toepassing is schrijft het Europees recht, en in het bijzonder het recht op een effectieve remedie, voor dat de nationale wetgeving niet ongunstiger mag zijn dan die voor soortgelijke nationale vorderingen gelden (beginsel van gelijkwaardigheid) en het in de praktijk niet onmogelijk of uiterst moeilijk mag worden gemaakt voor iemand om zijn of haar recht tot het vorderen van schade op grond van Unierecht uit te oefenen (doeltreffendheidsbeginsel).
- 8.9 Dit betekent in de praktijk dat het nationale recht van de EU-lidstaten opzij gezet moet worden als dit recht niet volledig effectief is om het recht op schadevergoeding voor elke particulier op basis van het Unierecht te beschermen.³⁷⁷

E. Antikiesregel

- 8.10 Het Europese recht bepaalt welke entiteiten aansprakelijk zijn voor de schade veroorzaakt door de overtreding ex artikelen 101 en 102 VWEU, en wat de constitutieve voorwaarden voor dergelijke schadevorderingen zijn. Voor zover nationaal recht van toepassing is wordt dit nationale recht in de EU ingevuld door de

³⁷⁷ HvJ EU 13 juli 2006, C-295/04, ECLI:EU:C:2006:461, (*Manfredi c.s.*), r.o. 60. Gecodificeerd in artikel 4 Richtlijn Schadevorderingen Mededingingsrecht.

geharmoniseerde regels van de Richtlijn Schadevorderingen mededingingsrecht. Voor zover een nationaal stelsel uit de pas loopt worden particulieren op basis van Europees recht beschermd door de beginselen van doeltreffendheid en gelijkwaardigheid. Op deze basis maakt het geen verschil welk nationaal recht van de lidstaten van toepassing is op de vorderingen en kan de antikiesregel toegepast worden.

F. Toepasselijkheid Nederlands recht

- 8.11 Voor zover het nationaal recht nog relevant zou zijn worden de vorderingen beheerst door Nederlands recht op basis van de Rome II-verordening. Artikel 6 lid 3 onder a Rome II bepaalt dat de niet-contractuele verbintenis die uit een beperking van de mededinging voortvloeit wordt beheerst door het recht van het land waarvan de markt beïnvloed wordt of waarschijnlijk beïnvloed wordt. In het onderhavige geval is (ten minste) de gehele Europese Unie, waaronder Nederland, beïnvloed door de gedragingen van Apple. Nederland is in belangrijke mate beïnvloed, mede vanwege de excessieve prijzen die Nederlandse gebruikers hebben betaald. De Stichting verkiest op basis van artikel 6 lid 3 sub b van de Verordening Rome II het Nederlands recht als toepasselijk recht op haar vorderingen.

9. AANSPRAKELIJKHEID

A. Schendingen

I. Directe aansprakelijkheid op basis van artikelen 101 en 102 VWEU en nationale equivalenten

- 9.1 Zoals hiervoor beschreven bepaalt het Europese recht direct wie aansprakelijk is voor een schending van het Europese mededingingsrecht, waaronder ook artikelen 101 en 102 VWEU.
- 9.2 Op basis van de in paragraaf 3 sub C beschreven feiten, en op basis van het Inbreukbesluit, hebben Gedaagden deelgenomen (en zijn in elk geval Gedaagden aansprakelijk wegens deelname) aan een schending van artikelen 101 en 102 VWEU en de nationale Europese equivalenten, waaronder artikelen 6 en 24 Mw, in het bijzonder door:
- (i) **Onredelijke voorwaarden en excessieve prijzen:** het rechtstreeks of zijdelings opleggen van onbillijke aan- of verkoopprijzen en van andere onbillijke contractuele voorwaarden in strijd met artikel 102 sub a VWEU;
 - (ii) **Koppelverkoop:** het afhankelijk stellen van het sluiten van overeenkomsten van het aanvaarden door de handelspartners van bijkomende prestaties, welke naar hun aard of volgens het handelsgebruik geen verband houden met het onderwerp van deze overeenkomsten, in strijd met artikel 102 sub d VWEU;
 - (iii) **Verticale prijsbinding:** het rechtstreeks of zijdelings bepalen van de aan- of verkoopprijzen in strijd met artikel 101 lid 1 sub a VWEU.

II. Onrechtmatige daad

- 9.3 De schendingen van het Europese mededingingsrecht betreffen bovendien een onrechtmatige daad op grond van artikel 6:162 van het Burgerlijk Wetboek (BW) en onder rechtssstelsels van andere EU lidstaten.

B. Toerekening: aansprakelijkheid van de onderneming

I. Onderneming normadressaat onder artikelen 101 en 102 VWEU

- 9.4 Het Europese mededingingsrecht bepaalt welke entiteiten civielrechtelijk aansprakelijk zijn voor schendingen van het Europese mededingingsrecht. De mededingingsrechtelijke verboden van artikelen 101 VWEU en 102 VWEU hebben directe werking in het Nederlandse recht, en moeten worden toegepast door de Nederlandse rechter.³⁷⁸

- 9.5 Artikelen 101 en 102 VWEU bepalen dat de “onderneming” de normadressaat is voor een schending van deze artikelen. Zo bepaalt artikel 102 VWEU:

“Onverenigbaar met de interne markt en verboden, voor zover de handel tussen lidstaten daardoor ongunstig kan worden beïnvloed, is het, dat een of meer ondernemingen misbruik maken van een machtspositie op de interne markt of op een wezenlijk deel daarvan.” (Onderstreping toegevoegd, advocaat)

- 9.6 Het ondernemingsbegrip in het verbod op misbruik machtspositie van artikel 102 VWEU is hetzelfde als het ondernemingsbegrip in het kartelverbod van artikel 101 VWEU. Zoals het HvJ EU oordeelde in de zaak *Hydrotherm* wordt in het mededingingsrecht (en aldus zowel in het kader van artikel 101 VWEU als 102 VWEU) hetzelfde begrip onderneming gebruikt voor de normadressaat:³⁷⁹

“In het kader van het mededingingsrecht moet onder het begrip onderneming worden verstaan een met betrekking tot het voorwerp van de desbetreffende overeenkomst bestaande economische eenheid, ook al wordt deze economische eenheid gevormd door verscheidene natuurlijke of rechtspersonen”

- 9.7 Het Gerecht heeft in de zaak *Flat Glass* bevestigd dat het begrip onderneming onder artikel 102 VWEU hetzelfde betekent als onder artikel 101 VWEU:³⁸⁰

“Naar het oordeel van het Gerecht is er geen juridische of economische reden om aan te nemen, dat de term “onderneming” in artikel 86 [nu: artikel 102 VWEU] een andere betekenis heeft dan die er in het kader van artikel 85 [nu: artikel 101 VWEU] aan is toegekend.”

- 9.8 Ook in de Richtlijn Schadevorderingen mededingingsrecht heeft de Europese wetgever voor zowel artikel 101 VWEU als 102 VWEU als inbreukpleger gedefinieerd

³⁷⁸ Zie e.g.: Asser 3-I Europees recht en Nederlands vermogensrecht, 70.

³⁷⁹ HvJ EU 12 juli 1984, zaak C-170/83, ECLI:EU:C:1984:271 (*Hydrotherm*), r.o. 11.

³⁸⁰ Gerecht 10 maart 1992, gevoegde zaken T-68/89, T-77/89 en T-78/89, ECLI:EU:T:1992:38, (*Flat Glass*), r.o. 358.

de “onderneming of de ondernemersvereniging die een inbreuk op het mededingingsrecht heeft begaan”.³⁸¹

- 9.9 Dat de “onderneming” de normadressaat van de mededingingsregels is betekent volgens vaste Europese rechtspraak dat de onderneming aansprakelijk is voor de schending van de mededingingsregels. Concreet houdt dit in dat als één vennootschap binnen een onderneming de mededingingsregels schendt, alle vennootschappen binnen de onderneming daarvoor aansprakelijk zijn. Deze aansprakelijkheid is hoofdelijk, zo oordeelde het HvJ EU in het *Sumal*-arrest.³⁸²

“Om die reden leidt het begrip „onderneming”, en dus het begrip „economische eenheid”, van rechtswege tot de hoofdelijke aansprakelijkheid van de entiteiten waaruit de economische eenheid op het moment van de inbreuk bestaat”

- 9.10 Aldus zijn onder het Europese mededingingsrecht alle vennootschappen die onderdeel uitmaken van de onderneming als bedoeld in artikel 101 en 102 VWEU hoofdelijk aansprakelijk voor schendingen van het mededingingsrecht.

II. Onderneming ook civielrechtelijk aansprakelijk voor schendingen artikelen 101 en 102 VWEU

- 9.11 Het Europeesrechtelijke ondernemingsbegrip is in een civiele procedure net zo zeer, en op dezelfde wijze, doorslaggevend voor het bepalen van de aansprakelijke juridische entiteiten als in het publieke mededingingsrecht. Het HvJ EU oordeelde in het *Skanska*-arrest uitdrukkelijk dat het begrip onderneming geen andere betekenis kan hebben in een civiele procedure, en de onderneming dus ook in een civiele procedure aansprakelijk is. Het HvJ EU heeft dit in *Sumal* nogmaals bevestigd.³⁸³

“Uit het voorgaande volgt dat vorderingen tot vergoeding van schade wegens schending van de mededingingsregels van de Unie (private enforcement), net zo goed als de uitvoering die de openbare autoriteiten aan die regels geven (public enforcement), integrerend deel uitmaken van het stelsel voor de handhaving van die regels, dat ertoe strekt mededingingsversturende gedragingen van ondernemingen te bestraffen en hen van dergelijke gedragingen te weerhouden (arrest van 14 maart 2019, Skanska Industrial Solutions e.a., C-724/17, EU:C:2019:204, punt 45).

Het begrip „onderneming” in de zin van artikel 101 VWEU, dat een autonoom Unierechtelijk begrip is, kan in de context van de oplegging door de Commissie van geldboeten op grond van artikel 23, lid 2, van verordening nr. 1/2003 derhalve geen andere betekenis hebben dan in de context van schadevorderingen wegens schending van de mededingingsregels van de Unie (arrest van 14 maart 2019, Skanska

³⁸¹ Richtlijn Schadevorderingen mededingingsrecht, artikel 2, punt 2 jo. punt 1 en artikel 6:193k sub b jo. Sub a.

³⁸² HvJ EU 6 oktober 2021, C-882/19, ECLI:EU:C:2021:800 (*Sumal*), r.o. 39. Zie ook HvJ EU 14 maart 2019, zaak C-724/17, ECLI:EU:C:2019:204 (*Skanska*), r.o. 44.

³⁸³ HvJ EU 6 oktober 2021, C-882/19, ECLI:EU:C:2021:800 (*Sumal*), r.o. 37-38.

Industrial Solutions e.a., C-724/17, EU:C:2019:204, punt 47).
(Onderstreping toegevoegd, advocaat)

- 9.12 De aansprakelijkheid van de juridische entiteiten conform het Europeesrechtelijke ondernemingsbegrip geldt net zo zeer voor follow-on schadevergoedingszaken als stand-alone zaken. Ook dit volgt uit *Sumal*:³⁸⁴

“[...] In dit verband kunnen juridische entiteiten binnen een economische eenheid slechts aansprakelijk worden gesteld indien het bewijs wordt geleverd dat op zijn minst één tot deze economische eenheid behorende juridische entiteit artikel 101, lid 1, VWEU heeft geschonden, zodat de onderneming die door die economische eenheid wordt gevormd, wordt geacht inbreuk te hebben gemaakt op die bepaling, en indien deze omstandigheid is vastgesteld in een onherroepelijk geworden besluit van de Commissie (zie in die zin arrest van 27 april 2017, Akzo Nobel e.a./Commissie, C-516/15 P, EU:C:2017:314, punten 49 en 60) dan wel autonoom is geconstateerd voor de betrokken nationale rechter wanneer de Commissie geen besluit over het bestaan van een inbreuk heeft genomen.”
(Onderstreping toegevoegd, advocaat)

- 9.13 Uit het bovenstaande volgt dat het Europeesrechtelijke ondernemingsbegrip bepalend is voor de civielrechtelijk aansprakelijkheid van de juridische entiteiten, die deel uitmaken van de onderneming, voor overtredingen van het Europese mededingingsrecht.

III. Reikwijdte van de aansprakelijkheid van de onderneming

- 9.14 De kern van het Europese ondernemingsbegrip is dat aangesloten wordt bij de economische realiteit, en dus niet bij de juridische fictie van afzonderlijke rechtspersonen. De onderneming bestaat dan ook uit alle vennootschappen die onderdeel zijn van de “economische eenheid” van de onderneming.
- 9.15 De economische realiteit bij multinationals is dat de afzonderlijke rechtspersonen niet in isolement kunnen worden gezien. Het is gebruikelijk dat bijvoorbeeld een juridische entiteit zich bezighoudt met productie, een andere entiteit met verkoop en weer een derde entiteit de holdingmaatschappij is van de eerste twee (en verdere) entiteiten. De verschillende entiteiten (veelal afzonderlijke rechtspersonen) dragen ieder hun deel bij aan het grote geheel met als uiteindelijk doel winstmaximalisatie van het geheel. Het Europese mededingingsrecht beschouwt het geheel van individuele onderdelen, divisies en verkoopkantoren van een onderneming als een eenheid in het economische verkeer. Deze economische eenheid, oftewel de onderneming, is de normadressaat van de Europese mededingingsregels.³⁸⁵
- 9.16 Het is dan ook vaste jurisprudentie in het (Europees) mededingingsrecht dat een ‘onderneming’ wordt gedefinieerd als:³⁸⁶

³⁸⁴ HvJ EU 6 oktober 2021, C-882/19, ECLI:EU:C:2021:800 (*Sumal*), r.o. 42.

³⁸⁵ HvJ EU 14 mei 1998, T-352/94, ECLI:EU:T:1998:103 (*Mo Och Domsjö*), r.o. 87-88.

³⁸⁶ HvJ EU 14 december 2006, zaak C-217/05, ECLI:EU:C:2006:784, (*CEEES*), r.o. 39. Zie ook het oordeel in HvJ EU 14 juli 1972, zaak C-48/69, ECLI:EU:C:1972:70, (*ICI*), r.o. 140, HvJ EU 12 juli 1984, zaak C-

“elke eenheid (...) die een economische activiteit uitoefent, ongeacht de rechtsvorm ervan en de wijze waarop zij wordt gefinancierd”

- 9.17 De Commissie heeft het concept onderneming helder verwoord in haar richtsnoeren voor de toepassing van artikel 101 VWEU. Of twee vennootschappen onderdeel zijn van dezelfde onderneming hangt af van de vraag of de ene vennootschap beslissende invloed uitoefent over de andere vennootschap.³⁸⁷

“Wanneer één bedrijf een beslissende invloed uitoefent over een ander bedrijf, vormen zij één enkele economische entiteit en maken zij derhalve deel uit van dezelfde onderneming. Hetzelfde geldt voor zusterondernemingen, dat wil zeggen ondernemingen waarover dezelfde moedermaatschappij beslissende invloed uitoefent”. (Onderstreping toegevoegd, advocaat)

- 9.18 Het beslissende criterium of twee vennootschappen één onderneming vormen is derhalve beslissende invloed. Uit vaste Europese rechtspraak volgt dat er sprake is van beslissende invloed als een dochtermaatschappij.³⁸⁸

“hoewel zij een afzonderlijke rechtspersoonlijkheid heeft, niet zelfstandig haar marktgedrag bepaalt, maar in hoofdzaak de haar door de moedermaatschappij verstrekte instructies volgt, inzonderheid gelet op de economische, organisatorische en juridische banden die de twee juridische entiteiten verenigen”.

- 9.19 Van belang is in dit kader dat uit de Europese rechtspraak inzake het ondernemingsbegrip volgt dat bij een 100% of vrijwel 100% direct of indirect aandeelhouderschap vaststaat dat een moedermaatschappij beslissende invloed kan uitoefenen op een dochtermaatschappij, en dat wordt vermoed dat deze beslissende invloed ook daadwerkelijk is uitgeoefend.³⁸⁹

- 9.20 Dit laatste vermoeden (het vermoeden dat gebruik is gemaakt van de beslissende invloed) kan dus nog wel weerlegd worden, maar de bewijslast daarvoor ligt dan bij de partij die beslissende invloed heeft (in het onderhavige geval: de Gedaagden). Het vermoeden geldt verder ook bij indirecte zeggenschap via een tussenholding en als de moedermaatschappij een niet-operationele holdingmaatschappij is zonder economische activiteiten.³⁹⁰

- 9.21 De verschillende juridische entiteiten (oftewel: de vennootschappen) binnen de onderneming kunnen (hoofdelijk) aansprakelijk worden gesteld indien ten minste één

170/83, ECLI:EU:C:1984:271, (*Hydrotherm*), r.o. 11 en HvJ EU 23 april 1991, zaak C-41/90, ECLI:EU:C:1991:161, (*Höfner en Elser*), r.o. 21.

³⁸⁷ Commissie Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op horizontale samenwerkingsovereenkomsten (2011/C11/01), nr. 11.

³⁸⁸ HvJ EU 10 september 2009, C-97/08, ECLI:EU:C:2009:536 (*Akzo*), r.o. 58 (verwijzingen naar verdere rechtspraak in het citaat weggelaten door advocaat).

³⁸⁹ HvJ EU 10 september 2009, C-97/08, ECLI:EU:C:2009:536 (*Akzo*), r.o. 60-66.

³⁹⁰ Zie e.g. HvJ EU 10 september 2009, C-97/08, EU:C:2009:536 (*Akzo*), HvJ EU 20 januari 2011, C-90/09, ECLI:EU:C:2011:21 (*General Química*), HvJ EU 11 juli 2013, C-440/11, ECLI:EU:C:2013:514 (*Portiello*), HvJ EU 27 januari 2021, C-595/18, ECLI:EU:C:2021:73 (*Goldman Sachs*) en CBb 19 maart 2019, ECLI:NL:CBb:2019:120 (*Bencis*).

van hen de Europese mededingingsregels heeft overtreden. Het HvJ EU heeft dit bevestigd in *Sumal*:³⁹¹

“Wanneer een dergelijke economische eenheid artikel 101, lid 1, VWEU overtreedt, moet zij in overeenstemming met het beginsel van persoonlijke aansprakelijkheid de verantwoordelijkheid daarvoor dragen. In dit verband kunnen juridische entiteiten binnen een economische eenheid slechts aansprakelijk worden gesteld indien het bewijs wordt geleverd dat op zijn minst één tot deze economische eenheid behorende juridische entiteit artikel 101, lid 1, VWEU heeft geschonden

(...)

Om die reden leidt het begrip „onderneming”, en dus het begrip „economische eenheid”, van rechtswege tot de hoofdelijke aansprakelijkheid van de entiteiten waaruit de economische eenheid op het moment van de inbreuk bestaat” (onderstreping toegevoegd, advocaat)

- 9.22 Voor (hoofdelijke) aansprakelijkheid van iedere vennootschap binnen de Europeesrechtelijke onderneming is dus in beginsel voldoende dat (ten minste) één vennootschap binnen de onderneming het Europese mededingingsrecht heeft geschonden.
- 9.23 Het HvJ EU maakt slechts een uitzondering voor ondernemingsgroepen van “*het type conglomeraat*” die actief zijn in verschillende economische sectoren waartussen geen verband bestaat.³⁹² Een dochtermaatschappij kan niet aansprakelijk gesteld worden voor inbreuken van de moedermaatschappij die zijn gepleegd in het kader van economische activiteiten die “*geen verband houden met haar eigen activiteit en waarbij zij op geen enkele wijze, zelfs niet indirect, betrokken was.*”³⁹³ In die situatie wordt de dochtermaatschappij namelijk niet beschouwd als onderdeel van de onderneming die de inbreuk heeft begaan.³⁹⁴ Deze uitzondering geldt slechts voor de aansprakelijkheid van de dochtermaatschappij voor een overtreding van de moedermaatschappij (zogenaamde “neerwaartse aansprakelijkheid”), en niet voor de aansprakelijkheid van de moedermaatschappij voor een overtreding van de dochtermaatschappij (zogenaamde “opwaartse aansprakelijkheid”).
- 9.24 Samenvattend zijn alle vennootschappen die onderdeel vormen van een onderneming aansprakelijk voor een overtreding door één van hen. Dochtermaatschappijen zijn (als onderdeel van de onderneming) aansprakelijk voor een overtreding van een moeder- of zustermaatschappij indien de moedermaatschappij beslissende invloed uitoefent op de dochtermaatschappijen, tenzij er bij een ondernemingsgroep “van het type conglomeraat” geen concreet (direct of indirect) verband bestaat tussen de activiteiten van de dochtermaatschappijen en het voorwerp van de inbreuk.

³⁹¹ HvJ EU 6 oktober 2021, C-882/19, ECLI:EU:C:2021:800 (*Sumal*), r.o. 42 en 44.

³⁹² *Ibidem.*, r.o. 45.

³⁹³ *Ibidem.*, r.o. 47.

³⁹⁴ *Ibidem.*, r.o. 46-47.

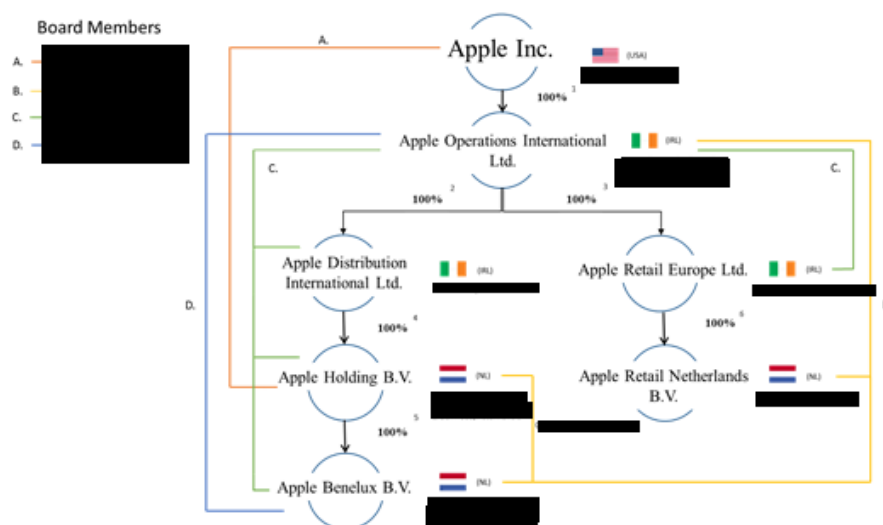
IV. Alle Gedaagden zijn aansprakelijk als onderdeel van de Apple-onderneming

- 9.25 In de onderhavige zaak heeft de Stichting vorderingen ingesteld tegen Apple Inc. en haar 100% dochtermaatschappijen Apple Distribution, Apple Operations, Apple Holding, Apple Benelux en Apple Retail Netherlands. Deze vennootschappen zijn allen onderdeel van één onderneming, te weten Apple, en zij houden zich allen bezig met activiteiten die gerelateerd zijn aan het voorwerp van de inbreuk. Vanwege de aansprakelijkheid op basis van het ondernemingsbegrip doet niet ter zake welke vennootschap precies op welke wijze heeft bijgedragen aan de overtreding: alle Gedaagden zijn hoofdelijk aansprakelijk.
- 9.26 Apple Inc. is (direct of indirect) een 100% moedermaatschappij van de overige Gedaagden. Aldus staat op basis van de *Akzo*-jurisprudentie vast dat zij beslissende invloed kan uitoefenen op de overige Gedaagden en wordt vermoed dat deze beslissende invloed ook daadwerkelijk is uitgeoefend.³⁹⁵ De Stichting heeft hiermee aan haar stelplicht om aan te tonen dat Gedaagden onderdeel zijn van dezelfde onderneming voldaan.
- 9.27 Ten overvloede wijst de Stichting erop dat de beslissende invloed van Apple Inc. op de overige Gedaagden ook blijkt uit de overlappende bestuursposities. Zo was Apple CEO [REDACTED] ook bestuurder van de Nederlandse holdingmaatschappij Apple Holding³⁹⁶ en waren en zijn verschillende bestuurders van de Ierse tussenholding Apple Operations ook bestuurder van Apple Holding, Apple Benelux en/of Apple Retail Netherlands. Apple Operations beschrijft ook in haar financiële jaarverslag dat haar primaire doel is het besturen van haar dochtermaatschappijen. Bovendien wordt de omzet van de Nederlandse dochtermaatschappijen geconsolideerd in de jaarrekening van Apple Operations en worden de Gedaagden genoemd als “*Group Undertakings*”.³⁹⁷ Grafisch kan dit als volgt weergegeven worden:

³⁹⁵ HvJ EU 10 september 2009, C-97/08, ECLI:EU:C:2009:536 (*Akzo*), r.o. 60-66.

³⁹⁶ Productie SCCC – 0001: Uittreksel bedrijfsregister Apple Inc. en Productie SCCC - 0008: KvK-uittreksel en handelsregisterhistorie Apple Holding B.V.

³⁹⁷ Productie SCCC - 0002: financieel jaarverslag 2020 Apple Operations International Ltd., p. 3 en 33.



- 9.28 Voor de duidelijkheid: er geldt reeds een vermoeden van beslissende invloed van Apple Inc. op de overige Gedaagden op basis van haar 100% aandeelhouderschap, en de Stichting hoeft geen aanvullend bewijs te leveren van zeggenschap. De overlappende bestuursposities tonen de beslissende invloed wel eens te meer aan.
- 9.29 De uitzondering voor dochtermaatschappijen in een conglomeraat waarvan de activiteiten geen concreet (direct of indirect) verband met het voorwerp van de inbreuk is niet van toepassing.
- 9.30 Allereerst is Apple geen conglomeraat als bedoeld in het Sumal-arrest. Apple produceert technologische producten die allemaal met elkaar samenhangen en onderdeel zijn van het Apple-ecosysteem. Indien een consument een Apple iPhone of iPad koopt, dan zit daar het besturingssysteem iOS op voorgeïnstalleerd, evenals de Apple App Store en Apple IAP (en deze zijn ook niet te verwijderen). Ook clouddiensten en Apple Music kunnen met één druk op de knop via het iOS-besturingssysteem op de iPhone of iPad worden aangeschaft. Alle Gedaagden houden zich ook bezig met de verkoop en distributie van producten en diensten van het Apple-ecosysteem, inclusief de iPhone, iPad, iOS, de Apple App Store en Apple IAP, danwel ondersteuning daarbij.
- 9.31 Het financiële jaarverslag van Apple Operations bevestigt dit nogmaals. Apple heeft voor haar Europese activiteiten haar jaarrekening geconsolideerd op het niveau van Apple Operations en definieert de “groep” in het kader van haar financiële jaarverslag als “*Apple Operations International Limited (the “Company”) and its wholly-owned subsidiaries (collectively: the Group)*”.³⁹⁸ Zij vervolgt dat “*The Group sells and delivers third-party applications for its products through the App Store.*”³⁹⁹ Oftewel: de groep, waaronder alle Europese Gedaagden vallen, houdt zich bezig met de verkoop en

³⁹⁸ Productie SCCC - 0002: financieel jaarverslag 2020 Apple Operations International Ltd., p 3.

³⁹⁹ *Ibidem.*, p 8.

levering van apps via de Apple App Store. Zij houden zich dus allen bezig met de economische activiteit waar de schending op ziet.

9.32 Ten tweede volgt ook uit de publiek beschikbare informatie van de overige Gedaagden dat zij zich bezighouden met economische activiteiten die gerelateerd zijn aan de markt van de schending. Hoewel Apple niet uitgebreid beschrijft welke activiteiten door welke vennootschappen worden uitgeoefend blijkt uit de handelsregisters dat in ieder geval:

- **Apple Distribution** zich bezighoudt met “*Sales, distribution and related services*” voor Apple-producten.⁴⁰⁰ Apple Distribution is verantwoordelijk voor de levering van apps via de Apple App Store in Europa, inclusief onder meer Apple App Store gift card betalingen in Nederland;⁴⁰¹
- **Apple Holding** een 100% dochter van Apple Distribution is, en een holdingmaatschappij die onder andere Apple Benelux aanstuurt;⁴⁰²
- **Apple Benelux** een 100% dochter (via Apple Holding) van Apple Distribution is, die zich bezighoudt met “*Sales support, marketing and related services*” voor Apple-producten en een groothandel is in computers, randapparatuur en software;⁴⁰³
- **Apple Retail Netherlands** een “*Retail company*” is die zich bezighoudt met de verkoop van Apple-producten, waaronder “telecommunicatieapparatuur” zoals iPhones en iPads en de verkoop van software, communicatie- en aanverwante technologie.⁴⁰⁴ Apple Retail Netherlands is onder meer verantwoordelijk voor de verkoop van iPhones en iPads in Nederland via fysieke en online winkels en voor de Nederlandse Apple Store;⁴⁰⁵
- **Apple Operations** is de holdingmaatschappij die bovenstaande Gedaagden aanstuurt.⁴⁰⁶

9.33 Ook uit deze omschrijvingen volgt dat alle Gedaagden onderdeel zijn van de Apple-onderneming en zich bezighouden met economische activiteiten die verband houden met het voorwerp van de overtreding. Op grond van het Europeesrechtelijke concept van onderneming hoeft geen individuele toerekening plaats te vinden met betrekking tot de groepsmaatschappijen. Alle Gedaagden zijn namelijk op basis van het

⁴⁰⁰ Productie SCCC - 0002: financieel jaarverslag 2020 Apple Operations International Ltd., p 33 en Productie SCCC - 0003: KvK-uittreksel Apple Distribution International Ltd.

⁴⁰¹ Dit volgt onder meer uit Productie SCCC – 0004: Algemene voorwaarden Apple mediadiensten voor diensten in Nederland. Zie ook de App Store preview voor de Nederlandse markt (<https://apps.apple.com/nl/app/apple-store/id375380948>). Dat de gift cards worden uitgegeven via Apple Distribution volgt uit de voorwaarden voor de gift cards, te vinden via: <https://www.apple.com/legal/internet-services/itunes/giftcards/nl/terms.html>.

⁴⁰² Productie SCCC - 0002: financieel jaarverslag 2020 Apple Operations International Ltd., p 33 en Productie SCCC - 0008: KvK-uittreksel en handelsregisterhistorie Apple Holding B.V., p. 1.

⁴⁰³ Productie SCCC - 0002: financieel jaarverslag 2020 Apple Operations International Ltd., p 33 en Productie SCCC - 0007: KvK-uittreksel Apple Benelux, p. 1.

⁴⁰⁴ Productie SCCC - 0002: financieel jaarverslag 2020 Apple Operations International Ltd., p 33 en Productie SCCC - 0005: KvK-uittreksel Apple Retail Netherlands B.V., p. 1.

⁴⁰⁵ Zie https://www.apple.com/legal/sales-support/sales-policies/retail_nl.html.

⁴⁰⁶ Productie SCCC - 0002: financieel jaarverslag 2020 Apple Operations International Ltd., p 3.

ondernemingsbegrip hoofdelijk aansprakelijk voor een overtreding van het mededingingsrecht die ten minste één van de vennootschappen van de Apple-onderneming heeft begaan.

C. Toerekening aan individuele vennootschappen

- 9.34 Naast het voorgaande geldt dat alle Gedaagden ook aansprakelijk zijn vanwege hun eigen individuele bijdrage aan de gedragingen. De Apple App Store, de Apple Voorwaarden en de excessieve prijzen zijn gecreëerd door Apple Inc. (zie paragraaf 9 sub B).
- 9.35 In de EU is Apple Distribution verantwoordelijk voor het aanbod van apps via de Apple App Store, zoals blijkt uit de Algemene voorwaarden Apple mediadiensten voor Europese consumenten (zie paragraaf 3 sub C)⁴⁰⁷ en de Apple App Store preview voor app ontwikkelaars (zie hierboven paragraaf 9 sub B).⁴⁰⁸
- 9.36 De gedragingen worden in Nederland geïmplementeerd door middel van de verkoop van iPhones en iPads met iOS en de Apple App Store door Apple Retail Netherlands en Apple Distribution (zie paragraaf 3 sub C). Ook de overige Gedaagden zijn individueel betrokken bij de overtreding vanwege het aansturen of bijdragen aan de gedragingen, onder meer in de vorm van sales support, marketing en ondersteunende diensten.

D. Relativiteit

- 9.37 Zoals hierboven reeds uiteen is gezet, worden de constitutieve voorwaarden voor aansprakelijkheid geregeld door EU-recht in het algemeen en artikelen 101 en 102 VWEU in het bijzonder. Het Europese mededingingsrecht kent geen relativiteitsvereiste. Het HvJ EU heeft dit bevestigd in haar *Otis*-uitspraak:⁴⁰⁹

“(...) alle schade die in causaal verband met een inbreuk op artikel 101 VWEU staat [moet] in aanmerking kunnen komen voor vergoeding teneinde de doeltreffende toepassing van artikel 101 VWEU te verzekeren en het nuttig effect van deze bepaling te handhaven.”

- 9.38 Zoals ook de advocaat-generaal in randnummer 84 van haar conclusie in essentie heeft opgemerkt, is het in dit verband niet nodig dat de door de betrokken persoon geleden schade daarenboven een specifiek verband vertoont met de nagestreefde „beschermingsdoelstelling”, omdat de overtreders van het mededingingsrecht anders niet gehouden zouden zijn om *alle* schade te vergoeden die zij hebben kunnen veroorzaken.⁴¹⁰
- 9.39 Ten overvloede merkt de Stichting overigens op dat ook voldaan is aan het relativiteitsvereiste (als de rechtbank alsnog aan dit vereiste zou willen toetsen). De

⁴⁰⁷ Zie Productie SCCC – 0004: Algemene voorwaarden Apple mediadiensten voor diensten in Nederland. Voor overige Europese landen te vinden via <https://www.apple.com/nl/legal/internet-services/itunes/nl/terms.html>.

⁴⁰⁸ **Productie SCCC - 0038: Screenshot App Store Connect in de App Store, laatst geraadpleegd op 15 februari 2022.**

⁴⁰⁹ HvJ EU 12 december 2019, C-435/18, ECLI:EU:C:2019:1069, (*Otis*), r.o. 30-31.

⁴¹⁰ Conclusie AG Kokott 29 juli 2019, C-435/18, ECLI:EU:C:2019:651, (*Otis*), mnr. 84.

aard en het doel van de gedragingen van Gedaagden was om concurrentie uit te sluiten en om ervoor te zorgen dat excessieve prijzen konden worden gehanteerd bij de distributie van apps, ten nadele van app ontwikkelaars en Consumenten. Het doel van artikel 102 VWEU is om de vrije mededinging te beschermen en zodoende te voorkomen dat bedrijven en Consumenten schade oplopen door misbruik van machtspositie. In andere woorden: het doel van het mededingingsrecht is juist om te voorkomen dat schadeposten, zoals die door Consumenten zijn geleden, optreden. Er is dus ook voldaan aan het relativiteitsvereiste.

E. Causaal verband

- 9.40 In deze zaak bestaat een causaal verband tussen de schade die de Consumenten hebben geleden en het onrechtmatige handelen en/of nalaten van Gedaagden. Om causaal verband vast te kunnen stellen, dient de daadwerkelijke situatie vergeleken te worden met de hypothetische situatie waarin het onrechtmatig gedrag niet had plaatsgevonden (de “*counterfactual*” of “*but-for*” wereld). Wanneer men dit gedachtenexperiment uitvoert, is het duidelijk dat er een causaal verband tussen het gedrag van Gedaagden en de door Consumenten geleden schade bestaat.
- 9.41 Zoals in paragraaf 6 toegelicht was het doel van de door Apple opgelegde beperkingen om concurrentie uit te sluiten om daarmee excessieve prijzen te kunnen hanteren richting app ontwikkelaars en, uiteindelijk, Consumenten. Zonder de schendingen zou er concurrentie zijn op de markten voor app distributie op iOS en betalingsverwerking op iOS, wat direct zou hebben geleid tot lagere prijzen voor de Consument.
- 9.42 De Stichting licht in het navolgende hoofdstuk nader toe hoe de *but-for world* eruit zou hebben gezien en welke schade de Consumenten hebben geleden als gevolg van het misbruik van de machtspositie door Apple.

10. SCHADE

A. Inleiding

- 10.1 Zonder de concurrentiebeperkende gedragingen van Apple zouden de commissies voor de aankoop van apps en betalingsverwerking bij in-app aankopen op iPhones en iPads significant lager zijn geweest. De commissies zijn door app ontwikkelaars vrijwel geheel, of in elk geval voor het overgrote deel, doorberekend aan de Consumenten. Het verschil tussen de doorberekende huidige commissies en de commissies in de hypothetische situatie zonder de schendingen (de *counterfactual* of *but for* wereld) betreft de schade die is geleden door Consumenten. De Stichting heeft de economische experts van Brattle een analyse laten maken van de *counterfactual* wereld en de doorberekening van de commissies aan Consumenten.
- 10.2 Voordat de Stichting de door Consumenten geleden schade nader toelicht zal zij de juridische toets bespreken die heeft te gelden in de aansprakelijkheidsfase.

B. Juridische toets: mogelijkheid van schade aannemelijk

10.3 De Stichting verzoekt de rechtbank de procedure op te delen in een aansprakelijkheidsfase en een schadefase. In de aansprakelijkheidsfase kan de aansprakelijkheid van Apple vastgesteld worden, en in de schadefase kan de schade nader worden begroot.

10.4 In de aansprakelijkheidsfase geldt in de visie van de Stichting dezelfde toets als ook wordt toegepast voor verwijzing naar de schadestaatprocedure. Hiervoor is louter nodig dat de Stichting feiten stelt waaruit kan worden afgeleid dat de Consumenten schade lijden.⁴¹¹ Dit wil zeggen dat de mogelijkheid van schade moet bestaan (en dat de maatstaf dus lager is dan de vraag of schade aannemelijk is). Professor Tjong Tjin Tai geeft een goede duiding van wat het verschil is:⁴¹²

“In een gewone procedure, waar het gaat om toewijzing van schadevergoeding, zou het criterium zijn of de aanwezigheid van schade aannemelijk is geworden (..) Het verschil is dus gelegen in een extra graad van onzekerheid: voor verwijzing naar de schadestaatprocedure is het voldoende dat de enkele mogelijkheid aannemelijk is.”

10.5 Bovendien, naast het voorgaande geldt dat de Stichting niet verplicht is om direct alle gegevens die op de schade betrekking hebben op tafel te leggen. Dit houdt verband met de genoemde maatstaf, en ook met het idee achter de aansprakelijkheidsfase. Het is immers vaak zo dat in de loop van de aansprakelijkheidsprocedure veel data boven tafel komen waaruit blijkt dat de geleden schade veel hoger is dan de gelaedeerde aanvankelijk vermoedde. Een dergelijke situatie doet zich ook juist voor in zaken zoals de onderhavige, waarin een aanzienlijke informatieasymmetrie bestaat tussen de Stichting en Gedaagden.

C. De mogelijkheid van schade is aannemelijk

I. De counterfactual wereld

10.6 Zonder Apple's onrechtmatige gedragingen zou er concurrentie bestaan op de markten voor app distributie op iOS en betalingsverwerking op iOS. Deze concurrentie zou leiden tot significant lagere prijzen.

10.7 De Stichting heeft de economische experts van Brattle verzocht om te analyseren hoe de hypothetische situatie zonder de onrechtmatige gedragingen van Apple eruit zou zien. In deze zogenoemde *counterfactual* wereld (ook wel: *but for*-wereld) zou ten eerste de Apple App Store niet langer de enige app store zijn op het iOS-besturingssysteem van de iPhone en de iPad. Er zouden alternatieve algemene app stores beschikbaar zijn die concurreren met de Apple App Store en er zouden specifieke app stores beschikbaar komen voor bepaalde doelgroepen, zoals voor games, entertainment en gezondheid. Deze concurrentie zou leiden tot lagere prijzen, meer keuze voor Consumenten en innovatie.⁴¹³

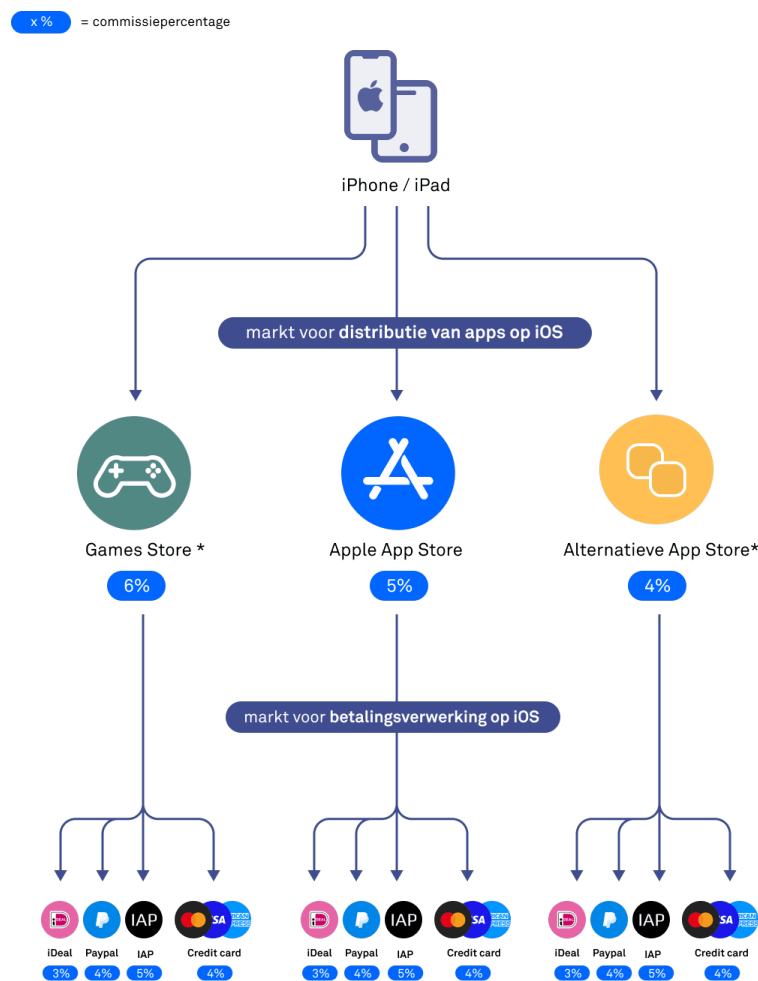
⁴¹¹ T.F.E. Tjong Tjin Tai, De schadestaatprocedure, Kluwer (Deventer) 2012, p. 31.

⁴¹² *Ibidem.*, p. 36 – 37.

⁴¹³ Zie ook Productie SCCC - 0036: Brattle, Consumer Harm Resulting from Apple's Anticompetitive Practices related to the iOS App Store, maart 2022, nr. 72.

- 10.8 Dat de prijzen in de *counterfactual* wereld lager zouden zijn volgt ook uit de economische theorie. Op dit moment kan Apple monopolie-prijzen vragen omdat app ontwikkelaars en Consumenten simpelweg geen keus hebben. Indien Apple zou moeten concurreren met alternatieve app stores zou zij gedwongen zijn om haar prijzen te verlagen en te innoveren, of anders haar klanten te verliezen aan concurrenten.
- 10.9 In de *counterfactual* wereld zou Apple IAP ook niet langer de enige wijze zijn om in-app betalingen af te rekenen. App ontwikkelaars zouden een vrije keuze hebben om een of meerdere betalingsverwerkers aan te bieden, en ook consumenten zouden hun wijze van betaling kiezen (e.g. betaling met Apple IAP of iDeal, PayPal etc.). App ontwikkelaars zouden ook hun eigen betalingsverwerker kunnen ontwikkelen. Dat dit scenario waarschijnlijk is blijkt uit het feit dat game ontwikkelaar Epic dit al heeft gedaan, maar vervolgens door Apple uit de App Store werd verwijderd.⁴¹⁴ De prijzen voor betalingsverwerking zouden in de *counterfactual* wereld lager zijn, dan in de huidige situatie van een Apple-monopolie. Met meer keus voor app ontwikkelaars en consumenten zou Apple gedwongen zijn om ook haar prijzen voor betalingsverwerking te verlagen en te innoveren, of anders haar klanten te verliezen aan de concurrentie.
- 10.10 Zie hieronder in Figuur 7 een grafische weergave van de *counterfactual* wereld voor de markt voor app distributie en betalingsverwerking op iOS.

⁴¹⁴ Zie ook paragraaf 4 sub E. Productie SCCC - 0036: Brattle, Consumer Harm Resulting from Apple's Anticompetitive Practices related to the iOS App Store, maart 2022, nr. 29.



* Ter illustratie - dit zijn fictieve app stores en fictieve commissiepercentages.

Figuur 7 – weergave van de *counterfactual* situatie op de markt voor app distributie en betalingsverwerking op iOS

- 10.11 Brattle heeft onderzocht of er een bestaande markt is waarmee deze *counterfactual* werelden voor de distributie van apps en betalingsverwerking te vergelijken zijn. De markt voor de distributie van apps op PC's is een mogelijke benchmark voor de distributie van apps op iOS en de markt voor betalingsverwerkers voor mobiele telefoons is een mogelijke benchmark voor betalingsverwerking op iOS.

II. De hoogte van de commissies voor app aankopen in afwezigheid van onrechtmatige gedragingen

- 10.12 Zonder Apple's onrechtmatige gedragingen zouden er concurrerende app stores zijn op iOS, en zouden commissies voor app distributie (inclusief betalingsverwerking) dalen tot 5% of ten hoogste 12%.

- 10.13 Brattle heeft vastgesteld dat een relevante benchmark de markt voor de distributie van apps op PC's is.⁴¹⁵ De app store van Microsoft, de Microsoft Store, rekent 0% commissie voor alle apps (m.u.v. games) en laat app ontwikkelaars de keuze in welke betalingsverwerker zij willen gebruiken.⁴¹⁶ De kosten voor betalingsverwerking in de Microsoft Store, via Worldpay⁴¹⁷, liggen vermoedelijk rond de ca. 3% (of mogelijk zelfs lager).⁴¹⁸ Aangezien de kosten van betalingsverwerking doorgaans lager zijn dan 5% is een commissie van ten hoogste 5% in de *counterfactual* wereld voor app distributie en betalingsverwerking gezamenlijk op basis van deze benchmark aldus realistisch.
- 10.14 Brattle heeft vastgesteld dat de commissie voor app distributie in de *counterfactual* wereld in ieder geval niet hoger zal zijn dan 12%. Brattle komt tot deze conclusie door de markt voor app distributie op iOS te vergelijken met de markt voor distributie van PC game apps. Op deze markt rekenen Microsoft en Epic een commissie van 12% voor de gecombineerde dienst van app distributie en betalingsverwerking. Brattle benadrukt dat 12% de bovengrens ("*upper bound*") van het tarief in de *counterfactual* wereld betreft, en dat het waarschijnlijker is dat de tarieven (veel) lager zouden zijn.⁴¹⁹
- 10.15 Dit is ten eerste omdat ook op de markt voor pc-games de concurrentie nog steeds beperkt is. Er zijn slechts drie partijen actief (i.e. Microsoft, Epic en Steam) die een breed scala aan games aanbieden. Steam heeft hierbij een dominante positie en een geschat marktaandeel op de wereldwijde markt voor de distributie van PC games van ca. 75%.⁴²⁰ Epic is bovendien relatief nieuw in de markt (sinds december 2018) en een concurrerende prijs moet zich daarom nog ontwikkelen.
- 10.16 Ten tweede is de schaalgrootte van belang. De kosten van een app store of game store zijn met name vast, en niet variabel. Dit betekent dat er nauwelijks extra kosten zijn voor Apple als er meer apps worden aangeboden in de App Store, en als een app vaker wordt gedownload. De App Store, met een jaarlijkse omzet van USD 15,5 miljard in 2018⁴²¹, is veel groter dan de pc-game app stores Steam (totale omzet van Valve Corporation, het moederbedrijf van Steam, schat men tussen de USD 5-10 miljard)⁴²², Epic (omzet in 2021 van ca. USD 840 miljoen) en Microsoft (precieze omzet met apps onbekend maar gezien marktaandeel zeer beperkt) gezamenlijk.

⁴¹⁵ Productie SCCC - 0036: Brattle, Consumer Harm Resulting from Apple's Anticompetitive Practices related to the iOS App Store, maart 2022, nr. 65.

⁴¹⁶ Zie: <https://www.theverge.com/2021/6/24/22549222/microsoft-store-developers-windows-11-revenues-games>

⁴¹⁷ Zie: <https://www.businesswire.com/news/home/20211026005071/en/Microsoft-Expands-Payments-Relationship-with-Worldpay-from-FIS-Globally>

⁴¹⁸ Uit openbare informatie blijkt dat Worldpay in het Verenigd Koninkrijk een vast tarief van 2,75% rekent voor MKB en een variabel tarief van 20 cent per transactie voor het standaard "*pay-as-you-go*" pakket waarbij klanten met hun mobiel, tablet en online kunnen afrekenen. Gezien onderhandelingspositie van een groot bedrijf als Microsoft zullen de tarieven bij haar zeker niet hoger liggen. Zie: <https://startups.co.uk/payment-processing/worldpay/#link-worldpay-transaction-fees-rates-and-costs>

⁴¹⁹ Zie ook hierboven en Productie SCCC - 0036: Brattle, Consumer Harm Resulting from Apple's Anticompetitive Practices related to the iOS App Store, maart 2022, nrs. 66-67.

⁴²⁰ Zie: <https://comparecamp.com/steam-statistics/>

⁴²¹ Productie SCCC - 0028: US House Judiciary, Report on the investigation of competition in digital markets, 2020, p. 345.

⁴²² Zie: <https://www.owler.com/company/valvesoftware>. Valve is een private onderneming die geen omzetcijfers hoeft te publiceren. De meest recente schatting dateert uit 2017 en is ca. USD 4,3 miljard.

- 10.17 Ten derde eist Apple, anders dan de PC-game aanbieders, ook op jaarlijkse basis een aanvullend bedrag voor app distributie naast de commissie. Apple verdient miljarden aan de jaarlijkse bijdrage van USD 99,- die app ontwikkelaars betalen via het App Developer Program om hun apps te kunnen distribueren via de App Store.⁴²³ Ondertussen zijn Apple's kosten voor de Apple App Store op jaarbasis lager dan USD 100 miljoen (zie paragraaf 6 sub E). Apple verdient ook aan advertenties: app ontwikkelaars betalen Apple voor betere vindbaarheid van hun apps in de App Store. De omzet van Apple uit de advertenties wordt voor 2021 op ca. USD 5 miljard geschat en zal groeien richting USD 20 miljard in 2024.⁴²⁴ Met een commissie van 5% (en overigens ook 0%) zou Apple nog steeds miljardenwinsten maken.
- 10.18 Overigens dient benadrukt te worden dat in dit kader de Google Play Store geen geschikte vergelijking oplevert en dus niet gebruikt kan worden voor deze analyse. Immers, een vergelijking kan alleen gemaakt worden met markten waar voldoende concurrentie plaatsvindt. De Commissie heeft in het Android besluit geoordeeld dat Google misbruik maakt van haar economische machtspositie op (onder andere) de markt voor Android app stores. Een vergelijking maken met een markt waarop één partij een dominante positie bezit, zou geen goede benchmark opleveren.⁴²⁵
- 10.19 Kortom, in de *counterfactual* wereld zou de commissie voor app distributie (inclusief betalingsverwerking) 5% zijn, of ten hoogste 12%.

III. De kosten voor in-app aankopen in afwezigheid van de onrechtmatige gedragingen

- 10.20 In de *counterfactual* wereld zouden de kosten voor in-app aankopen ten hoogste 5% zijn.
- 10.21 Zoals hierboven beschreven, zou er zonder de onrechtmatige gedragingen van Apple keuze zijn voor de verschillende betalingsverwerkers voor in-app aankopen. Zoals beschreven zou meer keuze leiden tot een lager tarief voor betalingsverwerking. Brattle heeft onderzocht dat het variabele tarief dat door een betalingsverwerker wordt gehanteerd over het algemeen beneden 3% ligt.⁴²⁶ Hierbij wordt soms nog een vast component aan dit tarief toegevoegd.⁴²⁷ Brattle heeft berekend dat als zowel het variabele tarief als het vaste component van het tarief voor betalingsverwerking in aanmerking wordt genomen, de commissie voor in-app aankopen in de afwezigheid van Apple's onrechtmatige gedragingen zou uitkomen op minder dan 5%.⁴²⁸
- 10.22 Aldus is een conservatieve schatting voor de commissie voor betalingsverwerkingsdiensten in de *counterfactual*-wereld een commissie van 5%.

⁴²³ Apple heeft 27 miljoen iOS app ontwikkelaars die allemaal jaarlijks USD 99 betalen, hiermee is de jaarlijkse opbrengst USD 2,67 miljard. Productie SCCC - 0028: US House Judiciary, Report on the investigation of competition in digital markets, 2020, p. 345.

⁴²⁴ Zie: <https://www.ft.com/content/074b881f-a931-4986-888e-2ac53e286b9d>

⁴²⁵ Productie SCCC - 0036: Brattle, Consumer Harm Resulting from Apple's Anticompetitive Practices related to the iOS App Store, maart 2022, rnr. 64.

⁴²⁶ Bijvoorbeeld bij PayPal en Mollie.

⁴²⁷ Productie SCCC - 0036: Brattle, Consumer Harm Resulting from Apple's Anticompetitive Practices related to the iOS App Store, maart 2022, rnr. 69.

⁴²⁸ *Ibidem.*, rnr. 69-70.

IV. Doorberekening aan consumenten

- 10.23 De schade is uiteindelijk terechtgekomen bij de Consumenten. App ontwikkelaars hebben namelijk de commissies voor app distributie en betalingsverwerking doorberekend aan de Consumenten.
- 10.24 Daarbij doet de Stichting ten eerste een beroep op het (Europeesrechtelijk) bewijsvermoeden voor de doorberekening van de meerprijs aan Consumenten. Zoals hierboven in paragraaf 8 sub C beschreven is de Richtlijn Schadevorderingen mededingingsrecht en de daarbij behorende Implementatiewet van toepassing in deze zaak. Uit artikel 14 lid 2 van de Richtlijn Schadevorderingen mededingingsrecht, zoals geïmplementeerd in artikel 6:193q BW, volgt een bewijsvermoeden voor de doorberekening van schade aan indirecte afnemers zoals de Consumenten. Aan de drie voorwaarden van artikel 6:193q BW wordt in deze zaak namelijk voldaan. Het is evident dat:
- “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.”
- 10.25 Wat betreft (a) heeft de Stichting in hoofdstuk 6 aangetoond dat Apple misbruik van haar dominante marktpositie maakt in de zin van artikel 102 VWEU en artikel 24 Mw. Wat betreft (b) heeft de Stichting hierboven beschreven dat de hoge commissies tot meerkosten hebben geleid voor de app ontwikkelaars als directe afnemers. Voorwaarde (c) is ook evident vervuld: uiteindelijk is het de consument die de apps in de App Store koopt en de in-app aankopen doet. Aangezien de drie voorwaarden vervuld zijn geldt er dus een vermoeden van volledige doorberekening van meerprijzen aan Consumenten.
- 10.26 Ten tweede wordt de doorberekening van de schade aan Consumenten bevestigd door onderzoek van de economisch expert van de Stichting. Brattle concludeert, zowel op grond van empirisch bewijs als economische theorie, dat er op deze markten een doorberekeningspercentage bestaat van minimaal 75% (op grond van empirisch bewijs) tot 93% (op grond van economische theorie).⁴²⁹
- 10.27 Wat betreft het empirisch bewijs wijst Brattle bijvoorbeeld op de populaire music streamingdienst Spotify, die heeft verklaard dat zij de kosten voor betalingsverwerking doorberekende aan consumenten. Spotify was daardoor gedwongen om haar prijzen in de Apple App Store te verhogen van GBP 9,99 naar GBP 12,99 per maand, volgens Brattle een doorberekening van 77%.⁴³⁰ Amazon Music koos ervoor om de kosten voor de commissie van Apple deels door te geven aan de consument, namelijk een prijs van GBP 10,99 voor muziek in de Apple App Store en GBP 9,99 voor muziek op

⁴²⁹ Productie SCCC - 0036: Brattle, Consumer Harm Resulting from Apple's Anticompetitive Practices related to the iOS App Store, maart 2022, nr. 105.

⁴³⁰ *Ibidem.*, nr. 104.

andere apparaten zonder de Apple App Store.⁴³¹ Een ander voorbeeld is Google's Youtube abonnement, waarbij de prijs in de Apple App Store USD 12,99 bedraagt en de prijs in de Google Play Store USD 9,99.⁴³² De Stichting voegt daaraan toe de Nederlandse apps Blendle haar diensten aanbood via haar website en via de Apple App Store. Hierbij was de prijs van Blendle 30% hoger in de Apple App Store dan via de Blendle website.⁴³³ Ook Eurocommissaris Vestager concludeerde bij de presentatie van de aanklacht van de Commissie tegen Apple voor misbruik machtspositie op de markt voor *music streaming* dat de commissies worden doorberekend aan consumenten.⁴³⁴

"Our investigation showed that this fee was passed on to end users by raising prices, typically from 9.99 to 12.99 Euros."

- 10.28 Indien deze data wordt verrijkt met economische theorie is het aannemelijk dat de meerprijzen voor 93% zijn doorberekend. Brattle heeft hiervoor verschillende economische onderzoeken op het gebied van de vraag naar apps in de Apple App Store en concurrentie tussen app ontwikkelaars geanalyseerd. Op grond van deze onderzoeken concludeert Brattle dat er een gemiddelde doorberekening voor alle app categorieën bestaat gedurende de gehele periode.⁴³⁵
- 10.29 De Stichting concludeert dat de meerprijzen als gevolg van de onrechtmatige gedragingen voor 93% zijn doorberekend aan de Consumenten.

V. De schade geleden door de Consumenten

- 10.30 De Stichting heeft Brattle gevraagd een inschatting te maken van de schade die de Consumenten hebben geleden door de onrechtmatige gedragingen van Apple.
- 10.31 Brattle heeft berekend dat Nederlandse consumenten in de periode september 2009⁴³⁶-december 2021 in totaal EUR 1,1 miljard hebben uitgegeven in de Apple App en voor Apple IAP Store, en EU-consumenten voor EUR 21 miljard⁴³⁷:

⁴³¹ Productie SCCC – 0019: CMA rapport, 'Mobile ecosystems - market study interim report' met bijlagen, d.d. 14 december 2021, nr. 6.204.

⁴³² Productie SCCC - 0036: Brattle, Consumer Harm Resulting from Apple's Anticompetitive Practices related to the iOS App Store, maart 2022, nr. 104.

⁴³³ In haar persbericht van 30 april 2021 benadrukte de Commissie ook dat *"The Commission's investigation showed that most streaming providers passed this fee on to end users by raising prices."*, Productie SCCC - 0023: Persbericht Europese Commissie, Antitrust: Commission sends Statement of Objections to Apple on App Store rules for music streaming providers, d.d. 30 april 2021.

⁴³⁴ Productie SCCC - 0025: Persbericht Europese Commissie, Statement by Executive Vice-President Margrethe Vestager on the Statement of Objections sent to Apple on App Store rules for music streaming providers" d.d. 30 april 2021.

⁴³⁵ Productie SCCC - 0036: Brattle, Consumer Harm Resulting from Apple's Anticompetitive Practices related to the iOS App Store, maart 2022, nr. 103.

⁴³⁶ Vanaf dat moment werd het verplicht voor appaanbieders om gebruik te maken van Apple's betalingsverwerkingsdienst. Zie hoofdstuk 3 sub B.

⁴³⁷ Productie SCCC - 0036: Brattle, Consumer Harm Resulting from Apple's Anticompetitive Practices related to the iOS App Store, maart 2022, p. 31, p. 31, nr. 97.

TABLE 4. VALUE OF COMMERCE AND APPLE REVENUES

		iOS App Store consumer spending	Apple revenues
		[A]	[B]
World	[1]	315,635	91,913
EU	[2]	21,068	6,135
Netherlands	[3]	1,154	336

Sources and Notes:

Values in € million.

Brattle calculations for the period Sept 2009 to Dec 2021.

- 10.32 Brattle heeft deze uitgaven vergeleken met de uitgaven in de hypothetische situatie zonder de onrechtmatige gedragingen van Apple. Het verschil daartussen is de meerprijs. Vervolgens heeft Brattle berekend welk gedeelte van deze meerprijs is doorberekend aan consumenten.
- 10.33 Zoals hierboven reeds beschreven is de hypothetische prijs voor app distributie tussen de 5% en 12% en betalingsverwerking 5%. De Stichting heeft op dit moment geen inzicht in de exacte verdeling tussen in-app aankopen en aankopen van apps in de Apple App Store. Dit betreft informatie binnen de invloedssfeer van Gedaagden. Om deze reden heeft Brattle zowel de meerprijs berekend in het scenario van een 5% *counterfactual* commissie als 12%. De Stichting benadrukt dat de 12% commissie berekening een zeer conservatieve schadeberekening is. Ten eerste is meer aannemelijk dat voor app aankopen de 5% commissie een realistischere prijs is indien Apple geen misbruik zou maken van haar machtspositie. En bovendien geldt voor in-app aankopen in elk geval dat de daadwerkelijke *counterfactual* commissie 5% zal zijn.
- 10.34 Wat betreft de doorberekening geldt een wettelijk vermoeden dat de meerprijs volledig is doorberekend. Voor wederom een conservatieve berekening heeft Brattle berekend wat de schade zou zijn voor consumenten bij een doorberekeningspercentage van 75% tot 93%.⁴³⁸ Brattle komt hiermee op de volgende resultaten wat betreft de totale schade voor consumenten:⁴³⁹

⁴³⁸ Productie SCCC - 0036: Brattle, Consumer Harm Resulting from Apple's Anticompetitive Practices related to the iOS App Store, maart 2022, nr. 105.

⁴³⁹ *Ibidem*, p. 37.

TABLE 5. SUMMARY OF DAMAGES FOR EUROPEAN AND DUTCH CONSUMERS

	But-for commission	EU				Netherlands			
		Damages		Damages with interest		Damages		Damages with interest	
		93% pass- on	75% pass- on	93% pass- on	75% pass- on	93% pass- on	75% pass- on	93% pass- on	75% pass- on
		[A]	[B]	[C]	[D]	[E]	[F]	[G]	[H]
	5% [1]	4,707	3,811	4,980	4,032	258	209	273	221
	12% [2]	3,341	2,705	3,537	2,863	183	148	194	157

Sources and Notes:

Values in € million. Brattle calculations for the period Sept 2009 to Dec 2021.

- 10.35 De Stichting concludeert dat de totale schade voor Consumenten ten minste EUR 2,7 á 5 miljard is inclusief wettelijke rente. Voor louter Nederlandse Consumenten ligt de schade tussen de EUR 157 miljoen en EUR 273 miljoen inclusief wettelijke rente.⁴⁴⁰
- 10.36 Voor de volledigheid benadrukt de Stichting dat dit een preliminaire inschatting betreft. Bovendien is nog niet de schade meegenomen uit andere onrechtmatige gedragingen van Apple, in het bijzonder het feit dat Apple ten onrechte app ontwikkelaars geen toegang biedt tot klantinformatie en de verplichting die Apple oplegt aan app ontwikkelaars tot gebruik van bepaalde *price tiers*.⁴⁴¹

VI. Bewijsaanbod schade

- 10.37 De Stichting heeft met bovenstaande analyse en het expertrapport van Brattle de mogelijkheid van schade (ruim) voldoende aannemelijk gemaakt. De Stichting kan de precieze schade nader berekenen in de schadefase van deze procedure.
- 10.38 Voor de goede orde biedt de Stichting aan nader bewijs te leveren van de schade, zonder overigens hierbij enige bewijslast op zich te willen nemen die niet wettelijk op haar rust. Deze nadere bewijslevering kan onder meer plaatsvinden door een aanvullend schaderapport en getuigenbewijs van Brattle.

D. Vergoeding voor de Funder

- 10.39 Onrechtmatig handelen zoals begaan door Apple blijft vaak onbestraft door het zogenoemde collectieve actie-probleem. Dit betreft de feitelijke realiteit dat benadeelden zoals de Consumenten op individueel niveau reële schade ondervinden, maar dat de te maken kosten om (juridisch) actie te ondernemen tegen een partij zoals Apple te groot zijn – zowel in termen van tijd en geld – vergeleken met de schadevergoeding die dan kan worden verkregen.
- 10.40 De wetgever heeft met 3:305a BW het processueel fundament gebouwd waarmee dit collectieve actie probleem kan worden opgelost: partijen zoals de Stichting kunnen ineens namens een groep de actie voeren. Maar met het creëren van processuele

⁴⁴⁰ Productie SCCC - 0036: Brattle, Consumer Harm Resulting from Apple's Anticompetitive Practices related to the iOS App Store, maart 2022, nr. 108.

⁴⁴¹ Zie paragraaf 6 sub C en hoofdstuk 7.

mogelijkheden is het probleem *de facto* nog niet opgelost. Uiteindelijk is voor toegang tot het recht nog nodig dat een stichting feitelijk gebruik kan maken van deze toegang. En daarvoor heeft een stichting financiële middelen nodig.

- 10.41 De Stichting heeft daarom externe financiering gezocht en gevonden bij Hereford Litigation Finance 4 Limited (de “**Funder**”), zodat zij deze procedure tegen Apple kan voeren. De Stichting heeft gekozen voor externe financiering om twee redenen. Ten eerste meent de Stichting dat redelijkerwijs niet van de Consumenten kan worden verwacht dat zij een voorinvestering doen om een procedure van de grond te krijgen. Indien Consumenten zelf de kosten van de collectieve actie ex artikel 3:305a BW voor rekening zouden moeten nemen, dan zou het collectieve actieprobleem in een zaak zoals de onderhavige niet worden opgelost. Immers, dan worden de Consumenten in zekere mate, na al schade te hebben ondervonden, alsnog gevraagd een financieel risico en een procesrisico te lopen.
- 10.42 Ten tweede is van belang dat Apple een zeer vermogende partij is. Apple zal er belang bij hebben om haar bedrijfsmodel te verdedigen, aangezien dit haar in staat stelt om excessieve winsten te maken ten koste van de Consumenten. Het verweer dat Apple tot dusver ook elders voert,⁴⁴² geeft het gerechtvaardigd vermoeden dat Apple haar aanzienlijke financiële middelen ook zal inzetten in deze WAMCA-procedure.⁴⁴³ Dat brengt met zich mee dat de Stichting, om de belangen van de Consumenten goed te kunnen behartigen, op externe financiering was aangewezen. Zij wilde immers voldoende middelen veiligstellen om volwaardig het debat te kunnen voeren met Apple. In zowel de Claimcode alsook de wetsgeschiedenis van de WAMCA is uitdrukkelijk onderschreven dat *third party litigation funding* als de onderhavige is toegestaan.⁴⁴⁴
- 10.43 De Funder stelt de benodigde middelen ter beschikking en ter compensatie heeft de Funder recht op (i) maximaal 24% van de totale schadevergoeding die wordt toegewezen aan de Consumenten, plus (ii) een vergoeding aan de Funder van de voorgefinancierde kosten voor de actie van de Stichting. Het percentage (de “**Funders Return**”) waar de Funder recht op heeft gaat bovendien omlaag naarmate de totale schadevergoeding voor de Consumenten oploopt. De Funder heeft aanspraak op: (i) 24% van de totale schadevergoeding tot 150 miljoen; (ii) 20% van het bedrag vanaf EUR 150 miljoen tot EUR 400 miljoen; (iii) 15% van het bedrag vanaf EUR 400 miljoen tot EUR 650 miljoen, en (iv) 10% van de vergoeding die hoger is dan EUR 650 miljoen.
- 10.44 In deze procedure vordert de Stichting overigens primair dat Apple de Funders Return moet betalen, en ook de voorfinanciering die de Funder doet in het kader van deze collectieve actie. Ofwel, de Stichting vordert dat Apple alle kosten betaalt.
- 10.45 Subsidiair, indien de rechtbank niet Apple veroordeelt om dit bovenop de volledige schadevergoeding te betalen, vordert de Stichting verlof om de Funders Return en voorfinanciering allereerst aan de Funder uit te betalen, voordat uitbetaling plaatsvindt

⁴⁴² Zie hoofdstuk 4 van deze dagvaarding.

⁴⁴³ Wet Afwikkeling Massaschade in Collectieve Acties (“**WAMCA**”).

⁴⁴⁴ Claimcode, Principe III. Kamerstukken II 2016/2017, 34608, nr. 3 (MvT), p. 11-12.

van de rest van de schadevergoeding aan de Consumenten. De uitbetaling aan Consumenten zal dan een bedrag zijn dat minimaal 76% van het totaal is, en vermoedelijk (gegeven de waterval die is beschreven) een veel hoger percentage.

- 10.46 Uit de eerdere rechtspraak van de Hoge Raad volgt dat de rechter in staat is om een “*funding fee*” percentage toe te wijzen als gemaakte kostenvergoeding.⁴⁴⁵ Bovendien zijn alle onzekerheden hierover nu weggenomen, aangezien in de wetsgeschiedenis buiten kijf is gezet dat de Stichting aanspraak kan maken op vergoeding van de kosten van de Stichting, zoals die door de Funder zijn voldaan:

*“Is er een externe financier betrokken is, betaalt deze in het algemeen ook de kosten van de exclusieve belangenbehartiger. Artikel 6:96 BW en artikel 1018l van het voorstel kunnen dan gebruikt worden om de kosten van de financier vergoed te krijgen.”*⁴⁴⁶

- 10.47 Net zozeer volgt uit de wetsgeschiedenis dat de Stichting aanspraak kan maken op de buiten de procedure gemaakte kosten.

*“Bij een collectieve afwikkeling door de rechter zijn de gemaakte kosten buiten de procedure te verhalen als schade (artikel 6:96 BW). De kosten van de procedure zelf en andere gemaakte kosten kunnen bovendien als proceskosten worden vergoed (artikel 1018l).”*⁴⁴⁷

- 10.48 De aan de Funder te betalen vergoeding is ook van een redelijke omvang in deze zaak. De Funder draagt immers het hele procesrisico dat de gemaakte kosten niet worden terugverdiend. Het gaat daarbij om aanzienlijke investeringen die de Funder maakt, want op basis van de Financieringsovereenkomst is de Funder verplicht om alle kosten te betalen van de Stichting. Het gaat dan om kosten voor het feitelijke en juridisch onderzoek in de aanloop naar een mogelijke actie tegen Apple, de vergoedingen voor het bestuur en de RvT, kosten van andere adviseurs van de stichting, kosten voor verzekeringen, websitekosten, pr-kosten, en uiteraard de investering die nodig is om de onderhavige procedure te voeren (advocaatkosten, griffiekosten, enzovoorts).
- 10.49 De Funder heeft bovendien dit financiële- en procesrisico genomen terwijl er nog veel onzekerheid is over de exacte werking van de WAMCA-procedure. Op het moment dat de Financieringsovereenkomst tot stand kwam was nog geen enkele WAMCA-procedure vergevorderd. Dat wil zeggen: op het moment van afronding van deze dagvaarding is nog steeds geen enkele omvangrijke WAMCA-schadevergoedingsprocedure zodanig ver gevorderd dat voldoende data beschikbaar zijn voor de risicoanalyse die procesfinanciers normaal gesproken doen.

⁴⁴⁵ Schonewille, Over litigation funding: relevante praktische en juridische aspecten, TOP 2019/325; HR 26 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2797.

⁴⁴⁶ Kamerstukken II 2017/18, 34 608, nr. 9, p. 5. Zie overigens ook hetzelfde kamerstuk op pagina 14: “De gemaakte kosten kunnen worden vergoed als schade (artikel 6:96 BW voor de buitengerechtelijke kosten) of als onderdeel van de redelijke en evenredige proceskosten waartoe de rechter de aangesproken partij kan veroordelen bij de vaststelling van een collectieve schadeafwikkeling (artikel 1018l)”

⁴⁴⁷ *Ibidem*.

E. Proceskosten

- 10.50 De Stichting vordert vergoeding van haar proceskosten (zo blijkt ook uit het voorgaande). Deze kosten bestaan uit: (i) deurwaarderskosten, (ii) vast recht, (iii) advocaatkosten en (iv) de kosten van de vergoeding voor de Funder.
- 10.51 Omdat deze kosten nog niet definitief zijn op het moment dat deze dagvaarding wordt uitgebracht, behoudt de Stichting zich het recht voor om later tijdens de procedure de proceskostenopgave aan te vullen. Dat is in overeenstemming met de goede procesorde en Apple heeft geen nadeel door een latere kostenopgave. De WAMCA is ook zorgvuldig gestructureerd in verschillende procedurele fasen, en in elk geval na de ontvankelijkheidsfase kan de kostenopgave nog worden aangevuld zonder dat Apple op relevante wijze nadeel ondervindt.
- 10.52 De Stichting heeft ook recht op vergoeding van de kosten, want haar vorderingen zoals ingesteld bij deze dagvaarding moeten worden toegewezen (zo is haar overtuiging). Wat betreft de rechtsgrondslagen maakt de Stichting nog de volgende opmerkingen.
- (i) Op basis van artikel 1018I lid 2 Rv kan de Stichting aanspraak maken op vergoeding van de daadwerkelijk gemaakte proceskosten. Uit de woorden “*een uitspraak ingevolge 1018i Rv*” wordt veelal opgemaakt dat de regeling van dit artikellid alleen geldt indien een uitspraak wordt gedaan waarbij een collectieve schadeafwikkeling wordt vastgesteld. De wetgever heeft hierbij expliciet ruimte gemaakt voor de rechter om de door de Stichting gemaakte kosten af te wentelen op een gedaagde zoals Apple. Zoals reeds hierboven uiteengezet kan een aan de Funder te betalen vergoeding worden verhaald via deze route.⁴⁴⁸ De Stichting vordert op grond van dit artikel een hoofdelijke veroordeling van Gedaagden en de redelijke en evenredige (gerechts)kosten en andere kosten die de Stichting heeft gemaakt.
 - (ii) De Stichting beroept zich tevens op artikel 237 Rv. Indien de collectieve schadeafwikkeling wordt afgewezen, maar wel andere vorderingen van de Stichting worden toegewezen, dan biedt dit artikellid nog een nadere grondslag om aan de Stichting de door haar gemaakte proceskosten te vergoeden. Het is daarbij gegeven de aard van de procedure, en het handelen van Apple, redelijk en mogelijk voor de rechter om tot een volledige proceskostenvergoeding te komen.

F. Buitengerechtelijke kosten

- 10.53 De Stichting vordert tevens een veroordeling van Apple in de gemaakte (buitengerechtelijke) kosten op grond van artikel 6:96 BW. Onder deze kosten vallen ook de kosten van de Funder, indien deze kosten niet reeds volledig op basis van artikel 1018I lid 2 Rv moeten worden voldaan door Apple.
- 10.54 De kosten die reeds gemaakt zijn en nog buitengerechtelijk gemaakt zullen worden zijn aanzienlijk. Zo zullen hier ook de kosten in zitten die nodig zijn om de vorderingen

⁴⁴⁸ Zie de voorgaande paragraaf en *Kamerstukken II* 2017/18, 34 608, nr. 9, p. 14.

op een juiste wijze af te handelen, en ervoor te zorgen dat de schadevergoeding terecht komt bij de Consumenten. Deze kosten worden thans geschat op EUR 10.500.000. Een meer precieze begroting kan de Stichting geven zodra de procedure verder is gevorderd, en Apple ook meer gegevens heeft verstrekt. De Stichting vordert een voorschot voor de te maken kosten, waarbij wordt opgemerkt dat een eventueel overschot van deze kosten aan het eind van de rit zal worden teruggestort aan Apple (zie ook hoofdstuk 11 hierna).

11. SCHADEAFWIKKELING

A. Inleiding

- 11.1 Een zorgvuldige afwikkeling van de collectieve schadevergoeding is van belang. Deze feitelijke schadeafwikkeling is een omvangrijk project, aangezien het onrechtmatig handelen van Apple een zeer grote groep personen heeft geraakt.
- 11.2 In Nederland is al ervaring met het afwikkelen van complexe schadeclaims als de onderhavige. Dat is ervaring opgedaan in het kader van de WCAM,⁴⁴⁹ maar ook daarbuiten.⁴⁵⁰ In dergelijke situaties wordt het mechanisme van de claimafhandeling veelal door partijen gezamenlijk ontworpen.⁴⁵¹
- 11.3 Gezien de opstelling van Apple tot dusver, heeft de Stichting in deze zaak geen kans gehad een collectieve schadeafwikkelingsmechanisme te ontwerpen met de Gedaagden. De Stichting staat tegelijk nog steeds open voor een oplossing buiten rechte, in overleg met Apple.
- 11.4 Ondertussen moet zij evenwel ervanuit gaan dat de rechtbank een beslissing zal moeten nemen over de afhandeling van de collectieve schadevergoeding. De Stichting doet daarom reeds nu ook een voorstel wat betreft de claimafhandeling. Zij formuleert dit voorstel als concrete vordering in deze collectieve actie. De afhandeling van de betaling van de schadevergoeding is namelijk een integraal en noodzakelijk onderdeel van de collectieve actie, en raakt ook in belangrijke wijze het belang van de Consumenten. De Stichting zal in een later stadium van de procedure het voorstel zo nodig in meer detail kunnen uitwerken.

B. Voorstel tot claimafhandeling

- 11.5 De Stichting vordert dat bij toewijzing van de gevorderde collectieve schadevergoeding Apple wordt bevolen om:
 - (i) De totale schadevergoeding over te maken naar de derdengeldenrekening van een door de Stichting in te schakelen notaris of advocatenkantoor, met daarbij de bepaling dat het te betalen bedrag in elk geval EUR 5.000.000.000

⁴⁴⁹ Met de collectieve schikking inzake Ageas als het meest sprekende voorbeeld. Zie: <https://www.forsettlement.com/>

⁴⁵⁰ Rechtbank Amsterdam 23 september 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:5452 (*Steinhoff homologatie surseance-akkoord*).

⁴⁵¹ Met dien verstande dat in Steinhoff uiteraard ook gebruik is gemaakt van bestaande wettelijke kaders.

is. De Stichting zal het notaris- dan wel advocatenkantoor inschakelen om de claimafwikkeling te helpen begeleiden;

- (ii) een nadere schadevergoeding aan Consumenten te betalen indien tijdens de claimafhandeling blijkt dat de Consumenten meer schade hebben geleden, en te bevelen dat Apple in een dergelijk geval dit nader bedrag ook overmaakt naar de derdengeldenrekening van de door de Stichting ingeschakelde notaris of advocatenkantoor;
- (iii) de diverse kostenveroordelingen (dat wil zeggen: de proceskostenveroordeling, waaronder ook de veroordeling om de Funder te betalen) te betalen aan een door de Stichting aan te wijzen bankrekening, of op de derdengeldenrekening van een door de Stichting aan te wijzen notaris- of advocatenkantoor.

11.6 De Stichting zal een professionele dienstverlener inhuren die gespecialiseerd is in het administratief afhandelen van (schadevergoeding)claims, om haar te ondersteunen bij de uitvoering van de collectieve schadevergoedingsregeling (een zogenoemde *claims administrator*, ofwel claimafhandelaar). Onder toezicht van de Stichting en in samenwerking met het genoemde advocatenkantoor zal de claimafhandelaar zorgdragen voor de feitelijke tenuitvoerlegging van de claimafhandeling.

11.7 Er zijn inmiddels verschillende professionele claimafhandelaars met ruime ervaring actief in Europa.⁴⁵² Het door de Stichting in deze procedure ingeschakelde advocatenkantoor heeft ervaring met afwikkeling van massaclaims, en ook ervaring met het opstellen van overeenkomsten met claimafhandelaars en het onderhandelen met deze partijen over (marktconforme) tarieven.

11.8 De Stichting vordert verder een bevel aan Apple om mee te werken aan de claimafhandeling door de Stichting en haar dienstverleners. Dit bevel moet in elk geval ertoe strekken dat Apple verplicht wordt om:

- (i) via de haar bekende contactgegevens alle EU gebruikers van de Apple App Store op de hoogte te brengen van de collectieve schadevergoedingsregeling, en de Consumenten voor te lichten hoe en waar zij zich kunnen melden;
- (ii) alle contactgegevens van de EU gebruikers van de Apple App Store te delen met de Stichting, en de door de Stichting aangetrokken partijen die zijn betrokken bij de claimafhandeling;
- (iii) alle verdere gegevens te verstrekken aan de Stichting die zij nodig heeft om vast te stellen (i) of een persoon valt binnen de nauw omschreven groep van Consumenten en (ii) wat de omvang van de vergoeding moet zijn van de betrokken persoon.

11.9 Een eerste schatting is zoals gezegd (zie hoofdstuk 10 van deze dagvaarding) dat de claimafhandeling EUR 10.500.000 zal kosten. Apple behoort als aansprakelijke partij deze kosten te betalen, en de Stichting vordert een gebod aan Apple om bij wijze van

⁴⁵² Zo zijn er veel internationale partijen, bijvoorbeeld: Akura en Angeion. Ook in Nederland zijn professionele partijen actief, zoals de Consumentenbond Claimservice.

voorschot het bedrag van EUR 10.500.000 over te maken naar een door de Stichting aan te wijzen derdengeldenrekening van het notaris- dan wel advocatenkantoor dat wordt ingeschakeld om de Stichting bij de collectieve schadeafwikkeling te helpen.

11.10 Verder vordert de Stichting dat deze betalingsverplichting bestaat onder de volgende voorwaarden:

- (i) Indien er *minder* kosten worden gemaakt bij de claimafhandeling dan het betaalde voorschot, dan zal de Stichting het resterende bedrag (laten) terugbetalen aan Apple.
- (ii) Indien de kosten van de claimafhandeling *hoger* worden dan het voorschot, dan dient Apple verplicht te zijn de extra kosten voor de claimafhandeling tevens te betalen.

11.11 Indien er tussen de Stichting en de claimafhandelaar enerzijds en een persoon die betaling verzoekt anderzijds een geschil ontstaat, dan is wenselijk dat daar een geschillenregeling voor bestaat. De Stichting vordert daarom dat de rechtbank bepaalt dat iedere persoon die een uitkering van een schadevergoeding wenst akkoord gaat met geschillenbeslechting op basis van bindend advies.

11.12 Ten slotte is het mogelijk dat Consumenten niet de vergoeding komen innen waar zij recht op hebben. Er is in de WAMCA nog geen regeling wat te doen in een dergelijke situatie, en er zijn verschillende potentiële bestemmingen voor de niet-uitgekeerde vergoedingen. De Stichting meent dat de meest gepaste bestemming in deze zaak is dat dit bedrag wordt gedoneerd aan een goed doel, dat wil zeggen: een organisatie zonder winstoogmerk die zich bezighoudt met consumentenbelangen (in het bijzonder consumentenbelangen die betrekking hebben op een eerlijke marktwerking). De Stichting vordert dat zij het niet-uitgekeerde bedrag – dat wel door de behartigde groep geleden schade is – mag toedelen aan door haar te selecteren, te goeder naam en faam bekendstaande organisaties, na verloop van een redelijke termijn waarin de Consumenten hun vergoeding hebben kunnen claimen. De Stichting meent dat een termijn van 40 maanden na betaling door Apple redelijk is.

12. STICHTING IS ONTVANKELIJK

A. Inleiding

12.1 De Stichting voert deze collectieve actie op grond van artikel 3:305a BW. Zij is ontvankelijk om op grond van de WAMCA deze collectieve actie te voeren, als belangenbehartiger voor de Consumenten. De Stichting voldoet aan alle ontvankelijkheidsvereisten ex artikel 3:305a BW. Hierna wordt verder toegelicht waarom dit het geval is.

B. Temporele werking WAMCA

12.2 De WAMCA is in werking getreden op 1 januari 2020. Aangezien de Stichting haar collectieve actie concreet is gestart op 14 maart 2022, is de WAMCA van toepassing op de rechtsvorderingen die de Stichting instelt.

- 12.3 Dit geldt ook voor de vorderingen van de Stichting die zien op de schadeveroorzakende gebeurtenissen van voor de formele inwerkingtreding van de WAMCA. Dit volgt uit artikel 119a lid 2 Overgangswet BW. Op basis van deze overgangsregeling is de WAMCA ook van toepassing op rechtsvorderingen die gaan over “gebeurtenissen die zowel vóór als na 15 november 2016 plaatsvinden”.⁴⁵³ De onderliggende ratio van deze overgangsregeling is dat het recht moet worden toegepast die hoort bij de laatste gebeurtenis waarop de vordering betrekking heeft.⁴⁵⁴
- 12.4 In deze zaak draait het om het voortdurend onrechtmatig handelen van Apple. Kort gezegd het handelen dat betrekking heeft op misbruik van machtspositie door Apple en de verboden verticale prijsbinding. Dit onrechtmatig handelen duurt vandaag de dag nog steeds voort, en heeft ononderbroken plaatsgevonden sinds ten minste 1 september 2009. Aldus is sprake van een gebeurtenis zowel vóór als na 15 november 2016, in de zin van artikel 119a lid 2 Overgangswet BW.

C. De Nauw Omschreven Groep: Consumenten

- 12.5 De Stichting komt op als collectieve belangenbehartiger voor de Consumenten. Het wordt hier herhaald dat dit de volgende personen betreft: alle consumenten die (i) na 1 september 2009 (ii) applicaties hebben gekocht in de Apple App Store en/of aankopen hebben gedaan met Apple IAP (met uitzondering van Apple applicaties) en (iii) woonachtig zijn in de EU.
- 12.6 De Stichting komt aldus op als belangenbehartiger voor personen die gebruik maken van de Apple App Store of Apple IAP en aankopen hebben gedaan die geen verband houden met handels- bedrijfs-, ambachts- of beroepsactiviteiten, na 1 september 2009, en binnen de EU woonachtig zijn.⁴⁵⁵
- 12.7 De belangen van de Consumenten zijn voldoende gelijksoortig, zoals hierna verder zal worden toegelicht (hoofdstuk 12 sub D). Apple's onrechtmatige gedragingen waren (en zijn) immers EU-wijd en betreffen een schending van het Europese mededingingsrecht. Het onrechtmatig handelen heeft alle Consumenten voldoende gelijksoortig geraakt, en het is in het belang van een efficiënte behandeling van deze gelijksoortige zaken dat de vorderingen worden behandeld in een WAMCA-procedure.
- 12.8 Subsidiair verzoekt de Stichting uw rechtbank om de Nauw Omschreven Groep verder onder te verdelen in twee subgroepen:
- (i) consumenten die (i) na 1 september 2009 (ii) applicaties hebben gekocht in de Apple App Store en/of aankopen hebben gedaan met Apple IAP (m.u.v. Apple applicaties) (iii) woonachtig zijn in Nederland (“**Nederlandse Consumenten**”); en
 - (ii) consumenten die (i) na 1 september 2009 (ii) applicaties hebben gekocht in de Apple App Store en/of aankopen hebben gedaan met Apple IAP (m.u.v.

⁴⁵³ *Kamerstukken II* 2018-2019, 34608, nr. 13, p. 2.

⁴⁵⁴ *GS Vermogensrecht*, 43 Overgangsrecht bij: BW boek 3, artikel 305a.

⁴⁵⁵ Voor de duidelijkheid: de Stichting treedt op voor consumenten die woonachtig zijn in de huidige EU-lidstaten, en dus niet voor consumenten woonachtig in het Verenigd Koninkrijk.

Apple applicaties) (iii) woonachtig zijn in de EU, met uitzondering van Nederland (de “**Europese Consumenten**”).⁴⁵⁶

- 12.9 Het verschil tussen deze twee subgroepen is dat de Nederlandse Consumenten in Nederland woonachtig zijn, terwijl de tweede subgroep personen betreft die in een andere EU-lidstaat dan Nederland woonachtig zijn.
- 12.10 De Stichting verzoekt uw rechtbank om op basis van artikel 1018f lid 5 Rv te bepalen dat voor alle Consumenten – en dus ook voor de Europese Consumenten – een opt out-regeling geldt. Een opt out-regeling biedt in de onderhavige zaak een meer efficiënte en effectieve afwikkeling van de collectieve actie dan een opt in-regeling. De wetgever heeft het bovendien uitdrukkelijk mogelijk gemaakt dat de rechter het opt-out regime ook laat gelden voor gedupeerden buiten Nederland (zoals de Europese Consumenten) in situaties waar voldoende duidelijk is om welke groep buitenlandse gedupeerden het gaat. Deze situatie doet zich voor.⁴⁵⁷ De groep van geraakte consumenten is voldoende duidelijk en niet voor misverstand vatbaar. Het betreft immers simpelweg alle Consumenten die in de Apple App Store of met Apple IAP minimaal één aankoop hebben gedaan in de Relevante Periode. Apple heeft bovendien in haar invloedssfeer precies de gegevens van al deze personen, en het is dus ook mogelijk om deze Consumenten te bereiken, simpelweg door Apple te verplichten mee te werken aan de collectieve schadeafwikkeling (zie ook paragraaf 11 sub B).
- 12.11 De Stichting verzoekt meer subsidiair om de opt-out regeling toe te passen op Nederlandse Consumenten en de opt-in regeling voor Europese Consumenten. Deze subsidiaire vordering zou meebrengen dat de Stichting in deze WAMCA-procedure nog steeds als belangenbehartiger kan optreden voor alle niet-Nederlandse EU consumenten die de actie steunen en die zich aanmelden.⁴⁵⁸
- 12.12 Indien uw rechtbank van oordeel mocht zijn dat de Stichting de Europese Consumenten niet in deze WAMCA-procedure kan vertegenwoordigen, dan verzoekt de Stichting meer subsidiair nog steeds een aanwijzing om als exclusieve belangenbehartiger voor de Nederlandse Consumenten op te mogen komen.
- 12.13 Ten slotte, uiterst subsidiair, komt de Stichting op voor de personen die zich voor de zaak hebben aangesloten bij de Stichting (de “**Aangemelde Deelnemers**”). De Stichting zal op een latere datum op gestructureerde wijze bewijs overleggen van de personen die zich bij de Stichting hebben aangesloten.

D. Gelijksoortigheid

- 12.14 Een representatieve belangenorganisatie zoals de Stichting kan optreden namens een collectieve groep wanneer de belangen van de behartigde groep voldoende gelijksoortig zijn. Dat is het geval in deze zaak.
- 12.15 De vaste rechtspraak van de Hoge Raad is dat het gelijksoortigheidsvereiste is vervuld wanneer de belangen ter bescherming waarvan de vordering strekt zich lenen

⁴⁵⁶ Wederom: de huidige EU-lidstaten, en dus ook niet het Verenigd Koninkrijk.

⁴⁵⁷ *Kamerstukken II* 2017-2018, 34608, nr. 6, p. 24.

⁴⁵⁸ De Stichting zal buiten de WAMCA-procedure blijven optreden voor de andere EU consumenten.

voor bundeling, zodat een efficiënte en effectieve rechtsbescherming ten behoeve van de belangen kan worden bevorderd. Aldus kan immers in een procedure worden geoordeeld over de door de rechtsvordering aan de orde gestelde geschilpunten en vorderingen, zonder dat daarbij de bijzondere omstandigheden aan de zijde van de individuele belanghebbenden behoeven te worden betrokken.⁴⁵⁹

- 12.16 Dergelijke voldoende gelijksoortigheid hoeft tegelijk niet mee te brengen dat de posities, achtergronden en belangen van degenen ten behoeve van wie de collectieve actie wordt ingesteld identiek of zelfs overwegend gelijk zijn. In een collectieve actie past een zekere abstrahering.⁴⁶⁰
- 12.17 De belangen van de Consumenten zijn gelijksoortig aangezien alle personen in de groep getroffen worden door het (gelijksoortig) onrechtmatig handelen door Apple. De door de Stichting aangevoerde schendingen van het (Europese) mededingingsrecht wordt begaan door Apple zonder aanzien des persoons. Apple's onrechtmatige handelen raakt alle Consumenten op dezelfde manier, zij handelt *in abstracto* op dezelfde wijze jegens de totale Nauw Omschreven Groep.
- 12.18 In alle gevallen gaat het immers om een situatie waarin de Consumenten worden geconfronteerd met (i) een inbreuk op hun rechten die voortvloeien uit (onder meer) artikelen 102 en 101 VWEU, en (ii) vorderingen die er telkens op zien een einde te maken aan dat onrechtmatig handelen, en de gemaakte schade te compenseren.
- 12.19 De vorderingen van de Stichting en handelingen zijn tevens voldoende gelijksoortig. Beantwoording van de vraag of Apple zich schuldig heeft gemaakt aan misbruik van haar machtspositie vergt nu eenmaal geen diepgaande beoordeling van individuele omstandigheden van de Consumenten. Nadat is vastgesteld dat sprake is van misbruik van machtspositie, of verboden verticale prijsbinding, geldt dat alle vorderingen van de Consumenten toewijsbaar zijn: de verklaringen van recht, de geboden, en de vordering tot collectieve schadevergoeding.
- 12.20 Voor zover Apple zal gaan betogen dat zij soms haar voorwaarden in de Apple App Store heeft aangepast, en dat daardoor verschillen zijn ontstaan tussen de Consumenten, geldt dat dit onjuist is en dat de Stichting dit reeds nu betwist. Ook bij wijzigende voorwaarden bij tijd en wijle is sprake van voldoende gelijksoortigheid. Ten eerste wijst de Stichting ter betwisting van dit mogelijk verweer op de reeds genoemde vaste rechtspraak van de Hoge Raad, waarin is geoordeeld dat de posities van de behartigde personen niet identiek hoeven te zijn, zij hoeven zelfs niet overwegend gelijk te zijn. De aanpassingen die Apple heeft gemaakt zijn onvoldoende om de gelijksoortigheid te doorbreken.
- 12.21 Ten tweede kan met eventuele verschillen rekening worden gehouden bij de beoordeling van de vorderingen in de hoofdzaak. Zo oordeelde de rechtbank Amsterdam ook in de zogenoemde Facebook-zaak:

“(…) Daaraan doet niet af dat door de tijd heen sprake is geweest van verschillende gebruikersvoorwaarden en verschillende wettelijke

⁴⁵⁹ HR 26 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK5756, (*Plazacasa*), r.o. 4.2.

⁴⁶⁰ Vgl. HR 27 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2162, (*WorldOnline*), r.o. 4.8.

*regelingen. Zo nodig kan daarmee bij de beoordeling in de hoofdzaak immers rekening worden gehouden (...).*⁴⁶¹

- 12.22 Aldus staat vast dat de belangen van de Consumenten voldoende gelijksoortig zijn, en deze ontvankelijkheidsvoorwaarde is vervuld.

E. Statutenvereiste

- 12.23 De Stichting voldoet ook aan het door de wet vastgestelde statutenvereiste, aangezien het in deze zaak te behartigen belang valt binnen de statutaire doelomschrijving van de Stichting. De Stichting citeert haar statutair doel, en benoemt dat het voeren van collectieve acties zoals onderhavige expliciet behoort tot haar statutaire takenpakket (als Productie SCCC - 0009: Akte van oprichting en statuten Stichting, artikel 2 lid 1):

“De stichting heeft ten doel het behartigen van de belangen van Gedupeerden met betrekking tot iedere vorm van benadeling die de Gedupeerden stellen te hebben geleden of te (zullen) lijden als gevolg van elke frauduleuze, misleidende of oneerlijke handelspraktijk die onrechtmatig is volgens de geldende regelgeving, waaronder – maar niet beperkt tot – een of meerdere schending(en) van het (Europese, Nederlandse dan wel buitenlandse) mededingingsrecht of het (Europese, Nederlandse dan wel buitenlandse) consumentenrecht. De stichting heeft tevens tot doel al hetgeen te doen dat met het voorstaande verband houdt of daartoe bevorderlijk kan zijn, alles in de ruimste zin van het woord, waaronder begrepen maar niet beperkt tot:

- a. het behartigen van de belangen van Gedupeerden in verband met een specifieke Claim;*
- b. het behartigen van de (collectieve) belangen van Gedupeerden en het vertegenwoordigen van Gedupeerden in juridische procedures binnen Nederland en in andere jurisdicties, zoals civiele, strafrechtelijke en bestuursrechtelijke procedures, al naar gelang het geval;*
- c. het verkrijgen en verdelen van financiële compensatie voor (een gedeelte van) de schade die de Gedupeerden, waaronder Participanten, stellen te hebben geleden;*
- d. al hetgeen met vorenstaande verband houdt of daartoe bevorderlijk kan zijn, alles in de ruimste zin van het woord;*

- 12.24 De Stichting doet ook feitelijk aan belangenbehartiging binnen het statutair doel ten behoeve van de Consumenten. Zo heeft de Stichting onder meer de volgende activiteiten ondernomen:

⁴⁶¹ Rb Amsterdam 30 juni 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:3307 (*Data Privacy Stichting/Facebook*), r.o. 7.12

- (i) De Stichting heeft uitgebreid onderzoek gedaan naar het handelen van Apple.⁴⁶² In dat kader heeft de Stichting economische en juridische adviseurs ingeschakeld, waaronder Brattle (economisch adviseur) en Scott+Scott (juridisch adviseur). Deze partijen hebben de Stichting geadviseerd, zodat zij haar strategie kon bepalen en deze dagvaarding kon uitbrengen. De Stichting heeft ook onderhandelingen gevoerd met deze deskundigen, om de kosten voor de Stichting zo laag mogelijk te houden en tegelijk de juiste bijstand in te winnen om de belangen van de Consumenten te kunnen waarborgen.
- (ii) De Stichting heeft een website gebouwd om haar acties publiekelijk bekend te maken en de Consumenten op de hoogte te houden van de voortgang van de actie tegen Apple. Via de website heeft de Stichting ook een mogelijkheid gecreëerd voor Consumenten om vragen te stellen aan de Stichting. De Consumenten kunnen zich ook via de website aanmelden als deelnemer. Daarmee spreken zij de steun uit voor deze collectieve actie.
- (iii) De Stichting heeft succesvolle onderhandelingen gevoerd met externe financiers om voldoende financiële middelen te vergaren om deze collectieve actie te kunnen voeren op een zodanige wijze dat de belangen van de Consumenten naar behoren kunnen worden vertegenwoordigd.
- (iv) De Stichting voert een publieke campagne om het onrechtmatig handelen van Apple aan het licht te brengen, en de Europese consument aan te moedigen actie te ondernemen (**Productie SCCC - 0039: Persbericht Stichting d.d. 29 maart 2022**).
- (v) De Stichting heeft een (uitgebreide) brief gestuurd naar Apple, om haar aansprakelijk te stellen en te trachten in goed overleg tot een oplossing te komen voor de Consumenten (**Productie SCCC - 0040: aansprakelijkheidsstelling Stichting d.d. 14 maart 2022**).
- (vi) Ten slotte is van belang dat de Stichting bezig is met de voorbereiding voor een tweede collectieve actie, conform haar statutair doel. Zij heeft in dat kader nader juridisch en economisch advies ingewonnen, en is thans de strategie aan het bepalen. Deze verdere collectieve actie zal naar verwachting worden gestart in 2022. De Stichting is dus geen *ad hoc* organisatie die specifiek is opgericht voor deze collectieve actie tegen Apple. Zij is een permanente belangenvertegenwoordiger voor de Europese consument.

F. Waarborgvereiste

- 12.25 Aan het waarborgvereiste van artikel 3:305a lid 1 BW wordt ook voldaan. Dit vereiste is verder uitgewerkt in artikel 3:305a lid 2 BW, waar staat dat de belangen voldoende zijn gewaarborgd wanneer (i) de belangenorganisatie voldoende representatief is, gelet op de achterban en de omvang van de vertegenwoordigde vorderingen, en (ii)

⁴⁶²

Dat onderzoek was reeds gaande voordat de Stichting formeel was opgericht, en voordat de andere collectieve acties waren ingediend. De Stichting heeft eerst haar onderzoek afgerond, voordat zij publiekelijk de actie is gestart.

voldoet aan een reeks aan eisen die staan omschreven in het artikellid. De Stichting voldoet aan deze twee voorwaarden.

I. Representativiteit

12.26 Of er sprake is van (voldoende) representativiteit in een concrete casus, dient te worden vastgesteld op basis van de omstandigheden van het geval. Deze toetsing moet plaatsvinden op het moment dat de rechtbank de ontvankelijkheid door de Stichting beoordeeld.

12.27 Er is geen vastomlijnde definitie van representativiteit. Zo heeft de wetgever over representativiteit van belangenbehartigers het volgende gezegd:

“De representativiteit van een organisatie kan uit verschillende gegevens worden afgeleid, en het verdient daarbij geen aanbeveling één of meer gegevens doorslaggevend te achten. Een vastomlijnde invulling van dit vereiste is dan ook niet goed te geven, omdat dit tekort zou doen aan andere gegevens die er ook op kunnen wijzen dat een organisatie representatief is. Verschillende gegevens kunnen immers – al dan niet in combinatie met elkaar – van belang zijn. De representativiteit van de organisatie kan bijvoorbeeld afgeleid worden uit de overige werkzaamheden die de organisatie verricht heeft om zich voor de belangen van de benadeelden in te zetten, of uit het aantal benadeelden dat aangesloten is bij of lid van de organisatie, danwel uit de vraag in hoeverre de benadeelden zelf de organisatie als representatief aanvaarden. Ook kan de representativiteit afgeleid worden uit het gegeven dat de organisatie ter zake van de schadeveroorzakende gebeurtenis(sen) niet alleen ten opzichte van de schadeveroorzaker(s), maar bijvoorbeeld ook ten opzichte van de overheid als gesprekspartner is opgetreden. Het optreden als spreekbuis in de media kan ook een belangrijke aanwijzing zijn.”⁴⁶³

12.28 De Stichting voldoet aan de representativiteitseis om een aantal redenen. Ten eerste voert de Stichting een uitgebreide informatiecampagne om de Consumenten te informeren over het bestaan van het onrechtmatig handelen van Apple. Dit doet de Stichting via haar eigen website, en ook via verdere media waaronder social media. De Stichting gaat ook in dialoog met andere belangenvertegenwoordigers en de overheid over misbruik van machtspositie en de concrete Apple casus. De Stichting zal nog nadere producties overleggen om verder te bewijzen dat zij deze activiteiten verricht namens de Consumenten.

12.29 Ten tweede maakt de Stichting het mogelijk voor Consumenten om de actie van de Stichting te steunen. De Stichting zal tussen betekening van de dagvaarding en de representativiteitstoetsing Consumenten voorlichten en een relevante achterban opbouwen in het kader van deze zaak. Met deze achterban zal de Stichting ook in gesprek blijven, en op gezette tijden zal de achterban input kunnen geven op ontwikkelingen die zich voordoen in de procedure (zoals, mocht het daartoe komen, een eventuele mogelijke schikking tussen de Stichting en Apple).

⁴⁶³ Kamerstukken II 2003/04, 29 414, nr. 3.

12.30 Het vereiste van representativiteit staat overigens los van de toets die de rechter daarna moet uitvoeren in het kader van de keuze voor een Exclusieve Belangenbehartiger. De rechter zal de ontvankelijke organisaties moeten vergelijken, en dan bepalen welke belangenorganisatie het meest geschikt is om als Exclusieve Belangenbehartiger op te treden.⁴⁶⁴ De Stichting verzoekt de rechtbank haar te benoemen tot Exclusieve Belangenbehartiger, en wijst wat dit betreft op paragraaf 12 sub I.

II. De voorwaarden ex artikel 3:305a lid 2 sub a – e BW

12.31 Op basis van artikel 3:305a lid 2 sub a tot en met e BW zijn de belangen ten behoeve van wie de rechtsvordering wordt ingesteld voldoende gewaarborgd indien de rechtspersoon voldoet aan de eisen van dit artikellid. Aangezien de Stichting voldoet aan alle eisen, is sprake van voldoende representativiteit.

Bestuur en RvT

12.32 De Stichting heeft een deskundig bestuur dat is uitgerust om de belangen van de Consumenten zorgvuldig en deskundig te behartigen. Het bestuur bestaat uit drie bestuursleden.

- (i) Albert Heikens is de voorzitter van het bestuur ("**Heikens**"). Heikens is een ervaren jurist, bestuurder en toezichthouder. Heikens was 40 jaar lang advocaat, waarvan onder meer 8 jaar lang managing partner van het advocatenkantoor AKD (waar hij thans nog *of counsel* is). Sinds 2014 is Heikens toezichthouder bij verschillende (internationale) ondernemingen. Tussen maart 2014 en december 2020 is Heikens bovendien voorzitter geweest van de raad van toezicht van ROC West Brabant (tegenwoordig: Curio), één van de grotere scholengemeenschappen in Nederland.
- (ii) Karin Koppers is de financieel expert in het bestuur ("**Koppers**"). Zij is medeoprichter en directeur van Integris, een onafhankelijk kantoor op het gebied van integriteitsonderzoek. Koppers is als (forensisch) accountant gespecialiseerd in complexe en gevoelige onderzoeken. Eerder was zij werkzaam in de internationale controlepraktijk bij één van de Big Four kantoren en werkzaam als financial controller bij een multinational. Koppers studeerde economie in Groningen en volgde de postdoctorale opleiding accountancy. Zij is tevens docent aan Nyenrode Business Universiteit.
- (iii) Ariënné Gommers is de secretaris van het bestuur ("**Gommers**"). Zij is mededingingsexpert bij AGLegal. Eerder was zij meer dan twaalf jaar werkzaam voor de Nederlandse mededingingsautoriteit (de ACM), onder meer in een leidinggevende functie als unithoofd. Zij heeft een grondige expertise op het gebied van (Europees) mededingingsrecht. Na als toezichthouder actief te zijn geweest in de publieke handhaving van het mededingingsrecht, helpt zij nu als bestuurder van de Stichting te werken aan private handhaving van het mededingingsrecht. Eerder in haar carrière heeft Gommers gewerkt als advocaat bij Wijn & Stael advocaten, en heeft zij proceservaring opgedaan.

⁴⁶⁴ Kamerstukken II 2016/17, 34 608, nr. 3.

Zij heeft tevens ervaring als toezichthouder en is commissaris in de gezondheidssector.

12.33 De Stichting heeft daarnaast een RvT. Deze bestaat uit drie leden, te weten de volgende.

- (i) Professor Giorgio Monti is voorzitter van de RvT ("**Monti**"). Hij is CERRE Research Fellow en hoogleraar mededingingsrecht aan de Tilburg Law School. Eerder was hij werkzaam in het Verenigd Koninkrijk (Leicester 1993 – 2001 en de London School of Economics 2001 – 2010), voordat hij de Chair werd bij het European University Institute in Florence, Italië (2010 – 2019). Monti is gespecialiseerd in Europees recht, en zijn onderzoek richt zich met name op het mededingingsrecht. Samen met Damian Chalmers en Gareth Davies is hij de coauteur van het standaardwerk European Union Law: Text and Materials (Cambridge University Press, 2019). Hij zit tevens in de redactie van de Common Market Law Review, een van de toonaangevende academische tijdschriften over Europees recht.
- (ii) Inge-Lisa Toxopeus is de financieel expert in de RvT ("**Toxopeus**"). Zij is haar carrière begonnen in 1998 bij PwC, waar zij ruime ervaring heeft opgedaan in het controleren van jaarrekeningen van zowel grote multinationals alsook kleinere organisaties. Als registeraccountant heeft zij zich vervolgens gespecialiseerd in (fraude)onderzoeken en het berekenen van financiële verliezen. Na ook werkzaam te zijn geweest bij het advocatenkantoor NautaDutilh, is zij sinds 2012 partner bij Hermes-Advisory. Zij is gespecialiseerd in het begroten van vermogensschade en het ondersteunen van partijen in juridische geschillen. Toxopeus is docent aan de Erasmus School of Accounting & Assurance. Zij is als specialist vermogensschadeonderzoek ingeschreven in het Nationaal Register Gerechtig Deskundigen.
- (iii) Hans de Savornin Lohman is procesadvocaat bij het kantoor VerbeekdeCaluwé, en raadheer-plaatsvervanger bij het gerechtshof Den Haag ("**Savornin Lohman**"). Eerder was hij lange tijd werkzaam bij het advocatenkantoor Loyens & Loeff. Savornin Lohman heeft ruime ervaring als toezichthouder. Zo is hij onder meer lid van de raad van toezicht van de Stichting Car Claim, een stichting die zich inzet voor consumenten die zijn gedupeerd in de context van het zogenoemde dieselschandaal.⁴⁶⁵

12.34 Uit het voorgaande blijkt dat de RvT bestaat uit personen met relevante juridische en financiële deskundigheid, zodat de belangen van de Consumenten worden gewaarborgd. Gegeven het bestaan van de RvT is er ook intern toezicht op het bestuur en wordt voldaan aan artikel 3:305a lid 2 sub a BW.

Mechanismen voor deelname aan of vertegenwoordiging bij de besluitvorming

12.35 In artikel 3:305a lid 2 sub b BW wordt gesteld dat er doeltreffende en passende mechanismen moeten zijn voor de deelname of vertegenwoordiging bij de

⁴⁶⁵ <https://stichtingcarclaim.com/node/17>

besluitvorming van de personen voor wie de rechtsvordering is ingesteld. Belangenorganisaties mogen zelf bepalen op welke manier zij hieraan invulling geven, en wanneer een belangenorganisatie is ingericht conform de Claimcode kan worden aangenomen dat voldaan wordt aan dit vereiste.

- 12.36 De Stichting is ingericht conform de Claimcode, en zal ook bijvoorbeeld een zogenoemde raadpleging organiseren in het geval dat een schikking met Apple wordt overwogen. De manier waarop deze raadpleging wordt georganiseerd zal afhangen van de aard en inhoud van de schikking. Het mechanisme zal zo worden ontworpen dat de Consumenten op de meest geschikte wijze worden betrokken bij de besluitvorming. Aldus voldoet de Stichting ook aan de voorwaarde in artikel 3:305a lid 2 sub b BW.

Financiële middelen en zeggenschap

- 12.37 Op basis van artikel 3:305a lid 2 sub c BW kan de rechter ook toetsen of de rechtspersoon die een collectieve vordering instelt voldoende middelen heeft om de procedure te kunnen voeren (en kan toetsen of de zeggenschap bij de rechtspersoon berust). De Stichting voldoet ook aan de eis van dit (sub)artikelid.
- 12.38 De Stichting is namelijk een overeenkomst aangegaan met de Funder (“**Financieringsovereenkomst**”). Op basis van de Financieringsovereenkomst heeft de Stichting ruimschoots voldoende middelen voorhanden om deze procedure tegen Apple te voeren. De Financieringsovereenkomst bevat onder meer de afspraak dat de proces- en schikkingsstrategie volledig berust bij de Stichting, en een verplichting aan de Funder om financiering te verstrekken totdat een einduitspraak in eerste aanleg is gedaan. De Stichting zal bij de bespreking van de Claimcode de externe financiering nader toelichten (zie de bespreking van Principe III, hoofdstuk 12 sub G).
- 12.39 De Financieringsovereenkomst behoeft niet aan de wederpartij ter inzage te worden gegeven, en het is ook onwenselijk dat Apple de betreffende overeenkomst in handen krijgt. Inzage in de Financieringsovereenkomst zal een ongelijk speelveld tussen procederende partijen creëren en Apple een (oneigenlijk) strategisch voordeel geven in deze procedure en tijdens schikkingsonderhandelingen.⁴⁶⁶ Om deze reden wordt de Financieringsovereenkomst op dit moment niet als productie ingebracht. De Stichting biedt tegelijkertijd aan de overeenkomst ter inzage aan te bieden aan de rechtbank, met daarbij het verzoek niet te verplichten de overeenkomst tevens aan Apple te hoeven verstrekken.

De Stichting heeft een algemeen toegankelijke website met informatie.

- 12.40 De Stichting voldoet tevens aan de eis van artikel 3:305a lid 2 sub d BW, waar staat voorgeschreven dat de Stichting moet beschikken over een algemeen toegankelijke internetpagina met daarop de informatie genoemd in randnummers 1 tot en met 9 van de wet. Kortom, op deze website kan men vinden: (i) de statuten, (ii) bestuursstructuur van de Stichting, (iii) de laatst vastgestelde jaarlijkse verantwoording op hoofdlijnen van het toezichthoudend orgaan over het door haar uitgeoefende toezicht, (iv) het

⁴⁶⁶ De wetgever heeft ook vastgesteld dat het onnodig is dat de wederpartij inzage krijgt. Zie *Kamerstukken II 2016/17 34608*, nr. 3, p. 23 en nr. 6, p. 11-12.

laatste vastgestelde bestuursverslag, (v) de bezoldiging van bestuurders en leden van het toezichthoudend orgaan, (vi) de doelstellingen en werkwijzen van de rechtspersoon, (vii) een overzicht van de stand van zaken in de lopende procedure, (viii) en indien een bijdrage wordt gevraagd van personen tot bescherming van wier belangen de rechtsvordering strekt: inzage in de berekening van die bijdrage, (ix) een overzicht van de wijze waarop personen tot bescherming van wier belangen de rechtsvordering strekt zich kunnen aansluiten bij de rechtspersoon en de wijze waarop zij deze aansluiting kunnen beëindigen.⁴⁶⁷

Voldoende ervaring en deskundigheid

- 12.41 Ten slotte heeft de Stichting voldoende ervaring en deskundigheid om de vordering namens de Consumenten te voeren (artikel 3:305a lid 2 sub e BW).
- 12.42 Welke deskundigheid vereist is, dat hangt natuurlijk mede af van de aard van de collectieve actie en de vorderingen die worden ingesteld. De kern van deze collectieve actie ziet op de vraag of Apple *de jure* aansprakelijk is jegens de Consumenten, vanwege een schending van het mededingingsrecht, en op een grensoverschrijdende schadevergoedingsregeling. De Stichting beschikt over relevante en voldoende deskundigheid voor deze collectieve actie.
- 12.43 Ten eerste is er ruimschoots juridische deskundigheid. Zo heeft het bestuur twee ervaren juridische deskundigen. Heikens heeft decennialange ervaring als advocaat, en Gommers is naast advocaat ook circa 12 jaar lang werkzaam geweest bij de ACM als publieke toezichthouder. Gommers heeft diepgaande kennis van het Europese mededingingsrecht uit hoofde van haar tijd bij de ACM en haar huidige praktijk. Beiden hebben bovendien aanzienlijke ervaring op het gebied van governance, zowel in de hoedanigheid van toezichthouder en als adviseur van bestuurders. In de RvT zit Savorin Lohman, die decennialange ervaring heeft als procesadvocaat in complexe procedures en ook raadsheer-plaatsvervanger is bij een gerechtshof. Daarnaast is professor Monti een van de toonaangevende experts op het gebied van Europees- en mededingingsrecht, zodat ook in de RvT meer dan voldoende relevante expertise aanwezig is om toezicht te houden op het bestuur, en dus de behoorlijke belangenbehartiging van de Consumenten nog verder te versterken.
- 12.44 Ten tweede gaat deze zaak ook over een aanzienlijke schadevergoedingsvordering. Zodoende is ook financiële expertise van belang. Ook op dit gebied is ruime ervaring binnen de Stichting. In het bestuur zit Koppers, die als forensisch accountant is gespecialiseerd in het kritisch beschouwen van financiële gegevens. In de RvT zit bovendien Toxopeus, die gespecialiseerd is in het berekenen van vermogensschade, en dus ook precies relevante expertise heeft voor de voorliggende zaak.
- 12.45 Ten derde heeft de Stichting voldoende financiële middelen om experts in te schakelen wanneer dat in het belang is van de Consumenten en een goed verloop van deze procedure. In dat kader heeft de Stichting reeds Brattle ingeschakeld, een toonaangevende economisch expert, om onderzoek te doen naar de Apple App Store,

⁴⁶⁷

Daarbij merkt de Stichting op dat de documenten sub (iii) en (iv) nog niet op de website staan omdat dergelijke documenten pas later voor het eerst dienen te worden geproduceerd. Deze zullen dan uiteraard wel op de website ter beschikking worden gesteld.

en de effecten van het gedrag van Apple op de Consumenten. Daarnaast heeft de Stichting Scott+Scott ingeschakeld als procesadvocaat voor deze collectieve actie, aangezien het kantoor ruime ervaring heeft in het optreden in grensoverschrijdende collectieve acties, en het uitonderhandelen en uitvoeren van collectieve schadevergoedingsregelingen. De Stichting heeft ook contact met diverse andere experts die later in de procedure expertiserapporten kunnen inbrengen, zodra het inhoudelijk debat van start gaat.

G. De Stichting voldoet aan de eisen van de Claimcode

- 12.46 De Stichting onderschrijft de Claimcode en hecht grote waarde aan het bestaan van deze *best practices* voor collectieve belangenbehartigers zoals de Stichting. Zij heeft een compliance statement opgesteld waarin zij verantwoording aflegt over de wijze waarop zij de Claimcode toepast. Kort samengevat volgt de Stichting alle *best practices* van de Claimcode.

I. Principe I: naleving en handhaving code

- 12.47 Het eerste Principe van de Claimcode ziet op naleving van de Claimcode. De Stichting volgt de Claimcode en wijkt er niet vanaf.
- 12.48 Artikel 6 lid 4 van de statuten van de Stichting schrijft voor dat het bestuur de hoofdlijnen van de governance elk jaar uiteenzet op een voor het publiek toegankelijk deel van de website van de Stichting.
- 12.49 De Stichting doet dit via haar website www.consumercompetitionclaims.com. De governance staat op de website zelf en volgt ook uit de statuten die op de website staan. Bovendien wordt het publiek voorgelicht over de governance via de Claimcode Compliance Statement. Daarin staat ook hoe de Stichting de in de Claimcode opgenomen bepalingen opvolgt. Voor zover de Stichting de Claimcode niet opvolgt, geeft het bestuur een toelichting waarom en in hoeverre zij afwijkt. Eventuele afwijkingen zullen ook eerst aan de RvT van de Stichting worden voorgelegd.

II. Principe II: belangenbehartiging zonder winstoogmerk

- 12.50 De Stichting volgt Principe II tevens volledig.
- 12.51 Uit de statutaire doelstelling, de feitelijke werkzaamheden en de governance van Stichting blijkt dat de Stichting handelt in het collectieve belang van de personen ten behoeve van wie zij krachtens haar statutaire doelstelling optreedt. Zij is dus een belangenbehartiger in de zin van Principe II.
- 12.52 De Stichting heeft verder geen enkel winstoogmerk. Zij vordert in deze zaak geen vergoeding voor zichzelf, anders dan een vergoeding van de kosten die zij moet maken om deze zaak te kunnen voeren. Verder dan dit heeft de Stichting geen enkel eigen financieel belang bij een specifieke uitkomst van de zaak. Daardoor is de Stichting in staat om zuiver de strategie te bepalen, zonder dat de besluitvorming kan vertroebelen door gelijktijdige financiële belangen.
- 12.53 Ook de bestuurders en aan de Stichting rechtstreeks of middellijk verbonden (rechts)personen hebben geen winstoogmerk bij de uitoefening van hun activiteiten. Artikel 4 lid 3 van de statuten schrijft verder voor dat noch een natuurlijk persoon,

noch een rechtspersoon over enig deel van het vermogen en inkomsten van de Stichting kan beschikken als ware het zijn of haar eigen vermogen en inkomsten. De Stichting heeft in artikel 7 lid 1 van de statuten een tweehandtekeningenstelsel opgenomen, zoals ook wordt voorgesteld als *best practice* in Principe II.1 van de Claimcode.

- 12.54 Artikel 17 lid 3 van de statuten schrijft voor dat een eventueel overschot bij ontbinding van de Stichting bestemd is voor een doel dat van de Stichting zo dicht mogelijk dient te benaderen en zal worden uitgekeerd aan de Participanten (conform Principe II.3 van de Claimcode).

III. Principe III: externe financiering

- 12.55 De Stichting volgt Principe III van de Claimcode.
- 12.56 De Claimcode en WAMCA staan toe dat artikel 3:305a-stichtingen zoals de Stichting externe financiering aantrekken ten behoeve van hun werkzaamheden. De Stichting heeft dergelijke financiering aangetrokken, omdat op die manier ervoor kon worden gezorgd dat de Consumenten niet zelf deze collectieve actie hoeven voorfinancieren, en zij ook geen proceskostenrisico dragen.
- 12.57 Door gebruik te maken van de mogelijkheid van externe financiering heeft de Stichting gezorgd voor een meer “*level playing field*” tussen de Consumenten enerzijds en Apple anderzijds. Apple beschikt over een zeer groot vermogen en het is een feit van algemene bekendheid dat Apple bereid is om aanzienlijke bedragen te steken in haar verweer. Onder deze omstandigheden is het nodig dat de Stichting zich ook verzekert van voldoende middelen om de procedure te kunnen voeren, en deskundige bijstand in te schakelen, waaronder economische experts. Door middel van externe financiering heeft de Stichting veiliggesteld dat zij de belangen van de Consumenten naar behoren kan behartigen. Het is redelijk dat de Funder in ruil voor de ter beschikking gestelde middelen een vergoeding ontvangt.
- 12.58 De Stichting volgt ook de verdere uitwerking van de acht artikelen van Principe III:
- (i) Het bestuur heeft onderzoek gedaan naar de kapitalisatie, trackrecord en de reputatie van de Funder. Het bestuur en de Funder hebben onderhandelingen gevoerd over de verschillende voorwaarden van de Financieringsovereenkomst, voordat deze tot stand kwam.
 - (ii) De Financieringsovereenkomst is schriftelijk vastgelegd en op de overeenkomst is Nederlands recht van toepassing. Er is ook een forumkeuze voor een in Nederland gevestigd arbitrage instituut (het NAI). De overeenkomst bevat ook een woonplaatskeuze van de Funder in Nederland.
 - (iii) In de Financieringsovereenkomst is vastgelegd dat de zeggenschap over de proces- en schikkingstrategie uitsluitend bij de Stichting berust.
 - (iv) De Stichting heeft in de opdrachtbrief vastgelegd dat de dienstverleners, waaronder Scott+Scott, uitsluitend optreden voor en ten behoeve van de Stichting en geen opdrachten aannemen van de Funder (en de aan deze rechtstreeks of middellijk verbonden (rechts)personen).

- (v) De Financieringsovereenkomst voorziet in een regeling die de vertrouwelijkheid van de aan de Stichting toekomende informatie waarborgt en afbakt tot welke informatie de Funder vertrouwelijk toegang heeft.
- (vi) De Financieringsovereenkomst voorziet in een regeling die waarborgt dat de Funder de overeenkomst, behoudens bijzondere omstandigheden, niet kan opzeggen voordat een einduitspraak in eerste aanleg is verkregen en voor het overige is ook een zodanige opzegtermijn van toepassing dat de Stichting een redelijke mogelijkheid heeft om alternatieve financiering aan te trekken.
- (vii) De Stichting heeft op een voor het publiek toegankelijke deel van de website weergegeven (i) dat sprake is van externe financiering (ii) de identiteit en woonplaats van de externe financier en (iii) de systematiek op hoofdlijnen van de met de Funder overeengekomen vergoeding(en) en diensten. Deze informatie is onder meer te vinden in de FAQ (de *Frequently Asked Questions*) en de Claimcode Compliance Statement. Bovendien wordt de informatie ook verstrekt in de deelnemersovereenkomst wanneer personen zich via de website van de Stichting aanmelden als deelnemer om de actie te steunen ("**Deelnemersovereenkomst**"). Op de FAQ van de website www.consumercompetitionclaims.com staat onder meer:

"Hereford Litigation Finance 4 Limited gevestigd te Guernsey financiert de collectieve actie tegen Apple. Hereford Litigation is een procesfinancier met haar hoofdkantoor in Londen en is ervaren in het financieren van groeps- en collectieve acties over de hele wereld. De financier is bereid gevonden om de noodzakelijke gelden te verstrekken voor de Apple collectieve actie zonder enige financiële bijdrage van of risico voor de individuele deelnemers. Dit betekent dat de financier de benodigde gelden verstrekt op basis van no win, no fee en dat de financier alleen iets krijgt als de actie succesvol is."

- 12.59 Het verdient ten slotte vermelding dat de Stichting thans onderhandelingen voert met een andere financier over een tweede collectieve actie die in voorbereiding is. Dit vermogen van de Stichting om met verschillende partijen onderhandelingen te voeren, illustreert verder de onafhankelijkheid van de Stichting ten opzichte van de financier in de onderhavige actie.

IV. Principe IV: onafhankelijkheid

- 12.60 De Stichting houdt zich tevens aan Principe IV van de Claimcode.
- 12.61 Het bestuur van de Stichting is zo samengesteld dat zij ten opzichte van elkaar, de RvT, de Funder en de Consumenten onafhankelijk en kritisch kunnen opereren. Deze onafhankelijkheid wordt ook expliciet vereist door artikel 5 lid 2 statuten. Er zijn geen nauwe familie- of vergelijkbare relaties tussen bestuursleden en raad van toezichtleden (noch binnen de organen, noch tussen deze organen). De Stichting sluit verder geen overeenkomsten met natuurlijke of rechtspersonen waaraan een van de leden van het bestuur of raad van toezicht verbonden is.

- 12.62 Bovendien hebben de bestuursleden en RvT-leden zoals gezegd geen economisch belang bij een eventuele uitkomst van deze procedure, wat hun onafhankelijkheid verder versterkt, en hen in staat stelt objectief te beoordelen welke (proces)strategie het best te hanteren.
- 12.63 De verschillende bestuursleden zijn elk werkzaam in andere sectoren en hebben geen samenwerkingsverbanden in hun normale dagelijkse werkzaamheden. Hetzelfde geldt voor de leden van de RvT.

V. Principe V: samenstelling, taak en werkwijze bestuur

- 12.64 De Stichting volgt Principe V van de Claimcode. De raad van bestuur van de Stichting is evenwichtig samengesteld. Het bestaat zoals gezegd uit Heikens, Koppers en Gommers, en heeft de benodigde juridische en financiële expertise om haar taak te vervullen als exclusieve belangenbehartiger van de Consumenten. De Stichting verwijst voor een verdere toelichting op de expertise aanwezig in het bestuur graag naar hetgeen dat is uiteengezet is in hoofdstuk 12 sub D. Hetgeen daar is vastgesteld geldt als hier herhaald.
- 12.65 Het bestuur legt over het gevoerde beleid verder ten minste één keer per jaar verantwoording af aan de RvT (artikel 14 lid 1 statuten). Aan de RvT legt het bestuur verder de balans, de staat van baten en lasten en de begroting ter goedkeuring voor (artikel 15 lid 2 en 7 statuten). Tot slot moet het bestuur mogelijk ingrijpende besluiten voorleggen aan de RvT (artikel 8 lid 10 statuten). Daarnaast kan de RvT bij besluit vaststellen dat andere besluiten die hij ingrijpend acht, eveneens ter goedkeuring aan hem worden voorgelegd (artikel 8 lid 11 statuten).
- 12.66 In de praktijk komt het bestuur regelmatig bijeen (al dan niet via videoconference). Tevens organiseert het bestuur regelmatig overleg met de RvT dan minimaal voorgeschreven door de Claimcode.
- 12.67 In overeenstemming met de Claimcode houdt het bestuur tot slot een website bij, de eerder genoemde www.consumercompetitionclaims.com website. Hierop plaatst zij alle voor de Consumenten van belang zijnde informatie, waaronder de informatie die in Claimcode V.8 wordt genoemd.

VI. Principe VI: vergoedingen bestuur

- 12.68 De Stichting volgt Principe VI van de Claimcode. De bestuursleden van de Stichting ontvangen een beloning die in redelijke verhouding staat tot de aard en intensiteit van hun werkzaamheden. Behoudens deze vergoeding, ontvangt het bestuur geen andere beloning voor hun werkzaamheden. De bezoldiging van het bestuur is door de RvT goedgekeurd. De vergoedingen van de bestuursleden zullen eveneens met toelichting worden opgenomen in de jaarstukken van de Stichting. De hoofdlijnen van het beloningsbeleid zijn via dit document tevens gepubliceerd op de website van de Stichting.

VII. Principe VII: RvT

- 12.69 De Stichting volgt ten slotte tevens Principe VII van de Claimcode.

- 12.70 De Stichting heeft een RvT ingesteld, en deze komt ten minste eenmaal per jaar bijeen. De RvT en het bestuur komen daarnaast minimaal eenmaal per jaar bijeen in een gemeenschappelijke vergadering ter bespreking van de algemene lijnen van de strategie en het gevoerde en in de toekomst te voeren beleid. De leden van de RvT ontvangen een door de gezamenlijke vergadering goedgekeurde onkostenvergoeding.
- 12.71 De RvT bestaat uit Monti, Savornin Lohman en Toxopeus. Gezien deze samenstelling heeft de RvT de benodigde juridische en financiële expertise om haar taak te vervullen. Voor een meer uitgebreide toelichting op de expertise van de RvT leden wijst de Stichting op hoofdstuk 12 sub D, dat hier wordt ingelast en herhaald.
- 12.72 De RvT heeft de goedkeurings- en informatierechten zoals omschreven in Principe VII en zal ook jaarlijks een document opstellen waarin op hoofdlijnen verantwoording wordt afgelegd over het uitgevoerde toezicht.
- 12.73 De RvT-leden kunnen ten aanzien van de door de Stichting behartigde belangen onafhankelijk en kritisch optreden. Geen van de leden van de RvT zijn door de Funder benoemd. Alle RvT leden hebben bestuurlijke dan wel toezichthoudende ervaring.
- 12.74 De RvT geeft het bestuur gevraagd en ongevraagd advies en richt zich bij de vervulling van de taak op de in de statutaire doelstelling van de Stichting omschreven belangen.

H. Aanvullende ontvankelijkheidsvereisten

- 12.75 Artikel 3:305a lid 3 BW bevat nog enkele aanvullende ontvankelijkheidsvereisten. Ook deze worden door de Stichting vervuld.

I. Geen winstoogmerk

- 12.76 De bestuurders hebben geen rechtstreeks of middellijk winstoogmerk dat via de rechtspersoon wordt gerealiseerd.⁴⁶⁸ De bestuurders en de RvT leden zetten zich met hun kunde en kennis in voor de Stichting omdat zij het statutair doel van de Stichting willen verwezenlijken. Zij kiezen er elk voor hun tijd op te offeren aan de Stichting, terwijl zij hun deskundigheid ook op een andere manier meer monetair hadden kunnen verwezenlijken.
- 12.77 Van belang is verder dat ook de Stichting ook geen winstoogmerk heeft. De Stichting vordert in deze procedure ook geen vergoeding voor zichzelf anders dan een vergoeding van de door haar gemaakte en nog te maken kosten.

II. Overleg met Apple

- 12.78 De Stichting heeft Apple aangeschreven per brief op 14 maart 2022 (Productie SCCC - 0040: aansprakelijkheidsstelling Stichting d.d. 14 maart 2022). In deze brief is Apple aansprakelijk gesteld voor haar onrechtmatig handelen en is zij uitgenodigd tot een minnelijk overleg. Apple heeft niet inhoudelijk gereageerd op de brief.

⁴⁶⁸ Artikel 3:305a lid 3 sub a BW.

- 12.79 In een reactie van 18 maart 2022 (**Productie SCCC - 0041: reactie Apple op aansprakelijkheidsstelling door Stichting d.d. 18 maart 2022**) heeft Apple geweigerd te overleggen met de Stichting. In plaats daarvan heeft Apple slechts gesteld dat zij niet bekend is met de Stichting en dat de Stichting te laat zou zijn met haar vordering. Apple schrijft verder niet te wensen te reageren op de brief van de Stichting. Met deze reactie was evident dat er onvoldoende uitzicht was op een minnelijke regeling.
- 12.80 Omdat er onvoldoende uitzicht was op een minnelijke regeling, kon de Stichting niet anders dan overgaan tot het nemen van juridische maatregelen, en het betekenen van deze dagvaarding. In elk geval heeft de Stichting voldaan aan het vereiste van voorafgaand overleg ex artikel 3:305a lid 3 sub c BW.

III. Nauwe band met de Nederlandse rechtssfeer

- 12.81 De Stichting voert thans ook een procedure die een voldoende nauwe band heeft met de Nederlands rechtssfeer. Aan de zogenoemde scope rule wordt voldaan (artikel 3:305a lid 3 BW).
- 12.82 Ten eerste doet de situatie als in artikel 3:305a lid 3 sub b onder 2 BW zich voor. De rechtsvordering richt zich mede tegen gedaagden met een woonplaats in Nederland, en er zijn voldoende bijkomende omstandigheden voor verbondenheid met de Nederlandse rechtssfeer. Drie van de gedaagden (Apple Holding, Apple Benelux en Apple Retail Nederlands) hebben hun woonplaats in Nederland.⁴⁶⁹ Elk van deze gedaagden is om de redenen genoemd in de dagvaarding hoofdelijk aansprakelijk. Er is verder een nauwe band tussen de vorderingen tegen deze Gedaagden en de overige Gedaagden, zodat op basis van artikel 8 lid 1 Herschikte Brussel I-verordening (Apple Distributions en Apple Operations) en artikel 7 Rv (Apple Inc) een zo nauwe band bestaat dat een goede rechtsbedeling vraagt om gelijktijdige behandeling en berechting. De voldoende nauwe band is gegeven, door de ankergedaagden in Nederland.⁴⁷⁰ Een andersluidende uitleg van het sub-artikellid zou in strijd zijn met Europees recht.
- 12.83 Ten tweede doet ook de situatie als in artikel 3:305a lid 3 sub b onder 3 BW zich voor. De gebeurtenissen waarop de rechtsvorderingen zien hebben mede in Nederland plaatsgevonden, en vinden ook nog steeds in Nederland plaats. Anders gezegd, in Nederland is zowel het *Handlungsort* alsook het *Erfolgsort* te vinden (zie ook deze dagvaarding, hoofdstuk 13).
- 12.84 Ten overvloedige benoemt de Stichting dat, voor wat betreft de Nederlandse Consumenten, de in de *scope rule* genoemde nauwe band in elk geval bestaat op grond van artikel 3:305a lid sub b onder 1 en 3. Voor deze subgroep geldt immers dat (i) het (overgrote) merendeel van de personen in deze subgroep hun gewone verblijfplaats in Nederland hebben, dat en (ii) dat de gebeurtenissen waarop de vorderingen betrekking hebben in Nederland hebben plaatsgevonden (het machtsmisbruik ten aanzien van deze subgroep was in Nederland).

⁴⁶⁹ Alle drie zijn statutair gevestigd in Amsterdam.

⁴⁷⁰ Sinninghe Damsté en Thuijs, *Collectief schadeverhaal* (O&R nr. 105) 2018/9.4.3.

I. Verzoek om aanwijzing Stichting tot exclusieve belangenbehartiger

- 12.85 De Stichting verzoekt de rechtbank om haar tot exclusieve belangenbehartiger te benoemen in de onderhavige zaak, op grond van artikel 1018e lid 1 Rv. De Stichting is de juiste exclusieve belangenbehartiger voor de groep, want zij is het beste geplaatst om de belangen van de Consumenten te behartigen.
- 12.86 De Stichting voldoet aan alle ontvankelijkheidsvereisten onder de WAMCA en ook aan de (niet-bindende) *best practice*-bepalingen van de Claimcode. Verder geldt dat de Stichting via haar onderhandelingen met een funder ervoor heeft gezorgd dat zij voldoende financiële middelen heeft om het juridisch debat met Apple volwaardig te voeren. Binnen het bestuur en de RvT is ook zorggedragen voor een goede mix van onder meer financiële en juridische deskundigheid. Bovendien heeft de Stichting en hebben de betrokken bestuurders en toezichthouders geen enkel persoonlijk financieel belang bij de uitkomst van de zaak. De Stichting wijst graag op al hetgeen zij over de Stichting heeft uiteengezet in dit hoofdstuk 12, ter verdere toelichting waarom zij geschikt is als exclusieve belangenbehartiger.
- 12.87 Het is de Stichting bekend dat in elk geval één andere partij pretendeert een belangenbehartiger te zijn in een zaak die mogelijk betrekking heeft op (voldoende) dezelfde gebeurtenissen en voor een deel van de groep wiens belangen de Stichting behartigt; de Stichting Right to Consumer Justice (“**RCJ**”). De potentiële overlap tussen de beweerdelijk door RCJ behartigde groep en ingestelde vorderingen en de Consumenten wiens belangen de Stichting behartigt via deze dagvaarding betreft (uitsluitend) de Nederlandse Consumenten. De Stichting stelt dat zij beter geplaatst is dan RCJ om exclusieve belangenbehartiger te zijn voor de (Nederlandse) Consumenten om verschillende redenen.
- 12.88 Ten eerste wil RCJ in de zaak tegen Apple tegelijk de belangen van app ontwikkelaars en consumenten behartigen. Dit is echter niet mogelijk, althans niet op een goede manier, want er is een ernstig belangenconflict tussen de app ontwikkelaars en de Consumenten. De schade die voortvloeit uit het onrechtmatig handelen van Apple komt immers uiteindelijk terecht bij de Consumenten in plaats van de app ontwikkelaars, en de vraag waar de schade terecht komt is een onderdeel van de WAMCA-procedure. RCJ kan niet volwaardig en voldoende de belangen van de consumenten behartigen zonder haar taak ten aanzien van de app ontwerpers te verzaken (of andersom). Het feit dat RCJ dit belangenconflict niet onder ogen heeft gezien, of niet heeft willen zien, diskwalificeert haar als een geschikte belangenbehartiger voor Nederlandse Consumenten.
- 12.89 Ten tweede is de Stichting een onafhankelijke belangenbehartiger zonder financieel belang bij deze zaak, terwijl RCJ niet onafhankelijk is en wel een (indirect) financieel belang heeft bij deze procedure. Er is een diepe verwevenheid tussen RCJ en de uiteindelijke, achterliggende funder (dat is: het advocatenkantoor Hagens Berman Sobol Shapiro LLP en haar satellietkantoor Hagens Berman UK). RCJ is afhankelijk en onder controle van de funder. Een dergelijke verwevenheid en afhankelijkheid is

onwenselijk, omdat de financiële belangen van de financier oneigenlijk invloed (kunnen) hebben op de proces- dan wel schikkingsstrategie van RCJ.⁴⁷¹

- 12.90 Uit de dagvaarding blijkt reeds dat RCJ niet vrij is om zonder inmenging van de funder de proces- en schikkingsstrategie te bepalen.⁴⁷² Ook los van de financieringsovereenkomst is sprake van een grote feitelijke invloed van de funder op RCJ. Zo is Steve W. Berman, de oprichter van het advocatenkantoor dat de funder is van RCJ, commissaris bij van RCJ. Hij heeft blijkens de dagvaarding van RCJ een persoonlijk financieel belang bij de WAMCA-procedure die RCJ is gestart.⁴⁷³ Berman is niet alleen advocaat bij Berman Sobol Shapiro LLP, hij is ook een van twee de statutair bestuurders van de funder van RCJ. De andere bestuurder van de funder is Michael Gallagher. Laatstgenoemde is tegelijk de “algemeen directeur” van RCJ, en de persoon die zich bezighoudt met de “dagelijkse gang van zaken” van RCJ.⁴⁷⁴ In het dagelijks leven is Gallagher tevens partner bij het kantoor Hagens Berman Sobol Shapiro LLP. Kortom: zowel via de overeenkomst alsook feitelijk – via de Supervisory Board en via de algemeen directeur – heeft de funder een ferme grip op de strategie van RCJ. Het e.e.a. is in strijd met de WAMCA en Claimcode.⁴⁷⁵
- 12.91 Ten derde voldoet RCJ ook op andere manieren niet aan de ontvankelijkheidsvereisten van de WAMCA (en de best practices van de Claimcode). Zonder uitputtend te willen zijn, benoemt de Stichting als illustratie dat RCJ geen bestuur en RvT heeft met voldoende deskundigheid om de belangen van de Nederlandse Consumenten te behartigen. RCJ erkende dit euvel in haar dagvaarding van 4 oktober 2021, waarin zij aankondigde dat er meer bestuurders zouden worden gezocht.⁴⁷⁶ Op het moment dat de tekst van deze dagvaarding wordt afgerond is bijna 6 maanden verstreken, maar RCJ heeft nog steeds geen bestuur of raad van toezicht met voldoende, relevante juridische en financiële expertise om de belangen van de Nederlandse Consumenten te behartigen.⁴⁷⁷
- 12.92 Het is mogelijk dat ook verdere stichtingen collectieve acties starten tegen Apple. Zo is er de Stichting app stores claims. Deze partij heeft in elk geval publiekelijk de indruk gewekt voornemens te zijn een WAMCA-actie te starten tegen Apple.⁴⁷⁸ Indien zij daartoe overgaat, dan is de overtuiging van de Stichting dat zij nog immer beter geplaatst is om aangewezen te worden als exclusieve belangenbehartiger om de

⁴⁷¹ Het feit dat de funder van RCJ de naam Right to Consumer Justice B.V. heeft is veelzeggend. De innige verwevenheid van de stichting met de funder wordt fraai geïllustreerd door het feit dat funder en stichting dezelfde naam hebben. Het heeft er alle schijn van dat de stichting is opgezet door de funder, en een vehikel is van de betreffende funder.

⁴⁷² Dagvaarding RCJ, randnummer 12.59: er is “een regeling overeengekomen met betrekking tot haar zeggenschap over de processtrategie, de vertrouwelijkheid en de beëindiging van de overeenkomst”, waarbij de term “haar” terugslaat op de funder. Kennelijk heeft de funder dus in elk geval een zekere zeggenschap over de strategie. Dat is niet het geval bij de Stichting.

⁴⁷³ Dagvaarding RCJ, randnummer 12.92.

⁴⁷⁴ Dagvaarding RCJ, randnummer 12.65

⁴⁷⁵ Artikel 3:305a lid 2 sub c BW en (onder meer) Principe III van de Claimcode 2019.

⁴⁷⁶ Dagvaarding RCJ, randnummer 12.67 en 12.84.

⁴⁷⁷ De website bevat overigens onjuiste informatie. De website stelt althans dat Steve W Berman en Sergai Purewel lid zijn van de Supervisory Board, terwijl de KvK ook melding doet van John Gregor Dorman Jr. Zijn naam is niet te vinden op de website. Website is laatst bezocht op 15 maart 2022.

⁴⁷⁸ <https://www.bigtechfairplay.nl/over-ons>

redenen die al zijn uiteengezet in deze dagvaarding. Zo valt op voorhand al op dat de Stichting app stores claims een ad hoc stichting is, in plaats van een permanente belangenbehartiger voor de Consumenten. Er is thans verder onvoldoende bekend of, en zo ja, wat voor actie de Stichting app stores claims zal gaan voeren tegen Apple. De Stichting zal zo nodig in een later stadium verder kunnen toelichten waarom zij het best geplaatst is om de exclusieve belangenbehartiger te zijn van de Consumenten.

13. BEVOEGDHEID

A. Inleiding

- 13.1 Uw rechtbank heeft internationale rechtsmacht om kennis te nemen van de vorderingen van de Stichting vanwege de vestigingsplaats van Gedaagden, de nauwe band tussen de vorderingen en de plaats van de schade.

A. Vestigingsplaats van Gedaagden

- 13.2 Drie van de Gedaagden: Apple Holding, Apple Benelux en Apple Retail Netherlands, hebben hun woonplaats in Nederland. Uw rechtbank heeft op grond van artikel 4 lid 1 van Verordening (EU) nr. 1215/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2012 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (“**Herschikte Brussel I-verordening**”) internationale rechtsmacht om kennis te nemen van de vorderingen tegen deze drie gedaagden.

B. Nauwe band

- 13.3 Ingevolge artikel 8 lid 1 Herschikte Brussel I-verordening (met betrekking tot de Ierse entiteiten Apple Distribution en Apple Operations) en artikel 7 Rechtsvordering (met betrekking tot Apple Inc.) heeft uw rechtbank eveneens internationale rechtsmacht om kennis te nemen van de vorderingen tegen de overige Gedaagden. Tussen de vorderingen tegen deze Gedaagden en die tegen Apple Holding, Apple Benelux en Apple Retail Netherlands bestaat een zo nauwe band dat een goede rechtsbedeling vraagt om een gelijktijdige behandeling en berechting, teneinde te vermijden dat bij afzonderlijke berechting van de zaken onverenigbare beslissingen worden gegeven.
- 13.4 Zoals toegelicht in hoofdstuk 9 sub B vormen Gedaagden samen immers de onderneming die artikel 102 VWEU heeft overtreden en zij organiseerden, coördineerden en implementeerden de overtreding. De vorderingen tegen Gedaagden zijn daardoor gelijksoortig en onderling verbonden.
- 13.5 De Stichting merkt verder op dat Gedaagden hoofdelijk aansprakelijk zijn, en dat de gedragingen van Gedaagden bovendien leiden tot groepsaansprakelijkheid uit hoofde van artikel 6:166 BW. Ook dit is een reden dat uw rechtbank internationale rechtsmacht heeft om kennis te nemen van de vorderingen tegen alle Gedaagden.

C. Plaats van de schade

- 13.6 De Nederlandse rechtbank heeft ook bevoegdheid omdat de schade mede in Nederland is geleden. De beperkingen die Apple oplegde en oplegt aan app

ontwikkelaars worden, ten minste ook, uitgevoerd in Nederland en Apple biedt de producten via onder meer de Nederlandse Apple App Store in Nederland aan Nederlandse consumenten (het ‘*Handlungsort*’) en de effecten van de gedragingen werden en worden onder meer in Nederland gevoeld door Nederlandse consumenten bij de aankoop van apps in de Nederlandse Apple App Store en bij in-app aankopen via Apple IAP (het ‘*Erfolgsort*’).

- 13.7 Op deze gronden heeft de Nederlandse rechter bevoegdheid aangezien de schade in Nederland is ingetreden.

D. Relatieve bevoegdheid

- 13.8 Voor de volledigheid wordt opgemerkt dat uw rechtbank beschikt over relatieve bevoegdheid, omdat Apple Holding, Apple Benelux en Apple Retail Netherlands in Amsterdam zijn gevestigd.
- 13.9 Ten slotte dient een WAMCA-procedure die betrekking heeft op (voldoende) dezelfde gebeurtenissen bij dezelfde rechtbank te worden ingesteld (artikel 1018d Rv). Zoals eerder gezegd heeft RCJ een dagvaarding uitgebracht tegen Apple. Er is een gedeeltelijke overlap tussen de gebeurtenissen waar deze WAMCA-dagvaarding van de Stichting op ziet en de eerder door RCJ gestarte WAMCA-procedure (en ook een gedeeltelijke overlap wat betreft de beweerdelijk door RCJ vertegenwoordigde groep). Mogelijkerwijs is de rechtbank van oordeel dat de procedures van de Stichting en RCJ zien op dezelfde gebeurtenissen, en dat zou een extra reden zijn waarom de rechtbank Amsterdam bevoegd is (aangezien RCJ haar procedure is gestart bij uw rechtbank).

14. BEWIJSLAST

A. Inleiding

- 14.1 In deze zaak geldt op verschillende punten een van de hoofdregel afwijkende bewijslastverdeling. Ten eerste is uw rechtbank gebonden aan de vaststellingen van de ACM in het Inbreukbesluit. Ten tweede zijn verschillende mededingingsrechtelijke bewijsvermoedens van toepassing. Ten derde geldt er (i) gezien de uitgebreid gemotiveerde stellingen van de Stichting en (ii) het feit dat verdere relevante informatie zich in het domein van Gedaagden bevindt, een omkering van het bewijsrisico, danwel een verzwaarde onderbouwingsplicht voor Gedaagden. De Stichting zal dit nader toelichten.

B. Binding aan vaststellingen ACM en Europese Commissie

I. Binding aan vaststellingen ACM

- 14.2 Ten eerste geldt het Inbreukbesluit van de ACM op basis van artikel 161a Rv als onweerlegbaar bewijs van de inbreuk in de onderhavige civiele procedure. Artikel 161a Rv bepaalt:

“Een onherroepelijk besluit houdende een inbreukbeslissing van de Autoriteit Consument en Markt levert onweerlegbaar bewijs op van de

vastgestelde inbreuk in een procedure waarin schadevergoeding wordt gevorderd wegens een inbreuk op het mededingingsrecht als bedoeld in artikel 193k, onderdeel a, van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek." (Onderstreping toegevoegd, advocaat)

- 14.3 Artikel 161a Rv betreft een implementatie van artikel 9 van de Richtlijn Schadevorderingen mededingingsrecht.
- 14.4 Het Inbreukbesluit is weliswaar nog niet onherroepelijk, maar hangende de bezwaaren beroepsprocedure dient uitgegaan te worden van de feiten van het Inbreukbesluit, eens te meer omdat de voorzieningenrechter van de rechtbank Rotterdam de vaststellingen van de ACM heeft bevestigd.
- 14.5 Het gerechtshof Amsterdam oordeelde op dezelfde wijze in een follow-on kartelschadezaak gebaseerd op vaststellingen in een inbreukbesluit van de Commissie.⁴⁷⁹

"Het voorgaande brengt mee dat het hof vooralsnog in beginsel kan uitgaan van de feiten die de Commissie in de kartelbeschikking heeft vastgesteld, maar ook dat het oordeel – zolang het Gerecht nog geen oordeel heeft gegeven over de kartelbeschikking – nog een voorlopig karakter heeft voor zover dit steunt op de kartelbeschikking." (Onderstreping toegevoegd, advocaat)

- 14.6 Zoals beschreven in paragraaf 4 sub B heeft de ACM zich in het Inbreukbesluit gefocust op dating apps. De vaststellingen van de ACM gelden echter op dezelfde wijze voor andere typen apps. De Apple voorwaarden en Apple's marktpositie zijn identiek voor andere typen apps.

II. Binding aan vaststellingen Europese Commissie

- 14.7 De Stichting wijst er voor de volledigheid op dat ook eventuele toekomstige vaststellingen van de Commissie bindend zullen zijn in de onderhavige procedure.
- 14.8 Zoals beschreven in paragraaf 4 sub C heeft de Commissie een aanklacht (punten van bezwaar) uitgebracht tegen Apple vanwege misbruik machtspositie op de markt voor de distributie van *music streaming* apps via de Apple App Store door het verplichte gebruik van Apple IAP en het verbod om consumenten te informeren over goedkopere aankoopmogelijkheden buiten iOS.⁴⁸⁰ Het uitbrengen van de punten van bezwaar is een opstap naar een formeel inbreukbesluit tegen Apple.
- 14.9 Eventuele toekomstige vaststellingen van de Commissie in een inbreukbesluit zijn bindend in deze civiele procedure op basis van artikel 16 lid 1 van Verordening 1/2003 en de *Masterfoods*-jurisprudentie.⁴⁸¹

III. Geen aanleiding voor aanhouding van de procedure

⁴⁷⁹ Gerechtshof Amsterdam 6 juli 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:1940 (*Equilib en SCC/KLM c.s.*), r.o. 5.2.6.
⁴⁸⁰ Productie SCCC - 0023: Persbericht Europese Commissie, Antitrust: Commission sends Statement of Objections to Apple on App Store rules for music streaming providers, d.d. 30 april 2021. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_2061.
⁴⁸¹ HvJ EU 14 december 2000, C-344/98, ECLI:EU:C:2000:689 (*Masterfoods*).

- 14.10 Apple zal mogelijk proberen te betogen dat deze WAMCA-procedure aangehouden moet worden hangende de bezwaar- en beroepsprocedures bij de ACM en de Europese Commissie. Hier is echter geen aanleiding voor.
- 14.11 Ten eerste kan uw rechtbank, zoals het gerechtshof Amsterdam heeft geoordeeld in het kader van Commissiebesluiten, uitgaan van de feiten die de ACM in het Inbreukbesluit heeft vastgesteld, waarbij de vaststellingen een voorlopig karakter hebben voor zover nog een bezwaar- of beroepsprocedure loopt.⁴⁸² Voor aanhouding is eens te meer geen reden aangezien er in redelijkheid geen twijfel kan zijn aan de geldigheid van het Inbreukbesluit nu de voorzieningenrechter van de rechtbank Rotterdam de vaststellingen van de ACM heeft bevestigd.
- 14.12 Ten tweede geeft het Commissie-onderzoek ook geen aanleiding tot aanhouding. De Stichting beroept zich immers niet op dit onderzoek in deze fase, maar op de feiten die zijn uiteengezet in de dagvaarding. Indien de Commissie met een inbreukbesluit komt kunnen de vaststellingen van dat besluit, voor zover relevant, op dezelfde wijze worden meegenomen in de onderhavige procedure. Gezien de nauwe samenwerking tussen de ACM en de Commissie zullen de vaststellingen van de Commissie in ieder geval niet strijdig kunnen zijn met het Inbreukbesluit.
- 14.13 Ten derde zijn de vorderingen van de Stichting niet afhankelijk van de uitkomst van de ACM- en Commissieprocedure. De vorderingen van de Stichting hebben een bredere grondslag dan het Inbreukbesluit wat betreft:
- (i) **de feiten**, inhoudende dat de Stichting zich niet alleen beroept op de feiten van het inbreukbesluit maar ook aanvullende feiten uit, *inter alia*, onderzoeken en procedures wereldwijd;
 - (ii) **de inbreuken**, inhoudende dat de Stichting zich niet alleen beroept op onredelijke voorwaarden maar ook koppelverkoop, excessieve prijzen en *resale price maintenance*;
 - (iii) **de typen apps**, namelijk niet alleen dating apps (of *music streaming* in het geval van het Commissie-onderzoek) maar alle apps en in-app aankopen behoudens Apple-apps; en
 - (iv) **de geografische reikwijdte**, namelijk niet alleen Nederland maar EU-wijd.
- 14.14 De vorderingen van de Stichting zijn aldus hybride, en de vorderingen bestaan ook onafhankelijk van het Inbreukbesluit. Ook om deze reden is er geen reden tot aanhouding.
- 14.15 Ten vierde zullen voorafgaand aan de inhoudelijke mededingingsrechtelijke vragen in deze procedure ongetwijfeld eerst procesrechtelijke kwesties aan de orde komen, zoals de aanwijzing van de exclusieve belangenbehartiger. De beantwoording van deze vragen hangen op geen enkele wijze af van het Inbreukbesluit of het Commissie-onderzoek. Ook om deze reden is er geen reden tot aanhouding.

C. Mededingingsrechtelijke bewijsvermoedens

⁴⁸² Gerechtshof Amsterdam 6 juli 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:1940 (*Equilib en SCC/KLM c.s.*), r.o. 5.2.6.

- 14.16 In het Europese mededingingsrecht worden verschillende bewijsvermoedens gehanteerd, die van toepassing zijn in de onderhavige procedure. De Stichting doet een expliciet beroep op elk van deze bewijsvermoedens.

Bewijsvermoeden doorberekening

- 14.17 Zoals toegelicht geldt op basis van artikel 14 lid 2 van de Richtlijn Schadevorderingen mededingingsrecht, zoals geïmplementeerd in artikel 6:193q BW, een bewijsvermoeden voor de doorberekening van schade aan indirecte afnemers zoals de consumenten in deze zaak. Aldus ligt de bewijslast op Apple om eventueel tegenbewijs aan te voeren.

Bewijsvermoeden machtspositie

- 14.18 Zoals toegelicht in paragraaf 5 sub C geldt in het Europese mededingingsrecht een vermoeden van een machtspositie bij een marktaandeel van meer dan 50%. Dit vermoeden is van toepassing omdat Apple een marktaandeel heeft van 100% op alle relevante markten. Aldus ligt de bewijslast op Apple om eventueel tegenbewijs aan te voeren.

Bewijsvermoeden beslissende invloed

- 14.19 Zoals toegelicht geldt in het Europese mededingingsrecht een vermoeden van beslissende invloed bij een (direct of indirect) aandelenkapitaal van 100% of vrijwel 100%. Apple Inc. heeft 100% van de aandelen in handen van alle overige Gedaagden en het bewijsvermoeden is van toepassing. Aldus ligt de bewijslast op Apple om eventueel tegenbewijs aan te voeren.

D. Verlichting bewijslast en gebod artikel 22 Rv

- 14.20 De Stichting heeft reeds op basis van publiek beschikbare informatie en analyse van haar economische expert voldoende aangetoond dat Apple's commissies voor app distributie en betalingsverwerking excessief zijn.
- 14.21 Voor zover de rechtbank van oordeel is dat aanvullend bewijs nodig is over bijvoorbeeld kosten of winsten van Apple, bevindt dit bewijs zich in het domein van Apple. Immers, Apple heeft als enige volledige toegang tot haar eigen financiële informatie. De Stichting verzoekt uw rechtbank om deze reden om de bewijslast om te draaien, of in ieder geval eventuele bewijslevering te verlichten door Apple op te dragen de benodigde aanknopingspunten voor de bewijslevering te verschaffen.⁴⁸³
- 14.22 Een dergelijke informatievervalsing door Gedaagden wordt ook voorgeschreven door de Richtlijn Schadevorderingen mededingingsrecht. De Richtlijn Schadevorderingen mededingingsrecht overweegt in dit opzicht:

“Bewijsmateriaal is een belangrijk element om schadevorderingen wegens inbreuk op het mededingingsrecht van de Unie of het nationale mededingingsrecht in te stellen. Aangezien mededingingsgeschillen gekenmerkt worden door informatieasymmetrie, is het passend ervoor te

⁴⁸³ Zie bijvoorbeeld HR 1 december 2000, ECLI:NL:PHR:2000:AA8719, NJ 2001, 45 en W.D.H. Asser, Bewijslastverdeling (Burgerlijk Proces & Praktijk nr.3), Deventer: Kluwer 2004, nr. 50

zorgen dat eisers het recht hebben toegang te krijgen tot voor hun schadeclaim relevant bewijsmateriaal, zonder dat zij individuele bewijsstukken moeten aanwijzen.”⁴⁸⁴

- 14.23 Gedaagden kunnen gehouden worden om alle informatie over het kartel dat relevant is voor te vordering over te leggen. Dit is vervat in artikel 5 lid 1 van de Richtlijn Schadevorderingen mededingingsrecht:

“De lidstaten zorgen ervoor dat nationale rechterlijke instanties in een procedure met betrekking tot een schadevordering in de Unie op verzoek van een eiser die daartoe een met redenen omkleed verzoek heeft ingediend met daarin alle redelijkerwijs voor hem beschikbare feiten en relevant bewijsmateriaal, welke toereikend om zijn schadeclaim aannemelijk te maken, de verweerder of een derde partij kunnen gelasten toegang te verlenen tot het relevante bewijsmateriaal waarover zij zeggenschap hebben (...).”

- 14.24 De Richtlijn Schadevorderingen mededingingsrecht had uiterlijk op 26 november 2016 geïmplementeerd moeten worden, en is uiteindelijk bij wet van 25 januari 2017 geïmplementeerd in artikelen 6:193k BW e.v., alsmede in artikelen 844 Rv e.v. De bepalingen over toegang tot bewijs zijn geïmplementeerd in artikelen 844 Rv e.v. Deze zijn in de onderhavige zaak van toepassing.
- 14.25 De andere bepalingen in Rv over toegang tot bewijs moeten richtlijnconform worden uitgelegd. De Memorie van Toelichting bij de implementatiewet bevestigt dat artikel 843a Rv het reeds mogelijk maakt om toegang tot bewijs te krijgen, zoals artikel 5 van de Kartelschaderichtlijn eist, en zelfs een breder toepassingsbereik heeft.⁴⁸⁵ Hetzelfde geldt *mutatis mutandis* voor artikel 22 Rv.
- 14.26 De Stichting heeft voldoende feiten en al het bewijs om de aannemelijkheid van hun vorderingen aangevoerd in deze dagvaarding. Indien enige aanvullende informatie vereist is, moet dit door Gedaagden worden ingebracht.
- 14.27 Ook uit de Nederlandse rechtspraak volgt dat bij voldoende gemotiveerde stellingen van gedaagden kan worden verwacht dat deze feitelijke gegevens verstrekt ter motivering van de betwisting van de stellingen van de wederpartij, teneinde die wederpartij aanknopingspunten te bieden voor zijn eventuele bewijslevering. Zoals de Hoge Raad oordeelde in de zaken *Reaal/Gemeente Deventer*⁴⁸⁶ geldt die eis met name in gevallen zoals deze, waarin de gedaagde, anders dan de eisende partij, beschikt of geacht moet worden te beschikken over gegevens die voor die bewijslevering van belang kunnen zijn. In de zaak *Reaal/Gemeente Deventer* overwoog de Hoge Raad:⁴⁸⁷

⁴⁸⁴ Kartelschaderichtlijn, overweging 15.

⁴⁸⁵ MvT bij de Implementatiewet TK 2015-2016, 34.390, nr. 3, p. 22. Artikel 843a Rv staat er immers niet aan in de weg dat inzage in clementieverklaringen en schikkingsverzoeken wordt gevorderd.

⁴⁸⁶ HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:831 (*Reaal/Gemeente Deventer*). Zie ook HR 15 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ1083 (*NNEK/Mourik*).

⁴⁸⁷ HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:831 (*Reaal/Gemeente Deventer*), r.o. 3.6.2-3.6.3.

“Indien, zoals in het onderhavige geval, de eiser stelt dat de schade is ontstaan doordat de openbare weg gebrekkig is, en het aangesproken overheidslichaam (in dit geval: de Gemeente) dat ervoor moet zorgen dat de weg in goede staat verkeert, zich als verweer (mede) erop beroept dat de financiële middelen te beperkt waren om de vereiste maatregelen te treffen, ligt het op de weg van dat overheidslichaam dit verweer voldoende te onderbouwen; het gaat daarbij immers om feiten en omstandigheden die in zijn domein liggen. De enkele stelling van het overheidslichaam dat de financiële middelen ontoereikend waren, zal in de regel niet volstaan.

Indien het desbetreffende overheidslichaam zijn verweer onvoldoende motiveert en de eiser aldus onvoldoende aanknopingspunten biedt voor een meer specifieke onderbouwing van zijn stelling, zal de rechter voorshands moeten oordelen dat de eiser op dat punt aan zijn stelplicht heeft voldaan en het gestelde, bij gebreke van een voldoende gemotiveerd verweer, voorshands als vaststaand moeten aannemen, of zelfs de bewijslast op dat punt kunnen omkeren.” (Onderstreping toegevoegd, advocaat)

- 14.28 Deze toets is in twee recente zaken over misbruik machtspositie toegepast. Het gerechtshof Amsterdam paste deze toets toe in een zaak tegen Buma/Stemra over misbruik machtspositie en oordeelde dat het aan Buma/Stemra was om ter onderbouwing van haar verweer feitelijke informatie aan te leveren over haar activiteiten en gedragingen op de relevante markten:⁴⁸⁸

“Aan het hof is gebleken dat ten aanzien van bepaalde onderdelen van de stellingen van ABMD c.s. sprake is van een geval waarin feitelijke gegevens die aanknopingspunten kunnen bieden voor eventuele bewijslevering door ABMD c.s., wel beschikbaar zijn, of geacht kunnen worden beschikbaar te zijn, voor Buma/Stemra maar niet voor ABMD c.s. (...)

Het hof is van oordeel dat van Buma/Stemra in het kader van de gehoudenheid tot onderbouwing van haar verweer kan worden verwacht dat zij feitelijke gegevens als hiervoor bedoeld onder 3.2.4 aan ABMD c.s. verstrekt, om hun aanknopingspunten te bieden voor hun eventuele bewijslevering.” (Onderstreping toegevoegd, advocaat)

- 14.29 Ook in een zaak over misbruik machtspositie voor de rechtbank Gelderland oordeelde de rechter dat op de dominante onderneming een verzwaarde motiveringsplicht rustte om inzicht te geven in informatie over prijsstelling en kosten. De rechtbank oordeelde dat:⁴⁸⁹

“(...) op Enexis een verzwaarde motiveringsplicht rust bij het weerspreken van door [gedaagde partij] gestelde feiten en omstandigheden. [gedaagde partij] heeft onbetwist gesteld dat zij meerdere keren bij Enexis om uitleg heeft gevraagd over hoe zij de kosten voor de werkzaamheden heeft berekend en welke werkzaamheden precies zijn uitgevoerd. Enexis heeft

⁴⁸⁸ Hof Amsterdam 15 september 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:2583 (ABMD c.s./Buma/Stemra), r.o. 3.2.4-3.2.5.

⁴⁸⁹ Rechtbank Gelderland 2 december 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:6280 (Enexis/X), r.o. 2.6-2.7.

echter steeds geweigerd meer uitleg te geven dan dat de werkzaamheden zoals geoffreerd zijn uitgevoerd. Enexis dient als gevolg van genoemde motiveringsplicht tegenover de stellingen van [gedaagde partij] voldoende feitelijke gegevens te verschaffen om de door haar gevolgde handelwijze met betrekking tot haar prijsstelling en de daarbij gemaakte keuzes toetsbaar te doen zijn.

Enexis wordt daarom in de gelegenheid gesteld om de gegevens te verschaffen om te kunnen beoordelen of de in rekening gebrachte kosten in redelijke verhouding staan met de economische waarde van de werkzaamheden. (onderstreping toegevoegd, advocaat)”

- 14.30 Deze oordelen zijn logisch omdat net zoals in de onderhavige zaak alle relevante gegevens inzake de kosten en prijsstelling zich in het domein van gedaagde bevonden.
- 14.31 De Stichting verzoekt de rechtbank om een verzwaarde motiveringsplicht op te leggen aan Apple bij de betwisting van de stellingen van de Stichting inzake (in ieder geval) de relevante markt, de excessieve prijzen van Apple en de schade. Dit is gepast gezien de onderbouwde stellingen van de Stichting en het feit dat verdere informatie zich in het domein van Gedaagden bevindt.
- 14.32 De Stichting heeft de economische experts van Brattle gevraagd welke informatie in dit kader eventueel gebruikt kan worden voor een verdere analyse van de excessieve prijzen en de schadeberekening. Op basis van de input van Brattle geeft de Stichting uw rechtbank in overweging Apple te bevelen op basis van artikel 22 Rv de volgende stukken in het geding te brengen.

Analyse excessieve prijzen

- (i) Financiële informatie, op jaarlijkse basis, met betrekking tot omzet, kosten en marges van de Apple App Store voor de periode van 2009 tot en met 2021 van Gedaagden, indien mogelijk uitgesplitst voor de EU en Nederland, waaronder:
 - (a) Het percentage van de omzet, kosten en marges (zowel bruto als operationele marges) die toegerekend worden aan app distributie diensten die Apple verleent aan app ontwikkelaars, en de onderliggende bedragen voor en berekening van dit percentage;
 - (b) Het percentage van de omzet, kosten en marges (zowel bruto als operationele marges) die toegerekend worden aan Apple IAP diensten die verleend worden aan app ontwikkelaars en de onderliggende bedragen voor en berekening van dit percentage;
 - (c) Apple's operationele marges met de Apple App Store en de onderliggende bedragen voor en berekening van dit percentage, waaronder dient te worden verstaan Apple's netto omzet minus (i) de kostprijs van de verkochte producten; en (ii) operationele uitgaven (verkoopkosten, algemene en administratieve uitgaven), waarbij het

percentage berekend wordt door het nominale bedrag van de operationele marge te delen door het nominale bedrag van de nominale omzet;

- (d) Winst- en verliesrekeningen van de Apple App Store;
- (e) De documenten als gebruikt door de economisch expert ██████ in de Amerikaanse Epic/Apple-procedure voor de berekening van Apple's marges, waaronder:⁴⁹⁰
 - I. De berekeningen in de bestanden van Apple CEO ██████, waaronder de berekeningen voorbereid door Apple's Corporate Financial Planning and Analysis team.⁴⁹¹
 - II. Presentaties gegeven aan Apple App Store leidinggevenden met winst en verliesrekeningen van de Apple App Store.⁴⁹²
 - III. Een presentatie uit oktober 2019 om leidinggevenden van Apple "an update on the App Store" te geven, waarin onder meer is opgenomen het document met de titel "App Store Business Management FY20 Overview". Deze presentatie bevat ook de Apple App Store winst en verliesrekening voor het financiële jaar 2019 (eindigend september 2019) en een vooruitzicht voor de winst en verliesrekening van de Apple App Store voor het financiële jaar 2020.⁴⁹³
 - IV. De "Apps" winst en verliesrekeningen voor de financiële jaren 2013, 2014 en 2015, zoals opgevraagd door Apple's CFO ██████ en verstrekt aan ██████ destijds Apple's *Senior Vice President of Internet services and software*.⁴⁹⁴
- (ii) Financiële informatie om de *Return on Capital Employed* (ROCE) van de Apple App Store te berekenen voor de periode van 1 september 2009 tot en met heden, waaronder:

⁴⁹⁰ Productie SCCC - 0037: Written direct testimony of ██████, CPA (Epic v. Apple), d.d. 3 mei 2021, rnr. 2, Productie SCCC – 0035: United States District Court of the Northern District of California (Epic v. Apple), d.d. 10 september 2021, p. 41-42.

⁴⁹¹ Productie SCCC - 0037: Written direct testimony of ██████, CPA (Epic v. Apple), d.d. 3 mei 2021, rnr. 2, Productie SCCC – 0035: United States District Court of the Northern District of California (Epic v. Apple), d.d. 10 september 2021, p. 41-42.

⁴⁹² Productie SCCC - 0037: Written direct testimony of ██████, CPA (Epic v. Apple), d.d. 3 mei 2021, rnr. 4, Productie SCCC – 0035: United States District Court of the Northern District of California (Epic v. Apple), d.d. 10 september 2021, p. 41-42.

⁴⁹³ Productie SCCC - 0037: Written direct testimony of ██████, CPA (Epic v. Apple), d.d. 3 mei 2021, rnr. 8, Productie SCCC – 0035: United States District Court of the Northern District of California (Epic v. Apple), d.d. 10 september 2021, p. 41-42. Dit document heeft het nummer PX608.1 in het dossier van de Epic/Apple-procedure.

⁴⁹⁴ Productie SCCC - 0037: Written direct testimony of ██████, CPA (Epic v. Apple), d.d. 3 mei 2021, rnr. 9, Productie SCCC – 0035: United States District Court of the Northern District of California (Epic v. Apple), d.d. 10 september 2021, p. 41-42. Deze documenten hebben de nummers PX609 en PX610 in het dossier van de Epic/Apple-procedure.

- (a) Inkomsten voor aftrek van rente en belastingen (EBIT) met betrekking tot de Apple App Store;
- (b) Een berekening van het geïnvesteerde kapitaal (*capital employed*) van de Apple App Store op jaarlijkse basis en onderverdeeld naar de EU en Nederland;
- (c) Het percentage van de ROCE met betrekking tot Apple IAP diensten die verleend worden aan app ontwikkelaars.

Schadeberekening

- (iii) Omzetgegevens van de transacties uit de Apple App Store en in-app aankopen die verwerkt zijn met Apple IAP voor de periode van 1 september 2009 tot en met heden, waarbij:⁴⁹⁵
 - (a) De omzetgegevens dienen onderverdeeld te worden in (i) omzet behaald door app ontwikkelaars; (ii) omzet behaald door Apple zelf.
 - (b) Omzet (van zowel app ontwikkelaars als van Apple zelf) dient onderverdeeld te worden in (i) omzet behaald door in-app aankopen (functionaliteiten of abonnementen) en (ii) omzet behaald door app downloads.
 - (c) De gegevens dienen onderverdeeld te worden naar app categorie.⁴⁹⁶
 - (d) De gegevens dienen verstrekt te worden op jaarlijkse basis en onderverdeeld naar de EU en Nederland.
- (iv) Het aantal app gebruikers (i.e. Apple IDs) op jaarlijkse basis voor de periode 1 september 2009 tot heden die (i) alleen betaalde apps hebben gekocht in de Apple App Store (en niet in-app aankopen); (ii) gebruik maken van Apple IAP voor in-app aankopen (en niet betaalde apps), waarbij dus inzichtelijk wordt gemaakt welk deel van de gebruikers uitsluitend app aankopen heeft gedaan (en geen in-app aankopen), en welk gedeelte alleen in-app aankopen (en geen app aankopen).

15. BEWIJSAANBOD EN MIDDELEN

A. Bewijsaanbod onder protest van gehoudenheid

- 15.1 Onder protest van gehoudenheid en zonder vrijwillig enige bewijslast op zich te nemen, biedt de Stichting aan de juistheid van hun stellingen te bewijzen door alle middelen rechtens, meer in het bijzonder door het overleggen van nadere schriftelijke

⁴⁹⁵ Deze transacties verwijzen naar in-app aankopen (functionaliteiten en abonnementen) en betaalde downloads van apps die door app ontwikkelaars via de Apple App Store worden gedistribueerd en waarop de commissie van Apple is toegepast. Deze gegevens moeten dus niet aankopen van Apple's eigen apps bevatten of in-app aankopen waarbij geen gebruik is gemaakt van Apple IAP (bijvoorbeeld Uber en Thuisbezorgd).

⁴⁹⁶ Op haar eigen website noemt Apple 27 categorieën apps, bijvoorbeeld games en business. Zie <https://developer.apple.com/app-store/categories/>

stukken en expertrapporten, en door het horen van getuigen. Meer specifiek biedt de Stichting aan bewijs te leveren van de volgende stellingen op de volgende wijzen:

- (i) Dr. [REDACTED] kan als economisch expert deskundigenbewijs leveren over de machtspositie van Apple op de relevante markten, de excessieve prijzen van Apple, de doorberekening van de prijzen en de schade die de Consumenten hebben geleden door het misbruik van de machtspositie;
- (ii) De Stichting biedt ook aan nadere (deskundigen)rapporten in het geding te brengen over de machtspositie van Apple op de relevante markten, de excessieve prijzen van Apple, de doorberekening van de prijzen en de schade die de Consumenten hebben geleden door het misbruik van de machtspositie.

15.2 Indien de rechtbank een bewijsopdracht overweegt te geven aan de Stichting, dan verzoekt de Stichting dit te combineren met een opdracht aan Apple om alle noodzakelijke gegevens te verschaffen aan de deskundigen van de Stichting.

B. Tegenbewijs

15.3 De Stichting biedt aan tegenbewijs te leveren, door alle middelen rechtens, waaronder getuigenbewijs, voor zover één of meer stellingen van Gedaagden (voorlopig) als juist wordt aangenomen door de rechtbank.

16. VERWEREN VAN GEDAAGDEN

16.1 Apple heeft niet inhoudelijk gereageerd op de gedetailleerde aansprakelijkheidsstelling van de Stichting van 14 maart 2022, en heeft dus ook geen relevante verweren gevoerd.⁴⁹⁷

16.2 In een reactie op de aansprakelijkheidsstelling van 18 maart 2022 (Productie SCCC - 0041: reactie Apple aansprakelijkheidsstelling Stichting d.d. 18 maart 2022) stelt Apple slechts dat zij niet bekend is met de Stichting en daarom betwist dat de advocaten van de Stichting bevoegd zijn om handelingen te verrichten namens de Stichting. Verder stelt zij dat de Stichting te laat zou zijn, omdat de Stichting geen verlenging van de termijn heeft aangevraagd in de zin van 1018d lid 2 Rv. Beide procedurele opmerkingen zijn onjuist en een doorzichtige poging uitstel te creëren.

16.3 De (advocaat van de) Stichting heeft Apple verwezen naar het handelsregisternummer van de Stichting, en dus ook de statuten van de Stichting die via de KvK vindbaar zijn.⁴⁹⁸ Overigens is al dan niet bekend zijn van Apple met de Stichting niet relevant. Relevant is dat de Stichting opkomt voor de Consumenten.

16.4 De verdere stelling van Apple dat de Stichting te laat zou zijn met haar vordering gaat ook niet op. Apple wil hiermee kennelijk betogen dat de vorderingen van de Stichting zien op gebeurtenissen die (voldoende) gelijksoortig zijn als de gebeurtenissen waarop de procedure ziet die RCJ is begonnen tegen Apple. Voor zover Apple gelijk zou hebben dat er (voldoende) overlap is tussen de WAMCA-procedure die de

⁴⁹⁷ Productie SCCC - 0040: Aansprakelijkheidsstelling Stichting d.d. 14 maart 2022.

⁴⁹⁸ De Stichting maakt naast de Nederlandse naam Consumenten Competition Claims in een internationale context gebruik van de naam Consumer Competition Claims.

Stichting voert, en de eerdere procedure van RCJ, geldt ten eerste dat de wachttermijn nog niet was verlopen. De Stichting heeft haar vorderingen dus tijdig ingesteld.

- 16.5 RCJ heeft op 4 oktober 2021 een vordering tegen gedaagden Apple Distribution en Apple Inc. ingediend voor *"alle particuliere en zakelijke eindgebruikers (...) van iOS-softwareapplicaties ('iOSApps') (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"*.⁴⁹⁹ De gebeurtenissen en feitelijke en rechtsvragen wijken op bepaalde punten af van de vorderingen van de Stichting, waaronder de groep die vertegenwoordigd wordt (Nederlandse eindgebruikers, waaronder zakelijke eindgebruikers en bovendien ook ontwikkelaars, terwijl de Stichting EU-consumenten vertegenwoordigd) en wat betreft de gedaagden (uitsluitend Apple Inc. en Apple Distribution, en niet de overige Gedaagden).
- 16.6 Voor zover de vorderingen van RCJ zien op dezelfde gebeurtenissen en feitelijke en rechtsvragen geldt het volgende. Op basis van artikel 1018d lid 1 Rv hebben andere rechtspersonen in beginsel een termijn van drie maanden om een collectieve vordering in te stellen. Deze termijn kan op basis van artikel 1018d lid 2 Rv met maximaal drie maanden worden verlengd binnen een maand na aantekening van de eerste vordering in het register. Op 1 november 2021 heeft de Stichting app stores claims gesteld dat zij een vordering wenst in te stellen voor dezelfde gebeurtenissen als RCJ en verzocht de termijn met drie maanden te verlengen. Dit verzoek is door uw rechtbank op 24 november 2021 toegewezen, waarbij uw rechtbank overwoog dat zij: *"verlengt de in artikel 1018d lid 1 Rv bedoelde termijn met drie maanden"*.⁵⁰⁰ Aldus is de termijn daarmee verlengd tot zes maanden na 4 oktober 2021 (i.e. 4 april 2022).
- 16.7 Voor zover Apple wenst te stellen dat deze verlenging niet de Stichting betrof, gaat dit niet op. Zoals uw rechtbank terecht overwoog in de zogenoemde sjoemeldieselzaak luidt *"Artikel 1018d lid 2 Rv (...) inderdaad algemeen in die zin dat het zich niet beperkt tot de rechtspersoon die om verlenging heeft verzocht (in het onderhavige geval Stichting Car Claim)"*.⁵⁰¹
- 16.8 Ook de Memorie van Toelichting bij de WAMCA maakt duidelijk dat de verlenging van de termijn algemeen is en niet slechts de verzoeker betreft. De Memorie van Toelichting beschrijft:

"Heeft zich binnen een maand na aantekening wel een belangenorganisatie gemeld met de mededeling dat de termijn van drie maanden niet volstaat, dan is na uiterlijk zes maanden na de aantekening duidelijk welke andere belangenorganisaties voor dezelfde gebeurtenis een collectieve vordering hebben ingesteld. In dat geval mag worden aangenomen dat er in elk geval

⁴⁹⁹ <https://www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/RBAMS-dagvaarding-collectieve-vordering-apple.pdf>, randnummer 1.1.

⁵⁰⁰ Zaaknummer / rolnummer 708095 / HA ZA 22-1 (Stichting Right to Consumer Justice/Apple c.s.), r.o. 4.1.

⁵⁰¹ Zaaknummer / rolnummer C/13/686493 / HA ZA 20-697 (Stichting Diesel Emissions Justice/Daimler c.s.), r.o. 3.7.

één andere collectieve vordering is ingediend, namelijk die van de belangenorganisatie die om verlenging van de drie maanden termijn heeft verzocht.” (Onderstreping toegevoegd, advocaat)

- 16.9 De woorden “andere belangenorganisaties” (meervoud) en “in elk geval” en de vordering van “de belangenorganisatie die om verlenging van de drie maanden termijn heeft verzocht” maken duidelijk dat de wetgever de bedoeling had om ook andere belangenorganisaties de mogelijkheid te geven om een vordering in te stellen in de verlengde termijn.
- 16.10 Dit is ook logisch, omdat het beperken van de verlengde termijn tot de verzoeker ook geen doel zou dienen. Immers, het toepassen van de verlengde termijn op andere belangenbehartigers leidt niet tot vertraging, omdat de termijn toch al verlengd is voor de verzoeker. Bovendien is het doel van artikelen 1018d en 1018e Rv dat de meest geschikte eiser aangewezen wordt als exclusieve belangenbehartiger. Het ligt in die context niet voor de hand om belangenbehartigers bij voorbaat uit te sluiten.
- 16.11 Ten tweede gaat het mogelijke argument van Apple niet op omdat de vorderingen van de Stichting (aanzienlijk) uitgebreider zijn dan die van RCJ. Zo stelt de Stichting vorderingen in op basis van meer feitelijke gebeurtenissen, stelt zij meer (en deels andere) rechtsvragen aan de orde. Bovendien geldt dat zij in deze dagvaarding opkomt voor een andere nauw omschreven groep: de Consumenten (bestaande uit de Nederlandse Consumenten en de Europese Consumenten). De Stichting kan aldus niet te laat zijn omdat zij de belangen van een aanzienlijk meer uitgebreide groep behartigt via deze WAMCA-dagvaarding, en omdat er wat deze niet overlappende aspecten teveel verschillen zijn tussen de actie van RCJ, en de collectieve actie van de Stichting.
- 16.12 Voor zover de Stichting verder verweren bekend zijn van Apple zijn deze reeds voldoende weersproken in hetgeen hiervoor in de dagvaarding uiteen is gezet.

17. TOELICHTING OP ONDERDELEN UIT HET PETITUM

A. Bevelen tot staking onrechtmatige gedragingen

- 17.1 Apple heeft niet alleen in het verleden inbreuk gemaakt op het Europese en Nederlandse mededingingsrecht, maar deze overtredingen duren nog steeds voort. Ondanks het Inbreukbesluit van de ACM met de opgelegde last onder dwangsom kiest Apple ervoor om haar onrechtmatige gedrag gewoon voort te zetten en de dwangsommen voor lief te nemen. Hier moet zo snel mogelijk een einde aan komen.
- 17.2 Ten eerste hanteert Apple voorwaarden die in strijd zijn met het Europese en Nederlandse mededingingsrecht en onrechtmatig zijn jegens consumenten:
- (i) Apple sluit middels haar Apple voorwaarden iedere concurrentie voor app distributie en betalingsverwerking uit op iOS en sluit deze concurrentie ook met technische instrumenten uit;
 - (ii) Apple hanteert excessieve tarieven voor app distributie en betalingsverwerking;

- (iii) Apple past haar voorwaarden niet objectief en non-discriminatoir toe;
- (iv) Apple beperkt de vrijheid van app ontwikkelaars om hun verkoopprijzen te bepalen.

17.3 De Stichting verzoekt uw rechtbank Apple te gebieden om aan deze overtredingen binnen een termijn van vier weken een einde te maken door te gebieden dat Apple haar voornoemde, onrechtmatige voorwaarden aanpast. Bovendien dient Apple het ook technisch mogelijk te maken voor app ontwikkelaars om concurrerende app stores en betalingsverwerkers te ontwikkelen, distribueren en gebruiken op iOS, en in vrijheid hun prijzen te bepalen.

17.4 De Stichting verzoekt uw rechtbank Apple ook te gebieden haar tarieven voor app distributie en betalingsverwerking aan te passen tot een normaal competitief tarief van maximaal 5%.

B. Dwangsom

17.5 Om te waarborgen dat Apple haar verplichtingen nakomt verzoekt de Stichting deze bevelen deels te versterken met een dwangsom. Een dergelijke dwangsom is passend gezien de ernst van de overtredingen, het gedrag van Apple en het maatschappelijke en individuele belang dat hier zo snel mogelijk een eind aan gemaakt wordt.

17.6 Bovendien bestaat een aanzienlijk risico dat Apple zonder dwangsom onvoldoende maatregelen treft. Dit is aan de orde met het Inbreukbesluit van de ACM, waar Apple tot op heden weigert aan te voldoen, ook na een uitspraak van de voorzieningenrechter van de rechtbank Rotterdam.

17.7 De dwangsom dient in het geval van Apple aanzienlijk te zijn. Ten eerste is een sterke prikkel nodig vanwege de enorme winsten die Apple maakt met de onrechtmatige gedragingen. Ten tweede heeft Apple enorme financiële middelen tot haar beschikking. Alleen al in 2021 heeft zij ca. USD 378 miljard aan omzet gegeneerd.⁵⁰²

17.8 Ten derde is het onwaarschijnlijk dat Apple zonder een aanzienlijke dwangsom aan een veroordeling van uw rechtbank voldoet. Dit blijkt uit het feit dat Apple tot zover heeft geweigerd aan het Inbreukbesluit en de uitspraak van de voorzieningenrechter van de rechtbank Rotterdam te voldoen, ondanks dwangsommen die inmiddels zijn opgelopen tot de maximale EUR 50 miljoen. Een dwangsom van EUR 20 miljoen per dag en per overtreding, tot een maximum van EUR 1 miljard is om deze reden passend.

17.9 Een eventueel verbeurde dwangsom zal de Stichting aanwenden ter bescherming van consumenten tegen schendingen van het mededingingsrecht en het consumentenrecht.

C. Verdere toelichting op het petitum

⁵⁰² Zie: <https://www.marketwatch.com/story/apple-reports-a-parade-of-sales-records-as-earnings-top-30-billion-for-the-first-time-stock-gains-11643319426>

17.10 Voor het overige zijn de onderdelen van het petitum reeds toegelicht in het lichaam van deze dagvaarding, en vloeien zij daaruit voort. De Nauw Omschreven Groep is toegelicht in paragraaf 12 sub C, en het verzoek van de Stichting om te worden aangewezen tot exclusieve belangenbehartiger van de Consumenten in hoofdstuk 12 sub I. Wat betreft de vordering tot schadevergoeding, verwijst de Stichting naar hoofdstuk 10. Wat betreft de schadeafwikkeling die wordt voorgesteld, wordt verwezen naar hoofdstuk 11.

18. PETITUM

18.1 De Stichting verzoekt de rechtbank te oordelen als volgt, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

I. Benoeming exclusieve belangenbehartiger

- (i) De Stichting aan te wijzen als exclusieve belangenbehartiger in de zin van artikel 1018e lid 1 Rv.

II. Definitie van de Nauw Omschreven Groep

- (ii) Primair: te bepalen dat de Stichting in deze collectieve actie de belangen behartigt van de volgende groep van personen, die een nauw omschreven groep vormt in de zin van artikel 1018d Rv:
 - (a) alle personen met een gewone verblijfplaats in de Europese Unie die betaalde applicaties hebben gekocht in de Apple App Store (met uitzondering van applicaties ontwikkeld door Apple), en/of in-app aankopen hebben gedaan met gebruik van Apple in-app purchasing in de periode na 1 september 2009 (Consumenten); en
 - (b) daarbij te bepalen dat ieder persoon van de Consumenten gedurende een periode van drie maanden na de aankondiging in de zin van artikel 1018f lid 3 Rv van de uitspraak tot aanwijzing van de Stichting tot exclusieve belangenbehartiger de mogelijkheid heeft bij schriftelijk bericht aan de griffie van de rechtbank te laten weten zich van de behartiging van zijn/haar belangen in deze collectieve actie te onttrekken ("**Opt Out**").
- (ii) Subsidiair: te bepalen dat de Stichting in deze collectieve actie de belangen behartigt van de volgende groepen van personen, die nauw omschreven groepen vormen in de zin van artikel 1018d Rv:
 - (a) alle personen met een gewone verblijfplaats in Nederland die betaalde applicaties hebben gekocht in de Apple App Store (met uitzondering van applicaties ontwikkeld door Apple), en/of in-app aankopen hebben gedaan met gebruik van Apple in-app purchasing in de periode na 1 september 2009 (Nederlandse Consumenten); en
 - (b) alle personen met een gewone verblijfplaats in de Europese Unie, met uitzondering van Nederland, die betaalde applicaties hebben gekocht

in de Apple App Store (met uitzondering van applicaties ontwikkeld door Apple), en/of in-app aankopen hebben gedaan met gebruik van Apple in-app purchasing in de periode na 1 september 2009 (Europese Consumenten); en

- (c) daarbij te bepalen dat ieder persoon van de Nederlandse Consumenten en de Europese Consumenten gedurende een periode van drie maanden na de aankondiging in de zin van artikel 1018f lid 3 Rv van de uitspraak tot aanwijzing van de Stichting tot exclusieve belangenbehartiger de mogelijkheid heeft bij schriftelijk bericht aan de griffie van de rechtbank te laten weten zich van de behartiging van zijn/haar belangen in deze collectieve actie te onttrekken (Opt Out).
- (iii) Meer subsidiair: te bepalen dat de Stichting in deze collectieve actie de belangen behartigt van de volgende groepen van personen, die nauw omschreven groepen vormen in de zin van artikel 1018d Rv:
 - (a) alle personen met een gewone verblijfplaats in Nederland die betaalde applicaties hebben gekocht in de Apple App Store (met uitzondering van applicaties ontwikkeld door Apple), en/of in-app aankopen hebben gedaan met gebruik van Apple in-app purchasing in de periode na 1 september 2009 (Nederlandse Consumenten); en
 - (b) alle personen met een gewone verblijfplaats in de Europese Unie, met uitzondering van Nederland, die betaalde applicaties hebben gekocht in de Apple App Store (met uitzondering van applicaties ontwikkeld door Apple), en/of in-app aankopen hebben gedaan met gebruik van Apple in-app purchasing in de periode na 1 september 2009 (Europese Consumenten); en
 - (c) daarbij te bepalen dat iedere Nederlandse Consument gedurende een periode van drie maanden na de aankondiging in de zin van artikel 1018f lid 3 Rv van de uitspraak tot aanwijzing van de Stichting tot exclusieve belangenbehartiger de mogelijkheid heeft bij schriftelijk bericht aan de griffie van de rechtbank te laten weten zich van de behartiging van zijn/haar belangen in deze collectieve actie te onttrekken (Opt Out); en
 - (d) daarbij te bepalen dat iedere Europese Consument gedurende een periode van zes maanden na de aankondiging in de zin van artikel 1018f lid 3 Rv van de uitspraak tot aanwijzing van de Stichting tot exclusieve belangenbehartiger de mogelijkheid heeft bij schriftelijk bericht aan de griffie van de rechtbank te laten weten in te stemmen met de behartiging van zijn/haar belangen in deze collectieve vordering ("**Opt In**").
- (iv) Uiterst subsidiair: te bepalen dat de Stichting in deze collectieve actie de belangen behartigt van de bij haar door middel van een Deelnemersovereenkomst aangesloten personen (Aangemelde Deelnemers).

III. Verklaring voor recht

- (i) Primair: voor recht te verklaren dat
 - (a) Gedaagden om de redenen zoals in het lichaam van deze dagvaarding gesteld jegens de Consumenten in strijd handelt met artikelen 101 VWEU en 102 VWEU en de nationale equivalenten hiervan, en
 - (b) dat Gedaagden dientengevolge hoofdelijk aansprakelijk zijn jegens iedere persoon die lid is van de groep Consumenten en uit dien hoofde de door die persoon geleden en nog te lijden schade dient te vergoeden, inclusief wettelijke rente;
- (ii) Subsidiair: voor recht te verklaren dat
 - (a) Gedaagden om de redenen zoals in het lichaam van deze dagvaarding gesteld jegens de Nederlandse Consumenten in strijd handelt met artikelen 101 VWEU en 102 VWEU en artikelen 6 Mw en 24 Mw;
 - (b) dat Gedaagden dientengevolge hoofdelijk aansprakelijk zijn jegens iedere persoon die lid is van de groep Nederlandse Consumenten en uit dien hoofde de door die persoon geleden en nog te lijden schade dient te vergoeden, inclusief wettelijke rente;
 - (c) Gedaagden om de redenen zoals in het lichaam van deze dagvaarding gesteld jegens de Aangemelde Deelnemers in strijd handelt met artikelen 101 VWEU en 102 VWEU en de nationale equivalenten hiervan, en
 - (d) dat Gedaagden dientengevolge hoofdelijk aansprakelijk zijn jegens iedere persoon die lid is van de Aangemelde Deelnemers en uit dien hoofde de door die persoon geleden en nog te lijden schade dient te vergoeden, inclusief wettelijke rente;
- (iii) Apple te bevelen haar onrechtmatige gedragingen als beschreven in het lichaam van deze dagvaarding binnen vier weken na datum vonnis te staken, ten minste inhoudende dat:
 - (a) Apple de Apple voorwaarden voor de distributie van apps in de EU zodanig aanpast dat het app ontwikkelaars toegestaan is app stores te ontwikkelen en distribueren op iOS, waaronder ook via de Apple App Store;
 - (b) Apple het technisch mogelijk maakt voor app ontwikkelaars om app stores te ontwikkelen en distribueren op iOS, waaronder ook via de Apple App Store, waarbij Apple objectieve, transparante, non-discriminatoire en redelijke voorwaarden voor het toelaten van nieuwe app stores op iOS dient te hanteren;

- (c) Apple de Apple voorwaarden voor de distributie van apps in de EU zodanig aanpast dat app ontwikkelaars niet verplicht zijn gebruik te maken van Apple IAP en ook andere wijzen van betalingsverwerking kunnen aanbieden op iOS of daarnaar kunnen verwijzen;
- (d) Apple het technisch mogelijk maakt voor app ontwikkelaars alternatieve wijzen van betalingsverwerking aan te bieden binnen hun eigen apps en naar deze alternatieve wijzen te kunnen verwijzen in apps die worden gedistribueerd via iOS, waaronder ook via de Apple App Store, waarbij (i) geen aanvullende technische eisen gelden ten opzichte van betaling via Apple IAP; en (ii) het voor gebruikers niet nodig is om voor een andere vorm van betaling dan Apple IAP een nieuwe app te downloaden van de app ontwikkelaar;
- (e) Apple de Apple voorwaarden voor de distributie van apps in de EU zodanig aanpast dat app ontwikkelaars voor de verkoopprijs in de Apple App Store van hun apps niet gebonden zijn aan Apple's *price tiers* en hun verkoopprijs vrij kunnen bepalen;
- (f) Apple het technisch mogelijk maakt voor app ontwikkelaars om de verkoopprijs van hun apps vrij te bepalen bij de distributie van apps op iOS, waaronder de Apple App Store, en zonder gebondenheid aan Apple's *price tiers*;
- (g) Apple de Apple voorwaarden objectief en non-discriminatoir toepast;
- (h) Apple haar commissie voor app distributie op iOS, waaronder app distributie via de Apple App Store, aanpast tot maximaal 5%, althans een door uw rechtbank in goede justitie te bepalen hoogte; en
- (i) Apple haar commissie voor betalingsverwerking op iOS, waaronder Apple IAP, aanpast tot maximaal 5%, althans een door uw rechtbank in goede justitie te bepalen hoogte.

de bevelen onder (iv) sub (a) t/m (i) op laste van een dwangsom van EUR 20 miljoen per overtreden gebod en per dag dat de overtreding voortduurt tot een maximum van EUR 1 miljard.

IV. Veroordeling tot betaling van een schadevergoeding

- (i) Primair: ieder der Gedaagden hoofdelijk te veroordelen tot betaling van de schade van alle Consumenten, welke schade al dan niet op basis van artikelen 6:97 en/of 6:104 BW door uw rechtbank in goede justitie wordt vastgesteld, te vermeerderen met wettelijke rente vanaf de datum van het te wijzen vonnis tot aan de dag der algehele voldoening;
- (ii) Subsidiar: ieder der Gedaagden hoofdelijk te veroordelen tot betaling van de schade van alle Consumenten, welke schade nader zal worden opgemaakt bij staat en zal worden vereffend zoals bij wet is voorgeschreven, te vermeerderen met wettelijke rente vanaf de datum van het te wijzen vonnis tot aan de dag der algehele voldoening.

V. Veroordeling tot schadeafwikkeling

- (i) Te bepalen dat de Gedaagden hoofdelijk dienen te betalen, binnen zes weken na het in deze zaak te wijzen vonnis:
 - (a) Aan de Stichting alle op grond van dit petitum aan de Stichting en de Consumenten toekomende bedragen, door overboeking van dit bedrag naar een door de Stichting op te geven derdengeldenrekening van een te goeder naam en faam bekend staande advocatenkantoor of notariskantoor in Nederland, en daarbij verder te bepalen dat het te betalen bedrag EUR 5.000.000.000 (vijf miljard euro) zal zijn, met de hoofdelijke verplichting voor Gedaagden om nadere betalingen te doen, indien tijdens de schadeafwikkeling de Consumenten een hogere totale aanspraak op schadevergoeding blijkt te hebben (door een hoger aantal Consumenten, een hoger bedrag aan uitgaven aan apps en in-app aankopen en toekomstige schade), en de bepaling dat enig deel van het door Gedaagden betaalde bedrag dat na 30 maanden na betaling, dan wel een door uw rechtbank te bepalen termijn, resteert, door de Stichting zal mogen worden uitgekeerd aan een of meer door de Stichting aan te wijzen organisaties zonder winstoogmerk die actief zijn op het gebied consumentenbescherming.
 - (b) aan de Stichting te betalen een bedrag van EUR 10.500.000 (tien miljoen vijfhonderdduizend euro), althans een door de rechtbank in goede justitie te bepalen bedrag, dat zal dienen om de Stichting in staat te stellen de kosten van afwikkeling van de schadevergoeding te betalen, met de hoofdelijke verplichting voor Gedaagden om nadere betalingen te doen, indien tijdens de schadeafwikkeling blijkt dat de kosten hoger zijn dan vooraf ingeschat, en daarbij te bepalen dat indien enig deel van het bedrag resteert nadat de verdeling van schadevergoedingen is voltooid en alle samenhangende kosten zijn voldaan, de Stichting ertoe zorg zal dragen dat binnen 90 (negentig) dagen het restant zal worden terugbetaald aan een door de Gedaagden op te geven rekening.

Subsidiair: te bepalen dat de Stichting de kosten van de verdeling van de collectieve schadevergoeding in mindering mag brengen van de aan de Consumenten uit te betalen schadevergoeding.
- (iii) Te bepalen dat de Stichting een te goeder naam en faam bekend staande professionele claimafhandelaar zal inhuren en opdracht zal geven de schadevergoedingen te verdelen onder de Consumenten, het een en ander onder toezicht van de Stichting;
- (iv) Te bepalen dat Consumenten die in aanmerking wensen te komen voor een betaling dienen in te stemmen met een bindend advies procedure, waarbij de rechtbank een bindend adviseur zal aanwijzen op verzoek van de Stichting;

- (v) De Gedaagden te bevelen volledige medewerking te verlenen aan het uitvoeren van de collectieve schadeafwikkeling, welke medewerking onder meer behelst dat de Gedaagden via de Apple App Store alle Consumenten zal attenderen op de collectieve schadeafwikkeling, en de Consumenten zal doorsturen naar een door de claimafhandelaar te bepalen adres of website, en de Gedaagden de Stichting zal voorzien van contactgegevens van de Consumenten, en alle andere informatie waar de Stichting om vraagt;
- (vi) Subsidiair: de collectieve schadeafwikkeling zodanig vorm te geven als Uw rechtbank geraden acht op basis van door de Stichting en Gedaagden op grond van artikel 1018i Rv over te leggen voorstellen voor een collectieve schadeafwikkeling.

VI. Proceskostenveroordeling en buitengerechtelijke kosten

- (i) Ieder der Gedaagden hoofdelijk te veroordelen tot vergoeding aan de Stichting binnen vier weken na het te wijzen vonnis:
 - (a) De volledige, werkelijke proceskosten van dit geding, buitengerechtelijke kosten en verdere kosten die de Stichting heeft gemaakt, op grond van artikel 1018l lid 2 Rv, en/of 237 Rv en/of 6:96 BW, dit alles te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf de datum van het te wijzen vonnis tot aan de dag van algehele voldoening;
 - (b) De volledige door de Stichting gemaakte (buitengerechtelijke) kosten en nog in het kader van de schadeafwikkeling te maken kosten, op grond van artikel 6:96 BW, het een en ander te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf de datum van het vonnis tot aan de dag der algehele voldoening,
 - (c) De volledige door de Stichting aan de Funder te betalen overeengekomen vergoeding, op grond van artikel 6:96 BW en/of artikel 1018l lid 2 Rv, zoals nader te begroten op basis van door de Stichting nader over te leggen informatie;

Deurwaarder

De kosten van deze dagvaarding zijn:



Deze zaak wordt behandeld door
Stefan Tuinenga, Damiën Berkhout, Arnout Koeman en Reinier Lamberti
Scott+Scott Attorneys at Law LLP

T [REDACTED], [REDACTED], [REDACTED], [REDACTED]
E [REDACTED], [REDACTED], [REDACTED], [REDACTED]

BIJLAGE A: Producties

Productie	Beschrijving
Productie SCCC - 0001:	Uittreksel bedrijfsregister Apple Inc.
Productie SCCC - 0002:	Financieel jaarverslag 2020 Apple Operations International Ltd.
Productie SCCC - 0003:	KvK-uittreksel Apple Distribution International Ltd.
Productie SCCC - 0004:	Algemene voorwaarden Apple mediadiensten voor diensten in Nederland d.d. 20 september 2021 ⁵⁰³
Productie SCCC - 0005:	KvK-uittreksel Apple Retail Netherlands B.V d.d. 29 maart 2022
Productie SCCC - 0006:	Financieel jaarverslag 2020 Apple Benelux B.V.
Productie SCCC - 0007:	KvK-uittreksel Apple Benelux d.d. 29 maart 2022
Productie SCCC - 0008:	KvK-uittreksel en handelsregisterhistorie Apple Holding B.V. d.d. 29 maart 2022
Productie SCCC - 0009:	Akte van oprichting en statuten Stichting d.d. 10 maart 2022
Productie SCCC - 0010:	Claimcode Compliance Statement Stichting d.d. maart 2022 ⁵⁰⁴
Productie SCCC - 0011:	ACM rapport, Market study into mobile app stores d.d. 11 april 2019 ⁵⁰⁵
Productie SCCC - 0012:	Verslag Apple Software Development Kit Launch d.d. 6 maart 2008
Productie SCCC - 0013:	Declaration of [REDACTED] in the Epic Games vs. Apple zaak d.d. 21 augustus 2020 ⁵⁰⁶
Productie SCCC - 0014:	Apple Developer Agreement d.d. 13 december 2021 ⁵⁰⁷
Productie SCCC - 0015:	Apple Developer Program License Agreement d.d. 13 december 2021 ⁵⁰⁸

⁵⁰³ <https://www.apple.com/nl/legal/internet-services/itunes/nl/terms.html>

⁵⁰⁴ <https://do.occdn.net/p/88/f/20220328-claimcode-compliance-statement-maart-2022-nlwebsite.pdf>

⁵⁰⁵ <https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/market-study-into-mobile-app-stores.pdf>

⁵⁰⁶ <http://docs.dpaq.de/16709-37-main.pdf>

⁵⁰⁷ <https://developer.apple.com/support/downloads/terms/apple-developer-agreement/Apple-Developer-Agreement-20211213-English.pdf>

⁵⁰⁸ <https://developer.apple.com/support/downloads/terms/apple-developer-program/Apple-Developer-Program-License-Agreement-20211213-English.pdf>

- Productie SCCC - 0016: Schedule 2 en 3 van de Licentieovereenkomst d.d. 25 februari 2022 ⁵⁰⁹
- Productie SCCC - 0017: App Store Review Guidelines d.d. 22 oktober 2021 ⁵¹⁰
- Productie SCCC - 0018: Interne Apple e-mail van [REDACTED] aan [REDACTED] d.d. 12 december 2018
- Productie SCCC - 0019: CMA rapport, Mobile ecosystems - market study interim report met bijlagen, d.d. 14 december 2021 ⁵¹¹
- Productie SCCC - 0020: Persbericht ACM, Samenvatting besluit misbruik van economische machtspositie door Apple d.d. 24 augustus 2021 ⁵¹²
- Productie SCCC - 0021: Persbericht Apple, Distributing dating apps in the Netherlands d.d. 3 februari 2022 ⁵¹³
- Productie SCCC - 0022: Persbericht ACM, Apple voldoet niet aan de eisen van de ACM d.d. 24 januari 2022 ⁵¹⁴
- Productie SCCC - 0023: Persbericht Europese Commissie, Antitrust: Commission sends Statement of Objections to Apple on App Store rules for music streaming providers, d.d. 30 april 2021 ⁵¹⁵
- Productie SCCC - 0024: Persbericht Europese Commissie, Antitrust: Commission opens investigations into Apple's App Store rules, d.d. 16 juni 2020 ⁵¹⁶
- Productie SCCC - 0025: Persbericht Europese Commissie, Statement by Executive Vice-President Margrethe Vestager on the Statement of Objections sent to Apple on App Store rules for music streaming providers" d.d. 30 april 2021 ⁵¹⁷
- Productie SCCC - 0026: Persbericht CMA, CMA investigates Apple over suspected anti-competitive behaviour, d.d. 4 maart 2021 ⁵¹⁸

⁵⁰⁹ <https://developer.apple.com/support/downloads/terms/schedules/Schedule-2-and-3-20220225-English.pdf>

⁵¹⁰ <https://developer.apple.com/app-store/review/guidelines/>

⁵¹¹ https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/1048746/MobileEcosystems_InterimReport.pdf

⁵¹² <https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/samenvatting-besluit-misbruik-economische-machtspositie-door-apple.pdf>

⁵¹³ <https://developer.apple.com/support/storekit-external-entitlement/>

⁵¹⁴ <https://www.acm.nl/nl/publicaties/apple-voldoet-niet-aan-de-eisen-van-de-acm>

⁵¹⁵ https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_2061

⁵¹⁶ https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_1073

⁵¹⁷ https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/SPEECH_21_2093

⁵¹⁸ <https://www.gov.uk/government/news/cma-investigates-apple-over-suspected-anti-competitive-behaviour>

- Productie SCCC - 0027: ACCC Digital platform services inquiry, Interim report, App marketplaces, maart 2021 ⁵¹⁹
- Productie SCCC - 0028: US House Judiciary, Report on the investigation of competition in digital markets, 2020 ⁵²⁰
- Productie SCCC - 0029: Mlex artikel, South Korea's app-market law comes into effect today, communications regulator says, d.d. 14 september 2021
- Productie SCCC - 0030: Mlex artikel, Apple takes step back, plans to allow alternative in-app payment systems in South Korea, d.d. 11 januari 2022
- Productie SCCC - 0031: JFTC notice on the closing of the investigation on the suspected violation of the Antimonopoly Act by Apple Inc., d.d. 2 september 2021 ⁵²¹
- Productie SCCC - 0032: Competition Commission of India, Case No. 24 of 2021, d.d. 31 december 2021 ⁵²²
- Productie SCCC - 0033: CAT order d.d. 21 december 2021 ⁵²³
- Productie SCCC - 0034: United States District Court of the Northern District of California, (Donald R. Cameron v. Apple Inc), d.d. 12 oktober 2021 ⁵²⁴
- Productie SCCC - 0035: United States District Court of the Northern District of California (Epic v. Apple), d.d. 10 September 2021 ⁵²⁵
- Productie SCCC - 0036: Brattle Group, Consumer Harm Resulting from Apple's Anticompetitive Practices related to the iOS App Store, maart 2022
- Productie SCCC - 0037: Written direct testimony of ██████████, CPA (Epic v. Apple), d.d. 3 mei 2021
- Productie SCCC - 0038: Screenshot van App Store Connect in de App Store, laatst geraadpleegd op 15 februari 2022
- Productie SCCC - 0039: Persbericht Stichting d.d. 29 maart 2022

⁵¹⁹ <https://www.accc.gov.au/system/files/Digital%20platform%20services%20inquiry%20-%20March%202021%20interim%20report.pdf>

⁵²⁰ https://judiciary.house.gov/uploadedfiles/competition_in_digital_markets.pdf?utm_campaign=4493-519

⁵²¹ https://content.mlex.com/Attachments/2021-09-02_KX1A30M1J446YG3K/210902.pdf

⁵²² <https://www.cci.gov.in/sites/default/files/24-of-2021.pdf?download=1>

⁵²³ https://www.catribunal.org.uk/sites/default/files/2021-12/2021.12.21_1403_Kent_Ruling%20on%20disclosure%20of%20funding%20arrangements%20%281%29.pdf

⁵²⁴ <https://www.classaction.org/media/cameron-et-al-v-apple-inc-motion-prelim-settlement-approval.pdf>

⁵²⁵ <https://cand.uscourts.gov/wp-content/uploads/cases-of-interest/epic-games-v-apple/Epic-v.-Apple-20-cv-05640-YGR-Dkt-812-Order.pdf>



Productie SCCC - 0040: Aansprakelijkheidsstelling van Stichting d.d. 14 maart 2022

Productie SCCC - 0041: Reactie Apple op aansprakelijkheidsstelling van Stichting d.d. 18 maart 2022

BIJLAGE B: Definities

Aangemelde Deelnemers	de personen die zich voor de zaak hebben aangesloten bij de Stichting
ACCC	Australian Competition & Consumer Commission
ACM	Autoriteit Consument & Markt
Anti-steering	Het verbod op het gebruik van hyperlinks (of enige andere verwijzing) naar websites met alternatieve betalingsmethoden
Apple	Apple Inc., Apple Distribution International Limited, Apple Operations International Limited, Apple Holding B.V., Apple Benelux B.V. en Apple Retail Netherlands B.V. (ook wel Gedaagden)
Apple App Store	Apple App Store
Apple Benelux	Apple Benelux B.V.
Apple Distribution	Apple Distribution International Ltd.
Apple Holding	Apple Holding B.V.
Apple IAP	Apple's betalingsverwerker In-App Payment
Apple Operations	Apple Operations International Ltd.
Apple Retail Netherlands	Apple Retail Netherlands B.V.
Apple voorwaarden	de voorwaarden, overeenkomsten en <i>guidelines</i> voor app-ontwikkelaars die Apple oplegt aan app-ontwikkelaars
apps	Applicaties
Bekendmaking	de Bekendmaking van de Commissie inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijke mededingingsrecht, 9 december 1997, (97/C 372/03)
Brattle	economische experts van Brattle Group die de Stichting heeft ingeschakeld
CAT	Competition Appeal Tribunal
Claimcode	Claimcode 2019
CMA	Competition and Markets Authority
Commissie	Europese Commissie
Consumenten	personen die (i) woonachtig zijn in de EU, en die (ii) vanaf 1 september 2009, (iii) terwijl zij in de EU waren (iv) apps hebben gekocht in de Apple App Store en/of in-app aankopen hebben gedaan met Apple IAP het een en ander met uitsluiting van apps die door Apple zelf gemaakt zijn
Deelnemersovereenkomst	de overeenkomst die Aangemelde Deelnemers ontvangen nadat zij zich via de website van de Stichting hebben aangemeld
Eerstdienende Dag	6 juli 2022
Epic	Epic Games

EU	Europese Unie
EU-Betekenningsverordening	Verordening 1393/2007 van 13 november 2007 inzake de betekening en kennisgeving in de lidstaten van gerechtelijke en buitengerechtelijke stukken in burgerlijke of in handelszaken
Europese Consumenten	consumenten die (i) na 1 september 2009 (ii) applicaties hebben gekocht in de Apple App Store en/of aankopen hebben gedaan met Apple IAP (m.u.v. Apple applicaties) (iii) woonachtig zijn in de EU, met uitzondering van Nederland
Financieringsovereenkomst	de overeenkomst tussen de Stichting en de Funder
Funder	Hereford Litigation Finance 4 Limited
Funders Return	het percentage van de schadevergoeding waar de Funder recht op heeft
Gedaagden	Gedaagden 1 t/m 6
Gommers	Ariëne Gommers - de secretaris van het bestuur van de Stichting
Groepsvrijstellingsverordening	Verordening (EU) nr. 330/2010 van de Commissie van 20 april 2010 betreffende de toepassing van artikel 101, lid 3 VWEU op groepen verticale overeenkomsten en onderlinge afgestemde gedragingen, 23 april 2010, PB L 102
Heikens	Bert Heikens - de voorzitter van het bestuur van de Stichting
Herschikte Brussel I-verordening	Verordening (EU) nr. 1215/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2012 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken
Implementatiewet	Wet 25 januari 2017, houdende wijziging van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, in verband met de omzetting van Richtlijn 2014/104/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 november 2014 betreffende bepaalde regels voor schadevorderingen volgens nationaal recht wegens inbreuken op de bepalingen van het mededingingsrecht van de lidstaten en van de Europese Unie
In-app aankopen	aankopen binnen een app
Inbreukbesluit	besluit van 24 augustus 2021 van de ACM waarin de ACM aan Apple een last onder dwangsom oplegt vanwege misbruik machtspositie
iOS	Apple's eigen besturingssysteem voor de iPhone (en aanvankelijk ook de iPad)

Jobs	voormalig Apple CEO Steve Jobs
Koppers	Karin Koppers - de financieel expert in het bestuur van de Stichting
Licentieovereenkomst	Apple Developer Program License Agreement d.d. 13 december 2021
Monti	Professor Giorgio Monti - voorzitter van de RvT van de Stichting
Mw	Mededingingswet
Nederlandse Consumenten	consumenten die (i) na 1 september 2009 (ii) applicaties hebben gekocht in de Apple App Store en/of aankopen hebben gedaan met Apple IAP (m.u.v. Apple applicaties) (iii) woonachtig zijn in Nederland
Ontwikkelaarsovereenkomst	Apple Developer Agreement d.d. 13 december 2021
Opt In	de mogelijkheid voor de Europese Consumenten om gedurende een periode van zes maanden na de aankondiging in de zin van artikel 1018f lid 3 Rv van de uitspraak tot aanwijzing van de Stichting tot exclusieve belangenbehartiger bij schriftelijk bericht aan de griffie van de rechtbank te laten weten in te stemmen met de behartiging van zijn/haar belangen in deze collectieve vordering
Opt Out	de mogelijkheid voor Consumenten om gedurende een periode van drie maanden na de aankondiging in de zin van artikel 1018f lid 3 Rv van de uitspraak tot aanwijzing van de Stichting tot exclusieve belangenbehartiger bij schriftelijk bericht aan de griffie van de rechtbank te laten weten zich van de behartiging van zijn/haar belangen in deze collectieve actie te onttrekken
Partijen	Eiseres en Gedaagden
P2B	Verordening 2019/1150 van 20 juni 2019 ter bevordering van billijkheid en transparantie voor zakelijke gebruikers van onlinetussenhandelsdiensten, OJ L 186, p. 57-79
Relevante Periode	De periode vanaf in elke geval 1 september 2009 tot en met heden waarin Apple zich onrechtmatig heeft gedragen
Review Guidelines	Apple App Store Review Guidelines d.d. 22 oktober 2021
Richtlijn Schadevorderingen mededingingsrecht	Richtlijn 2014/104/EU van 26 november 2014
Richtsnoeren Verticale Beperkingen	Richtsnoeren inzake verticale beperkingen, 19 mei 2010, 2010/C 130/01
RCJ	de Stichting Right to Consumer Justice
ROCE	<i>Return on Capital Employed</i>

Rome II	Verordening (EG) nr. 864/2007 betreffende het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen
RvT	Raad van Toezicht van de Stichting
Savornin Lohman	Hans de Savornin Lohman – lid van de RvT
Schedules	Schema 2 en 3 bij de Licentieovereenkomst d.d. 25 februari 2022
Stichting	de Stichting Consumenten Competition Claims
Toxopeus	Inge-Lisa Toxopeus - de financieel expert in de RvT van de Stichting
VWEU	Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie
WAMCA	Wet Afwikkeling Massaschade in Collectieve Acties