HAUSFELD®

RECHTBANK AMSTERDAM

ROLDATUM: 6 JULI 2022

DAGVAARDING

STICHTING APP STORES CLAIMS
Statutair gevestigd te Amsterdam

tegen

1. APPLE INC.
Statutair gevestigd te Cupertino, Verenigde Staten van Amerika

en

2. APPLE DISTRIBUTION INTERNATIONAL LTD.,
Statutair gevestigd te Hollyhill, Ierland

Heden, de …… tweeduizend en tweeëntwintig, ten verzoeke van de **STICHTING APP STORES CLAIMS** (hierna **de** "**Stichting**"), statutair gevestigd te AMSTERDAM, te dezer zake woonplaats kiezende te (1015 CS) Amsterdam aan de Keizersgracht 62, ten kantore van Hausfeld Advocaten, van welk kantoor mr. R. Meijer en mr. S. Timmerman tot advocaten worden gesteld,

GEDAGVAARD:

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

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

  aldaar werkzaam en aanwezig.

- verzocht wordt dit exploot, voorzien van de vertaling van die stukken in de Engels taal, aan de vennootschap naar Amerikaans recht Apple Inc., gevestigd te One Apple Park Way, Cupertino, CA 95014, Verenigde Staten van Amerika, te doen betekenen/kennisgeven overeenkomstig de artikelen 3 tot en met 6 van het Verdrag inzake de betekening en de kennisgeving in het buitenland van gerechtelijke en buitengerechtelijke stukken in burgerlijke- en handelszaken van 15 november 1965 (het "**Verdrag**"), en wel door betekening of kennisgeving met inachtneming van de vormen in de wetgeving van de aangezochte lidstaat voorgeschreven voor de

betekening of de kennisgeving van stukken, die in dat land zijn opgemaakt en bestemd zijn voor zich aldaar bevindende personen, waarbij aan de in artikel 6 van het Verdrag bedoelde (centrale) autoriteit voorts verzocht wordt een afschrift van dit exploot te retourneren, vergezeld van de verklaring als bedoeld in artikel 6 van het Verdrag.

- de kosten ten bedrage van USD 95,00 worden tijdig overgemaakt naar de Wells Fargo Bank, account no. 2007107119, onder vermelding van Swift Code: WFBIUS6S, 1763 4th Ave South, Seattle, Washington 98134 USA onder vermelding van de vennootschap naar het recht harer vestiging Apple Inc., gevestigd te One Apple Park Way, Cupertino, CA 95014, Verenigde Staten van Amerika;

- Voorts wordt een afschrift van dit exploot voorzien van de vertaling van die stukken in de Engels taal onverwijld door mij per aangetekende brief gezonden aan het adres van de vennootschap naar Amerikaans recht Apple Inc., voornoemd;

- en voorts heb ik in overeenstemming met artikel 10 sub b van het Verdrag vandaag een afschrift van dit exploot 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.

2) De vennootschap naar buitenlands recht A**PPLE DISTRIBUTION INTERNATIONAL LTD**., statutair gevestigd en kantoorhoudend aan Hollyhill Industrial Estate, Hollyhill, Cork in de Republiek Ierland aan wie ik uit krachte van artikel 56 lid 2 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en in mijn hoedanigheid van verzendende instantie als bedoeld in Verordening (EG) nr. 1393/2007 van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 13 november 2007 (“EG-betekeningsverordening”) en de Uitvoeringswet EG-betekeningsverordening op de volgende wijzen dit exploot beteken:

   i. Ten eerste overeenkomstig lid 2 van voornoemd artikel 56 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en overeenkomstig artikel 15 van de EG-betekeningsverordening door verzending van twee afschriften dezes, met vertaling daarvan in de Engelse taal naar de ontvangende instantie in de Republiek Ierland, aan het adres:

      Service of EU Documents, Courts Service

Centralised Office Combined Court Office,
the courthouse, Castlebar, Co.Mayo Ierland

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

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

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

met gelijktijdige toezending van het in artikel 8 lid 1 van de EG-betekeningsverordening in bijlage II bedoelde modelformulier.
Deze verzending heeft heden door mij, gerechtsdeurwaarder, plaatsgevonden per UPS en is toegezonden aan voormeld adres van gedaagde met de mededeling dat gedaagde deze rechtstreeks toegezonden stukken mag weigeren door het hiervoor bedoelde modelformulier en de betekende stukken binnen één week na ontvangst aan mij, gerechtsdeurwaarder, te retourneren, indien zij niet gesteld zijn in of niet vergezeld gaan van een vertaling in één van de volgende talen:

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

OM:

Op woensdag zes juli tweeduizend en tweeëntwintig (06-07-2022), des voormiddags te 10.00 uur, niet in persoon maar vertegenwoordigd door een advocaat, te verschijnen ter terechtzitting van de Rechtbank Amsterdam, alsdan en aldaar te houden in het gerechtsgebouw aan de Parnassusweg 280 te (1076 AV) Amsterdam;

ONDER AANZEGGING:

(1) dat, indien een gedaagde verzuimt om advocaat te stellen of het hierna te noemen griffierecht niet tijdig betaalt en de voorgeschreven termijnen en formaliteiten in acht zijn genomen, de Rechtbank tegen deze gedaagde verstek zal verlenen en de hierna omschreven vordering zal toewijzen, tenzij deze haar onrechtmatig of ongegrond voorkomt;

(2) dat, indien ten minste één van de Gedaagden in het geding verschijnt en het griffierecht tijdig heeft voldaan, tussen alle partijen één vonnis wordt gewezen, dat als een vonnis op tegenspraak wordt beschouwd;

(3) bij verschijning in het geding, van ieder der Gedaagden een griffierecht zal worden geheven, te voldoen binnen vier weken te rekenen vanaf het tijdstip van verschijning;

(4) dat de hoogte van de griffierechten is vermeld in de meest recente bijlage behorend bij de Wet griffierechten burgerlijke zaken, die onder meer is te vinden op de website: www.kbvg.nl/griffierechtentabel;

(5) dat van een persoon die onvermogend is, een bij of krachtens de wet vastgesteld griffierecht voor onvermogenden wordt geheven, indien hij op het tijdstip waarop het griffierecht wordt geheven heeft overgelegd:

(i) een afschrift van het besluit tot toevoeging, bedoeld in artikel 29 van de Wet op de Rechtsbijstand, of indien dit niet mogelijk is ten gevolge van omstandigheden die redelijkerwijs niet aan hem zijn toe te rekenen, een afschrift van de aanvraag, bedoeld in artikel 24, tweede lid, van de Wet op de Rechtsbijstand, dan wel

(ii) een verklaring van het bestuur van de Raad voor de 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;

(6) van Gedaagden die bij dezelfde advocaat verschijnen en gelijkluidende conclusies nemen, op basis van artikel 15 van de Wet griffierechten burgerlijke zaken slechts eenmaal een gezamenlijk griffierecht wordt geheven.

MET MEDEDELING DAT:

Eiseres, op straffe van niet ontvankelijkheid, binnen twee dagen na de dag van dagvaarding het exploot van dagvaarding ter griffie indient en gelijktijdig aantekening maakt van de zaak en de dagvaarding in het centraal register voor collectieve acties als bedoeld in artikel 3:305a lid 7 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.

Aanduidingen en afkortingen

a. "**API**" betekent een toepassingsprogramma-interface, d.w.z. een reeks definities en protocollen voor het bouwen en integreren van toepassingssoftware, waarmee externe ontwikkelaars hun apps kunnen programmeren om verbinding te maken met de door het besturingssysteem geboden functionaliteit.

b. "**app**" betekent een individuele softwareapplicatie die is ontworpen voor een bepaald besturingssysteem en op een mobiel toestel met dat besturingssysteem kan worden gedownload uit een app store. Dit in tegenstelling tot "web apps", die alleen toegankelijk zijn via een webbrowser.

c. "**app store**" een app die functioneert als een digitaal distributieplatform voor andere apps, en die de gebruikers in staat stelt die apps vanuit één enkele interface te zoeken, te downloaden en te beheren.

d. "**App Store**" betekent Apple's eigen app store zoals voorgeïnstalleerd op alle iOS Apparaten.

e. "**Apple**" betekent de Apple-groep, waaronder de gedaagden.

f. "**Apple App**" betekent een app die door Apple is ontworpen voor iOS.

g. "**Apple ID**" betekent de persoonlijke account die iOS Apparaat gebruikers gebruiken om toegang te krijgen tot Apple diensten, zoals de App Store, en omvat de informatie die iOS Apparaat gebruikers gebruiken om in te loggen, evenals al hun contact-, betalings- en beveiligingsgegevens.

h. "**Apple Prijsniveaus**" betekent de door Apple vastgestelde prijsniveaus voor apps die worden aangeboden in de App Store.

i. "**ASPPS**" betekent het App Store betalingsverwerkingssysteem.

j. "**Claimcode**" betekent de Claimcode 2019.

k. "**Commissie**" betekent de commissie die door Apple wordt ingehouden op elke Relevante Aankoop.

l. "**Developer Program**" betekent het Apple Developer Program als bedoeld in de DPLA.

m. "**DPLA**" betekent de Apple Developer Program Licence Agreement.

n. “**iOS**” betekent het mobiele besturingssysteem van Apple. In 2019 introduceerde Apple voor haar tablets het iPadOS-besturingssysteem. Hetgeen in deze dagvaarding wordt gesteld met betrekking tot het iOS is evenzeer van toepassing op iPadOS. Gemakshalve zal hierna de term "iOS" worden gebruikt voor zowel iOS als iPadOS.

o. “**iOS App**” betekent een app die door een derde-ontwikkelaar (dus niet door Apple) is ontworpen voor iOS.

p. “**iOS Apparaat**” betekent een iPhone, iPad of iPod touch of een andere apparaat dat op het iOS-besturingssysteem van Apple draait.

q. “**iOS Apparaat gebruiker**” omvat alle gebruikers van iOS Apparaten, rechtspersonen of natuurlijke personen.

r. “**iOS App ontwikkelaar**” betekent een derde-ontwikkelaar (dus niet Apple) van een of iOS Apps.

s. “**Nederlandse App Store**” betekent de versie van de App Store die geïnstalleerd is op een iOS Apparaat waarbij de Apple ID die met dat iOS Apparaat geassocieerd is, het Land/Regio als het Nederland specificeert.

t. “**Programmabijdrage**” betekent de jaarlijkse bijdrage die ontwikkelaars van iOS Apps aan Apple dienen te betalen.

u. “**Relevante Aankoop**” betekent:

i. elke aankoop van een iOS App in de App Store, waarvoor een gebruiker van een iOS Apparaat een vergoeding betaalt om deze te downloaden (een "Relevante App Aankoop"); of

ii. elke eenmalige aankoop door een iOS Apparaat gebruiker binnen een iOS App, waarvoor de iOS Apparaat gebruiker een vergoeding betaalt (een "Relevante In-App Aankoop"); of

iii. elke terugkerende aankoop door een iOS Apparaat gebruiker binnen een iOS App, waarvoor de iOS Apparaat gebruiker een vergoeding betaalt (een "Relevante Aankoop met Abonnement"),

onder voorbehoud van de volgende uitsluitingen:

i. de in-app aankoop van realtime person-to-person diensten tussen twee personen; en

ii. de in-app aankoop van fysieke goederen of diensten die buiten de iOS App zullen worden verbruikt.

v. “**Richtlijnen**” betekent de App Store Review Guidelines (https://developer.apple.com/app-store/review/guidelines/)

w. “**ROCE**” betekent *return on capital employed* oftewel het rendement op het geïnvesteerde kapitaal.

x. “**Stichting**” betekent de Stichting app stores claims, eiser in de onderhavige procedure.

y. “**WACC**” betekent *weighted average cost of capital* oftewel de gewogen gemiddelde kapitaalkosten.

z. “**WAMCA**” betekent de Wet afwikkeling massaschade in collectieve actie die op 1 januari 2020 in werking is getreden.

Inhoudsopgave:

1. Inleiding 12

2. Samenvatting en plan van behandeling 12

A. Samenvatting van de vordering en de grondslagen daarvan 13

B. Plan van behandeling 15

3. Betrokken partijen 16

A. De Stichting app stores claims 16

B. Apple Inc. 16

C. Apple Distribution International Ltd. 17

4. Feiten en omstandigheden 17

A. De werking van mobiele toestellen 17

B. Het Apple ecosysteem 18

C. Voorwaarden die Apple oplegt aan ontwikkelaars van iOS Apps en gebruikers van iOS Apparaten 24

5. Mededingingsrechtelijke inbreuken 33

A. Relevante Markten 33

B. Machtspositie 36

C. Misbruik 36

D. Excessieve prijzen 43

E. Gevolgen voor de handel tussen lidstaten 51

F. Andere juridische procedures en onderzoeken 51

6. Aansprakelijkheid en schade 59

A. Aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad 59

Onrechtmatigheid 59

Toerekenbaarheid 59

Causaliteit 60

Schade 61

De schade is door de gebruikers van iOS Apparaten geleden 62

Bewijsvermoeden 63

Conclusie ***64***

B. Aansprakelijkheid op grond van ongerechtvaardigde verrijking **64**

7. Toepasselijkheid WAMCA en ontvankelijkheid ***65***

A. Inleiding **65**

B. Toepasselijkheid WAMCA **66**

C. De personen tot bescherming van wier belangen de collectieve vordering strekt **69**

D. Efficiëntie en effectiviteit van deze collectieve actieprocedure (artikel 1018c lid 1 onder c en lid 5 Rv jo artikel 3:305a lid 1 BW) **71**

E. Ontvankelijkheid Stichting app stores claims **72**

F. Verdere (vrijwillig) conformering aan de Claimcode **81**

G. Verzoek om aanwijzing als Exclusieve Belangenbehartiger **88**

H. Aantekening van de onderhavige dagvaarding in het Centraal register voor collectieve vorderingen en vermelding van de gevolgen van die aantekening (ex art. 1018c, lid 1, sub f, Rv) **94**

8. Bekende verweren ***94***

9. Bewijs ***95***

10. Rechtsmacht en toepasselijk recht ***95***

A. Rechtsmacht van de rechtbank Amsterdam **95**

B. Toepasselijk recht **98**

11. Petitum ***99***

Productielijst: ***103***

TENEINDE:

alsdan voor die Rechtbank kennis te nemen van het namens eiser gevorderde:

1. INLEIDING

1.1 De Stichting app stores claims (de "**Stichting**") komt in deze procedure op voor alle particuliere en zakelijke gebruikers van iOS Apps die een Relevante Aankoop hebben gedaan (de "**Gedupeerden**").

1.2 De collectieve vorderingen die de Stichting met deze dagvaarding wenst in te stellen (de "**vorderingen**") zijn gebaseerd op het misbruik dat Apple heeft gemaakt van haar economische machtspositie sinds de oprichting van de App Store op 10 juli 2008. Door misbruik te maken van haar economische machtspositie heeft Apple in strijd gehandeld met artikel 102 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie ("**VWEU**") en artikel 24 van de Mededingingswet ("**Mw**").

1.3 Met deze procedure beoogt de Stichting dit misbruik van economische machtspositie door Apple een halt toe te roepen en de schade die de gebruikers van iOS Apparaten daardoor hebben geleden vergoed te krijgen.

2. SAMENVATTING EN PLAN VAN BEHANDELING

2.1 De gedaagden maken beiden deel uit de Apple-groep ("**Apple**"). Apple ontwerpt, vervaardigt en verkoopt een reeks zeer populaire apparaten, waaronder personal computers (iMacs), telefoons (de iPhone) en tablets (de iPad), samen met een hele reeks aanverwante software en diensten. Mobiele apparaten zoals de iPhone en de iPad maken gebruik van het door Apple ontworpen besturingssysteem iOS.[1] Naar schatting waren er in 2021 alleen al in het Nederland ongeveer 7 miljoen iPhone-gebruikers en 7 miljoen iPad-gebruikers. Apple had daarmee in Nederland een marktaandeel van meer dan 40% in de smartphone markt en bijna 60% in de tablet markt.[2]

[1] In 2019 introduceerde Apple voor haar tablets het iPadOS-besturingssysteem. Hetgeen in deze dagvaarding wordt gesteld met betrekking tot iOS is evenzeer van toepassing op iPadOS. Gemakshalve zal in deze dagvaarding de term "iOS" worden gebruikt voor zowel iOS als iPadOS.
[2] https://gs.statcounter.com/vendor-market-share/mobile/netherlands/2021

A. Samenvatting van de vordering en de grondslagen daarvan

(i) De gebeurtenis of gebeurtenissen waarop de collectieve vordering betrekking heeft

2.2 De vorderingen zijn gebaseerd op het misbruik dat Apple heeft gemaakt van haar economische machtspositie sinds de oprichting van de App Store op 10 juli 2008. Concreet gaat het daarbij kort gezegd om mededingingsbeperkende maatregelen van Apple met betrekking tot de distributie van iOS-Apps en digitale producten die daarin of daarmee kunnen worden gekocht ("**In-App Producten**") en het systeem dat het downloaden en het daaropvolgende gebruik van iOS Apps op iOS Apparaten omringt.

2.3 Als gevolg van beperkende voorwaarden en technische beperkingen die zijn opgelegd door Apple, gelden binnen dat systeem de navolgende voorwaarden:

a. iOS is het enige besturingssysteem dat op iOS Apparaten mag worden gebruikt.

b. iOS Apps voor gebruik op iOS Apparaten kunnen alleen worden gedownload in de App Store van Apple;

c. betalingen voor Relevante Aankopen kunnen alleen gedaan worden met Apple's ASPPS; en

d. Apple rekent over alle Relevante Aankopen de Commissie, die grotendeels op 30% is vastgesteld.

2.4 Een en ander wordt kernachtig beschreven in een rapport van de *Subcommittee on Antitrust, Commercial and Administrative Law of the Committee on the Judiciary* het Huis van Afgevaardigden van de VS uit 2020 (blz. 341)[3]:

> "*Apple owns the iOS operating system as well as the only means to distribute software on iOS devices. Using its roles as an operating system provider, Apple prohibits alternatives to the App Store and charges fees and commissions for some categories of apps to reach customers. It responds to attempts to circumvent its fees and commissions with removal from the App Store. Because of this policy, developers have no other option than to play by Apple's rules to reach customers who own iOS devices. Owners of iOS devices have no alternative means to install apps on their phone*." (onderstreping toegevoegd)

[3] Investigation of competition in Digital Markets, Subcommittee on Antitrust, Commercial and Administrative Law of the Committee on the Judiciary, October 2020 (het "**US Committee Report**") (**Productie 1**)

2.5 Apple heeft dan ook een machtspositie – zelfs een monopolie - in: (i) de markt voor de distributie van iOS Apps aan gebruikers van iOS Apparaten ("**iOS App distributie markt**"); en (ii) de markt voor de levering van betalingsverwerkingsdiensten voor Relevante Aankopen ("**iOS betalingsverwerkingsmarkt**"). Van deze machtspositie heeft Apple misbruik gemaakt door: (a) beperkende voorwaarden op te leggen die de ontwikkelaars van iOS Apps verplichten om iOS Apps uitsluitend via de App Store te distribueren, en vereisen dat alle Relevante Aankopen via de ASPPS worden gedaan; en (b) buitensporige en oneerlijke prijzen in rekening te brengen in de vorm van de Commissie. Gebruikers van iOS Appraten hebben door dit misbruik schade geleden.

2.6 Welbeschouwd heeft Apple van de gebruikers van iOS Apparaten in Nederland (en elders) een groep gemaakt die volledig is gebonden en van Apple afhankelijk is als enige bron van alle iOS Apps en digitale aankopen daarin. Met andere woorden, Apple is de enige essentiële handelspartner van de gebruikers van iOS Apparaten voor al die aankopen. Vervolgens heeft Apple die markt uitgebuit, door een buitensporige en onbillijke provisie vast te stellen die in geen enkele verhouding staat tot de kosten van de betrokken dienstverlening. Dit gedrag is onrechtmatig op grond van artikel 24 Mw en artikel 102 VWEU.

(ii) De personen ter bescherming van wier belangen de collectieve vordering strekt

2.7 Zoals gezegd, stelt de Stichting deze collectieve vordering in namens alle particuliere en zakelijke gebruikers van iOS Apparaten die één of meer Relevante Aankopen hebben gedaan in de Nederlands versie van de App Store.

2.8 Deze gebruikers van iOS Apparaten hebben als gevolg van het onrechtmatige en mededingingsbeperkende gedrag van Apple schade geleden. Deze schade bestaat uit hogere prijzen, verminderde keuze en innovatiebeperkingen. Gebruikers van iOS-apparten hebben meer Commissie betaald voor Relevante Aankopen dan zij zouden hebben gedaan onder omstandigheden van normale en daadwerkelijke mededinging. Volgens een voorlopige schatting van het door de Stichting ingeschakelde economische onderzoeksbureau AlixPartners, bedraagt de totale schade die de ongeveer 7 miljoen benadeelde iPhone gebruikers en 7 miljoen benadeelde iPad gebruikers hebben geleden tussen EUR 236 miljoen en EUR 637 miljoen (inclusief wettelijke rente).[4] Het betreft hier dan alleen nog maar de schade bestaande uit de

[4] Economic analysis of Apple's conduct relating to the App Store, Expert Report by Derek James Holt, Prepared for Stichting app stores claims (hierna het "**Rapport AlixPartners**", **Productie 2**), randnummers 1.8.6. en 10.2.12 alsmede bijlage A.3 (Estimation of damages). Exclusief wettelijke rente bedraagt de schade die de benadeelde gebruikers hebben geleden tussen de EUR 219 miljoen en EUR 592 miljoen.

excessieve Commissie en nog niet de schade die voortvloeit uit de verminderde keuze en innovatie. De werkelijk geleden schade is derhalve nog groter.

(iii) De mate waarin de te beantwoorden feitelijke en rechtsvragen gemeenschappelijk zijn.

2.9 De te beantwoorden feitelijke en rechtsvragen zijn in voldoende mate gemeenschappelijk en de vorderingen van de Gedupeerden lenen zich voor bundeling. De Gedupeerden zijn allemaal: (i) gebruikers van iOS Apparaten, die (ii) één of meer Relevante Aankopen hebben gedaan in de Nederlands versie van de App Store, waardoor zij schade hebben geleden en (iii) de schade is veroorzaakt door het onrechtmatige en mededingingsbeperkende gedrag van Apple. De belangen waar de vorderingen op zien laten zich voldoende veralgemeniseren om te kunnen worden gerekend tot de gelijksoortige belangen waarop artikel 3:305a BW ziet. De Gedupeerden hebben met elkaar gemeen getroffen te zijn door de machtspositie die Apple heeft gecreëerd met de oprichting van de App Store op 10 juli 2008 en het misbruik dat Apple vervolgens van die machtspositie heeft gemaakt. Voor alle Relevante Aankopen die door iOS Apparaat gebruikers zijn verricht is dezelfde Commissie in rekening gebracht. Zoals wordt toegelicht in het rapport van AlixPartners, hebben iOS Apparaat gebruikers in ieder geval van 1 januari 2013 meer Commissie betaald voor zij zouden hebben gedaan onder omstandigheden van normale en daadwerkelijke mededinging.[5]

B. Plan van behandeling

2.10 Deze dagvaarding is als volgt opgebouwd.

2.11 In hoofdstuk 3 van deze dagvaarding zal de Stichting eerst stilstaan bij de betrokken partijen en haar eigen achtergrond. Daarna komen in hoofdstuk 4 de feiten en relevante achtergronden aan de orde. In hoofdstuk 5 wordt uitgebreid stil gestaan bij de mededingingsrechtelijke kwalificatie van het handelen van Apple.

2.12 In hoofdstuk 6 zal de Stichting de juridische kwalificatie en gevolgen van het handelen van gedaagden bespreken. Daarbij zal zij ook ingaan op de schade die door de Gedupeerden is geleden. Vervolgens zal de Stichting aantonen dat aan alle ontvankelijkheidseisen is voldaan en verzoeken om benoeming als Exclusieve Belangenbehartiger (hoofdstuk 7). Ten slotte gaat de Stichting kort in op de (bekende) verweren van gedaagden (hoofdstuk 8) en het bewijs (hoofdstuk 9).

[5] Rapport AlixPartners, randnummer 1.5.11.

2.13 De Stichting sluit af met enkele opmerkingen over de rechtsmacht en het toepasselijk recht (hoofdstuk 10).

2.14 Voor een nader overzicht van alle behandelde onderwerpen verwijst de Stichting naar de inhoudsopgave van deze dagvaarding na de aanzeggingen.

3. BETROKKEN PARTIJEN

A. De Stichting app stores claims

3.1 De Stichting is opgericht op 27 oktober 2021 en statutair gevestigd te Amsterdam. Volgens artikel 2 van haar statuten (**Productie 3**) heeft de Stichting als doel (o.a.) "*Het behartigen van belangen van gebruikers die schade lijden, schade dreigen te lijden en/of schade hebben geleden ten gevolge van het handelen of nalaten van een of meer Apple Entiteiten, Google Entiteiten en/of andere (derde) partijen die aanleiding geven tot een claim;*".

3.2 De behartiging van de belangen van de Gedupeerden valt derhalve onder de statutaire doelomschrijving van de Stichting.

B. Apple Inc.

3.3 Apple Inc. is gevestigd te One Apple Park Way, Cupertino, Californië, de Verenigde Staten van Amerika. Apple Inc. staat aan het hoofd van de Apple-groep en is in die hoedanigheid verantwoordelijk voor het bepalen van de voorwaarden waaronder iOS App ontwikkelaars iOS Apps in de App Store aan gebruikers van iOS Apparaten mogen distribueren, onder meer door middel van de beperkende contractuele voorwaarden en technologische beperkingen die hieronder worden beschreven. Meer in het bijzonder eist Apple Inc. van de ontwikkelaars van iOS Apps dat zij de *Apple Developer Program Licence Agreement* ("**DPLA**") aangaan voordat zij iOS Apps aan gebruikers van iOS Apparaten mogen distribueren (**Productie 4**). De DPLA is een contract waarover niet onderhandeld kan worden tussen Apple Inc en de ontwikkelaars van iOS Apps.[6] Apple Inc stelt ook de *App Store Review Guidelines* (de "**Richtlijnen**") vast, die van tijd tot tijd eenzijdig door Apple kunnen worden gewijzigd en die voorschrijven aan welke criteria iOS Apps moeten voldoen voordat Apple de iOS App goedkeurt voor distributie via de App Store (**Productie 5**).

3.4 Zoals in hoofdstuk 6 deze dagvaarding zal worden toegelicht, is Apple Inc. zelfstandig aansprakelijk voor de beschreven inbreuken op het mededingingsrecht.

[6] Zie artikel 1.2 DPLA, waar "Apple" wordt gedefinieerd als Apple Inc.

C. Apple Distribution International Ltd.

3.5 Apple Distribution International Ltd. ("**Apple Distribution**") maakt eveneens deel uit van de Apple groep en is gevestigd te Hollyhill Industrial Estate, Hollyhill, Cork, Republic of Ireland. Apple Distribution wordt in de gepubliceerde jaarverslagen van Apple Inc. aangemerkt als een "significante dochteronderneming". De aandelen in Apple Distribution worden uiteindelijk gehouden door Apple Inc.[7]

3.6 Ingevolge de DPLA wordt Apple Distribution aangewezen als de "commissionair", d.w.z. de agent die namens ontwikkelaars van iOS Apps de commissie int bij de eindgebruikers van iOS Apps in (o.a.) Nederland.[8] Apple Distribution is sinds 25 september 2016 de commissionair voor de Nederlandse iOS Apparaat gebruikers. Vóór 25 september 2016 was de betrokken commissionair iTunes S.à.r.l, een in Luxemburg geregistreerde vennootschap, die haar activiteiten op 25 oktober 2016 heeft gestaakt. Het lijkt erop dat dit het gevolg was van een "fusie/splitsing", die volgens de openbaar beschikbare informatie met Apple Distribution was.[9]

4. FEITEN EN OMSTANDIGHEDEN

A. De werking van mobiele toestellen

4.1 Mobiele apparaten zoals smartphones en tablets zijn alomtegenwoordig in Nederland; 93% van alle Nederlanders ouder dan 13 jaar bezat in 2020 een smartphone.[10] Uit openbare bronnen blijkt dat voor volwassenen in Nederland hun smartphone het belangrijkste apparaat is dat zij gebruiken om verbinding te maken met het internet.[11]

4.2 Mobiele toestellen hebben een besturingssysteem nodig. De software van het besturingssysteem is de kernsoftware die de gebruikers basisfunctionaliteit biedt, waaronder bijvoorbeeld de bediening van toetsen, aanraak- en bewegingscommando's en de gebruikersinterface, met inbegrip van pictogrammen en andere visuele elementen. Het besturingssysteem beheert alle hardware van het toestel en alle aanvullende, niet-kernsoftware (namelijk apps) die later op het toestel geladen wordt. Het wordt regelmatig bijgewerkt.

---

[7] Via de vennootschappen Apple Operations International en Apple Operations Europe Ltd.
[8] DPLA, Appendix A bij Schema 1, onderdeel 2 en de artikelen 1.1. en 1.2 en Exhibit A.2 van Schedule 2 bij de DPLA.
[9] Zie o.a. https://www.appleworld.today/2016/09/20/apple-is-moving-its-itunes-business-to-ireland/
[10] Per december 2020; zie: https://www.statista.com/statistics/451495/smartphone-penetration-internet-users-the-netherlands/
[11] https://www.statista.com/statistics/573347/devices-with-access-to-the-internet-at-home-in-the-netherlands-by-age-group/

4.3 Via apps kunnen allerlei functies worden uitgevoerd, vergelijkbaar met die van software op desktop- of laptopcomputers, waarmee gebruikers aan die apparaten functies kunnen toevoegen, toegang kunnen krijgen tot bepaalde content, of toegang kunnen krijgen tot bepaalde diensten. Apps moeten worden geprogrammeerd om te functioneren op het specifieke besturingssysteem waarop zij zullen worden gedownload en uitgevoerd. Een app die voor een bepaald besturingssysteem is ontwikkeld, zal niet werken op een mobiel toestel dat een ander besturingssysteem gebruikt.

4.4 Sommige apps zijn gratis te downloaden en te gebruiken. Andere apps brengen kosten in rekening, hetzij om ze te downloaden, hetzij om specifieke functies te kunnen gebruiken. Daarvoor is het gebruik van een betalingsverwerkingsdienst nodig, die in de app geïntegreerd is door een besturingssysteem-specifieke API.

4.5 App stores fungeren als digitale distributieplatforms voor andere apps, waarmee gebruikers apps kunnen zoeken, downloaden en beheren vanuit één enkele interface.

B. Het Apple ecosysteem

4.6 Het "ecosysteem" van Apple bestaat uit zijn hardware, zijn besturingssysteem (iOS), zijn eigen apps en zijn diensten. Apple fabriceert en distribueert iOS Apparaten en ook pc's die bekend staan als "Macs". Apple heeft een belangrijk aandeel in de markt voor mobiele apparaten.[12]

4.7 iOS regelt de basisfuncties van iOS Apparaten. Het is eigendom van Apple. iOS is voorgeïnstalleerd op alle iOS Apparaten en Apple staat niet toe dat een ander besturingssysteem op iOS Apparaten wordt geïnstalleerd.[13] Het bedrijfsmodel van Apple is gebaseerd op de verticale integratie van iOS in de iOS Apparaten van Apple, zodat concurrerende besturingssystemen, zoals het Google Android besturingssysteem, niet kunnen worden gebruikt. iOS draait alleen op apparaten van Apple en is buiten het "gesloten" ecosysteem van Apple niet toegankelijk voor gebruikers van iOS Apparaten of ontwikkelaars van iOS Apps.[14]

[12] Zie bijvoorbeeld voor Nederland: https://gs.statcounter.com/vendor-market-share/mobile/netherlands/2021

[13] In de woorden van Apple: "*Het is eveneens belangrijk op te merken dat onbevoegde wijzigingen aan iOS een schending van de softwarelicentieovereenkomst voor iOS-eindgebruikers inhoudt en dat Apple daarom onderhoud aan een iPhone, iPad of iPod touch met onbevoegde software mag weigeren*.". Zie: https://support.apple.com/nl-nl/HT201954

[14] Zie ook: https://techland.time.com/2011/07/01/why-competing-with-apple-is-so-difficult/

(i) De App Store

4.8 De eerste iPhone werd in 2007 gelanceerd.[15] In dat eerste jaar werden iOS-apparaten (toen nog alleen iPhones) aan eindgebruikers verkocht met zeer weinig voorgeïnstalleerde Apple Apps en had Apple geen eigen middelen om iOS Apps te distribueren. Op dat moment waren er geen geautoriseerde middelen voor gebruikers van iOS Apparaten om iOS Apps te vinden en te downloaden.[16]

4.9 In 2008, een jaar na de lancering van de eerste iPhone, lanceerde Apple echter de App Store. Zowel Apple Apps als iOS Apps kunnen via de App Store worden gedownload voor gebruik op iOS-apparaten.[17]

4.10 Op alle relevante tijdstippen heeft Apple, door middel van de hieronder in meer detail beschreven methoden, de App Store tot de exclusieve methode gemaakt om iOS Apps rechtstreeks onder gebruikers van iOS Apparaten te verspreiden.

4.11 Bij de lancering in 2008 had de App Store ongeveer 500 iOS Apps beschikbaar. In maart 2021 heeft de App Store 28 miljoen geregistreerde ontwikkelaars,[18] waaronder ongeveer 500.000 publicerende ontwikkelaars als onderdeel van het Developer Program (hieronder nader beschreven). De App Store heeft in 2020 34,4 miljard downloads van iOS-apps mogelijk gemaakt.[19]

4.12 De App Store is het product dat de meeste inkomsten genereert in de dienstencategorie van Apple. Geschat wordt dat de consumentenuitgaven voor de App Store in 2021 wereldwijd USD 85,1 miljard bedragen. Dat is een stijging van ruim 17,7% ten opzichte van dezelfde periode in 2020.[20] De wereldwijde uitgaven in de App Store kunnen worden opgesplitst per app-categorie en geografisch. Per app-categorie waren games in 2019 goed voor de hoogste inkomsten in de App Store (68% van de totale wereldwijde inkomsten in de App Store).[21] AlixPartners heeft voorts berekend

[15] Voor een overzicht van de verschillende modellen zie: https://www.bbc.co.uk/news/newsbeat-47056309
[16] https://9to5mac.com/2011/10/21/jobs-original-vision-for-the-iphone-no-third-party-native-apps/
[17] https://9to5mac.com/2011/10/21/jobs-original-vision-for-the-iphone-no-third-party-native-apps/
[18] Geregistreerde ontwikkelaars zijn ontwikkelaars die de Apple Developer Agreement hebben ondertekend en toegang hebben gekregen tot de basistools voor app-ontwikkeling van Apple, waarin ze een codeertaal (Swift) kunnen leren gebruiken in de geïntegreerde ontwikkelomgeving van Apple (Xcode), en gratis Apple conferenties en evenementen kunnen bijwonen.
[19] https://www.businessofapps.com/data/app-statistics/#:%7E:text=Content%20Menu&text=The%20iOS%20App%20Store%20launched,available%20for%20users%20to%20download
[20] Rapport AlixPartners, randnummer 3.3.5.
[21] Zie: https://www.statista.com/statistics/1010701/apple-app-store-revenue-share-by-category-worldwide/

dat de gemiddelde uitgaven per Nederlandse iOS-apparaatgebruiker is gestegen van USD 19 in 2013 naar USD 165 in 2021.[22]

(ii) De relatie van Apple met ontwikkelaars van iOS-Apps

4.13 Een iOS App ontwikkelaar die een of meer iOS Apps wil maken voor verspreiding onder gebruikers van iOS Apparaten, heeft toegang nodig tot de geavanceerde app-ontwikkelingssoftware van Apple. Om toegang tot die software te krijgen, moet hij de DPLA aangaan.[23]

4.14 In het opschrift van de DPLA staat dat het een "juridische overeenkomst" is tussen de ontwikkelaar van de iOS App en Apple. Door de DPLA te ondertekenen wordt de iOS App-ontwikkelaar ingeschreven in het Apple Developer Program en krijgt de ontwikkelaar toegang tot meer geavanceerde ontwikkelingshulpmiddelen, API's en testsoftware (TestFlight), om ervoor te zorgen dat de iOS App goed werkt voordat hij in de App Store wordt uitgebracht. Apple biedt ook iOS App-analyse- en rapportagetools waarmee iOS App ontwikkelaars kunnen meten en bijhouden hoe hun iOS Apps presteren in termen van downloads en verkoop.

4.15 Voordat een iOS App via de App Store kan worden verspreid, moet hij eerst ter beoordeling en goedkeuring aan Apple worden voorgelegd.

4.16 Als tegenprestatie voor de rechten en licenties die onder de DPLA worden verleend en de deelname aan het Apple Developer Program, betalen de ontwikkelaars van iOS Apps aan Apple een jaarlijkse Programmabijdrage.[24] De DPLA definieert "Programma" als "het algemene Apple ontwikkelings-, test-, digitale ondertekenings- en distributieprogramma dat in deze overeenkomst wordt beoogd".[25] De Programmabijdrage wordt vermeld op de website van het Programma en bedraagt 99 Dollar in de plaatselijke valuta, indien beschikbaar (hoewel de prijzen per regio kunnen verschillen) en geldt voor alle ontwikkelaars van iOS Apps, ongeacht hun bedrijfsmodel. Omgerekend bedraagt de Programmaprijs circa EUR 90 in Nederland. Ingevolge artikel 11.1 van de DPLA wordt de looptijd van de overeenkomst automatisch verlengd voor opeenvolgende termijnen van één jaar.

4.17 In 2017 waren er wereldwijd ongeveer 500.000 iOS App-ontwikkelaars ingeschreven in het Apple Developer Program die deze jaarlijkse bijdrage betalen (die in totaal

[22] Rapport AlixPartners, bijlage A3 (Estimation of damages).
[23] DPLA, afdeling "Doel" en afdeling 1.1.
[24] Artikel 8 DPLA.
[25] Artikel 1.2 DPLA.

ongeveer USD 50 miljoen per jaar aan inkomsten opleverden).[26] Het huidige cijfer is onbekend en is door Apple in openbare documenten weggelaten.

4.18 Bepaalde iOS App ontwikkelaars maken ook deel uit van het Developer Enterprise Program, in het kader waarvan grote organisaties eigen organisatiespecifieke iOS Apps kunnen ontwikkelen en implementeren. Die ontwikkelaars betalen een jaarlijkse vergoeding van 299 USD (berekend in de plaatselijke munteenheid, indien beschikbaar), naast de Programmabijdrage.[27]

4.19 Er zijn een aantal bedrijfsmodellen die door ontwikkelaars van iOS Apps in de App Store kunnen worden gebruikt (met inachtneming van de hieronder beschreven beperkingen). De mogelijkheden zijn als volgt:[28]

a. Het betaalde model, waarbij gebruikers van iOS-apparaten één keer betalen om een iOS App te downloaden en alle functionaliteit ervan te gebruiken;

b. Het "paymium"-model, waarbij gebruikers van iOS-apparaten betalen om een iOS App te downloaden en de mogelijkheid hebben om extra functies, content of diensten binnen de iOS App te kopen;

c. Het "freemium"-model, waarbij gebruikers van iOS-apparaten niets betalen om een iOS App te downloaden en binnen de iOS App optionele aankopen krijgen voor premium functies, extra content, abonnementen, of digitale goederen;

d. Het abonnementsmodel, waarbij de iOS App doorgaans gratis is en gebruikers van iOS Apparaten door middel van een aankoop in de iOS App een abonnement kunnen nemen om toegang te krijgen tot content, diensten en ervaringen voor verlengbare of niet-verlengbare perioden;

e. Gratis iOS Apps, waarbij gebruikers van iOS-apparaten niet hoeven te betalen om een iOS App te downloaden of te gebruiken;

f. Gratis iOS Apps met aankoop van fysieke goederen en diensten, waarbij de iOS App gratis te downloaden is en de ontwikkelaar inkomsten genereert door fysieke goederen of diensten te verkopen; en

g. Gratis iOS Apps met reclame, waarbij de iOS App gratis is om te downloaden en er geld wordt verdiend met getoonde advertenties.

[26] Zie: https://www.statista.com/statistics/276437/developers-per-appstore/ (zie ook Rapport AlixPartners, randnr. 7.3.14.
[27] Zie: https://developer.apple.com/support/purchase-activation/
[28] Zie: https://developer.apple.com/app-store/business-models/

4.20 Ingevolge artikel 7.2 van de DPLA moet de ontwikkelaar van een iOS App, indien hij gebruikers van iOS Apparaten een vergoeding wil vragen voor het downloaden van de iOS App of binnen de iOS App, een afzonderlijke overeenkomst sluiten voordat de iOS App via de App Store commercieel mag worden gedistribueerd. Deze afzonderlijke overeenkomst is neergelegd in Schedule 2 bij de DPLA (ook wel aangeduid als de Paid Applications Agreement, hierna: "**Schedule 2 DPLA**").[29]

4.21 Overeenkomstig de artikelen 1.1 en 1.3 en Exhibit A.2. van Schedule 2 bij de DPLA wijst de ontwikkelaar van de iOS App een entiteit van Apple aan als zijn commissionair voor de marketing van en de levering van iOS Apps aan gebruikers van iOS Apparaten die zich in Nederland bevinden. Zoals hierboven uiteengezet, is de relevante Apple entiteit voor Nederland sinds 25 september 2016 Apple Distribution.

4.22 Een iOS App-ontwikkelaar moet voor zijn iOS App prijzen vaststellen volgens een van de Apple Prijsniveaus, die specifiek zijn voor de munteenheid van het land waar de iOS App wordt gedistribueerd. In maart 2020 was de App Store beschikbaar in 155 landen of regio's[30] en bood hij 94 prijsniveaus.[31] In Dollars is het laagste prijsniveau $0,99. In Euro is het laagste prijsniveau EUR 0,99.

4.23 Wanneer zij iOS Apps via de App Store willen aanbieden, moeten de ontwikkelaars van iOS Apps zich aan de Richtlijnen houden. In de Richtlijnen worden de beginselen uiteengezet die Apple toepast om naar eigen goeddunken te beslissen of een iOS App, en elke latere update van die iOS App, voor verspreiding in de App Store wordt goedgekeurd. Het beoordelingsproces van Apple voor iOS Apps bestaat naar verluidt uit het controleren van de veiligheids-, prestatie-, bedrijfs-, ontwerp- en wettelijke vereisten.[32]

(iii) Relevante aankopen: de rol van Apple, de ontwikkelaar van iOS-apps en de gebruikers van iOS-apparaten

4.24 In Schedule 2 DPLA wordt onder meer het volgende bepaald:

a. De ontwikkelaar van de iOS App machtigt en instrueert Apple om facturen af te geven voor de aankoopprijs van Relevante Aankopen die door de gebruikers van het iOS Apparaat moeten worden betaald (artikel 1.2(e) Schedule 2 DPLA).

[29] Schedule 2 DPLA (v122 25 februari 2022) is samen met de bijbehorende Exhibits als **Productie 6** aan deze dagvaarding gehecht.
[30] Zie: https://www.apple.com/uk/ios/app-store/principles-practices/
[31] Rapport AlixPartners, p. 23-34 en Appendix A5.
[32] Zie Richtlijnen, inleiding (**Productie 5**).

b. Relevante Aankopen worden door Apple op de markt gebracht namens de ontwikkelaar van de iOS App tegen prijzen die door de ontwikkelaar worden vastgesteld (met inachtneming van de Apple Prijsniveaus). Apple is als enige verantwoordelijk voor de inning van alle vergoedingen die door de gebruikers van iOS Apparaten moeten worden betaald (artikel 3.1 Schedule 2 DPLA).

c. Apple trekt haar Commissie af van de prijs die de gebruiker van het iOS Apparaat heeft betaald, alvorens het restant aan de ontwikkelaar van de iOS App over te maken (artikel 3.5 Schedule 2 DPLA).

4.25 Dit systeem wordt weerspiegeld in de contracten tussen Apple en de gebruikers van iOS Apparaten. Wanneer een gebruiker van een iOS Apparaat een Relevante Aankoop doet in Nederland, moet hij de Apple Algemene Voorwaarden Apple mediadiensten aanvaarden ("**Productie 7**").[33] Die overeenkomst "*is van toepassing op het gebruik dat u maakt van de diensten van Apple ('Diensten' - bijv. en indien beschikbaar, App Store, Apple Arcade, Apple Boeken, Apple Fitness+, Apple Muziek, Apple Nieuws, Apple Nieuws+, Apple One, Apple Podcasts, Apple Podcast-abonnementen, Apple TV, Apple TV+, Apple TV-kanalen, Game Center, iTunes) waarmee u content, Apps (zoals hieronder gedefinieerd), en andere in-appdiensten (tezamen aangeduid als 'Content') kunt kopen, verkrijgen, huren, daarop een abonnement nemen of daarvoor een licentie verkrijgen.*" (Onderdeel A). In Onderdeel B wordt vervolgens bepaald *"[elke] transactie vormt een elektronisch overeenkomst tussen u en Apple en/of u en de entiteit die de content via onze Diensten aanbiedt*".

4.26 Tenzij de Relevante Aankoop betrekking heeft op een van de Apple Apps, is de rol van Apple, als "commissionair" van de iOS App ontwikkelaar (zoals hierboven uiteengezet). "*Door Appleveranciers de mogelijkheid te geven hun apps aan te bieden in de App Store, treedt Apple op als vertegenwoordiger van de Appleveranciers, maar is het geen partij bij de door u met de Appleverancier afgesloten koop- of gebruiksovereenkomst*" (Onderdeel G). Apple Distribution is, zoals hierboven uiteengezet, de commissionair voor gebruikers van iOS Apparaten die zich in het Nederland bevinden, en is de "leverancier" (Onderdeel B).

4.27 Kortom, de gebruikers van iOS-apparaten sluiten een contract met Apple als agent voor de ontwikkelaars van iOS-apps. Als agent int Apple de Commissie en maakt het de rest van de betaling over voor Relevante Aankopen aan de ontwikkelaar van de

[33] Zie: https://www.apple.com/legal/internet-services/itunes/nl/terms.html; Meest recentelijk gewijzigd: 20 september 2021.

iOS App. De Commissie wordt dus door de gebruikers van iOS Apparaten aan Apple betaald.[34]

C. Voorwaarden die Apple oplegt aan ontwikkelaars van iOS Apps en gebruikers van iOS Apparaten

(i) App Distributie

4.28 Apple heeft een reeks maatregelen genomen om ervoor te zorgen dat de App Store te allen tijde het standaard en ook enige toegestane middel is voor gebruikers van iOS Apparaten om iOS Apps te downloaden en te kopen.

4.29 Apple installeert de App Store vooraf op alle iOS Apparaten, en verlangt dat iOS Apps alleen via de App Store mogen worden gedistribueerd. Als zodanig kunnen gebruikers van iOS Apparaten geen iOS Apps op hun iOS Apparaten downloaden via een concurrerende distributeur, app store of andere bron. Dit volgt uit de hieronder beschreven contractuele en technische beperkingen.

4.30 **De DPLA** bevat onder meer de volgende contractuele beperkingen:

a. Een iOS App mag alleen worden verspreid als hij door Apple (naar eigen goedvinden) is geselecteerd (d.w.z. goedgekeurd) voor verspreiding via de App Store.[35]

b. “Geïnterpreteerde code” mag niet gebruikt worden om een winkel of storefront te maken voor andere code of apps (d.w.z. een app store).[36]

c. Een iOS App mag geen extra functies of functionaliteit aanbieden, ontsluiten of mogelijk maken via andere distributiemechanismen dan die van Apple zelf, waarvan de App Store de enige is voor commerciële doeleinden[37] (tenzij met voorafgaande schriftelijke toestemming van Apple of zoals toegestaan op grond van Artikel 3.3.25 DPLA).[38]

[34] Zoals de Europese Commissie het omschrijft, "(…) *Apple becomes the intermediary for all IAP transactions and takes over the billing relationship, as well as related communications for competitors*": Zie https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_21_2061
[35] Artikel 3.2(g) DPLA.
[36] Artikel 3.3.2 DPLA.
[37] In plaats van voor testdoeleinden.
[38] Artikel 3.3.3 DPLA.

d. iOS Apps die in het kader van de DPLA zijn ontwikkeld, mogen alleen commercieel worden gedistribueerd via de App Store.[39]

e. Andere distributiemethoden (dan die waarin de DPLA zelf voorziet) voor iOS Apps die met Apple Software zijn ontwikkeld, zijn niet toegestaan.[40]

4.31 **De Richtlijnen** - daarnaast behoudt Apple zich het recht voor om de marketing, het aanbieden en het toestaan van downloaden door gebruikers van iOS Apps op elk gewenst moment, met of zonder reden, stop te zetten als Apple redelijkerwijs van mening is dat (o.a.) een ontwikkelaar van iOS Apps zich niet aan de Richtlijnen heeft gehouden.[41] Ingevolge artikel 3.2(2)(i) van de Richtlijnen is het "onaanvaardbaar" indien een iOS App een interface creëert voor de weergave van apps van derden, uitbreidingen of plug-ins die vergelijkbaar zijn met de App Store of als een verzameling van algemeen belang.[42] Het is dus uitdrukkelijk niet toegestaan om een rivaliserende app store te ontwikkelen.

4.32 **Beperkingen voor gebruikers van iOS Apparaten, waaronder technische beperkingen**.

a. De App Store is de enige app store die vooraf op alle iOS-apparaten is geïnstalleerd en het is technisch onmogelijk voor gebruikers van iOS-apparaten om de App Store van hun iOS-apparaat te verwijderen.

b. Het downloaden van andere app stores naar een iOS apparaat is technisch onmogelijk, tenzij het apparaat een zogeheten "jailbreaking" proces ondergaan heeft. Dit houdt in dat het apparaat vrijgemaakt wordt van alle (technische) beperkingen, hetgeen aanzienlijke technische kennis vereist en verschillend werkt voor elke versie van iOS.[43] Alleen na een dergelijke jailbreaking zou een andere app store op het toestel kunnen worden geïnstalleerd via "sideloading". Apple verbiedt echter het jailbreaken van iOS-apparaten en bepaalt dat "(…) *onbevoegde wijzigingen aan iOS een schending van de softwarelicentieovereenkomst voor iOS-eindgebruikers inhoudt en dat Apple daarom onderhoud aan een iPhone, iPad of iPod touch met onbevoegde software mag weigeren*.".[44] De installatie van een

[39] Artikel 7 DPLA. De drie andere gespecificeerde mechanismen hebben geen betrekking op commerciële distributie.
[40] Artikel 7.6 DPLA.
[41] Artikel 7.3 Schedule 2 DPLA.
[42] *"(i) Creating an interface for displaying third-party apps, extensions, or plug-ins similar to the App Store or as a general-interest collection.*"
[43] Zie Rapport AlixPartners, randnummer 6.2.2.(c).
[44] Zie: https://support.apple.com/nl-nl/HT201954

andere app store (wat neerkomt op de installatie van niet-geautoriseerde software) leidt dus tot een “denial of service” door Apple aan gebruikers van iOS-apparaten

4.33 Via de hierboven uiteengezette contractuele en technische beperkingen (de "**App Distribution Restrictions**") wordt de App Store van Apple afgeschermd als het enige mechanisme waarmee iOS Apps onder gebruikers van iOS Apparaten kunnen worden gedistribueerd.

4.34 Apple ziet streng toe op de naleving van deze voorwaarden en zal ter beoordeling ingediende iOS Apps afwijzen en/of ontwikkelaars van iOS Apps die alternatieve middelen voor de distributie van apps aan gebruikers van iOS Apparaten willen aanbieden, uit het Developer Program zetten, of zal daarmee dreigen. Zo heeft Apple bijvoorbeeld de Facebook Gaming-app (een storefront voor Facebook-spelletjes) uit de App Store geweerd en pas goedgekeurd nadat Facebook de minigamesfunctie van de app had verwijderd.[45]

(ii) Betalingssystemen

4.35 Tevens vereist Apple dat alle betalingen voor Relevante Aankopen worden gedaan met gebruikmaking van haar eigen ASPPS. Dit vereiste vloeit voort uit de volgende contractuele voorwaarden en (technische) beperkingen:

a. Voor Relevante In-App Aankopen en Relevante Abonnementsaankopen:

i. **DPLA** - Apple's "In-App Purchase API" wordt in de DPLA gedefinieerd als "*de Gedocumenteerde API waarmee aanvullende content, functionaliteit of services kunnen worden geleverd of beschikbaar gemaakt voor gebruik binnen een App met of zonder extra kosten.*"[46] Uit artikel 3.3.1 blijkt dat iOS Apps alleen gebruik mogen maken van "Gedocumenteerde API’s" (van Apple) op de door Apple voorgeschreven manier en geen API's van derden mogen gebruiken. Dit omvat API's van betalingsverwerkingsdiensten, zodat een iOS App niet de API van een alternatieve betalingsverwerkingsdienst mag bevatten. Daarom kunnen iOS Apps de ASPPS alleen gebruiken voor het verwerken van betalingen voor Relevante In-App Aankopen en Relevante Aankopen van Abonnementen.

ii. **Richtlijnen** – de richtlijnen bepalen dat iOS App ontwikkelaars uitsluitend gebruik mogen maken van de ASPPS van Apple voor het verwerken van betalingen voor Relevante In-App Aankopen en Relevante Aankopen van

[45] Zie Rapport AlixPartners, randnummer 6.2.2.(b).
[46] Artikel 1.2 (definities) van de DPLA.

Abonnementen. Ingevolge artikel 3.1.1 van de Richtlijnen moet een iOS App ontwikkelaar, indien hij gebruikers van iOS Apparaten in staat wil stellen om tegen betaling functies of functionaliteit binnen een iOS App te ontgrendelen, gebruik maken van Apple's ASPPS (en, in het bijzonder, van de In-App Purchase API). iOS Apps en de metadata van de apps mogen geen knoppen, externe links of andere "call to action" bevatten die gebruikers van iOS Apparaten naar andere aankoopmechanismen leiden dan Apple's ASPPS.

iii. **Praktische beperkingen** - iOS App ontwikkelaars gebruiken Apple's "StoreKit Framework" om de ASPPS (inclusief de In-App Purchase API) in hun iOS Apps in te bouwen.[47] Indien een iOS App ontwikkelaar nalaat Apple's ASPPS in te bouwen en in plaats daarvan probeert andere betalingsverwerkingsdiensten in te bouwen, zal die iOS App waarschijnlijk niet worden goedgekeurd en zal de iOS App ontwikkelaar waarschijnlijk uit het Developer Program worden gezet.[48]

b. Voor Relevante Aankopen die door een gebruiker van een iOS Apparaat worden betaald bij het downloaden in de App Store, is het technisch eenvoudigweg niet mogelijk om Apple's aansturing van de aankoop via haar ASPPS te omzeilen. Apple zal een iOS App alleen goedkeuren voor verspreiding via de App Store als het gebruik maakt van Apple's ASPPS. Is dat niet het geval, dan wordt de App niet goedgekeurd voor distributie via de App Store en kan hij niet op een andere manier onder gebruikers van iOS-apparaten worden verspreid.

4.36 In artikel 3.1.3 van de Richtlijnen worden bepaalde soorten transacties met betrekking tot iOS Apps genoemd waarbij andere aankoopmethoden dan de ASPPS mogen worden gebruikt. Voor die transacties, die zijn uitgezonderd van de beperkingen die Apple oplegt, mogen de ontwikkelaars van iOS Apps gebruikers echter niet binnen de app aanmoedigen om een andere aankoopmethode dan in-app aankoop te gebruiken. Onder omstandigheden mogen Ontwikkelaars buiten de app om wel mededelingen sturen naar hun gebruikers over andere aankoopmethoden dan in-app aankoop. De relevante uitzonderingen zijn de volgende:

a. Ingevolge artikel 3.1.3, onder a) tot en met c), en f), van de Richtlijnen kunnen bepaalde aankopen die buiten de iOS App worden gedaan, ook binnen de iOS App worden gebruikt en/of functioneren, onder meer voor abonnementen op inhoud in reader-apps, apps die via multiplatformdiensten werken,

[47] Zie https://developer.apple.com/documentation/storekit
[48] Zie Richtlijnen, inleiding.

bedrijfsdiensten, en gratis apps die als “standalone companion” van een betaalde webgebaseerde tool fungeren (bijvoorbeeld VOIP, Cloud Storage, Email Services, Web Hosting). Wat deze laatste categorie betreft, onder de voorwaarde dat er geen in-app aankopen of oproepen tot aankoop buiten de app plaatsvinden.

b. Volgens artikel 3.1.3, onder d), van de Richtlijnen mogen ontwikkelaars van iOS Apps voor de aankoop van “real-time” diensten van persoon tot persoon tussen twee personen (bijvoorbeeld bijles aan studenten, medische consulten, rondleidingen in onroerend goed en fitnesstraining) andere aankoopmethoden gebruiken dan de ASPPS binnen de app.

c. Ingevolge artikel 3.1.3, onder e) van d Richtlijnen, moeten ontwikkelaars van iOS Apps voor aankopen van fysieke goederen en diensten die buiten de app worden verbruikt (bijvoorbeeld vervoersdiensten en voedselbezorgingsdiensten), andere aankoopmethoden gebruiken dan de ASPPS.

4.37 Gezien het voorgaande vormen aankopen die binnen een iOS App worden gedaan met betrekking tot: “real-time” diensten van persoon tot persoon tussen twee personen (randnummer 4.36, onder b. hierboven) en fysieke goederen en diensten die buiten de iOS App moeten worden verbruikt (par. 4.36 onder c. hierboven), geen Relevante Aankopen als bedoeld in deze dagvaarding.

4.38 Als gevolg van de hiervoor beschreven contractuele en technische beperkingen (de "**Beperkingen met betrekking tot het Betalingssysteem**") moeten alle Relevante Aankopen via de ASPPS worden gedaan. iOS App ontwikkelaars mogen geen concurrerende betalingsverwerkingsopties aanbieden of gebruiken in plaats van of in aanvulling op de ASPPS van Apple.

4.39 Dit is recentelijk ook vastgesteld door de Autoriteit Consument en Markt (de “**ACM**”) in een besluit van 24 augustus 2021, waarvan op 24 december 2021 een samenvatting is gepubliceerd (**Productie 8**, het “**ACM Besluit**”). In dit ACM Besluit concludeert de ACM dat Apple misbruik maakt van haar economische machtspositie. Daartoe overweegt de ACM onder andere:

> “*3. 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 afwikkelen 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).

4. Door deze voorwaarden worden appaanbieders beperkt in hun keuzevrijheid. Zij moeten gebruik maken van de IAP-dienst van Apple en mogen betalingen niet op andere wijze laten uitvoeren."[49]

4.40 De ACM heeft in het ACM Besluit aan Apple een last onder dwangsom opgelegd vanwege het maken van misbruik van haar machtspositie. Volgens de ACM overtreedt Apple artikel 24 Mw en artikel 102 VWEU en maakt Apple misbruik van haar machtspositie door het opleggen van onredelijke (onbillijke) voorwaarden aan datingappaanbieders. De last onder dwangsom verplicht Apple de voorwaarden voor toegang tot de Nederlandse Store Front van de App Store zodanig aan te passen dat datingappaanbieders ook gebruik kunnen maken van een alternatief voor het betaalsysteem van Apple (IAP-dienst). De huidige voorwaarden verbieden dit volgens de ACM. Tevens moeten datingappaanbieders de mogelijkheid krijgen om in hun app te verwijzen naar betaalmogelijkheden buiten de app.

4.41 De Beperkingen met Betrekking tot het Betalingssysteem worden door Apple streng gehandhaafd. Toen Epic Games Inc. ("**Epic Games**"), een ontwikkelaar van iOS-apps, bijvoorbeeld een alternatief betalingsverwerkingssysteem in zijn iOS-app wilde introduceren, schorste Apple de app onmiddellijk uit de App Store en verhinderde gebruikers van iOS-apparaten om updates te installeren.[50] Toen Facebook in 2020 de gebruikers van iOS-apparaten inlichtte over de hoogte van de door Apple gerekende Commissie, dreigde Apple de iOS-app van Facebook uit de App Store te verwijderen.[51]

4.42 Ook de wijze waarop Apple met het ACM Besluit is omgegaan (en omgaat) is illustratief voor het belang dat Apple hecht aan een strikte handhaving van de Beperkingen met betrekking tot het Betalingssysteem. Apple moest van de ACM per 15 januari 2022 de voorwaarden hebben gewijzigd zodat datingappaanbieders andere betaalsystemen in de app mogen gebruiken naast of in plaats van het betaalsysteem van Apple. Datingappaanbieders moeten in de app ook naar andere betalingsmogelijkheden

[49] Samenvatting besluit misbruik van economische machtspositie door Apple - Hoofdstuk 1 van het besluit van de Autoriteit Consument en Markt op grond van artikel 56 van de Mededingingswet, in samenhang gelezen met artikel 5:32, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht tot het opleggen van een last onder dwangsom aan Apple Inc. en Apple Distribution International Ltd wegens overtreding van artikel 24 Mededingingswet en artikel 102 van het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie (VWEU). (besluit met kenmerk ACM/UIT/559984) (**productie 8**). Zie: https://www.acm.nl/nl/publicaties/samenvatting-besluit-misbruik-economische-machtspositie-apple
[50] Zie Rapport AlixPartners, randnummer 6.3.7.
[51] Zie Rapport Alix Partners, randnummer 6.3.8.

kunnen verwijzen. Dit op straffe van een dwangsom van 5 miljoen euro per week met een maximum van 50 miljoen euro.[52]

4.43 Apple heeft haar voorwaarden vervolgens verschillende keren aangepast, maar steeds zonder te voldoen aan het ACM Besluit:

- Op 15 januari 2022 heeft Apple aan de ACM voor het eerst gemeld dat ze haar beleid voor datingapps in de App Store had gewijzigd. De ACM heeft de wijzigingen beoordeeld[53] en vastgesteld dat Apple op verschillende punten niet aan de eisen van het ACM Besluit (en de last onder dwangsom) voldeed. De ACM vermeldt hierover het volgende in een bericht dat op 24 januari 2022 op haar website is gepubliceerd (**Productie 11**):

  > "*De belangrijkste is dat Apple haar voorwaarden niet heeft aangepast waardoor de datingapp-aanbieders nog steeds geen gebruik kunnen maken van andere betaalsystemen. Datingapp-aanbieders kunnen nu slechts hun 'interesse' tonen. Daarnaast werpt Apple een aantal drempels op voor datingapp-aanbieders om gebruik te maken van een ander betaalsysteem. Ook dat is in strijd met de eisen van de ACM. Zo lijkt het er bijvoorbeeld op dat Apple de app-aanbieders verplicht om een keuze te maken; óf een verwijzing naar betaalmogelijkheden buiten de app óf een alternatief betaalsysteem. Dat mag niet. Beide opties moeten gebruikt kunnen worden.*"[54]

  Apple had op dat moment de eerste dwangsom van EUR 5 miljoen verbeurd.

- Apple heeft vervolgens haar voorwaarden aangepast en opnieuw aan de ACM voorgelegd, In de nieuwe voorwaarden stond dat datingapp-aanbieders een geheel nieuwe app moeten maken als ze gebruik willen maken van een alternatief betalingssysteem. Appaanbieders konden niet hun bestaande app aanpassen. De ACM oordeelde echter dat dit een onredelijke voorwaarde is die strijdig is met de eisen die de ACM had gesteld. De ACM vermeldt hierover in een nieuwsbericht van 14 februari 2022 op haar website is gepubliceerd (**Productie 12**):

[52] ACM verplicht Apple onredelijke voorwaarden voor App Store aan te passen, nieuwsbericht 24-12-2021 (**Productie 9**). Zie: https://www.acm.nl/nl/publicaties/acm-verplicht-apple-onredelijke-voorwaarden-voor-app-store-aan-te-passen
[53] Apple heeft beleid voor datingapps gewijzigd, ACM gaat daar oordeel over geven, nieuwsbericht 17-01-2022. Zie: https://www.acm.nl/nl/publicaties/apple-heeft-beleid-voor-datingapps-gewijzigd-acm-gaat-daar-oordeel-over-geven (**Productie 10**)
[54] Apple voldoet niet aan de eisen van de ACM, nieuwsbericht 24-01-2022. Zie: https://www.acm.nl/nl/publicaties/apple-voldoet-niet-aan-de-eisen-van-de-acm

"*Apple stelt in de aangepaste voorwaarden een flink aantal eisen aan datingapp-aanbieders die gebruik willen maken van een alternatieve betalingsmethode. Datingapp-aanbieders moeten onder andere een nieuwe app bouwen en aanbieden in de Apple App Store. De ACM vindt deze voorwaarde nadelig voor datingapp-aanbieders. Datingapp-aanbieders die kiezen voor een alternatief betalingssysteem worden zo gedwongen extra kosten te maken. En consumenten die nu gebruik maken van de app moeten overstappen naar de nieuwe app voordat ze gebruik kunnen maken van de alternatieve betalingsmethode.*

Het zal appaanbieders veel tijd en inspanning kosten om consumenten hierover goed voor te lichten. Consumenten moeten onder andere hun oude app verwijderen en een nieuwe app installeren. De ACM heeft daarnaast ook bedenkingen bij een aantal andere onderdelen van de aangepaste voorwaarden die Apple stelt aan de datingapp-aanbieders."[55]

De door Apple verbeurde dwangsommen waren op dat moment opgelopen tot een bedrag van EUR 20 miljoen.

- Apple heeft op 21 maart 2022 wederom (nieuwe) voorstellen voorgelegd aan de ACM. Volgens een nieuwsbericht van de ACM heeft Apple op zondag 27 maart 2022 aanpassingen aan deze voorstellen gedaan om te voldoen aan de door de ACM gestelde eisen (**Productie 13**).[56] Het aangepaste voorstel moet volgens dit nieuwsbericht leiden tot definitieve voorwaarden voor datingapp-aanbieders die gebruik willen maken van de App Store. Als het voorstel voor definitieve voorwaarden binnen is, zal de ACM dit voorleggen aan marktpartijen. De ACM geeft daarna zo snel mogelijk het oordeel of Apple voldoet aan de eis van de ACM dat alternatieve betaalwijzen mogelijk worden gemaakt in datingapps.

  Ondertussen is ook de tiende last onder dwangsom verbeurd en moet Apple de maximale dwangsom van EUR 50 miljoen betalen. Als de ACM tot het oordeel komt dat Apple níet voldoet, dan kan de ACM een nieuwe last opleggen met een hogere dwangsom om Apple te stimuleren om aan de last te voldoen.

[55] ACM: Nieuwe app maken is onnodige en onredelijke voorwaarde van Apple aan datingapp-aanbieders, nieuwsbericht 14-02-2022. Zie ook: https://www.acm.nl/nl/publicaties/acm-nieuwe-app-maken-onnodige-en-onredelijke-voorwaarde-van-apple-aan-datingapp-aanbieders
[56] ACM beoordeelt aangepast voorstel Apple over voorwaarden datingapps, nieuwsbericht 28-03-2022. Zie: https://www.acm.nl/nl/publicaties/acm-beoordeelt-aangepast-voorstel-apple-over-voorwaarden-datingapps

(iii) Commissie

4.44 Apple brengt de Commissie op alle Relevante Aankopen in rekening.

4.45 Uit artikel 3.4 van Schedule 2 DPLA volgt dat de Commissie 30% bedraagt van alle prijzen die elke gebruiker van iOS Apparaten in Nederland moet betalen als vergoeding voor de diensten van Apple als commissionair krachtens Schedule 2 DPLA, behoudens de volgende kwalificaties en/of uitzonderingen:

a. Sinds februari 2011 is het mogelijk om Relevante Abonnementsaankopen te doen. Tussen februari 2011 en oktober 2016 rekende Apple een Commissie van 30% voor dergelijke abonnementen. Sinds oktober 2016 is de Commissie 30% gebleven voor het eerste abonnement, maar rekent Apple 15% Commissie over de daaropvolgende verlengingen: zie artikel 3.4(a) van Schedule 2 DPLA.

b. Sinds 1 januari 2020 rekent Apple voor Relevante Aankopen van iOS App ontwikkelaars die in aanmerking komen en door Apple goedgekeurd zijn voor het "App Store Small Business Program" (kort gezegd iOS App ontwikkelaars die in het voorgaande jaar niet meer dan $1.000.000 (een miljoen dollar) aan totale opbrengsten hebben verdiend) een Commissie van 15%: zie artikel 3.4(b) van Schedule 2 DPLA.

c. Daarnaast worden er incidenteel uitzonderingen gemaakt, zoals de vermindering van de Commissie voor online-evenementen in september 2020 naar aanleiding van de Covid-19-pandemie, en individueel onderhandelde uitzonderingen voor het streamen van iOS-apps.[57]

4.46 Samengevat:

a. Sinds 2008 rekent Apple een Commissie van 30% over de prijs die betaald wordt voor elke Relevante Aankoop van een App (met inachtneming van sub d. hieronder).

b. Sinds 2009 rekent Apple ook een Commissie van 30% over de prijs die betaald wordt voor elke Relevante In-App Aankoop (met inachtneming van sub d. hieronder).

c. Van februari 2011 tot oktober 2016 rekende Apple een Commissie van 30% over de prijs die voor elke Relevante Aankoop van een Abonnement werd betaald. Sinds oktober 2016 rekent Apple een Commissie van 30% over de prijs die betaald

[57] Zie Rapport AlixPartners, randnummer 3.4.2. (c).

wordt voor het eerste jaar van elke Relevante Aankoop van een Abonnement en een Commissie van 15% over de prijs die betaald wordt voor elke daaropvolgende automatisch verlengende Relevante Aankoop van een Abonnement door gebruikers van iOS Apparaten die meer dan één jaar betaalde abonnementsdienst hebben gebruikt.

d. Sinds januari 2021 heeft Apple zijn Commissie voor alle Relevante Aankopen verlaagd tot 15% voor iOS App-ontwikkelaars die in het voorgaande jaar minder dan $1.000.000 (een miljoen dollar) aan inkomsten hebben gegenereerd.

4.47 De Commissie is van toepassing op alle betalingen die via de ASPPS worden verwerkt. Daarom is er geen toegestane manier voor ontwikkelaars van iOS App om de ASPPS en de daarmee samenhangende Commissie te omzeilen.

4.48 Apple maakt geen uitgesplitste financiële cijfers bekend voor Relevante Aankopen (die zij "factureringen voor digitale goederen en diensten" lijkt te noemen).[58] Zoals echter in het rapport van AlixPartners nader wordt toegelicht, zijn de inkomsten van Apple uit de op Relevante Aankopen geïnde Commissies naar schatting gestegen van 4,2 miljard dollar in 2013 tot ruim 21,7 miljard dollar in 2021.[59]

5. MEDEDINGINGSRECHTELIJKE INBREUKEN

5.1 De vorderingen hebben betrekking op de schade die is veroorzaakt door de schending door Apple van artikel 102 VWEU en artikel 24 Mw, als gevolg van de hierboven samengevatte feiten en omstandigheden. In het bijzonder komt het gedrag van Apple neer op misbruik van een machtspositie, zoals in dit hoofdstuk wordt toegelicht.

A. Relevante Markten

(i) Productmarkt

5.2 Op grond van de feiten en omstandigheden zoals uiteengezet in hoofdstuk 4, zijn er in deze procedure twee relevante productmarkten in het geding, namelijk: (a) de markt voor de distributie van iOS Apps; en b) de markt voor de verwerking van iOS-betalingen.

5.3 **Markt voor de distributie van iOS apps**: AlixPartners heeft een analyse uitgevoerd, en concludeert dat er een afzonderlijke economische markt bestaat voor de distributie van iOS Apps aan gebruikers van iOS Apparaten.[60] Die relevante markt omvat alle

[58] Zie https://www.apple.com/newsroom/pdfs/app-store-study-2019.pdf
[59] Zie Rapport AlixPartners, tabel 7.1
[60] Rapport AlixPartners, randnummer 4.3.

bestaande en potentiële middelen voor de distributie van iOS Apps aan gebruikers van iOS Apparaten.

5.4 Kortom, de ontwikkelaars van iOS Apps moeten hun iOS Apps kunnen verspreiden onder de gebruikers van iOS Apparaten. Op dit moment, en als een direct gevolg van de App Distribution Restrictions, is de enige beschikbare distributiemethode via de App Store. Zonder de App Distribution Restrictions zouden iOS Apps via andere distributiekanalen kunnen worden gedistribueerd, waaronder (maar niet uitsluitend) andere app stores (die generieke app stores of gespecialiseerde app stores voor bepaalde categorieën van apps kunnen omvatten) en rechtstreekse downloads van websites.[61]

5.5 Van de relevante markt zijn uitgesloten:

a. apps die geen andere apps naar iOS Apparaten distribueren, omdat zij niet de relevante distributiefunctionaliteit bieden;[62] en

b. app stores voor andere apparaten (zoals spelconsoles) en/of andere mobiele besturingssystemen, aangezien die niet op iOS Apparaten geïnstalleerd kunnen worden.[63]

5.6 De bevindingen van AlixPartners stroken met de bevinding van de Europese Commissie (zie ook randnummer 5.57 van deze dagvaarding) dat " *for app developers, the App Store is the sole gateway to consumers using Apple's smart mobile devices running on Apple's smart mobile operating system iOS*." (**Productie 14**).[64] Het is ook in overeenstemming met de Google Android-beschikking,[65] waarin de Europese Commissie *mutatis mutandis* concludeerde dat app stores voor Android-toestellen een afzonderlijke productmarkt vormden, onder meer omdat (**Productie 15**):

a. andere apps behoren niet tot dezelfde productmarkt als app stores,[66] aangezien deze laatste andere doeleinden dienen dan apps zelf;[67] en

[61] Rapport AlixPartners, randnummer 4.3.1.
[62] Rapport AlixPartners, randnummer 4.3.5.
[63] Rapport AlixPartners, randnummers 4.3.6 en 4.3.7.
[64] Antitrust: Commission sends Statement of Objections to Apple on App Store rules for music streaming providers, Press release 30 April 2021 Zie: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_21_2061
[65] Beschikking van de Commissie in zaak AT.40099 - *Google Android* C(2018) 4761 definitief. Wat de marktdefinitie betreft, zie punt 7 van de beschikking (en met name onderdeel 7.4, met betrekking tot Android app stores). Link: https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/40099/40099_9993_3.pdf
[66] Zie onderdeel 7.4.1. van de *Google Android*-beschikking.
[67] Zie overweging 270 van de *Google Android*-beschikking.

b. de App Store niet tot dezelfde productmarkt behoort als de app stores voor Android[68] aangezien de App Store, bezien vanuit de vraagzijde, specifiek voor iOS Apparaten is ontwikkeld en niet op Android apparaten kan draaien[69] en vanuit de aanbodzijde bezien, is het onwaarschijnlijk dat ontwikkelaars van app stores voor slimme mobiele besturingssystemen[70] waarvoor geen licentie kan worden verleend, zoals iOS, app stores voor Android zullen gaan ontwikkelen, omdat hun bedrijfsmodel is gebaseerd op verticale integratie van hun besturingssysteem in hun eigen slimme mobiele toestellen.

5.7 **Markt voor iOS-betalingsverwerking**: Om de redenen die ook in onderdeel 4.4 van het rapport van AlixPartners worden aangehaald, bestaat er een afzonderlijke relevante markt voor betalingsverwerkingsdiensten voor Relevante Aankopen:

- Ten eerste, diensten voor de verwerking van betalingen en diensten voor de distributie van apps voorzien in verschillende behoeften van gebruikers van iOS Apparaten en ontwikkelaars van iOS Apps, en vormen dus afzonderlijke functionaliteiten op verschillende markten.

- Ten tweede, betalingsverwerkingsdiensten die beschikbaar zijn binnen iOS Apps die fysieke goederen en diensten verkopen – en een zeer beperkt aantal vrijgestelde digitale goederen en diensten die in punt 3.1.3. van de Richtlijnen worden beschreven – zijn geen substituut voor de betalingsverwerkingsdiensten die beschikbaar zijn voor Relevante Aankopen, gezien de Beperkingen van het Betalingssysteem.

(ii) Geografische markt

5.8 Ten aanzien van de geografische markt voor de distributie van iOS Apps zijn er zowel argumenten voor de afbakening per land (Nederland) als een ruimere (wereldwijde markt). Terwijl overwegingen betreffende de vraagzijde de markt per land lijken af te bakenen, lijken de voorwaarden aan de aanbodzijde internationaal.[71]

5.9 Hoewel alle iOS Apparaten beschikken over de App Store en daarmee de ASPPS en Apple's betalingsbeleid met betrekking tot de App Store mondiaal geldt, kunnen de

[68] Zie overweging 7.4.5. van de *Google Android*-beschikking.
[69] Zie overweging 307 van de *Google Android*-beschikking.
[70] Het slimme mobiele besturingssysteem van Apple wordt een "niet-licentieerbaar" systeem genoemd, omdat het alleen is ontwikkeld voor gebruik in zijn eigen slimme mobiele apparaten, en niet beschikbaar is om op andere apparaten te worden geïnstalleerd. Zie overweging 83 van de *Google* Android-beschikking.
[71] Zie Rapport AlixPartners, randnummer 4.3.12.

betalingsvoorkeuren mogelijk per land verschillenen. Om die reden kan de markt voor de iOS-betalingsverwerking ook nationaal worden afgebakend.[72]

5.10 De keuze van de geografische markt (op beide markten) heeft echter geen invloed op de economische analyse van AlixPartners.[73]

B. Machtspositie

5.11 Zoals hierboven uiteengezet, staat Apple geen concurrentie toe op de twee relevante markten. In het bijzonder:

a. Door de App Distribution Restrictions heeft Apple een marktaandeel van ongeveer 100% in de iOS App Distribution Market.

b. Door de beperkingen van het betalingssysteem heeft Apple een marktaandeel van ongeveer 100% op de Markt voor iOS-betalingsverwerking.

5.12 Apple kan zich dus onafhankelijk gedragen van zowel potentiële concurrenten - distributeurs van iOS Apps of aanbieders van betalingsverwerkingsdiensten - die elk volledig van de relevante markten zijn uitgesloten, als van haar twee groepen klanten, namelijk de ontwikkelaars van iOS Apps en de gebruikers van iOS Apparaten. Apple heeft dus een machtspositie – doordat zij een monopolist is – op elke relevante markt.

C. Misbruik

(i) Exclusiviteit

5.13 De artikelen 102 VWEU en 24 Mw verbieden ondernemingen met een machtspositie om praktijken toe te passen die een uitsluitingseffect hebben op concurrenten of om hun economische machtspositie te versterken door andere methoden te gebruiken dan mededinging op basis van kwaliteit (*competition on the merits*).

5.14 Een exclusiviteitsverplichting ontneemt of beperkt de afnemers van de onderneming met een machtspositie de toegang tot alternatieve leveringsbronnen. Zij sluit daadwerkelijke en/of potentiële concurrentie van andere aanbieders uit.[74]

5.15 De structuur van het ecosysteem van Apple is hierboven in detail uiteengezet. Apple is het archetype van de digitale poortwachter met ecosystemen van complementaire producten en diensten die, zoals de Competition and Markets Authority ("**CMA**")

[72] Rapport AlixPartners, randnummer 4.4.11
[73] Rapport AlixPartners, randnummers 4.3.12 en 4.4.11.
[74] Zoals in HvJ 13 februari 1979, C-85/67 (Hoffmann-La Roche), rechtsoverweging 90 wordt erkend.

opmerkte, kunnen worden gebruikt om de concurrentie te bemoeilijken: " *While this type of integration can deliver efficiency savings and improve the consumer experience overall, it can also insulate these core services from competition, making it harder for rivals to compete.*"(**Productie 16**).[75] De App Distribution Restrictions en de Payment System Restrictions zijn geen concurrentiemethoden op basis van kwaliteit.[76]

5.16 In het bijzonder legt Apple twee soorten exclusiviteitsverplichtingen op die in strijd zijn met het verbod van artikel 24 Mw en met artikel 102 VWEU.

Beperkingen op de distributie van apps

5.17 Zoals hiervoor uiteengezet in randnummers 4.28 e.v., is het door Apple beoogde effect van de App Distribution Restrictions dat iOS App ontwikkelaars worden verplicht om iOS Apps uitsluitend via de App Store te distribueren. iOS App ontwikkelaars mogen geen iOS Apps distribueren via andere middelen of distributiekanalen – inclusief via een andere app store of rechtstreeks vanaf de website van de ontwikkelaar of een andere website – en gebruikers van iOS Apparaten wordt aldus elke andere manier van toegang tot iOS Apps ontzegd.

5.18 Het opleggen van de beperkingen voor de distributie van IOS Apps binnen het gesloten ecosysteem van Apple heeft Apple dus in staat gesteld om alle daadwerkelijke en potentiële concurrentie op de markt voor de distributie van iOS-Apps buiten te sluiten, waardoor de gebruikers van iOS Apparaten geen enkele keuze meer hebben wat betreft de wijze waarop zij toegang tot iOS Apps kunnen krijgen.

Beperkingen op betalingssystemen

5.19 Zoals uiteengezet in randnummer 4.35 e.v. hierboven, vereisen de beperkingen van het betalingssysteem dat betalingen voor een Relevante Aankoop via de ASPPS worden verwerkt. Het is de ontwikkelaars van iOS Apps niet toegestaan om de diensten van concurrerende betalingsverwerkers in te schakelen. De Europese Commissie heeft in dit opzicht geconstateerd dat Apple zich tussen de ontwikkelaar van de iOS Apps en de gebruiker van het iOS Apparaat plaatst, door de "tussenpersoon" te worden en "de factureringsrelatie, alsmede de daarmee verband houdende communicatie" over te nemen.[77] De verplichting voor iOS App ontwikkelaars om de ASPPS te gebruiken, komt derhalve neer op een exclusieve afnameverplichting

[75] Competition and Markets Authority, *A new pro-competition regime for digital markets, Advice of the Digital Markets Taskforce*, December 2020, blz 17.
[76] Bijv. zaak 85/76, Hoffmann-La Roche/Commissie, randnummers 89-91; zaak C-413/14P, Intel/Commissie, randnummers. 136-139.
[77] Zie https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_21_2061

die de mededinging verstoort. Meer in het bijzonder wordt elke iOS App ontwikkelaar die toegang wil krijgen tot iOS Apparaat gebruikers gedwongen om de ASPPS te gebruiken, wordt hem de mogelijkheid ontzegd om een concurrerende betalingsverwerker in te schakelen en moet hij aanvaarden dat Apple zich voor elke Relevante Aankoop tussen de iOS App ontwikkelaar en de iOS Apparaat gebruiker plaatst.

5.20 Deze exclusieve afnameverplichting is dus bedoeld om alle daadwerkelijke en potentiële concurrentie op de markt voor iOS-betalingsverwerking uit te sluiten, en heeft dat ook tot gevolg, door te verhinderen dat andere aanbieders van betalingsverwerkingsdiensten met de eigen dienst van Apple concurreren. Dit in tegenstelling tot de betalingsverwerkingsdiensten voor fysieke goederen en diensten (en een klein aantal vrijgestelde digitale goederen en diensten) binnen iOS Apps, ten aanzien waarvan aanbieders van betalingsverwerkingsdiensten zoals Stripe en PayPal concurreren om diensten te verlenen.[78]

Objectieve rechtvaardiging

5.21 Voor zover Apple zich erop zou beroepen dat die exclusiviteit objectief gerechtvaardigd is, rust de bewijslast daarvan op Apple en zal de Stichting daar te zijner tijd op reageren.[79]

(ii) Koppelverkoop (tying)

5.22 Koppelverkoop wordt in artikel 24 Mw en in artikel 102 VWEU uitdrukkelijk aangemerkt als een gedraging die misbruik van een machtspositie kan opleveren:

> "*Dit misbruik kan met name bestaan in:*"
>
> (…)
>
> "*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."*

[78] Zie Rapport AlixPartners, randnummer 4.4.7.
[79] Bijv. zaak C-413/14P, Intel/Commissie, punt 140.

5.23 Volgens rechtspraak van het Hof van Justitie is koppelverkoop een met het verbod van artikel 102 VWEU strijdig misbruik van een machtspositie wanneer aan vier voorwaarden is voldaan:[80]

a. het bindende product en het gekoppelde product zijn twee afzonderlijke producten;

b. de betrokken onderneming houdt een machtspositie op de markt voor het bindende product;

c. de onderneming met een machtspositie biedt consumenten niet de keuze om het bindende product te verkrijgen zonder het gekoppelde product; en

d. de betrokken praktijk sluit de mededinging uit.

5.24 Als aan deze voorwaarden is voldaan, is het aan de onderneming met een machtspositie om eventueel het bestaan van een objectieve rechtvaardiging voor haar gedragingen aan te tonen.[81]

5.25 Zoals uiteengezet, eist Apple met de beperkingen van het betalingssysteem dat betalingen voor Relevante Aankopen via de ASPPS worden verricht. Dit houdt de koppelverkoop in van de ASPPS (het gekoppelde product) aan de App Store (het bindende product).

Ad a: Afzonderlijke producten

5.26 Of twee producten als onderscheiden moeten worden beschouwd, moet worden beoordeeld aan de hand van de vraag van de consument.[82] De kernvraag is of er een onafhankelijke vraag is naar het gekoppelde product, d.w.z. een betalingsverwerkingssysteem voor de aanschaf van iOS Apps en In-App Producten, zoals de ASPPS.[83] Het is niet nodig aan te tonen dat er vraag is naar het bindende product (d.w.z. de App Store) zonder het gekoppelde product: ontwikkelaars van iOS Apps die gebruikers van iOS Apparaten willen bereiken, hebben geen andere keuze dan de ASPPS te gebruiken.[84]

[80] Zie GvEA EU 17 september 2007, zaak T-201/04 (*Microsoft*), Jur. 2007, p. II-3601, nr. 842, 859 en 867.
[81] GvEA EU 17 september 2007, zaak T-201/04 (*Microsoft*), Jur. 2007, p. II-3601, nrs. 859 en 869.
[82] GvEA EU 17 september 2007, zaak T-201/04 (*Microsoft*), Jur. 2007, p. II-3601, nr. 917.
[83] GvEA EU 17 september 2007, zaak T-201/04 (*Microsoft*), Jur. 2007, p. II-3601, nr. 918.
[84] GvEA EU 17 september 2007, zaak T-201/04 (*Microsoft*), Jur. 2007, p. II-3601, nr. 919.

5.27 Bij de beoordeling of twee producten onderscheiden zijn, is een reeks factoren van belang, waaronder de aard en de technische kenmerken van de betrokken producten, de op de markt waargenomen feiten, de geschiedenis van de ontwikkeling van de betrokken producten en de handelspraktijk van de onderneming met een machtspositie.[85] Het feit dat er op de markt onafhankelijke ondernemingen zijn die gespecialiseerd zijn in de productie en de verkoop van het gekoppelde product, vormt een sterke aanwijzing van het bestaan van een afzonderlijke markt voor dat product.[86]

5.28 De volgende factoren laten zien dat er een onafhankelijke vraag is naar betalingsverwerkingssystemen, die daarom als een van de App Store te onderscheiden product moeten worden beschouwd:[87]

a. **Functionele verschillen**[88] - er zijn duidelijke functionele verschillen tussen de App Store van Apple en de ASPPS. De App Store stelt klanten in staat om iOS Apps te zoeken, te kopen en te downloaden op hun iOS Apparaat. De ASPPS maakt het mogelijk om betalingen te doen voor Relevante Aankopen.

b. **Andere ondernemingen verlenen diensten op het gebied van de verwerking van betalingen** - het verlenen van diensten op het gebied van de verwerking van betalingen is een gevestigde waarde als een op zichzelf staande dienst en wordt (zoals bekend) verleend door een aantal ondernemingen zoals Paypal en Stripe.[89]

c. **Vraag** - er is momenteel vraag van iOS App-ontwikkelaars en gebruikers van iOS-apparaten naar alternatieve betalingssystemen. Sommige ontwikkelaars van iOS Apps, zoals Epic Games (de maker van de bekende Fortnite app), hebben namelijk geprobeerd om hun eigen betalingsverwerkingssystemen te ontwikkelen. Zij mogen hun eigen betalingsverwerkingssystemen echter niet gebruiken voor de iOS Apps die via de App Store worden verspreid.[90]

[85] GvEA EU 17 september 2007, zaak T-201/04 (*Microsoft*), Jur. 2007, p. II-3601, nr. 925.
[86] GvEA EU 17 september 2007, zaak T-201/04 (*Microsoft*), Jur. 2007, p. II-3601, nr. 927.
[87] Deze factoren werden ook door het Gerecht in de zaak Microsoft aangehaald ter ondersteuning van zijn conclusie dat het Windows-besturingssysteem en Windows Media Player twee afzonderlijke producten waren.
[88] Zie ook GvEA EU 17 september 2007, zaak T-201/04 (*Microsoft*), Jur. 2007, p. II-3601, nr. 926
[89] Zie bijv. rapport AlixPartners, randnummer 7.4.35.
[90] Zie: Epic Games Inc. v Apple, case nr. 20-cv-5640 (Northern District of California), Complaint for injunctive relief, randnummer 19.

Ad b: Dominantie

5.29 Apple heeft een machtspositie op de markt voor het bindende product, namelijk de markt voor de distributie van iOS-apps. Verwezen wordt naar de paragrafen 5.11 en 5.12 hierboven.

Ad c: Dwang

5.30 Aan de derde voorwaarde, dat op dwang betrekking heeft, is voldaan wanneer een onderneming met een machtspositie haar afnemers geen werkelijke keuze biedt om het bindende product aan te schaffen zonder het gekoppelde product.[91] Dwang kan één of beide van de volgende vormen aannemen:[92]

a. **Contractuele dwang**: de verplichting tot koppelverkoop wordt opgelegd door de voorwaarden van de overeenkomst tussen de onderneming met een machtspositie en haar afnemers; en/of

b. **Technische dwang**: het gekoppelde product is fysiek geïntegreerd in het koppelende product, zodat het onmogelijk is het ene product te nemen zonder het andere.

5.31 Ook aan deze voorwaarde is in de onderhavige zaak voldaan, aangezien Apple door de beperkingen van het betalingssysteem zowel contractuele als technische dwang uitoefent om het gebruik van de ASPPS voor Relevante Aankopen te verzekeren.

5.32 De dwang wordt in de eerste plaats opgelegd aan de ontwikkelaars van iOS Apps, die geen concurrerend betalingsverwerkingssysteem voor Relevante Aankopen mogen gebruiken. Dit geldt daarmee ook voor gebruikers van iOS Apparaten, die ook verplicht zijn de ASPPS te gebruiken om Relevante Aankopen te doen.

Ad d: Uitsluiting

5.33 Koppelverkoop zal slechts misbruik van een machtspositie vormen indien sprake is van concurrentiebeperkende gevolgen. Daarbij is evenwel niet vereist dat dit effect concreet is. Er kan worden volstaan met aan te tonen dat sprake is van een mogelijk mededingingsverstorend effect dat concurrenten die minstens even efficiënt zijn als de onderneming met een machtspositie, van de betreffende markt kan uitsluiten.[93]

[91] GvEA EU 17 september 2007, zaak T-201/04 (*Microsoft*), Jur. 2007, p. II-3601, nrs. 955 en 961.
[92] GvEA EU 17 september 2007, zaak T-201/04 (*Microsoft*), Jur. 2007, p. II-3601, nr. 963.
[93] HvJ 17 februari 2011, C-52/09 (TeliaSonera Sverige), r.o. 64.

5.34 Het is niet nodig aan te tonen dat de mededingingsbeperkende gevolgen de consumenten rechtstreeks schaden. Het verbod van artikel 102 VWEU en artikel 24 MW heeft ook betrekking op gedragingen die de consumenten indirect schaden doordat zij afbreuk doen aan een daadwerkelijke mededingingsstructuur. Aangezien de mededingingsstructuur van de markt reeds door de aanwezigheid van de onderneming met een machtspositie is aangetast, kan elke bijkomende beperking van de mededinging immers misbruik van die machtspositie opleveren.[94]

5.35 De mededingingsbeperkende gevolgen van de eis van Apple om de ASPPS voor alle Relevante Aankopen te gebruiken, zijn hiervoor in hoofdstuk 4 al besproken. Kort gezegd komt het erop neer dat de koppelverkoop verhindert dat iOS App ontwikkelaars gebruik maken van andere betalingsverwerkingsdiensten, en derhalve concurrerende aanbieders van betalingsverwerkingsdiensten uitsluit van de relevante markt. Als zodanig is de mededinging op de Markt voor iOS-betalingsverwerking volledig uitgedoofd.

Objectieve rechtvaardiging

5.36 Een objectieve rechtvaardiging voor de koppelverkoop ontbreekt. Mocht Apple zich op een objectieve rechtvaardiging beroepen, dan rust de bewijslast ter zake op Apple en zal de Stichting daar te zijner tijd op reageren.

(iii) Relevante counterfactual

5.37 Zonder de App Distribution Restrictions en de Payment System Restrictions:

a. Zou de markt voor de distributie van iOS-apps zich als een concurrerende markt hebben ontwikkeld.[95] In het bijzonder zouden concurrerende app-distributeurs de markt hebben betreden en alternatieve middelen voor de distributie van iOS Apps hebben aangeboden, waaronder algemene en/of gespecialiseerde iOS app stores.[96] Bovendien zouden ten minste sommige ontwikkelaars van iOS Apps die apps beschikbaar hebben gesteld om rechtstreeks door gebruikers van iOS Apparaten te worden gedownload van hun websites (net zoals Mac-gebruikers MacOS Apps kunnen downloaden op hun Apple personal computer door rechtstreekse downloads van de website van een ontwikkelaar - of zelfs van verschillende MacOS App stores: zie Rapport AlixPartners, randnummer 6.2.6.,

[94] HvJ 13 februari 1979, C-85/67 (Hoffmann-La Roche), r.o. 123.
[95] Zie Rapport AlixPartners, randnummer 6.2.
[96] Zie Rapport AlixPartners, randnummers 6.2.6 - 6.2.14.

onder b)). Gebruikers van iOS Apparaten zouden die andere vormen van app-distributie hebben gebruikt.[97]

b. Zou de markt voor de verwerking van iOS-betalingen zich ook als een concurrerende markt hebben ontwikkeld.[98] Met name andere betalingsverwerkers zouden de markt hebben betreden (zoals zij hebben gedaan waar het gebruik van de ASPPS niet verplicht is). Sommige concurrerende app stores zouden hun eigen betalingsverwerkingsoplossingen hebben geïntroduceerd en/of ontwikkelaars van iOS Apps zouden hun eigen betalingsverwerker kunnen kiezen voor aankopen van en binnen hun iOS Apps.

5.38 Wat het bedrag van de commissie op een concurrerende markt betreft: (i) zouden derden op zowel de markt voor de distributie van iOS-apps als de markt voor de verwerking van iOS-betalingen lagere tarieven hebben berekend dan de Commissie die Apple in rekening heeft gebracht, en ii) zou Apple een lagere Commissie hebben berekend om met die derden te concurreren.[99] Gebruikers van iOS Apparaten zouden zodoende een lagere Commissie hebben betaald. Op grond van de thans beschikbare informatie is de raming van AlixPartners dat het niveau van de Commissie die zou zijn betaald, tussen de 5-15% ligt (zie Rapport AlixPartners, randnummer 8.3.2), zoals hieronder nader wordt uitgewerkt.

D. Excessieve prijzen

(i) Wettelijk kader

5.39 Excessieve prijzen zijn een bekende vorm van misbruik van een machtspositie. Artikel 102 VWEU bepaalt uitdrukkelijk dat misbruik van een machtspositie kan bestaan in (onder meer): "*het rechtstreeks of zijdelings opleggen van onbillijke aan- of verkoopprijzen of van andere onbillijke contractuele voorwaarden;*".

5.40 Richtinggevend bij het vaststellen of sprake is van excessieve prijzen is het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen van 27/76, *United Brands*, Jurispr. 1978, blz. 207, met name de paragrafen 248-253:

a. **Par. 249:** De rechter moet nagaan of de onderneming met een machtspositie de kansen die uit haar machtspositie voortvloeien, heeft aangegrepen om handelsvoordelen te behalen die zij niet zou hebben behaald indien er een normale en voldoende daadwerkelijke mededinging was geweest.

[97] Zie Rapport AlixPartners, randnummers 6.2.15- 6.2.20.
[98] Rapport AlixPartners, randnummers 6.3.13 - 6.3.14.
[99] Zie Rapport AlixPartners, randnummers 6.2.21-6.2.25; 6.3.13-6.3.14; 6.4.2.

b. **Par. 250**: Een prijs die niet in redelijke verhouding staat tot de economische waarde van het product is misbruik.

c. **Par. 251/252**: Een methode om te bepalen of een prijs buitensporig is, bestaat erin de verkoopprijs te vergelijken met de productiekosten, om na te gaan of het verschil buitensporig is (het zogenaamde "*buitensporig deel*"), en zo ja, of de prijs onbillijk is, zowel absoluut gezien, als in vergelijking met concurrerende producten (het zogenaamde "*onbillijke deel*").

d. **Par. 253**: Er kunnen andere methodologieën worden gebruikt om te bepalen of de prijs van een product billijk is.

5.41 De aard van de procedure die moet worden gevolgd om een excessieve prijsstelling vast te stellen, werd uitvoerig besproken door het Court of Appeal in *Competition and Markets Authority v Flynn Pharma Ltd.* **("CMA/Flynn").**[100] In deze uitspraak herhalen Lord Justice Green ("**Green LJ**)" en Lord Justice Vos ("**Vos LJ**") dat er niet één enkele methode of manier bestaat om misbruik vast te stellen, dat er een zekere manoeuvreerruimte is om te bepalen welke methode (of methoden) moet(en) worden gebruikt om dergelijk misbruik vast te stellen, en dat het een zeer feitengevoelige oefening is.[101]

5.42 Indien een eiser misbruik tracht aan te tonen door middel van de methode die is uiteengezet in *United Brands*, kan de eiser:

a. de productiekosten vergelijken met de verkoopprijs om de winstmarge bekend te maken; bepalen of die "buitensporig" is, met name door de aangerekende prijs te vergelijken met een benchmark of norm, zoals een benchmark voor het rendement op de verkoop of het rendement op het geïnvesteerd vermogen; (de "buitensporige limiet") en

b. vervolgens de prijs vergelijken met "*een reeks relevante factoren, waaronder, maar niet beperkt tot, bewijsmateriaal en gegevens met betrekking tot de gedaagde onderneming zelf en/of bewijsmateriaal van vergelijkingspunten getrokken uit concurrerende producten en/of enig ander relevant vergelijkbaar product, of al deze", waarbij er "geen vaste lijst is van categorieën van relevant bewijsmateriaal*"[102] (het "onbillijke deel").

[100] Competition and Markets Authority v Flynn Pharma Ltd, [2020] EWCA Civ 339; [2020] Bus LR 803 (**Productie 17**).
[101] Zie CMA/Flynn, Green LJ, r.o. 97 (iii)-(iv); Vos LJ, r.o. 266.
[102] Zie Green LJ, punt 97 (vi).

5.43 Bij een dergelijke analyse wordt rekening gehouden met factoren aan de vraagzijde, met name in verband met het begrip economische waarde. In grote lijnen omvat economische waarde "*datgene wat gebruikers en klanten waarderen en redelijkerwijs zullen betalen*", maar al lang wordt erkend dat dit op zichzelf niet voldoende is "*omdat anders de werkelijke waarde zou worden gedefinieerd als alles waar een onderneming met een uitbuitende en misbruikende machtspositie mee weg zou kunnen komen".*[103] Dit risico is bijzonder groot in geval van afhankelijkheid: zoals advocaat-generaal Jacobs in zijn opinie bij de zaak 395/87, Tournier,[104] heeft uiteengezet, is het criterium van het belang van het product, in dat geval muziek voor discotheken, *"niet meer bruikbaar in een situatie waarin een bepaalde categorie gebruikers voor haar functioneren volledig afhankelijk is van de levering van muziek en waarin deze categorie wegens het ontbreken van mededinging in feite elke prijs moet betalen die van haar wordt verlangd".*[105] Zoals Green LJ in het arrest CMA/Flynn heeft uiteengezet, zal de afhankelijkheid van de koper dus een relevante factor zijn om de werkelijke economische waarde te bepalen.[106] Het is van belang om bij een dergelijke beoordeling de onderliggende feiten die aan de analyse ten grondslag liggen, niet uit het oog te verliezen.

(ii) *Prima facie geval*

5.44 Momenteel heeft de Stichting geen toegang tot belangrijke informatie, met name met betrekking tot de kosten die Apple in de betrokken periode heeft gemaakt en de inkomsten die het heeft verkregen. Het rapport van AlixPartners maakt duidelijk dat de beoordeling in dit opzicht voorlopig is, maar de heer Holt verwacht zijn beoordeling te kunnen bijwerken indien Apple openheid geeft over de kosten en inkomsten.[107]

5.45 Maar ondanks deze aanzienlijke informatieachterstand van de Stichting, is het excessieve en onbillijke karakter van de Commissie duidelijk. Voor alle duidelijkheid: vooralsnog stelt de Stichting dat alle Commissies die Apple voor de Relevante Aankopen rekent als excessief en onbillijk moeten worden aangemerkt, met inbegrip van de recent ingevoerde Commissie van 15% kleine ontwikkelaars van iOS Apps.

<u>Excessief</u>

5.46 Uit het thans beschikbare bewijsmateriaal blijkt dat de Commissie aan het excessieve onderdeel voldoet. In het bijzonder blijkt dat Apple een buitengewone winstmarge geniet met betrekking tot haar App Store. Dit volgt uit:

[103] Zie Green LJ, punt 125; de zogenaamde "cellophane fallacy".
[104] HvJ 13 juli 1989, zaak 395/87 (Tourner).
[105] Opinie AG Jacobs, 26 mei 1989, Jurispr. 1989, blz. 2558, punt 65.
[106] Zie Green LJ, punt 167.
[107] Zie Rapport AlixPartners randnummers. 7.1.2, 7.1.9. 7.3.35-7.3.36.

a. **Openbare verslagen** - Het US Committee Report suggereert dat:

i. De **netto-inkomsten** van Apple uit de App Store (alleen, afgezien van alle andere elementen van het Apple ecosysteem) bedroegen in 2019/2020 meer dan 15 miljard dollar.[108] Naar verluidt is het overgrote deel van die inkomsten afkomstig van de door Apple aangerekende commissie.[109]

ii. De **kosten** van Apple voor het beheer van de App Store zijn echter publiekelijk geraamd op minder dan 100 miljoen dollar.[110]

Deze cijfers wijzen op een uitzonderlijk hoge winstmarge.

b. Het **rapport van AlixPartners** – dat sprake is van een uitzonderlijke hoge winstmarge wordt ook bevestigd door de analyse van AlixPartners (hoewel die analyse onvermijdelijk beperkt wordt door de beperkte informatie die publiekelijk beschikbaar is). AlixPartners heeft op basis van openbaar beschikbare informatie rentabiliteitsanalyses gemaakt om het rendement op het geïnvesteerde kapitaal (*return on capital employed* of "**ROCE**") van Apple te schatten in vergelijking met de relevante aangepaste gewogen gemiddelde kapitaalkosten (*weighted average cost of capital* of "**WACC**").[111] In het bijzonder:

i. Uit figuur 7.1 in het Rapport van AlixPartners blijkt dat de geraamde ROCE in de relevante periode aanzienlijk hoger ligt dan de berekende WACC van Apple met betrekking tot de Commissie voor app-distributiediensten, waarbij dat verschil in de loop van de tijd aanzienlijk toeneemt (in plaats van afneemt, wat in een concurrerende markt te verwachten zou zijn geweest).[112] Zelfs bij zeer conservatieve aannames, overstijgt de ROCE de WACC nog steeds in grote mate.[113]

Om deze inschatting te verfijnen is meer informatie nodig – waarover alleen Apple beschikt .[114]

[108] Zie: Investigation of competition in Digital Markets, Subcommittee on Antitrust, Commercial and Administrative Law of the Committee on the Judiciary, October 2020, op blz. 344-345. Volgens sommige daarin geciteerde ramingen liggen de inkomsten uit de App Store zelfs nog hoger.
[109] Zie Rapport AlixPartners, randnummer 7.3.18.
[110] Investigation of competition in Digital Markets, Subcommittee on Antitrust, Commercial and Administrative Law of the Committee on the Judiciary, October 2020, op blz. 344-345.
[111] Zie Rapport AlixPartners, respectievelijk de randnummers 7.3.1-7.3.29 en 7.4.3-7.4.28. Deze analyse is bestand tegen een aantal gevoeligheden: zie de randnummers 7.3.32-7.3.34 en 7.4.31-7.4.33.
[112] Zie Rapport AlixPartners, randnummer 7.3.29.
[113] Zie Rapport AlixPartners, randnummer 7.3.34.
[114] Zie Rapport AlixPartners, randnummer 7.3.35-7.3.36, 7.4.4.

c. **Daling van de Commissie tot 15%** - Het feit dat Apple van de ene dag op de andere zijn Commissie voor kleine ontwikkelaars van iOS Apps tot 15% kon verlagen, zoals hierboven uitgelegd, is een aanwijzing dat het eerder niveau van 30% excessief was.

d. **Zorgen app-ontwikkelaars** - iOS App ontwikkelaars zijn van mening dat de fees die Apple rekent de kosten voor Apple schromelijk overtreffen. Epic Games heeft gesteld dat de kosten van het runnen van een digitale winkel op grote schaal te verwaarlozen lijken te zijn, zodanig dat zij schatten dat een fee van 30% een opslag van 300-400% ten opzichte van de kosten betekent.[115]

Onbillijk

5.47 **Absoluut onbillijk** - Er zijn een aantal factoren die erop wijzen dat het door Apple vastgestelde %-tarief op zichzelf genomen onbillijk is. In het bijzonder:

a. **Hardnekkig tarief** - Het niveau van de Commissie werd in 2009 vastgesteld, en is al meer dan tien jaar stabiel (afgezien van de beperkte uitzonderingen die hierboven behandeld zijn). Het aanhouden van hoge prijzen, gezien de buitengewone groei van Apple, en de App Store,[116] wijst erop dat Apple als gevolg van haar machtspositie handelsvoordelen heeft behaald die zij niet zou hebben behaald indien er normale en voldoende daadwerkelijke mededinging was geweest.

b. **Aard van het verschil** - Zoals hierboven uiteengezet, is de winstmarge die in het rapport van AlixPartners wordt genoemd, niet alleen uitzonderlijk hoog, maar neemt zij zelfs toe. In een concurrerende markt zou men verwachten dat rendementen boven de WACC mettertijd eroderen.[117]

c. **Verlaging van de Commissie tot 15%** - De onlangs aangekondigde daling van het percentage voor de Commissie voor bepaalde iOS App-ontwikkelaars benadrukt slechts het oneerlijke karakter van de Commissie. In de aankondiging van Apple werd duidelijk gemaakt dat het doel van het verlaagde Commissiepercentage was om iOS App-ontwikkelaars in staat te stellen "*meer middelen in [hun] bedrijf te investeren en door te gaan met het bouwen van het*

[115] Zie https://www.mcvuk.com/development-news/new-epic-games-store-takes-on-steam-with-just-12-revenue-share-tim-sweeney-answers-our-questions/. Zie ook het bewijsmateriaal voor het Huis van Afgevaardigden van de VS, zoals opgenomen in de Investigation of competition in Digital Markets, Subcommittee on Antitrust, Commercial and Administrative Law of the Committee on the Judiciary, 2020 blz. 346.
[116] Het aantal apps in de App Store is gegroeid van 5.000 in de zomer van 2008 tot 2,2 miljoen in januari 2017. Zie https://www.businessofapps.com/guide/app-stores-list/
[117] Rapport AlixPartners, randnummer 7.3.29.

soort kwaliteitsapps waar uw klanten van houden".[118] De verlaging is alleen van toepassing op "kleine" bedrijven. Deze verlaging was niet het gevolg van concurrentiedruk (aangezien die er niet is), maar lijkt veeleer een reactie te zijn op kritiek en onderzoeken van de regelgevende instanties, negatieve publiciteit en een reeks juridisch procedures die hierna (randnummer 5.56 e.v.) zullen worden beschreven . Het feit dat Apple in één klap de Commissie op een deel van de Relevante Aankopen kan halveren, wijst erop dat die prijzen voorheen niet concurrerend of eerlijk waren.

d. **Andere bronnen van inkomsten uit de App Store** - Apple rekent bovendien een Program Fee van (omgerekend) $99 per jaar, die in 2017 naar schatting $50 mrd aan inkomsten voor Apple opleverde.[119] Apple genereert daarnaast naar schatting $2 mrd per jaar (in 2020, het is de laatste jaren exponentieel gestegen) aan inkomsten via Apple Search Ads, die in de App Store aan iOS App Ontwikkelaars worden aangeboden.[120] In het licht van de beschikbare openbare informatie met betrekking het verschil tussen de kosten voor de exploitatie van de App Store en de inkomsten ervan, versterken deze andere bronnen van inkomsten alleen maar het onbillijke karakter de Commissie die Apple rekent.

e. Reactie van iOS App ontwikkelaars:

i. **Pogingen tot omzeiling**: ontwikkelaars van iOS-apps hebben tevergeefs geprobeerd om elementen van de aan Apple betaalde Commissie te omzeilen. Toen Epic Games dit probeerde met betrekking tot zijn Fortnite iOS App, en een korting van 20% op de in-app prijzen wilde aanbieden, werd dit niet toegestaan door Apple.[121] Evenzo zijn iOS App-ontwikkelaars zoals Netflix en Spotify weliswaar gestopt met het aanvaarden van betalingen binnen hun iOS Apps (door de ASPPS in hun iOS Apps uit te schakelen), maar zij worden nog steeds contractueel beperkt in hun mogelijkheden om gebruikers van iOS Apparaten binnen de iOS App te informeren over de alternatieve aankoopmethoden die buiten de iOS App beschikbaar zijn.

ii. **Klachten:** Zoals hierna in [par. [5.58] nader wordt toegelicht, zijn diverse ontwikkelaars van iOS-apps juridisch de strijd aangegaan tegen de in hun ogen onbillijke en onrechtmatige Commissie. Epic Games heeft in de Verenigde Staten bij de United States District Court Californië een procedure aanhangig gemaakt

[118] Zie https://developer.apple.com/news/?id=i7jzeefs
[119] Rapport AlixPartners, randnummer 7.3.14.
[120] Rapport AlixPartners, randnummer 7.3.15.
[121] Zie: *Epic Games Inc. v Apple Inc.,* case nr. 20-cv-5640 (Northern District of California), Complaint for injunctive relief, randnummers 19-20 (**Productie 18**).

tegen Apple, waarin zij de Commissie achtereenvolgens aanduid als "*an oppressive 30% tax on the sale of every app*", "*the exorbitant 30% fee*", "*a supra-competitive 30% tax*", en "*a rate that is far higher than what could be sustained under competitive conditions*".[122] In Californië is daarnaast ook een collectieve actie ingesteld door ontwikkelaars van iOS-apps Donald R Cameron en Pure Sweat Basketball, Inc., die de Commissie eveneens aanduiden als "*a supra-competitive 30% commission*", een " *overly expensive 30% commission*", die leidt tot "*enormous, supra- competitive profits*".[123]

5.48 De Commissie weerspiegelt niet de economische waarde van de App Store. Integendeel, het is een vergoeding die onder dwang wordt betaald door de ontwikkelaars van iOS App's, die voor de distributie van hun iOS App's volledig afhankelijk worden gemaakt van Apple. De iOS App-ontwikkelaars hebben er fel bezwaar tegen gemaakt: het is geen commissie die overeenstemt met wat de gebruikers van iOS-toestellen waarderen en redelijkerwijs zullen betalen.

5.49 **Onbillijk in vergelijking met andere producten** – in het rapport van AlixPartners wordt tevens gekeken naar andere producten/diensten die als relevante vergelijkingspunten zouden kunnen dienen.

5.50 AlixPartners heeft geen sterke vergelijking op het gebied van prijs gevonden in de vorm van andere app stores die concurrerende commissies aanrekenen.[124] Ten eerste zijn er, zoals hierboven beschreven, geen concurrerende app stores voor iOS Apps door het misbruik van Apple. Ten tweede heeft AlixPartners onderzocht of Android-appwinkels als relevante vergelijkingspunten zouden kunnen dienen, maar de voorlopige beoordeling is dat de Google Play Store en andere Android-appwinkels geen concurrerende commissieniveaus aanrekenen wegens de marktmacht van Google en zijn mededingingsbeperkende gedrag met betrekking tot Android-appwinkels.[125] AlixPartners heeft echter wel vergelijkingspunten gevonden in de vorm van bepaalde distributieplatforms voor PC-spelletjes en de Microsoft app store, die in de prijsbenchmarkinganalyse van AlixPartners zijn meegenomen.[126]

5.51 AlixPartners komt tot een voorlopig standpunt dat een concurrerende benchmark voor de markt voor de distributie van iOS Apps in de orde van grootte van 10-20% zou liggen, met een middenpunt van 15%. Volgens AlixPartners is dit een voorzichtige

[122] *Epic Games Inc. v Apple Inc.,* case nr. 20-cv-5640 (Northern District of California), Complaint for injunctive relief, randnummers. 3, 11, 97, 102.
[123] *Donald R. Cameron and Pure Sweat Basketball, Inc. v Apple Inc.*, Case 5:19-cv-03074-YGR, Class Action Complaint, randnummers. 3, 4 en 31 (**Productie 19**).
[124] Rapport AlixPartners, par. 7.1.10, par. 7.3.49-7.3.57.
[125] Rapport AlixPartners, par. 7.1.10, par. 7.3.53-7.3.57.
[126] Rapport AlixPartners, randnummers. 7.1.9 en 7.3.58-7.3.91.

schatting. Indien echter "*verdere analyse van de winstgevendheid van de App Store zou wijzen op een hoge en aanhoudende winstgevendheid, zelfs bij dit commissieniveau, is het mogelijk dat zelfs 15% hoger is dan wat ik zou verwachten in een goed functionerende concurrerende markt*".[127]

5.52 AlixPartners is ook van mening dat de aanbieders van betalingsverwerkingsdiensten als relevante prijsvergelijkers dienen om te beoordelen of de Commissie oneerlijk is, waarbij wordt opmerkt dat de Commissie niet wordt geheven op alle iOS Apps waarvoor betalingsverwerkingsdiensten nodig zijn, ook niet op die welke fysieke goederen en diensten aanbieden.[128] AlixPartners identificeert in dit stadium een steekproef van vier aanbieders van online-betalingsdiensten als potentiële vergelijkers, die elk een provisie van 3% of minder aanrekenen.[129] AlixPartners concludeert dat deze prijsvergelijkers "*betalingsverwerkingssystemen aanbieden met volledig vergelijkbare kernfuncties als [de ASPPS], maar zeer aanzienlijk lagere provisies aanrekenen*", en dus *prima facie* aantonen dat de Commissie op een buitensporig en onbillijk niveau is vastgesteld.[130]

5.53 Op basis van de analyse van AlixPartners van het beschikbare bewijsmateriaal inzake vergoedingen voor betalingssystemen, komt een concurrerende benchmark voor Apple's Commissie in de buurt van 1,5-3%. AlixPartners houdt er rekening mee (op een voorzichtige basis) dat er potentiële extra kosten voor de verwerking van betalingen kunnen zijn en gaat dus voorlopig uit van een benchmark voor de markt van iOS-betalingsverwerking van 5%.[131]

Counterfactual

5.54 In het licht van het thans beschikbare bewijsmateriaal, is AlixPartners van mening dat de Commissie ofwel zou dalen tot niveaus die gebaseerd zijn op vergelijkingspunten voor app-distributie (in de orde van 10-20%), ofwel tot niveaus voor betalingsverwerking van ongeveer 5%. De beschikbare gegevens wijzen er op dat de Commissie voor Relevante Aankopen waarschijnlijk in de richting van de benchmark voor betalingsverwerking zou gaan.[132] AlixPartners is derhalve van mening dat een marge van 5-15% een goede indicatie is van een concurrerend niveau voor de vergoedingen in verband met Relevante Aankopen.[133]

[127] Rapport AlixPartners, randnummers 7.3.92-9.3.93.
[128] Rapport AlixPartners, randnummer 7.4.1.
[129] Rapport AlixPartners, randnummers 7.4.34-7.4.39.
[130] Rapport AlixPartners, randnummer 7.4.39.
[131] Rapport AlixPartners, randnummer 7.4.39.
[132] Rapport AlixPartners, randnummer 7.5.3.
[133] Rapport AlixPartners, randnummer 7.5.4.

E. Gevolgen voor de handel tussen lidstaten

5.55 De hierboven uiteengezette inbreuken kunnen de handel tussen de lidstaten van de Europese Unie merkbaar beïnvloeden. De inbreuken hebben met name gevolgen voor het vermogen van app ontwikkelaars of betalingsverwerkers om grensoverschrijdende diensten (of diensten binnen Nederland) aan te bieden.

F. Andere juridische procedures en onderzoeken

5.56 Het misbruik van machtspositie door Apple wordt inmiddels onderzocht door toezichthouders over de hele wereld, waaronder de Europese Commissie, de Autoriteit Consument en Mark, en de Competition and Markets Authority. Daarnaast zijn er tegen Apple diverse civiele procedures aanhangig gemaakt wegens misbruik van machtspositie.

5.57 Er lopen o.a. de volgende onderzoeken van mededingingsautoriteiten:

a. **Europese Unie** - de Europese Commissie heeft in juni 2020, na een klacht van muziekstreamingapp Spotify, een formeel onderzoek geopend naar het gedrag van Apple met betrekking tot de App Store. Op 30 april 2021 kondigde de Europese Commissie aan dat zij het voorlopige standpunt heeft ingenomen dat Apple misbruik heeft gemaakt van haar machtspositie als bedoeld in artikel 102 VWEU bij de distributie van muziekstreaming-apps via haar App Store (**Productie 14)**. De Europese Commissie ziet met name een probleem in het verplichte gebruik van Apple's eigen in-app-aankoopmechanisme dat aan ontwikkelaars van muziekstreaming-apps wordt opgelegd om hun apps via de App Store te distribueren en het feit dat app-ontwikkelaars bepaalde beperkingen wordt opgelegd waardoor zij iPhone en iPad gebruikers niet kunnen informeren over alternatieve, goedkopere aankoopmogelijkheden.[134] Margrethe Vestager geeft in dat verband aan:

> "*App stores play a central role in today's digital economy. We can now do our shopping, access news, music or movies via apps instead of visiting websites. Our preliminary finding is that Apple is a gatekeeper to users of iPhones and iPads via the App Store. With Apple Music, Apple also competes with music streaming providers. By setting strict rules on the App store that disadvantage competing music streaming services, Apple deprives users of*

[134] Zie https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_21_2061: "*The Commission takes issue with the mandatory use of Apple's own in-app purchase mechanism imposed on music streaming app developers to distribute their apps via Apple's App Store. The Commission is also concerned that Apple applies certain restrictions on app developers preventing them from informing iPhone and iPad users of alternative, cheaper purchasing possibilities.*"

cheaper music streaming choices and distorts competition. This is done 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." [135]

Het voorlopige standpunt van de Commissie is dan ook dat de regels van Apple de concurrentie op de markt voor muziekstreamingdiensten verstoren doordat zij de kosten van concurrerende ontwikkelaars van muziekstreamingapps verhogen. Dit leidt dan weer tot hogere prijzen voor consumenten voor hun in-app muziekabonnementen op iOS-apparaten.[136]

b. **Nederland** - parallel met het onderzoek van de Europese Commissie, heeft ook de ACM onderzocht of Apple misbruik maakt van haar machtspositie. Daarbij keek de ACM naar de voorwaarden die Apple hanteert in de App Store voor app-aanbieders die apps aanbieden die niet met apps van Apple concurreren, in het bijzonder op het gebied van online dating in Nederland. Het onderzoek volgde op de publicatie van een Nederlandse marktstudie appstores waarin is onderzocht hoe appaanbieders hun apps in een appstore krijgen en welke invloed de appstores hebben op het aanbod van apps waar eindgebruikers uit kunnen kiezen (**Productie 20**).[137] In het kader van die marktstudie is ook gekeken naar de omvang van de commissies die Apple in verband met de App Store in rekening brengt. Op 1 december 2020 heeft de ACM naar aanleiding van zijn marktonderzoek naar de Nederlandse markt voor betalingsdiensten een rapport gepubliceerd waarin onder meer wordt gesteld dat technologiebedrijven, waaronder Apple, ervoor moeten zorgen dat hun platforms toegang bieden tot concurrerende aanbieders van betalingsdiensten.[138]

   De ACM heeft bij besluit van 24 augustus 2021 vastgesteld dat Apple misbruik maakt van haar machtspositie en daarvoor aan Apple een last onder dwangsom opgelegd van 5 miljoen euro per week met een maximum van 50 miljoen euro.[139]

---

[135] Zie https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_21_2061
[136] Idem.
[137] The Netherlands Authority for Consumers & Markets, Market study into mobile app stores, Date: 11 April 2019, te raadplegen op: https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/market-study-into-mobile-app-stores.pdf
[138] Nieuwe manieren van betalen, nog niet veel gebruikt, maar groeiende markt. Zie: https://www.acm.nl/nl/publicaties/nieuwe-manieren-van-betalen-nog-niet-veel-gebruikt-maar-groeiende-markt (**Productie 21**).
[139] https://www.acm.nl/nl/publicaties/samenvatting-besluit-misbruik-economische-machtspositie-apple. Een samenvatting van het besluit is pas op 24 december 2021 gepubliceerd, nadat de rechter had geoordeeld dat een onderdeel van de last onder dwangsom openbaar gemaakt mocht worden. Een deel van het besluit van de ACM is echter nog niet openbaar. Zie Rechtbank Rotterdam, 24 december 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:12851.

Volgens de ACM overtreedt Apple artikel 24 Mw en artikel 102 VWEU door het opleggen van onredelijke (onbillijke) voorwaarden aan datingappaanbieders. De last onder dwangsom verplicht Apple de voorwaarden voor toegang tot de Nederlandse Store Front van de App Store binnen twee maanden zodanig aan te passen dat datingappaanbieders ook gebruik kunnen maken van een alternatief voor het betaalsysteem van Apple (IAP-dienst). De huidige voorwaarden verbieden dit. Tevens moeten datingappaanbieders de mogelijkheid krijgen om in hun app te verwijzen naar betaalmogelijkheden buiten de app.[140]

Apple diende per 15 januari 2022 haar voorwaarden te hebben gewijzigd zodat datingappaanbieders andere betaalsystemen in de app mogen gebruiken naast of in plaats van het betaalsysteem van Apple. Apple heeft vervolgens aan de ACM gemeld dat ze haar beleid voor datingapps in de App Store had gewijzigd.

Uit onderzoek van de ACM bleek echter dat Apple op verschillende punten niet voldeed aan de door de ACM gestelde eisen. Zo konden datingapp-aanbieders nog steeds geen gebruik kunnen maken van andere betaalsystemen, maar slechts hun ‘interesse’ tonen. Daarnaast stelde de ACM vast dat Apple nog steeds een aantal drempels opwierp voor datingapp-aanbieders om gebruik te maken van een ander betaalsysteem; de app-aanbieders waren verplicht om een keuze te maken; óf een verwijzing naar betaalmogelijkheden buiten de app óf een alternatief betaalsysteem. Dientengevolge was Apple een dwangsom van 5 miljoen euro verschuldigd aan de ACM voor iedere week dat zij niet voldeed aan de last.[141]

Apple heeft vervolgens haar voorwaarden aangepast, maar ook de nieuwe voorwaarden voldeden niet aan de eisen van de ACM. Volgens de nieuwe voorwaarden moesten datingapp-aanbieders een geheel nieuwe app maken als ze gebruik wilden maken van een alternatief betalingssysteem. Appaanbieders kunnen niet hun bestaande app aanpassen. De ACM vond dit een onredelijke voorwaarde die strijdig was met de eisen die de ACM heeft gesteld.[142] Apple moest daarom opnieuw een dwangsom van 5 miljoen euro betalen. De verbeurde dwangsommen waren per 14 februari opgelopen tot 20 miljoen euro.

Apple heeft op 21 maart 2022 nieuwe voorstellen voorgelegd aan de ACM. Die voorstellen zijn vervolgens op zondag 27 maart aangepast om te voldoen aan de

[140] https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/samenvatting-besluit-misbruik-economische-machtspositie-door-apple.pdf (**Productie 8**).
[141] https://www.acm.nl/nl/publicaties/apple-voldoet-niet-aan-de-eisen-van-de-acm (**Productie 11**)
[142] https://www.acm.nl/nl/publicaties/acm-nieuwe-app-maken-onnodige-en-onredelijke-voorwaarde-van-apple-aan-datingapp-aanbieders (**Productie 12**)

door de ACM gestelde eisen. Het aangepaste voorstel moet leiden tot definitieve voorwaarden voor datingapp-aanbieders die gebruik willen maken van de App Store. Als het voorstel voor definitieve voorwaarden binnen is, zal de ACM dit voorleggen aan marktpartijen. De ACM geeft daarna zo snel mogelijk het oordeel of Apple met de uitvoering hiervan voldoet aan de eis van de ACM dat alternatieve betaalwijzen mogelijk worden gemaakt in datingapps. De uitkomst hiervan was op het moment van het uitbrengen van deze dagvaarding nog niet bekend. De door Apple verbeurde dwangsommen waren op 1 april 2022 echter al opgelopen tot een bedrag van EUR 50 miljoen.[143]

c. **Groot Brittannië** - op 4 maart 2021 kondigde de CMA aan dat zij een onderzoek instelt naar het gedrag van Apple in verband met de distributie van iOS Apps op iOS Apparaten in het Verenigd Koninkrijk, en met name naar de voorwaarden voor de toegang van iOS App Ontwikkelaars tot de App Store van Apple (**Productie 22**).[144] Na een eerste fase waarin informatie is verzameld en geanalyseerd, heeft de CMA recentelijk (30 Maart 2022) besloten het onderzoek naar de Apple App Store voort te zetten.[145]

d. **Verenigde Staten** - in de Verenigde Staten heeft de subcommissie Antitrust, handelsrecht en administratief recht van de *Judiciary Committee* van het Huis een onderzoek verricht naar de mededinging op digitale markten, waarbij de nadruk lag op de machtspositie en de handelspraktijken van dominante onlineplatforms, waaronder Apple. In oktober 2020 publiceerde de commissie haar verslag en aanbevelingen (het "**US Committee Report**"), waarin onder meer wordt vastgesteld dat Apple haar monopoliepositie in de distributie van mobiele iOS Apps heeft aangewend om rivalen te discrimineren en uit te sluiten, en een supra-competitieve commissie binnen de App Store in rekening heeft gebracht.[146]

e. **Australië** - de Australian Competition & Consumer Commission ("**ACCC**") voert een onderzoek uit naar de markten voor de levering van digitale platformdiensten (waaronder de distributie van apps), en heeft aangegeven dat een vordering die

[143] ACM beoordeelt aangepast voorstel Apple over voorwaarden datingapps (**Productie 13**). Zie https://www.acm.nl/nl/publicaties/acm-beoordeelt-aangepast-voorstel-apple-over-voorwaarden-datingapps
[144] Zie: https://www.gov.uk/government/news/cma-investigates-apple-over-suspected-anti-competitive-behaviour, press release 4 March 2021
[145] Investigation into Apple AppStore: https://www.gov.uk/cma-cases/investigation-into-apple-appstore?utm_medium=email&utm_campaign=govuk-notifications-topic&utm_source=dd5d4844-b3f7-46a3-82d4-d9948adbd6fb&utm_content=daily
[146] Investigation of competition in Digital Markets, Subcommittee on Antitrust, Commercial and Administrative Law of the Committee on the Judiciary, October 2020, blz. 16 en 17 (**Productie 2**).

Epic Games in Australië tegen Apple heeft ingesteld, relevant zal zijn voor het onderzoek.[147] In het Digital platform services inquiry - March 2021 interim report, dat op 28 april 2021 is gepubliceerd, heeft de ACCC een aantal gebieden geïdentificeerd waar actie moet worden ondernomen en maatregelen voorgesteld om de zorgen op deze gebieden aan te pakken. Een van de zorgen betreft de gevolgen van de beperkingen die Apple aan het distributie- en betalingssysteem oplegt voor de ontwikkelaars van iOS-apps. Wat de hoogte van de Commissie betreft, overweegt de ACCC "*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*".[148]

f. **Zuid Korea** - in Zuid-Korea heeft de Commissie van Apple de aandacht getrokken van de Korea Fair Trade Commission ("**KFTC**"). In april 2021 werd aangekondigd dat de KFTC van plan is een vijf maanden durend onderzoek in te stellen dat een uitgebreid analyse zal omvatten naar het gedrag van Apple (en Google) op hun app-marktplaatsen, hun relatie met iOS App-ontwikkelaars, hun eigen in-app betalingssystemen en de nadelen of oneerlijke behandeling die iOS App-ontwikkelaars zouden kunnen hebben ondervonden in het proces van app-beoordelingen en -vertoning.[149] Om te voldoen aan een recente wijziging van de Telecommunicatiewet, zegde Apple in januari 2022 aanvankelijk toe dat zij Zuid-Koreaanse ontwikkelaars zou toestaan om ook alternatieve betaalsystemen voor in-app aankopen te gebruiken (naast de ASPPS), bijvoorbeeld om betaalsystemen van derden in apps te integreren.[150] Medio maart 2022 had Apple aan deze toezegging echter nog steeds geen gevolg gegeven. De Korean Communications Commission (de "**KCC**") heeft aangegeven dat zij overweegt een onderzoek in te stellen naar de naleving van de nieuwe wetgeving.[151]

g. **Japan** - de Japan Fair Trade Commission (de "**JFTC**") heeft onderzoek gedaan naar het betalingsbeleid van Apple in de App Store. Apple werd verdacht van het handelen in strijd met de Antimonopoliewet van oktober 2016 door het opleggen van beperkingen aan app ontwikkelaars op basis van App Store Review Guidelines. In september 2021 heeft de JFTC een schikking getroffen met Apple

[147] Epic Games' Australian court appeal in Apple dispute could see regulator's appearance at hearing (**Productie 23**). Zie https://content.mlex.com/#/content/1291611
[148] Zie: https://www.accc.gov.au/publications/serial-publications/digital-platform-services-inquiry-2020-2025/digital-platform-services-inquiry-march-2021-interim-report, blz. 72 (**Productie 24**).
[149] App marketplace study underway in South Korea as part of in-app payment antitrust probe (**Productie 25**). Zie: https://content.mlex.com/#/content/1287378
[150] Apple takes step back, plans to allow alternative in-app payment systems in South Korea, MLEX, 11 January 2022 (**Productie 26**). Zie: https://content.mlex.com/#/content/1350240
[151] Apple's lack of action on app store prompts South Korean regulator to consider inquiry, MLEX, 15 March 2022 (**Productie 27**). Zie: https://content.mlex.com/#/content/1365499

en het onderzoek afgesloten, nadat Apple ermee had ingestemd om ontwikkelaars van "reader" apps, zoals muziek-, nieuws- en tijdschriftabonnement-apps, toe te staan rechtstreeks naar hun websites te linken voor de aankoop van content. Volgens de voorwaarden van de schikking zal Apple ook toestaan dat ontwikkelaars van "reader"-apps hun apps omzetten in "reader"-apps of nieuw te lanceren "reader"-appservices waarmee ze de IAP-vergoeding kunnen omzeilen. Opvallend is dat gaming apps van deze schikking zijn uitgesloten.[152]

h. **India** - de *Competition Commission of India* (de "**CCI**") is een formeel onderzoek begonnen tegen Apple naar aanleiding van een klacht van de NGO "*Together We Fight Society*". In deze klacht wordt gesteld dat Apple misbruik heeft gemaakt van haar machtspositie op de markten voor de distributie van apps aan gebruikers van smartphones en tablets, en de verwerking van betalingen van consumenten voor digitale inhoud die binnen mobiele iOS-apps wordt gebruikt. Op 31 december 2021 heeft de CCI, na een antwoord van Apple op de klacht, in een beschikking van 20 pagina's een formele procedure tegen Apple ingeleid.[153]

i. **Rusland** - op 30 augustus 2021 concludeerde de Federale Antimonopoliedienst (FAS) dat Apple misbruik maakt van haar dominante positie "op de markt voor de distributie van apps via zijn App Store". De FAS stelde vast dat artikel 3.1 van de App Store-richtsnoeren het ontwikkelaars van iOS-apps verbiedt om in-app gebruikers te informeren over de mogelijkheid om voor hun aankopen buiten de App Store te betalen. Apple moest uiterlijk op 30 september 2021 aan de richtlijn voldoen. Op 28 oktober 2021 had Apple nog niet aan het bevel van de FAS voldaan. De FAS heeft vervolgens een handhavingsprocedure tegen Apple ingeleid en zou een boete kunnen opleggen die is gebaseerd op de omzet van Apple op de betrokken markten.[154]

5.58 Er lopen daarnaast een aantal civiele procedures in de Verenigde Staten. De volgende collectieve (consumenten)acties zijn door gebruikers van iOS Apparaten in de Verenigde Staten tegen Apple aangespannen:

a. *Apple Inc. v Peper* - In 2011 heeft een groep eisers Apple voor de rechter gedaagd omdat het bedrijf de markt voor de distributie van iPhone-apps onrechtmatig zou hebben gemonopoliseerd, waardoor het supra-competitieve

[152] Probe into Apple's app-payment system closed by Japan's competition regulator, MLEX, 2 September 2021 (**Productie 28**). zie: https://content.mlex.com/#/content/1320119
[153] Apple under scrutiny in India over alleged App Store abuse, MLEX, 3 January 2022 (**Productie 29**), zie: https://content.mlex.com/#/content/1348881
[154] Apple told to drop rule keeping payments inside App Store by Russian antitrust agency (**Productie 30**). Zie: https://content.mlex.com/#/content/1319284

commissies kon heffen die ertoe hebben geleid dat gebruikers van iOS Apparaten te veel hebben betaald voor iOS Apps.[155] De *US Supreme Court* heeft in een arrest van 2019 geoordeeld dat een dergelijke vordering van gebruikers van iOS apparaten ontvankelijk is.[156]

b. *Lawrence v Apple Inc* - In mei 2019 is een collectieve consumentenactie tegen Apple aanhangig gemaakt, waarin wordt gesteld dat Apple monopoliemacht uitoefent op de detailhandelsmarkt voor de verkoop van iOS Apps. Dit heeft ertoe geleid dat gebruikers van iOS Apparaten hogere prijzen betalen voor iOS Apps, en dat de consument minder keuze heeft.[157]

c. *Beverage, et al. v Apple Inc* - In september 2020 is een klacht ingediend tegen Apple namens gebruikers van de iOS App Fortnite van Epic Games. De klacht draait om het feit dat Apple Fortnite uit de App Store heeft verwijderd en om het onrechtvaardige gebruik van monopolistische macht door Apple om de concurrentie voor de distributie van apps en de verwerking van betalingen te belemmeren, en de prijzen voor gebruikers van iOS-apparaten in de App Store te verhogen door haar commissie van 30% op te leggen.[158]

5.59 Daarnaast zijn er in de Verenigde Staten diverse rechtszaken tegen Apple aanhangig gemaakt namens ontwikkelaars van iOS-apps:

a. *Donald R. Cameron en Pure Sweat Basketball Inc v Apple Inc* - In juni 2019 zijn de iOS App-ontwikkelaars Donald Cameron en Pure Sweat Basketball een collectieve procedure (class action) gestart tegen Apple wegens misbruik van haar monopoliepositie door een commissie van 30% en een jaarlijkse ontwikkelaarsvergoeding van $99 te vragen, en door te eisen dat de prijzen eindigen op $0,99. De iOS App-ontwikkelaars hebben onder meer gesteld dat dergelijke vergoedingen de concurrentie ondermijnen, de productie van betaalde iOS App- en in-app-transacties drukken en uiteindelijk de concurrentie, de iOS App ontwikkelaars en de consumenten van apps en in-app-producten schaden.[159]

[155] In re Apple iPhone Antitrust Litigation, Case 4:11-cv-06714 (Second Amended Consolidated Complaint), ingediend op 9 mei 2013.
[156] *Apple Inc. v. Pepper et al.* No. 17-204, 587 U.S. (2019). De US Supreme Court oordeelde (op blz. 6) dat "*The iPhone owners purchase apps directly from the retailer Apple […]. The iPhone owners pay the alleged overcharge directly to Apple*"
[157] *Lawrence v Apple Inc.*, Case 3:19-cv-02852, aanhangig gemaakt op 23 mei 2019.
[158] *Beverage, et al. v Apple Inc*, Case 20-cv-370535, aanhangig gemaakt op 17 september 2020.
[159] *Donald R. Cameron and Pure Sweat Basketball Inc. v Apple Inc.*, Case 5:19-cv-03074, aanhangig gemaakt op 4 juni 2019.

Deze procedure, aangespannen namens "kleine" app-ontwikkelaars, is op 27 augustus 2021 geschikt. De schikking heeft op 16 november 2021 voorlopige goedkeuring gekregen van de rechtbank voor het noordelijke district van Californië. De belangrijkste voorwaarden van de schikking zijn als volgt:

- Apple heeft "verduidelijkt" dat ontwikkelaars nu al aankoopopties kunnen delen met gebruikers buiten hun iOS-app;
- Apple zal alle ontwikkelaars (wereldwijd) gaan toestaan om contactinformatie die zij binnen hun iOS-app hebben verkregen, te gebruiken om alternatieve aankoopopties met gebruikers buiten hun iOS-app om te delen (bijvoorbeeld via e-mail) en de commissies van Apple te vermijden;
- Apple heeft geen aansprakelijkheid erkend, maar heeft voorgesteld een nieuw fonds van 100 miljoen dollar op te richten om "in aanmerking komende" Amerikaanse ontwikkelaars te helpen (ontwikkelaars die tussen 4 juni 2015 en 26 april 2021 voor al hun apps 1 miljoen dollar of minder hebben verdiend via de App Store in de VS in elk kalenderjaar waarin de ontwikkelaars een account hadden); en
- Apple heeft voorgesteld om het "Small Business Program", waarbij kleine ontwikkelaars (wereldwijd) een commissie van 15% moeten betalen, gedurende ten minste drie jaar na de schikking te verlengen.

b. *SaurikIT LLC v Apple Inc* - In december 2020 heeft SaurikIT een klacht ingediend tegen Apple wegens monopolisering van de markten voor de distributie van iOS-apps en de verwerking van betalingen voor iOS-apps. In de klacht wordt gesteld dat Apple zowel de distributiedienst van de app van SaurikIT, Cydia, als alle andere concurrenten van beide markten heeft uitgesloten, waardoor zij niet meer kunnen concurreren met de App Store. Zodoende kunnen zij ontwikkelaars van iOS-apps en gebruikers van iOS-apparaten geen betere prijzen, betere service en meer keuze bieden.[160]

5.60 In aanvulling op de vordering die Epic Games reeds had ingesteld tegen Apple in de Verenigde Staten (zie hierboven), heeft Epic Games in november 2020 tevens een vordering aanhangig gemaakt tegen Apple bij het Federale Gerechtshof van Australië. Vervolgens heeft Epic Games op 8 december 2020 een soortgelijke vordering ingesteld tegen Apple Inc. en Apple (UK) Limited bij het *Competition Appeal Tribunal*. In de zaak *Epic Games, Inc. e.a./Apple Inc. e.a.* [2021] CAT 4 is deze vordering echter afgewezen vanwege het ontbreken van rechtsmacht.

[160] *SaurikIT LLC v Apple Inc*, Case 4:20-cv-08733, aanhangig gemaakt op 10 december 2020.

6. AANSPRAKELIJKHEID EN SCHADE

A. Aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad

6.1 In Hoofdstuk 5 is uiteengezet dat Apple misbruik heeft gemaakt van haar machtspositie en daarmee in strijd heeft gehandeld met de artikelen 24 Mw en 102 VWEU. Er is sprake van een inbreuk op het mededingingsrecht waardoor Apple onrechtmatig heeft gehandeld jegens alle particuliere en zakelijke gebruikers van iOS-apparaten die één of meer Relevante Aankopen hebben gedaan in de Nederlands versie van de App Store.

Onrechtmatigheid

6.2 Apple heeft door misbruik te maken van haar machtspositie in strijd gehandeld met de wettelijke verplichting die is neergelegd in de artikelen 24 Mw en 102 VWEU. Deze inbreuk levert een onrechtmatige daad op bestaande uit een inbreuk op een wettelijke plicht alsook een handelen in strijd met de maatschappelijke betamelijkheid (artikel 6:162, lid 2, BW). Voor zover het de inbreuk op artikel 102 VWEU betreft, vloeit aansprakelijkheid tevens voort uit artikel 6:193m, lid 1, BW en – meer fundamenteel – uit artikel 102 VWEU zelf. Naar vaste rechtspraak van het Hof van Justitie geeft schending van de artikelen 101 en 102 VWEU aan eenieder een recht op vergoeding van de schade die is geleden als gevolg van de mededingingsinbreuk.[161]

6.3 De geschonden verplichting strekt ook tot bescherming tegen de schade zoals de gebruikers van iOS Apparaten die hebben geleden. Buiten dat dit voortvloeit uit het Unierechtelijke uitgangspunt dat eenieder recht heeft op schadevergoeding wegens inbreuken op het EU- mededingingsrecht, volgt dat bijvoorbeeld ook expliciet uit de artikelen 6:193k BW e.v.

Toerekenbaarheid

6.4 Het onrechtmatige handelen kan worden toegerekend aan Apple Inc. en Apple Distribution.

6.5 De beschreven inbreuken op het mededingingsrecht kunnen in de eerste plaats worden toegerekend aan Apple Inc. Deze vennootschap staat aan het hoofd van de Apple-groep en is in die hoedanigheid verantwoordelijk voor het bepalen van de voorwaarden waaronder iOS App ontwikkelaars apps in de App Store aan gebruikers van iOS Apparaten mogen distribueren, onder meer door middel van de beperkende contractuele voorwaarden en technologische beperkingen die hiervoor worden

[161] Zie bijvoorbeeld HvJ 13 juli 2006, gevoegde zaken C-295/04 tot en met C-298/04, Jur. 2006, p. I-6619 (Manfredi), r.o. 61; HvJ 6 november 2012, C-199/11, ECLI:EU:C:2012:684 (Otis), r.o. 43.

beschreven. Meer in het bijzonder eist Apple Inc. van de ontwikkelaars van iOS Apps dat zij de DPLA aangaan voordat zij iOS Apps aan gebruikers van iOS Apparaten mogen distribueren in (onder meer) de Nederlandse App Store. Apple Inc. stelt ook de Richtlijnen vast, die van tijd tot tijd eenzijdig door Apple (kunnen) worden gewijzigd en die voorschrijven aan welke criteria iOS Apps moeten voldoen voordat Apple de iOS App goedkeurt voor distributie via de App Store

6.6 De beschreven inbreuken op het mededingingsrecht kunnen daarnaast worden toegerekend aan Apple Distribution. Ingevolge de DPLA wordt Apple Distribution aangewezen als de commissionair, d.w.z. de agent die namens ontwikkelaars van iOS Apps de Commissie int bij gebruikers van iOS Apparaten in Nederland. Daarmee geeft Apple Distribution uitvoering aan de mededingingsbeperkende maatregen. Zij is verder als zodanig (mede) verantwoordelijk voor de inrichting, presentatie en verkoop van de iOS Apps en In-App Producten in de Nederlandse App Store en bovendien het aanspreekpunt voor alle consumenten in Nederland.

6.7 Zowel Apple Inc. als Apple Distribution zijn derhalve betrokken bij het inbreukmakende gedrag, hetgeen deze ondernemingen kan worden toegerekend op grond van verwijtbaarheid.

6.8 Daarbij komt dat Apple Inc en Apple Distribution bij het handelen in de context van de App Store evident een economische eenheid vormen en mededingingsrechtelijk zijn aan te merken als één onderneming. Het Hof van Justitie EU heeft bevestigd dat een mededingingsinbreuk kan worden toegerekend aan iedere juridische entiteit die deel uitmaakt van de inbreukmakende onderneming.[162] Ook daarmee is gegeven dat Apple Inc. en Apple Distribution hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de inbreuk op artikel102 VWEU.

Causaliteit

6.9 Er is sprake van causaliteit tussen de inbreukmakende gedragingen van Apple en de schade die de iOS App gebruikers hebben geleden. Deze schade was namelijk niet ontstaan indien Apple daadwerkelijke en/of potentiële concurrentie had toegestaan op de iOS App distributie markt of de iOS betalingsverwerkingsmarkt.

6.10 Zoals uitgebreid wordt toegelicht in het Rapport van AlixPartners, zou de situatie zonder het uitsluitingsgedrag (de *counterfactual*) zijn geweest dat er alternatieve app stores konden toetreden op de markt voor de distributie voor iOS Apps aan Gebruikers van iOS Apparaten.[163] App ontwikkelaars zouden hun iOS Apps toegankelijk hebben

[162] HvJ 6 oktober 2021, C-882/19, ECLI:EU:C:2021:800 (Sumal).
[163] Rapport AlixPartners, randnummers 6.2.6-6.2.7.

gemaakt via andere app stores dan wel via andere distributiekanalen zoals door directe downloads via een website. Het is in dit verband ook mogelijk dat App-ontwikkelaars hun iOS Apps zouden hebben verwijderd uit de App Store. iOS Gebruikers zouden deze alternatieve methoden ook hebben gebruikt indien deze aantrekkelijker zouden zijn op het punt van bijvoorbeeld prijs en app-aanbod.[164]

6.11 Ten aanzien van de inbreuk bestaande uit de excessieve Commissie is het bestaan van causaal verband evident. Zonder de inbreuk – en dus zonder dat er een excessieve Commissie zou zijn gerekend – hadden de gebruikers van iOS Apparaten immers minder betaald voor hun apps en in-app aankopen.[165]

Schade

6.12 Gebruikers van iOS Apparaten hebben als gevolg van het onrechtmatige handelen van Apple schade geleden. Zij hebben in de eerste plaats meer Commissie betaald voor Relevante Aankopen dan zij zouden hebben gedaan onder omstandigheden van normale en daadwerkelijke mededinging. AlixPartners heeft op basis van de beschikbare informatie berekeningen gemaakt van zowel de geaggregeerde schade de die de ongeveer 7 miljoen benadeelde iPhone gebruikers en 7 miljoen benadeelde iPad gebruikers hebben geleden als van de gemiddelde schade die door individuele Gedupeerden is geleden. Volgens de berekeningen van AlixPartners bedraagt de geaggregeerde schade tussen de EUR 236 miljoen en EUR 637 miljoen (inclusief wettelijke rente):

Table 1.4: Preliminary estimate of aggregate damages with compounded interest (€m)

	Low incidence (40%)	High incidence (60%)
High Counterfactual Commission (15%)[10]	236	354
Low Counterfactual Commission (5%)	425	637

Voor een nadere toelichting op deze tabel wordt verwezen naar het Rapport van AlixPartners, randnummers 1.8.6 en 10.2.11.

6.13 Individuele Gedupeerden hebben volgens de berekeningen van AlixPartners een schade geleden van gemiddeld tussen de EUR 107 en EUR 289 (inclusief wettelijke rente):

Table 1.6: Average damage per Proposed Class Member with compounded interest (€)

[164] Voor een uitgebreidere analyse van de counterfactual wordt verwezen naar Rapport AlixPartners, randnummers. 6.2.15 e.v.
[165] Zie voor de counterfactual voorts Rapport AlixPartners, randnummers 6.2.21 e.v.

	Low incidence (40%)	High incidence (60%)
High Counterfactual Commission (15%)[13]	107	160
Low Counterfactual Commission (5%)	192	289

Voor een nadere toelichting op deze tabel wordt verwezen naar het Rapport van AlixPartners, randnummers 1.8.10 en 10.3.4.

6.14 Gebruikers van iOS Apparaten hebben daarnaast ook op andere wijze schade geleden, bijvoorbeeld in de vorm van hogere prijzen, minder keuze en minder innovatie:[166]

(a) de beschikbaarheid van meerdere app stores en alternatieve methoden voor de distributie van iOS Apps zou waarschijnlijk de vergoedingen voor Relevante Aankopen verlagen, wat waarschijnlijk zou resulteren in lagere prijzen voor gebruikers van iOS Apparaten; en

(b) de daadwerkelijke of potentiële intrede van andere app stores op de markt voor de distributie van iOS Apps zou waarschijnlijk hebben geleid tot een toename van de innovatie en differentiatie van app stores, hetgeen de gebruikers van iOS Apparaten ten goede zou komen.

6.15 De Stichting vordert in deze procedure vergoeding van voornoemde schade. De omvang van de schadevergoeding dient in deze procedure nog nader begroot te worden. In deze fase van de procedure is het evenwel voldoende om aannemelijk te maken dat er schade is geleden en aan die toets is voldaan.

De schade is door de gebruikers van iOS Apparaten geleden

6.16 De schade als gevolg van het hanteren van de excessieve Commissie is geleden door de gebruikers van iOS Apparaten. Zoals hiervoor uiteengezet in randnummer 4.24, werkt het systeem dat door Apple binnen de App Store wordt gehanteerd in grote lijnen als volgt:

a. De ontwikkelaar van de iOS App machtigt en draagt Apple op om facturen uit te schrijven voor de aankoopprijs van Relevante Aankopen die door de gebruikers van het iOS Apparaat moeten worden betaald.

b. Relevante Aankopen worden door Apple op de markt gebracht namens de ontwikkelaar van de iOS App tegen prijzen die door de ontwikkelaar worden vastgesteld (met inachtneming van Apple's Prijsniveaus). Apple is als enige

[166] Zie ook Rapport AlixPartners, randnummer 14.4

verantwoordelijk voor de inning van alle vergoedingen die door de gebruikers van iOS Apparaten moeten worden betaald.

c. Apple trekt haar commissie af van de prijs die de gebruiker van het iOS-apparaat heeft betaald, alvorens het restant aan de ontwikkelaar van de iOS-app over te maken.

6.17 Kortom, de gebruikers van iOS Apparaten sluiten een contract met Apple als agent voor de ontwikkelaars van iOS Apps. Als agent int Apple de Commissie en maakt het de rest van de betaling over voor Relevante Aankopen aan de ontwikkelaar van de iOS App. De Commissie wordt dus door de gebruikers van iOS Apparaten aan Apple betaald.

Bewijsvermoeden

6.18 Voor zover door Apple mocht worden betoogd – in weerwil van hetgeen hiervoor is gesteld en in weerwil van de analyse van AlixPartners – dat de gebruikers van iOS Appraten geen schade hebben geleden omdat de Commissie niet aan hen is doorberekend door de iOS App ontwikkelaars, doet de Stichting een beroep op het bewijsvermoeden van artikel 6:193q BW. Ingevolge dit artikel wordt een indirecte afnemer vermoed het bewijs van doorberekening te hebben geleverd indien hij aantoont 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.

6.19 Aan de voorwaarden voor toepassing van artikel 6:193q BW is voldaan. Hiervoor is reeds uiteengezet dat Apple misbruik heeft gemaakt van haar machtspositie en daarmee inbreuk breuk heeft gepleegd op het mededingingsrecht, in het bijzonder de artikelen 24 Mw en 102 VWEU. Het misbruik van machtspositie bestaat onder meer uit het opleggen van onbillijke aan- of verkoopprijzen in de vorm van de Commissie. Apple heeft een (excessieve) Commissie in rekening is gebracht die vele malen hoger was dan de commissie die in rekening zou zijn gebracht op een concurrerende markt. Indien wordt betoogd dat de gebruikers van iOS Appraten (de indirecte afnemers) geen schade hebben geleden omdat de Commissie niet aan hen is doorberekend door de iOS App ontwikkelaars (de directe afnemers), dan heeft de excessieve Commissie dus geleid tot meerkosten voor de directe afnemers. Tot slot hebben de iOS App

gebruikers door het doen van een Relevante Aankoop diensten verworven die het voorwerp waren van de inbreuk, namelijk diensten voor de verwerking van betalingen en diensten voor de distributie van apps.

Conclusie

6.20 De conclusie is dan ook dat Apple Inc. en Apple Distribution, ieder voor zich maar ook in onderling verband, door de concurrentiebeperkende maatregelen een onrechtmatige daad hebben gepleegd jegens de gebruikers van iOS Apparaten en uit hoofde van artikel 6:162 BW jo artikel 6:102 BW en/of artikel 6:193m BW hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de schade die is ontstaan als gevolg van de inbreuk op het mededingingsrecht.

B. Aansprakelijkheid op grond van ongerechtvaardigde verrijking

6.21 Voor zover uw rechtbank van oordeel is dat er geen sprake is van onrechtmatig handelen, stelt de Stichting zich op het standpunt dat Apple ongerechtvaardigd is verrijkt ten koste van de gebruikers van iOS Apparaten, en dat Apple gehouden is de schade die de beffende gebruikers hebben geleden te vergoeden tot het bedrag van de verrijking.

6.22 Van ongerechtvaardigde verrijking is sprake indien aan de volgende vereisten van artikel 6:212 BW is voldaan: er moet sprake zijn van (1) verrijking van de één, (2) schade van de ander, (3) een voldoende verband tussen de verrijking en schade, en (4) een verrijking die ongerechtvaardigd is. Hiervan is sprake, als voor de verrijking geen redelijke grond bestaat. De Stichting zal hieronder kort op deze vereisten ingaan.

Verrijking van Apple en ten koste van de Gedupeerden

6.23 Het misbruik dat Apple heeft gemaakt van haar machtspositie heeft onmiskenbaar een verrijking van Apple tot gevolg gehad. Apple heeft geprofiteerd van de mededingingsbeperkende maatregelen die ervoor hebben gezorgd (i) dat de App Store te allen tijde het standaard en enige toegestane middel is voor gebruikers van iOS Apparaten om iOS Apps te downloaden en te kopen en (ii) dat betalingen voor Relevante Aankopen via het betalingssysteem van Apple (de ASPPS) moeten worden verwerkt.

6.24 Zoals uiteengezet, geniet Apple een buitengewone winstmarge met betrekking tot haar App Store.[167] Apple is dan ook verrijkt met de winst die de concurrentiebeperkende maatregelen haar extra hebben opgeleverd en deze verrijking is ten koste gegaan van

[167] Zie AlixPartners rapport, randnummer 7.3.18 e.v.

de iOS Apparaat gebruikers, onder andere omdat ze te veel hebben betaald voor de gekochte iOS Apps. De Stichting is hiervoor (in randnummers 6.12 t/m 6.17) al ingegaan op de schade die de concurrentiebeperkende maatregelen van Apple hebben teweeggebracht bij de gebruikers van iOS Apparaten.

Voldoende verband tussen de verrijking en verarming

6.25 Tussen de verrijking en de verarming bestaat een voldoende verband. De verschillende vormen van misbruik van machtspositie hebben gelijktijdig gezorgd voor de verrijking aan de zijde van Apple en de verarming aan de zijde van de Gedupeerden.

Verrijking is ongerechtvaardigd

6.26 De verrijking van Apple is het gevolg van misbruik van een economisch machtspositie en overig handelen in strijd met het verbod dat is neergelegd in de artikelen 24 Mw en 102 VWEU. Een dergelijke verrijking is ongerechtvaardigd. Mocht Apple zich op een objectieve rechtvaardiging beroepen, dan rust de bewijslast ter zake op Apple en zal de Stichting daar te zijner tijd op reageren (zie ook randnummers 5.21 en 5.36 van deze dagvaarding).

Verplichting tot afdracht aan de Gedupeerden is redelijk

6.27 Ten slotte is de afdracht aan de Gedupeerden redelijk. Apple heeft buitengewone winsten gegenereerd met de App Store, die vanaf het meest fundamentele niveau is opgebouwd om de keuzevrijheid van gebruikers van iOS Apparaten en iOS App ontwikkelaars te beperken en de concurrentie onmogelijk te maken.

Conclusie

6.28 Voor zover uw rechtbank zou oordelen dat de gevorderde schadevergoeding op grond van onrechtmatige daad niet kan worden toegewezen, is de Stichting van mening dat deze op grond van het leerstuk van ongerechtvaardigde verrijking wel toewijsbaar is.

7. TOEPASSELIJKHEID WAMCA EN ONTVANKELIJKHEID

A. Inleiding

7.1 De Stichting procedeert op basis van artikel 3:305a BW. Dit artikel is gewijzigd bij de inwerkingtreding van de Wet afwikkeling massaschade in collectieve actie ("**WAMCA**") op 1 januari 2020.[168]De Stichting stelt zich op het standpunt dat de vorderingen die zij

[168] Wet van 20 maart 2019 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering teneinde de afwikkeling van massaschade in een collectieve actie mogelijk te maken

namens de Gedupeerden instelt primair moeten worden beoordeeld aan de hand van artikel 3:305a BW zoals gewijzigd door de WAMCA. De Stichting zal hierna daarom eerst ingaan op de toepasselijkheid van de WAMCA.

7.2 Ingevolge artikel 1018c, lid 1, sub a tot en met f, Rv dient een dagvaarding in een collectieve actie aan een aantal eisen te voldoen. In hoofdstuk 4 van deze dagvaarding is al uitvoerig ingegaan op de voor de collectieve vorderingen relevante gebeurtenissen (artikel 1018c, lid 1, sub a, Rv).

7.3 De Stichting zal in dit hoofdstuk achtereenvolgens ingaan op:

a. de personen tot bescherming van wier belangen de collectieve vordering strekt (artikel 1018c, lid 1, sub b, Rv);

b. de mate waarin de te beantwoorden feitelijke en rechtsvragen gemeenschappelijk zijn (artikel 1018c, lid 1, sub c, Rv);

c. de ontvankelijkheidseisen van artikel 3:305a, eerste tot en met derde lid, BW (artikel 1018c, lid 1, sub c, Rv);

d. de geschiktheid van de Stichting om als Exclusieve Belangenbehartiger aangewezen te worden (artikel 1018c, lid 1, sub e, Rv); en

e. de verplichting om van de zaak aantekening te maken in het Centraal register voor collectieve vorderingen, en om te vermelden wat de gevolgen zijn van die aantekening (artikel 1018c, lid 1, sub f, Rv).

7.4 Tot slot zal de Stichting in kort de principes van de Claimcode bespreken die weliswaar niet wettelijk zijn verankerd, maar waaraan de Stichting op vrijwillige basis voldoet.

B. Toepasselijkheid WAMCA

7.5 De WAMCA is per 1 januari 2020 in werking getreden. Ter zake van het overgangsrecht wordt in artikel 119a Overgangswet Nieuw Burgerlijk Wetboek het volgende bepaald:

> "*1. In afwijking van artikel 68a en artikel 74, leden 2 tot en met 4, blijven voor een rechtsvordering die strekt tot bescherming van gelijksoortige belangen als bedoeld in de artikelen 305a tot en met 305d van Boek 3 en die is ingesteld voor [datum inwerkingtreding wet] de voorwaarden van toepassing die golden voor die datum.*
>
> *2. In afwijking van artikel 68a, blijven voor een rechtsvordering die strekt tot bescherming van gelijksoortige belangen als bedoeld in de artikelen 305a tot en met 305d van Boek 3 en die is ingesteld op of na [datum inwerkingtreding wet]*

(*Wet afwikkeling massaschade in collectieve actie*) (Stb. 2019/130). De Wet afwikkeling massaschade in collectieve actie is in werking getreden op 1 januari 2020 bij Koninklijk Besluit van 20 november 2019.

de voorwaarden van toepassing die golden voor die datum voor zover de rechtsvordering betrekking heeft op een gebeurtenis of gebeurtenissen die heeft of hebben plaatsgevonden voor 15 november 2016."

7.6 Het oorspronkelijke wetsvoorstel van de WAMCA bevatte geen overgangsrecht, zodat uitgangspunt zou zijn onmiddellijke werking van de nieuwe regeling. Hierop is de nodige kritiek geuit. Onmiddellijke werking zou (kunnen) betekenen dat belangenbehartigers in reeds aanhangige collectieve acties opeens aan strengere wettelijke eisen zouden moeten voldoen dan waar zij bij het starten van de procedure rekening mee moesten houden. Het werd niet redelijk geacht om de spelregels voor belangenbehartigers hangende een collectieve actie te veranderen.

7.7 In de (eerste) Nota van wijziging is op verzoek van VNO-NCW/MKB-Nederland en de Consumentenbond een regeling opgenomen van het overgangsrecht die er op neer kwam dat een collectieve actie die was ingesteld voor datum inwerkingtreding van de WAMCA, moest worden afgewikkeld op basis van de bestaande regeling in artikel 3:305a BW.[169] Daarmee zou voorkomen worden dat belangenbehartigers in een collectieve actie hangende een procedure ineens aan strengere ontvankelijkheidseisen zouden moeten voldoen of dat de rechter ineens een exclusieve belangenbehartiger zou gaan aanwijzen, wanneer verschillende collectieve acties (mogelijk bij verschillende rechtbanken) aanhangig zouden zijn over een soortgelijke feitelijke of rechtsvraag.

7.8 Het overgangsrecht is vervolgens bij amendement aangescherpt, waarbij de zinsnede "*die betrekking hebben op een gebeurtenis of gebeurtenissen die heeft of hebben plaatsgevonden op of na 15 november 2016*" is toegevoegd. [170]

7.9 Deze aanscherping wordt in het amendement als volgt toegelicht:

"(…)

Daarom regelt dit amendement dat een rechtsvordering op grond van het nieuwe recht slechts mogelijk is als de schadeveroorzakende gebeurtenis heeft plaatsgevonden op of na 15 november 2016. Dat is de datum dat het wetsvoorstel naar de Kamer is gestuurd en de partijen dus in theorie kunnen weten dat de nieuwe wet eraan komt. Als iemand een massaschadeprocedure wil beginnen wegens een gebeurtenis die vóór 15 november 2016 heeft plaatsgevonden, kan dat op basis van de wet zoals die toen gold. Bij een procedure wegens een gebeurtenis die op of ná die datum heeft plaatsgevonden geldt de wet zoals die na inwerkingtreding van het onderhavige wetsvoorstel zal komen te gelden. In het theoretische geval dat sprake is van een reeks van gebeurtenissen die zowel vóór als na 15 november 2016 plaatsvinden, is het recht van toepassing zoals dat geldt op het moment

[169] Kamerstukken II 2017/18, 34608, 7, p. 3.
[170] Kamerstukken II, vergaderjaar 2018-2019, 34 608, nr. 13, bladzijde 2

dat de laatste gebeurtenis waarop de vordering betrekking heeft, heeft plaatsgevonden.

De voordelen van deze vorm van overgangsrecht, ten opzichte van het overgangsrecht zoals voorgesteld in het wetsvoorstel, is dat het rechtszekerheidsbeginsel beter wordt gewaarborgd. Bovendien wordt de mogelijkheid van dubbele procedures op grond van verschillende juridische regimes kleiner. Tot slot sluit deze vorm van overgangsrecht beter aan bij de wetgeving van ons omringende landen, zoals Engeland en België."

7.10 In het onderhavige geval is sprake van een collectieve vordering tot schadevergoeding die is gebaseerd op een reeks van gebeurtenissen die zich zowel vóór als na 15 november 2016 hebben voorgedaan. Het misbruik dat Apple heeft gemaakt van haar machtspositie in de App Store strekt zich namelijk uit over een periode die (bij benadering) is aangevangen op 1 januari 2013 en die nog steeds voortduurt. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat volgens de wetgever in een dergelijk geval het recht van toepassing is zoals dat geldt op het moment dat de laatste gebeurtenis waarop de vordering betrekking heeft, heeft plaatsgevonden. Dit betekent dat de WAMCA van toepassing is op het handelen van Apple gedurende de hele periode waarin zij misbruik heeft gemaakt van haar machtspositie, dus ook het deel vóór 15 november 2016.

7.11 Een dergelijke benadering strookt ook met de wijze waarop wordt omgegaan met de verjaring van vorderingen wegens inbreuken op het mededingingsrecht. De verjaringstermijn van een vordering tot schadevergoeding begint pas te lopen als de inbreuk is stopgezet én de benadeelde bekend is met de schade en de aansprakelijke personen. Dit geldt niet alleen voor de korte verjaringstermijn van 5 jaar, maar ook voor de absolute termijn van 20 jaar (artikel 6:193s BW). Overigens wordt in dat verband onder 'inbreuk' het geheel van de handelingen begrepen, en dus niet elke specifieke handeling van Apple. Bij een overtreding van de mededingingsregels dient de inbreukmaker dan ook rekening te houden met een periode van aansprakelijkheid die veelal langer is dan in andere gevallen.

7.12 Een cesuur tussen gebeurtenissen die zich vóór 15 november 2016 hebben voorgedaan en gebeurtenissen die zich na 15 november 2016 hebben voorgedaan, zou bovendien afbreuk doen aan de efficiënte en effectieve rechtsbescherming die nu juist met een collectieve actie wordt nagestreefd. Immers, de WAMCA biedt expliciet de mogelijkheid om schade collectief te verhalen waar dat onder het oude actieregime nog niet mogelijk was. Gedupeerden zouden bijvoorbeeld schade als gevolg van Relevante Aankopen die na 15 november 2016 zijn gedaan in de onderhavige procedure rechtstreeks vergoed kunnen krijgen, terwijl voor schade als gevolg van Relevante Aankopen van vóór die datum hooguit een verklaring voor recht kan worden verkregen. De betreffende Gedupeerden (d.w.z. met schade als gevolg van Relevante Aankopen van vóór 15 november 2016) dienen - als Apple niet bereid zou zijn om met

hen tot een vaststellingsovereenkomst te komen – hun schade vervolgens alsnog individueel te verhalen. Dit terwijl de schade in beide gevallen voortvloeit uit de instandhouding van exact hetzelfde systeem van concurrentiebeperkende maatregelen dat in het mededingingsrecht als een (voortdurende) inbreuk wordt gezien. Een dergelijke uitkomst is naar de mening van de Stichting onwenselijk en pleit ervoor om het misbruik dat Apple heeft gemaakt van haar machtspositie in de App Store volledig onder de WAMCA te beoordelen.

7.13 Uitsluitend voor zover uw rechtbank zou oordelen dat het misbruik dat Apple heeft gemaakt van haar machtspositie vóór 15 november 2016 niet onder de WAMCA zou moeten worden beoordeeld, dienen de vorderingen voor zover die betrekking hebben op het machtsmisbruik van Apple van vóór die datum, te worden ingesteld onder het oude artikel 3:305a BW (zoals dat van toepassing was vóór 1 januari 2020). Ten behoeve van de Gedupeerden die als gevolg van het machtsmisbruik schade hebben geleden worden verschillende verklaringen voor recht gevorderd, waarna met Apple over een afwikkeling van de door deze Gedupeerden geleden schade in onderhandeling kan worden getreden. Uiteraard kunnen deze onderhandelingen worden gecombineerd met onderhandelingen over een schadevergoeding voor de Gedupeerden die vorderingen hebben op Apple die wel onder de WAMCA moet worden beoordeeld. Indien uw rechtbank zou oordelen dat de WAMCA niet, althans niet geheel op alle vorderingen van toepassing is, verzoekt de Stichting haar in de gelegenheid te stellen haar stellingen en vorderingen daar waar nodig aan te passen. In het vervolg van deze dagvaarding gaat de Stichting uit van de toepasselijkheid van de WAMCA op alle vorderingen die de Stichting namens de Gedupeerden instelt.

C. De personen tot bescherming van wier belangen de collectieve vordering strekt

7.14 De groep van personen die in deze collectieve actie door de Stichting worden vertegenwoordigd (de "**Nauw Omschreven Groep**"), kan als volgt worden gedefinieerd: (a) alle personen of rechtspersonen die iOS Apparaten gebruiken, en (b) die één of meer aankopen hebben gedaan in de Nederlands versie van de App Store, (c) waarvoor een vergoeding is betaald aan Apple in de vorm van de Commissie, namelijk:

i. elke aankoop van een iOS App in de App Store, waarvoor een gebruiker van een iOS Apparaat een vergoeding betaalt om deze te downloaden; of
ii. elke eenmalige aankoop door een iOS Apparaat gebruiker binnen een iOS App, waarvoor de iOS Apparaat gebruiker een vergoeding betaalt; of
iii. elke terugkerende aankoop door een iOS Apparaat gebruiker binnen een iOS App, waarvoor de iOS Apparaat gebruiker een vergoeding betaalt,

onder voorbehoud van de volgende uitsluitingen:

iv. de in-app aankoop van *realtime* person-to-person diensten tussen twee personen; en
v. de in-app aankoop van fysieke goederen of diensten die buiten de iOS App zullen worden verbruikt. .

7.15 Deze definitie van Nauw Omschreven Groep bestaat uit een aantal elementen:

(a) alle personen of rechtspersonen die iOS Apparaten gebruiken

7.16 De Stichting komt op voor alle particuliere en zakelijke gebruikers iOS Apparaten, dus zowel consumenten als ondernemingen, ongeacht de rechtsvorm. Onder iOS Apparaten wordt in dit verband verstaan: een iPhone, iPad of iPod touch of een ander apparaat dat op het iOS-besturingssysteem van Apple draait. Gebruikers van deze apparaten hebben als gevolg van het onrechtmatige en mededingingsbeperkende gedrag van Apple schade geleden, ongeacht in welke hoedanigheid zij de Relevante Aankopen in de Nederlandse versie van de App Store hebben gedaan. Zowel particuliere als zakelijke gebruikers hebben meer Commissie betaald voor Relevante Aankopen dan zij zouden hebben gedaan onder omstandigheden van normale en daadwerkelijke mededinging.

(b) die één of meer aankopen hebben gedaan in de Nederlandse versie van de App Store

7.17 Daarbij moet het gaan om gebruikers van iOS Apparaten die één of meer aankopen hebben gedaan in de Nederlandse versie van de App Store, dat wil zeggen de versie van de App Store die geïnstalleerd is op een iOS Apparaat waarbij de Apple ID die met dat iOS Apparaat geassocieerd is, het Land/Regio als het Nederland specificeert.

(c) waarvoor een vergoeding is betaald aan Apple in de vorm van de Commissie

7.18 De gebruiker dient voor de betreffende aankoop of aankopen een vergoeding te hebben betaald aan Apple in de vorm van de Commissie. Dat wil zeggen:

i. elke aankoop van een iOS App in de App Store, waarvoor een gebruiker van een iOS Apparaat een vergoeding betaalt om deze te downloaden; of

ii. elke eenmalige aankoop door een iOS Apparaat gebruiker binnen een iOS App, waarvoor de iOS Apparaat gebruiker een vergoeding betaalt; of

iii. elke terugkerende aankoop door een iOS Apparaat gebruiker binnen een iOS App, waarvoor de iOS Apparaat gebruiker een vergoeding betaalt,

onder voorbehoud van de volgende uitsluitingen:

i. de in-app aankoop van realtime person-to-person diensten tussen twee personen; en

ii. de in-app aankoop van fysieke goederen of diensten die buiten de iOS App zullen worden verbruikt.

7.19 Tot deze Nauw Omschreven Groep behoren bijvoorbeeld niet:

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

- iOS-gebruikers die geen iOS Apps of In-App Producten via de Nederlandse App Store hebben gekocht, maar alleen via een buitenlandse App Store zoals de UK App Store.

7.20 De Nauw Omschreven Groep strekt zich ook niet uit tot ontwikkelaars van iOS Apps. Zoals toegelicht in hoofdstuk 6, doet de Stichtin in deze procedure een beroep op het wettelijke bewijsvermoeden van artikel 6:193q BW ter zake van doorberkening. Op grond van dit artikel wordt een indirecte afnemer vermoed het bewijs van doorberekening te hebben geleverd indien hij aantoont dat:

b. de inbreukpleger een inbreuk op het mededingingsrecht heeft gepleegd,

c. de inbreuk heeft geleid tot meerkosten voor de directe afnemer van de inbreukpleger, en

d. 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.

7.21 Een beroep op het (weerlegbare) bewijsvermoeden van artikel 6:193q BW is in het belang van de indirecte afnemer (hier de iOS App gebruikers), maar in strijd met de belangen van de iOS App ontwikkelaars. De Stichting verwijst verder naar hetgeen hierover wordt opgemerkt in randnummers 6.18 en 6.19 e.v. Naar de stellige overtuiging van de Stichting is sprake van een tegenstrijdig belang indien de Stichting zou pretenderen om in deze procedure voor de belangen van beide groepen op te komen.

D. Efficiëntie en effectiviteit van deze collectieve actieprocedure (artikel 1018c lid 1 onder c en lid 5 Rv jo artikel 3:305a lid 1 BW)

7.22 Ingevolge artikel 1018c, lid 5, Rv gaat de rechtbank pas over tot de inhoudelijke behandeling van een collectieve vordering, wanneer eiser voldoende aannemelijk

heeft gemaakt dat het voeren van deze collectieve vordering efficiënter en effectiever is dan het instellen van een individuele vordering, doordat:

a. de te beantwoorden feitelijke en rechtsvragen in voldoende mate gemeenschappelijk zijn;

b. het aantal personen tot bescherming van wier belangen de vordering strekt voldoende is; en

c. indien de vordering strekt tot schadevergoeding: dat zij alleen dan wel gezamenlijk een voldoende groot financieel belang hebben.

7.23 De collectieve vordering van de Stichting jegens Gedaagden is op elk van bovengenoemde drie punten efficiënter en effectiever, dan het instellen van individuele procedures. Dat de te beantwoorden feitelijke en rechtsvragen in voldoende mate gemeenschappelijk zijn en zich zodoende voor bundeling lenen, heeft de Stichting reeds toegelicht in randnummer 2.9 van deze dagvaarding en zal hierna ook nog aan de orde komen.

7.24 Voor wat betreft punt b. wijst de Stichting de rechtbank mede op hetgeen naar voren is gebracht in hoofdstuk 4 van deze dagvaarding. De Stichting komt in deze collectieve procedure op voor de belangen van miljoenen gebruikers van iOS Apparaten.

7.25 Wat betreft punt c. is evident dat de Gedupeerden gezamenlijk een groot financieel belang hebben. Volgens een voorlopige schatting van AlixPartners, bedragen de totale verliezen die de ongeveer 7 miljoen benadeelde iPhone gebruikers en 7 miljoen benadeelde iPad gebruikers hebben geleden tussen EUR 236 miljoen en EUR 637 miljoen (inclusief wettelijke rente). Deze financiële belangen van de individuele gebruikers zijn evenwel niet zo groot, dat zij in staat kunnen worden geacht om hun belangen door middel van individuele rechtsvorderingen te beschermen. De kosten voor (i) het doen van economisch onderzoek naar het misbruik van machtspositie door Apple en (ii) het voeren een afzonderlijke gerechtelijke procedure tegen Apple, zouden vele malen hoger zijn dan de schade die individueel is geleden door de betreffende iOS Apparaat gebruiker. Gebruikers van iOS apparaten zijn derhalve niet in staat om op vergelijkbare efficiënte wijze als door middel van de onderhavige collectieve actieprocedure genoegdoening te verkrijgen.

E. Ontvankelijkheid Stichting app stores claims

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

7.26 De bevoegdheid van belangenorganisaties om rechtsvorderingen in te stellen op grond van artikel 3:305a BW, is beperkt tot de bescherming van gelijksoortige belangen. Uit vaste rechtspraak van de Hoge Raad volgt dat het vereiste van gelijksoortigheid is voldaan "*inden de belangen ter bescherming waarvan de*

rechtsvordering strekt, zich lenen voor bundeling, zodat een efficiënte en effectieve rechtsbescherming ten behoeve van de belanghebbenden kan worden bevorderd." De vorderingen lenen zich voor bundeling als daarover in één procedure geoordeeld kan worden, "*zonder dat daarbij de bijzondere omstandigheden aan de zijde van de individuele belanghebbenden betrokken behoeven te worden*".[171]

7.27 De belangen van de Gedupeerden zijn gelijksoortig aangezien zij allemaal: (i) gebruikers zijn van iOS Apparaten, die (ii) één of meer Relevante Aankopen hebben gedaan in de Nederlands versie van de App Store, waardoor zij schade hebben geleden en (iii) de schade is veroorzaakt door het onrechtmatige en mededingingsbeperkende gedrag van Apple. De belangen waar de vorderingen op zien laten zich voldoende veralgemeniseren om te kunnen worden gerekend tot de gelijksoortige belangen waarop artikel 3:305a BW ziet. Alle leden van de Nauw Omschreven Groep hebben met elkaar gemeen getroffen te zijn door de machtspositie die Apple heeft gecreëerd met de oprichting van de App Store op 10 juli 2008 en het misbruik dat Apple vervolgens van die machtspositie heeft gemaakt. Voor alle Relevante Aankopen die door iOS Apparaat gebruikers zijn verricht is dezelfde Commissie in rekening gebracht en zij hebben in ieder geval na 1 januari 2013 meer Commissie betaald dan zij zouden hebben gedaan onder omstandigheden van normale en daadwerkelijke mededinging.

7.28 De vorderingen die door de Stichting namens de Gedupeerden worden ingesteld kunnen op basis van een abstracte toets worden beoordeeld, zonder dat hiervoor bijkomende individuele omstandigheden van de Gedupeerden behoeven te worden beoordeeld. De belangen van de Gedupeerden die hierdoor zijn geschaad komen aldus met elkaar overeen en zijn bundelbaar. De vorderingen lenen zich dan ook voor beoordeling in een collectieve actie.

7.29 Uit het voorgaande volgt dat aan het vereiste van gelijksoortigheid is voldaan. De belangen van de Gedupeerden die zijn geschaad komen met elkaar overeen en zijn bundelbaar, zodat een efficiënte en effectieve rechtsbescherming ten behoeve van de belanghebbenden kan worden bevorderd. De vorderingen lenen zich dan ook voor beoordeling in een collectieve actie.

7.30 De behartiging van de belangen van de Gedupeerden in deze procedure valt verder binnen de statutaire doelomschrijving van de Stichting.

7.31 De Stichting komt op grond van artikel 3, lid 1, van haar Statuten op voor de belangen van:

> *"a. (…) de desbetreffende Gebruikers die schade lijden, schade dreigen te lijden en/of schade hebben geleden tengevolge van het handelen of nalaten*

[171] Zie HR 26 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK5756 (Stichting Baas in Eigen Huis/Plazacasa), rov. 4.2.

van een of meer Apple Entiteiten, Google Entiteiten en/of andere (derde) partijen die aanleiding geven tot een Claim;"

7.32 De term "Gebruikers" wordt in artikel 1 lid 1 de Statuten gedefinieerd als:

"*de persoon of rechtspersoon, al dan niet handelend in de uitoefening van een beroep of bedrijf, aan wie een bedrag in rekening is gebracht bij de aankoop via een App Store van betaalde apps en/of in-app aankopen, dan wel bij de afname via een App Store van andere goederen of diensten*."

7.33 Artikel 3 lid 2 van de statuten somt de activiteiten van de Stichting op:

"*De Stichting tracht dit doel te bereiken door onder meer:*

a. het doen van onderzoek en het vergaren van informatie over dreigende en aanhangige procedures - ongeacht de jurisdictie - jegens een of meer Apple Entiteiten, Google Entiteiten en/of andere (derde) partijen ten aanzien van een potentiële Claim;

b. het verstrekken van adequate informatie en voorlichting aan Gebruikers voor wie zij krachtens artikel 3.1 opkomt, alsmede alle andere activiteiten die verband houden met belangenbehartiging;

c. het bieden van de mogelijkheid aan Gebruikers om zich als Deelnemer bij de Stichting aan te sluiten;

d. het ten behoeve van de Deelnemers en andere Gebruikers, althans ten behoeve van een deel daarvan, initiëren van gerechtelijke procedures als bedoeld in artikel 305a van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek en artikel 240 van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek, alsmede het initiëren van andere juridische procedures (zoals het vorderen van verklaringen voor recht);

e. het ten behoeve van de Deelnemers en andere Gebruikers, althans ten behoeve van een deel daarvan, voeren van onderhandelingen met een of meer Apple Entiteiten, Google Entiteiten en/of andere (derde) partijen;

f. het innen van vorderingen krachtens last, volmacht en/of zaakwaarneming van Deelnemers en andere Gebruikers;

g. het voeren en onderhouden van mediacontacten uit eigen naam alsmede namens Deelnemers en andere Gebruikers over een (potentiële) Claim;

h. het (mede-)indienen van een verzoek op grond van de Wet afwikkeling massaschade in collectieve actie (Wamca) en/of de Wet Collectieve - Afwikkeling Massaschade (WCAM) bij het Gerechtshof om een of meer Vaststellingsovereenkomsten verbindend te verklaren, en het doen van alles wat in haar macht ligt om een of meer Vaststellingsovereenkomsten verbindend te laten verklaren, inclusief het reageren op ingediende

verweerschriften gedurende de procedure bij het Gerechtshof, alsmede het (zonodig) instellen van andere rechtsvorderingen;

i. het aangaan van zulke overeenkomsten als noodzakelijk en/of nuttig is voor de uitvoering van een of meer Vaststellingsovereenkomsten en/of een uitspraak die een of meer Vaststellingsovereenkomsten verbindend verklaart;

j. het verrichten van al hetgeen met het vorenstaande verband houdt of-daaraan dienstig kan zijn, alles in de ruimste zin van het woord."

7.34 De Stichting heeft zich ook feitelijk met de behartiging van de belangen van de Gedupeerden bezig gehouden. Zij heeft onder meer de volgende activiteiten ondernomen om de belangen van de Gedupeerden te behartigen:

- De Stichting heeft uitgebreid economisch onderzoek laten doen door AlixPartners naar het misbruik van machtspositie door Apple;
- De Stichting voert doorlopend campagne om het misbruik van machtspositie dat Apple en Google maken onder de aandacht te brengen;
- De Stichting heeft een website die specifiek is ontwikkeld voor de collectieve actie in Nederland (www.bigtechfairplay.nl). Hier vinden Gedupeerden uitgebreide informatie over de Stichting, haar werkwijze en activiteiten en biedt de Stichting de mogelijkheid tot het stellen van vragen.

7.35 Artikel 3:305a, lid 1, BW bepaalt tot slot dat de belangen van degenen waarvoor de belangenorganisatie opkomt voldoende dienen te zijn gewaarborgd. Artikel 3:305a, lid 2, BW preciseert en versterkt deze eisen nader. De belangen zijn volgens deze bepaling voldoende gewaarborg wanneer: (i) de belangenorganisatie voldoende representatief is, gelet op de achterban en de omvang van de vorderingen en (ii) de belangenorganisatie voldoet aan een aantal eisen uit de Claimcode 2019 die gecodificeerd zijn in dit lid. De Stichting zal deze vereisten hierna bespreken en toelichten dat zij daaraan voldoet. Daarbij merkt de Stichting op dat de toetsing aan deze vereisten moet plaatsvinden op het moment waarop de ontvankelijkheid van de Stichting door de rechtbank zal worden beoordeeld (derhalve *ex nunc*).

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

7.36 Het gaat hierbij om de mate waarin een belangenorganisatie als representatief voor de groep Gedupeerden kan worden gezien. Representativiteit is van belang om te voorkomen dat een belangenorganisatie een rechtsvordering kan instellen zonder de vereiste ondersteuning van een achterban.

7.37 Of een belangenorganisatie voldoende representatief is, kan uit verschillende gegevens worden afgeleid. Een vastomlijnde invulling van dit begrip is niet gegeven, omdat dit tekort zou doen aan andere gegevens die er ook op kunnen wijzen dat een belangenorganisatie representatief is.

7.38 Zo kan gekeken worden naar de vraag in hoeverre de Gedupeerden de organisatie zelf als representatief ervaren, expertise en ervaring van de organisatie, de overige werkzaamheden die de organisatie verricht heeft, het aantal aangesloten gedupeerden, de omvang van hun vorderingen ten opzichte van het totaal aantal gedupeerden van een massagebeurtenis en de door hen gevorderde schadevergoeding.[172]

7.39 Op voorhand moet duidelijk zijn dat de belangenorganisatie kwantitatief gezien voor een voldoende groot deel van de groep getroffen gedupeerden opkomt. Wat genoeg is, verschilt per geval en kan alleen bepaald worden in relatie tot het totaal aantal gedupeerden. Dit kan bijvoorbeeld worden getoetst door middel van het aantal gedupeerden dat zich actief voor de vordering heeft aangemeld.[173]

7.40 De Stichting is medio februari 2022 een mediacampagne gestart om de Stichting en de belangen waarvoor zij opkomt bij een groot publiek onder de aandacht te brengen. Dat de Stichting in deze opzet is geslaagd, blijkt uit de vele krantenartikelen, televisie- en radioprogramma's die hier aandacht aan hebben besteed.

7.41 De media-aandacht heeft ertoe geleid dat in korte tijd veel Gedupeerden zich bij de Stichting als Deelnemer hebben ingeschreven. Ten tijde van het uitbrengen van deze dagvaarding hadden ruim 12.000 Gedupeerden zich als deelnemer bij de Stichting aangemeld. Het gaat hier specifiek om gebruikers van iOS Apparaten die een Relevante Aankoop hebben gedaan. Daarnaast heeft zich ook een grote groep Android gebruikers aangemeld die aankopen hebben gedaan in de Google Play Store. Deze groep maakt echter geen deel uit van de onderhavige procedure tegen Apple en is dan ook uiteraard niet meegenomen in het hiervoor genoemde aantal van 12.000 aanmeldingen. Deelnemers dienen voor inschrijving hun voor- en achternaam en e-mailadres in te vullen. Verder dienen de deelnemers aan te geven of zij beschikken/beschikten over een iOS of IPadOS apparaat en/of een Android apparaat. Tot slot dienen Deelnemers te bevestigen dat zij akkoord gaan met de privacy voorwaarden en de deelnemersovereenkomst. De Stichting heeft derhalve gecontroleerd dat haar achterban uit Gedupeerden bestaat en de Stichting kan met deze groep communiceren.

7.42 De Stichting is van mening dat een achterban van ruim 12.000 deelnemers, in combinatie met de expertise en ervaring waarover de Stichting beschikt, maakt dat de Stichting als voldoende representatief voor de groep Gedupeerden moet worden gezien.

[172] Kamerstukken II 2003/04, 29414, 3, p. 15.
[173] Kamerstukken II 2016/17, 34608, 3, p. 19.

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

7.43 De Stichting heeft een Raad van Toezicht die bestaat uit drie personen[174] en voldoet hiermee aan artikel 3:305a, lid 2, sub a, BW. Bij de bespreking van Principe VII van de Claimcode zal de Stichting in meer detail ingaan op de Raad van Toezicht. Verwezen wordt naar randnummer 7.94 e.v. van deze dagvaarding.

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

7.44 Artikel 3:305a, lid 2, sub b, BW verplicht een belangenorganisatie die een collectieve actie instelt over doeltreffende en passende mechanismen te beschikken voor de deelname aan of vertegenwoordiging bij de besluitvorming van de personen voor wie de rechtsvordering is ingesteld. Belangenorganisaties zijn vrij om te bepalen op welke manier zij hieraan invulling geven. Wanneer een belangenorganisatie is ingericht overeenkomstig de Claimcode, kan worden aangenomen dat is voldaan aan dit vereiste.[175]

7.45 De Stichting zal hierna toelichten dat zij is ingericht overeenkomstig de Claimcode. Voorts bepalen de statuten van de Stichting dat het bestuur het draagvlak onder de deelnemers onderzoekt, in ieder geval bij het aangaan van een vaststellingsovereenkomst met Apple (artikel 6.4 Statuten). De Stichting beschikt over het e-mailadres van iedere deelnemer die zich bij de Stichting heeft ingeschreven, zodat die groep in voorkomend geval per e-mail kan worden geraadpleegd. Andere gedupeerden kunnen via openbare kanalen worden benaderd met de uitnodiging om zich uit te spreken over een eventuele schikking. Hiermee voldoet de Stichting aan artikel 3:305a, lid 2, onderdeel b, BW.

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

7.46 Artikel 3:305a, lid 2, sub c, BW geeft de rechter de mogelijkheid om marginaal te toetsen of de rechtspersoon die een collectieve vordering instelt, beschikt over voldoende middelen om de procedure te kunnen voeren, en waarbij bovendien de zeggenschap over de vordering in voldoende mate bij de belangenorganisatie (in overleg met de achterban) moet liggen. Voldoende is dat een rechtspersoon kan aangeven dat hij, op het moment van toetsing, over voldoende middelen beschikt of kan beschikken om de procedure te kunnen voeren.

7.47 De Stichting heeft een financieringsovereenkomst (de "**Financieringsovereenkomst**") gesloten met CF Tipan Van LF Ltd, een entiteit die eigendom is van fondsen en beheerde rekeningen die uiteindelijk worden beheerd door ondernemingen verbonden aan Fortress Investment Group LLC (de "**Financier**").

[174] Zie ook: uittreksel Handelsregister Kamer van Koophandel betreffende de Stichting app stores claims, 29 maart 2022 (**Productie 31**).
[175] Kamerstukken II 2016/17, 34608, 3, p. 20.

De Financier heeft via aan haar gelieerde (project)vennootschappen ruime ervaring met het financieren van class actions en massaschadezaken. Van die ervaring kan de Stichting gebruik maken.

7.48 In de Financieringsovereenkomst wordt door de Stichting en de Financier onderkend dat de Gedupeerden in deze zaak zekerheid dienen te hebben over de financiering van de onderhavige procedure. De Financier heeft dan ook ruimschoots voldoende middelen aan de Stichting ter beschikking gesteld om de procedure in eerste aanleg te kunnen voeren. Hiermee wordt dan ook voldaan aan het vereiste van artikel 3:305a lid 2, onderdeel c, BW.

7.49 De Stichting zal bij de bespreking van Principe III van de Claimcode de externe financiering in meer detail toelichten.

7.50 Gezien het vertrouwelijke karakter daarvan, legt de Stichting de Financieringsovereenkomst niet als productie bij deze dagvaarding niet over. Uit de parlementaire behandeling blijkt dat de Stichting hiertoe ook niet gehouden is:

> "*Niet nodig is overigens dat ook de wederpartij in de financieringsovereenkomst krijgt*"[176]. De reden hiervoor ligt voor de hand: *"[i]nzage ten behoeve van een andere procespartij zou deze inzicht geven in de mogelijkheden om de procedure verder te dragen (de »oorlogskas»). Een dergelijke inzage is niet wenselijk omdat de aangesproken partij daarop zijn processtrategie kan aanpassen. Zo zou zij bijvoorbeeld kunnen proberen om financiers te benaderen om financiering te stoppen of de procedure proberen te vertragen, omdat zij weet heeft van de beperkte financiële middelen van de verwerende partij.*"[177]

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

7.51 De Stichting onderhoudt een website, https://www.bigtechfairplay.nl, waarop de informatie genoemd in artikel 3:305a, lid 2, sub d, BW te vinden is en zal zijn, met name: (1) de statuten van de Stichting, (2) de bestuursstructuur van de Stichting, (3) de laatst vastgestelde jaarlijkse verantwoording op hoofdlijnen van het toezichthoudend orgaan over het door haar uitgevoerde toezicht, (4) het laatst vastgestelde bestuursverslag, (5) de bezoldiging van bestuurders en de leden van de Raad van Toezicht, (6) de doelstellingen en werkwijzen van de Stichting, (7) zodra relevant een overzicht van de stand van zaken in lopende procedures en (9) 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.

[176] Kamerstukken II 2016-2017, 34 608, nr. 3 (MvT), p. 2
[177] Kamerstukken II 2017-2018, 34 608, nr. 6 (NV II), p. 11-12

7.52 Onderdeel 8 (eigen bijdrage) is niet van toepassing omdat er van de Gedupeerden als gevolg van het besluit van de Stichting om externe financiering aan te trekken geen eigen bijdrage wordt gevraagd.

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

7.53 De Stichting beschikt over de ervaring en deskundigheid die noodzakelijk is voor het instellen van deze collectieve actie. Zij heeft deze expertise in de eerste plaats binnenshuis, doordat haar bestuursleden en leden van de Raad van Toezicht over de vereiste expertise en deskundigheid beschikken, zoals hierna nader zal worden toegelicht. Zij hebben ruime ervaring op het gebied van collectieve acties, juridische ervaring op het gebied van het mededingingsrecht en expertise op het gebied van *Big Tech*, kennis en kunde van digitale commercie en de benodigde financiële expertise en ervaring.

7.54 De Stichting laat zich in daarnaast bijstaan door het advocatenkantoor Hausfeld Advocaten en economisch onderzoeksbureau AlixPartners. Hausfeld Advocaten is onder andere gespecialiseerd in het aansprakelijkheidsrecht, verhaal van kartelschade en collectieve acties. Bovendien is Hausfeld betrokken bij een vergelijkbare procedure die in het Verenigd Koninkrijk tegen Apple wordt gevoerd en die ziet op – kort samengevat – het door Apple gepleegde misbruik van machtspositie in het Verenigd Koninkrijk. De algemene kennis en ervaring die in die procedure wordt opgedaan kan tevens worden aangewend voor de onderhavige procedure. Ook economisch onderzoeksbureau AlixPartners is bij de betreffende procedure in het Verenigd Koninkrijk betrokken. De heer Derek Holt van bureau AlixPartners heeft een uitgebreide economische analyse opgesteld van het gedrag van Apple met betrekking tot de App Store en het in dat verband gepleegde misbruik van machtspositie. Het rapport van AlixPartners is als **productie 2** bij deze dagvaarding overgelegd. Derek Holt is een econoom met meer dan 25 jaar ervaring in het optreden als deskundige en economisch adviseur op het gebied van mededingingsgeschillen en economische regelgeving. Hij is een deskundige in de economische analyse van netwerkindustrieën, waaronder financiële diensten, nutsbedrijven en vervoer, en is opgetreden in mededingingszaken met betrekking tot een breed scala van industriële en consumentensectoren. Hij treedt vaak op als deskundige in rechtszaken met betrekking tot misbruik van machtspositie, concurrentiebeperkende overeenkomsten (horizontaal en verticaal), vervolgschade en collectieve procedures. Verwezen wordt verder naar het *curriculum vitae* dat als bijlage A1 bij het rapport van AlixPartners is opgenomen.

(viii) Geen winstoogmerk (art. 3:305a, lid 3, sub a, BW)

7.55 Artikel 3:305a lid 3, onderdeel a, BW bepaalt dat bestuurders betrokken bij de oprichting van een belangenorganisatie en hun opvolgers, geen rechtstreeks of

middellijk winstoogmerk mogen hebben, dat via de belangenorganisatie wordt verwezenlijkt.

7.56 De Stichting heeft geen winstoogmerk (artikel 3, lid 3, van de Statuten). Ook haar bestuurders hebben geen winstoogmerk. Bij de bespreking van Principe II van de Claimcode zal de Stichting toelichten dat haar bestuursleden, leden van de Raad van Toezicht en de Financier niet kunnen beschikken over gelden van de Stichting, anders dan ter uitvoering van het budget van de Stichting (artikel 3, lid 4, van de Statuten).

7.57 In artikel 27, lid 5, van de Statuten is bepaald wat er met een batig liquidatiesaldo moet gebeuren. Een eventueel overschot dient ten goede te komen aan een bestemming die zoveel mogelijk in overeenstemming is met het doel van de stichting en bovendien ten aan een algemeen nut beogende instelling.

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

7.58 Ingevolge artikel 3:305a, lid 3, sub b, BW dient de collectieve vordering een voldoende nauwe band met de Nederlandse rechtssfeer te hebben. De Stichting dient genoegzaam aannemelijk te maken dat:

a. het merendeel van de personen tot bescherming van wier belangen de rechtsvorderingen strekken, hun gewone verblijfplaats in Nederland hebben; of

b. degene tegen wie de rechtsvordering zich richt, woonplaats in Nederland heeft en bijkomende omstandigheden wijzen op voldoende verbondenheid met de Nederlandse rechtssfeer; of

c. de gebeurtenis of de gebeurtenissen waarop de rechtsvordering betrekking heeft, in Nederland heeft of hebben plaatsgevonden.

7.59 Zoals hiervoor is uiteengezet, komt de Stichting in deze procedure op voor alle particuliere en zakelijke gebruikers van iOS Apparaten die één of meer Relevante Aankopen hebben gedaan in de Nederlands versie van de App Store. Het merendeel van de personen tot bescherming van wier belangen de rechtsvorderingen strekken zal dan ook hun gewone verblijfplaats in Nederland hebben.

7.60 Bovendien beperken de vorderingen zich tot het machtsmisbruik op de Nederlandse markt c.q. de Nederlandse versie van de App Store. De rechtsvordering ziet daarmee op gebeurtenissen die in Nederland hebben plaatsgevonden.

7.61 Uit het voorgaande volgt dan ook dat de collectieve vorderingen in de onderhavige procedure een voldoende nauwe band hebben met de Nederlandse rechtssfeer. Het feit dat de gedaagden niet hun woonplaats in Nederland hebben doet daar niet aan af.

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

7.62 De Stichting heeft Apple bij aangetekende brief van 15 februari 2022 (**Productie 32**) aansprakelijk gesteld voor de door de Gedupeerden geleden schade als gevolg van het misbruik dat Apple heeft gemaakt van haar machtspositie. De Stichting heeft Apple daarbij uitgenodigd om in overleg te treden met de Stichting over het treffen van een minnelijke regeling.

7.63 De Stichting heeft van Apple geen reactie ontvangen op haar brief en ook overigens niets van Apple vernomen, zodat moet worden aangenomen dat Apple het op een procedure wenst aan te laten komen.

7.64 De Stichting heeft met het voorgaande dus voldaan aan het vereiste van artikel 3:305a, lid 3, sub c, BW.

(xi) Conclusie ten aanzien van de (wettelijke) ontvankelijkheidsvereisten

7.65 Uit het voorgaande blijkt dat de Stichting voldoet aan de wettelijke ontvankelijkheidsvereisten die in artikel 3:305a BW worden gesteld. Zij verzoekt uw rechtbank dan ook haar ontvankelijk te verklaren in haar collectieve vorderingen.

F. Verdere (vrijwillig) conformering aan de Claimcode

7.66 Hiervoor is reeds uiteengezet dat de Stichting voldoet aan de wettelijke ontvankelijkheidseisen. De Stichting heeft er daarnaast voor gekozen vrijwillig aan de Claimcode te voldoen (voor zover op haar van toepassing). Deze code is opgesteld door de Commissie Claimcode en is van toepassing op onder meer stichtingen die optreden overeenkomstig artikel 3:305a BW of artikel 7:907 BW en waarvan doel en werkzaamheid (mede) bestaan uit het aangaan van een of meer vaststellingsovereenkomsten, het optreden met het oog op het aangaan en de verbindendverklaring van een vaststellingsovereenkomst of het instellen van (andere) rechtsvorderingen die strekken tot de bescherming van gelijksoortige belangen van een groep (rechts)personen, zoals omschreven in hun statutaire doelomschrijving.

7.67 De Claimcode bestaat uit een zevental principes (de "**Principes**" en elk een "**Principe**") die steeds nader worden uitgewerkt (een "**Uitwerking**"). De Principes worden beschouwd als algemeen aanvaarde algemene richtlijnen en opvattingen over de wijze waarop deze stichtingen en verenigingen collectieve belangen dienen te behartigen. De Claimcode gaat uit van het beginsel *comply or explain*. De Stichting zet hierna aan de hand van de indeling van de Claimcode uiteen op welke wijze zij aan de principes van de Claimcode voldoet.

(i) Principe I – Naleving en handhaving van de Code

7.68 Het bestuur en de raad van toezicht van de Stichting zijn verantwoordelijk voor de naleving van de Claimcode en de governancestructuur. In artikel 7.1 van de Statuten

van de Stichting is bepaald dat het bestuur zorgdraagt voor de naleving van de Claimcode. Een besluit van het bestuur tot afwijking van de Claimcode, behoeft voorafgaande schriftelijke goedkeuring van de raad van toezicht (Principe I, uitwerking 3).

7.69 De hoofdlijnen van de governancestructuur van de Stichting worden elk jaar, mede aan de hand van de principes uit de Claimcode, op een voor het publiek toegankelijk deel van de website van de Stichting (www.bigtechfairplay.nl) uiteengezet. Het bestuur stelt jaarlijks – na goedkeuring door de raad van toezicht – een *governance* document vast als bedoeld in de uitwerking bij Principe I, uitwerking 1. Op de website is een document met de titel "*Claimcode Compliance document Stichting app stores claims 2022*" gepubliceerd (**productie 33**) waarin wordt toegelicht in hoeverre de Stichting de in de Claimcode opgenomen principes opvolgt en zo niet, waarom en in hoeverre zij daarvan afwijkt. Deze informatie blijft op de website staan zolang de Stichting actief is (Principe I, Uitwerking 2). Daarmee wordt voldaan aan de vereisten van de artikelen 7.2 en 7.3 van de Statuten en Uitwerking 1 bij Principe I van de Claimcode.

(ii) Principe II – Behartiging van de collectieve belangen zonder winstoogmerk

7.70 De Stichting heeft geen winstoogmerk en handelt in het collectieve belang van de betrokken Gebruikers (zoals gedefinieerd artikel 1.1 van de Statuten) die schade lijden, schade dreigen te lijden en/of schade hebben geleden als gevolg van het handelen of nalaten van een of meer Apple Entiteiten, Google Entiteiten en/of andere (derde) partijen die een Claim hebben veroorzaakt ongeacht of zij in Nederland of in het buitenland woonachtig of woonachtig zijn, en die personen zijn wier belangen de Stichting behartigt krachtens haar doelstelling, alle begrippen ruim gedefinieerd. De statuten van de Stichting verbieden in artikel 3.4 dat een natuurlijk persoon of rechtspersoon geheel of gedeeltelijk over het vermogen en de inkomsten van de Stichting kan beschikken (Principe II, Uitwerking 1).

7.71 Verder bepalen de Statuten (in artikel 15.1.) dat de Stichting wordt vertegenwoordigd door het bestuur of door twee gezamenlijk handelende bestuurders (artikel 15.2). Aldus geldt een tweehandtekeningenstelsel en wordt voldaan aan Principe II, Uitwerking 1 (slot).

7.72 De Stichting heeft ervoor gekozen om de onderhavige procedure te laten financieren door een externe procesfinancier. Deze streeft wél winst na op zijn investering. Een gevolg daarvan is dat de Stichting binnen zekere grenzen rekening zal moeten houden met de belangen van de financier. Daar staat dan weer het voordeel voor de Gedupeerden tegenover dat zij de procedure niet hoeven te voorfinancieren en geen proceskostenrisico dragen en dat gebruik kan worden gemaakt van de expertise van de financier. Een redelijke vergoeding voor vreemd vermogen is op grond van Uitwerking 2 bij Principe II géén verboden winstoogmerk van de Stichting en derhalve in overeenstemming met de Claimcode.

7.73 Ingevolge artikel 27.5 van de Statuten stelt het Bestuur bij een besluit tot ontbinding van de Stichting het overschot na vereffening vast. De bestemming van een eventueel batig liquidatiesaldo moet zoveel mogelijk in overeenstemming zijn met het doel van de Stichting en moet ten goede komen aan een algemeen nut beogende instelling.[178] De Statuten voldoen daarmee aan Uitwerking 3 bij Principe II van de Claimcode.

(iii) Principe III – Externe financiering

7.74 De Stichting kan ten behoeve van de financiering van haar statutaire werkzaamheden een overeenkomst aangaan met een solide externe procesfinancier. De Stichting is ten behoeve van de financiering van de collectieve vorderingen jegens Apple een financieringsovereenkomst aangegaan met een entiteit die eigendom is van fondsen en beheerde rekeningen die uiteindelijk worden beheerd door ondernemingen verbonden aan Fortress Investment Group LLC. Het bestuur van de Stichting heeft onderzoek gedaan naar de Financier en de bredere Fortress groep, haar kapitalisatie, reputatie en trackrecord (deskundigheid en ervaring) en geoordeeld dat financiering middels de betreffende financieringsovereenkomsten passend is (Principe III, Uitwerking 1).

7.75 De financieringsovereenkomst is schriftelijk vastgelegd en kent voor geschillenbeslechting een rechtskeuze voor Nederlands recht en een forumkeuze voor een in Nederland gevestigd arbitrage instituut (Principe III, Uitwerking 2). De overeenkomst bevat ook een woonplaatskeuze van de Financier in Nederland. In de overeenkomst is verder vastgelegd dat de zeggenschap over de proces- en schikkingsstrategie uitsluitend bij de Stichting berust (Principe III, Uitwerking 3)

7.76 In de financieringsovereenkomst is daarnaast een budget overeengekomen voor het voeren van procedures bij de rechtbank in eerste aanleg op grond van de Wet afwikkeling massaschade in collectieve actie met de Stichting als exclusieve belangenbehartiger. Het voor publiek toegankelijke deel van de website van de Stichting vermeldt o.a. dat sprake is van externe financiering en de systematiek op hoofdlijnen van de met de externe financier overeengekomen vergoeding(en) en overeengekomen diensten (Principe III, Uitwerking 7). Alleen als de procedures resulteren in een collectieve schikking of schadeafwikkeling is een vergoeding (voor de geleverde diensten en de risico's en kosten gedragen door de externe financier) verschuldigd van maximaal 25% van een eventuele financiële schadevergoeding die via een collectieve schikking of rechtszaak wordt verkregen. Conform Principe III, Uitwerking 7, wordt dit percentage ook op de website van de Stichting vermeld.

7.77 Uit de governance van de Stichting en de financieringsovereenkomst blijkt dat de Stichting onafhankelijk en autonoom ten opzichte van de Financier zal optreden. De

[178] Bedoeld wordt een ANBI-instelling, ingesteld op grond van art. 6.33 lid 1 onderdeel b van de Wet Inkomstenbelasting 2001, daaronder begrepen een goeddoelinstelling die buiten Nederland is gevestigd in een bij ministeriële regeling aangewezen land

zeggenschap over de proces- en schikkingsstrategie berust uitsluitend bij de Stichting, waarbij de Stichting de belangen van de Financier (uiteraard) zal hebben mee te wegen. De raadsman van de Stichting treedt met betrekking tot de collectieve vorderingen jegens Apple alleen op voor de Stichting en haar statutaire achterban en niet voor de Financier (Principe III, Uitwerking 4).

7.78 De financieringsovereenkomst waarborgt verder de vertrouwelijkheid van de aan de Stichting toebehorende informatie en voorziet in voorwaardelijke uitwisseling van informatie, voor zover relevant voor partijen met het oog op de redelijke belangen, rechten en verplichtingen uit hoofde van de financieringsovereenkomst (Principe III, Uitwerking 6).

7.79 De Stichting overlegt de financieringsovereenkomst, zijnde vertrouwelijke en geprivilegieerde informatie, in beginsel niet. De Stichting heeft met de Financier afgesproken dat zij bevoegd is nadere informatie aan de rechtbank te verstrekken op basis van een daartoe strekkend bevel. In zoverre de rechtbank hiertoe aanleiding ziet, vraagt de Stichting de rechtbank uitdrukkelijk om inzage te nemen op een wijze waarbij de Verweerders geen inzage in deze informatie krijgen, een belang dat de wetgever uitdrukkelijk heeft onderkend.[179]

(iv) Principe IV – Onafhankelijkheid en vermijding van belangentegenstelling

7.80 Conform de Claimcode dient elk tegenstrijdig belang tussen de door de Stichting ingeschakelde adviseurs, de raad van toezicht en het bestuur van de stichting te worden vermeden. Het bestuur heeft zich ervan vergewist dat individuele bestuurders en leden van de raad van toezicht, alsmede de door de Stichting ingeschakelde advocaten of andere dienstverleners zelfstandig en onafhankelijk zijn van de Financier en de aan deze rechtstreeks of middellijk verbonden (rechts)personen, alsmede dat de Financier en de aan deze rechtstreeks of middellijk verbonden (rechts)personen onafhankelijk zijn van de wederpartijen in de collectieve actie.

7.81 Mocht op enig moment sprake zijn van eventuele belangen van leden van het bestuur of van de raad van toezicht die aanleiding kunnen geven tot twijfel over hun onafhankelijk of kritisch opereren, dan wordt dat op de website van de Stichting gepubliceerd (Principe IV, Uitwerking 2).

7.82 Artikel 13.1 van de Statuten schrijft bovendien voor dat een bestuurder niet deelneemt aan de beraadslaging en zich onthoudt van stemming over een bestuursbesluit indien hij daarbij een direct of indirect persoonlijk belang heeft dat tegenstrijdig is met het belang van de Stichting. Wanneer hierdoor geen bestuursbesluit kan worden genomen, wordt het besluit volgens artikel 31.2 van de Statuten genomen door de raad van toezicht.

[179] Kamerstukken II 2017/18, 34608, 6 Nota naar aanleiding van het Verslag, p. 11-12.

7.83 Binnen het bestuur en de raad van toezicht en tussen bestuursleden en de leden van de raad van toezicht bestaan geen nauwe familie- of vergelijkbare relaties. Hetzelfde geldt voor de relaties van bestuurders en toezichthouders met personen die zijn verbonden aan een externe financier. Verder zijn er naar het oordeel van bestuur en raad van toezicht geen hoofd- of nevenfuncties van bestuursleden en leden van de raad van toezicht die afbreuk doen aan hun onafhankelijkheid (Principe IV, Uitwerking 1).

7.84 Tot slot zijn er geen overeenkomsten afgesloten tussen de Stichting en een (rechts)-persoon of een andere entiteit waarbij een bestuurder of lid van de raad van toezicht – al dan niet via nauwe verwanten– in de hoedanigheid van bestuurder, oprichter, aandeelhouder, toezichthouder, maat, partner, vennoot of werknemer is betrokken. Het bestuur en raad van toezicht zien erop toe dat dat ook in de toekomst niet het geval zal zijn. Aldus voldoet de Stichting aan de Uitwerking bij Principe IV van de Claimcode (Principe IV, Uitwerking 3).

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

7.85 Het bestuur van de Stichting bestaat uit drie personen met de benodigde juridische en financiële deskundigheid en ervaring (Principe III, Uitwerkingen 1 t/m 4):

- [Voorzitter Stichting] is [beroep voorzitter]. Hij is oprichter van [ ]. Ook richtte hij [ ] op, dat gratis universitaire hoorcolleges ter beschikking stelt op YouTube. [Voorzitter Stichting] maakt wekelijks [podcasts].
- [Secretaris Stichting] beschikt als [beroep secretaris] over de specifieke ervaring en juridische expertise die noodzakelijk is voor een adequate behartiging van de in de statutaire doelstelling van de belangenorganisatie.
- [Penningmeester Stichting] beschikt als [beroep penningmeester] over de specifieke ervaring en financiële expertise die noodzakelijk is voor een adequate behartiging van de in de statutaire doelstelling van de belangenorganisatie omschreven belangen.

7.86 Zoals reeds toegelicht in randnummer 7.71, bepalen de statuten (in artikel 15.1 en artikel 15.2) dat de Stichting wordt vertegenwoordigd door het bestuur of door twee gezamenlijk handelende bestuurders (Principe V, Uitwerking 5)).

7.87 Het bestuur legt de voor de Stichting en haar belanghebbende (mogelijk) ingrijpende besluiten ter goedkeuring voor aan de raad van toezicht (Principe V, uitwerking 7). Ingevolge de artikelen 6.3 jo. 6.2 behoeft het bestuur van de Stichting de voorgaande goedkeuring van de raad van toezicht voor belangrijke besluiten zoals, waaronder:

a. het instellen van een gerechtelijke procedure;

b. het aangaan van een vaststellingsovereenkomst;

c. het voeren en/of afbreken van onderhandelingen in het kader van het statutaire doel; d. het wijzigen van de statuten;

e. het ontbinden van de Stichting.

7.88 Het bestuur onderzoekt daarnaast het draagvlak onder de deelnemers in ieder geval bij het aangaan van een Vaststellingsovereenkomst (artikel 6.4 Statuten)

7.89 Verder heeft de Stichting een voor het publiek toegankelijke website: www.bigtechfairplay.nl. Op deze website hebben belanghebbenden toegang tot alle relevante informatie, waaronder - maar niet beperkt tot - de informatie als bedoeld in Uitwerking 8 van Principe V. De Stichting kan via de website contact onderhouden met haar deelnemers en zal regelmatig belangrijke gebeurtenissen aan de nieuwspagina toevoegen. Ook kan men vragen aan de Stichting stellen via de website.

7.90 Tot slot zal het bestuur van de Stichting de balans en de staat van baten en lasten en de begroting, ter goedkeuring voorleggen aan de raad van toezicht (Principe V, Uitwerking 6).

(vi) Principe VI – Vergoedingen aan bestuurders

7.91 De raad van toezicht kan aan de bestuurders van de Stichting een beloning toekennen die in redelijke verhouding staat tot de aard en intensiteit van hun werkzaamheden (Principe VI, Uitwerking 1). De bestuurders hebben bovendien recht op vergoeding van de door hen, in de uitoefening van hun functie, gemaakte redelijke kosten (artikel 6.7 van de Statuten). Alle vergoedingen welke worden betaald aan de bestuurders zullen worden gespecificeerd in de jaarrekening welke specificatie zal voorzien in een toelichting. Zij ontvangen geen vergoeding voor hun werkzaamheden voor de Stichting van enig ander dan de Stichting (Principe VI, Uitwerking 2).

7.92 De raad van toezicht heeft de vergoeding voor het de leden van het Bestuur voor het jaar 2022 als volgt vastgesteld en op de website van de Stichting gepubliceerd (Principe VI, Uitwerking 4):

- De voorzitter van het bestuur: EUR 50.000,- voor het eerste jaar en daarna EUR 15.000,- per jaar per jaar;
- Overige leden van het bestuur: EUR 14.000,- per jaar.

7.93 Verwacht wordt dat met name de voorzitter in het eerste jaar een substantieel grotere bijdrage en tijdsinvestering zal leveren. Ervan uitgaande dat deze werkzaamheden vooral beperkt zullen zijn tot het eerste jaar, zal de vergoeding in de daaropvolgende jaren worden teruggebracht tot EUR 15.000,- per jaar. De voorzitter van het bestuur heeft zijn gehele remuneratie over het eerste jaar gedoneerd aan een maatschappelijke bestemming, namelijk het journalistieke onderzoeksplatform *Follow the money*.

(vii) Principe VII – de Raad van Toezicht

7.94 De raad van toezicht bestaat uit drie personen[180] met de benodigde juridische en financiële expertise en ervaring voor hun taken (Principe VII, Uitwerkingen 4 en 5):

- [Voorzitter RVT] beschikt als [beroep voorzitter RVT] over de specifieke ervaring en juridische expertise die noodzakelijk is voor een adequate behartiging van, en adequaat toezicht op, de in de statutaire doelstelling van de belangenorganisatie omschreven belangen.
- [Lid RVT] is sinds 2008 betrokken bij verschillende collectieve juridische acties en compensatieregelingen en is als financier of bestuurder verbonden aan diverse fintech en legal tech initiatieven. Tevens treedt hij op als adviseur van stichtingsbesturen, procesfinanciers en advocaten. Hij beschikt derhalve over de specifieke ervaring en financiële expertise die noodzakelijk is voor een adequate behartiging van, en adequaat toezicht op, de in de statutaire doelstelling van de belangenorganisatie omschreven belangen.
- [Lid RVT] is [beroep lid] en heeft gedurende zijn loopbaan o.a. ervaring opgedaan als bestuurder bij zowel beursgenoteerde bedrijven, een partnership, en bij (semi)overheidsinstellingen en als [ ].

7.95 De raad van toezicht is zodanig samengesteld dat de leden ten opzichte van elkaar en het bestuur en ten aanzien van de door de Stichting behartigde belangen, onafhankelijk en kritisch kunnen opereren (Principe VII, Uitwerking 2).

7.96 De raad van toezicht vergadert tenminste eenmaal per jaar. Daarnaast vergaderen de raad van toezicht en het bestuur tenminste eenmaal per jaar in een gemeenschappelijke vergadering om de algemene lijnen van het gevoerde beleid en het in de toekomst te voeren beleid te bespreken (Principe VII, Uitwerking 1).

7.97 Ingeval sprake is van financiering door een derde partij kan een lid van de raad van toezicht, niet zijnde de voorzitter, op voordracht van die partij worden benoemd. Een dergelijke benoeming wordt gepubliceerd op de website van Stichting. Van deze mogelijkheid is bij de Stichting vooralsnog geen gebruik gemaakt (Principe VII, Uitwerking 3).

7.98 Ingevolge artikel 18.1 van de Statuten verschaft het bestuur de raad van toezicht tijdig de voor de uitoefening van diens taken en bevoegdheden noodzakelijke gegevens en voorts aan ieder lid van de raad van toezicht alle inlichtingen betreffende aangelegenheden van de stichting die deze mocht verlangen. De raad van toezicht is bevoegd inzage te nemen en te doen nemen van alle boeken, bescheiden en andere gegevensdragers van de Stichting (Principe VII, Uitwerking 6).

[180] Zie ook: Stichting app stores claims, uittreksel Handelsregister Kamer van Koophandel, 29 maart 2022 (**Productie 31**).

7.99 De raad van toezicht zal, voordat zij goedkeuring verleent aan de staat van baten en lasten zoals opgesteld door het bestuur, het bestuur opdragen de staat van baten en lasten te laten onderzoeken door een accountant administratieconsulent in de zin van artikel 2:393 BW. Deze deskundige brengt omtrent zijn onderzoek verslag uit aan de raad van toezicht en geeft de uitslag van zijn onderzoek weer in een verklaring omtrent de getrouwheid van de staat van de staat van baten en lasten. Hij brengt zijn verslag ter kennis aan het bestuur (Principe VII, Uitwerking 7).

7.100 De raad van toezicht stelt jaarlijks een document op waarin het op hoofdlijnen verantwoording aflegt over het uitgevoerde toezicht. Dit document zal te zijner tijd op een voor het algemeen publiek toegankelijk deel van de website van de Stichting worden gepubliceerd (Principe VII, Uitwerking 8).

7.101 Leden van de raad van toezicht kunnen voor de door hen voor de Stichting verrichte werkzaamheden een redelijke beloning ontvangen, welke door de gemeenschappelijke vergadering van het bestuur en de raad van toezicht wordt vastgesteld. De vergoeding voor de leden van de raad van toezicht voor het jaar 2022 is als volgt vastgesteld en op de website van de Stichting gepubliceerd (Principe VII, Uitwerking 9):

- De voorzitter van de raad van toezicht: EUR 5.000,- per jaar;
- Overige leden van de raad van toezicht: EUR 4.000,- per jaar.

G. Verzoek om aanwijzing als Exclusieve Belangenbehartiger

(viii) Inleidende opmerkingen

7.102 De Stichting Right to Consumer Justice ("**RTCJ**") heeft bij inleidende dagvaarding van 4 oktober 2021[181] een collectieve vordering tegen Apple ingesteld voor dezelfde gebeurtenissen als waar de onderhavige collectieve actie op ziet.

7.103 Dat betekent dat meerdere belangenbehartigers als exclusieve belangenbehartiger in deze kwestie tegen Apple wensen te worden aangewezen. De Stichting meent dat zij daarvoor de meest geschikte partij is.

7.104 Bij de aanwijzing van de exclusieve belangenbehartiger dienen alle omstandigheden van het geval in aanmerking te worden genomen, waaronder in ieder geval:[182]

a. de omvang van de groep personen voor wie de eiser opkomt;

b. de grootte van het door deze groep vertegenwoordigde financiële belang;

c. andere werkzaamheden die de eiser verricht voor de personen voor wie hij opkomt in of buiten rechte;

[181] Of van een datum daags daarvoor. De dagvaarding van de Stichting Right to Consumer Justice is in ieder geval op 4 oktober 2021 aangetekend in het centraal register voor collectieve vorderingen
[182] Artikel 1018e lid 1, sub a t/m b, Rv.

d. eerdere door de eiser verrichte werkzaamheden of ingestelde collectieve vorderingen.

7.105 De Stichting meent dat zij op basis van elk van deze omstandigheden geschikt is om als exclusieve belangenbehartiger te worden aangewezen.

(ix) De omvang van de groep personen voor wie de eiser opkomt (artikel 1018e, lid 1, sub a, Rv)

7.106 De eerste omstandigheid betreft de omvang van de groep personen voor wie de eiser opkomt. In deze omstandigheid ligt besloten dat wanneer er twee of meer belangenbehartigers zijn die als exclusieve belangenbehartiger aangewezen kunnen worden in dezelfde kwestie, de belangenbehartiger die opkomt voor een grotere groep belanghebbenden dan de andere belangenbehartiger(s) op dit punt mogelijk een geschiktere kandidaat is voor de positie van exclusieve belangenbehartiger. Zo geeft de wetgever op dit punt als voorbeeld de situatie waarin een belangenbehartiger opkomt voor alle consumenten die een bepaald gebrekkig product hebben gekocht, of alleen voor een deel daarvan.[183]

7.107 De Stichting komt in deze procedure op voor alle particuliere en zakelijke gebruikers van iOS Apps die een Relevante Aankoop hebben gedaan. Deze groep Gedupeerden omvat iedereen binnen de definitie van Nauw Omschreven Groep zoals voorgesteld door de Stichting.

7.108 RTCJ komt op voor: "(1) *alle particuliere en zakelijke eindgebruikers (verder aan te duiden als consumenten) van iOS-softwareapplicaties ('iOS-Apps') 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 (…).*".[184]. Echter, er is in het kader van de onderhavige collectieve actie sprake van een inherent tegenstrijdig belang tussen enerzijds de iOS App ontwikkelaars en anderzijds de iOS Apparaat gebruikers. Dit tegenstrijdig belang verzet zich naar de mening van de Stichting ertegen dat een eiser voor de belangen van beide groepen opkomt. Immers, de schade die is ontstaan als gevolg van het misbruik dat Apple heeft gemaakt van haar machtspositie is ofwel geleden door de iOS App ontwikkelaars, ofwel geleden door de iOS Apparaat gebruikers.

7.109 RTCJ geeft in haar dagvaarding aan dat zij in dit verband een beroep doet op het wettelijke bewijsvermoeden van artikel 6:193q BW ter zake van doorberekening. Op grond van dit artikel wordt een indirecte afnemer vermoed het bewijs van doorberekening te hebben geleverd indien hij aantoont dat:

[183] Kamerstukken II 2016-2017, 34 608, nr. 3, p. 43: "*Ook kan hieruit worden afgeleid of bijvoorbeeld wordt opgekomen voor alle consumenten die een bepaald gebrekkig product hebben gekocht of alleen voor een deel daarvan*."
[184] Zie dagvaarding RTCJ, par. 1.1.

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.

7.110 Volgens RTCJ komen de iOS App ontwikkelaars "*enkel in beeld indien en voor zover Apple het in dit verband door de wet gegeven bewijsvermoeden zou weten te ontzenuwen*."[185] Deze procesopstelling door RTJC valt moeilijk te rijmen met een adequate behartiging van de belangen van de iOS App ontwikkelaars.

7.111 Een beroep op het (weerlegbare) bewijsvermoeden van artikel 6:193q BW is op zichzelf genomen reeds in strijd met de belangen van de iOS App ontwikkelaars. RTCJ laat de weerlegging van dit bewijsvermoeden vervolgens volledig afhangen van het verweer van Apple. Apple heeft echter maar een beperkt belang om tegen dit bewijsvermoeden op te komen en te proberen om aannemelijk te maken dat de excessieve Commissie niet of niet volledig aan de indirecte afnemers zijn doorberekend, nog los van het feit dat Apple daarvoor niet over de benodigde gegevens beschikt.

7.112 Om het bewijsvermoeden van artikel 6:193q BW eventueel te kunnen weerleggen, dient Apple te aannemelijk te maken dat de Commissie niet of niet volledig aan de indirecte afnemers is doorberekend. Een dergelijke discussie kan niet alleen in abstracto worden gevoerd, maar vergt ook een concrete onderbouwing waarvoor kennis over de bedrijfsvoering (bijvoorbeeld de kostenstructuur) en wellicht zelfs toegang tot de administratie van de iOS App ontwikkelaars noodzakelijk is. Het is zoals gezegd maar zeer de vraag of Apple over deze gegevens beschikt.

7.113 Verder betreft het hier een verdelingskwestie die niet afdoet aan de hoogte van de algehele schade die is geleden. Het al dan niet opkomen tegen het bewijsvermoeden van artikel 6:193q BW leidt in beginsel niet tot een ander schadebedrag. Schade die niet hoeft te worden vergoed aan de één (de iOS Apparaat gebruikers) moet worden vergoed aan de ander (de iOS App ontwikkelaars) en omgekeerd. Vanwege deze wijze waarop de collectieve actie door RTCJ is ingestoken, is dit vanuit Apple bezien dan ook 'lood om oud ijzer'.[186]

7.114 Dit ligt uiteraard anders voor de iOS Apparaat gebruikers en de iOS App ontwikkelaars. Indien bepaalde iOS App ontwikkelaars schade hebben geleden omdat zij de

[185] Zie o.a. dagvaarding RTCJ, par. 12.13.

[186] Waarschijnlijk zal het juist de bedoeling zijn geweest van RTCJ om zodoende een passing-on verweer (of: doorberekeningsverweer) van de zijde van Apple te neutraliseren, maar de procesopstelling van RTCJ heeft tevens tot gevolg dat de belangen van de iOS-App Ontwikkelaars niet naar behoren worden behartigd.

excessieve Commissie van Apple niet geheel of gedeeltelijk konden doorberekenen aan hun afnemers, dan is het in hun belang dat geen beroep wordt gedaan op het bewijsvermoeden of dat het bewijsvermoeden in ieder geval wordt weerlegd. RTCJ heeft reeds een beroep gedaan op het bewijsvermoeden en lijkt niet van plan om dat vermoeden te weerleggen. Zou zij dat wel doen, dan handelt zij overigens rechtstreeks in strijd met de belangen van de andere groep gedupeerden wiens belangen zij stelt te behartigen, te weten de iOS Apparaat gebruikers.

7.115 De Stichting heeft hiervoor in randnummer 7.14 e.v. reeds aangegeven dat in de onderhavige collectieve actie de Nauw Omschreven Groep dient te bestaan uit alle particuliere en zakelijke gebruikers van iOS Apps die een Relevante Aankoop hebben gedaan. iOS App Ontwikkelaars vallen daar in de visie van de Stichting buiten, mede omdat hun belangen afwijken van de iOS Apparaat gebruikers.

7.116 Mocht de rechtbank van oordeel zijn dat het in proceseconomisch opzicht efficiënt is om iOS App ontwikkelaars ook deel te laten uitmaken van de onderhavig collectieve actie, dan geeft de Stichting in overweging om twee exclusieve belangenbehartigers te benoemen: één exclusieve belangenbehartiger die opkomt voor de belangen van de iOS Apparaat gebruikers en één exclusieve belangenbehartiger die opkomt voor de belangen van de iOS App ontwikkelaars. Het ligt in dat geval voor de hand dat de Stichting wordt benoemd tot exclusieve belangenbehartiger voor de iOS Apparaat gebruikers.

7.117 De Stichting is dan ook van mening dat met name dient te worden gekeken naar het aantal iOS Apparaat gebruikers dat zich bij de Stichting respectievelijk de RTCJ heeft aangemeld.

7.118 De Stichting is medio februari 2022 een uitgebreide mediacampagne gestart om de Stichting en de belangen waarvoor zij opkomt bij een groot publiek onder de aandacht te brengen..

7.119 De media-aandacht voor deze campagne heeft ertoe geleid dat in korte tijd veel Gedupeerden zich bij de Stichting als Deelnemer hebben ingeschreven. Ten tijde van het uitbrengen van deze dagvaarding hadden ruim 12.000 Gedupeerden zich als deelnemer bij de Stichting ingeschreven.

7.120 RTCJ heeft vooralsnog volstaan met de enkele stelling dat zij "*haar aanzienlijke middelen [zal] inzetten om het bestaan van de Stichting bij alle Gedupeerden onder de aandacht te brengen en ervoor [zal] zorgdragen dat zij voorafgaand aan de in deze procedure op enig moment te houden zitting ter gelegenheid waarvan dit ontvankelijkheidsvereiste aan de orde zal komen, zal kunnen aantonen dat zij voldoende ondersteuning van een daadwerkelijke achterban geniet om als belangenbehartiger van alle Gedupeerden in deze procedure ontvankelijk te kunnen zijn*."

7.121 RTCJ noemt in haar dagvaarding verder geen aantallen deelnemers die zich bij haar hebben aangemeld en van enige mediacampagne is tot op het moment van het uitbrengen van deze dagvaarding niets te bespeuren geweest.[187] Naar het zich laat aanzien, komt de Stichting dan ook op voor een kwantitatief omvangrijker deel van de groep iOS Apparaat gebruikers. Deze omstandigheid brengt mee dat de Stichting het meest geschikt is om te worden aangewezen als exclusieve belangenbehartiger voor de iOS Apparaat gebruikers.

(x) De grootte van het vertegenwoordigd financiële belang (artikel 1018e, lid 1, sub b, Rv)

7.122 De tweede omstandigheid betreft de grootte van het door deze groep vertegenwoordigde financiële belang. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat de wetgever hiermee heeft beoogd dat de omstandigheid dat een belangbehartiger opkomt voor een groter financieel belang dan de andere belangenbehartigers met zich meebrengt dat die belangenbehartiger geschikter is om te worden aangewezen als exclusieve belangenbehartiger.[188]

7.123 Als wordt gekeken naar de actieve Deelnemers, komt de Stichting – naar het zich laat aanzien - op voor een grotere groep iOS Apparaat gebruikers dan de groep waarvoor RTCJ opkomt. Het door de Stichting vertegenwoordigde financiële belang is daarmee groter.

7.124 Anders dan RTCJ, heeft de Stichting bovendien een economisch rapport laten opstellen door gerenommeerd economisch onderzoeksbureau AlixPartners (**productie 2**) waarin de schade die is geleden door de iOS Apparaat gebruikers is begroot. Ook dat maakt de Stichting het meest geschikt om als exclusieve belangenbehartiger voor de iOS Apparaat gebruikers te worden aangewezen.

(xi) Andere werkzaamheden die de eiser verricht voor wie hij opkomt (artikel 1018e, lid 1, sub c, Rv)

7.125 De derde omstandigheid betreft andere werkzaamheden die de eiser verricht voor de personen voor wie zij opkomt in of buiten rechte. Volgens de wetgever kunnen die andere werkzaamheden bijvoorbeeld zien op het optreden als spreekbuis voor benadeelden of andere activiteiten op basis waarvan juist deze belangenbehartiger in beeld komt om voor de hele groep personen op te treden.[189]

7.126 De Stichting heeft de afgelopen maanden onder andere de volgende werkzaamheden in en buiten rechte verricht ten behoeve van haar achterban:

[187] Lange tijd was de website van RTCJ zelfs niet goed vindbaar via de zoekmachine van Google.
[188] Kamerstukken II 2016-2017, 34 608, nr. 3, p. 43: "*Een belangenbehartiger die opkomt voor een groep beleggers die allen slechts enkele aandelen hebben (en dus beperktere schade) kan minder geschikt zijn dan een belangenbehartiger die opkomt voor een veel groter financieel belang.*"
[189] Kamerstukken II 2016-2017, 34 608, nr. 3, p. 43.

- De Stichting heeft zich ingespannen om een geschikte procesfinancier te vinden voor haar initiatief en voor de door haar in Nederland gevoerde collectieve procedures en is daarin geslaagd.
- De Stichting heeft onder het initiatief Big Tech. Fair Play. het publieke debat aangezwengeld over de machtspositie die Big Tech bedrijven, en in het bijzonder Apple en Google, in onze maatschappij hebben verworven en het misbruik dat door deze partijen van die machtspositie wordt gemaakt.
- De Stichting heeft door het gerenommeerde economische onderzoeksbureau AlixPartners onderzoek laten doen naar de handelwijze van Apple en Google.
- De Stichting heeft zich gericht op het informeren en voorlichten van getroffen app gebruikers, onder meer via de website www.bigtechfairplay.nl.

7.127 De Stichting is medio februari 2022 een uitgebreide mediacampagne gestart om de Stichting en de belangen waarvoor zij opkomt bij een groot publiek onder de aandacht te brengen. De campagne heeft geleid tot veel artikelen in kranten en online media[190] en diverse optredens van de voorzitter van de Stichting, [voorzitter], in televisie- en radioprogramma's.[191]

7.128 [Voorzitter] heeft zich daarbij als spreekbuis voor de benadeelden opgeworpen en de media-aandacht heeft ertoe geleid dat in korte tijd veel Gedupeerden zich bij de Stichting als Deelnemer hebben ingeschreven. Ten tijde van het uitbrengen van deze dagvaarding hadden ruim 12.000 Gedupeerden zich als deelnemer bij de Stichting ingeschreven.

(xii) Eerdere door de Stichting verrichte werkzaamheden of ingestelde collectieve vorderingen (artikel 1018e, lid 1, sub d, Rv)

7.129 De vierde omstandigheid die wordt genoemd in het eerste lid van artikel 1018e Rv, betreft de eerder door de eiser verrichte werkzaamheden of ingestelde collectieve vorderingen. Deze eerdere werkzaamheden kunnen er volgens de wetgever op wijzen of de benodigde deskundigheid en ervaring voor het voeren van een collectieve vordering en het optreden daarin als exclusieve belangenbehartiger.[192]

7.130 De Stichting laat zich voor de collectieve actie tegen Apple bijstaan door partijen met een ruime deskundigheid en ervaring op het gebied van collectieve acties, te weten:

---

[190] Waaronder: *Nederlandse stichting bereidt claim tegen Apple en Google voor*, Trouw, 14 februari 2022; *[Voorzitter Stichting] wil miljard van Apple en Google om dure appstores*, RTL nieuws, 14 februari 2022; *Vijf vragen aan [Voorzitter Stichting] over de claim tegen Google en Apple*, Nu.nl, 14 februari 2022; *Nederlandse stichting wil rechtzaak tegen Google en Apple om tarief appstores*, Tweakers, 14 februari 2022; *Waarom [Voorzitter Stichting] zich nu opwerpt als boegbeeld tegen Big Tech*, NRC 14 februari 2022.

[191] Waaronder: Eenvandaag, 14 februari 2022, Hoogleraar denkt dat Nederlandse claim tegen Apple en Google van miljard euro kans van slagen heeft; RTL XL-Beau, 14 februari 2022, [Voorzitter Stichting] eist 1 miljard euro van Apple en Google; RTL Z,14 februari 2022, Nieuwsuitzending.

[192] Kamerstukken II 2016-2017, 34 608, nr. 3, p. 43

het advocatenkantoor Hausfeld, economisch adviesbureau AlixPartners en procesfinancier Fortress. Deze partijen zijn tevens betrokken bij een vergelijkbare procedure in het Verenigd Koninkrijk voor het Competition Appeal Tribunal.[193] De ontwikkelingen in die procedure kunnen tevens relevant zijn voor de onderhavige procedure.

7.131 De Stichting is daarnaast bezig met de voorbereiding van een collectieve actie tegen Google die op vergelijkbare gronden zal worden gevoerd en de Stichting zal zich daarnaast ook andere wijzen inzetten voor de belangen van app gebruikers. In zoverre is de Stichting dan ook niet aan te merken als een *ad hoc* belangenbehartiger.

(xiii) Conclusie

7.132 Weging van de bovenstaande factoren, leidt tot de slotsom dat de Stichting in vergelijking met RTCJ de meest geschikte partij is om door uw rechtbank als exclusieve belangenbehartiger te worden aangewezen.

H. Aantekening van de onderhavige dagvaarding in het Centraal register voor collectieve vorderingen en vermelding van de gevolgen van die aantekening (ex art. 1018c, lid 1, sub f, Rv)

7.133 De Stichting zal niet alleen de dagvaarding ter griffie indienen, maar daarvan gelijktijdig aantekening laten maken in het centraal register voor collectieve acties.

7.134 Na inschrijving van de onderhavige zaak op de rol zal die op grond van het bepaalde in artikel 1018d, lid 3, Rv gezamenlijk worden behandeld met de collectieve vordering van de Stichting Right To Consumer Justice als ware het “een zaak”. Vervolgens zal de rechter uit de eisers die overeenkomstig de artikelen 1018c Rv en 1018d Rv een collectieve vordering hebben ingesteld en voor zover voldaan is aan de eisen voor ontvankelijkheid, de meest geschikte eiser als exclusieve belangenbehartiger aanwijzen overeenkomstig het bepaalde in artikel 1018e Rv.

8. BEKENDE VERWEREN

8.1 Apple heeft tot op heden niet inhoudelijk gereageerd op de brief die de Stichting op 15 februari 2022 aan Apple heeft gestuurd (**Productie 32**). In deze brief is een aansprakelijkstelling opgenomen alsmede een uitnodiging van de Stichting om in onderhandeling te treden. De Stichting is dan ook niet bekend met enige verweren van de zijde van Apple.

[193] Case No. 1403/7/7/21, Dr. Rachael Kent v Apple Inc. and Apple Distribution International Ltd. Zie: https://www.catribunal.org.uk/cases/14037721-dr-rachael-kent

9. BEWIJS

9.1 Ter onderbouwing van haar stellingen verwijst de Stichting naar de in deze dagvaarding genoemde **Producties 1 tot en met 34** die bij het aanbrengen van de dagvaarding (bij akte) zullen worden overgelegd. De Stichting verwijst daarbij in het bijzonder naar het rapport dat is opgesteld door economisch onderzoeksbureau AlixPartners (**Productie 2**).

9.2 Zonder overigens onverplicht enige bewijslast op zich te nemen, biedt de Stichting daarnaast aan haar stellingen verder te bewijzen door alle middelen rechtens, waaronder door het horen van getuigen dan wel deskundigen die betrokken waren bij, of anderszins kunnen verklaren over, het misbruik maken van een machtspositie door Apple.

10. RECHTSMACHT EN TOEPASSELIJK RECHT

10.1 De rechtbank Amsterdam heeft rechtsmacht met betrekking tot het voorliggende geschil. Nu Apple Inc. en Apple Distribution buiten Nederland zijn gevestigd, dient de internationale bevoegdheid van uw rechtbank te worden bepaald aan de hand van de commune bevoegdheidsregels ten aanzien van Apple Inc. en aan de hand van de (herschikte) EEX Verordening ("**EEX-Vo**") ten aanzien van Apple Distribution.[194] De Stichting zal hierna uiteenzetten dat uw rechtbank bevoegd is van haar vorderingen kennis te nemen.

10.2 Het toepasselijke recht dient aan hand van de Rome II Verordening[195] bepaald te worden, aangezien de gevolgen van de inbreuk op het mededingingsrecht door Apple aan hand van nationaal (civiel) recht moeten worden beoordeeld. Op grond van artikel 6, lid 3, sub a, Rome II Verordening is Nederlands recht van toepassing.

A. Rechtsmacht van de rechtbank Amsterdam

10.3 Internationale rechtsmacht kan op verschillende gronden worden aangenomen. Volgens de hoofdregel is bevoegd het gerecht van de (lid)staat waar de gedaagde zijn woonplaats heeft (artikel 2 Rv artikel 4 lid 1 EEX-Vo), maar daarnaast kunnen ook andere gerechten bevoegd zijn op grond van bijzondere bevoegdheidsregels (artikel 6 Rv en artikel 5 lid 1 EEX-Vo).

(i) Rechtsmacht op basis van onrechtmatige daad

10.4 Ingevolge artikel 6, sub 2, Rv en artikel 7 lid 2 EEX-VO kan een rechtsvordering ook worden ingesteld bij het gerecht van de plaats "*waar het schadebrengende feit zich*

[194] 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.
[195] Verordening (EG) nr. 864/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 11 juli 2007 betreffende het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen.

heeft voorgedaan of zich kan voordoen". Volgens vast rechtspraak van het HvJ EU doelt deze zinsnede zowel op de plaats waar de schade is ingetreden (het *Erfolgsort*) als op de plaats van de gebeurtenis die met de schade in een oorzakelijk verband staat (het *Handlungsort*), zodat de gedaagde naar keuze van de eiser voor het gerecht van de ene dan wel van de andere plaats kan worden opgeroepen.[196]

10.5 Ten aanzien van schade als gevolg van inbreuken op artikel 102 VWEU heeft het Hof van Justitie bepaald dat de schadeveroorzakende gebeurtenis de uitvoering van het misbruik betreft. Dat zijn de handelingen die de onderneming met een machtspositie verricht om het misbruik in de praktijk te brengen.[197]

10.6 Zoals reeds besproken, heeft Apple misbruik gemaakt van haar machtspositie in de iOS App distributie markt en de iOS betalingsverwerkingsmarkt door: (i) door beperkende voorwaarden op te leggen die de ontwikkelaars van iOS App's verplichten om iOS Apps uitsluitend via de App Store te distribueren, en vereisen dat alle Relevante Aankopen via de ASPPS worden gedaan; en (ii) buitensporige en oneerlijke prijzen in rekening te brengen in de vorm van de Commissie

10.7 Dit misbruik van machtspositie jegens Nederlandse iOS App gebruikers heeft plaatsgevonden in de Nederlandse versie van de App Store. Hoewel het misbruik van machtspositie door Apple veel breder is (en waarschijnlijk wereldwijd heeft plaatsgevonden), wordt de onderhavige collectieve actie ingesteld ten behoeve van iOS Apparaat gebruikers die Relevante Aankopen hebben gedaan in de Nederlandse App Store.

10.8 Apple erkent dat zij haar activiteiten per land verricht. Zo heeft zij in de Amerikaanse rechtszaak tegen Epic Games aangevoerd dat de relevante geografische markt voor distributiediensten van iOS Apps en In-App Producten land-specifiek is, omdat de App Store "*country-specific storefronts*" heeft (**productie 34**).[198] Wanneer een Nederlandse consument met een Apple ID die het land/regio als het Nederland specificeert, de App Store opent, gaat hij of zij standaard naar Nederlandse App Store. Een consument kan in theorie naar een buitenlandse versie van de App Store overstappen, maar volgens Apple is dit een bewerkelijk proces: "*For the App Store, consumers may change country or region through the software on their phones, but the process involves a number of steps and conditions that most consumers would find too inconvenient unless strictly necessary (e.g., if actually moving countries).*"[199]

[196] HvJ 30 november 1976, C-21/76, ECLI:EU:C:1976:166 (Kalimijnen). Zie ook HvJ 16 mei 2013, C-228/11, ECLI:EU:C:2013:305 (Melzer).
[197] HvJ 5 juli 2018, C-27/17, ECLI:EU:C:2018:533 (flyLAL II), r.o. 52.
[198] *Epic Games Inc. v. Apple Inc.*, zaak nr. 20-cv-5640 (Northern District of California), rolnr. 779-1, Apple Inc.'s Proposed Findings of Fact and Conclusions of Law, par. 438-450, waarin wordt betoogd dat de VS in die procedure de relevante geografische markt is. Zie ook par. 447-451 waarin wordt aangegeven dat andere landen met Apple storefronts relevante geografische markten zijn, omdat er "*different market conditions in each country*" zijn (**Productie 34**).
[199] *Epic Games Inc. v. Apple Inc*., zaak nr. 20-cv-5640 (Northern District of California), rolnr. 779-1, Apple Inc.'s Proposed Findings of Fact and Conclusions of Law, Par. 441.

Consumenten zitten *de facto* dus vast aan de App Store van hun eigen land/regio, waardoor de relevante markt land-specifiek is

10.9 Tegen deze achtergrond moet worden aangenomen dat de schadetoebrengende handelingen van Apple in Nederland hebben plaatsgevonden.

10.10 Ook de plaats waar de schade is ingetreden (de *Erfolgsort*) is in Nederland gelegen. Voor de plaats waar de schade als gevolg van de mededingingsinbreuken is geleden heeft het Hof van Justitie EU de volgende regel geformuleerd:

> "*wanneer de markt die wordt beïnvloed door de mededingingsbeperkende gedraging zich bevindt in de lidstaat op het grondgebied waarvan de gestelde schade zich zou hebben voorgedaan, moet de plaats waar de schade is ingetreden worden geacht zich in die lidstaat te bevinden.*"

10.11 Met andere woorden: de plaats waar de schade is geleden is gelijk aan de plaats van de markt die door de mededingingsgedraging is beïnvloed en waarop de benadeelde stelt die schade te hebben geleden.[200]

10.12 De plaats van het intreden van de schade voor Relevante Aankopen door Nederlandse iOS App gebruikers is daarom in Nederland gelegen. De betreffende iOS App gebruikers wonen in Nederland, hebben hier via de Nederlandse App Store de Relevante Aankopen gedaan en hebben hiervoor via de Nederlandse bankrekeningen aan Apple (als commissionair) betaald. Tot slot was deze *Erfolgsort* voor Apple ook te voorzien nu zij haar diverse 'store fronts' op specifieke landen richt, waaronder Nederland.

(ii) Rechtsmacht op basis van door consumenten gesloten overeenkomsten

10.13 Consumenten kunnen een rechtsvordering tegen een contractuele wederpartij altijd instellen bij het gerecht van hun eigen woonplaats (artikel 18 lid 1 EEX-Vo), mits aan de voorwaarden van artikel 17 EEX-Vo is voldaan. Het dient, kort gezegd, te gaan om (i) een overeenkomst met een consument (ii) gesloten met een professionele wederpartij die haar commerciële activiteiten ontplooit in de woonplaats van de consument dan wel haar activiteiten richt op die woonplaats (artikel 17, lid 1, onder c, EEX-Vo). De Stichting zal toelichten dat aan deze voorwaarden is voldaan.

10.14 Zoals hiervoor uiteengezet, is Apple Distribution de commissionair voor gebruikers van iOS Apparaten die zich in het Nederland bevinden. Via de Nederlandse App Store worden door Nederlandse iOS Apparaat gebruikers met Apple Distribution (als "commissionair" van de iOS App ontwikkelaars) overeenkomsten gesloten voor Relevante Aankopen. De iOS Apparaat gebruikers waarvoor de Stichting opkomt kwalificeren als consumenten voor zover zij deze overeenkomsten sluiten voor een gebruik dat als niet bedrijfs- of beroepsmatig kan worden beschouwd. Zelf als sommige iOS Apparaat gebruikers aankopen wel bedrijfsmatig doen, zal dit vaak via

[200] Zie ook HvJ 29 juli 2019, C-451/18, ECLI:EU:C:2019:635 (Tibor-Trans), r.o. 33.

een zgn. Enterprise oplossing (lees: in een specifieke omgeving voor bedrijven) worden aangeboden of zullen de iOS Apps en In-App Producten mede voor privédoeleinden worden gebruikt.

(iii) Rechtbank Amsterdam

10.15 Omdat RTCJ als eerste haar collectieve vordering bij de rechtbank Amsterdam heeft ingesteld, dient de Stichting dat op basis van art. 1018d, lid 3, Rv eveneens te doen. Voorts merkt de Stichting op dat een deel van haar achterban woonachtig is in Amsterdam en dat – (mede) op basis van de Brussel I bis-Vo414 de rechtbank Amsterdam ook (relatieve) bevoegdheid heeft.

B. Toepasselijk recht

10.16 In artikel 6, lid 1, Rome II Verordening wordt bepaald 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.

10.17 Zoals hiervoor reeds uiteengezet, zijn de vorderingen van de Stichting gebaseerd op het misbruik dat Apple heeft gemaakt van haar machtspositie in de App distributie markt en de iOS betalingsverwerkingsmarkt. Concreet gaat het daarbij kort gezegd om mededingingsbeperkende maatregelen die Apple heeft genomen met betrekking tot de distributie van iOS Apps en In-App Producten en het systeem dat het downloaden en het daaropvolgende gebruik van iOS Apps op iOS Apparaten omringt. De Stichting stelt deze collectieve vordering in namens alle particuliere en zakelijke gebruikers van iOS-apparaten die één of meer Relevante Aankopen hebben gedaan in de Nederlands versie van de App Store.

10.18 Aangezien het misbruik van machtspositie jegens Nederlandse iOS App gebruikers heeft plaatsgevonden in de Nederlandse versie van de App Store, heeft de beperking van de mededinging de Nederlandse markt beïnvloedt. De vorderingen van de Stichting worden dientengevolge beheerst door Nederlands recht.

10.19 Voor zover de vordering van de Stichting is gebaseerd op ongerechtvaardigde verrijking is eveneens Nederlands recht van toepassing. Krachtens artikel 10 lid 1 Rome II Verordening wordt de niet-contractuele verbintenis die voortvloeit uit ongerechtvaardigde verrijking die tevens verband houdt met een bestaande, nauw met die ongerechtvaardigde verrijking samenhangende betrekking tussen de partijen, zoals een onrechtmatige daad, beheerst door het recht dat op die betrekking van toepassing is.

10.20 Aangezien op de onrechtmatige daad wegens het onrechtmatige mededingingsbeperkende gedrag van Apple door misbruik te maken van haar machtspositie, Nederlands recht van toepassing is, wordt de vordering uit hoofde van

ongerechtvaardigde verrijking in verband met dit inbreukmakende gedrag tevens beheerst door Nederlands recht.

11. PETITUM

REDENEN WAAROM de Stichting de rechtbank verzoekt te oordelen als volgt, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

Primair, voor zover de rechtbank oordeelt dat op de vorderingen de Wet Afwikkeling Massaschade in een Collectieve Actie van toepassing is, zoals die op 1 januari 2020 in werking is getreden:

Exclusieve belangenbehartiger (artikel 1018e lid 1 Rv)

I. de Stichting aan te wijzen als Exclusieve Belangenbehartiger;

Definitie Nauw Omschreven Groep (artikel 1018e lid 2 Rv)

II. te bepalen dat onderhavige collectieve actie op de navolgende groepen van personen en juridische entiteiten betrekking heeft in de zin van artikel 1018d Rv: (gezamenlijk: de **Nauw Omschreven Groep**):

alle personen of rechtspersonen die

a. iOS-apparaten gebruiken, en

b. één of meer aankopen hebben gedaan in de Nederlands versie van de App Store

c. waarvoor een vergoeding is betaald aan Apple in de vorm van de Commissie, namelijk:

i. elke aankoop van een iOS App in de App Store, waarvoor een gebruiker van een iOS Apparaat een vergoeding betaalt om deze te downloaden; of
ii. elke eenmalige aankoop door een iOS Apparaat gebruiker binnen een iOS App, waarvoor de iOS Apparaat gebruiker een vergoeding betaalt; of
iii. elke terugkerende aankoop door een iOS Apparaat gebruiker binnen een iOS App, waarvoor de iOS Apparaat gebruiker een vergoeding betaalt,

d. onder voorbehoud van de volgende uitsluitingen:

iv. de in-app aankoop van realtime person-to-person diensten tussen twee personen; en

v. de in-app aankoop van fysieke goederen of diensten die buiten de iOS App zullen worden verbruikt.

Opt-out (art. 1018f lid 1 Rv) en buitenlandse Gedupeerden (art. 1018f lid 5 slotzin Rv)

III. te bepalen dat:

a. iedere persoon met woonplaats of verblijf in Nederland die behoort tot de Nauw Omschreven Groep, gedurende een periode van drie maanden na de aankondiging van de uitspraak waarbij de Stichting als Exclusieve Belangenbehartiger wordt aangewezen, de griffie van de rechtbank schriftelijk kan laten weten zich van de behartiging van zijn/haar belangen in deze collectieve vordering te willen bevrijden (opt-out);

b. iedere persoon zonder woonplaats of verblijf in Nederland die behoort tot de Nauw Omschreven Groep, gedurende een periode van drie maanden na de aankondiging van de uitspraak waarbij de Stichting als Exclusieve Belangenbehartiger wordt aangewezen, de griffie van de rechtbank schriftelijk kan laten weten zich van de behartiging van zijn/haar belangen in deze collectieve vordering te willen bevrijden (opt-out).

Verklaringen voor recht (primair)

IV. voor recht te verklaren dat:

a. Apple Inc. en Apple Distribution misbruik van hun machtspositie hebben gemaakt door (i) beperkende voorwaarden op te leggen die de ontwikkelaars van iOS App's verplichten om iOS Apps uitsluitend via de App Store te distribueren, en vereisen dat aankopen via Apple's ASPPS worden gedaan; en (ii) door excessieve en oneerlijke prijzen in rekening te brengen in de vorm van de Commissie, zoals nader uiteengezet in deze dagvaarding;

b. Apple Inc. en Apple Ierland daarmee onrechtmatig hebben gehandeld jegens de Nauw Omschreven Groep.

Veroordeling tot vergoeding van schade

V. Apple Inc. en Apple Distribution hoofdelijk te veroordelen tot betaling aan de Stichting van de door de iOS Apparaat gebruikers geleden en nog te lijden schade als gevolg van:

a. de excessieve en onbillijke Commissie; en

b. de overige concurrentiebeperkende handelingen van Apple;

waarvan de omvang in deze procedure nader zal worden vastgesteld, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf de datum waarop de Gedupeerden de Commissie hebben voldaan, zo nodig op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet;

Subsidiair, voor zover de rechtbank van oordeel is dat op de vorderingen van de Stichting de Wet Afwikkeling Massaschade in een Collectieve Actie niet van toepassing is:

Verklaringen voor recht (subsidiair)

VI. voor recht te verklaren dat:

a. Apple Inc. en Apple Distribution misbruik van hun machtspositie hebben gemaakt door (i) beperkende voorwaarden op te leggen die de ontwikkelaars van iOS App's verplichten om iOS Apps uitsluitend via de App Store te distribueren, en vereisen dat aankopen via Apple's ASPPS worden gedaan; en (ii) door excessieve en oneerlijke prijzen in rekening te brengen in de vorm van de Commissie, zoals nader uiteengezet in deze dagvaarding;

b. Apple Inc. en Apple Distribution daarmee onrechtmatig jegens iOS Apparaat gebruikers hebben gehandeld.

Wijze van afwikkeling collectieve schade (art. 1018i Rv)

VII. de collectieve schadeafwikkeling zodanig vorm te geven als Uw rechtbank geraden zal achten op basis van de door de Stichting en Apple op grond van artikel 1018i Rv over te leggen voorstellen voor een collectieve schadeafwikkeling.

Buitengerechtelijke kosten en proceskosten (art. 6:96 BW en art. 1018l lid 2 Rv)

VIII. Apple Inc. en Apple Distribution hoofdelijk te veroordelen tot vergoeding aan de Stichting van:

a. de volledige door de Stichting gemaakte buitengerechtelijke kosten, een en ander te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf de dag van de uitspraak, tot aan de dag van de algehele voldoening, zo nodig op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet;

b. de volledige proceskosten van de Stichting, de nakosten daaronder begrepen, een en ander te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf de dag van de uitspraak, tot aan de dag van de algehele voldoening, zo nodig op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet;

c. de volledige door de Stichting aan de Financier te betalen overeengekomen vergoeding, zoals nader te begroten op basis van door de Stichting over te leggen informatie en een en ander te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf de dag van de uitspraak, tot aan de dag van de algehele voldoening, zo nodig op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet; en

d. de volledige kosten van de Stichting die zij zal maken in het kader van de schadeafwikkeling vanaf de dag van de uitspraak, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf de dag dat zij gemaakt worden, tot aan de dag van de algehele voldoening, zo nodig op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet.

De kosten van dit exploot zijn voor mij, deurwaarder:

akte € 98,52 + [lokale autoriteit P.M.] + [UPS koeriers P.M.] = totaal € 98,52 + P.M.

Ik verklaar dat de bijkomende kosten noodzakelijk zijn om deze ambtshandeling op een goede manier uit te voeren en dat de gerechtsdeurwaarder geen rechtstreeks of indirect belang heeft in de onderneming of derde die deze kosten in rekening bracht.

Gerechtsdeurwaarder

Deze zaak wordt behandeld door mr. R. Meijer en mr. S. Timmerman Hausfeld advocaten, Keizersgracht 62-64 (1015 CS) Amsterdam, telefoon: 020 520 7525 / 020 520 7517, rmeijer@hausfeld.com / stimmerman@hausfeld.com

PRODUCTIELIJST:

Productie 1 Investigation of competition in Digital Markets, Subcommittee on Antitrust, Commercial and Administrative Law of the Committee on the Judiciary, October 2020

Productie 2 Economic analysis of Apple's conduct relating to the App Store, Expert Report by Derek James Holt, Prepared for Stichting app stores claims (Rapport AlixPartners)

Productie 3 Statuten Stichting apps stores claims

Productie 4 Apple Developer Program Licence Agreement (de DPLA) (versie: LYL106 12/13/2021)

Productie 5 App Store Review Guidelines (de Richtlijnen) (versie: 30 maart 2022)

Productie 6 Schedule 2 DPLA (v122 - 25 februari 2022) + Exhibits (versie 14 december 2021)

Productie 7 Apple Algemene Voorwaarden Apple mediadiensten (versie: 20 september 2021)

Productie 8 Samenvatting ACM besluit misbruik van economische machtspositie door Apple d.d. 24 augustus 2021 (publicatiedatum 24-12-2021)

Productie 9 ACM verplicht Apple onredelijke voorwaarden voor App Store aan te passen (publicatiedatum 24-12-2021)

Productie 10 Apple heeft beleid voor datingapps gewijzigd, ACM gaat daar oordeel over geven (publicatiedatum 17-01-2022)

Productie 11 Apple voldoet niet aan de eisen van de ACM (publicatiedatum 24-01-2022)

Productie 12 ACM: Nieuwe app maken is onnodige en onredelijke voorwaarde van Apple aan datingapp-aanbieders (publicatiedatum 14-02-2022)

Productie 13 ACM beoordeelt aangepast voorstel Apple over voorwaarden datingapps (publicatiedatum 28 maart 2022)

Productie 14 Antitrust: Commission sends Statement of Objections to Apple on App Store rules for music streaming providers, press release 30 April 2021

Productie 15 Beschikking van de EC in zaak AT.40099 - Google Android C(2018) 4761

Productie 16 Competition and Markets Authority, A new pro-competition regime for digital markets, Advice of the Digital Markets Taskforce, December 2020

Productie 17 *CMA v Flynn Pharma Ltd*, [2020] EWCA Civ 339; [2020] Bus LR 803

Productie 18 *Epic Games Inc. v Apple Inc.*, case no. 20-cv-5640 (Northern District of California), Complaint for injunctive relief

Productie 19 *Donald R. Cameron anden Pure Sweat Basketball, Inc. v Apple Inc.*, Case 5:19-cv-03074-YGR, Class Action Complain

Productie 20 The Netherlands Authority for Consumers & Markets, Market study into mobile app stores, 11 April 2019

Productie 21 Nieuwe manieren van betalen, nog niet veel gebruikt, maar groeiende markt (publicatiedatum 01-12-2020)

Productie 22 CMA investigates Apple over suspected anti-competitive behaviour, press release 4 March 2021

Productie 23 Epic Games' Australian court appeal in Apple dispute could see regulator's appearance at hearing, MLEX, 10 May 2021

Productie 24 Digital platform services inquiry - Interim report No. 2 – App marketplaces, March 2021

Productie 25 App marketplace study underway in South Korea as part of in-app payment antitrust probe, MLEX, 22 April 2021

Productie 26 Apple takes step back, plans to allow alternative in-app payment systems in South Korea, MLEX, 11 January 2022

Productie 27 Apple's lack of action on app store prompts South Korean regulator to consider inquiry, MLEX, 15 March 2022

Productie 28 Probe into Apple's app-payment system closed by Japan's competition regulator, MLEX, 2 September 2021

Productie 29 Apple under scrutiny in India over alleged App Store abuse, 3 January 2022

Productie 30 Apple told to drop rule keeping payments inside App Store by Russian antitrust agency, MLEX, 30 August 2021

Productie 31 Stichting app stores claims, uittreksel Handelsregister Kamer van Koophandel, 29 maart 2022

Productie 32 Aangetekende brief aan Apple d.d. 15 februari 2022

Productie 33 Claimcode Compliance document Stichting app stores claims 2022

Productie 34 *Epic Games Inc. v. Apple Inc.*, case no. 20-cv-5640 (Northern District of California), rolnr. 779-1, Apple Inc.'s Proposed Findings of Fact and Conclusions of Law